



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

2023/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.23/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

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

2023/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 2023

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

¹ Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

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

¹ Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

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

¹ In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Vertriebssystem von Yamaha-Produkten	563
	2. Google News	606
	3. Assortiments	617
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Konzept Erzeugergemeinschaft für Schweizer Hopfen	655
	2. Online-Plattform für Konsumenten und Konsumentinnen zum Vergleich von Treibstoffpreisen an Tankstellen	666
	3. Kooperation im Druckereibereich	673
	4. Geografische Zuordnung von Umsätzen bei Unternehmenszusammenschlüssen	678
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Crédit Agricole Consumer Finance/Stellantis/ALD/LeasePlan	680
	2. Sonic Healthcare Limited/Synlab Suisse SA	685
	3. Galenica/MediService/Shop Apotheke	689
	4. Stellantis/Michelin/Forvia/Symbio	694
	5. Galenica/Planzer/Health Supply	696
	6. Brookfield Corporation/Triton International Limited	701
	7. SBB Cargo II	704
	8. Celanese/Mitsui/Nutrinova	706
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Verordnung über die Errichtung einer Winterreserve – Vernehmlassung	709
	2. Konsultation betreffend Verordnungsentwürfe zu Verboten und Verwendungsbeschränkungen sowie zur Kontingentierung im Bereich Gas	713
	3. Bewirtschaftungsmassnahmen im Falle einer schweren Strommangellage – Vernehmlassung	715
	4. Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz im Energiegrosshandelsmarkt – Vernehmlassung	721
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Arrêt du 14 août 2023 du Tribunal cantonal vaudois – Santé publique	724
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	729
	Index (deutsch, français e italiano)	731

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Vertriebssystem von Yamaha-Produkten

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 10. Mai 2022 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Vertriebssystem von Yamaha-Produkten wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG¹ waren Hinweise aus dem Markt, die das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Ende 2018 erhielt, wonach die hostettler ag sursee (nachfolgend: HAG), Schweizer Generalimporteurin von Yamaha-Produkten, ihren Vertriebspartnern Wiederverkaufspreise vorgebe, die sie versuche durchzusetzen, indem sie den Vertriebspartnern mit Vertragskündigungen drohe.

2. Nach Durchsicht der Verträge zwischen der HAG und ihren Yamaha-Vertriebs- und Servicepartnern, die auf allenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen hindeuteten, eröffnete das Sekretariat am 18. September 2019 eine Vorabklärung, die verschiedene Aspekte des Vertriebssystems umfasste. Im Fokus stehen Hinweise für möglicherweise unzulässige und sanktionsbedrohte vertikale Preis- und Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (Rz 200 ff.) und horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Rz 218 ff.).² Daneben bestanden Hinweise für möglicherweise unzulässige, nicht-sanktionsbedrohte Wettbewerbsverbote nach Art. 5 Abs. 1 KG (Rz 265 ff.).³

3. Im Laufe der Vorabklärung legte die HAG dem Sekretariat revidierte Verträge mit ihren Yamaha-Vertriebs- und Servicepartnern vor, die einen Teil der wettbewerbsrechtswidrigen Klauseln der oben genannten Verträge aufheben (Rz 8, 14).

4. Die folgenden Abschnitte enthalten eine Zusammenfassung des Verfahrens (A.2) und der wesentlichen Erkenntnisse der Vorabklärung (A.3), sowie eine Zusammenfassung (A.4).

A.2 Verfahren

Anzeige und erstes Auskunftsbegehren

5. Am 22. Dezember 2018 erhielt das Sekretariat Hinweise aus dem Markt,⁴ wonach die HAG, Schweizer Generalimporteurin von Yamaha-Produkten, versuche, die Wiederverkaufspreise ihrer Vertriebspartner zu kontrollieren.⁵ Die HAG versuche, bestimmte Wiederverkaufspreise durchzusetzen, indem sie Druck auf die Vertriebspartner ausübe und androhe, die Vertriebsverträge bei Nichteinhaltung der vorgegebenen Wiederverkaufspreise zu kündigen.⁶

6. Am 6. Februar 2019 forderte das Sekretariat die HAG u. a. auf, zu den anonymisierten Hinweisen Stellung zu nehmen und die aktuellen Vertriebsverträge einzureichen.⁷ Mit Stellungnahme vom 6. März 2019 reichte die HAG insbesondere Verträge mit ihren Yamaha-Vertriebs- und Servicepartnern, den Yamaha-Vertretungen und Yamaha-Service-Stellen (zusammen nachfolgend: Yamaha-Partner) der Jahre 2017/2018 (nachfolgend: Verträge 2017/2018), sowie Preislisten der Jahre 2018 und 2019 und eine Händlerliste des Jahres 2019 ein.⁸

Eröffnung einer Vorabklärung und weiteres Auskunftsbegehren

7. Am 18. September 2019 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und forderte die HAG zur Stellungnahme auf.⁹ Am 20. November 2019 reichte die HAG ihre Stellungnahme ein.¹⁰

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

² Act. 7.

³ Act. 7.

⁴ Act. 1.

⁵ Act. 1.

⁶ Act. 1.

⁷ Act. 5.

⁸ Act. 6.

⁹ Act. 7.

¹⁰ Act. 10.

8. Am 18. Februar 2020 liess das Sekretariat der HAG weitere Ergänzungsfragen zukommen.¹¹ Mit Eingabe vom 6. Mai 2020 beantwortete die HAG die Ergänzungsfragen und liess dem Sekretariat insbesondere eine korrigierte Umsatztabelle des Jahres 2018 und revidierte Verträge und Preislisten des Jahres 2020 zukommen.¹² Zu den vorgenannten revidierten Verträgen gab die HAG an, dass sie diese noch nicht den Yamaha-Partnern zugestellt habe, sie aber rückwirkend ab dem 1. Januar 2020 in Kraft treten und die vorherigen Verträge ersetzen würden.¹³

Erste Yamaha-Partner-Befragung und weitere Auskunftsbegehren

9. Am 11. Juni 2020 führte das Sekretariat eine Befragung von 20 der insgesamt 88 Yamaha-Partner¹⁴ durch (nachfolgend: Yamaha-Partner-Befragung).¹⁵ Das Sekretariat wählte [...] zehn Yamaha-Vertretungen und [...] zehn Yamaha-Service-Stellen, [...] für die Befragung aus.¹⁶

10. Mit Schreiben vom 15. Juni 2020 forderte das Sekretariat die HAG auf, zusätzliche Unterlagen einzureichen.¹⁷

11. Am 23. Juni 2020 erhielt das Sekretariat den Hinweis, dass die HAG [mit den Yamaha-Partnern bezüglich der Yamaha-Partner-Befragung in Kontakt getreten sei. Darüber informierte das Sekretariat die HAG mit einem Schreiben vom 24. Juni 2020].¹⁸

12. Mit Eingabe vom 26. Juni 2020 kam die HAG der Aufforderung des Sekretariats vom 15. Juni 2020, zusätzliche Unterlagen einzureichen (Rz 10) nach.¹⁹ Die HAG nahm gleichentags auch zum Schreiben des Sekretariats vom 24. Juni 2020 Stellung [...].²⁰

13. Am 9. September 2020 traf der letzte der 20 beantworteten Fragebögen beim Sekretariat ein.²¹ Die Auswertung der Befragung bezieht sich auf die 20 retournierten Fragebögen, wobei zu beachten ist, dass nicht jeder der 20 Yamaha-Partner jede Frage beantwortet hat. Unbeantwortete Fragen und widersprüchliche Antworten bleiben bei der Auswertung unberücksichtigt. Das bedeutet, dass pro Frage als 100 % der Befragten nur diejenigen Befragten gelten, die die entsprechende Frage beantwortet haben.

14. Am 1. April 2021 liess das Sekretariat der HAG Ergänzungsfragen zukommen und forderte sie insbesondere auf, ihre aktuellen Verträge mit den Yamaha-Partnern einzureichen, sofern diese von den revidierten Verträgen des Jahres 2020 (Rz 8) abweichen.²² Am 23. April 2021 beantwortete die HAG das Auskunftsbegehren und legte ihrer Antwort u. a. Preislisten des Jahres 2021 und revidierte Verträge mit den Yamaha-Partnern bei, die seit dem 1. Januar 2021 in Kraft seien (nachfolgend: revidierte Verträge 2021) und die sie ihren Yamaha-Partnern anstelle der revidierten Verträge des Jahres 2020 zugestellt habe.²³

Zweite Yamaha-Partner-Befragung und Austausch mit der HAG

15. Am 9. September 2021 führte das Sekretariat eine zweite Befragung der oben genannten 20 Yamaha-Partner (Rz 9) zur Preispolitik (nachfolgend: Yamaha-Partner-Befragung zur Preispolitik) durch.²⁴

16. Mit Schreiben vom 12. November 2021 lud das Sekretariat die HAG zu einer Besprechung ein, um der HAG das vorläufige Abklärungsergebnis zu präsentieren, Anregungen für Anpassungen ihrer Verträge bzw. ihres Vertriebssystems sowie Empfehlungen zu unterbreiten und der HAG die Möglichkeit zu geben, sich zur Angelegenheit zu äussern.²⁵

17. Am 13. Dezember 2021 fand die entsprechende Besprechung zwischen dem Sekretariat und der HAG statt.²⁶ Mit Schreiben vom 15. Dezember 2021 liess das Sekretariat der HAG die Präsentation inkl. Anregungen (Rz 273) und Empfehlungen (Rz 272, dritter und letzter Spiegelstrich) zukommen und forderte die HAG auf, dem Sekretariat bis zum 31. Januar 2022 mitzuteilen, ob und wie die HAG die Anregungen des Sekretariats umsetzen wird.²⁷

18. Am 19. Januar 2022 ging der letzte der 19 beantworteten Fragebögen der Yamaha-Partner-Befragung zur Preispolitik (Rz 15) beim Sekretariat ein.²⁸

19. Mit Schreiben vom 26. Januar 2022 setzte die HAG das Sekretariat über ihre Vertreter in Kenntnis und ersuchte es um Fristerstreckung.²⁹ Mit Schreiben vom 27. Januar 2022 verlängerte das Sekretariat die Frist bis zum 2. März 2022.³⁰ Mit Schreiben vom 2. März 2022 antwortete die HAG auf das Schreiben des Sekretariats vom 15. Dezember 2021 (Rz 17) und teilte diesem mit, die Empfehlungen des Sekretariats zur Kenntnis zu nehmen sowie alle Anregungen bis auf eine umzusetzen, dies mit der Begründung, ihr Verhalten im betreffenden Punkt stelle keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar (Rz 261).³¹

¹¹ Act. 11.

¹² Act. 17, siehe insb. Beilage 11 (Umsatztabelle), S. 460 ff., Beilagen 1-4, Beilage 6, S. 113 ff.

¹³ Act. 17, Antwort zu Frage 1, S. 1 f. Im Einzelnen führte die HAG dazu aus: «[...] Angesichts der gegenwärtigen [...] Gesundheitskrise und des daraus resultierenden Ausnahmezustands haben wir beschlossen, den Versand dieser neuen Verträge sowie dessen Anhänge zu verschieben. Die Verträge werden daher erst in den nächsten Wochen an die Yamaha-Vertretungen sowie an die Yamaha-Service-Stelle versendet. Der genaue Zeitpunkt wird festgelegt, sobald die Bedingungen für die Wiedereröffnung unserer Yamaha Partner klar definiert sind».

¹⁴ 88 inkl. der HMAG und der HESS HAG, Gesellschaften der hostettler group, act. 10, Beilage 11.

¹⁵ Act. 18-24.

¹⁶ Act. 10, Beilage 11; act. 18-24.

¹⁷ Act. 25.

¹⁸ Act. 30.

¹⁹ Act. 31.

²⁰ Act. 32.

²¹ Act. 80.

²² Act. 82.

²³ Act. 83.

²⁴ Act. 84; act. 85.

²⁵ Act. 107.

²⁶ Act. 114.

²⁷ Act. 115.

²⁸ Act. 120.

²⁹ Act. 121.

³⁰ Act. 122.

³¹ Act. 123, Rz 11.

A.3 Wesentliche Erkenntnisse der Vorabklärung

20. Der festgestellte Sachverhalt beruht massgeblich auf der Beantwortung der HAG der fünf oben genannten Auskunftsbegehren (Rz 6, 7, 8, 10, 14) sowie der Auswertung der Yamaha-Partner-Befragungen (Rz 9, 13, 15, 18). Die folgenden Abschnitte informieren über die HAG und ihre relevanten Vertragsbeziehungen (A.3.1), den Vertrieb der Yamaha-Produkte (A.3.2) und legen dann die daraus resultierenden Erkenntnisse zu Parallel- und Direktimporten (A.3.3), der Belieferung spezifischer Kundengruppen (A.3.4) und der Preisgestaltung betreffend Motorräder und Roller (A.3.5) dar.

A.3.1 Die HAG und ihre relevanten Vertragsbeziehungen

21. Die folgenden Abschnitte informieren über das angezeigte Unternehmen (HAG) (A.3.1.1) sowie über ihre Verträge mit der Herstellerin (Yamaha bzw. YMC und YME) (A.3.1.2) und mit ihren Vertriebs- und Servicepartnern (Yamaha-Partner) (A.3.1.3).

A.3.1.1 Informationen zum angezeigten Unternehmen (HAG)

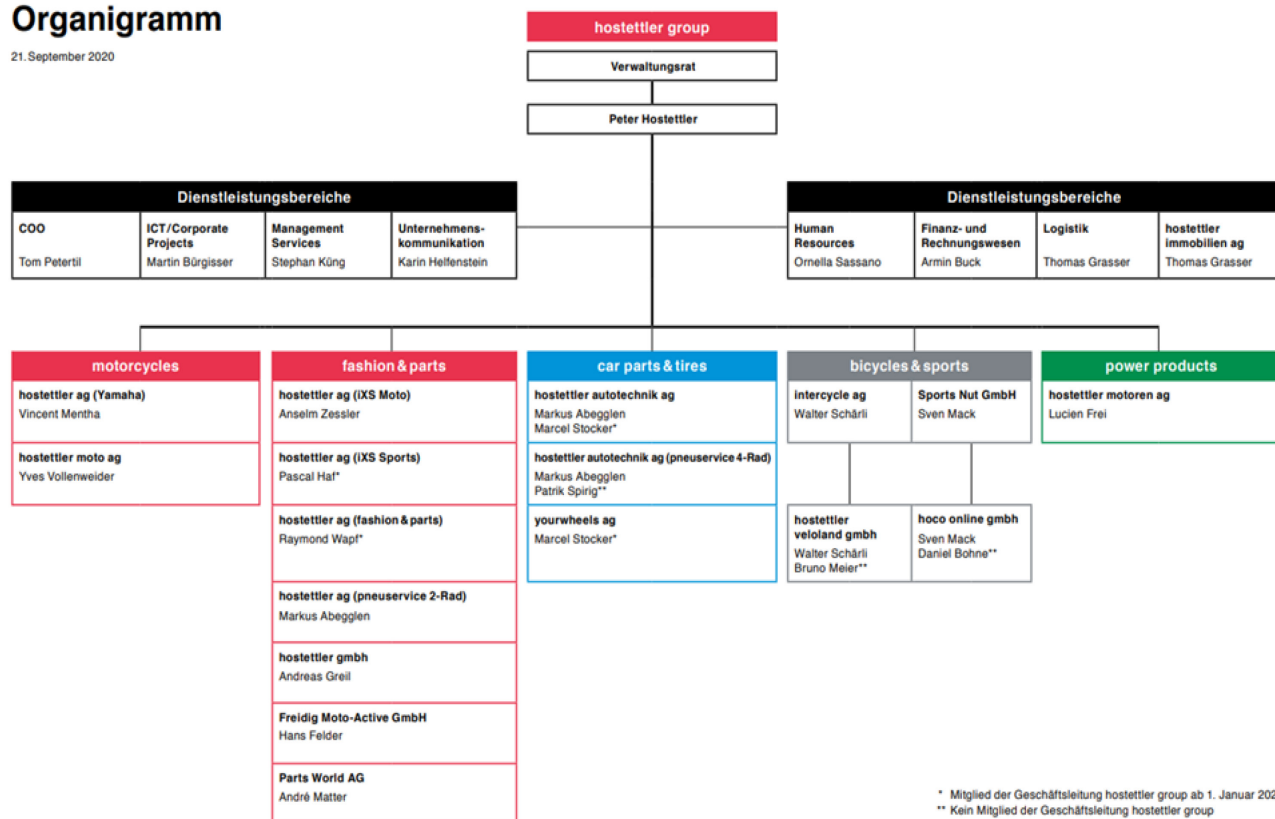
22. Die HAG gehört zur hostettler group (siehe auch nachstehendes Organigramm), die in organisatorischer Hinsicht einen Konzern darstellen dürfte.³²

Abbildung 1: Organigramm der hostettler group

hostettler **group**

Organigramm

21. September 2020



23. Die HAG bezweckt die Entwicklung, die Herstellung, den Import, das Marketing, den Vertrieb und den Export von Fahrzeugen, Fahrzeugausstattung aller Art inklusive Ersatzteilen und Fahrerausstattung aller Art inklusive Bekleidung sowie den Betrieb von Werkstätten.³³ Gemäss eigenen Angaben ist sie Generalimporteurin der Yamaha-Produkte für die Schweiz.³⁴

24. Die HAG verkaufe abgesehen von technisch modifizierten Fahrzeugen (Motorräder und Roller) keine Produkte direkt an Endkundinnen und Endkunden. Zwei weitere Gesellschaften der hostettler group seien bis Anfang 2020 als Yamaha-Vertriebspartnerinnen tätig gewesen.³⁵ Anfang 2020 erfolgte ein Zusammenschluss dieser zwei Gesellschaften, sodass seitdem nur noch eine weitere Gesellschaft der hostettler group als Yamaha Vertriebspartnerin fungiere.³⁶

³² Die Geschäftsleitung der HAG und hostettler moto ag (HMAG) erfolgt durch unterschiedliche Personen (act. 10, Beilage 11, S. 107-108). Beide Gesellschaften haben denselben Verwaltungsratspräsidenten (vgl. Handelsregisterauszüge der beiden Gesellschaften). Die Geschäftsleiter der HAG und der HMAG sind gemäss Organigramm auch Mitglieder der Geschäftsleitung der hostettler group.

³³ Vgl. <<https://lu.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CH-E-107.273.864>>.

³⁴ Act. 6, S. 1.

³⁵ Act. 10, Antwort zu Frage 3; act. 17, Antwort zu Frage 5, S. 2-3.

³⁶ Act. 10, Antwort zu Frage 2, Beilage 11. Anfang Januar 2020 ging die hess hostettler ag infolge Fusion auf die hostettler retail ag (bzw. hostettler moto ag) über (siehe SHAB, hess hostettler ag [17.6.2020]).

25. Im Einzelnen gehören zu den Vertriebspartnerinnen einerseits die hess hostettler ag (nachfolgend: HESS HAG), welche absatzseitig auf der Endkundenstufe tätig gewesen sei³⁷ und andererseits die hostettler retail ag (nachfolgend: HRAG), umfirmiert anfangs Mai 2020 in die hostettler moto ag³⁸ (nachfolgend: HMAG). In Bezug auf die Vertriebskette scheint die HMAG absatzseitig nur auf der Endkundenstufe tätig zu sein. Sowohl die HESS HAG als auch die HRAG bzw. HMAG seien Unternehmen innerhalb der hostettler group, keine Tochtergesellschaften der HAG und hätten die gleichen Vertriebsverträge wie alle anderen Vertriebspartnerinnen gehabt.³⁹

26. Zwischen der HAG und der HESS HAG sowie der HAG und der HMAG (und deren fünf Niederlassungen) bestehen jeweils Kommissionsverträge.⁴⁰ Gemäss den Angaben der HAG zur Anzahl verkaufter Fahrzeuge wurden in den Jahren 2016–2018 keine Fahrzeuge als Kommissionsgeschäft verkauft⁴¹ (vgl. nachfolgende Tabelle, die auch die durch die HAG direkt an Behörden oder Handelsbetriebe verkauften technisch modifizierten Fahrzeuge angibt).

Tabelle 1: Anzahl verkaufter Yamaha-Fahrzeuge in der Schweiz in den Jahren 2016–2018 [...]

27. Der Gesamtumsatz der HESS HAG, den sie mit dem Vertrieb von Yamaha-Produkten auf Endkundenstufe in der Schweiz erzielte, betrug im Jahr 2018 CHF [...].⁴² Der Gesamtumsatz der HRAG bzw. HMAG, den sie mit dem Vertrieb von Yamaha-Produkten an Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz erzielte, betrug im Jahr 2018 CHF [...].⁴³

28. Der Gesamtumsatz der HAG mit Yamaha-Produkten in der Schweiz betrug im Jahr 2018 (in CHF, abzüglich Erlösminderungen wie Skonti und Rabatte, Mehrwertsteuern und andere unmittelbar auf den Umsatz bezogene Steuern) rund CHF [...] (inkl. Umsätze der HRAG bzw. HMAG und der HESS HAG).⁴⁴ Der Umsatz, den die HAG auf Endkundenstufe mit dem Vertrieb von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden/Handelsbetriebe in der Schweiz im Jahr 2018 erzielte, betrug rund CHF [...].⁴⁵

A.3.1.2 Verträge der HAG mit der Herstellerin (Yamaha bzw. YMC und YME)

29. Im Januar 2017 habe die HAG mit Yamaha Motor Europe N.V., Holland (nachfolgend: YME) und Yamaha Motor Co. Ltd, Japan (nachfolgend: YMC) Vertriebsverträge abgeschlossen, welche folgende Klauseln zum Vertragsgegenstand enthalten:

Tabelle 2: Verträge der HAG mit der Herstellerin (YMC und YME) [...]⁴⁶ [...]⁴⁷ [...]⁴⁸ [...]⁴⁹

30. Das Vertriebssystem von Yamaha-Produkten in Europa und in der Schweiz ist gemäss der HAG grundsätzlich vergleichbar.⁵⁰ Der Generalimport in anderen europäischen Ländern erfolge meistens durch YME, welche im Gegensatz zur HAG, von YMC abhängig sei.⁵¹

A.3.1.3 Verträge der HAG mit ihren Vertriebs- und Servicepartnern (Yamaha-Partner)

31. Die HAG verkaufe grundsätzlich keine Produkte direkt an Endkundinnen und Endkunden und verfüge daher auch nicht über eigene Verkaufsstellen.⁵² Der

Verkauf an Endkundinnen und Endkunden erfolge grundsätzlich durch die Yamaha-Partner.⁵³ Die Yamaha-Partner gliedern sich in Yamaha-Vertretungen und Yamaha-Service-Stellen. Die Yamaha-Vertretungen sind «ausgewählte Motorradhändler», die den Verkauf der von HAG in die Schweiz importierten Yamaha-Produkte an die Endkundinnen und Endkunden sowie die damit zusammenhängenden Reparatur-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen übernehmen.⁵⁴ Die Yamaha-Service-Stellen sind «ausgewählte Werkstätten», die Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen erbringen.⁵⁵ Nachfolgende Ausführungen berücksichtigen die Verträge 2017/2018 und die revidierten Verträge 2021.

32. Nach Angaben der HAG umfassen die Verträge zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen einen Rahmenvertrag, eine Liefervereinbarung sowie allenfalls einen Kommissionsvertrag.⁵⁶ Die HAG habe den gleichen Rahmenvertrag und die gleiche Liefervereinbarung mit allen Yamaha-Vertretungen abgeschlossen.⁵⁷ Die HAG habe nicht mit allen Yamaha-Vertretungen Kommissionsverträge abgeschlossen, sondern mit der HESS HAG sowie der HMAG (und deren fünf Niederlassungen).⁵⁸ Zwischen dem Jahr 2017 und dem 1. Januar 2021, seien dementsprechend nachstehende Verträge zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen in Kraft gewesen:

³⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 38, Beilage 11.

³⁸ Siehe SHAB, hostettler moto ag (17.6.2020).

³⁹ Act. 17, Antwort zu Frage 5, S. 2-3; act. 10, Antwort zu Frage 2 und 3.

⁴⁰ Act. 17, Beilagen 9 und 10.

⁴¹ Act. 10, Antwort zu Frage 3, S. 5.

⁴² Act. 10, Antwort zu Frage 2, Beilage 11.

⁴³ Act. 10, Antwort zu Frage 2, Beilage 11.

⁴⁴ Act. 83, Beilage 9, S. 248.

⁴⁵ Act. 10, Antwort zu Frage 2, Beilage 11.

⁴⁶ [...].

⁴⁷ [...].

⁴⁸ [...].

⁴⁹ [...].

⁵⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 12, S. 7.

⁵¹ Act. 10, Antwort zu Frage 12, S. 7.

⁵² Act. 10, Antwort zu Frage 2, S. 3.

⁵³ Act. 10, Antworten zu Fragen 2 und 12.

⁵⁴ Act. 6, S. 1.

⁵⁵ Act. 6, S. 1.

⁵⁶ Act. 6, S. 1.

⁵⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 2, S. 3.

⁵⁸ Act. 17, Beilagen 9 und 10, S. 137-188, resp. S. 189-459.

Tabelle 3: Verträge der HAG mit ihren Yamaha-Vertretungen

Dokument	Gegenstand und Zweck
Rahmenvertrag [2017]⁵⁹	<p>«Verkauf [durch die Yamaha-Vertretung der von HAG importierten] YAMAHA-Produkte an die Endkunden sowie die damit zusammenhängenden Reparatur-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen sollen durch <i>ausgewählte Motorradhändler</i>, genannt YAMAHA-Vertretungen, erfolgen.»⁶⁰ (Hervorhebung hinzugefügt)</p> <p>«Die Lieferantin [HAG] ernennt die im Ingress bezeichnete Firma zur YAMAHA-Vertretung für die in Ziffer 2 hiernach genannten Vertragsgegenstände» (Ziff. 1, Satz 1).⁶¹</p> <p>Vertragsgegenstände sind einerseits Vertragsprodukte (YAMAHA-Fahrzeuge: Roller, Motorräder, Wettbewerbsfahrzeuge, Elektrofahrzeuge, YAMAHA-Originalersatzteile, YAMAHA-Zubehör, YAMAHA-Bekleidung) und andererseits Dienstleistungen (Marktbearbeitung, Beratung und Verkauf der Vertragsprodukte, Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen) (Ziff. 2).⁶²</p>
Liefervereinbarung 2018⁶³	Die individuelle Liefervereinbarung regelt den Verkauf, die Lieferung, sowie die Garantie und den Service im Zusammenhang mit den im Rahmenvertrag definierten Vertragsgegenständen. ⁶⁴
Kommissionsvertrag [2019]⁶⁵	«Die Lieferantin liefert der YAMAHA-Vertretung Motorräder und Roller der Marke YAMAHA in Kommission» (Art. 1); «Die YAMAHA-Vertretung wird ermächtigt, die Kommissionsfahrzeuge zu verkaufen» (Art. 7, Satz 1). ⁶⁶

33. Nach Angaben der HAG, schloss sie mit den Yamaha-Service-Stellen einen Rahmenvertrag und eine Liefervereinbarung.⁶⁷ Die HAG habe den gleichen Rahmenvertrag und die gleiche Liefervereinbarung mit allen Yamaha-Service-Stellen abgeschlossen.⁶⁸ Zwischen dem Jahr 2018 und dem 1. Januar 2021 seien dementsprechend nachstehende Verträge zwischen der HAG und den Yamaha-Service-Stellen in Kraft gewesen:

⁵⁹ Zeitliche Angaben: «Der vorliegende Vertrag tritt mit beidseitiger Unterzeichnung durch die Parteien in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Mit Inkrafttreten dieses Vertrages werden alle früheren Vereinbarungen der Parteien über die in diesem Vertrag geregelten Geschäftsbeziehungen aufgehoben» (Ziff. 7.1), act. 6, S. 11. Der Vertrag ist vom 27.9.2017 datiert (S. 13).

⁶⁰ Act. 6, Beilage 1, Vorwort, S. 7.

⁶¹ Act. 6, Beilage 1, S. 8.

⁶² Act. 6, Beilage 1, S. 8.

⁶³ Zeitliche Angaben: «Diese Liefervereinbarung tritt mit beidseitiger Unterzeichnung des Alleinvertriebsvertrags durch die Parteien in Kraft und gilt bis zum Abschluss einer neuen Liefervereinbarung» (Ziff. 1.1), act. 6, S. 17. Der Vertrag scheint vom 17.2.2019 datiert (S. 31).

⁶⁴ Act. 6, S. 15-16.

⁶⁵ Zeitliche Angaben: «Dieser Kommissionsvertrag ist Gültig ab Vertragsunterschrift und läuft per 31. Dezember 2019 aus» (Art. 14), act. 6, S. 34. Der Vertrag scheint vom 15.2.2019 datiert (S. 34).

⁶⁶ Act. 6, S. 32, resp. 33. Art. 6 des Kommissionsvertrags legt ausserdem die Berechnungsgrundlage für die Verkaufsprovision der Yamaha-Vertretung fest (S. 33).

⁶⁷ Act. 6, S. 1.

⁶⁸ Act. 6, S. 1.

Tabelle 4: Verträge der HAG mit ihren Yamaha-Service-Stellen

Dokument	Gegenstand und Zweck
Rahmenvertrag [2018], Service-Stelle-Vertrag⁶⁹	<p>«Im Interesse des guten Rufes dieser Produkte, deren Verkehrs- und Betriebssicherheit sowie aufgrund berechtigter Kundenerwartungen werden Reparatur-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen durch <i>ausgewählte Werkstätten</i>, genannt YAMAHA Service-Stellen, erbracht.⁷⁰ (Hervorhebung hinzugefügt)</p> <p>«Die Lieferantin [HAG] ernennt die im Ingress bezeichnete Firma zur YAMAHA Service-Stelle für die in Ziffer 2 hiernach genannten Vertragsgegenstände» (Ziff. 1, Satz 1).⁷¹</p> <p>Vertragsgegenstände sind einerseits Vertragsprodukte (YAMAHA-Fahrzeuge: Roller, Motorräder, Wettbewerbsfahrzeuge, Elektrofahrzeuge, YAMAHA-Originalersatzteile, YAMAHA-Zubehör, YAMAHA-Bekleidung) und andererseits Dienstleistungen (Beratung und Verkauf der Vertragsprodukte, Reparatur-, Wartungs- und Garantearbeiten) (Ziff. 2).⁷²</p>
Liefervereinbarung 2018⁷³	Die individuelle Liefervereinbarung regelt den Verkauf, die Lieferung, sowie die Garantie und den Service im Zusammenhang mit den im Rahmenvertrag definierten Vertragsgegenständen. ⁷⁴

34. Die HAG legte revidierte Verträge mit ihren Yamaha-Partnern vor, die seit dem 1. Januar 2021 in Kraft seien. Es handelt sich dabei um dieselben Vertragstypen mit identischem Vertragsgegenstand.

A.3.2 Vertrieb der Yamaha-Produkte

35. Mit dem Distributor Agreement der HAG mit YME ernannte YME die HAG zu ihrer alleinigen Selektivvertreiberin für das Gebiet Schweiz und Liechtenstein (Rz 29).

36. Gemäss dem Vorwort aller Rahmenverträge der HAG mit ihren Yamaha-Partnern sollen der Verkauf der Yamaha-Produkte an die Endkunden und die damit zusammenhängenden Reparatur-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen durch ausgewählte Motorradhändler bzw. ausgewählte Werkstätten erfolgen.⁷⁵ Die HAG ist gemäss allen Rahmenverträgen verpflichtet, die Vertragsprodukte nur an die Yamaha-Partner zu verkaufen.⁷⁶ Wie weiter unten noch dargelegt wird, sehen die Vertriebsverträge vor, dass die Yamaha-Partner Vertragsprodukte an Endkundinnen und Endkunden verkaufen und dass bestimmte Yamaha-Vertretungen Produkte an bestimmte ihnen zugewiesene Yamaha-Service-Stellen verkaufen (Rz 41, 44).

37. Basierend auf den vorgenannten Verträgen, lässt sich der Vertrieb der Yamaha-Fahrzeuge schematisch folgendermassen darstellen:

⁶⁹ Zeitliche Angaben: «Der vorliegende Vertrag tritt mit beidseitiger Unterzeichnung durch die Parteien in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Mit Inkrafttreten dieses Vertrages werden alle früheren Vereinbarungen der Parteien über die in diesem Vertrag geregelten Geschäftsbeziehungen aufgehoben» (Ziff. 6.1), act. 6, S. 40. Der Vertrag scheint vom 16.8.2018 datiert (S. 36 ff.).

⁷⁰ Act. 6, Beilage 2, Vorwort, S. 36.

⁷¹ Act. 6, Beilage 2, S. 37.

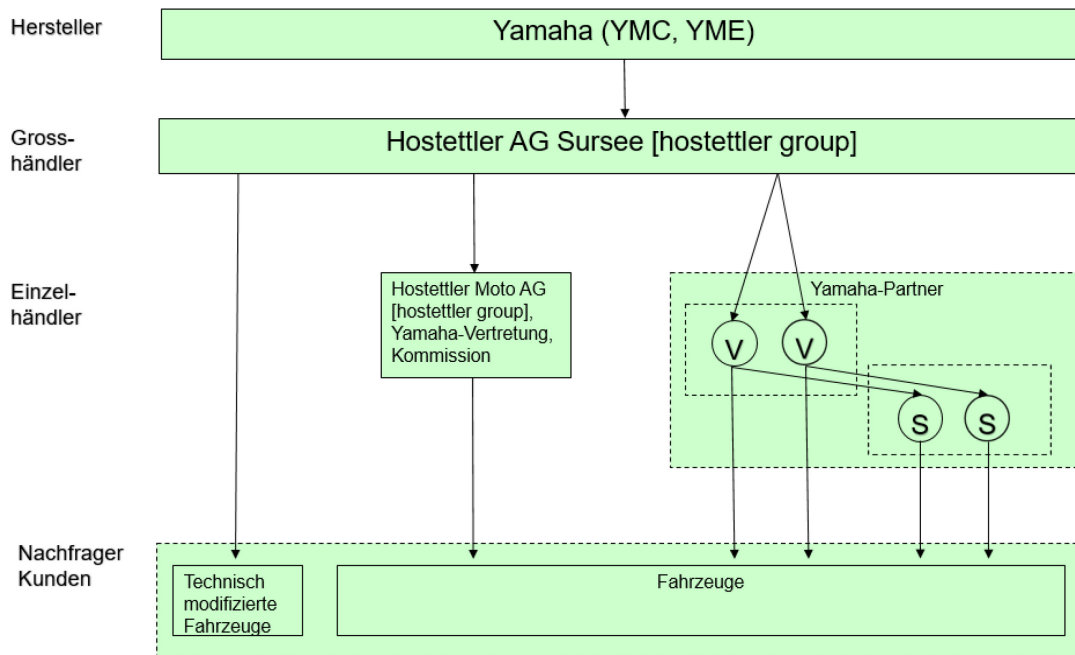
⁷² Act. 6, Beilage 2, S. 37.

⁷³ Zeitliche Angaben: «Diese Liefervereinbarung tritt mit beidseitiger Unterzeichnung des Alleinvertriebsvertrags durch die Parteien in Kraft und gilt bis zum Abschluss einer neuen Liefervereinbarung» (Ziff. 1.1), act. 6, S. 43 ff. Der Vertrag ist nicht datiert. Aus Ziff. 2.3 geht lediglich hervor, dass die Yamaha-Service-Stellen ab dem 1.1.2018 berechtigt sind, bestimmte Fahrzeugkategorien direkt über die HAG zu beziehen (S. 47).

⁷⁴ Act. 6, S. 44-45.

⁷⁵ Act. 17, Beilage 1 und 3, Vorwort; act. 6, S. 1.

⁷⁶ Act. 6, Beilagen 1 und 2, 1, Ziff. 3.1, S. 8 resp. 37; act. 83, Beilagen 1 und 3, Ziff. 3.1.

Abbildung 2: Vertrieb der Yamaha-Fahrzeuge

V: Yamaha-Vertretung

S: Yamaha-Service-Stelle

Quelle: Darstellung des Sekretariats.

38. Die nachfolgenden Ausführungen berücksichtigen die möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematischen Elemente der Verträge 2017/2018 und der revidierten Verträge 2021.

A.3.3 Parallel- und Direktimporte

39. Von Parallelimport wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.⁷⁷ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.⁷⁸

40. Die folgenden Abschnitte legen die Bestimmungen der Verträge 2017/2018 und der revidierten Verträge 2021 dar, die Parallel- und Direktimportmöglichkeiten beschränken könnten, namentlich Alleinbezugsverpflichtungen der Yamaha-Partner (A.3.3.1) und Garantiebeschränkungen der HAG (A.3.3.2) und fassen die diesbezüglichen Erkenntnisse zusammen (A.3.3.3).

A.3.3.1 Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner

41. Sowohl die Verträge 2017/2018 als auch die revidierten Verträge 2021 enthalten Alleinbezugsverpflichtungen der Yamaha-Partner, die im Folgenden gegenübergestellt werden. Die nachfolgende Tabelle stellt die ursprünglichen und revidierten Alleinbezugsklauseln der Rahmenverträge zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen gegenüber:

⁷⁷ Vgl. Fn 23 Erläuterungen zur VertBek.

⁷⁸ Vgl. Fn 23 Erläuterungen zur VertBek.

Tabelle 5: Alleinbezugs klauseln der Rahmenverträge der HAG mit den Yamaha-Vertretungen

2017 Rahmenvertrag Yamaha-Vertretung	2021 Rahmenvertrag Yamaha-Vertretung
<p>«4.1 <i>Alleinbezugsverpflichtung</i></p> <p>Die YAMAHA-Vertretung <i>verpflichtet sich, Vertragsprodukte</i> zwecks Weiterverkaufs an Endkunden <i>nur von der Lieferantin zu beziehen</i>. Sie übernimmt den Vertrieb und Verkauf der Vertragsprodukte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Es gelten die Bestimmungen der individuellen Liefervereinbarung (Anhang 1).»⁷⁹ (Hervorhebung hinzugefügt)</p> <p>«5. YAMAHA Service-Stellen [...]</p> <p>Die YAMAHA Service-Stellen haben sich gegenüber der Lieferantin zu verpflichten, diese Produkte ausschliesslich von der im Ingress bezeichneten YAMAHA-Vertretung zu beziehen.»⁸⁰</p>	<p>«4.1. Verkauf der Vertragsprodukte</p> <p>Die Yamaha Vertretung <i>bezieht die Vertragsprodukte</i> zwecks Weiterverkaufs an Endkunden <i>von der Lieferantin</i>. Die Yamaha-Vertretung übernimmt den Vertrieb und Verkauf der Vertragsprodukte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Es gelten die Bestimmungen der individuellen Liefervereinbarung (Anhang 1).»⁸¹ (Hervorhebung hinzugefügt)</p> <p>«5. Yamaha Service-Stellen [...]</p> <p>Die Verknüpfung der Yamaha Service-Stelle mit einer Yamaha Vertretung erfolgt in Absprache mit der jeweiligen Yamaha Service-Stelle, der jeweiligen Yamaha Vertretung und der Lieferantin. Eine Änderung der Verknüpfung ist durch die Lieferantin jederzeit möglich.»⁸²</p>

42. Nach Ziff. 4.1 des Rahmenvertrages 2017 waren die Yamaha-Vertretungen verpflichtet, Vertragsprodukte (Fahrzeuge, Ersatzteile, Zubehör und Bekleidung der Marke Yamaha) zwecks Weiterverkaufs an Endkunden *nur* von der Lieferantin (der HAG) zu beziehen. Ziff. 4.1, Satz 1 des revidierten Rahmenvertrages 2021 sieht vor, dass die Yamaha-Vertretung die Vertragsprodukte zwecks Weiterverkaufs an Endkunden von der Lieferantin (der HAG) bezieht.

43. Ziff. 5 des Rahmenvertrages 2017 Yamaha-Vertretung enthält eine Bestimmung, wonach sich die

Yamaha-Service-Stellen gegenüber der Lieferantin (d. h. der HAG) zu verpflichten haben, die Vertragsprodukte ausschliesslich bei der ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretung zu beziehen. Ziff. 5 des revidierten Rahmenvertrages 2021 Yamaha-Vertretung enthält keine solche Bestimmung mehr. Es ist zudem festgehalten, dass die HAG die Verknüpfung der Yamaha-Service-Stelle mit der Yamaha-Vertretung jederzeit ändern kann.

44. Die nachfolgende Tabelle stellt die ursprünglichen und revidierten Alleinbezugs klauseln in den Rahmenverträgen der Yamaha-Service-Stellen gegenüber:

Tabelle 6: Alleinbezugs klauseln der Rahmenverträge der HAG mit den Yamaha-Service-Stellen

2018 Rahmenvertrag Yamaha-Service-Stelle	2021 Rahmenvertrag Yamaha-Service-Stelle
<p>«4.1 <i>Alleinbezugsverpflichtung</i></p> <p>Die YAMAHA Service-Stelle <i>verpflichtet sich, Vertragsprodukte nur</i> von der Lieferantin und insbesondere YAMAHA-Fahrzeuge nur von [geschwärzt] <i>zu beziehen</i>. Sie übernimmt den Vertrieb und Verkauf der Vertragsprodukte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Es gelten die Bestimmungen der individuellen Liefervereinbarung (Anhang 1).»⁸³ (Hervorhebung hinzugefügt)</p> <p>«4.4 Verkauf von YAMAHA-Fahrzeugen</p> <p>Die YAMAHA Service-Stelle ist berechtigt, laut den Bestimmungen der individuellen Liefervereinbarung (Anhang 1) und gemäss vorstehender Ziffer 2, YAMAHA-Fahrzeuge, welche sie bei [geschwärzt] <i>zu beziehen hat</i>, direkt an ihre Kunden zu verkaufen.»⁸⁴ (Hervorhebung hinzugefügt)</p>	<p>«4.1 <i>Alleinbezugsverpflichtung</i></p> <p>[...] <i>Die Yamaha Service-Stelle verpflichtet sich, Vertragsprodukte zwecks</i> Weiterverkaufs an Endkunden <i>nur von «Vertretung» in «PLZ_YV» «Ort_YV» zu beziehen</i>. Sie übernimmt den Vertrieb und Verkauf der Vertragsprodukte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Es gelten die Bestimmungen der individuellen Liefervereinbarung (Anhang 1).</p> <p>Die Verknüpfung der Yamaha Service-Stelle mit einer Yamaha Vertretung erfolgt in Absprache mit der jeweiligen Yamaha Service-Stelle, der jeweiligen Yamaha Vertretung und der Lieferantin. Eine Änderung der Verknüpfung ist in Absprache mit der Lieferantin jederzeit möglich.»⁸⁵ (Hervorhebung hinzugefügt)</p>

⁷⁹ Act. 6, Beilage 1 (Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung), Ziff. 4.1, S. 9.

⁸⁰ Act. 6, Beilage 1 (Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung), Ziff. 5, zweiter Absatz, S. 11.

⁸¹ Act. 83, Beilage 1 (Revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Vertretung), Ziff. 4.1, S. 9.

⁸² Act. 83, Beilage 1 (Revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Vertretung), Ziff. 5, S. 11.

⁸³ Act. 6, Beilage 2 (Rahmenvertrag 2018 Yamaha Service-Stelle), Ziff. 4.1, S. 38.

⁸⁴ Act. 6, Beilage 2 (Rahmenvertrag 2018 Yamaha Service-Stelle), Ziff. 4.4, S. 39.

⁸⁵ Act. 83, Beilage 2 (Revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha Service-Stelle), Ziff. 4.1, S. 53.

45. Die Yamaha-Service-Stellen waren nach dem Rahmenvertrag 2018 verpflichtet, Vertragsprodukte *nur* von der Lieferantin (der HAG) und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen. Ziff. 4.1 des revidierten Rahmenvertrages 2021 sieht ebenfalls vor, dass die Yamaha-Service-Stelle die Vertragsprodukte zwecks Weiter-

verkaufs an Endkunden *nur* von einer bestimmten Yamaha-Vertretung bezieht.

46. Die Bestimmungen zu Fahrzeugbestellungen der Liefervereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Service-Stellen enthalten nachfolgende Alleinbezugs klauseln:

Tabelle 7: Alleinbezugs klauseln der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Service-Stellen

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Service-Stelle	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Service-Stelle
<p>«2.9 Fahrzeugbestellungen</p> <p>Die YAMAHA Service-Stelle ist berechtigt, YAMAHA-Fahrzeuge direkt an ihre Kunden zu verkaufen. Jedoch <i>müssen diese über</i> die, von der Lieferantin zugeteilte YAMAHA-Vertretung bezogen werden (Ausnahme § Art. 2.3). [...]»⁸⁶ (Hervorhebung hinzugefügt)</p>	<p>«2.9 Bestellungen</p> <p>Die Yamaha Service-Stelle ist berechtigt, Yamaha <i>Fahrzeuge und Geräte</i> direkt an ihre Kunden zu verkaufen. Der <i>Bezug</i> dieser Produkte <i>erfolgt dabei über die der Yamaha Service-Stelle zugewiesenen Yamaha Vertretung</i> (vgl. Ziff. 4.1 des Rahmenvertrages). Ausgenommen hiervon ist der direkte Bezug der in Ziff. 2.3 dieser Vereinbarung genannten Produkte bei der Lieferantin. [...]»⁸⁷ (Hervorhebung hinzugefügt)</p>

47. Demgegenüber sprechen Bestimmungen sowohl der ursprünglichen als auch der revidierten Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner dafür, dass Parallelimporte vorgesehen sind. Diese führen die Preise von Dienstleistungen der HAG auf, wobei unter anderem die «EG-Übereinstimmungsbescheinigung – COC (Parallelimport)» und die «Bestätigung für Yamaha-Fahrzeuge 25/35 kW/full power (Parallelimport)» aufgeführt sind.⁸⁸

48. Zudem sprechen Ziff. 2.7 resp. Ziff. 2.6 sowohl der ursprünglichen als auch der revidierten Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner dafür, dass Querlieferungen vorgesehen sind, indem sie festhalten: «Der Weiterverkauf von bereits fakturierten Fahrzeugen an einen anderen Yamaha Vertreter wird nicht mehr durch die Lieferantin abgewickelt, sondern direkt zwischen den betroffenen Händlern. [...]».⁸⁹

49. Ziff. 2.13, sowohl der ursprünglichen als auch der revidierten Liefervereinbarung Yamaha-Vertretung enthält eine Pflicht der Yamaha-Vertretungen, eine Mindestmenge von zehn Fahrzeugen im Rahmen einer sog. Winterbestellung bei der HAG zu bestellen:

«Die Winterbestellung ist strikt verbindlich und wird vom YAMAHA Verkaufsleiter sowie der Buchhaltung genehmigt und bestätigt. Wir behalten uns das Recht vor, bei überfälligen Debitorensalden die Winterbestellung abzulehnen. [...]

Mindestbestellung: 10 Fahrzeuge.»⁹⁰

A.3.3.1.1 Stellungnahme der HAG zur Alleinbezugsverpflichtung ihrer Yamaha-Partner

50. Die HAG führt aus, dass mit der Alleinbezugsverpflichtung sowie der Verpflichtung der HAG, die Yamaha-Produkte nur an die Yamaha-Partner zu liefern (vgl. Rz 99) das Ziel verfolgt werden solle, die Yamaha-Produkte mit Sorgfalt, Leidenschaft und Qualität an die Kundinnen und Kunden zu verkaufen.⁹¹ Es sollen die damit zusammenhängenden Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen sichergestellt werden.⁹² Die Ver-

tragspartner dürften Yamaha-Produkte parallel importieren.⁹³

51. Zur Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der Lieferantin (d. h. von der HAG) und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen, hält die HAG fest, dass die Verknüpfung der Yamaha-Service-Stelle mit einer Yamaha-Vertretung in Absprache mit der jeweiligen Service-Stelle, der jeweiligen Vertretung und der HAG erfolge.⁹⁴ Die Yamaha-Service-Stelle habe freie Partnerwahl.⁹⁵ Diese könne auch jederzeit in Absprache mit der HAG geändert werden.⁹⁶ Mit dieser Verknüpfung soll die Qualität gesichert und der Know-how-Transfer gewährleistet werden und somit sollen keine Doppelspurigkeiten und Missverständnisse entstehen.⁹⁷

⁸⁶ Act. 6, Beilage 2 (Liefervereinbarung 2018 Yamaha Service Stelle), Ziff. 2.9, S. 48.

⁸⁷ Act. 83, Beilage 2, Ziff. 2.9, S. 63.

⁸⁸ Act. 6, Beilagen 1–2, Ziff. 4.21, S. 30 bzw. 58; act. 83, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.19, S. 30 bzw. 73.

⁸⁹ Act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 2.7 bzw. 2.6, S. 18 bzw. 47; act. 83, Beilagen 2 und 4, Ziff. 2.7 bzw. 2.6, S. 18 bzw. 62.

⁹⁰ Act. 6, S. 19; act. 83, S. 19. Die Klauseln sind bis auf den Satz «Die Winterbestellung dient grundsätzlich zur Erweiterung Ihrer Ausstellungs-Modelle», der nur in der Version von 2018 enthalten ist, identisch.

⁹¹ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 16, S. 8 resp. 10.

⁹² Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 16, S. 8 resp. 10.

⁹³ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 16, S. 9 resp. 10.

⁹⁴ Act. 10, Antwort zu Frage 17, S. 11.

⁹⁵ Act. 10, Antworten zu Fragen 17 und 18, S. 11.

⁹⁶ Act. 10, Antworten zu Fragen 17 und 18, S. 11.

⁹⁷ Act. 10, Antworten zu Fragen 17 und 18, S. 11.

52. Die HAG führt aus, dass es zu keiner Zeit ihr Ziel gewesen sei, mit ihren Vertriebspartnern einen unzulässigen Gebietsschutz zu installieren.⁹⁸ Es sei nicht ihre Absicht, Passivverkäufe⁹⁹ durch ausländische Händler zu unterbinden oder Parallel- oder Direktimporte in unzulässiger Weise einzuschränken und die Verträge hätten dies auch nicht getan.¹⁰⁰ Für Anmerkungen der WEKO sei die HAG offen und sie würde problematische Klauseln in den Verträgen anpassen.¹⁰¹ Die HAG würde Querlieferungen unter den zugelassenen Händlern durch ihr EDV-System sogar fördern, weil damit die Fahrzeuge unkompliziert untereinander ausgetauscht werden könnten (sog. Marketplace).¹⁰²

53. Parallel- und Direktimporte von Fahrzeugen aus der Europäischen Gemeinschaft in die Schweiz seien wegen der Konformitätsbescheinigung möglich.¹⁰³ Es gebe keine Hindernisse für Fahrzeugimporte.¹⁰⁴ Die Anzahl parallel- und direktimportierter Fahrzeuge 2018 betrug gemäss der HAG total 112 Fahrzeuge, d. h. ca. 0,6 % aller Fahrzeuge.¹⁰⁵ Diese niedrige Anzahl lasse sich mit den attraktiven Preisen, dem flächendeckenden Händlernetz und der sehr hohen Servicequalität erklären.¹⁰⁶ Zu den Zahlen der anderen Produkte (Accessoires, Bekleidung, Ersatzteile, etc.) könne die HAG keine Angaben machen.¹⁰⁷

54. Auf die Frage, ob parallelimportierte und innerhalb der Schweiz zwischen Yamaha-Partnern querbezogene Yamaha-Produkte bei der Beurteilung der Umsatzziele der Yamaha-Vertretungen gemäss Ziff. 2.14 der Liefervereinbarung 2018¹⁰⁸ berücksichtigt werden, antwortete die HAG, dass parallelimportierte Fahrzeuge bei der Beurteilung der Erreichung der Umsatzziele nicht berücksichtigt würden. Relevant seien ausschliesslich Bezüge bei der HAG.¹⁰⁹ Querbezogene Produkte zwischen Yamaha-Partnern würden bei demjenigen Yamaha-Partner berücksichtigt, der diese Produkte bei der HAG bezogen hätte.¹¹⁰

55. Da eine Mindestbestellmenge sich wie eine Alleinbezugsverpflichtung auswirken kann, hat das Sekretariat die HAG zur Stellungnahme zu Ziff. 2.13 Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Vertretung (Rz 49) aufgefordert. Die HAG hält dazu fest, dass sie für die Winterbestellung besondere Zahlungsbedingungen gewähre.¹¹¹ Da es sich um ein Sonderangebot handle, habe die HAG die Anzahl der zu bestellenden Fahrzeuge auf mindestens zehn Fahrzeuge festgelegt.¹¹² Diese Winterbestellung sei allerdings nicht obligatorisch.¹¹³

A.3.3.1.2 Ergebnis der Yamaha-Partner-Befragung zu ihrer Alleinbezugsverpflichtung

56. Anlässlich der durchgeführten Händlerbefragung wurden die Yamaha-Partner gefragt, ob sie die Vertragsprodukte zwecks Weiterverkaufs an Endkundinnen und Endkunden unabhängig von der Lieferantin (d. h. von der HAG) auch bei frei wählbaren Yamaha-Partnern in der Schweiz beziehen können. 16 von 18 Yamaha-Partnern (89 %) antworteten mit «Ja».

57. Auf die Frage, ob die Yamaha-Service-Stellen die Vertragsprodukte zwecks Weiterverkaufs an Endkundinnen und Endkunden unabhängig von der Lieferantin (d. h. von der HAG) auch bei frei wählbaren Yamaha-Partnern in der Schweiz beziehen können, sagen vier

von neun Yamaha-Vertretungen (44 %) «Ja». Eine Yamaha-Vertretung (11 %) verneint die Frage und vier (44 %) geben an es nicht zu wissen.¹¹⁴

58. Hinsichtlich der Möglichkeit von Parallelimporten sagen zwei von 17 Yamaha-Partnern (12 %), dass der Parallelimport von Yamaha-Produkten nicht möglich sei.¹¹⁵ Die restlichen Yamaha-Partner sagen «ja» (64,7 %) oder geben an, es nicht zu wissen (23,5 %). Lediglich ein Yamaha-Partner (5 %) gibt an, Parallelimporte von Yamaha-Produkten zu tätigen.

59. Der Direktimport von Yamaha-Produkten ist gemäss 14 von 15 Yamaha-Partnern (93 %) möglich und gemäss 15 von 18 Yamaha-Partnern (83 %) würden Endkundinnen und Endkunden Yamaha-Produkte in die Schweiz importieren.

60. Die Frage nach der Höhe der Preisunterschiede für Yamaha-Produkte zu den Nachbarländern der Schweiz wurde nicht eindeutig beantwortet. Gemäss fünf von 17 Yamaha-Partnern (29 %) beträgt gegenüber Endkundinnen und Endkunden der Preisunterschied für Yamaha-Produkte in den Nachbarländern der Schweiz im Vergleich zur Schweiz etwa 5–20 %. Demgegenüber sagen 35 % bzw. 46 % der befragten Yamaha-Partner, dass es gegenüber Händlern bzw. Endkundinnen und Endkunden keinen Preisunterschied gebe.

61. Acht von zehn Yamaha-Vertretungen (80 %) sagen, dass sie in ihrer Wahl hinsichtlich Bezugsquelle für die Winterbestellung (für die eine Mindestbestellmenge vorgesehen ist) von Fahrzeugen nicht beschränkt seien. Lediglich eine Yamaha-Vertretung gibt an, in ihrer Wahl eingeschränkt zu sein.¹¹⁶ Aus der Befragung geht allerdings nicht hervor (i) ob sich die Yamaha-Vertretungen vertraglich verpflichtet sehen, eine Winterbestellung zu tätigen und (ii) wie viele der Yamaha-Vertretungen solche Winterbestellungen tätigen.¹¹⁷

⁹⁸ Act. 10, Antwort zu Frage 11, S. 8.

⁹⁹ Ziff. 3 VertBek definiert Passivverkäufe wie folgt: «Die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden [...]» (Fussnoten weggelassen).

¹⁰⁰ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 16, S. 8 bzw. 10.

¹⁰¹ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 41, S. 9 resp. 20.

¹⁰² Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 16, S. 8, resp. 10.

¹⁰³ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 13.

¹⁰⁴ Act. 10, Antworten zu Fragen 11 und 13.

¹⁰⁵ Daten gemäss Einlöse-Statistik des ASTRA; act. 10, Antwort zu Frage 14, S. 10.

¹⁰⁶ Act. 10, Antwort zu Frage 14, S. 10.

¹⁰⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 15, S. 10..

¹⁰⁸ Act. 6, Beilage 2, Ziff. 2.14.

¹⁰⁹ Act. 10, Antwort zu Frage 20, S. 11.

¹¹⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 20, S. 11.

¹¹¹ Act. 10, Antwort zu Frage 19, S. 11.

¹¹² Act. 10, Antwort zu Frage 19, S. 11.

¹¹³ Act. 10, Antwort zu Frage 19, S. 11.

¹¹⁴ Act. 68.

¹¹⁵ Act. 49; act. 68.

¹¹⁶ Act. 68.

¹¹⁷ Act. 19, Frage 18, S. 6.

A.3.3.1.3 Zwischenfazit zur Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner

62. Mit der Alleinbezugsverpflichtung der Verträge 2017/2018 waren die Schweizer Yamaha-Vertretungen verpflichtet, die Yamaha-Produkte ausschliesslich bei der Schweizer Generalimporteurin (der HAG), zu beziehen (Rz 41 ff.). Sie haben sich damit indirekt verpflichtet, Parallelimporte sowie den Bezug von Yamaha-Produkten im Ausland zu unterlassen. Dies könnte zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Händler an Schweizer Händler geführt haben. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der HAG und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen (Rz 44 ff.). Gegen eine strikte Alleinbezugsverpflichtung und für die Möglichkeit von Parallelimporten sprechen demgegenüber Ziff. 4.21 resp. 4.19 der Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner, die Parallelimporte vorsehen (Rz 47). Die Mehrheit der befragten Yamaha-Partner gibt an, sich nicht darin beschränkt zu sehen, Yamaha-Produkte aus dem Ausland zu beziehen (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner gibt jedoch an, tatsächlich Fahrzeuge parallel zu importieren (Rz 58). Die geringe Anzahl parallel- und direktimportierter Yamaha-Fahrzeuge im Jahr 2018 (0,6 % aller Fahrzeuge) (Rz 53) zeigt, dass beinahe keine Importe getätigt wurden. Die HAG hat den Wortlaut der Alleinbezugsklauseln in ihren revidierten Verträgen 2021 nur geringfügig geändert. Der neue Wortlaut, für sich allein, suggeriert weiterhin eine Alleinbezugsverpflichtung. Die HAG hat dem Sekretariat allerdings zugesichert, die diesbezügliche Anregung umzusetzen (Rz 19). Mit der Umsetzung der Anregung wird der Widerspruch zwischen den Vertragsklauseln wegfallen.

63. Mit den vorgenannten Alleinbezugsverpflichtungen haben sich die Yamaha-Partner ebenfalls indirekt verpflichtet, den Bezug von Yamaha-Produkten bei anderen Schweizer Yamaha-Partnern zu unterlassen. Gegen eine strikte Alleinbezugsverpflichtung und für die Möglichkeit von Querlieferungen unter Schweizer Yamaha-Partnern sprechen Ziff. 2.6 resp. 2.7 der Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner, die Querlieferungen vorsehen (Rz 48). Die HAG gibt an, Querlieferungen durch ihr EDV-System (sog. Marketplace) zu fördern (Rz 52). Anlässlich der durchgeführten Händlerbefragung wurden die Yamaha-Partner gefragt, ob sie die Vertragsprodukte zwecks Weiterverkaufs an Endkundinnen und Endkunden unabhängig von der HAG auch bei frei wählbaren Yamaha-Partnern in der Schweiz beziehen können. 16 von 18 Yamaha-Partnern (89 %) antworten mit «Ja» (Rz 56). Vor diesem Hintergrund ist nicht von einer Beschränkung von Querlieferungen zwischen den Yamaha-Partnern innerhalb der Schweiz auszugehen. Dies unter Berücksichtigung, dass das Sekretariat der HAG die Anregung unterbreitet hat, die Klauseln in ihren Verträgen hinsichtlich Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner zu streichen oder dahingehend zu präzisieren, dass diese unmissverständlich Parallelimporte und Querlieferungen zulassen (Rz 273 Ziff. 2) und die HAG dem Sekretariat zugesichert hat die Anregung umzusetzen (Rz 19).

64. Nach Ziff. 2.13 der ehemaligen und revidierten Liefervereinbarungen haben die Yamaha-Vertretungen eine Pflicht zum Bezug einer Mindestbestellmenge von zehn Fahrzeugen bei einer sog. Winterbestellung (Rz 49). Während die HAG angibt, dass es für die Yamaha-Vertretungen nicht obligatorisch sei, überhaupt eine Winterbestellung zu tätigen, geht aus der Befragung insbesondere nicht hervor, ob sich die Yamaha-Vertretungen vertraglich verpflichtet sehen, eine Winterbestellung zu tätigen. Aus Verhältnismässigkeitsgründen wird zurzeit davon abgesehen zu prüfen, ob sich die vertragliche Mindestbestellmenge wie eine Alleinbezugsverpflichtung ausgewirkt hat. Es wird der HAG jedoch empfohlen, Ziff. 2.13 der revidierten Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung dahingehend zu präzisieren, dass die Winterbestellung, die die Mindestbestellmenge vorsieht, ein Sonderangebot darstellt und es optional für die Yamaha-Vertretungen ist, diese Bestellung zu tätigen.

A.3.3.2 Garantieleistungen der HAG

65. Art. 5 des Warranty Agreements vom 1. Januar 2017 zwischen YMC, YME und der HAG (Rz 29) hält unter dem Titel «*Service for Other Distributor's Customers*» fest:

[...] ¹¹⁸

66. Nach vorgenannter Klausel ist die HAG berechtigt, von YMC entschädigt zu werden, wenn die HAG Serviceleistungen an Fahrzeugen erbringt, die in der EU von einem YME-Vertriebspartner vertrieben wurden. YMC behält sich dabei das Recht vor, in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob die HAG zur genannten Entschädigung berechtigt ist.

67. Art. 3 Ziff. 1 Bst. c des Warranty Agreements zwischen YMC, YME und der HAG lautet:

[...] ¹¹⁹

68. Nach vorgenannter Klausel wird die HAG nicht für Schäden kompensiert, die aus dem Einbau von Teilen, Komponenten und/oder Accessoires resultieren, deren Qualität nicht derjenigen von Yamaha-Originalteilen entspricht.

69. Art. 2 Ziff. 16 des Distributor Agreements zwischen YME und der HAG (Rz 29) lautet:

[...] ¹²⁰

70. Die HAG darf nach vorgenannter Klausel [...].

71. Sowohl die Liefervereinbarungen 2018 zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern als auch die revidierten Liefervereinbarungen 2021 sehen Folgendes in Bezug auf die Garantieleistungen der HAG bei Yamaha-Fahrzeugen, welche durch die HAG importiert wurden, vor

:

¹¹⁸ Act. 31, S. 3.

¹¹⁹ Act. 31, S. 3.

¹²⁰ Act. 17, Beilage 5, Art. 2 Ziff. 16, S. 99.

«4.2 Garantieleistungen für Motorräder und Roller von Yamaha

Die Yamaha-Vertretung oder die Yamaha Service-Stelle verpflichtet sich, für Motorräder und Roller, welche durch die Lieferantin importiert wurden, während der Garantiedauer alle Originalteile, die aufgrund von Material- oder

Herstellungsfehlern defekt sind oder dadurch beschädigt wurden, auf Kosten des Yamaha-Importeurs zu ersetzen.»¹²¹ (Hervorhebung hinzugefügt)

72. Bezüglich Ersatzteile-Garantie hält Ziff. 4.11 der Liefervereinbarungen mit den Yamaha-Partnern Folgendes fest:

Tabelle 8: Ersatzteile-Garantieklauseln der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Partnern

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Partner	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Partner
<p>«4.11 Ersatzteile und Batterien</p> <p>Ersatzteile und Batterien, welche nicht bei der hostettler ag in Sursee oder einer ihrer Filialen bezogen wurden, können nicht in Garantie oder Kulanz zurückvergütet werden.</p> <p>Zubehörteile, (z B. Bremsanlagen oder einzelne Komponenten von anderen Herstellern als die der Originalbremsanlage), welche an Stelle von Originalteilen montiert wurden, können ebenfalls nicht in Garantie oder Kulanz zurückvergütet werden.»¹²² (Hervorhebung hinzugefügt)</p>	<p>«4.11 Ersatzteile</p> <p>Die Kundenrechnung der Originalteile muss zwingend dem Garantieantrag beigefügt werden, damit der Antrag von hostettler ag bearbeitet werden kann.</p> <p>Schäden oder Mängel aufgrund von unangebrachter Lagerung oder Transportschäden sind ausgeschlossen. In solchen Fällen sind die anwendbaren Prozeduren zu befolgen.</p> <p>Wird im Rahmen der Garantiedauer an einem Fahrzeug ein Originalteil ersetzt, erhält das neu eingebaute Teil eine Garantie die bis zum Ende der Garantiedauer des Fahrzeugs Gültigkeit hat.</p> <p>Wird ein Ersatzteil jedoch bei einem Partner von hostettler ag gekauft, so gilt eine 2-jährige Teilegarantie, unabhängig vom Alter des Fahrzeuges.»¹²³</p>

73. Ziff. 4.5 der Liefervereinbarungen mit den Yamaha-Partnern hält zur Garantiedauer fest:

Tabelle 9: Garantiedauerbestimmungen der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Partnern

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Partner	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Partner
<p>«2 Jahre: für Motorräder und Roller von YAMAHA bis 100 ccm, ohne Kilometerbeschränkung (1 Jahr Werksgarantie + 1 Jahr SWISS GARANTIE, sofern das Motorrad oder der Roller während diesen 2 Jahren in der Schweiz immatrikuliert bleibt) [...]</p> <p>3. Jahr Garantie: Zusätzlich zu der zweijährigen Herstellergarantie bietet die Lieferantin ein kostenloses drittes Jahr Vollgarantie für YAMAHA Motorräder und Roller ab 101ccm ohne Kilometerbeschränkung. (2 Jahre Werksgarantie + 1 Jahr SWISS GARANTIE, sofern das Motorrad oder der Roller während diesen 3 Jahren in der Schweiz immatrikuliert bleibt).»¹²⁴</p>	<p>«2 Jahre: für Motorräder und Roller von YAMAHA bis 100 ccm, ohne Kilometerbeschränkung (1 Jahr Werksgarantie + 1 Jahr SWISS GARANTIE, sofern das Motorrad oder der Roller während diesen 2 Jahren in der Schweiz immatrikuliert bleibt) [...]</p> <p>2 Jahre: für Yamaha-Originalersatzteile (nur Material ohne Arbeit), für Yamaha-Originalzubehör (nur Material ohne Arbeit)</p> <p>3. Jahr Garantie (Swiss Garantie): für Motorräder und Roller von YAMAHA ab 101 cm³, ohne Kilometerbeschränkung. (2 Jahre Werksgarantie + 1 Jahr SWISS GARANTIE, sofern das Motorrad oder der Roller während diesen 3 Jahren in der Schweiz immatrikuliert bleibt)»¹²⁵</p>

¹²¹ Act. 83, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.2, S. 26 resp. 69; siehe auch act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.2.

¹²² Act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.11.

¹²³ Act. 83, Beilagen 2 und 5, Ziff. 4.11, S. 28 resp. 71.

¹²⁴ Act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.5.

¹²⁵ Act. 83, Beilagen 2 und 5, Ziff. 4.5, S. 27 resp. 70.

74. Nach Ziff. 4.5 der Liefervereinbarungen hängt die Garantiedauer vom Fahrzeugtyp ab. Für Fahrzeuge bis 100 ccm besteht eine einjährige Herstellergarantie (Werksgarantie genannt) sowie eine einjährige Swiss Garantie, die die HAG gewährt. Bei Fahrzeugen ab 101 ccm besteht eine zweijährige Herstellergarantie und eine einjährige Swiss Garantie, die die HAG gewährt. Die

Liefervereinbarungen 2021 enthalten darüber hinaus eine zweijährige Garantie für Yamaha-Originalersatzteile und -Originalzubehör.

75. Ziff. 4.4 der Liefervereinbarungen mit den Yamaha-Partnern sieht u. a. folgenden Garantieausschlussgrund vor:

Tabelle 10: Garantieausschlussklauseln der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Partnern

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Partner	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Partner
«4.4 Garantieausschlussgründe [...] Das Motorrad oder der Roller wurde abgeändert, oder es wurden Teile fremder Herkunft (welche nicht durch hostettler ag autorisiert wurden) eingebaut.» ¹²⁶ (Hervorhebung hinzugefügt)	«4.4 Garantieausschlussgründe [...] Das Fahrzeug wurde modifiziert oder mit Teilen ausgestattet, die nicht vom Hersteller homologiert wurden (die von hostettler ag nicht anerkannt werden). ¹²⁷ (Hervorhebung hinzugefügt)

76. Während die Liefervereinbarungen 2018 das Einbauen von Teilen fremder Herkunft ausdrücklich als Garantieausschlussgrund vorsehen, nennen die Liefervereinbarungen 2021 nicht anerkannte Teile.

77. Schliesslich sehen die Rahmenverträge mit den Yamaha-Partnern Folgendes in Bezug auf die Verwendung und den Verkauf von Ersatzteilen vor:

Tabelle 11: Ersatzteilklauseln der Rahmenverträge der HAG mit den Yamaha-Partnern

2017/18 Rahmenvertrag Yamaha-Partner	2021 Rahmenvertrag Yamaha-Partner
«4.5 Ersatzteillager und Ersatzteile Die YAMAHA-Vertretung [bzw. Yamaha-Service-Stelle] ist verpflichtet, ein eigenes Ersatzteillager mit originalen YAMAHA Service- und Verschleisssteilen zu unterhalten. Ferner verpflichtet sich die YAMAHA-Vertretung [bzw. Yamaha-Service-Stelle] nur YAMAHA-Originalersatzteile zu verwenden und zu verkaufen.» ¹²⁸ (Hervorhebung hinzugefügt)	«Ersatzteillager und Ersatzteile Die Yamaha Vertretung [bzw. Yamaha-Service-Stelle] ist verpflichtet, ein eigenes Ersatzteillager mit originalen Yamaha Service- und Verschleisssteilen zu unterhalten. Ferner verpflichtet sich die Yamaha Vertretung [bzw. Yamaha-Service-Stelle] während der Garantiezeit des Fahrzeugs und wie vom Hersteller vorgeschrieben für Yamaha Produkte nur Yamaha Originalersatzteile oder gleichwertige Produkte zu verwenden und zu verkaufen.» ¹²⁹ (Hervorhebung hinzugefügt)

78. Die Bestimmungen der revidierten Rahmenverträge 2021 lassen die Verwendung und den Verkauf von Yamaha-Originalteilen gleichwertigen Produkten nunmehr ausdrücklich zu.

A.3.3.2.1 Stellungnahme der HAG zu ihren Garantieleistungen

79. Hinsichtlich Garantieleistungen hält die HAG fest, dass die HAG bei Garantiarbeiten oder Originalersatzteilen gegenüber YMC bzw. YME nur abrechnen könne, was die HAG effektiv bei YMC oder YME bezogen habe.¹³⁰ Seien die Produkte nicht von der HAG vertrieben worden, könne gegenüber YMC resp. YME auch keine Garantie seitens der HAG beansprucht werden.¹³¹ Folglich gewähre die HAG auf direkt- und parallelimportierten Fahrzeugen keine Garantieleistungen.¹³² Die Endkundin oder der Endkunde bzw. der Yamaha-Partner könne den Garantieantrag an einen Vertragshändler im Bezugsland des Fahrzeuges stellen und so die Garantieleistungen einfordern.¹³³ Einzig sicherheitsrelevante Rückrufe würden von YMC stets vergütet.¹³⁴ Die HAG sei in diesem Fall für die Abwicklung der Vergütungen gegenüber YME verantwortlich.¹³⁵

80. Dies gelte auch für importierte Yamaha-Originalersatzteile.¹³⁶ Bei Garantiarbeiten erfolge die Vergütung durch die Herstellerin nur für Originalersatzteile, die bei der HAG oder einer ihrer Filialen in der Schweiz bezogen worden seien.¹³⁷ Davon erfasst seien auch querbezogene Originalersatzteile, die bei einem in der Schweiz zugelassenen Yamaha-Partner erworben worden seien, welcher die Teile ursprünglich von der HAG oder einer ihrer Filialen bezogen habe.¹³⁸

¹²⁶ Act. 6, Beilagen 1 und 3, Ziff. 4.4.

¹²⁷ Act. 83, Beilage 5, Ziff. 4.4, S. 69.

¹²⁸ Act. 6, Beilagen 1 und 3, Ziff. 4.5.

¹²⁹ Act. 83, Beilagen 1 und 3, Ziff. 4.5 resp. 4.4, S. 10 resp. 54.

¹³⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 22, S.12.

¹³¹ Act. 10, Antwort zu Frage 22.

¹³² Act. 10, Antworten zu Fragen 21 und 27.

¹³³ Act. 10, Antworten zu Fragen 21 und 27.

¹³⁴ Act. 10, Antworten zu Fragen 21 und 27.

¹³⁵ Act. 10, Antworten zu Fragen 21 und 27.

¹³⁶ Act. 10, Antworten zu Fragen 22 bis 24; act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.11.

¹³⁷ Act. 10, Antworten zu Fragen 22 bis 24; act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.11.

¹³⁸ Act. 10, Antworten zu Fragen 22 bis 24; act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 4.11.

81. Die Ausführungen der HAG widersprechen der Aktenlage. Dass die HAG hinsichtlich parallel und direkt importierter Yamaha-Produkte gegenüber der Herstellerin, YMC bzw. YME, angeblich keine Garantie-Rückvergütungsansprüche geltend machen kann, widerspricht Art. 5 des Warranty Agreements zwischen YMC bzw. YME und der HAG, der nicht vorsieht, dass die HAG Garantie-Rückvergütungsansprüche nur für selbst importierte Fahrzeuge gegenüber YMC bzw. YME geltend machen kann (Rz 65).

82. Hinsichtlich der Garantiedauer erklärt die HAG, sie räume die Swiss Garantie (Rz 73 f.) kumulativ zu der von der Herstellerin gewährten Garantie ein und könne die Garantieleistungen im dritten Jahr nicht bei der Herstellerin zurückverlangen; diese würden ausschliesslich auf Kosten der HAG gehen.¹³⁹ Deshalb könne HAG die Swiss Garantie nur auf Fahrzeuge erbringen, die sie selbst in die Schweiz importiert habe.¹⁴⁰

83. Aus den vorgenannten Ausführungen der HAG ergibt sich, dass die HAG weder die Herstellergarantie noch die Swiss Garantie auf Fahrzeuge gewährt, die von zugelassenen Händlern im Ausland gekauft und in die Schweiz importiert worden sind (vgl. oben, Rz 79 und 82).

84. Die HAG erklärt im Zusammenhang mit dem Garantieausschluss in den Verträgen 2017/2018, dass die Herstellerin (YMC) während der Garantiezeit die Verwendung von Originalprodukten verlange, ansonsten verfallende jeglicher Anspruch auf Garantieleistungen.¹⁴¹ Solange Yamaha-Originalteile eingebaut würden, bleibe die Herstellergarantie gültig.¹⁴² Beim Verwenden von Fremtteilen (nicht Yamaha-Originalteile) verfallende Herstellergarantie.¹⁴³

85. Die Verträge zwischen der HAG und der Herstellerin, die dem Sekretariat vorliegen (Rz 29) enthalten keine Bestimmungen, die einen Verfall der Herstellergarantie vorsehen, wenn Teile fremder Herkunft eingebaut werden. [...] (Rz 67).

86. Schliesslich gibt die HAG an, die Yamaha-Partner dürften daneben Teile fremder Herkunft anbieten und verkaufen.¹⁴⁴ Die HAG könne und wolle dies nicht kontrollieren und übe auch keinen Druck auf ihre Vertragspartner aus, damit diese ausschliesslich Yamaha-Produkte verkaufen würden.¹⁴⁵ [...] (Rz 69).

A.3.3.2.2 Ergebnis der Yamaha-Partner-Befragung zu den Garantieleistungen der HAG

87. Neun von 17 Yamaha-Partnern (53 %) geben an, dass Arbeiten, die im Rahmen der Herstellergarantie erbracht werden, auch vergütet würden, wenn die Yamaha-Fahrzeuge durch Endkundinnen und Endkunden in die Schweiz importiert wurden.¹⁴⁶ Acht von 17 Yamaha-Partnern (47 %) geben an, dass Arbeiten, die im Rahmen der Herstellergarantie erbracht werden, auch vergütet würden, wenn die Yamaha-Fahrzeuge durch Yamaha-Partner in die Schweiz importiert wurden.¹⁴⁷ Gemäss drei von 17 Yamaha-Partnern (18 %) werden Garantiarbeiten bei solchen Fahrzeugen nicht vergütet.¹⁴⁸

88. Zudem sagen vier von 12 Yamaha-Partnern (33 %), dass Yamaha-Originalersatzteile, die sie im Rahmen von

Garantieleistungen verwenden, von der HAG nicht vergütet würden, wenn sie durch einen Yamaha-Partner parallelimportiert worden seien.¹⁴⁹ Gemäss einem Yamaha-Partner (8 %) werden auch parallelimportierte Yamaha-Originalersatzteile vergütet werden. Elf von 14 Yamaha-Partnern (79 %) wissen nicht, ob in der Schweiz querbezogene Yamaha-Originalersatzteile von der HAG vergütet würden, ein Yamaha-Partner (7 %) verneint diese Frage.¹⁵⁰

89. Die Frage, ob die Garantie verfallende, wenn im Rahmen von Service- und Wartungsarbeiten Ersatzteile verwendet werden, die von Drittanbietern stammen und von der HAG nicht autorisiert sind, bejahen neun von 16 Yamaha-Partnern (56 %).¹⁵¹ Alle anderen Yamaha-Partner, ausser einer, wissen es nicht.¹⁵²

90. Zehn von 16 Yamaha-Partnern (63 %) beziehen Ersatzteile, die mit Yamaha-Produkten im Wettbewerb stehen. Neun von 14 Yamaha-Partnern (64 %) verkaufen zudem konkurrierende Ersatzteile. Die Befragung der Yamaha-Partner hinsichtlich der Frage, ob während der Garantiedauer für Arbeiten, die ausserhalb von Garantieleistungen (z. B. Service- und Wartungsarbeiten) erbracht werden, konkurrierende Ersatzteile verwendet werden dürfen, ergab zudem kein eindeutiges Ergebnis. Jeweils fünf von elf Yamaha-Partnern (45 %) sagen «Ja» bzw. «Nein». Einer konnte die Frage mangels Kenntnis nicht beantworten.

A.3.3.2.3 Zwischenfazit zu den Garantieleistungen der HAG

91. [...]. Dies könnte Parallel- und/oder Direktimporte indirekt behindern. [...].

92. Zur Vertragsbestimmung, die einen Garantieausschluss vorsieht, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), ist festzuhalten, dass die HAG im Zusammenhang mit den Verträgen 2017/2018 erklärt, dass die Herstellerin (YMC) während der Garantiezeit die Verwendung von Originalprodukten verlange, ansonsten verfallende jeglicher Anspruch auf Garantieleistungen (Rz 84). Die Mehrheit der Yamaha-Partner bejahen die Frage, ob die Garantie verfallende, wenn im Rahmen von Service- und Wartungsarbeiten Ersatzteile verwendet werden, die von Drittanbietern stammen und von der HAG nicht autorisiert sind (Rz 89). Während die Liefervereinbarungen 2018 das Einbauen von Teilen fremder Herkunft ausdrücklich als Garantieausschlussgrund nennen, nennen die Liefervereinbarungen 2021 nicht anerkannte Teile (Rz 76).

¹³⁹ Act. 10, Antworten zu Frage 27, S. 14.

¹⁴⁰ Act. 10, Antworten zu Frage 27, S. 14.

¹⁴¹ Act. 10, Antwort zu Frage 25, S. 13.

¹⁴² Act. 10, Antwort zu Frage 26, S. 13.

¹⁴³ Act. 10, Antwort zu Frage 26, S. 13.

¹⁴⁴ Act. 10, Antworten zu Fragen 35 und 36, S. 17.

¹⁴⁵ Act. 10, Antworten zu Fragen 35 und 36, S. 17.

¹⁴⁶ Act. 68; act. 49; act. 66.

¹⁴⁷ Act. 68; act. 49; act. 66.

¹⁴⁸ Act. 68; act. 49; act. 66.

¹⁴⁹ Act. 68; act. 49; act. 33; act. 59.

¹⁵⁰ Act. 68.

¹⁵¹ Act. 49; act. 54; act. 55; act. 56; act. 59; act. 60; act. 66; act. 70; act. 80.

¹⁵² Act. 33.

93. Durch die vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner in den Jahren vor 2021, nur Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), könnten sie darin beschränkt gewesen sein, Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern zu verwenden bzw. zu verkaufen. Der HAG zufolge dürfen die Yamaha-Partner Teile fremder Herkunft anbieten und verkaufen.¹⁵³ Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern zu beziehen und zu verkaufen (Rz 90). Die revidierten Rahmenverträge 2021 präzisieren, dass die Yamaha-Partner verpflichtet sind, während der Garantiezeit des Fahrzeugs für Yamaha-Produkte nur Yamaha-Originalersatzteile oder gleichwertige Produkte zu verwenden und zu verkaufen. Sie lassen die Verwendung und den Verkauf von Yamaha-Originalteilen gleichwertigen Produkten nun ausdrücklich zu.

A.3.3.3 Zwischenfazit zu Parallel- und Direktimporten

94. In Bezug auf Parallel- und Direktimporte ist erstens festzuhalten, dass mit der Alleinbezugsverpflichtung der Verträge 2017/2018 die Schweizer Yamaha-Vertretungen verpflichtet waren, die Yamaha-Produkte ausschliesslich bei der Schweizer Generalimporteurin (der HAG), zu beziehen (Rz 41 ff.). Sie haben sich damit indirekt verpflichtet, Parallelimporte sowie den Bezug von Yamaha-Produkten im Ausland zu unterlassen. Dies könnte zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Händler an Schweizer Händler geführt haben. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der HAG und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen (Rz 44 ff.). Gegen eine strikte Alleinbezugsverpflichtung und für die Möglichkeit von Parallelimporten sprechen demgegenüber Ziff. 4.21 resp. 4.19 der Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner, die Parallelimporte vorsehen (Rz 47). Die Mehrheit der befragten Yamaha-Partner gibt an, sich nicht darin beschränkt zu sehen, Yamaha-Produkte aus dem Ausland zu beziehen (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner gibt jedoch an, tatsächlich Fahrzeuge parallel zu importieren (Rz 58). Die geringe Anzahl parallel- und direktimportierter Yamaha-Fahrzeuge im Jahr 2018 (0,6 % aller Fahrzeuge) (Rz 53) zeigt, dass beinahe keine Importe getätigt wurden. Die HAG hat den Wortlaut der Alleinbezugsklauseln in ihren revidierten Verträgen 2021 nur geringfügig geändert. Der neue Wortlaut, für sich allein, suggeriert weiterhin eine Alleinbezugsverpflichtung. Die HAG hat dem Sekretariat allerdings zugesichert, die diesbezügliche Anregung umzusetzen (Rz 19). Mit der Umsetzung der Anregung wird der Widerspruch zwischen den Vertragsklauseln wegfallen.

95. Zweitens liegen Garantiebeschränkungen vor, die Parallel- und/oder Direktimporte indirekt behindert haben könnten. [...] Den vertraglichen Garantieausschluss beim Einbauen von Ersatzteilen fremder Herkunft (Rz 75) sowie die vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), hat die HAG bereits aus den Verträgen gestrichen.

A.3.4 Belieferung spezifischer Kundengruppen

96. Gemäss der Internetseite von YME bietet die HAG fachgerecht mit Blaulicht, Martinshorn und Koffersystem vom Zivil- zum Behördenfahrzeug umgebaute Yamaha-Modelle an.¹⁵⁴ Es handelt sich dabei jährlich um sehr wenige Fahrzeugverkäufe (siehe Tabelle 1, Rz 26).

97. Die Yamaha-Vertretungen waren gemäss Ziff. 4.1 Abs. 2 des Rahmenvertrages 2017 nicht berechtigt, Behörden oder Handelsbetriebe mit Vertragsprodukten zu beliefern:

«Die YAMAHA-Vertretung ist *nicht berechtigt, Vertragsprodukte an Behörden oder andere Handelsbetriebe zu verkaufen.*»¹⁵⁵ (Hervorhebung hinzugefügt)

98. Die Yamaha-Service-Stellen waren gemäss Ziff. 4.1 Abs. 2 des Rahmenvertrages 2018 nicht berechtigt, Vertragsprodukte an Behörden oder andere Handelsbetriebe zu verkaufen, wenn die Produkte spezielle technische Änderungen bedingen:

«Die YAMAHA Service-Stelle ist *nicht berechtigt, Vertragsprodukte (Art. 2) an Behörden oder andere Handelsbetriebe zu verkaufen, wenn die Produkte spezielle technische Änderungen (z.B. Polizeifahrzeug mit spezifischer Ausrüstung) bedingen.*»¹⁵⁶ (Hervorhebung hinzugefügt)

99. Diese Beschränkungen gegenüber den Yamaha-Partnern wurden in den revidierten Rahmenverträgen 2021 ersatzlos gestrichen.¹⁵⁷ Damit ist im Vertrag nicht mehr explizit festgehalten, dass die Yamaha-Partner an Behörden oder Handelsbetriebe keine Vertragsprodukte liefern dürfen. Jedoch lautet Ziff. 3.1 des revidierten Rahmenvertrages 2021 Yamaha-Vertretung neu wie folgt:

«Die Lieferantin verpflichtet sich, Vertragsprodukte nur an die Yamaha Vertretung zu verkaufen. Davon ausgenommen ist die Belieferung einer allfälligen Yamaha Service-Stelle mit Yamaha Originalersatzteilen und Yamaha Zubehör sowie der Vertrieb und Verkauf von Vertragsprodukten mit technischen Modifikationen an *Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber. Solche technisch modifizierte Vertragsprodukte bedürfen einer vorgängigen Prüfung und Genehmigung durch Yamaha Motor Europe und werden daher direkt durch die Lieferantin vertrieben und verkauft.*»¹⁵⁸ (Hervorhebung hinzugefügt)

100. Eine entsprechende Klausel findet sich auch im revidierten Rahmenvertrag 2021 der Yamaha-Service-Stellen.¹⁵⁹ Die revidierten Verträge 2021 begrenzen die Verkaufsbeschränkung ausdrücklich auf technisch modifizierte Fahrzeuge.

¹⁵³ Act. 10, Antworten zu Fragen 35 und 36, S. 17.

¹⁵⁴ Siehe <<https://www.yamaha-motor.eu/ch/de/footer/pro-users/authorities/>> (25.9.2020).

¹⁵⁵ Act. 6, Beilage 1 (Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung), Ziff. 4.1, zweiter Absatz, S. 9.

¹⁵⁶ Act. 6, Beilage 2 (Rahmenvertrag 2018 Yamaha-Service-Stelle), Ziff. 4.1 Abs. 2, S. 38.

¹⁵⁷ Act. 17, Beilagen 1 und 3.

¹⁵⁸ Act. 83, Beilage 1, Ziff. 3.1, S. 8.

¹⁵⁹ Act. 83, Beilage 4, Ziff. 3.1, S. 52.

A.3.4.1 Stellungnahme der HAG zur Belieferung spezifischer Kundengruppen

101. Zur Belieferung spezifischer Kundengruppen brachte die HAG zunächst vor, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern.¹⁶⁰ Die HAG räumte ein, die entsprechenden Klauseln der Verträge 2017/2018 seien «missverständlich».¹⁶¹ Die Beschränkung betreffe einzig die Auslieferung technisch modifizierter Fahrzeuge.¹⁶²

102. Bezüglich technisch modifizierter Fahrzeuge, die an Behörden und Handelsbetriebe verkauft werden (Feld, in dem HAG selbst auf Endkundenstufe tätig ist) erklärte die HAG, dass es sich z. B. um Polizeifahrzeuge handle.¹⁶³ Die HAG müsse bei diesem Typ von Fahrzeugen selbst noch technische Änderungen vornehmen wie z. B. das Anbringen von Sirenen und Polizeileuchtschildern.¹⁶⁴ Die HAG übernehme einen kleinen Teil der Herstellung, weshalb diese Pflichten vertraglich zwischen der Herstellerin und der HAG geregelt seien.¹⁶⁵ Normale Fahrzeughändler würden gar nicht über die Ausrüstung verfügen, um solche «Herstellungsaktivitäten» zu übernehmen.¹⁶⁶

103. Zudem müssten die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC abgenommen werden, wofür Yamaha strenge Richtlinien vorgebe.¹⁶⁷ Auch aus diesem Grund sei es einem einzelnen Händler nicht möglich, diese Leistung zu erbringen.¹⁶⁸ Angesichts der Komplexität der Prozeduren seien die Yamaha-Partner an einer Teilnahme an solchen Ausschreibungen gar nicht interessiert.¹⁶⁹ Die Yamaha-Partner würden von diesen Geschäften jedoch profitieren, weil die Wartungen, Reparaturen und die gesamte Ersatzteilversorgung über die Yamaha-Partner erfolge.¹⁷⁰

A.3.4.2 Ergebnis der Yamaha-Partner-Befragung zur Belieferung spezifischer Kundengruppen

104. Die Befragung der Händler ergab, dass neun von 17 Yamaha-Partner (53 %) sagen, dass sie im Jahr 2018 und/oder 2019 technisch unveränderte Yamaha-Produkte an Handelsbetriebe, Flottenbetriebe und/oder Behörden verkauft hätten.

105. Demgegenüber verkaufte nur ein Yamaha-Partner (6 %) im Jahr 2018 und/oder 2019 technisch modifizierte Yamaha-Fahrzeuge an Handelsbetriebe und Flottenbetreiber.¹⁷¹ Zudem verkauften drei von 18 Yamaha-Partner (18 %) im Jahr 2018 und/oder 2019 technisch modifizierte Yamaha-Fahrzeuge an Behörden.¹⁷² Von den 15 Yamaha-Partnern, die angeben, keine technisch modifizierten Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu verkaufen, geben sechs an, dass sie Interesse daran hätten dies zu tun, wobei einer erklärt, dass technische Änderungen aufwändig seien und er als kleiner Betrieb nicht die Kapazitäten dafür habe.¹⁷³ Sieben dieser 15 Yamaha-Partner geben an, dass sie kein Interesse am Verkauf technisch modifizierter Fahrzeuge hätten. Drei davon begründen dies im Wesentlichen mit fehlenden Kapazitäten.¹⁷⁴ Zwei antworteten nicht auf diese Frage.

106. Des Weiteren ergab die Befragung, dass neun von 20 Yamaha-Partnern (45 %) die HAG auf dem Schwei-

zer Markt als ihre Konkurrentin betrachten. Keiner dieser neun Yamaha-Partner gab an, die HAG speziell in Bezug auf technisch modifizierte Fahrzeuge oder in Bezug auf bestimmte Kundengruppen als Konkurrentin anzusehen.

A.3.4.3 Zwischenfazit zur Belieferung spezifischer Kundengruppen

107. Während die Verträge 2017 dem Wortlaut nach den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen, behalten die revidierten 2021 Verträge der HAG die Belieferung von Behörden, Handelsbetrieben und Flottenbetreibern mit technisch modifizierten Fahrzeugen vor. Die HAG erklärt, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, technisch unveränderte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen.

108. Zum weiterhin bestehenden vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, gibt die HAG an, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC abgenommen werden müssten, wofür Yamaha strenge Richtlinien vorgebe und den Yamaha-Partnern die Ausrüstung fehlen würde. Drei Yamaha-Partner geben an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber verkauft zu haben. 15 Yamaha-Partner geben an, dies nicht zu tun und die Mehrheit davon gibt auch an, kein Interesse daran zu haben (Rz 105). Vier Yamaha-Partner geben schliesslich an, aufgrund fehlender Kapazitäten keine technisch modifizierten Fahrzeuge zu verkaufen.

A.3.5 Preisgestaltung betreffend Motorräder und Roller

109. Aufgrund der gemeldeten Hinweise bestand der Verdacht, dass die HAG auf die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Partner Einfluss nimmt. Den Hinweisen zufolge erkundigte sich die HAG bei den Yamaha-Partnern nach ihren Verkaufspreisen, drohe ihnen und übe Druck auf sie aus, damit sie einen bestimmten Verkaufspreis einhalten.

¹⁶⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15; act. 123, Rz 9 f.

¹⁶¹ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15.

¹⁶² Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15; act. 123, Rz 9 f.

¹⁶³ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15; act. 123, Rz 9 f.

¹⁶⁴ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15; act. 123, Rz 9 f.

¹⁶⁵ Act. 123, Rz 9 f.

¹⁶⁶ Act. 123, Rz 9 f.

¹⁶⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15.

¹⁶⁸ Act. 10, Antwort zu Frage 28, S. 15.

¹⁶⁹ Act. 10, Antwort zu Frage 29, S. 15.

¹⁷⁰ Act. 10, Antworten zu Fragen 2, 3, 28-30 und 34.

¹⁷¹ Act. 70.

¹⁷² Act. 70; act. 73; act. 50.

¹⁷³ Act. 64.

¹⁷⁴ [...].

110. Die folgenden Abschnitte fassen die Feststellungen zur Preissetzung der Yamaha-Partner betreffend Motorräder und Roller (A.3.5.1), zu den Margen und Rabatten (A.3.5.2) sowie die sich daraus ergebenden Erkenntnisse bezüglich der Preisgestaltung (A.3.5.3) zusammen.

A.3.5.1 Preissetzung der Yamaha-Partner betreffend Motorräder und Roller

111. Die HAG händigt den Yamaha-Partnern jährlich Preislisten mit empfohlenen Verkaufspreisen für Motorräder und Roller aus.¹⁷⁵ Diese waren bzw. sind im Internet einsehbar und somit allgemein zugänglich. Die nachstehende Tabelle führt die Preislisten, ihren Gegenstand, ihre Angabe bzgl. Verbindlichkeit und die Bezugnahme darauf in den Verträgen auf:

Tabelle 12: Preislisten der HAG und Bezugnahme in den Yamaha-Partner Verträgen

Dokument	Verbindlichkeit	Bezugnahme in Verträgen mit Yamaha-Partnern
Preisliste 2018 Motorräder	«*Empfohlene Verkaufspreise» ¹⁷⁶	Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Vertretung , Ziff. 2.1: «2.1 Empfohlener Verkaufspreis Bei allen <i>empfohlenen Verkaufspreisen</i> sind die Transportkosten (u.a. LSVA) inbegriffen, jedoch nicht die Kosten für die Inbetriebnahme. [...] Die YAMAHA-Vertretung <i>verpflichtet sich, die Fahrzeuge</i> gemäss den YAMAHA VI Vorschriften zu präsentieren und <i>mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften</i> . Die Lieferantin behält sich das Recht vor, die empfohlenen Verkaufspreise jederzeit und ohne Vorankündigung zu ändern.» ¹⁷⁷ (Hervorhebung hinzugefügt)
Preisliste 2018 Roller	«*Empfohlene Verkaufspreise» ¹⁷⁸	
Preisliste 2019 Motorräder und Roller	«*Empfohlene Verkaufspreise» ¹⁷⁹	
Preisliste 2020 Yamaha-Produkte	«*Empfohlene Verkaufspreise» ¹⁸⁰	Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Service-Stelle , Ziff. 2.1, lautet gleich.
Preisliste 2021 Yamaha-Produkte	Zunächst «*Empfohlene Verkaufspreise», ¹⁸¹ dann «Unverbindliche Preisempfehlung» ¹⁸²	Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung , Ziff. 2.1: «2.1 Verkaufspreise (unverbindliche Preisempfehlung) Alle Verkaufspreise verstehen sich als <i>unverbindliche Preisempfehlungen</i> . [...] Die Lieferantin <i>empfiehlt der</i> Yamaha Vertretung, <i>die Fahrzeuge</i> gemäss den Yamaha VI Vorschriften zu präsentieren und <i>mit den aktuellen und unverbindlichen Verkaufspreisen zu beschriften</i> . Diese Massnahme soll dem Kunden eine transparente Kommunikation gewährleisten. Die Lieferantin behält sich das Recht vor, die unverbindlichen Preisempfehlungen (Verkaufspreise) jederzeit und ohne Vorankündigung zu ändern.» ¹⁸³ (Hervorhebung hinzugefügt) Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Service-Stelle , Ziff. 2.1, lautet gleich.

112. Die Preisliste 2019 für Motorräder und Roller enthielt am Seitenende jeweils den Hinweis «*empfohlene Verkaufspreise*» und keine ausdrückliche Bezeichnung als unverbindlich. Auf den Internetseiten der Herstellerin für die Schweiz <www.yamaha-motor.ch> und <www.yamaha-motor.eu/ch/de> waren die Fahrzeugpreise ebenfalls nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet. Die in der Preisliste 2020 enthaltenen Preise sind mit einer *-Markierung als «*empfohlene*» und nicht als unverbindliche Verkaufspreise deklariert.¹⁸⁴

¹⁷⁵ Act. 6, Beilage 3 (2018 Motorrad, S. 61-65), (2018 Roller, S. 65-67) und (2019, S. 67-70); act. 10, Beilage 7, S. 79-83, Beilage 8 S. 86-93, Beilage 9, S. 95-102; act. 17, Beilage 6.

¹⁷⁶ Act. 6, Beilage 3 (Preisliste 2018 Motorrad), S. 63.

¹⁷⁷ Act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 2.1, S. 17 resp. 46.

¹⁷⁸ Act. 6, Beilage 3 (Preisliste 2018 Roller), S. 65.

¹⁷⁹ In der Preisliste 2019 werden die empfohlenen Verkaufspreise in einer Spalte mit dem Titel «*Preise ab**» aufgeführt. Die Definition der Sternmarkierung lautet: «*Empfohlene Verkaufspreise inkl. 7.7 % MwSt. und CHF 180.- Nebenkosten (Transport, LSVA sowie Fahrzeugprüfungsbericht 13.20A). Beim Handel können zusätzliche Kosten für die Fahrzeugaufbereitung sowie die Zulassungsformalitäten entstehen. Preis- und Farbänderungen vorbehalten*», act. 6, Beilagen 6–8; act. 17, Beilage 6; act. 10, S. 95-102.

¹⁸⁰ Act. 83, Antwort zu Frage 2, S. 2.

¹⁸¹ Act. 83, Beilage 7 (Preisliste 2021), S. 101-110.

¹⁸² Act. 83, Beilage 7 (Preisliste 2021), S. 111-123.

¹⁸³ Act. 83, Beilagen 2 und 5, Ziff. 2.1, S. 17 resp. 61.

¹⁸⁴ Abrufbar unter: <www.yamaha-motor.eu/ch/de> Aktuelles > Aktuelle Preisliste (Motorräder und Roller) (22.1.2020).

Gemäss Ziff. 2.1 der Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Partner, die sich auf die vorgenannten Preislisten der Jahr 2018 bis 2020 beziehen, verpflichteten sich die Yamaha-Partner, die Yamaha-Fahrzeuge mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (nachfolgend: Preisanschriftsklauseln).

113. Zu der Preisliste 2021 ist festzuhalten, dass die Fahrzeugpreise zunächst als «*empfohlene*» und später als «*unverbindliche*» Verkaufspreise gekennzeichnet waren (Rz 116). Ziff. 2.1 der revidierten Liefervereinbarungen 2021 mit den Yamaha-Partnern, die sich auf die vorgenannten Preislisten 2021 bezieht, drückt aus, dass sich alle Verkaufspreise als unverbindliche Preisempfehlungen verstehen und empfiehlt den Yamaha-Partnern, die Fahrzeuge mit den aktuellen und unverbindlichen Verkaufspreisen zu beschriften.

A.3.5.1.1 Stellungnahme der HAG zur Preissetzung ihrer Yamaha-Partner

114. Die HAG bestreitet eine Einflussnahme auf die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Partner für Yamaha-Produkte.¹⁸⁵ Sie würde die Einhaltung der Preisempfehlungen nicht kontrollieren und verfüge auch nicht über die Möglichkeiten dazu, wie z. B. über ein zentrales Warenbewirtschaftungssystem.¹⁸⁶ Sie veröffentliche lediglich Preislisten, welche unverbindlich seien und kündigte an, die Preislisten des Jahres 2020 folgendermassen zu revidieren:

«Um eventuellen Missverständnissen vorzubeugen, wird ab der Preisliste 2020 (gültig ab 01.01.2020) sodann stets noch zusätzlich die Angabe "unverbindliche Preisempfehlung" auf der Preisliste vermerkt.»¹⁸⁷

115. Demgegenüber ist die Preisliste 2020 am Seitenende links mit «**Empfohlene Verkaufspreise [...]*» und nicht als unverbindlich deklariert (Rz 112).¹⁸⁸

116. Die HAG habe die offizielle Preisliste mit den empfohlenen Verkaufspreisen für das Jahr 2020 Mitte Januar 2020 an ihre Vertriebspartner versendet, dabei sei «*aus Versehen die in Aussicht gestellte Präzisierung noch nicht umgesetzt*» worden.¹⁸⁹ Die HAG führte dazu aus:

«Nachdem wir dieses Versehen bemerkten, haben wir umgehend eine Überarbeitung der Preislisten vorgenommen. Die online verfügbaren Preislisten 2021 [...] wurden bereits entsprechend der in Aussicht gestellten Präzisierung geändert. Bei der gedruckten Fassung erfolgt ein Nachdruck der Preislisten 2021 bis spätestens im Juni 2021. [...]»¹⁹⁰

117. In Bezug auf die Preisangabe in den Geschäften führt die HAG aus, dass sie aus Gründen eines einheitlichen Auftretens den Yamaha-Partnern sogenannte Fahrzeugbeschriftungen für den Showroom zur Verfügung stelle.¹⁹¹ Diese Fahrzeugbeschriftungen seien – identisch wie die Preislisten – mit der Angabe von unverbindlichen Preisempfehlungen versehen.¹⁹² Die Kommunikation mit den Konsumenten sei offen und transparent.¹⁹³ Die HAG reichte mehrere Beispiele für die Preisanschrift in den Geschäften ein (vgl. nachfolgendes Beispiel).

¹⁸⁵ Act. 10, Antwort zu Frage 4, S. 6.

¹⁸⁶ Act. 6, S. 3.

¹⁸⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 4, S. 6.

¹⁸⁸ Act. 17, Beilage 6, S. 117-124.

¹⁸⁹ Act. 83, Antwort zu Frage 2, S. 2.

¹⁹⁰ Act. 83, Antwort zu Frage 2, S. 2.

¹⁹¹ Act. 10, Antwort zu Frage 6a, S. 6.

¹⁹² Act. 10, Antwort zu Frage 6a, S. 6.

¹⁹³ Act. 10, Antwort zu Frage 6a, S. 6.

Abbildung 3: Beispiel einer Preisanschrift im Geschäft



2019

MT-10

Temps du moteur	4 temps, à refroidissement liquide, DACT, 4 soupapes	Yamaha Blue 
Cylindrée	998 cm ³	
Puissance	118 kW / 160 ch	Ice Fluo 
Couple maxi.	111.0Nm (11.3kg-m) @ 9000 rpm	
Transmission	6 vitesses, Chaîne	
Réservoir	17 litres	
Hauteur de selle	825 mm	
Poids	210 kg	

Prix* CHF 15 190.—

Prix conseillés non contractuels, changements de prix réservés, jusqu' à nouvelle ordre

Frais de Livraison

Prix final

Leasing Exemple 37 mois¹ CHF 289.70

Financement Plus 36 mois² CHF 433.95

¹: Exemple de calcul: prix de vente de CHF 10'000.—. Valeur résiduelle calculée de CHF 4'500.—. 37 mensualités de CHF 190.65* au taux d'intérêt annuel de 7,18% générant des coûts annuels de CHF 467.75 (sans l'assurance pour l'usage du leasing). Coûts totaux pour 37 mois: CHF 1'482.32. / 2. Exemple de calcul: Prix de vente CHF 10'000.—. Acompte de CHF 1'000.—. pour un montant à financer de CHF 9'000.—. ce qui donne 36 mensualités de CHF 248.35* au taux d'intérêt annuel effectif de 8,50% générant des coûts annuels de CHF 428.25 (coûts totaux pour 36 mois: CHF 1'284.35).

Coûts d'un Leasing ou crédit est, interprété s'il entraîne le surendossement de la consommatrice ou du consommateur (mention légales conformes à l'art. 3 LCO). Le prêteur est Cembra Money Bank SA, Zurich. * TVA 7,7% incluse

yamaha-motor.ch

YAMAHA
Revs Your Heart

118. Hinsichtlich der Preisangabe im Internet seien die Händler in der Gestaltung und im Inhalt ihrer Webseite grundsätzlich frei.¹⁹⁴ Sie müssten lediglich die visuellen Richtlinien von YME respektieren (z.B. Logos, Farben etc.).¹⁹⁵ Einige Händler würden auf eigenen Wunsch und nach Rücksprache mit der HAG den direkten Link auf <www.yamaha-motor.ch> nutzen.¹⁹⁶ Die Preise auf dieser Internetseite seien als unverbindlich deklariert.¹⁹⁷

119. Eine Überprüfung (Ende 2019) der von der HAG angegebenen Webseite <www.yamaha-motor.ch> bzw. <www.yamaha-motor.eu/ch/de> ergab, dass keine Kennzeichnung ersichtlich ist, wonach es sich bei den Fahrzeugpreisen um unverbindliche Preisempfehlungen handeln würde.¹⁹⁸ Die diesbezüglichen Angaben der HAG lassen sich somit nicht bestätigen. 49 der 88 bekannten Yamaha-Partner (rund 56 %) haben auf ihrer Webseite einen direkten Link zur oben genannten Web-

seite. Lediglich zwei dieser Händler geben die Fahrzeugpreise auch auf ihrer eigenen Webseite an. 28 Yamaha-Partner (rund 32 %) präsentieren die Yamaha-Fahrzeuge auf ihrer eigenen Webseite mit Preisangaben.

¹⁹⁴ Act. 10, Antwort zu Frage 6b, S. 7.

¹⁹⁵ Act. 10, Antwort zu Frage 6b, S. 7.

¹⁹⁶ Act. 10, Antwort zu Frage 6b, S. 7.

¹⁹⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 6.

¹⁹⁸ Siehe als Beispiel: <https://www.yamaha-motor.eu/ch/de/products/motorcycles/urban-mobility/ys125/> (16.12.2019).

120. Die HAG gibt ausserdem an, die Vertriebspartner dürften gegenüber Endkundinnen und Endkunden Rabatte auf Yamaha-Produkte gewähren.¹⁹⁹ Unter den Vertriebspartnern würde dadurch ein Preiswettbewerb stattfinden.²⁰⁰

A.3.5.1.2 Ergebnis der Yamaha-Partner-Befragungen zu ihrer Preissetzung

Einflussnahme der HAG auf die Preissetzung der Yamaha-Partner

121. In der durchgeführten Befragung sagen 16 von 20 Yamaha-Partnern (80 %), dass sie in der Preissetzung frei seien, wobei sechs dieser Yamaha-Partner die empfohlenen Verkaufspreise der HAG bzw. von Yamaha Suisse²⁰¹ als Grundlage für die Preisfestsetzung verwenden würden. Die übrigen Yamaha-Partner (20 %) verneinen diese Frage.²⁰²

122. Gemäss 16 von 20 Yamaha-Partnern (80 %) nimmt die HAG keinen Einfluss auf die Höhe der Verkaufspreise der Yamaha-Partner. Vier Yamaha-Partner (20 %) geben an, dass die HAG auf die Verkaufspreise Einfluss nehme.²⁰³ Eine Yamaha-Vertretung hält hierzu fest: [dass es sowohl für die Fahrzeuge als auch für die Originalteile verbindliche Preislisten gebe].²⁰⁴

123. Gemäss 13 von 15 Yamaha-Partnern (87 %) sind die Preisempfehlungen der HAG unverbindlich. Ein Yamaha-Partner sagt hinsichtlich der Verbindlichkeit der empfohlenen Verkaufspreise «*teils/teils*»²⁰⁵ und ein anderer gab keine eindeutige Antwort.²⁰⁶

124. 13 von 15 Yamaha-Partnern (87 %) sagen zudem, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen nicht kontrolliert würde. Zwei Yamaha-Partner hingegen sagen, dass die Einhaltung kontrolliert werde und bei Nichteinhaltung Konsequenzen drohen würden. Einer dieser Yamaha-Partner gibt zudem an, dass zwecks Einhaltung der empfohlenen Verkaufspreise Anreize gewährt und Druck ausgeübt würden.²⁰⁷ Die übrigen Yamaha-Partner verneinen die Frage, ob die HAG Anreize gewähre und/oder Druck ausübe, damit die empfohlenen Verkaufspreise eingehalten werden.

Angaben der Yamaha-Partner zur Beschriftung der Fahrzeuge

125. Danach gefragt, wie die Yamaha-Partner die Preisanschriftsklausel (Rz 111), wonach sich die Yamaha-Partner verpflichten, die Fahrzeuge gemäss den Yamaha VI Vorschriften zu präsentieren und mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften, verstehen und anwenden, geben 17 von 19 Yamaha-Partnern (90 %) an, die Formulierung «*mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften*», so zu verstehen, dass sich diese auf die Preise der Preislisten bezieht. Weiter geben 12 von 19 Yamaha-Partner (63 %) an, die Bestimmung so zu verstehen, dass die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen beschriftet werden müssen, aber zu selbst festgelegten Verkaufspreisen verkauft werden. Sieben von 19 Yamaha-Partnern (37 %) gaben hingegen an, die Bestimmung so zu verstehen, dass die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen beschriftet werden müssen und auch zu den empfohlenen Verkaufspreisen verkauft werden. Ein Yamaha-Partner führt aus: [...].²⁰⁸

126. Von 19 Yamaha-Partnern geben elf (57 %) an, die Motorräder und Roller im Geschäft immer mit dem empfohlenen Verkaufspreis zu beschriften, sechs (31 %) geben an, dies meistens zu tun, einer (6 %) gibt an, dies selten zu tun und einer (6 %) gibt an, dies nie zu tun.

127. Von 18 Yamaha-Partnern geben neun an (50 %), die Motorräder und Roller auf ihrer Website immer mit dem empfohlenen Verkaufspreis zu beschriften, sieben (39 %), dies meistens zu tun und zwei (11 %), dies nie zu tun.

Tatsächliche Beschriftung der verkauften Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis

128. Im Rahmen der zweiten Befragung zur Preispolitik (vgl. Rz 15) wurden die Yamaha-Partner aufgefordert, Angaben zur Preisgestaltung betreffend die zehn am häufigsten verkauften Yamaha-Fahrzeuge für das Jahr 2018 einzureichen. Insbesondere wurden die Yamaha-Partner aufgefordert, für jedes der zehn am häufigsten verkauften Modelle pro verkauftes Fahrzeug anzugeben, welches die Preisempfehlung für das Grundmodell war und mit welchem Verkaufspreis für das Grundmodell sie das Fahrzeug angeschrieben haben. In Bezug auf die angeschriebenen Verkaufspreise zeigt die nachstehende Tabelle 13, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde.

¹⁹⁹ Act. 6, S. 3.

²⁰⁰ Act. 6, S. 3; act. 10, S. 4.

²⁰¹ Auf der Internetseite von YME wird die HAG als Yamaha Motor Schweiz bezeichnet. Der entsprechende Link auf der Internetseite <www.yamaha-motor.eu> leitet den Webseitenbesucher auf die Webseite der HAG weiter. Yamaha Suisse ist folglich die HAG.

²⁰² [...].

²⁰³ Act. 49; act. 68; act. 59; act. 70.

²⁰⁴ Act. 68.

²⁰⁵ Act. 71.

²⁰⁶ Act. 68.

²⁰⁷ Eine Yamaha-Vertretung sagt zu allfälligen Kontrollen der Einhaltung: [dass man ermahnt würde, wenn man zu einem höheren oder tieferen Preis verkaufe, als demjenigen der Preisliste der HAG]. Auf die Fragen, wie die Kontrollen erfolgen und welche Konsequenzen ein Abweichen von den empfohlenen Verkaufspreisen habe, gibt die gleiche Yamaha-Vertretung an: [dass Kontrollen durch Vertreter der HAG erfolgen würden und dass Ermahnungen und Vertragskündigungen erfolgen würden]. Hinsichtlich Anreizen sagt diese Yamaha-Vertretung zudem: [...] und hinsichtlich Druckausübung: [dass die HAG die Preise festlege [...] und dass man wegen der geringen Margen gezwungen sei, die Preise der HAG anzuwenden]. Eine Yamaha-Service-Stelle gab an, dass die Kontrollen durch den «*Zone Manager*» der HAG erfolge und hinsichtlich allfälliger Konsequenzen hielt sie fest: [...].

²⁰⁸ Act. 53.

Tabelle 13: Beschriftung der Motorräder und Roller mit den Preisempfehlungen für die meistverkauften Modelle – Jahr 2018

Yamaha-Modelle	Anteil, bei dem die Preisempfehlungen und der angeschriebene Verkaufspreis identisch sind [%]
[Modell 1]	[...]
[Modell 2]	[...]
[Modell 3]	[...]
[Modell 4]	[...]
[Modell 5]	[...]
[Modell 6]	[...]
[Modell 7]	[...]
[Modell 8]	[...]
[Modell 9]	[...]
[Modell 10]	[...]
Mittelwert:	93,2

Quelle: Angaben Yamaha-Partner (Befragung zur Preispolitik) – Berechnungen des Sekretariats.

129. Der obigen Tabelle 13 ist zudem zu entnehmen, dass für die einzelnen Yamaha-Modelle die Spanne für eine Beschriftung der Preisschilder mit der Preisempfehlung der HAG je nach Modell von rund [...] bis zu [...] reicht. Anders ausgedrückt haben die Yamaha-Partner (im Durchschnitt über alle Modelle) in 7 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug nicht mit dem von der HAG empfohlenen Verkaufspreis beschriftet.

Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG

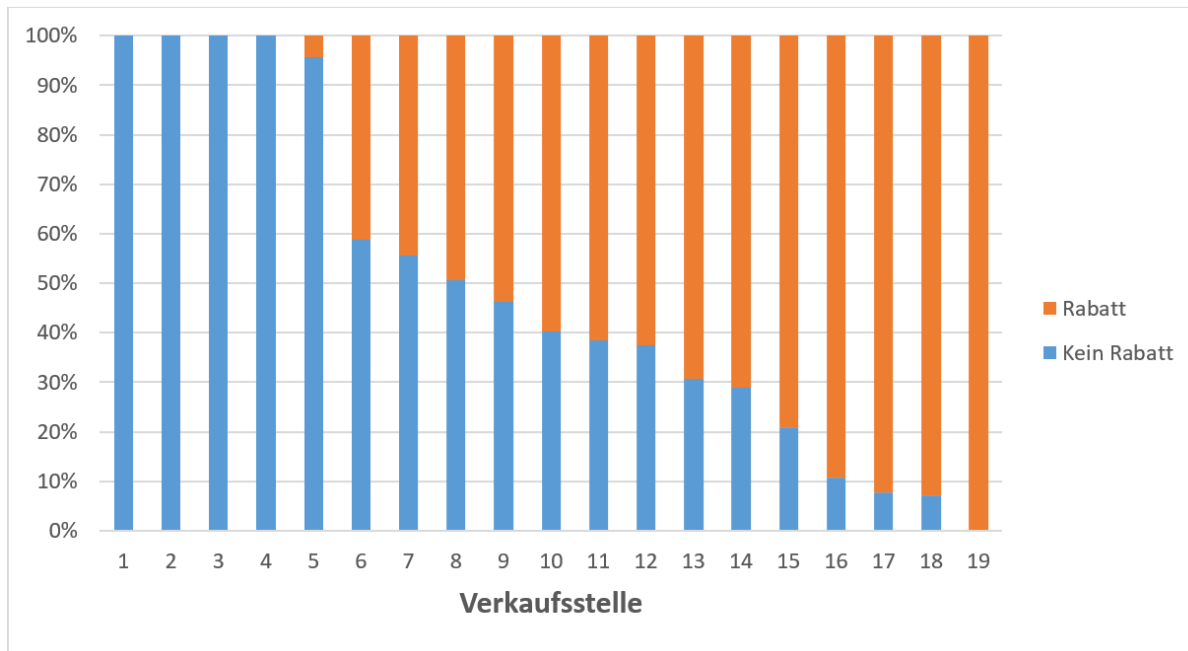
130. Zur Frage, ob bzw. wie oft die Yamaha-Partner die Preisempfehlungen beim Verkauf von Motorrädern und Rollern einhalten, geben im qualitativen Teil des Fragebogens von 19 Yamaha-Partnern neun an, diese immer einzuhalten, neun, diese meistens einzuhalten, und einer, diese nie einzuhalten. 13 von 19 Yamaha-Partnern (68 %) geben an, auf Motorräder und Roller Rabatte zu geben und sechs (32 %), dies nicht zu tun.

131. Im Rahmen der zweiten Befragung zur Preispolitik (Rz 15) wurden die Yamaha-Partner aufgefordert, Angaben zur Preisgestaltung betreffend die zehn am häufigsten verkauften Yamaha-Fahrzeuge für das Jahr 2018 einzureichen. Dabei wurde die Tatsache berücksichtigt, dass beim Kauf eines Motorrades oder Rollers möglicherweise auch Sonderausstattungen mitgekauft werden und dies einen Einfluss auf die Bereitschaft der Yamaha-Partner haben könnte, Rabatte zu gewähren. Vor diesem Hintergrund wurden die Yamaha-Partner aufgefordert, für jedes der zehn am häufigsten verkauften Modelle pro verkauftes Fahrzeug anzugeben (i) was die Preisempfehlung für das Grundmodell (ohne Sonderausstat-

tungen) war, (ii) mit welchem Verkaufspreis für das Grundmodell sie das Fahrzeug angeschrieben haben, (iii) welchen Preis die Endkundin bzw. der Endkunde tatsächlich für das Fahrzeug bezahlt hat, (iv) mit welchem Verkaufspreis sie die beim Fahrzeugkauf mitgekauften Sonderausstattungen beschriftet haben, (v) welchen Preis die Endkundin bzw. der Endkunde tatsächlich für die beim Fahrzeugkauf mitgekauften Sonderausstattungen bezahlt hat und, (vi) ob beim Fahrzeugkauf noch weitere Rabatte gewährt wurden. Die nachfolgende Abbildung 4 sowie die Tabellen 14 und 15 werten die eingereichten Informationen entsprechend aus.

132. Wird der Befolgungsgrad auf Basis der Verkaufsstellen berechnet, welche sich in mehr als der Hälfte der verkauften Produkte an den empfohlenen Verkaufspreis des Fahrzeuges gehalten haben, so sieht man, dass dies bei (knapp) acht von 19 Händlern der Fall gewesen ist (vgl. Abbildung 4). Dementsprechend liegt der Befolgungsgrad in Bezug auf den Anteil der vorgenannten Verkaufsstellen vorliegend bei ca. 42 %.²⁰⁹

²⁰⁹ Diese Berechnung erfolgte in Anlehnung an BGE 147 II 72, Pfizer (vgl. Rz 171).

Abbildung 4: Anteil verkaufter Fahrzeuge mit und ohne Rabatt nach Verkaufsstelle

Quelle: Angaben Yamaha-Partner (Befragung zur Preispolitik) – Berechnungen des Sekretariats.

133. Zusätzlich zeigt die nachfolgende Tabelle 14 den Anteil verkaufter Fahrzeuge mit Rabatt (nach Modell) im Jahr 2018. Der Tabelle 14 ist zu entnehmen, dass im Durchschnitt bei rund 60 % der verkauften Fahrzeuge auf das Grundmodell ein Rabatt gewährt wurde. Für die einzelnen Modelle reicht die Spanne des Anteils der mit Rabatt verkauften Fahrzeuge von knapp [...] für das Modell [...] bis zu einem Anteil mit Rabatt von über [...] aller verkauften Fahrzeuge beim Modell [...]. Betrachtet man zusätzlich die Fahrzeuge, bei welchen auch Sonderausstattungen mitgekauft wurden, so wurde bei ei-

nem Anteil von rund 69 % der verkauften Fahrzeuge im Durchschnitt ein Rabatt gewährt. Für die einzelnen Modelle reicht die Spanne des Anteils der mit Rabatt verkauften Fahrzeuge von etwa [...] beim Modell [...] bis zu einem Anteil mit Rabatt von über [...] aller verkauften Fahrzeuge beim Modell [...]. Anders ausgedrückt wurden im Durchschnitt knapp 40 % der verkauften Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG verkauft und dementsprechend liegt der Befolgungsgrad für die Preisempfehlung (in Bezug auf den Anteil der verkauften Fahrzeuge) bei unter 50 %.

Tabelle 14: Anteil verkaufter Fahrzeuge mit Rabatt nach Modell – Jahr 2018

Yamaha-Modell	Anteil verkaufte Fahrzeuge mit Rabatt [%]	
	Grundmodell (ohne Sonderausstattungen)	Grundmodell (inkl. Sonderausstattung)
[Modell 1]	[...]	[...]
[Modell 2]	[...]	[...]
[Modell 3]	[...]	[...]
[Modell 4]	[...]	[...]
[Modell 5]	[...]	[...]
[Modell 6]	[...]	[...]
[Modell 7]	[...]	[...]
[Modell 8]	[...]	[...]

Yamaha-Modell	Anteil verkaufte Fahrzeuge mit Rabatt [%]	
	Grundmodell (ohne Sonderausstattungen)	Grundmodell (inkl. Sonderausstattung)
[Modell 9]	[...]	[...]
[Modell 10]	[...]	[...]
Durchschnitt:	60,4	69,0

Quelle: Angaben Yamaha-Partner (Befragung zur Preispolitik) – Berechnungen des Sekretariats.

134. Um den Umfang der gewährten Rabatte abzuschätzen, wurden die Yamaha-Partner zusätzlich aufgefordert, Angaben zur konkreten Höhe der gewährten Rabatte in CHF einzureichen. Dies für jedes verkaufte Fahrzeug aufgeschlüsselt in den Rabatt für das Grundmodell ohne Sonderausstattungen sowie zusätzlich für das Grundmodell inkl. Sonderausstattungen. Die nachfolgende Tabelle 15 gibt diese Rabatte in Prozent ausgehend vom empfohlenen Verkaufspreis der HAG an. In Bezug auf den empfohlenen Verkaufspreis für das Grundmodell ohne Sonderausstattungen wurde für alle verkauften Modelle im Durchschnitt ein Rabatt von [...]

gewährt, dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...]. Im Durchschnitt wurde für die einzelnen Modelle ein minimaler Rabatt von [...], dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...], gegeben und der durchschnittliche maximale Rabatt wurde mit [...] angegeben, dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...]. Zusammenfassend wurde im Durchschnitt auf alle verkauften Fahrzeuge auf das Grundmodell ein Rabatt von durchschnittlich [...] gewährt.

Tabelle 15: Tatsächlich gewährte Rabatte auf die Preisempfehlung nach Modell – Jahr 2018

Yamaha-Modell	Rabatte in [%]		
	Minimum	Maximum	Durchschnitt
Rabatt auf das Grundmodell (ohne Sonderausstattungen)			
[Modell 1]	[...]	[...]	[...]
[Modell 2]	[...]	[...]	[...]
[Modell 3]	[...]	[...]	[...]
[Modell 4]	[...]	[...]	[...]
[Modell 5]	[...]	[...]	[...]
[Modell 6]	[...]	[...]	[...]
[Modell 7]	[...]	[...]	[...]
[Modell 8]	[...]	[...]	[...]
[Modell 9]	[...]	[...]	[...]
[Modell 10]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittlicher Rabatt	[...]	[...]	[...]
Rabatt auf das Grundmodell (inklusive Sonderausstattungen)			
[Modell 1]	[...]	[...]	[...]

Yamaha-Modell	Rabatte in [%]		
	Minimum	Maximum	Durchschnitt
[Modell 2]	[...]	[...]	[...]
[Modell 3]	[...]	[...]	[...]
[Modell 4]	[...]	[...]	[...]
[Modell 5]	[...]	[...]	[...]
[Modell 6]	[...]	[...]	[...]
[Modell 7]	[...]	[...]	[...]
[Modell 8]	[...]	[...]	[...]
[Modell 9]	[...]	[...]	[...]
[Modell 10]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittlicher Rabatt	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben Yamaha-Partner (Befragung zur Preispolitik) – Berechnungen des Sekretariats.

135. Der obigen Tabelle 15 sind zudem die gewährten Rabatte für verkaufte Fahrzeuge mit Sonderausstattungen in Prozent zum empfohlenen Verkaufspreis (für das Grundmodell inkl. Sonderausstattungen) zu entnehmen. In Bezug auf das Grundmodell mit Sonderausstattungen wurde für alle verkauften Modelle im Durchschnitt ein Rabatt von [...] gewährt, dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...]. Im Durchschnitt wurde für die einzelnen Modelle ein minimaler Rabatt von [...], dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...], gegeben und der durchschnittliche maximale Rabatt wurde mit [...] angegeben, dies in einer Spanne je nach Modell von durchschnittlich [...] bis zu durchschnittlich [...]. Zusammenfassend wurde im Durchschnitt auf alle verkauften Fahrzeuge auf das Grundmodell inkl. Sonderausstattung ein Rabatt von durchschnittlich [...] gewährt. Darüber hinaus gaben die Yamaha-Partner an, dass bei durchschnittlich 28 % der Verkäufe «weitere Rabatte» je nach Modell gewährt worden seien.

136. Davon ausgehend, dass die Yamaha-Partner die Fahrzeuge (im Grundmodell) zum empfohlenen Verkaufspreis verkaufen, würden sie eine Bruttomarge von [...] % erzielen.²¹⁰ Ein gewährter Rabatt von [...] repräsentiert somit einen Anteil von ca. [10-20] % an der Bruttomarge. Bezogen auf die Fahrzeugverkäufe mit gewährtem Rabatt (vorliegend ca. 60 %; vgl. Rz 133) beträgt der durchschnittliche Rabatt [...]. Dies repräsentiert somit einen Anteil von ca. [20-30] % an der Bruttomarge der Yamaha-Partner. Dies bedeutet, dass z. B. beim Verkauf eines Fahrzeuges, welches CHF 10'000 kostet, dem Yamaha-Partner bei einer Bruttomarge von ca. [...], CHF [...] zukommen. Gewährt der Yamaha-Partner der Endkundin oder dem Endkunden einen Rabatt von [...], also von CHF [...], so beträgt seine Bruttomarge noch CHF [...]. Der gewährte Rabatt stellt also einen Anteil

von [20-30] % an der Bruttomarge des Yamaha-Partners dar.

A.3.5.1.3 Zwischenfazit zur Preissetzung der Yamaha-Partner betreffend Motorräder und Roller

137. Zusammenfassend ist bezüglich der Preissetzung betreffend Motorräder und Roller festzuhalten, dass die HAG den Yamaha-Partnern jährlich Preislisten für die Yamaha-Fahrzeuge kommunizierte, die Preislisten im Internet einsehbar und damit allgemein zugänglich waren und sind, die in den Preislisten enthaltenen Preise nicht mit «unverbindlich», sondern lediglich mit «empfohlene Verkaufspreise» bezeichnet waren (Rz 111) und die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte (Rz 117). Die Verträge 2017/2018 enthielten zudem Preisanschriftsklauseln, wonach die Yamaha-Partner verpflichtet waren, die Fahrzeuge «mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften» (Rz 111).

138. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, in der Preissetzung frei zu sein (Rz 121 ff.) und die Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis zu beschriften (Rz 125 ff.). Der quantitative Teil der Yamaha-Partnerbefragungen hat ergeben, dass rund 93 % der verkauften Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurden (vgl. Rz 128), ca. 42 % der Verkaufsstellen mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften (vgl. Rz 132 bzw. Abbildung 4) und knapp 40 % (Grundmodell) bzw. 31 % (Grundmodell mit Sonderausstattung) der verkauften Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG verkauft wurden (vgl. Rz 133). Der Umfang der gewährten Rabatte stellt durchschnittlich einen Anteil von ca. [10-20] % der Bruttomarge der Yamaha-Partner dar.

²¹⁰ Act. 70.

A.3.5.2 Margen und Sonderrabatte

139. Die Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner halten zu Margen und Rabatten fest:

Tabelle 16: Rabattstrukturklausel der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Partnern

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Partner	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Partner
Die *-Markierung in Ziff. 2.2 lautet: [...] ²¹¹	Die *-Markierung in Ziff. 2.2 lautet: [...] ²¹²

140. Die *-Markierung zur Ziff. 2.2 der Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Partner sieht vor, dass eine Margenreduktion von [...] % der Yamaha-Service-Stelle nicht weitergegeben werden darf. Die entsprechende Bestimmung der Liefervereinbarung 2021 enthält diese

Pflicht nicht mehr und es handelt es sich im Übrigen um eine vertragliche «Kann»-Vorschrift.

141. Die Liefervereinbarungen der Yamaha-Vertretungen sehen einen Fahrlehrerrabatt vor:

Tabelle 17: Fahrlehrerrabattklausel der Liefervereinbarungen der HAG mit den Yamaha-Vertretungen

2018 Liefervereinbarung Yamaha-Vertretung	2021 Liefervereinbarung Yamaha-Vertretung
[...] ²¹³	[...] ²¹⁴

142. Nach Ziff. 2.17 der Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Vertretung, beträgt der Nachlass auf Fahrlehrerfahrzeuge [...] % vom Endkundenpreis exkl. MwSt. und die Beteiligung der HAG und der Yamaha-Vertretung beträgt je [...] % vom Endkundenpreis exkl. MwSt. Die Liefervereinbarungen 2021 beziehen sich nicht mehr auf [...] % vom Endkundenpreis.

145. Letztendlich stehe es dem Endverbraucher somit weiterhin frei, den Händler zu wählen, von dem er den besten Preis oder Service bekommt. ²²³

A.3.5.2.1 Stellungnahme der HAG zu Margen und Sonderrabatten

143. Hinsichtlich der *-Markierung in Ziff. 2.2 der Liefervereinbarung 2018 Yamaha-Partner, gibt die HAG an, dass diese Klausel nur das Vertragsverhältnis zwischen der HAG, der Yamaha-Vertretung und der Yamaha-Service-Stelle regle. ²¹⁵ Die Anmerkung, wonach die Margenreduktion von [...] % nicht der Yamaha Service-Stelle weitergegeben werden darf, bedeute, dass die Yamaha Vertretung gegenüber der Yamaha Service-Stelle für ihre Umtriebe lediglich einen Pauschalbetrag von CHF [...] in Rechnung stellen darf und nicht eine Margenreduktion von [...] %. ²¹⁶ Zweck sei es, der Yamaha-Vertretung eine Mindestmarge von CHF [...] zu garantieren, wenn eine Yamaha-Service-Stelle bei dieser einen Yamaha-Roller beziehe. ²¹⁷ Zur Vertragsanpassung führt die HAG aus: «*Wir sind nun aber übereingekommen, dass der Wortlaut "darf nicht weitergegeben werden" unglücklich gewählt ist*». ²¹⁸

A.3.5.2.2 Ergebnis der Yamaha-Partner-Befragung zu Margen und Sonderrabatten

146. Fünf von neun der befragten Yamaha-Vertretungen geben an, dass ihnen mindestens eine Yamaha-Service-Stelle zugewiesen sei. Drei dieser fünf Yamaha-Vertretungen verneinen die Frage, ob sie den Verkaufspreis für Yamaha-Fahrzeuge gegenüber der bzw. den Yamaha-Service-Stelle(n) selber festlegen dürfen. ²²⁴ Zur Frage, wie die Vertragsbestimmung gelebt würde, geben zwei Yamaha-Vertretungen an, dass CHF [...] für den Aufwand der Yamaha-Vertretung beim Fahrzeugverkauf an eine Yamaha-Service-Stelle berechnet würden. ²²⁵

147. Sieben von neun Yamaha-Vertretungen (78 %) gaben an, sich in der Festlegung der Rabatthöhe für Fahrlehrerfahrzeuge als frei zu erachten. Zwei von neun Yamaha-Vertretungen (22 %) sagen «Nein» und führen aus: [...] ²²⁶ bzw. [...]. ²²⁷

144. Zur Fahrlehrerrabattklausel gibt die HAG an, sie gewähre den Yamaha-Partnern bei Fahrlehrerfahrzeugen einen zusätzlichen Rabatt von [...] %; diese [...] % würden ausschliesslich der Beteiligung der HAG entsprechen. ²¹⁹ Es stehe den Yamaha-Partnern darüber hinaus völlig frei, einen Rabatt von mehr oder weniger als [...] % zu gewähren. ²²⁰ Dieses System sei in der Praxis auch so angewandt worden. ²²¹ Zur Vertragsanpassung führt die HAG aus:

[...] ²²²

²¹¹ Act. 6, Beilagen 2 und 4, Ziff. 2.2.

²¹² Act. 83, Beilagen 2 und 5, Ziff. 2.2, S. 17 resp. 61.

²¹³ Act. 6, Beilage 2, Ziff. 2.17.

²¹⁴ Act. 83, Beilagen 2 und 5, Ziff. 2.16 resp. 2.13, S. 21 resp. 64.

²¹⁵ Act. 10, Antwort zu Frage 9, S. 8.

²¹⁶ Act. 6, S. 2.

²¹⁷ Act. 10, Antwort zu Frage 9, S. 8.

²¹⁸ Act. 10, Antwort zu Frage 9, S. 8.

²¹⁹ Act. 10, Antwort zu Frage 10, S. 8.

²²⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 10, S. 8.

²²¹ Act. 10, Antwort zu Frage 10, S. 8.

²²² Act. 10, Antwort zu Frage 10, S. 8.

²²³ Act. 10, Antwort zu Frage 10, S. 8.

²²⁴ Act. 66; act. 55; act. 59.

²²⁵ Act. 55; act. 66.

²²⁶ Act. 66.

²²⁷ Act. 68.

A.3.5.2.3 Zwischenfazit zu Margen und Sonderrabatten

148. Zusammenfassend ist bezüglich der Margen festzuhalten, dass beim Verbot der Weitergabe der Margenreduktion von [...] % gestützt auf den Vertragswortlaut und die Angaben der befragten Marktteilnehmer unklar ist, ob es sich um einen Höchstpreis oder um einen kartellrechtlich problematischen Mindestpreis in Form eines Verbots der Weitergabe von Rabatten handelt. Da die Klausel mittlerweile geändert worden ist, wird die Klausel nicht weiter analysiert.

149. Die Fahrlehrerrabattklausel wurde dahingehend präzisiert, dass die Yamaha-Vertretungen, zusätzlich zum Rabatt, den die HAG auf Fahrlehrerfahrzeuge gewährt, in der Gewährung weiterer Rabatte frei sind. Die Mehrheit der Yamaha-Vertretungen erachten sich in der Festlegung der Rabatthöhe für Fahrlehrerfahrzeuge als frei. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass die HAG die Fahrlehrerrabattklausel angepasst hat, wird die Klausel nicht weiter analysiert.

A.3.5.3 Zwischenfazit zur Preisgestaltung betreffend Motorräder und Roller

150. In Bezug auf die Preisgestaltung ist erstens zur Preissetzung betreffend Motorräder und Roller festzuhalten, dass die HAG den Yamaha-Partnern jährlich Preislisten für die Yamaha-Fahrzeuge kommunizierte, die Preislisten im Internet einsehbar und damit allgemein zugänglich waren und sind, die in den Preislisten enthaltenen Preise nicht mit «unverbindlich», sondern lediglich mit «empfohlene Verkaufspreise» bezeichnet waren (Rz 111) und die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte (Rz 117). Die Verträge 2017/2018 enthielten zudem Preisanschriftsklauseln, wonach die Yamaha-Partner verpflichtet waren, die Fahrzeuge «mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften» (Rz 111). Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, in der Preissetzung frei zu sein (Rz 121 ff.) und die Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis zu beschriften (Rz 125 ff.). Der quantitative Teil der Yamaha-Partner-Befragungen hat ergeben, dass rund 93 % der verkauften Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurden (vgl. Rz 128), ca. 42 % der Verkaufsstellen mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften (vgl. Rz 132 bzw. Abbildung 4) und knapp 40 % (Fahrzeug im Grundmodell) bzw. 31 % (Fahrzeug inkl. Sonderausstattungen) der verkauften Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG verkauft wurden (vgl. Rz 133). Der Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG liegt somit unter 50 %. Der Umfang der gewährten Rabatte stellt durchschnittlich einen Anteil von ca. [10-20] % an der Bruttomarge der Yamaha-Partner dar. Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, die Anregungen bezüglich der Preisgestaltung umzusetzen (Rz 19).

151. Zweitens ist bezüglich Margen und Sonderrabatten festzuhalten, dass beim Verbot der Weitergabe der Margenreduktion von [...] % gestützt auf den Vertragswortlaut und die Angaben der befragten Marktteilnehmer unklar ist, ob es sich um einen Höchstpreis oder um einen kartellrechtlich problematischen Mindestpreis in Form eines Verbots der Weitergabe von Rabatten han-

delt. Da die Klausel mittlerweile geändert worden ist, wird die Klausel nicht weiter analysiert. Die Fahrlehrerrabattklausel wurde dahingehend präzisiert, dass die Yamaha-Vertretungen zusätzlich zum Rabatt, den die HAG auf Fahrlehrerfahrzeuge gewährt in der Gewährung weiterer Rabatte frei sind. Die Mehrheit der Yamaha-Vertretungen erachten sich in der Festlegung der Rabatthöhe für Fahrlehrerfahrzeuge als frei. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass die HAG die Fahrlehrerrabattklausel angepasst hat, wird die Klausel nicht weiter analysiert.

A.4 Zusammenfassung

152. In Bezug auf Parallel- und Direktimporte ist erstens festzuhalten, dass mit der Alleinbezugsverpflichtung der Verträge 2017/2018 die Schweizer Yamaha-Vertretungen verpflichtet waren, die Yamaha-Produkte ausschliesslich bei der Schweizer Generalimporteurin (der HAG), zu beziehen (Rz 41 ff.). Sie haben sich damit indirekt verpflichtet, Parallelimporte sowie den Bezug von Yamaha-Produkten im Ausland zu unterlassen. Dies könnte zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Händler an Schweizer Händler geführt haben. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der HAG und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen (Rz 44 ff.). Gegen eine strikte Alleinbezugsverpflichtung und für die Möglichkeit von Parallelimporten sprechen demgegenüber Ziff. 4.21 resp. 4.19 der Liefervereinbarungen der Yamaha-Partner, die Parallelimporte vorsehen (Rz 47). Die Mehrheit der befragten Yamaha-Partner gibt an, sich nicht darin beschränkt zu sehen, Yamaha-Produkte aus dem Ausland zu beziehen (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner gibt jedoch an, tatsächlich Fahrzeuge parallel zu importieren (Rz 58). Die geringe Anzahl parallel- und direktimportierter Yamaha-Fahrzeuge im Jahr 2018 (0,6 % aller Fahrzeuge) (Rz 53) zeigt, dass beinahe keine Importe getätigt wurden. Die HAG hat den Wortlaut der Alleinbezugsklauseln in ihren revidierten Verträgen 2021 nur geringfügig geändert. Der neue Wortlaut für sich allein suggeriert weiterhin eine Alleinbezugsverpflichtung. Die HAG hat dem Sekretariat allerdings zugesichert, die diesbezügliche Anregung umzusetzen (Rz 19). Mit der Umsetzung der Anregung wird der Widerspruch zwischen den Vertragsklauseln wegfallen.

153. Zweitens liegen Garantiebeschränkungen vor, die Parallel- und/oder Direktimporte indirekt behindert haben könnten. [...]. Den vertraglichen Garantiausschluss beim Einbauen von Ersatzteilen fremder Herkunft (Rz 75) sowie die vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), hat die HAG bereits aus den Verträgen gestrichen.

154. In Bezug auf die Belieferung spezifischer Kundengruppen ist erstens festzuhalten, dass die Verträge 2017 dem Wortlaut nach den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen. Die revidierten Verträge 2021 behalten der HAG die Belieferung von Behörden, Handelsbetrieben und Flottenbetreibern mit technisch modifizierten Fahrzeugen vor (Rz 107). Die HAG erklärt, dass es den Ya-

maha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, technisch unveränderte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen.

155. Zweitens besteht weiterhin ein vertraglicher Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Die HAG erklärt dazu, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC abgenommen werden müssten, wofür Yamaha strenge Richtlinien vorgebe und den Yamaha-Partnern die Ausrüstung fehlen würde. Drei Yamaha-Partner geben an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber verkauft zu haben. 15 Yamaha-Partner geben an, dies nicht zu tun und die Mehrheit davon gibt an, auch kein Interesse daran zu haben (Rz 105). Vier Yamaha-Partner geben schliesslich an, aufgrund fehlender Kapazitäten keine technisch modifizierten Fahrzeuge zu verkaufen (Rz 105).

156. In Bezug auf die Preisgestaltung ist zur Preissetzung betreffend Motorräder und Roller festzuhalten, dass die HAG den Yamaha-Partnern jährlich (allgemein zugängliche) Preislisten für die Yamaha-Fahrzeuge kommunizierte, die in den Preislisten enthaltenen empfohlenen Verkaufspreise nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren (Rz 111), die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte (Rz 117) und die Verträge 2017/2018 Preisanschriftsklauseln enthielten, wonach die Yamaha-Partner verpflichtet waren, die Fahrzeuge «mit den aktuellen und empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften» (Rz 111). Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, in der Preissetzung frei zu sein (Rz 121 ff.) und die Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis zu beschriften (Rz 125 ff.). Die Yamaha-Partner-Befragung zur Preispolitik hat ergeben, dass rund 93 % der verkauften Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurden (Rz 128), ca. 42 % der Verkaufsstellen mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften (Rz 132 bzw. Abbildung 4) und knapp 40 % resp. 31 % der verkauften Fahrzeuge im Grundmodell resp. mit Sonderausstattungen zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG verkauft wurden (Rz 133). Der Umfang der gewährten Rabatte stellt durchschnittlich einen Anteil von ca. [10-20] % an der Bruttomarge der Yamaha-Partner dar. Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, die Anregungen bezüglich der Preisgestaltung umzusetzen (Rz 19).

157. Im nächsten Teil wird geprüft, ob Anhaltspunkte für nachfolgende Abreden bestehen:

- vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bezüglich Motorrädern und Rollern aufgrund der von der HAG abgegebenen Preislisten und der Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021 die Motorräder und Roller mit den Preisen der HAG zu beschriften sowie der weiteren vorliegenden Elemente (Rz 201 ff.);
- vertikale Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund (i) der Vertragsbestimmungen, die eine

Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner für die Vertragsprodukte vorsehen, und (ii) der Vertragsbestimmungen, die die Garantieleistungen der HAG gegenüber den Yamaha-Partnern auf von der HAG importierte Fahrzeuge und Originalersatzteile beschränken (Rz 208 ff.);

- horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG aufgrund (i) der Vertragsklauseln, die es den Yamaha-Vertretungen untersagen, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen und (ii) der Vertragsbestimmungen, die eine alleinige Verkaufsberechtigung technisch modifizierter Fahrzeuge zugunsten der HAG vorsehen (Rz 218 ff.);
- Wettbewerbsverbote nach Art. 5 Abs. 1 KG i. V. m. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek aufgrund (i) der Garantiausschlussklauseln im Fall des Einbaus von Ersatzteilen fremder Herkunft sowie (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 265 ff.).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

158. 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

159. Die HAG und ihre Vertriebspartner sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Die hostettler group dürfte zudem einen Konzern darstellen und als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG qualifiziert werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Wettbewerbsabreden

162. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

163. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (Verhaltenskoordination) und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.²²⁸

164. Im Folgenden wird geprüft, ob eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, d. h. eine Verhaltenskoordination (B.3.1), die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (B.3.2) durch Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen (B.3.3).

B.3.1 Verhaltenskoordination

165. Die Verhaltenskoordination umfasst, als Oberbegriff, die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.²²⁹

166. Eine Vereinbarung definiert sich durch folgende Tatbestandselemente:

- Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen zwei oder mehreren wirtschaftlich voneinander unabhängigen Unternehmen, die kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.²³⁰
- Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.²³¹ Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig.²³²

167. Die Verträge zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern enthalten Klauseln zum Alleinbezug und zu Garantieleistungen, sahen bis im Jahr 2021 ein Verbot der Yamaha-Vertretungen vor, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen, und sehen eine alleinige Verkaufsberechtigung der HAG für technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber vor. Mit den Verträgen liegen Vereinbarungen vor. Die bis im Jahr 2021 geltende vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Motorräder und Roller mit den empfohlenen Preisen zu beschriften und die ab dem Jahr 2021 vertragliche Empfehlung, die Motorräder und Roller mit den empfohlenen Preisen zu beschriften, sind ebenfalls Vereinbarungen.

168. Das Bundesgericht definiert im *Pfizer*-Urteil aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen durch folgende Tatbestandselemente, wobei es die Notwendigkeit einer wertenden Gesamtbetrachtung hervorhebt²³³:

- Erstens, eine Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens, die auf der Verwertung von Informationen beruht, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Es geht dabei um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber

betreffen bzw. Rückschlüsse auf Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. zulassen²³⁴; oder ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen.²³⁵

- Zweitens, ein Abstimmungserfolg, d. h. im Allgemeinen die Umsetzung der Abstimmung, namentlich, dass sich die Unternehmen auf dem Markt entsprechend dieser Abstimmung verhalten.²³⁶ Wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.²³⁷ Im Zusammenhang mit Preisempfehlungen hielt das Bundesgericht im *Pfizer*-Urteil in Bezug auf den Einzelfall fest, dass sich der Abstimmungserfolg auf deren Befolgung bezieht, wobei der Befolgungsgrad entscheidend ist.²³⁸ Bei der Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG stattgefunden hat, wurde die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden ermittelt (erster Befolgungsgrad).²³⁹ Im Zusammenhang mit Preisabreden und Preisempfehlungen ist die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik entscheidend und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht.²⁴⁰ Eine Verkaufsstelle, die Rabatte nur punktuell und nicht generell gewährte, galt dabei als die Preisempfehlung befolgend.²⁴¹ Im *Pfizer*-Fall hielt das Bundesgericht fest, dass die Befolgungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolgungsgrad von 50 % lag und insofern ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben war.²⁴²

²²⁸ BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, *Pfizer*. Siehe auch BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

²²⁹ BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, *Pfizer*.

²³⁰ BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*. BGE 147 II 72, 77 f. E. 3.2 f., *Pfizer*. Siehe auch BGE 147 II 72, 78 E. 3.3, *Pfizer*. «Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden».

²³¹ BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

²³² Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

²³³ BGE 147 II 72, 88 f. E. 4.5.1, *Pfizer*.

²³⁴ BGE 147 II 72, 79 f. E. 3.4.2.1, 3.4.2.2, *Pfizer*.

²³⁵ BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.2.3, *Pfizer*.

²³⁶ BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3 *Pfizer*.

²³⁷ BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3 *Pfizer*.

²³⁸ BGE 147 II 72, 93 E. 5.3.1, *Pfizer*.

²³⁹ BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.3 f., *Pfizer*, vgl. zum zweiten Befolgungsgrad, Rz 202.

²⁴⁰ BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.4, *Pfizer*.

²⁴¹ BGE 147 II 72, 94 f. E. 5.3.5, *Pfizer*.

²⁴² BGE 147 II 72, 96 E. 5.3.7, *Pfizer*.

- Drittens, ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten.²⁴³ Das Bundesgericht erkennt in diesem Zusammenhang zwei Beweiserleichterungen an.²⁴⁴ Nach der ersten Beweiserleichterung gilt bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben.²⁴⁵ Die zweite Beweiserleichterung besagt, dass Gleichverhalten zwischen den Verkaufsstellen als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten dient.²⁴⁶ Gleichverhalten wird dann zu einem Beweis, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen.²⁴⁷

169. Im vorliegenden Fall gibt die HAG jährlich Preislisten für die Yamaha-Fahrzeuge ab. Die Preislisten waren/sind im Internet einsehbar und damit allgemein zugänglich. Die in den Preislisten enthaltenen Preise waren bis im Jahr 2021 nicht ausdrücklich als unverbindlich, sondern lediglich als «*empfohlene Verkaufspreise*» gekennzeichnet (Rz 111). Alle Yamaha-Partner waren zudem bis im Jahr 2021 vertraglich verpflichtet, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111) und die HAG stellte den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung (Rz 117). Schliesslich liegen dem Sekretariat Hinweise aus dem Markt auf eine Einflussnahme der HAG auf die Preispolitik der Yamaha-Partner vor. Die Verhaltensweise der HAG geht vorliegend über Preisempfehlungen, welche in Katalogen festgeschrieben werden, hinaus. Gestützt auf diese Umstände ist von einer Abstimmung auszugehen.

170. In Bezug auf die angesprochenen Verkaufspreise hat die Befragung der Yamaha-Partner ergeben, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug mit dem empfohlenen Preis der HAG (gemäss der Preisanschriftsklauseln) beschriftet wurde. Den Endkundinnen und Endkunden gegenüber wurde also in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe zunächst das Fahrzeug zum empfohlenen Preis angeboten. Dies zeigt, dass eine einheitliche Preisanschrift vorliegt. Betrachtet man den durchschnittlichen Anteil der Verkaufsstellen, welche mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften, so liegt dieser bei ca. 42 % (Rz 132). Gestützt auf eine Gesamtbetrachtung der genannten Umstände ergeben sich Anhaltspunkte für einen Abstimmungserfolg.

171. In Anbetracht der oben genannten Beweiserleichterungen und der Umstände des vorliegenden Falles, dürfte ein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsverhalten der HAG, d. h. der Publikation der Preisempfehlungen in Verbindung mit den weiteren Elementen, und dem vorgenannten Abstimmungserfolg gegeben sein.

172. Mit (i) der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich, sondern als «*empfohlene Verkaufspreise*» bezeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021, die Fahrzeuge mit

den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt bei rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize, liegen Anhaltspunkte für eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor.

B.3.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

173. Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Abrede «*eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*». Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird eine Abrede dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat.²⁴⁸ Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden.²⁴⁹

174. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*».²⁵⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²⁵¹ Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.²⁵² Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig.²⁵³

²⁴³ BGE 147 II 72, 82 E. 3.4.4, *Pfizer*.

²⁴⁴ BGE 147 II 72, 82 ff. E. 3.4.4 und 5.4.2 ff., *Pfizer*.

²⁴⁵ BGE 147 II 72, 97 E. 5.4.2.1, *Pfizer*.

²⁴⁶ BGE 147 II 72, 97 ff. E. 5.4.2.2, *Pfizer* m. w. H.

²⁴⁷ BGE 147 II 72, 97 ff. E. 5.4.2.2, *Pfizer*.

²⁴⁸ BGE 147 II 72, 83 f. E. 3.5, *Pfizer*.

²⁴⁹ BGE 147 II 72, 83 f. E. 3.5, *Pfizer* m. w. H.

²⁵⁰ RPW 2017/2, 287 Rz 42, *Husqvarna* m. w. H.

²⁵¹ RPW 2017/2, 287 Rz 42, *Husqvarna* m. w. H.

²⁵² RPW 2017/2, 287 Rz 42, *Husqvarna* m. w. H.; BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*; BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2, *Altimum SA*; BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

²⁵³ BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*; siehe auch z. B. Urteil des EuGH C-228/18 vom 2.4.2020 *Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. et al.*, Rz 37 m. w. H.

175. Wie bereits der Gesetzestext mit dem Wort «oder» zum Ausdruck bringt, sind «bezwecken» resp. «bewirken» Alternativen.²⁵⁴ Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.²⁵⁵ Das «Bewirken» einer Wettbewerbsbeschränkung ist anhand der tatsächlichen und erwarteten künftigen Auswirkungen zu beurteilen, die das Zusammenwirken im konkreten Fall zeitigt.²⁵⁶ Zwischen dem Zusammenwirken und der Wettbewerbsbeschränkung muss dabei ein Kausalzusammenhang bestehen.²⁵⁷

176. Die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, für die mit (i) der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt bei rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize Anhaltspunkte vorliegen (Rz 172), hat den Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand. Es bestehen Anhaltspunkte, dass diese aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, da sie objektiv geeignet ist, die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Fahrzeuge festzulegen.

177. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bzgl. Alleinbezug (Rz 41 ff.) haben den Wettbewerbsparameter Gebiet zum Gegenstand und bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, da sie objektiv geeignet sind, Parallelimporte auf indirekte Weise zu unterbinden.

178. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die die Herstellergarantie für Fahrzeuge und Originalersatzteile auf diejenigen beschränken, die durch die HAG importiert wurden (Garantiebeschränkungen) (Rz 71 ff.), haben den Wettbewerbsparameter Gebiet zum Gegenstand und bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, da sie objektiv geeignet sind, Parallel- und/oder Direktimporte auf indirekte Weise zu beschränken.

179. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97), haben den Wettbewerbsparameter Kunden zum Gegenstand und können eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, da sie objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zwischen Konkurrenten zu beschränken. Gleiches dürfte für den vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), gelten.

180. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die einen Garantiewaiver vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

181. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die eine Verpflichtung der Yamaha-Partner vorsahen, nur Yamaha-Originalteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

B.3.3 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

182. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren d. h. auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Für die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Wettbewerbsabreden gelangt die Vertikalbekanntmachung zur Anwendung. Die Vertikalbekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellerebene (sog. dualer Vertrieb; Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek).

183. Die HAG bezieht die Yamaha-Produkte als Generalimporteurin für die Schweiz und Liechtenstein bei der Herstellerin und vertreibt diese, abgesehen von technisch modifizierten Fahrzeugen, nach ihren Angaben, ausschliesslich an die Yamaha-Partner. Die Yamaha-Partner übernehmen dann den Weiterverkauf der Yamaha-Produkte und erbringen Serviceleistungen. Demnach stehen die HAG und die Yamaha-Partner in Bezug auf den Vertrieb der Yamaha-Produkte auf unterschiedlichen Marktstufen. Abreden im Zusammenhang mit Yamaha-Produkten sind somit grundsätzlich vertikal.

184. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen gleicher Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die HAG aufgrund (i) eines allfälligen direkten Vertriebes der Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe und (ii) des direkten Vertriebes der HAG technisch modifizierter Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber, als Wettbewerberin der Yamaha-Partner auftritt.

²⁵⁴ Statt aller RPW 2019/3a, 954 Rz 2276, *Badezimmer*.

²⁵⁵ BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*.

²⁵⁶ BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*; RPW 2019/3a, 954 Rz 2277 m. w. H., *Badezimmer*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 KG N 142 f.

²⁵⁷ BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*; BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.10, *Paul Koch AG/WEKO*.

185. In der *AdBlue*-Verfügung hat die WEKO im Zusammenhang mit einer Kundenaufteilung geprüft, ob sich die Vertragsparteien als (aktuelle oder potenzielle) Wettbewerberinnen gegenüberstehen.²⁵⁸ Zu diesem Zweck hat sie zunächst festgestellt, welche die aufgeteilten Kundengruppen sind und anschliessend geprüft, ob diese Kundenkategorien ohnehin nur von einer der Vertragsparteien hätten beliefert werden können.²⁵⁹ Letzteres hätte gegen ein diesbezügliches Wettbewerbsverhältnis gesprochen.²⁶⁰ Die WEKO berücksichtigte dabei, dass (i) sich die Kunden nicht eindeutig in Grosskundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch das eine Unternehmen hätten beliefert werden können, und Kleinkundinnen und -kunden, die nur durch das andere Unternehmen hätten beliefert werden können einteilen liessen und (ii) dass beide Unternehmen dieselben Produkte im Angebot hatten und es somit eine Schnittmenge von Kundinnen und Kunden gegeben haben dürfte, welche beide Unternehmen ohne bedeutende Investitionen hätten bedienen können.²⁶¹ Die WEKO hielt weiter fest, dass die mit Kundinnen und Kunden des jeweiligen anderen Unternehmens erzielten Umsatz- und Mengenanteile zeigen, dass die vertraglich vorgenommene Kundenzuteilung sich nicht ohnehin aus der unterschiedlichen Kundenausrichtung ergeben hätte.²⁶² Schliesslich hielt die WEKO fest, dass das eine Unternehmen auch ohne Zusammenarbeit mit dem anderen ins Geschäft mit dem Produkt eingestiegen wäre und es somit zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung eine potenzielle Wettbewerberin war.²⁶³

186. Vorliegend ist das den Yamaha-Vertretungen bis im Jahr 2021 auferlegte vertragliche Verbot, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) vom vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), zu unterscheiden.

187. Zu dem den Yamaha-Vertretungen bis im Jahr 2021 auferlegten vertraglichen Verbot, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) ist Folgendes festzuhalten: Bei den Kundengruppen, deren Belieferung mit Vertragsprodukten den Yamaha-Vertretungen vertraglich untersagt war, handelt es sich einerseits um Behörden und andererseits um gewerbliche Endverbraucher oder Wiederverkäufer (Handelsgesellschaften). Die Frage, ob diese Kundengruppen, ohnehin nur durch die HAG hätten beliefert werden können, ist vorliegend zu verneinen, was von der HAG auch nicht in Frage gestellt wird. Zudem geben drei von sieben Yamaha-Vertretungen an, Standardfahrzeuge an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 104). Im vorliegenden Fall verfügt das Sekretariat über keine abschliessenden Angaben in Bezug auf die Mengen- und Umsatzanteile der HAG und der Yamaha-Vertretungen mit dem Verkauf der Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe. Zwei Gesellschaften der *hostettler group*, die HESS HAG und die HRAG bzw. HMAG, erzielten mit dem Vertrieb von Yamaha-Produkten auf Endkundenstufe in der Schweiz Umsätze (Rz 27 f.). Es ist hingegen nicht bekannt, wie viele davon an Behörden und Handelsbetriebe verkauft wurden und welchen Anteil am Umsatz diese ausmachen. In Bezug auf die Yamaha-Vertretungen fehlen solche Angaben.

Schliesslich ist zwar zweifelhaft, dass die Yamaha-Vertretungen auch ohne die Zusammenarbeit mit der HAG ins Geschäft mit den Yamaha-Vertragsprodukten eingestiegen wären. Aufgrund der übrigen Elemente ist davon auszugehen, dass ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis zwischen den Yamaha-Vertretungen und der HAG in Bezug auf den Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe besteht.

188. Zum vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.) ist Folgendes festzuhalten: Bei den Kundengruppen, deren Belieferung mit technisch modifizierten Fahrzeugen sich die HAG vorbehalten hat, handelt es sich einerseits um Behörden und andererseits um gewerbliche Endverbraucher oder Wiederverkäufer (Handelsgesellschaften und Flottenbetreiber). Die Frage, ob diese Kundengruppen ohnehin nur durch die HAG hätten beliefert werden können, bejaht die HAG mit der Begründung, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC vorgängig abgenommen werden müssten, Yamaha dafür strenge Richtlinien vorgebe und die Yamaha-Partner nicht die nötige Ausrüstung dafür hätten (Rz 101 f.). Vier Yamaha-Partner geben tatsächlich an, keine technisch modifizierten Fahrzeuge aufgrund fehlender Kapazitäten zu verkaufen (Rz 105). Dies deutet darauf hin, dass die Yamaha-Partner Investitionen tätigen müssten, um Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen zu beliefern. Demgegenüber geben drei Yamaha-Partner an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkauft zu haben (Rz 105). Im vorliegenden Fall verfügt das Sekretariat über keine abschliessenden Angaben in Bezug auf die Mengen- und Umsatzanteile der HAG und der Yamaha-Partner mit Yamaha-Standardfahrzeugen resp. mit technisch modifizierten Yamaha-Fahrzeugen. Das Sekretariat verfügt einerseits über Angaben von drei Yamaha-Partnern, überhaupt technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Andererseits sind dem Sekretariat die Anzahl technisch modifizierter Fahrzeuge, die die HAG an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkauft, sowie die Umsätze der HAG mit diesen Produkten bekannt. Die Anzahl ist sehr gering und belief sich im Jahr 2018 auf [...] Motorräder und [...] Roller (Rz 26). Der Umsatz, den die HAG auf Endkundenstufe mit dem Vertrieb von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden/Handelsbetriebe in der Schweiz im Jahr 2018 erzielte, betrug rund CHF [...] (Rz 28). Schliesslich ist im vorliegenden Fall zweifelhaft, dass diejenigen Yamaha-Partner, die angeben, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, auch ohne die Zusammenarbeit mit der HAG

²⁵⁸ RPW 2020/2, 631 Rz 52, *AdBlue*.

²⁵⁹ RPW 2020/2, 631 Rz 53, *AdBlue*.

²⁶⁰ RPW 2020/2, 631 Rz 53, *AdBlue*, a contrario.

²⁶¹ RPW 2020/2, 631 Rz 53, *AdBlue*.

²⁶² RPW 2020/2, 631 Rz 38 und 53, *AdBlue*.

²⁶³ RPW 2020/2, 631 Rz 54, *AdBlue*.

ins Geschäft mit den technisch modifizierten Yamaha-Fahrzeugen eingestiegen wären. Dies deutet darauf hin, dass die Yamaha-Partner zum Zeitpunkt der Vereinbarung keine potenziellen Wettbewerber der HAG in Bezug auf technisch modifizierte Fahrzeuge waren. Letztlich ist gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht auszuschliessen, dass zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf den Verkauf von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber besteht.

189. In der *AdBlue*-Verfügung bejahte die WEKO ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis und stellte dann die Frage, ob das absatzseitige Wettbewerbsverhältnis gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek) oder als dualer Vertrieb gemäss den Regeln der Vertikalbekanntmachung zu würdigen ist.²⁶⁴ Die WEKO hielt fest, dass eine Konstellation, in der eine Importeurin, die selbst Distributorin und nicht Herstellerin ist und als Wettbewerberin eines Händlers auftritt, keinen dualen Vertrieb i. S. der Vertikalbekanntmachung darstellt.²⁶⁵

190. Zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern liegen nicht gegenseitige vertikale Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek (Rz 182 i. f.) vor. Die HAG ist nicht Herstellerin, sondern Importeurin und Distributorin der Yamaha-Produkte. Somit ist das absatzseitige Horizontalverhältnis zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bezüglich des Verkaufs von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe unabhängig von der Vertikalbekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu würdigen. Abreden im Zusammenhang mit dem Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe werden somit unter horizontalen Gesichtspunkten geprüft.

191. Die HAG macht im Zusammenhang mit ihrem Vorbehalt, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, geltend, sie müsse bei technisch modifizierten Fahrzeugen selbst noch technische Änderungen vornehmen, wie z. B. das Anbringen von Sirenen und Polizeileuchtzeichen, und würde so einen kleinen Teil der Herstellung übernehmen (Rz 103). Nach Ansicht des Sekretariats ist es zweifelhaft, dass das Anbringen von Sirenen und Leuchtzeichen die HAG als Herstellerin von technisch modifizierten Fahrzeugen qualifiziert. Nach Ansicht des Sekretariats ist die HAG auch in Bezug auf technisch modifizierte Fahrzeuge nicht Herstellerin, sondern Importeurin und Distributorin. Folglich dürfte auch die Abrede betreffend den Verkauf von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber unabhängig von der Vertikalbekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu würdigen sein. Abreden in diesem Zusammenhang werden unter horizontalen Gesichtspunkten geprüft.

B.3.4 Zwischenfazit

192. Zusammenfassend liegen Anhaltspunkte für Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG in den nachfolgenden Punkten vor:

193. Mit (i) der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021 die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize (Rz 172), liegen Anhaltspunkte für eine abgestimmte Verhaltensweise vor, die den Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand hat. Es bestehen Anhaltspunkte, dass diese aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, da sie objektiv geeignet ist, die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Fahrzeuge festzulegen.

194. Mit den vertraglichen Alleinbezugsverpflichtungen (Rz 41 ff.) und Garantiebeschränkungen (Rz 71 ff.) zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die den Wettbewerbsparameter Gebiet zum Gegenstand haben und Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken (Rz 177 resp.178).

195. Mit den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97), liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe vor, die den Wettbewerbsparameter Kunden zum Gegenstand haben und eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Es ist nicht auszuschliessen, dass dies auch für den vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), gilt.

196. Mit dem vertraglichen Garantieausschluss, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken können.

197. Schliesslich liegen mit der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken könnten.

²⁶⁴ RPW 2020/2, 631 Rz 55, *AdBlue*.

²⁶⁵ RPW 2020/2, 632 Rz 55, *AdBlue*. Gemäss der wohl herrschenden Lehre findet die Ausnahmevorschrift des EU-Rechts hinsichtlich dualen Vertriebes auf *reine Handelsunternehmen*, die etwa im Verhältnis Grosshändler – Einzelhändler zueinanderstehen, keine Anwendung. Siehe: JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 Abs. 4, N 473 und 480; ROBERT KLOTZ, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Helmut Schröter et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2014, Art. 101 N 739; MICHAEL BARON, in: Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), 3. Aufl., 2016, Art. 2 GVO-Vertikal N 134 f.; FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition Law, 3. Aufl., N 4.42-4.48.

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

198. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Für Abreden, die von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfasst werden, gilt ausserdem die gesetzliche Vermutung, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Kann diese Vermutung widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.²⁶⁶ Solche Abreden sind unzulässig, falls sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).²⁶⁷

199. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob bzw. für welche Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG Anhaltspunkte bestehen (B.4.1), ob diese zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (B.4.2), ob ggf. eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (B.4.3) und es ggf. eine Rechtfertigung für die Abrede gibt (B.4.4).

B.4.1 Wettbewerbsabreden

200. Im Folgenden wird das Vorliegen von vertikalen Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.4.1.1), vertikalen indirekten Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.4.1.2) sowie horizontalen Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (B.4.1.3) geprüft.

B.4.1.1 Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

201. Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG sind Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise. Preise können auch auf indirekte Weise festgesetzt werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek), z. B. durch Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler (vgl. Rz 5 VertBek-Erläuterungen). Auch in Empfehlungsförmig gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken, werden von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek).

202. Das Bundesgericht hielt im *Pfizer*-Urteil Folgendes zur Qualifikation von Preisempfehlungen als vertikale Preisabreden fest:

- Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend, sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird.²⁶⁸
- Nachdem bei der Prüfung, ob eine Verhaltenskoordination in Form einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ein erster Befolgungsgrad geprüft wurde, ist im Rahmen von Art. 5 KG ein zweiter Befolgungsgrad von Bedeutung.²⁶⁹ Der zwei-

te Befolgungsgrad betrifft die Anzahl Einheiten, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, und ist für die Beantwortung der Frage relevant, ob der «empfohlene» Preis einen Fest- oder Mindestpreis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.²⁷⁰

203. Zu prüfen ist, ob aufgrund der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, des Umstandes, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde, der Hinweise auf Druck und Anreize (Rz 172), sowie der Abgabe (allgemein zugänglicher) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, Anhaltspunkte für eine vertikale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bezüglich Motorräder und Roller vorliegen.

204. Im Durchschnitt wurde in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet. Art. 3 Abs. 1 der Preisbekanntgabeverordnung (PBV)²⁷¹ hält fest, dass für Waren, die der Konsumentin oder dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden, der tatsächlich zu bezahlende Preis in Schweizerfranken (Detailpreis) bekanntzugeben ist. In rund 93 % der Fahrzeugverkäufe wurde den Endkundinnen und Endkunden das Fahrzeug zunächst zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG angeboten und damit der Eindruck erweckt, es handle sich dabei um den vom Händler bzw. der Händlerin selber festgelegten Verkaufspreis.²⁷² Die Endkundinnen und Endkunden hatten dann die Möglichkeit, mit dem Yamaha-Partner über den Preis, den sie letztendlich für das Fahrzeug bezahlen, zu verhandeln. In nur 7 % der Fahrzeugverkäufe informierten die Yamaha-Partner die Endkundinnen und Endkunden von sich aus über verfügbare Rabatte. Damit bestand ein Anreiz für die Yamaha-Partner, keine tieferen Preise festzulegen als dem empfohlenen Verkaufspreis.

205. Im vorliegenden Fall gibt eine Minderheit der Yamaha-Partner an, die HAG versuche Einfluss auf die Wiederverkaufspreise zu nehmen. Zwei Yamaha-Partner geben an, dass die Einhaltung kontrolliert werde und bei Nichteinhaltung Konsequenzen drohen würden. Einer dieser Yamaha-Partner gibt zudem an, dass zwecks Einhaltung der Preisempfehlung Anreize gewährt und Druck ausgeübt würde.

²⁶⁶ BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

²⁶⁷ BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, *Pfizer*.

²⁶⁸ BGE 147 II 72, 86 E. 4.3, *Pfizer*.

²⁶⁹ BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.4, *Pfizer*.

²⁷⁰ BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.3 und 5.3.4, *Pfizer*.

²⁷¹ Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11.12.1978 (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211), siehe auch Broschüre des SECO, Preisbekanntgabeverordnung PBV Preisbekanntgabe für Motorfahrzeuge.

²⁷² Es bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht mit Art. 3 Abs. 1 PBV kompatibel wäre, falls der Händler lediglich den empfohlenen und nicht den tatsächlichen Verkaufspreis ausweist.

206. Laut dem *Pfizer-Urteil* ist bei der Subsumption einer abgestimmten Verhaltensweise betreffend Preisempfehlungen unter Art. 5 Abs. 4 KG zu prüfen, wie viele Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis abgesetzt werden (zweiter Befolungsgrad). Die Yamaha-Partnerbefragung zur Preispolitik hat ergeben, dass knapp 40 % der verkauften Fahrzeuge zum empfohlenen Preis der HAG verkauft werden. Dies beruht auf einer konservativen Berechnung des Befolungsgrades, die für die Ermittlung des Befolungsgrades auf die Fahrzeuge im Grundmodell, also exklusive Sonderausstattung, abstellt. Der Befolungsgrad würde tiefer ausfallen (31 %, Rz 133), wenn die Sonderausstattung in die Berechnung mit einbezogen würde. Beim Kauf eines Fahrzeuges verhandeln die Endkundinnen und Endkunden den Verkaufspreis oftmals mit dem Händler. Dies hat wahrscheinlich im vorliegenden Fall zur Abweichung zwischen dem angeschriebenen Verkaufspreis und dem Preis, den die Endkundinnen und Endkunden tatsächlich für das Fahrzeug bezahlt haben, geführt. Schliesslich ist bezüglich des Umfanges der Rabatte anzumerken, dass die gewährten Rabatte durchschnittlich einen Anteil von [10-20] % an der Bruttomarge der Yamaha-Partner darstellen (Rz 136).

207. In Anbetracht aller genannten Umstände bestehen Anhaltspunkte, dass die Preisanschriftspflicht in den Verträgen zu einer indirekten Preisabrede führte. Hierzu tragen auch die Hinweise für die Ausübung von Druck zur Einhaltung der Preisempfehlungen bei. Obwohl die befragten Verkaufsstellen im analysierten Zeitraum die Preisanschriftspflicht weitgehend befolgten, verkauften sie die Mehrheit der Motorräder und Roller letztlich mit Rabatt. Dies legt nahe, dass den Konsumentinnen und Konsumenten ein Preisverhandlungsspielraum zukam und sie diesen auch nutzten.

B.4.1.2 Vertikale indirekte Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

208. Nach Art. 5 Abs. 4 KG sind vertikale Gebietsschutzabreden Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Eine Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG erfordert nebst einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, nach dem Wortlaut des Gesetzes (i) einen Vertriebsvertrag, (ii) eine Gebietszuweisung und (iii) einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek und Rz 6 VertBek-Erläuterungen).²⁷³ Ein absoluter Gebietsschutz liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt durch Abrede untersagt sind.²⁷⁴ Zu prüfen ist, ob aufgrund (i) der vertraglichen Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner (Rz 41 ff.) und/oder (ii) der vertraglichen Garantiebeschränkungen (Rz 71 ff.) Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

Indirekter absoluter Gebietsschutz durch Bezugsbeschränkungen

209. Zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen unter anderem vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Ver-

triebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen (Rz 8 VertBek-Erläuterungen).²⁷⁵ Zu prüfen ist, ob aufgrund der vertraglichen Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner der Vertragsprodukte Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

210. Mit den schriftlichen Rahmenverträgen 2017/2018 zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern wurden die Yamaha-Partner vertraglich dazu verpflichtet, die Yamaha-Produkte nur bei der HAG, d. h. in der Schweiz, zu beziehen (Rz 41 ff.). Damit wurde den Yamaha-Partnern indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen. Zudem war es den Yamaha-Partnern damit vertraglich indirekt untersagt, Kaufanfragen für Yamaha-Produkte bei anderen Bezugsquellen im Ausland zu tätigen, welche passive Verkäufe in die Schweiz hätten auslösen können. Dies gilt auch für die Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, die Vertragsprodukte nur bei der HAG bzw. einer ihr zugewiesenen Yamaha-Vertretung zu beziehen (Rz 45). Hinsichtlich der Möglichkeit von Parallelimporten gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner an, dass der Parallelimport von Yamaha-Produkten möglich sei (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner (5 %) gibt an, Parallelimporte von Yamaha-Produkten zu tätigen (Rz 58). Bezüglich der Anzahl parallel- und direktimportierter Fahrzeuge 2018 gab die HAG an, dass diese ca. 0,6 % aller Fahrzeuge betreffen würden. Die HAG hat den Wortlaut der Alleinbezugs Klauseln ihrer revidierten Verträge 2021 geringfügig geändert. Der neue Wortlaut suggeriert weiterhin eine Alleinbezugsverpflichtung.

211. Ungeachtet vorgenannter Bestimmungen, deuten Bestimmungen sowohl der ursprünglichen als auch der revidierten Liefervereinbarungen 2021 der Yamaha-Partner, in denen für die Preise von Dienstleistungen der HAG unter anderem die «*EG-Übereinstimmungsbescheinigung – COC (Parallelimport)*» und die «*Bestätigung für Yamaha-Fahrzeuge 25/35 kW/full power (Parallelimport)*» aufgeführt werden (Rz 47), darauf hin, dass Parallelimporte von Yamaha-Produkten möglich sind.

212. Die Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner, inklusive der Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, die Vertragsprodukte nur bei der HAG bzw. einer ihr zugewiesenen Yamaha-Vertretung zu beziehen, ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern hinsichtlich aller Yamaha-Produkte.

²⁷³ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 495; BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1 f., *Nikon AG/WEKO*; BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, *Gaba*.

²⁷⁴ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 510; BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5, *Gaba*.

²⁷⁵ RPW 2019/4, 1165 Rz 65 ff., *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*; BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, *Gaba*; BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m. w. H.

213. Wie oben erwähnt, wird zurzeit davon abgesehen, zu prüfen, ob die vertragliche Mindestbestellmenge (Ziff. 2.13 revidierte Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung) Bezugsbeschränkungen für die Yamaha-Vertretungen nach sich zieht (Rz 64). Es wird jedoch empfohlen, die Klausel hinsichtlich Mindestbestellmenge dahingehend zu präzisieren, dass die Winterbestellung, die die Mindestbestellmenge vorsieht, ein Sonderangebot darstellt und es optional für die Yamaha-Vertretungen ist, diese Bestellung zu tätigen.

Indirekter absoluter Gebietsschutz durch Garantiebesehränkungen

214. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch vorliegen, wenn der Anbieter Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlern auf direkt- oder parallelimportierten Produkten erbracht werden (vgl. Rz 8 VertBek-Erläuterungen).²⁷⁶ Ein indirekter Gebietsschutz liegt indes nicht vor, wenn die Produkte in einem Selektivvertrieb im Sinne von Ziff. 4 VertBek vertrieben werden und die Herstellergarantie zum Schutz des Selektivvertriebs auf Produkte beschränkt wird, die im offiziellen Vertriebsnetz, d. h. bei einem zugelassenen Händler bezogen wurden.²⁷⁷ Zu prüfen ist, ob aufgrund der Vertragsbestimmungen, die die Garantieleistungen der HAG gegenüber den Yamaha-Partnern auf von der HAG importierte Fahrzeuge und Originalersatzteile beschränken, Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

215. Die Abklärungen hinsichtlich Garantieleistungen haben ergeben, dass die HAG gegenüber den Yamaha-Partnern Garantiarbeiten an Yamaha-Fahrzeugen jedenfalls in den Jahren bis 2021 nur vergütete, wenn das Yamaha-Fahrzeug durch die HAG in die Schweiz importiert worden ist. Ebenso wurden von den Yamaha-Partnern erbrachte Garantieleistungen an Yamaha-Fahrzeugen von der HAG nur vergütet, wenn die Yamaha-Partner für diese Reparaturen Yamaha-Originalersatzteile verwendet hatten, die sie bei der HAG bezogen hatten. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die HAG auf direkt- und parallelimportierten Yamaha-Fahrzeugen keine Herstellergarantie gewährt bzw. eine solche verweigert, wenn importierte Yamaha-Originalersatzteile verwendet wurden. Dadurch kann der Direkt- und Parallelimport von Yamaha-Fahrzeugen und Yamaha-Originalersatzteilen indirekt beschränkt worden sein.

216. Gemäss WEKO Praxis ist es hingegen kartellrechtlich zulässig, wenn ein Anbieter eine eigens finanzierte erweiterte Garantie an die Bedingung knüpft, dass das Produkt über sie bezogen und nicht parallelimportiert wurde.²⁷⁸ Die HAG beschränkt das durch sie finanzierte zusätzliche Garantiejahr der Swiss Garantie auf Fahrzeuge, die sie selbst in die Schweiz importiert hat. Dies ist kartellrechtlich zulässig.

217. Zusammenfassend stellen die Weigerung der HAG, die während der Dauer der Herstellergarantie durch Yamaha-Partner an parallel- oder direktimportierten Fahrzeugen erbrachten Garantieleistungen zu vergüten bzw. die vertragliche Beschränkung der Herstellergarantie auf von der HAG importierte Yamaha-Fahrzeuge und -Originalersatzteile Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5

Abs. 4 KG hinsichtlich Yamaha-Fahrzeugen und -Originalersatzteilen dar.

B.4.1.3 Horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

218. Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG bestehen in einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern.²⁷⁹ Zu prüfen ist, ob aufgrund (i) des den Yamaha-Vertretungen bis im Jahr 2021 auferlegten vertraglichen Verbotes, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) und (ii) des Vorbehaltes der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), Anhaltspunkte für eine horizontale Kundenabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG vorliegen.

219. Die HAG erklärt, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen der vertraglichen Bestimmung, ist diese geeignet den Wettbewerb zwischen Konkurrenten zu beschränken, so dass Anhaltspunkte für eine horizontale Kundenabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen in Bezug auf den Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe vorliegen dürften. Dies dürfte auch für den Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, gelten.

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

220. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die *zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs* führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

221. Bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs von Gesetzes wegen *vermutet*. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt.

222. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Dementsprechend legen die folgenden Abschnitte zunächst die relevanten Märkte und Wettbewerbsverhältnisse (B.4.2.1) dar und prüfen dann, ob bei den oben genannten Wettbewerbsabreden die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gelingen dürfte (B.4.2.2).

²⁷⁶ BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; Rz 50 EU-Vertikalleitlinien.

²⁷⁷ RPW 2014/2, 411 Rz 40 ff., *Jura m. w. H.*

²⁷⁸ RPW 2016/2, 478 f. Rz 309 ff., 100 Rz 442, 104 Rz 457, *Nikon AG*.

²⁷⁹ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 446 ff.

B.4.2.1 Relevante Märkte und Wettbewerbsverhältnisse

B.4.2.1.1. Relevante Märkte

223. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁸⁰

Sachlich relevante Märkte

224. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU,²⁸¹ der hier analog anzuwenden ist).²⁸² Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.²⁸³ Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²⁸⁴ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung²⁸⁵ bzw. Vorabklärung.

225. Ausgangspunkt sind Abreden zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern über (i) Mindest- oder Festpreise nach Art. 5 Abs. 4 KG für den Wiederverkauf von Yamaha-Motorrädern und Rollern, (ii) einen indirekten Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf die Vertragsprodukte (Fahrzeuge, Ersatzteile, Zubehör und Bekleidung der Marke Yamaha) und (iii) die Aufteilung von Kundengruppen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG in Bezug auf die Belieferung der Kundengruppen Behörden und Handelsbetriebe mit den Vertragsprodukten sowie in Bezug auf die Belieferung der Kundengruppen Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen. Marktgegenseite der Generalimporteurin HAG sind ihre offiziellen Vertriebs- und Servicepartner, die Yamaha-Partner in der Schweiz. Da deren Nachfrage nach Yamaha Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Nachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse. Diese sind die Nachfragerinnen und Nachfrager von Motorrädern, Rollern, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Bekleidung.

226. Aus den Verträgen, den Angaben der HAG und der Yamaha-Partner-Befragung geht hervor, dass die Yamaha-Partner die Yamaha-Produkte überwiegend an Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz verkaufen. Die HAG gibt an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Laut der Yamaha-Partner-Befragung kommt es zudem auch vor, dass die Yamaha-Partner technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkaufen. Dem Sekretariat liegen keine Informationen dazu vor, ob es sich bei den Nachfragern von technisch modifizierten Fahrzeugen ausschliesslich um Endkundinnen und Endkunden handelt. Bei den Behörden ist dies wahrscheinlich der Fall. Bei

den Handelsbetrieben und Flottenbetreibern scheint es unklar.

227. Es stellt sich die Frage, ob Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile anderer Marken für die Marktgegenseite Substitute zu den Yamaha-Fahrzeugen, dem Yamaha-Zubehör und den Yamaha-Ersatzteilen darstellen. Das unter einer Marke eines Herstellers verkaufte Motorrad einer bestimmten Kategorie ist gemäss der Vorabklärung i. S. *Harley-Davidson* mit einem Motorrad der gleichen Kategorie einer anderen Marke funktionell austauschbar (funktionelle Austauschbarkeit).²⁸⁶ Vor diesem Hintergrund wird für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung davon ausgegangen, dass Yamaha-Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile von den Endkundinnen und Endkunden als durch Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile (soweit technisch möglich) anderer Hersteller als substituierbar angesehen werden und damit mit diesen im Wettbewerb stehen.

228. In der *Harley Davidson*-Vorabklärung unterteilte das Sekretariat den sachlich relevanten Markt für Motorräder weiter nach dem Verwendungszweck der Motorräder (Motocross, Sport, Touring, Cruising, Chopper).²⁸⁷ Der sachlich relevante Markt für Motorräder könnte allenfalls auch nach dem Hubraum der Fahrzeuge segmentiert werden.²⁸⁸ Wie die sachlichen Märkte konkret abzugrenzen sind, bedürfte weiterer Abklärungen, von denen hier abgesehen wird, da sie keinen Einfluss auf die gegenwärtigen Erwägungen hätten.

229. Das Sekretariat geht im vorliegenden Fall von provisorischen Märkten für Fahrzeuge (Motorräder und Roller) aus, zu denen die von den Behörden, Handelsbetrieben und Flottenbetreibern nachgefragten technisch modifizierten Fahrzeuge jeweils auch gehören und lässt offen, ob der Markt für Fahrzeuge in Motorräder und Roller zu segmentieren ist.

230. Der Begriff «Zubehör und Ersatzteile» ist ein Sammelbegriff für alle möglichen technischen und nicht-technischen (An-)Bauelemente von einem Motorrad.²⁸⁹ Darunter fallen nach gängiger Marktauffassung Teile wie

²⁸⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m. w. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁸¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²⁸² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁸³ RPW 2010/4, 670 Rz 165, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²⁸⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²⁸⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁸⁶ RPW 2013/3, 295 Rz 110, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁸⁷ RPW 2013/3, 294 f. Rz 104 ff. und 299 Rz 125 f., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁸⁸ RPW 2013/3, 294 f. Rz 104 ff. und 299 Rz 125 f., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*; Conseil de la concurrence, décision n 03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, vom 18.8.2003, Rz 12 ff.; Conseil de la concurrence, décision n 07-D-25 relative aux saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits, vom 25.7.2007, Rz 12; Conseil de la concurrence, décision n 06-D-26 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, vom 15.9.2006, Rz 25 f.

²⁸⁹ RPW 2013/3, 299 Rz 127, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

Auspuffanlagen, Blinker, Bremsen, Fussrasten, Kuppelung, Kühlung, Luftfilter etc.²⁹⁰ Es wird davon ausgegangen, dass die Marktgegenseite, d. h. die Endkundinnen und Endkunden, bei Bedarf von Zubehör und Ersatzteilen von Motorrädern potenziell auf die Gesamtheit der dahinterstehenden Produkte zurückgreift.²⁹¹ Zudem wird das gesamte Portfolio von Zubehör und Ersatzteilen von den Herstellern angeboten.²⁹² Eine weitere Segmentierung von Zubehör und Ersatzteilen in die jeweiligen einzelnen Unterkategorien ist für die vorliegende Vorabklärung nicht zweckdienlich und wird deshalb offengelassen. Im Folgenden wird deshalb der sachlich relevante Markt für Zubehör und Ersatzteile als Gesamtmarkt aller technischen und nicht-technischen (An-)Bauelemente eines Motorrads betrachtet. Die Original Yamaha-Zubehör und Ersatzteile stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Yamaha-Zubehör und Ersatzteile dem Markt für Zubehör und Ersatzteilen in seiner Gesamtheit zugeordnet.

231. Zu Accessoires und Motorradbekleidung ist Folgendes festzuhalten: Gemäss den verschiedenen Angeboten der Hersteller von Accessoires versteht man unter diesem Begriff eine Ansammlung von nicht-technischen Gegenständen, welche ein Motorrad in modischer Hinsicht ergänzen, bzw. einen nebensächlichen Gegenstand, welchen man aufgrund von persönlichen Vorlieben und Wünschen gerne besitzen möchte.²⁹³ Unter „Accessoires“ findet man Gegenstände wie Abdeckplanen, Messer, Gepäckträger, Satteltaschen, Kugelschreiber, Gürtelschnallen, Taschenlampen, Pins, Zierembleme, etc.²⁹⁴ Auch hier kann im Sinne einer Arbeitshypothese eine weitergehende Segmentierung in engere sachliche Märkte unterlassen werden, da es keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorliegenden Abklärungen hat. Der sachlich relevante Markt für Original Yamaha-Accessoires wird deshalb im oben genannten Sinne abgegrenzt. Die Original Yamaha-Accessoires stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Yamaha-Accessoires dem Markt für Accessoires in seiner Gesamtheit zugerechnet.

232. Unter Motorradbekleidung fallen nach marktüblicher Auffassung alle Kleidungsstücke, welche man üblicherweise zum Motorradfahren braucht. Demnach sind Stiefel, Helme, Handschuhe, Jacken und Hosen darunter zu finden.²⁹⁵ Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung wird auf eine weitere Segmentierung verzichtet, da es unwahrscheinlich scheint, dass eine engere Abgrenzung einen Einfluss auf das Ergebnis hat. Als sachlich relevanter Markt für Motorradbekleidung wird deshalb von einem Gesamtmarkt aller Kleidungsstücke im oben genannten Sinne ausgegangen. Die Original Yamaha-Motorradbekleidung stellt aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheidet sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund wird Original Yamaha-Motorradbekleidung

dem Markt für Motorradbekleidung in seiner Gesamtheit zugerechnet.

233. Gestützt auf die erfolgten Erwägungen wird für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung von je separaten sachlich relevanten Märkten für den Verkauf (i) von Fahrzeugen (ein Markt für Motorräder und einer für Roller mit oder ohne technische Modifikationen), (ii) von Zubehör und Ersatzteilen sowie (iii) von Accessoires und Motorradbekleidung ausgegangen.

Räumlich relevante Märkte

234. Der räumliche relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹⁶ Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer Wettbewerbsabrede betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt.

235. Yamaha-Produkte werden in der Schweiz nach Angaben der HAG durch über 90 offizielle Yamaha-Händler vertrieben.²⁹⁷ Es ist anzunehmen, dass die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten vornehmlich bei ihrem nächstgelegenen Yamaha-Händler ihr Motorrad kaufen. Dass ein gewisser Import aus dem angrenzenden Ausland und weiteren EU-Ländern besteht, weist auf eine weitere räumliche Abgrenzung als einer lediglich nationalen hin. Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz dürften das Zubehör und die Ersatzteile und die Accessoires und Motorradbekleidung ebenfalls primär in der Schweiz, jedoch zumindest auch punktuell im Ausland nachfragen.

236. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird in Anlehnung an andere Verfahren²⁹⁸ von einem mindestens nationalen Markt ausgegangen. In Bezug auf die Bestimmung der Marktanteile ist dabei ausschliesslich die Nachfrage in der Schweiz relevant, da diese von einer allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist.

B.4.2.1.2. Wettbewerbsverhältnisse

Inter- und Intra-Brandwettbewerb

237. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra-Brand- und des Inter-Brand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra-Brand- oder Inter-Brand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

²⁹⁰ RPW 2013/3, 299 Rz 127, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹¹ RPW 2013/3, 300 Rz 127, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹² RPW 2013/3, 300 Rz 127, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹³ RPW 2013/3, 300 Rz 129, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹⁴ RPW 2013/3, 300 Rz 129, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹⁵ RPW 2013/3, 300 Rz 130, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*.

²⁹⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m. H., *Publigruppe SA et al./WEKO*.

²⁹⁷ Act. 6, S. 1.

²⁹⁸ RPW 2013/3, 300 Rz 131 ff., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*; Conseil de la concurrence, décision n 03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, vom 18.8.2003, Rz 12.

238. Vorliegend bezieht sich der Interbrand-Wettbewerb auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern von Fahrzeugen, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung.

239. Betreffend Interbrand-Wettbewerb ist festzuhalten, dass gemäss der HAG der Marktanteil der HAG (Yamaha) in der Schweiz im Marktsegment für Motorräder im Jahr 2018 bei [10-20 %] lag. Gemäss der HAG hätten Konkurrenten der HAG auf dem Markt für Motorräder im Jahr 2018 folgende Marktanteile gehabt: BMW [10-20 %], Honda [10-20 %] und Harley-Davidson [10-20 %].²⁹⁹ Der Marktanteil der HAG (Yamaha) in der Schweiz im Marktsegment für Roller lag gemäss der HAG im Jahr 2018 bei [20-30 %]. Gemäss der HAG hätten Konkurrenten der HAG auf dem Markt für Roller im Jahr 2018 folgende Marktanteile gehabt: Vespa [20-30 %], Honda [10-20 %] und SYM [0-10 %].³⁰⁰ Die HAG konnte keine Angaben zu den Marktverhältnissen betreffend Ersatzteile und Zubehör für Motorräder und Roller sowie für Accessoires und Bekleidung machen.³⁰¹ Hinsichtlich der konkreten Marktverhältnisse wären weitere Abklärungen erforderlich.

240. Der Intrabrand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Fragen, ob zwischen den Yamaha-Partnern Preiswettbewerb besteht und ob die Yamaha-Partner in der Schweiz Parallelimporte von Yamaha Motorrädern, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen können.

241. Betreffend Preiswettbewerb zwischen den Yamaha-Partnern ergeben die Abklärungen des Sekretariats, dass in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und der Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG in Bezug auf die Anzahl Verkaufsstellen, die mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften (Rz 132 bzw. Abbildung 4) bei ca. 42 % und in Bezug auf die Anzahl Einheiten, die zum empfohlenen Verkaufspreis verkauft wurden bei ca. 40 % (Fahrzeug im Grundmodell) bzw. 31 % (Fahrzeug inkl. Sonderausstattungen) liegt. Schliesslich ist bezüglich des Umfangs der Rabatte anzumerken, dass die gewährten Rabatte durchschnittlich einen Anteil von [10-20] % an der Bruttomarge der Yamaha-Partner darstellen (Rz 136). Die Yamaha-Partner gewähren Rabatte, so dass zwischen den Yamaha-Partnern ein gewisser Preiswettbewerb stattfindet. Zudem dürfte zwischen den Yamaha-Partnern ein gewisser Beratungswettbewerb bestehen.

242. Zu Parallelimporten von Fahrzeugen aus der Europäischen Gemeinschaft in die Schweiz gibt die HAG an, diese seien wegen der Konformitätsbescheinigung möglich und für andere Produktkategorien würden keine Hindernisse bei einem Parallelimport bestehen (Rz 53). Hinsichtlich der Möglichkeit von Parallelimporten gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner an, dass der Parallelimport von Yamaha-Produkten möglich sei (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner (5 %) gibt an, Parallelimporte von Yamaha-Produkten zu tätigen (Rz 58). Bezüglich der Anzahl parallel- und direktimportierter Fahrzeuge 2018 gab die HAG an, dass diese ca. 0,6 % aller Fahr-

zeuge betreffen würden. Diese niedrige Anzahl lasse sich u. a. mit den attraktiven Preisen erklären (Rz 53).

243. Zusammenfassend ist gestützt auf die (nicht abschliessenden) Ermittlungen des Sekretariats und die Angaben der HAG, davon auszugehen, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein gewisses Mass an Inter- und Intrabrand-Wettbewerb bestand bzw. besteht.

Aussen- und Innenwettbewerb

244. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede zumindest wirksamer Restwettbewerb besteht. Um zu entscheiden, ob die gesetzliche Vermutung widerlegt ist, untersuchen die Wettbewerbsbehörden praxisgemäss zwei Arten von disziplinierenden Kräften.³⁰² Erstens wird der Wettbewerbsdruck von nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen geprüft (Aussenwettbewerb).³⁰³ Zweitens betrachten die Wettbewerbsbehörden den allenfalls verbleibenden Wettbewerb unter den Teilnehmern der Abreden (Innenwettbewerb).³⁰⁴

245. Bei der Analyse des Aussenwettbewerbs überprüfen die Wettbewerbsbehörden die disziplinierende Wirkung sowohl aktueller als auch potentieller Konkurrenten.³⁰⁵ Aktueller Wettbewerb geht von Unternehmen aus, welche vergleichbare Produkte und Leistungen auf demselben Markt anbieten.³⁰⁶ Potentielle Wettbewerber sind Unternehmen, die mittelfristig mit einem vergleichbaren Angebot in den Markt eintreten können.³⁰⁷ Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligen, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist.³⁰⁸ Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen.³⁰⁹ Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmern.³¹⁰

246. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb ist im vorliegenden Fall den Marktanteilen der Konkurrenten der HAG Rechnung zu tragen. Dem Sekretariat liegen nur die Marktanteile bezüglich Motorräder und Roller vor. Aus diesen geht hervor, dass Drittunternehmen im Verhältnis zur HAG auf diesen Märkten ein ausreichendes Gewicht haben dürften, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten.

²⁹⁹ Act. 10, Antwort zu Frage 37, Quelle ASTRA.

³⁰⁰ Act. 10, Antwort zu Frage 37, Quelle ASTRA.

³⁰¹ Act. 10, Antwort zu Frage 37.

³⁰² RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, *Badezimmer*.

³⁰³ RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, *Badezimmer*.

³⁰⁴ RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, *Badezimmer*.

³⁰⁵ RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, *Badezimmer*.

³⁰⁶ RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, *Badezimmer*.

³⁰⁷ RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, *Badezimmer*.

³⁰⁸ RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, *Bauleistungen Graubünden*.

³⁰⁹ RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, *Bauleistungen Graubünden*.

³¹⁰ RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, *Bauleistungen Graubünden*.

247. Innenwettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (quantitative Komponente des Innenwettbewerbs) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (qualitative Komponente des Innenwettbewerbs, Rest- oder Teilwettbewerb).³¹¹

248. Mit Bezug auf den Innenwettbewerb gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner in der Befragung an, sich nicht an die horizontale Kundenabrede zu halten. Ein ausreichender Innenwettbewerb in Bezug auf die Belieferung von Behörden und Handelsbetrieben mit Vertragsprodukten dürfte somit bestehen.

249. Zusammenfassend ist gestützt auf die (nicht abschliessenden) Ermittlungen des Sekretariats und die Angaben der HAG, davon auszugehen, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Aussen- und Innenwettbewerb bestand bzw. besteht.

B.4.2.2 Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

250. Es braucht im Rahmen einer Vorabklärung nicht eingehend geprüft zu werden, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann.³¹² Im Rahmen der Vorabklärung ist einzig zu eruieren, ob ein Anfangsverdacht für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung besteht, welcher das Anregen von Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG oder die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigt.³¹³

Vertikale Preis- und Gebietsschutzabreden

251. Sowohl für die vertikalen Preisabreden als auch für die vertikalen indirekten Gebietsabreden dürfte vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse, namentlich, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Inter- und Intra-brand-Wettbewerb bestanden haben bzw. bestehen, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG zu widerlegen.

Horizontale Kundenabreden

252. Vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse, namentlich, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Aussenwettbewerb bestand bzw. besteht, d. h. Drittunternehmen im Verhältnis zur HAG auf diesen Märkten ein ausreichendes Gewicht haben, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten, dürfte die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gelingen.

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

253. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.³¹⁴ Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien

wie dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen sowie tatsächlicher Auswirkungen und der erfolgten Umsetzung der Abrede.

254. Hinsichtlich der oben genannten Abreden zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern sind zurzeit keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit hinweisen würden.

B.4.4 Rechtfertigung

255. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Vertikale Preisabreden

256. Im Zusammenhang mit den Preisanschriftsklauseln, erklärte die HAG, dass die Beschriftung der Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen dem Kunden eine transparente Kommunikation gewährleisten solle. Die HAG brachte zudem vor, aus «Gründen des einheitlichen Auftritts» den Yamaha-Partnern Fahrzeugbeschriftungen für den Showroom zur Verfügung zu stellen, die mit der Angabe von unverbindlichen Preisempfehlungen versehen seien.

257. Dazu ist anzumerken, dass die Beschriftung des Fahrzeuges mit dem empfohlenen Verkaufspreis für einen einheitlichen Auftritt nicht erforderlich ist und sonstige visuelle Massnahmen genügen, so dass die Begründung der HAG insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit nicht überzeugt. Weitere Rechtfertigungsgründe für vertikale Preisabreden sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Vertikale Gebietsschutzabreden

258. Die HAG führt aus, dass die Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner der Qualitätssicherung und Sicherstellung von Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen dienen solle. Mit der Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der HAG und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen, solle die Qualität gesichert und der Know-how-Transfer gewährleistet werden und somit sollen keine Doppelspurigkeiten und Missverständnisse entstehen. Dazu ist anzumerken, dass Qualitätssicherung auch ohne Bezugspflichten verfolgt werden kann, so dass die geltend

³¹¹ RPW 2020/4a, 1822 Rz 467, *Bauleistungen Graubünden* mit Verweis auf BGE 129 II 18, E. 8.3.4, *Buchpreisbindung*; RPW 2019/3b, 964 Rz 2325, *Badezimmer*.

³¹² RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, *SwissZinc AG*.

³¹³ RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, *SwissZinc AG*.

³¹⁴ BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer m. w. H.*; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

gemachten Rechtfertigungsgründe insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit nicht überzeugen. Eine abschliessende Analyse kann gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht vorgenommen werden.

259. Die HAG begründet die vertragliche Garantiebeschränkung auf von der HAG importierte Fahrzeuge und bis 2021 Ersatzteile damit, dass YMC der HAG andere Garantieleistungen grundsätzlich nicht rückvergüten würde, was jedoch dem Wortlaut des Warranty Agreements zwischen der HAG und YMC widerspricht. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, würde eine solche Vereinbarung keinen Rechtfertigungsgrund darstellen.

Horizontale Kundenabreden

260. Zu den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97), macht die HAG keine Rechtfertigungsgründe geltend. Rechtfertigungsgründe sind auch nicht ersichtlich und es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG vor. Die HAG erklärt, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu liefern. Dies deutet auf einen rein formellen Charakter des Belieferungsverbot in den Verträgen 2017 der Yamaha-Vertretungen von Behörden und Handelsbetrieben hin und darauf, dass dieses nicht gelebt und die Abrede nicht umgesetzt wurde. Unter Berücksichtigung der erfolgten Vertragsanpassung, namentlich der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Bestimmung, verzichtet das Sekretariat auf weitere Abklärungen zu Rechtfertigungsgründen und auf eine diesbezügliche Anregung.

261. Den vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), begründete die HAG damit, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC vorgängig abgenommen werden müssten und Yamaha dafür strenge Richtlinien vorgebe und der Vertrieb dieser Fahrzeuge deshalb für die Yamaha-Partner gar nicht möglich wäre. Vier Yamaha-Partner geben tatsächlich an, keine technisch modifizierten Fahrzeuge aufgrund fehlender Kapazitäten zu verkaufen (Rz 105). Demgegenüber geben drei Yamaha-Partner an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkauft zu haben (Rz 105). Die HAG gibt zudem an, die KFZ-Bek³¹⁵ und die VertBek würden nicht regeln, dass das Flottengeschäft mit technisch modifizierten Fahrzeugen nicht dem Importeur vorbehalten bleiben darf. Eine entsprechende Regelung sei auch nicht aus der Rechtsprechung oder der Literatur ersichtlich. Der Exklusivvertrieb sei nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b(i) VertBek keine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sofern Passivverkäufe möglich sind. Da die HAG alle Yamaha-Partner gleich behandle, fehle es auch an einer allfälligen Diskriminierung nach Art. 7 KG.³¹⁶ Schliesslich kündigte die HAG dem Sekretariat an, aus diesen Gründen die Anregung des Sekretariats, die Verträge dahingehend anzupassen, dass die Yamaha-

Partner frei sind, Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen zu beliefern, nicht umzusetzen.

262. Aus Sicht des Sekretariats bestehen Hinweise, dass den Yamaha-Partnern tatsächlich die Kapazitäten und das Know-how für technische Modifikationen fehlen. Damit könnte die Abrede zu einer Verbesserung der Qualität des Produktes führen, namentlich zu notwendigen Spezialisierungen, welche den Bedürfnissen der Endkundinnen und Endkunden besser entsprechen. Die Feststellung von Rechtfertigungsgründen bedürfte allerdings weiterer Abklärungen. Aufgrund der geringen Anzahl betroffener Produkte, der vergleichsweise tiefen Umsätze, die sie generieren, dürften die Auswirkungen dieser Abrede auf den Wettbewerb gering sein. Unter Berücksichtigung vorgenannter Umstände sowie der Tatsache, dass die HAG das Hauptproblem im Zusammenhang mit einer Kundenaufteilung behoben hat, indem die HAG die oben genannte Klausel aus ihren Verträgen gestrichen hat, verzichtet das Sekretariat darauf, der HAG Anregungen in Bezug auf den Verkauf technisch modifizierter Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu unterbreiten sowie auf weitere Abklärungen in dieser Hinsicht.

B.5 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG

263. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, unzulässig.

264. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob Anhaltspunkte für ein Wettbewerbsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG betreffend Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern bestehen (B.5.1), ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (B.5.2) und, sofern dies der Fall ist, ob es eine Rechtfertigung für die Abrede gibt (B.5.3).

B.5.1 Wettbewerbsverbote betreffend Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern

265. Nach Ziff. 6 VertBek umfassen Wettbewerbsverbote insbesondere alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Abnehmer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzukaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek werden Abreden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden zum Gegenstand haben. Zu prüfen ist, ob (i) aufgrund der Vertragsklauseln, die einen Garantieausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h.

³¹⁵ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek).

³¹⁶ Act. 123, Rz 9 f.

von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75) und (ii) aufgrund der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), Anhaltspunkte für Wettbewerbsverbote nach Art. 5 Abs. 1 KG (i. V. m. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek) vorliegen.

266. Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantieverzicht vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), waren die Yamaha-Partner während der Dauer der Herstellergarantie in den Jahren vor 2021 verpflichtet, bei Wartungs-, Service- und Garantieleistungen ausschliesslich Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden. Die Mehrheit der befragten Yamaha-Partner gibt an, die Garantie verfallt, wenn im Rahmen von Service- und Wartungsarbeiten Ersatzteile verwendet werden, die von Drittanbietern stammen und von der HAG nicht autorisiert sind (Rz 89). Damit dürfte ein Wettbewerbsverbot vorliegen. Jedes Wettbewerbsverbot gilt für die Dauer der Herstellergarantie, d. h. ein bzw. zwei Jahre je Fahrzeug und wurde also nicht für eine unbestimmte Dauer oder eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart. Es ist somit nicht qualitativ schwerwiegend.

267. Die vertraglichen Verpflichtungen der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, wenn sie einen Mehrmarkenvertrieb in Bezug auf Ersatzteile zu unterbinden. Anzumerken ist, dass die Mehrheit der Yamaha-Partner angibt, Ersatzteile, die mit Yamaha-Produkten im Wettbewerb stehen, zu beziehen und konkurrierende Ersatzteile zu verkaufen (Rz 90). Damit weicht die gelebte Vertragswirklichkeit wohl vom Wortlaut des Vertrages ab. Der Zeitraum, für den Wettbewerbsverbote betreffend den Verkauf von Ersatzteilen konkurrierender Hersteller vereinbart wurden, ist unbegrenzt, da die Rahmenverträge 2017/2018 mit den Yamaha-Partnern jeweils für eine unbestimmte Dauer abgeschlossen wurden. Mit den Ersatzteilklauseln dürften in casu qualitativ schwerwiegende Abreden nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern für den Zeitraum vor 2021 über ein Wettbewerbsverbot betreffend den Verkauf von Ersatzteilen konkurrierender Hersteller vorliegen.

B.5.2 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

268. Bei allen Wettbewerbsabreden, die *nicht* unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallen, sind bei der Prüfung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b VertBek).³¹⁷

269. Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantieverzicht vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), waren die Yamaha-Partner in den Jahren vor 2021 verpflichtet, bei Wartungs-, Service- und Garantieleistungen ausschliesslich Yamaha-Originalersatzteile zu

verwenden. Die Dauer dieser Wettbewerbsverbote lag unter fünf Jahren. Für die Dauer der Herstellergarantie ergeben sich aus dieser Verpflichtung keine Hinweise auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung. Die HAG hat zudem die Klausel inzwischen angepasst, so dass sich das Wettbewerbsverbot nur auf den Zeitraum vor 2021 bezieht.

270. Die Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), war unbegrenzt und dürfte eine qualitativ schwerwiegende vertikale Abrede über ein Wettbewerbsverbot bzgl. Ersatzteile nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek darstellen. Nach Ziff. 13 Abs. 1 VertBek führen vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziff. 10 oder 12 Abs. 2 Bst. b bis e VertBek fallen, in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Wird diese Marktanteilsschwelle überschritten, ist die Erheblichkeit des Wettbewerbsverbots im Einzelfall zu prüfen. Vorliegend sind die Marktverhältnisse auf dem Ersatzteilemarkt unbekannt, sodass ohne weitere Abklärungen keine Aussagen über die Erheblichkeit des vereinbarten Wettbewerbsverbots bezüglich Ersatzteilen getroffen werden können. Anzumerken ist, dass die Mehrheit der Yamaha-Partner angibt Ersatzteile, die mit Yamaha-Produkten im Wettbewerb stehen zu beziehen und konkurrierende Ersatzteile zu verkaufen (Rz 90) und die gelebte Vertragswirklichkeit vom Wortlaut des Vertrages abweichen dürfte. Die HAG hat zudem die Klausel inzwischen angepasst, so dass sich das Wettbewerbsverbot nur auf den Zeitraum vor 2021 bezieht. Die Feststellung der Erheblichkeit der Abrede zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bedürfte weiterer Abklärungen.

B.5.3 Rechtfertigung

271. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG unter oben genannten Voraussetzungen (Rz 255 f.) durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Sollten die oben genannten Wettbewerbsverbote eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen, wären allfällige Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Diese Prüfung bedürfte weiterer Abklärungen. Darauf wird angesichts der bereits erfolgten Vertragsanpassungen verzichtet.

B.6 Ergebnis

272. Die Ergebnisse der Vorabklärung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Aufgrund der bis im Jahr 2021 bestehenden vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln; Ziff. 2.1 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 111), der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, des Umstandes, dass im Durchschnitt in

³¹⁷ BGE 143 II 297, 316 E. 5.2.2, *Gaba*.

- rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde, der Hinweise auf Druck und Anreize (Rz 172) sowie der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, liegen Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern hinsichtlich des Verkaufs von Motorrädern und Rollern vor. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich Preisgestaltung unterbreitet (Rz 273, Ziff. 1). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen. Das Sekretariat weist darauf hin, dass sich dieses Vorgehen insbesondere auf die sehr gute Kooperation der HAG sowie den Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG durch die Yamaha-Partner abstützt.
- Die Vertragsbestimmungen, die eine Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner für die Vertragsprodukte vorsehen (Ziff. 4.1 Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung Rz 41, Ziff. 4.1, Satz 1 revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Vertretung Rz 44, Ziff. 4.1 Rahmenvertrag 2018 Yamaha-Service-Stelle Rz 46, Ziff. 4.1 revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Service-Stelle), ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hinsichtlich Yamaha-Produkten. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich der Alleinbezugsverpflichtung unterbreitet (Rz 273, Ziff. 2). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen.
 - Um zu vermeiden, dass sich die Winterbestellung, die eine vertragliche Mindestbestellmenge vorsieht (Ziff. 2.13 revidierte Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung), wie eine Alleinbezugsverpflichtung auswirkt, empfiehlt das Sekretariat der HAG, die Klausel dahingehend zu präzisieren, dass die Winterbestellung ein Sonderangebot darstellt und es optional für die Yamaha-Vertretungen ist, diese Bestellung zu tätigen.
 - Die Weigerung der HAG, die während der Dauer der Herstellergarantie durch Yamaha-Partner an parallel- oder direktimportierten Fahrzeugen erbrachten Garantieleistungen zu vergüten bzw. die vertragliche Beschränkung der Herstellergarantie auf von HAG importierte Yamaha-Fahrzeuge und -Originalersatzteile (Ziff. 4.2 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Ziff. 4.11 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 71 ff.) ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hinsichtlich Yamaha-Fahrzeugen und -Originalersatzteilen. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich Garantieleistungen für Fahrzeuge und Originalersatzteile der HAG unterbreitet (Rz 273, Ziff. 3). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen.
 - Mit den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagen, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Ziff. 4.1 Abs. 2 Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung, Rz 96 f.), liegen Anhaltspunkte für unzulässige horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG vor, da keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind. Unter Berücksichtigung der erfolgten Vertragsanpassung, namentlich der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Bestimmung, verzichtet das Sekretariat auf diesbezügliche Anregungen.
 - Mit den Vertragsbestimmungen, die der HAG vorbehalten, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Ziff. 4.1 Abs. 2 Rahmenvertrag 2018 Yamaha-Service-Stelle, Ziff. 3.1 revidierte Rahmenverträge 2021 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 98 ff.), liegen Anhaltspunkte für grundsätzlich erhebliche horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Aufgrund der geringen Anzahl betroffener Produkte, der vergleichsweise tiefen Umsätze, die sie generieren und der Hinweise auf allfällige Rechtfertigungsgründe, verzichtet das Sekretariat auf weitere Abklärungen zu Rechtfertigungsgründen und auf eine diesbezügliche Anregung.
 - Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantieausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut werden (Ziff. 4.4 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 75), dürften bis im Jahr 2021 (aufgrund der Dauer wohl nicht erhebliche) vertikale Abreden über ein Wettbewerbsverbot bzgl. Ersatzteile vorgelegen haben. Die Dauer dieser Wettbewerbsverbote lag unter fünf Jahren. Für die Dauer der Herstellergarantie ergeben sich aus dieser Verpflichtung keine Hinweise auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.
 - Mit der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Ziff. 4.5 Rahmenverträge 2017 bzw. 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 77), dürften bis im Jahr 2021 qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsverbote im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern in Bezug auf Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern vorgelegen haben. Deren Erheblichkeit kann gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht beurteilt werden. Da die HAG die vorgenannten Bestimmungen aus ihren Verträgen mit den Yamaha-Partnern bereits gestrichen hat, sieht das Sekretariat von einer diesbezüglichen Anregung ab. Es empfiehlt der HAG jedoch, die Herstellerin [über die vorgenannten Erwägungen] zu informieren [...].

C Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

273. Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Das Sekretariat regt die folgenden Massnahmen an, um die erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern:

1. Hinsichtlich Preisgestaltung (i) präzisiert die HAG die Klausel hinsichtlich Produktbeschriftung (Ziff. 2.1 der Liefervereinbarung Yamaha-Partner) dahingehend, dass die Yamaha-Partner in der Preisanschrift frei sind resp. streicht den Teil, der sie zur Beschriftung der Fahrzeuge mit dem empfohlenen Verkaufspreis verpflichtet oder ihnen diese empfiehlt, (ii) deklariert die HAG die in den Preislisten angegebenen Preise explizit als «unverbindliche Preisempfehlungen», (iii) informiert die HAG die Yamaha-Partner mittels Rundschreiben darüber, dass sie in der Festlegung der Verkaufspreise gegenüber den Endkundinnen und Endkunden und den Yamaha-Service-Stellen frei sind, und (iv) unterlässt die HAG jegliche Ausübung von Druck (insbesondere Vertragskündigung) oder Anreizen, die unverbindlichen Preisempfehlungen einzuhalten.
2. Die HAG streicht die Klauseln in ihren Verträgen hinsichtlich Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner (Ziff. 4.1 der revidierten Rahmenverträge 2021 mit den Yamaha-Vertretungen, Ziff. 4.1 der revidierten Rahmenverträge 2021 mit den Yamaha-Service-Stellen) oder präzisiert diese dahingehend, dass diese unmissverständlich Parallelimporte und Querlieferungen zulassen.
3. Hinsichtlich Garantieleistungen der HAG für Fahrzeuge und Originalersatzteile passt die HAG ihre Verträge mit den Yamaha-Partnern und ggf. mit der Herstellerin dahingehend an, dass klargestellt wird, dass die Herstellergarantie für Fahrzeuge und Originalersatzteile unabhängig davon, ob das Fahrzeug durch die HAG importiert worden ist, gewährt wird. Sollten die Produkte in einem Selektivvertrieb im Sinne von Ziff. 4 VertBek vertrieben werden, hat dies zu gelten, wenn das Produkt im offiziellen Vertriebsnetz bezogen wurde.

D Kosten

274. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG³¹⁸ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

275. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet, dass die HAG sich den angeregten Massnahmen unterzieht und die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt. Damit hat die HAG die Verfahrenskosten zu tragen.

276. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

277. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 412,23 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 26,66 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 7'731,40;
- 333,44 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 66'688,00;
- 52,13 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 6'776,90.

Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 81'196,30.

278. Vorliegend ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte für mehrere unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 1, 3 und 4 KG (vgl. B.6 Ergebnis Rz 272), sodass die durch die HAG zu bezahlende Gebühr CHF 81'196,30 beträgt.

E Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen;
2. verzichtet vorläufig darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, sofern die hostettler AG Sursee die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;
3. erhebt Verfahrenskosten von CHF 81'196,30;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

³¹⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 1.1

2. Google News

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 25. April 2023 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Google News wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Verfahren**A.1 Gegenstand**

1. Der Verein Churfürsten-Medien, Neu St. Johann, zeigt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Google Switzerland GmbH (nachfolgend: Google) im Bereich Nachrichtensuchmaschinen (oder auch Nachrichten-Aggregatoren genannt) an.

2. Gemäss Anzeige seien unter Google News keine Artikel des vom Verein Churfürsten-Medien betriebenen News-Portals toggenburg24.ch (nachfolgend beide zusammen: Toggenburg24) zu finden. Dies obwohl der RSS-Feed von Toggenburg24 korrekt sei und die Google Publisher Publikation aufgeschaltet sei. Im Gegensatz dazu würden praktisch alle Artikel der Mitbewerber und Mitbewerberinnen auf Google News angezeigt. Durch diese Nichtlistung bei Google News entstehe Toggenburg24 ein direkter Nachteil gegenüber der Konkurrenz. Dies sei eine Diskriminierung gegenüber der direkten Konkurrenz. Dadurch entgingen Toggenburg24 hohe Werbeeinnahmen. Als Onlinemedium sei Toggenburg24 auf diese Werbeeinnahmen angewiesen. Andernfalls habe Toggenburg24 niemals die Chance, Investitionen zu tätigen, geschweige denn Profite zu erzielen.

3. Aufgrund der Anzeige stellt sich die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Google im Bereich der Nachrichtensuchmaschinen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht. Als etwaige Missbräuche stehen die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Vordergrund.

A.2 Verfahrensgeschichte

4. Am 28. Februar 2022 reichte Toggenburg24 per Kontaktformular eine Anzeige gegen Google ein (nachfolgend: Anzeige 1).

5. Mit Schreiben vom 1. März 2022 erhielt Toggenburg24 eine Eingangsbestätigung ihrer Anzeige. Zusammen mit dieser Eingangsbestätigung ersuchte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) um Einreichung von Kopien der Korrespondenz zwischen Toggenburg24 und Google, insb. in Bezug auf die Weigerung von Google zur Auflistung und der zugehörigen Begründung).

6. Mit Schreiben vom 7. März 2022 sendete Toggenburg24 dem Sekretariat Korrespondenz zwischen Toggenburg24 und Google zu und machte weitere Ausführungen zu den Ereignissen.

7. Das Sekretariat stellte Google mit Schreiben vom 8. März 2022 im Rahmen einer Marktbeobachtung die Anzeige von Toggenburg24 zur Stellungnahme zu. Mit gleichem Schreiben ersuchte das Sekretariat Google um Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit der Anzeige. Das Auskunftsbegehren an Google erhielt Toggenburg24 gleichentags zur Kenntnis.

8. Mit Schreiben vom 6. Mai 2022 nahm Google Stellung zur Anzeige von Toggenburg24 und reichte seine Antworten auf die Fragen im Schreiben vom 8. März 2022 ein (nachfolgend: Auskunft 1).

9. Aufgrund zusätzlichen Klärungsbedarfs nach der Auskunft 1 ersuchte das Sekretariat Google mit Schreiben vom 12. Mai 2022 um Beantwortung eines zweiten Auskunftsbegehrens. Das Sekretariat informierte Toggenburg24 gleichentags über das zweite Auskunftsbegehren an Google.

10. Mit Schreiben vom 3. Juni 2022 reichte Google seine Antworten auf das zweite Auskunftsbegehren vom 12. Mai 2022 ein (nachfolgend: Auskunft 2).

11. Mit Schreiben vom 22. Juni 2022 teilte das Sekretariat Google und Toggenburg24 mit, dass zunächst die weitere Entwicklung abzuwarten ist und daher zu diesem Zeitpunkt vorläufig noch kein Verfahren eröffnet wird. Jedoch behielt sich das Sekretariat weitere Abklärungen und die Eröffnung eines Verfahrens vor, sollte sich an der Situation betreffend Toggenburg24 bis Ende 2022 keine Änderung ergeben.

12. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2022 reichte Toggenburg24 erneut Anzeige ein, dass Google News weiterhin keine Beiträge von Toggenburg24 aufliste (nachfolgend: Anzeige 2).

13. Das Sekretariat teilte Google mit Schreiben vom 24. Januar 2023 die Eröffnung einer Vorabklärung in dieser Sache mit und sendete Google ein drittes Auskunftsbegehren zur Sachverhaltsermittlung zu. Gleichentags informierte das Sekretariat Toggenburg24 über die Eröffnung der Vorabklärung.

14. Mit Schreiben vom 8. Februar 2023 reichte Google seine Antworten auf das dritte Auskunftsbegehren vom 24. Januar 2023 ein (nachfolgend: Auskunft 3).

B Sachverhalt**B.1 Google News**

15. Aufgrund der Anzeige von Toggenburg24 betrifft die vorliegende Vorabklärung die Auflistung und Ausgabe von Nachrichten und Meldungen unter Google News.

16. Google News ist gemäss Auskunft 3 ein Dienst von Google LLC. Google LLC ist ein Tochterunternehmen der Google-Gruppe. Konzernmuttergesellschaft ist Alphabet Inc. mit Sitz in Mountain View, Kalifornien,

USA.¹ Die folgenden Ausführungen beruhen grösstenteils auf Angaben von Google im Rahmen von Auskunftsbegehren oder auf öffentlich verfügbaren Informationen von Google.

17. Mit Google News erhielten Nutzer und Nutzerinnen Zugriff auf qualitativ hochwertige Nachrichten. Nutzer und Nutzerinnen könnten Google News per Android- und iOS-App und im Browser nutzen, um Artikel zu finden, die sie interessierten.² Google ordne Nachrichten über aktuelle Probleme und Ereignisse und erleichtere den Zugriff darauf.³

18. Sinn und Zweck von Google News sei es, Nutzern und Nutzerinnen die Möglichkeit zu geben, sich umfassend über aktuelle Ereignisse und Nachrichten zu informieren. Mit News-Funktionen in der Google Suche erhielten Nutzer und Nutzerinnen Zugriff auf ausgewählte Nachrichteninhalte wie Top-Meldungen, Artikel und Videos aus der ganzen Welt.⁴ Das Ziel von Google News sei es, journalistische Originalinhalte zu fördern sowie Nutzern und Nutzerinnen Suchergebnisse zu unterschiedlichen Perspektiven aufzuzeigen.⁵

19. In der Google News-Suche könnten Ergebnisse von zahlreichen Verlagen und Webpublishern aufgerufen werden. Wenn Nutzer und Nutzerinnen nach einem Thema suchten, das gerade in den Nachrichten sei, würden Meldungen und Artikel automatisch basierend auf Faktoren wie Relevanz, Prominenz und der Verlässlichkeit des Verlags oder Webpublishers präsentiert. Diese Ergebnisse seien nicht personalisiert. Suchbegriffe könnten aber weiter eingegrenzt werden, um zusätzliche Informationen zu finden.⁶

20. Google News biete Nutzern und Nutzerinnen folgende Möglichkeiten:⁷

- sich über das aktuelle Zeitgeschehen und Nachrichten aus aller Welt informieren und verschiedene Inhalte unterschiedlicher Verlage und Webpublisher nutzen,
- bestimmte Nachrichtenanbieter und Themen abonnieren,
- Artikel als Lesezeichen speichern und teilen,
- Inhalte im Bereich «Für mich» personalisieren.

21. Damit die Nachrichtenartikel von Verlagen, News-Sites oder anderen Herausgebern und Herausgeberinnen in den Ergebnissen erscheinen würden, müssten die Artikel von Google auffindbar sein und in seinen Index aufgenommen werden. Technisch könne dies entweder durch Crawling geschehen oder dadurch, dass der Verlag Google einen Feed zur Verfügung stelle. In beiden Fällen stelle Google technische Spezifikationen und Anleitungen zur Verfügung.⁸ Allerdings akzeptiere Google News keine Zahlungen zur Beschleunigung der Aufnahme oder zur Verbesserung von Darstellung und Ranking einer Webseite in den Suchergebnissen von Google News.⁹

22. Beim Crawling würden Softwareprogramme, so genannte «Crawler» oder «Bots», auf eine Webseite zugreifen und übermittelten Informationen über die Webseite zur Indexierung an Google. Google biete Anleitungen zu technischen Massnahmen, die Verlage ergreifen

könnten, um ihre Webseite für das Crawling zu optimieren und so die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass ihre Webseite von Google entdeckt werde.¹⁰

23. Verlage könnten ihre Inhalte auch über Feeds im Google News-Modul im Publisher Center einreichen und verwalten, damit sie die Reihenfolge ihrer Artikel auf ihrer Google News-Seite besser kontrollieren könnten. Die Bereitstellung eines Feeds sei eine Option und keine notwendige Bedingung für das Erscheinen in Google News und garantiere nicht, dass ein Inhalt in Google News erscheine oder ein Ranking erhalte.¹¹

24. In Bezug auf inhaltliche Voraussetzungen, um auf Google News zu erscheinen, müssten Verlage die allgemeinen Inhaltsrichtlinien von Google Search und die speziellen Richtlinien von Google News einhalten. Diese allgemeinen und speziellen Richtlinien seien im Publisher Help Center dargelegt.¹² Die allgemeinen Inhaltsrichtlinien von Google gälten für alle Inhalte, die über die Google Suche dargestellt würden, einschliesslich Webergebnissen. Webergebnisse seien Webseiten, Bilder, Videos, Nachrichteninhalte oder anderer Content, den Google im Internet findet. Diese von Google entwickelten Inhaltsrichtlinien für die Google Suche seien das Ergebnis einer sorgfältigen Abwägung zwischen den realistischen Bedenken (z. B. gefährliche Inhalte oder manipulierte Medien) einerseits, die es in Bezug auf Inhalte gebe, und andererseits der grundlegenden Funktion einer Suchmaschine, die den Zugriff auf Informationen ermöglichen müsse.¹³

25. Die speziellen Google News-Richtlinien seien funktionspezifische Richtlinien in Bezug auf Werbung und gesponserte Inhalte, irreführende Inhalte und Transparenz. Zum Beispiel sei es unzulässig, gesponserte Inhalte als unabhängige redaktionelle Inhalte zu tarnen oder falsch darzustellen. Oder Nachrichtenquellen sollten bei Google folgende Informationen bieten: eindeutige Daten und Verfasserzeilen, Informationen zu den Redakteuren und Redakteurinnen, der Publikation und dem Verlag oder Webpublisher, Informationen zum Unternehmen oder Netzwerk sowie Kontaktdaten.¹⁴

¹ Vgl. <<https://abc.xyz/investor/>> (6.3.2023).

² <https://support.google.com/news/publisher-center/answer/10598355?hl=de&ref_topic=10630761> (25.1.2023).

³ <<https://newsinitiative.withgoogle.com/hownewsworks/de/mission>> (26.1.2023).

⁴ <https://support.google.com/news/publisher-center/answer/10598160?hl=de&ref_topic=10630761> (25.1.2023).

⁵ Vgl. Auskunft 1, Rz 1.1.

⁶ <https://support.google.com/news/publisher-center/answer/10598160?hl=de&ref_topic=10630761> (25.1.2023).

⁷ <https://support.google.com/news/publisher-center/answer/10598355?hl=de&ref_topic=10630761> (25.1.2023).

⁸ Vgl. Auskunft 1, Rz 1.2.

⁹ Vgl. Auskunft 1, Rz 1.1.

¹⁰ Vgl. Auskunft 1, Rz 1.3.

¹¹ Vgl. Auskunft 1, Rz 1.4 f.

¹² Vgl. Auskunft 1, Rz 2.1.

¹³ <<https://support.google.com/websearch/answer/10622781?hl=de>> (26.1.2023).

¹⁴ <<https://support.google.com/news/publisher-center/answer/6204050>> (26.1.2023).

26. Es könnten alle Verlage, die sich an die allgemeinen und speziellen Inhaltsrichtlinien hielten, in Google News erscheinen. Allerdings könnten Verlage nicht direkt beeinflussen, ob sie bei Google News erscheinen würden. Insbesondere akzeptiere Google keine Zahlungen dafür, dass eine Webseite in seinen Suchergebnissen, einschliesslich der Ergebnisse von Google News, erscheine. Ebenso wenig würden kommerzielle Beziehungen, die Google möglicherweise mit einem Verlag unterhalte, bei der Aufnahme oder dem Ranking berücksichtigt.¹⁵ Bei der Anzahl angezeigter News-Sites zu einem bestimmten Thema oder aus einer bestimmten Region beständen seitens Google keine Beschränkungen.¹⁶

27. Die Verlage könnten Massnahmen ergreifen, welche die Chancen erhöhten, dass ihre Webseite von Google gefunden und indiziert werde. Verlage könnten Google einen Feed zur Verfügung stellen, um sicherzustellen, dass Google auf ihre Artikel aufmerksam werde. Sie könnten auch Massnahmen zur Optimierung ihrer Webseite ergreifen, um die Chancen zu erhöhen, dass die Crawler von Google ihre Artikel entdeckten.¹⁷

28. Nach Aufnahme einer neuen Webseite in den Index von Google richte sich das Erscheinen einer Publikation in den Ergebnissen von Google News nach dem Ranking dieser Publikation. Google News bestimme das Ranking seiner Ergebnisse algorithmisch gestützt auf eine Reihe von Faktoren, darunter Relevanz, Qualität, Prominenz, Verlässlichkeit, Aktualität, Standort und Sprache. Auch wenn eine Publikation für das Erscheinen bei Google News grundsätzlich geeignet sei, bedeute das nicht, dass Artikel dieser Publikation automatisch im Ranking gut platziert würden.¹⁸

29. Somit sind anhand dieser Angaben von Google die Tätigkeiten und Dienste von Google News wie bereits erwähnt dem Bereich der Nachrichtensuchmaschinen oder Nachrichten-Aggregatoren («news aggregator») zuzuordnen. Es handelt sich im Allgemeinen um Online-Verbreitung, Hosting, Aggregation und Kuratieren von Nachrichteninhalten.¹⁹

B.2 Toggenburg24

30. Gemäss Anzeige sei toggenburg24.ch ein lokales Newsportal aus dem Toggenburg für das Toggenburg. Die Leserschaft betrage ungefähr 12 000 bis 15 000 Leserinnen und Leser pro Monat.²⁰ Toggenburg24 berichte laufend aktuell über das lokale Geschehen aus den zwölf Toggenburger Gemeinden von Kirchberg bis Wildhaus sowie über News aus dem Kanton St. Gallen. Weiter publiziere Toggenburg24 nationale und internationale Nachrichten sowie Sport-News der Schweizer Depeschagentur «Keystone-SDA». Zudem biete Toggenburg24 weitere Services wie Agenda, Leserschaft-Meinungen oder Dossier über Wahlen.²¹ Nebst eingekauften Artikeln produziere Toggenburg24 durchschnittlich zwei bis drei eigene Artikel pro Tag, die diese aus zugesandten Medienmitteilungen aufbereitete oder gänzlich selbst erstelle (eigene Recherche).²²

31. Betreiberin der Webseite toggenburg24.ch sei der Verein Churfürsten-Medien.²³ Der Verein Churfürsten-Medien setze sich für eine Medienvielfalt im Toggenburg ein.²⁴

32. Gemäss Anzeige sei Toggenburg24 ein Mitglied im Portal24-Verbund, zu welchem u. a. auch Linth24, Wil24, Rheintal24, stgallen24, Gossau24, herisau24 und Zürioberland24 gehörten.²⁵ Auf toggenburg.ch gibt Toggenburg24 an, Toggenburg24 gehöre zum Verlag von Portal24 AG und arbeite mit verschiedenen Online-Portalen aus dem Portal24-Verbund zusammen.²⁶

33. Der Verbund von Portal24 bezeichnet sich selber als ein neues Mediensystem in der Schweiz für die lokale Information. Die im 24er-Verbund agierenden lokalen News-Portale informierten die Bevölkerung über das Geschehen vor Ort. Zugleich ermöglichten sie Vereinen, Politik, Verwaltung, Institutionen und Unternehmen in ihrer Region auf einer attraktiven Internet-Plattform zu kommunizieren und gesehen zu werden.²⁷

34. Jedes Portal arbeite auf eigene Rechnung und sei für die lokale Redaktion, den lokalen Werbeverkauf und die Administration zuständig, werde aber in vielen Bereichen zentral unterstützt. Die Portal-Betreiber und -Betreiberinnen müssten sich weder um die Technik ihres Portals noch um dessen Weiterentwicklung kümmern. Rubriken wie Stellen, Trauer und Agenda betreuten die lokalen Portale auf der gemeinsamen Plattform, womit die lokalen Einträge eine nationale Verbreitung erhielten.²⁸

35. Untereinander arbeiteten die Portal-Betreiber eng zusammen und profitierten von vielen Synergien. So könnten alle Portale mit wenigen Klicks im Büro oder am Handy Berichte, Bilder und Videos von anderen Portalen übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. Grundsätzlich seien die Portale für die Leserinnen und Leser gratis zugänglich. Es sei jedoch jedem Portal überlassen, als zusätzliche Einnahmequelle seiner Leserschaft freiwillige oder bezahlte Abonnemente anzubieten. Zur Verrechnung von Dienstleistungen an die Kunden und Kundinnen für Stellen- oder Traueranzeigen, freiwillige Abonnemente usw. verfüge jedes Portal über ein system-integriertes Bezahlungstool (Shop) für Kreditkarten, Twint oder Mail-Rechnung.²⁹

36. Die Vernetzung der Portale sowie die Nutzung der gemeinsamen Technik vereinfachten Verlegern die Arbeit massiv und mache jedes Portal um ein Vielfaches attraktiver als dies im Alleingang möglich sei.³⁰

¹⁵ Vgl. Auskunft 1, Rz 4.2.

¹⁶ Vgl. Auskunft 1, Rz 3.1.

¹⁷ Vgl. Auskunft 1, Rz 4.3.

¹⁸ Vgl. Auskunft 1, Rz 4.5.

¹⁹ OECD, Competition issues concerning news media and digital platforms, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021, 10 f.

²⁰ Vgl. Anzeige 1.

²¹ <<https://toggenburg24.ch/kontakt>> (30.1.2023).

²² Vgl. Anzeige 2.

²³ Vgl. Anzeige 1; <<https://toggenburg24.ch/kontakt>> (30.1.2023); <<https://www.churfürsten-medien.ch/>> (16.3.2023).

²⁴ <<https://wil24.ch/articles/86559-toggenburg24-ch-neue-news-plattform-fuers-toggenburg>> (30.1.2023); <<https://stgallen24.ch/articles/86495-das-toggenburg-bekommt-ein-eigenes-newsportal>> (30.1.2023).

²⁵ Vgl. Anzeige 1.

²⁶ <<https://toggenburg24.ch/kontakt>> (30.1.2023).

²⁷ <<https://www.portal24.ch/de/portal24>> (30.1.2023).

²⁸ <<https://www.portal24.ch/de/portal24>> (30.1.2023).

²⁹ <<https://www.portal24.ch/de/portal24>> (30.1.2023).

³⁰ <<https://www.portal24.ch/de/portal24>> (30.1.2023).

37. Zudem ist Toggenburg24 als Mitglied beim Verband Schweizer Online-Medien (nachfolgend: VSOM) aufgeführt.³¹ Die Gründung des VSOM erfolgte im Jahr 2019.³² Der VSOM vertritt die Interessen der Schweizer Online-Portale und festigt deren Bedeutung als demokratierelevante Medien in der Schweiz. Der Verband vernetzt seine Mitglieder, sei politisch und gesellschaftlich aktiv und fördere die Zusammenarbeit der Portale in den Bereichen Technik, Marketing und Administration. Der Verband sei Ansprechpartner für Politik, Behörden, Medien, Schulen und Interessierte. Mitglied im VSOM könnten juristische oder natürliche Personen werden, die in der Schweiz aktiv ein Online-Portal/Online-Medium betreiben würden,

- welches mindestens einmal wöchentlich Nachrichten publiziere;

- dessen Nachrichten sich auf die Schweiz oder eine ihrer Regionen beziehen würden;
- das mit seinem Online-Dienst zur politischen und gesellschaftlichen Meinungsbildung der [Schweiz] beitrage und damit demokratierelevant sei;
- das über eine eigene Redaktion verfüge
- und das nicht primär den Zweck habe, den redaktionellen Inhalt einer anderen Mediengattung zu verbreiten.³³

38. Beinahe alle dem Portal24-Verbund angeschlossenen Online-Portale sind Mitglied des VSOM (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1: Online-Portale des Portal24-Verbundes und des VSOM³⁴

Online-Portal	im Portal24-Verbund	Mitglied VSOM	Auflistung Artikel in Google News ³⁵
glarus24.ch	nein	Ja	ja
goldkueste24.ch	ja	Ja	nein
gossau24.ch	ja	Ja	ja
GRheute.ch	nein	ja	ja
hallowil.ch	nein	ja	ja
herisau24.ch	ja	ja	ja
höfe24.ch	ja	ja	nein
kreuzlingen24.ch	ja	ja	nein
linth24.ch	ja	ja	ja
march24.ch	ja	ja	ja
kultur.ch	nein	ja	ja
regiosport.ch	nein	ja	ja
rheintal24.ch	ja	ja	ja
rorschacherecho.ch	nein	ja	nein
sardona24.ch	ja	ja	nein
schaffhausen24.ch	ja	ja	ja
soaktuell.ch	nein	ja	ja
stgallen24.ch	ja	ja	nein
toggenburg24.ch	ja	ja	nein
uzwil24.ch	ja	ja	ja
vilan24.ch	ja	ja	ja
wil24.ch	ja	ja	ja
zuerich24.ch	ja	nein	nein
zuerioberland24.ch	ja	ja	ja

³¹ <<https://toggenburg24.ch/kontakt>> (30.1.2023); <<https://www.vsom.ch/mitglieder-vsom/>> (30.1.2023).

³² <<https://www.vsom.ch/wp-content/uploads/2019/11/Gruendungsprotokoll-VSOM.pdf>> (30.1.2023).

³³ <<https://www.vsom.ch/>> (30.1.2023).

³⁴ <<https://www.portal24.ch/de/regionen>> und <<https://www.vsom.ch/mitglieder-vsom/>> (30.1.2023).

³⁵ Stichprobenweise Suche in Google News nach Stichwörtern aus Nachrichtenartikeln auf dem jeweiligen Online-Portal (15.3.2023).

39. Eine stichprobenweise Recherche des Sekretariats zu den am Portal24-Verbund angeschlossenen Portale zeigt, dass von 10 Portal24-Portalen Artikel in Google News erscheinen (vgl. Tabelle 1). Bei einem Total von 17 Online-Portalen listet somit Google News Nachrichtenartikel von ungefähr 60 % der am Verbund angeschlossenen Portale auf.

B.3 Toggenburg24 in Google News

40. Toggenburg24 bringt vor, dass Google News bis im Dezember 2022 keinen einzigen Beitrag von Toggenburg24 aufgeführt habe.³⁶ Toggenburg24 gibt an, dass trotz korrektem RSS-Feed und aufgeschalteter Google Publisher Publikation, unter Google News kein einziger Artikel von Toggenburg24 zu finden sei.³⁷ Die Anmeldung ihrer Webseite im Google Publisher als sogenannte «Publikation» habe Toggenburg24 bereits im September 2021 bei Google eingereicht.³⁸

41. Im Rahmen der Auskunft 1 gab Google an, Toggenburg24 habe ihre Webseite erst vor kurzem im September 2021 eingerichtet. Während Toggenburg24 einen Feed bei Google eingereicht habe, habe es technische Probleme mit dem Feed gegeben. Diese technischen Probleme seien nach dem Verständnis von Google nun behoben. Die Systeme von Google ermittelten automatisch und periodisch neue Webseiten, die bei Google News erscheinen könnten, was eine bestimmte Zeit in Anspruch nehmen könne.³⁹

42. In der Auskunft 2 fasst Google den Status von Toggenburg24 in Google News folgendermassen zusammen: Google habe kein Interesse daran, den Zugang zu Google News für Nachrichtenpublikationen zu blockieren, welche die Mindestanforderungen für die Aufnahme in Google News erfüllen würden. Im Gegenteil, Google habe ein inhärentes Interesse daran, dass Google News seinen Nutzern und Nutzerinnen ein breites und vielfältiges Angebot von Resultaten für Nachrichtenpublikationen bereitstelle. Weder Google News noch Google im Allgemeinen seien Wettbewerber und Wettbewerberinnen von Nachrichtenpublikationen. Google News verweise Nutzer und Nutzerinnen auf Nachrichtenpublikationen weiter. Google tue dies kostenlos, sowohl für Nutzer und Nutzerinnen als auch Verlage.⁴⁰

43. Eine Webseite müsse in einem ersten Schritt von Google entdeckt werden, um in Google News erscheinen zu können. Dies könne durch Crawling erfolgen oder indem eine Webseite Google einen Feed zur Verfügung stelle. Bei Toggenburg24 habe es anfänglich technische Probleme mit dem Feed gegeben, die aber nach dem Verständnis von Google inzwischen behoben seien.⁴¹

44. Nicht jede Webseite, die von Google entdeckt werde, werde auch in Google News aufgenommen. Google News zeige Resultate von Nachrichtenpublikationen an, d. h. von Webseiten, die kontinuierlich originelle Nachrichteninhalte produzierten. Sobald Google eine Webseite entdeckt habe, müssten Googles Systeme daher in einem zweiten Schritt beurteilen, ob die fragliche Webseite eine Nachrichtenpublikation sei und die Qualitätsstandards für die Aufnahme in Google News erfülle.⁴²

45. In der Vergangenheit hätten Verlage einen Antrag zur Aufnahme in Google News stellen müssen, worauf-

hin Google deren Webseite manuell beurteilt habe. Heute evaluiere Google die Frage, ob eine Webseite die Bedingungen für eine Aufnahme in Google News erfülle automatisch anhand von Algorithmen, ohne dass der Verlag einen Antrag stellen müsse.⁴³

46. Diese Evaluation könne einige Zeit in Anspruch nehmen, da die Algorithmen von Google Daten über die Webseite sammelten und anhand dieser Daten mit einem hinreichenden Mass an Gewissheit zu dem Ergebnis kommen müssten, dass es sich bei der Webseite tatsächlich um eine Nachrichtenpublikation handle und dass die Webseite die Qualitätsstandards für die Aufnahme in Google News konsistent erfülle. Darüber hinaus führten die Systeme von Google diese Evaluation für eine grosse Anzahl neuer Webseiten in allen Ländern weltweit durch, in denen Google News verfügbar sei. Bei einer neuen Website wie toggenburg24.ch könne der Evaluationsprozess deshalb mehrere Monate in Anspruch nehmen.⁴⁴ Toggenburg24.ch befinde sich derzeit [im Zeitpunkt der Eingabe im Juni 2022] noch in dieser Evaluationsphase.⁴⁵

47. Der Evaluationsprozess betreffe nicht Toggenburg24 spezifisch. Es handle sich vielmehr um einen Prozess, den jede neue Nachrichtenpublikation durchlaufen müsse, um in Google News erscheinen zu können. Der Evaluationsprozess sei auch unabhängig von den Prozessen des Crawlings oder des Rankings.⁴⁶

48. Zur Auffindbarkeit von Toggenburg24 durch das Google-Crawling gab Google an, dass grundsätzlich jede Webseite durch Crawling auffindbar sei, sofern die technischen Mindestanforderungen erfüllt seien und die Webseite das Crawling nicht blockiere. Es gebe jedoch keine Garantie dafür, dass eine bestimmte Webseite tatsächlich durch Crawling entdeckt werde.⁴⁷ Darüber hinaus erscheine eine Webseite nach ihrer Entdeckung durch Google nicht umgehend in Google News. Die Webseite müsse zunächst den algorithmischen Evaluationsprozess von Google durchlaufen, mit dem beurteilt werde, ob es sich bei der Webseite um eine Nachrichtenpublikation handle, welche die erforderlichen Mindestqualitätsstandards erfülle.⁴⁸

³⁶ Vgl. Anzeige 1 und Anzeige 2.

³⁷ Vgl. Anzeige 1.

³⁸ Vgl. Anzeige 2.

³⁹ Vgl. Auskunft 1, Ziff. 4.4.

⁴⁰ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴¹ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴² Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴³ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴⁴ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴⁵ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I, 2.1.1, 2.2.1 und 4.1.

⁴⁶ Vgl. Auskunft 2, Ziff. I.

⁴⁷ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 1.1.1.

⁴⁸ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 1.1.2.

49. Zur Frage, ob Toggenburg24 die notwendigen technischen Voraussetzungen erfülle, um vom Google-Crawling gefunden zu werden, liess sich Google zunächst nicht klar vernehmen. Google gab zu dieser Frage in einem ersten Schritt an, Google stelle Webmastern Tools zur Verfügung, mit denen sie feststellen könnten, wie die Crawler von Google ihre Webseite wahrnehmen würden. Webmaster könnten auch ihre gesamte Webseite mithilfe des sogenannten Berichts zur Indexabdeckung überprüfen.⁴⁹

50. In Bezug auf eine etwaige Unterscheidung beim Auffinden und Anzeigen von Nachrichtenpublikationen von umfangreichen («grossen») und weniger umfangreichen («kleinen») News-Sites identifiziere und zeige Google News grundsätzlich Ergebnisse für «grosse» und «kleine» Nachrichtenpublikationen.⁵⁰ Die Entdeckung einer Webseite könne entweder durch Crawling erfolgen oder indem die Webseite Google einen Feed zur Verfügung stelle. Das Ranking in Google News werde algorithmisch gestützt auf eine Reihe von Faktoren bestimmt. Diese Faktoren würden auf der Grundlage der Algorithmen von Google ermittelt und gewichtet. Es sei dabei kein einzelner Faktor für sich für das Ranking ausschlaggebend.⁵¹

51. Das Ziel von Google ist es letztlich, Nachrichtenartikel zu identifizieren und anzuzeigen, die einerseits dem Interesse des Nutzers und der Nutzerin entsprechen und andererseits eine hohe Qualität aufweisen.⁵²

52. Eine umfassende Nachrichtenpublikation habe – bei sonst gleichen Voraussetzungen – von Natur aus eine höhere Chance, in mehr Ergebnissen zu erscheinen als eine nicht umfassende Publikation. Dies ergebe sich daraus, dass eine umfassende Publikation mehr Themengebiete abdecke, für die ihre Artikel relevant sein könnten. So könne eine umfassende Publikation im Prinzip etwa in den Suchresultaten für Nachrichten über Aussenpolitik, Innenpolitik, Wirtschaft und Finanzen, Sport und gesellschaftliche Ereignisse erscheinen, weil eine solche Publikation regelmässig Artikel enthalte, die für alle diese Themengebiete relevant seien. Im Gegensatz dazu enthalte eine Publikation, die sich beispielsweise auf das Thema Sport spezialisiere, naturgemäss nur Artikel, die für das Themengebiet Sport relevant sein könnten. Dies bedeute jedoch nicht, dass in den Themengebieten, in denen sich eine umfassende und eine nicht umfassende Publikation überschneiden würden (beispielsweise im Themengebiet Sport), die umfassende Publikation im Ranking zwangsläufig vor der nicht umfassenden Publikation aufgeführt werde.⁵³

53. Im Rahmen der Auskunft 3 bekräftigt Google, dass sie kein Interesse daran hätten, den Zugang zu Google News für Nachrichtenpublikationen zu blockieren, die die Mindestvoraussetzungen für die Aufnahme in Google News erfüllten. Im Gegenteil, Google habe ein erhebliches Interesse daran, den Nutzern und Nutzerinnen von Google News eine breite und vielfältige Palette von Nachrichten zu liefern. Sobald Google eine Website entdecke, bei der es sich um eine Nachrichtenseite handeln könnte, bewerte Google algorithmisch, ob die Website als Nachrichtenpublikation eingestuft werden könne und ob sie die Qualitätsstandards erfülle, um in Google News zu erscheinen. Diese Bewertung der Website

<https://toggenburg24.ch/> sei noch im Gange und habe bisher nicht dazu geführt, dass diese Website für die Aufnahme in den Google News-Korpus qualifiziert worden sei.⁵⁴

54. Entgegen der Behauptung des Anzeigers, stelle die fehlende Aufnahme von <https://toggenburg24.ch/> in den Google News-Korpus keineswegs ein diskriminierendes Verhalten dar. Die von Google bei seiner Bewertung von Newsanbietern und -anbieterinnen angewandten Kriterien würden für alle potenziellen Nachrichtenseiten gleichermassen gelten. Keine Nachrichtenseite, die die Kriterien von Google erfülle, werde anders behandelt als andere Nachrichtenseiten, die die Kriterien von Google erfüllten. Umgekehrt werde keine Nachrichtenseite, die die Kriterien von Google nicht erfülle, anders behandelt als andere Nachrichtenseiten, die die Kriterien von Google nicht erfüllen würden.⁵⁵

55. Zu den Fragen des Sekretariats führt Google aus, die Nutzer und Nutzerinnen könnten bei der Suche nach «Toggenburg24» auf Google News (www.news.google.ch) auf die «Source Page» von Toggenburg24 zugreifen und ihr auch folgen. Die Google-News-Source Page von Toggenburg24 biete die aktuellsten Inhalte und präsentiere Links mit Schlagzeilen und Bildern zu zahlreichen auf toggenburg24.ch veröffentlichten Artikeln. Folge ein Nutzer oder eine Nutzerin Toggenburg24, werde ein Link zur Source Page im Reiter «Ich folge» des Nutzers oder der Nutzerin auf Google News angezeigt. Toggenburg24 habe mehrere Feed-Rubriken erstellt («Region», «Bütschwil-Ganterschwil» usw.), was bestätige, dass die technischen Probleme mit dem Toggenburg24-Feed behoben seien. Die Erstellung einer Google-News-Source Page sei jedoch keine Voraussetzung, um in den Ergebnissen der Google-News-Schlagzeilen-Tabs aufgeführt zu werden. Ebenso bedeute die Einrichtung einer Google News-Source Page nicht automatisch, dass Links zu den Websites der Verleger in den Ergebnissen der Google News-Schlagzeilen-Tabs erscheinen würden.⁵⁶

56. Neben der toggenburg24.ch-Source Page auf Google News würden die auf toggenburg24.ch publizierten Inhalte auch in den allgemeinen Suchergebnissen der Google-Suche (www.google.ch) erscheinen, wenn nach «toggenburg24» oder mit Suchanfragen gesucht werde, die sich auf toggenburg24.ch publizierte Artikel beziehen würden.⁵⁷

57. Google verwende Softwareprogramme (sogenannte «Crawler»), um Websites oder Teile davon zu identifizieren, die für die Indexierung relevant seien. Die von Google verwendeten automatisierten Systeme zielten darauf ab, so viele Herausgeber und Herausgeberinnen wie möglich in Google News aufzunehmen. Jedoch werde nicht jede Website, die Google entdecke, in Google

⁴⁹ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 1.2.1.

⁵⁰ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 5.1.

⁵¹ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 5.2.

⁵² Vgl. Auskunft 2, Ziff. 5.3.

⁵³ Vgl. Auskunft 2, Ziff. 5.4.

⁵⁴ Vgl. Auskunft 3, Rz 1 f.

⁵⁵ Vgl. Auskunft 3, Rz 3.

⁵⁶ Vgl. Auskunft 3, Rz 4 ff.

⁵⁷ Vgl. Auskunft 3, Rz 8.

News aufgenommen. Google News zeige nur Ergebnisse für Nachrichtenpublikationen an (d. h. von Websites, die kontinuierlich originäre Nachrichteninhalte produzieren), die die Qualitätsstandards (d. h. ein hohes Mass an Fachwissen, Autorität und Vertrauenswürdigkeit) erfüllen würden, um in Google News zu erscheinen. Dieser Bewertungsprozess werde automatisch auf der Grundlage von Algorithmen durchgeführt. [...] ⁵⁸

58. [...] Ohne einen zuverlässigen Bewertungsprozess wären die Nutzer und Nutzerinnen einer Flut von nicht nachrichtenbezogenen Inhalten und/oder Inhalten ausgesetzt, die nicht den Qualitätsstandards von Google News entsprächen. Dies würde das Vertrauen der Nutzer und Nutzerinnen in Google News schmälern, was sich nachteilig auf alle Beteiligten auswirken würde. ⁵⁹

59. Google habe die vom News-Algorithmus verarbeiteten Signale zu toggenburg24.ch analysiert. [...] Aus diesem Grund würden Links zu Inhalten, die auf toggenburg24.ch publiziert werden, derzeit nicht als Ergebnisse in den Schlagzeilen-Tabs von Google News erscheinen. [...] ⁶⁰

60. Die Systeme von Google führten den Bewertungsprozess für eine grosse Anzahl von Websites in der ganzen Welt durch und würden dies auch in Zukunft tun. [...] ⁶¹ Der Bewertungsprozess erfolge algorithmisch, wobei neue und aktualisierte Websites laufend bewertet und dann tranchenweise veröffentlicht würden. ⁶²

61. [...] ⁶³ portal24.ch sei keine Nachrichtenseite, sondern liste lediglich 17 verschiedene Seiten auf. Daher erscheine die Domain portal24.ch selbst nicht in Google News. Die einzelnen Seiten auf portal24.ch könnten in Google News erscheinen, wenn die Algorithmen den Bewertungsprozess abgeschlossen hätten und die jeweiligen Seiten die Qualitätsstandards von Google erfüllen würden. Dies sei z. B. bei wil24.ch der Fall. ⁶⁴

62. Das Ranking in Google News werde algorithmisch auf der Grundlage einer Reihe von Faktoren bestimmt, darunter Relevanz des Inhalts, Prominenz, Autorität, Aktualität, Standort und Sprache. Das Ranking im Feed «Für Sie» auf Google News werde auch durch die Faktoren Interessen, Benutzer- und Benutzerinnenfreundlichkeit und Nutzer- und Nutzerinnenpräferenzen für Themen oder Herausgeber und Herausgeberinnen bestimmt. Diese Faktoren würden anhand der Algorithmen von Google berechnet und gewichtet. Kein einzelner Faktor sei ausschlaggebend. ⁶⁵

63. Die Anforderungen für die Aufnahme einer bestimmten Website in die Ergebnisse der Google News-Schlagzeilen-Tabs und des «News»-Tabs in der Google-Suche seien dieselben. Obwohl beide Ergebnisse im Tab «Nachrichten» der Google-Suche und auf Google News erscheinen würden, seien sie nicht unbedingt identisch. In der Google-Suche müsse ein Nutzer und Nutzerinnen zunächst eine Suchanfrage eingeben, um Ergebnisse zu erhalten, die als Antwort auf die Anfrage angezeigt würden. Bei Google News würden dem Nutzer und der Nutzerin die Ergebnisse auf der Zielseite angezeigt, wie z. B. der Feed «Für Sie», der Nachrichten zu den Interessen des Nutzers und der Nutzerin enthalte, und er könne Suchanfragen eingeben oder sich auf

thematische Tabs wie «Sport» oder «Unterhaltung» beschränken. ⁶⁶

64. Google weist darauf hin, dass im Unterschied zur allgemeinen Google Suche, Google News komplett werbefrei sei. ⁶⁷

65. Hinsichtlich des Sachverhaltes bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Angaben von Toggenburg24 und Google unzutreffend wären. Auch wenn keine zusätzlichen Abklärungen erfolgten, wurden insbesondere die Ausführungen von Google bezüglich Bewertungsprozess und nicht erfüllte Mindeststandards durch Toggenburg24 (vgl. Rz 59) auf ihre Plausibilität hin überprüft.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

66. Das Kartellgesetz (KG) ⁶⁸ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

67. Die vorliegend relevante Google LLC ist eine vollständig kontrollierte Konzerngesellschaft des Google-Konzerns mit Alphabet Inc. als Konzernmuttergesellschaft (vgl. Rz 15). Damit erfüllt der Google-Konzern (nachfolgend: Google) als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

68. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

69. Ob vorliegend Google Marktmacht ausübt, ist Gegenstand der materiellen Prüfung. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, fällt das vorliegend in Frage stehende Verhalten grundsätzlich unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

70. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Auf Ausführungen zum örtlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

⁵⁸ Vgl. Auskunft 3, Rz 9 f.

⁵⁹ Vgl. Auskunft 3, Rz 11.

⁶⁰ Vgl. Auskunft 3, Rz 12.

⁶¹ Vgl. Auskunft 3, Rz 16.

⁶² Vgl. Auskunft 3, Rz 17.

⁶³ Vgl. Auskunft 3, Rz 18.

⁶⁴ Vgl. Auskunft 3, Rz 19.

⁶⁵ Vgl. Auskunft 3, Rz 20.

⁶⁶ Vgl. Auskunft 3, Rz 21 f.

⁶⁷ Vgl. Auskunft 3, Rz 12.

⁶⁸ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

C.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

71. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.⁶⁹

C.2.1 Marktbeherrschende Stellung

72. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Google wird sich von anderen Marktteilnehmenden nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung gegebenenfalls eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann.

73. Der vorliegende Schlussbericht beschränkt sich grundsätzlich darauf, grundsätzliche Überlegungen zur Marktabgrenzung aufzuzeigen. Dies nachdem sich zeigen wird, dass keine Anhaltspunkte auf eine unzulässige Verhaltensweise bestehen (vgl. Abschnitt C.2.2).

74. Zur Frage der Marktstellung von Google News kann immerhin erwähnt werden, dass Google selber nur msn.com und yahoo.com als Konkurrenz für Nachrichten-Aggregatoren bzw. News-Crawler-Plattformen angibt. Auch wenn andere Nachrichten-Aggregatoren als Google nicht ausgeschlossen werden können, so ist im Rahmen der summarischen Prüfung von einer nicht zu unterschätzenden Marktposition von Google News auszugehen.

C.2.1.1 Marktabgrenzung

75. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷⁰

C.2.1.1.1 Marktgegenseite

76. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung (sachlich, örtlich, zeitlich) kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an.⁷¹

77. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung bildet die Anzeige. Dieser zufolge stehen sich der Anzeiger und Google gegenüber, wobei der Anzeiger die Aufnahme seiner Webseite auf die Plattform Google News von Google nachfragt. Die nachgefragte Dienstleistung ist damit zunächst der Zugang zur Plattform Google News. Dieser Zugang wird prima facie vom Anzeiger sowie anderen Medienunternehmen nachgefragt.

78. Für die vorliegende Beurteilung sind daher in einem ersten Schritt Medienunternehmen als relevante Marktgegenseite zu qualifizieren.

C.2.1.1.2 Relevanter Markt

79. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁷²

80. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁷³

81. Massgebend ist also, ob im konkreten Einzelfall aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷⁴ Dies hängt davon ab, ob sie von den Betroffenen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷⁵ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.⁷⁶ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁷

82. Im vorliegenden Fall fragt die Marktgegenseite der Medienunternehmen (vgl. Rz 76 ff.) eine Aufnahme ihrer Nachrichtenartikel bzw. News-Sites unter Google News nach. Oder in anderen Worten, Gegenstand vorliegender Vorabklärung ist die Darstellung oder Auflistung einer News-Sites bzw. einer Kurzvorschau ihrer Online-Artikel unter Google News durch Google (vgl. Rz 77 f.). Für die Auflistung von News-Sites und ihrer Online-Artikel durchsucht der News-Algorithmus von Google

⁶⁹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe*.

⁷⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4); BGE 139 I 72, 92 E. 9.1, *Publigroupe*.

⁷¹ Vgl. BGE 139 I 72, 92 E. 9.2, *Publigroupe*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

⁷² Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*.

⁷³ Vgl. BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1, *Publigroupe*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 9.2, *Gaba*; BVGer, B-76333/2009 vom 14.9.2015, E. 302, *ADSL II*.

⁷⁴ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGer, 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷⁵ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

⁷⁶ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 9, *Gaba*; BVGer, B-76333/2009 vom 14.9.2015, E. 270, *ADSL II*.

⁷⁷ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 5 N 64.

das Internet und prüft Internetseiten, ob diese als News-Site anzusehen sind. Beurteilt der News-Algorithmus von Google eine Internetseite als News-Site, dann erfolgt eine Indexierung als solche. Von als News-Site indexierten Internetseiten listet Google News dann die Online-Artikel auf (vgl. Rz 57).

83. Aufgrund dieser Ausführungen ist Google mit Google News im Bereich der Nachrichtensuchmaschinen oder Nachrichten-Aggregatoren («news aggregator») tätig. Es handelt sich im Allgemeinen um Online-Verbreitung, Hosting, Aggregation und Kuratieren von Nachrichteninhalten (vgl. Rz 29). Als mögliche Substitute zu Google News kämen für die Medienunternehmen grundsätzlich andere News-Crawler-Plattformen in Frage. Beispielsweise wären dies msn.com und yahoo.com. Letztlich können die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sowie die Marktstellung von Google News allerdings offengelassen werden, weil wie nachfolgend gezeigt, keine Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten bestehen.

C.2.2 Unzulässige Verhaltensweisen

84. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

85. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht *per se* eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.⁷⁸

86. Als etwaige unzulässige Verhaltensweisen stehen die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) im Vordergrund (vgl. Rz 3).

C.2.2.1 Etwaige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

87. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen: Es ist grundsätzlich frei in der Wahl seiner Geschäftspartner, denn eine beherrschende Stellung schafft keinen generellen Kontrahierungszwang. Im Einzelfall kann die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen aber missbräuchlich sein, namentlich wenn sie darauf abzielt, Konkurrenten vom Markt zu drängen oder ihnen den Marktzugang zu versperren. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG setzt folgende, kumulativ erfüllte Tatbestandselemente voraus:⁷⁹

- a) Marktbeherrschung;
- b) Weigerung Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;
- c) Eignung zur Wettbewerbsbehinderung;
- d) Keine Begründung durch legitime Geschäftsgründe.

88. Gemäss Anzeige verweigert Google die Auflistung von Nachrichtenartikeln von Toggenburg24 in Google News (vgl. Rz 2). Es ist unbestritten, dass Nachrichtenartikel von Toggenburg24 bis heute nicht in Google News erscheinen. Damit kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das Element der Verweigerung gegeben sein dürfte.⁸⁰

89. Dann muss die potenziell missbräuchliche Verhaltensweise geeignet sein, den Wettbewerb zu behindern. In Bezug auf die Frage der Wettbewerbsbehinderung sind mit Art. 7 Abs. 2 Bst a KG in erster Linie Verhaltensweisen gemeint, die bezwecken, (potenzielle) Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.⁸¹ Namentlich kann eine Verweigerung missbräuchlich sein, wenn sie auf eine Verdrängung von Konkurrenten vom Markt oder gegenüber Konkurrenten auf eine Versperrung des Marktzugangs abzielt (vgl. Rz 87). Aufgrund der vorliegenden Informationen scheinen im vorliegenden Fall Google News und Toggenburg24 keine Konkurrenten auf dem allenfalls beherrschten oder einem zu diesem vor- oder nachgelagerten Markt darzustellen.⁸² In dieser Hinsicht scheint kein Behinderungsmissbrauch gegenüber Konkurrenz zu bestehen. Damit ist das Tatbestandselement der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung zumindest nicht offenkundig gegeben. Die Frage einer etwaigen Wettbewerbsbehinderung zwischen Toggenburg24 und anderen News-Sites wird im vorliegenden Fall unter dem Aspekt der Diskriminierung geprüft. Ob diese Frage unter dem Aspekt der Verweigerung oder der Diskriminierung zu prüfen ist, kann hier offengelassen werden, weil in beiden Fällen legitime Geschäftsgründe ersichtlich sind.

90. Es sind denn auch keine Umstände erkennbar, inwiefern das Verhalten von Google gegenüber Toggenburg24 zu einer Stärkung von Marktmacht auf Kosten eines Konkurrenten oder einer Ausdehnung auf einen benachbarten Markt führen sollte.

91. Weiter erweist sich eine Verhaltensweise erst dann als unzulässig, wenn die Verweigerung missbräuchlich ist, also weder objektiv gerechtfertigt noch auf Effizienzgründe gestützt ist.⁸³ Mit anderen Worten liegt keine unzulässige Verhaltensweise vor, wenn die Verweigerung aus legitimen Gründen erfolgt.

⁷⁸ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.1.1, *Sport im Pay-TV*; RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktebündel „Talk & Surf“*.

⁷⁹ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.2.1, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 775 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁸⁰ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.2.1.1, *Sport im Pay-TV*.

⁸¹ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 77), Art. 7 N 194.

⁸² Vgl. Auskunft 2, Rz I.

⁸³ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.2.1.1, *Sport im Pay-TV*.

92. Als legitime Gründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kommen zunächst allgemeine kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners oder der Vertragspartnerin) in Betracht. Andere sachliche Gründe sind veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten sowie technische Gründe. Aus Effizienzgründen ist eine Rechtfertigung von Geschäftsverweigerungen vor allem gestützt auf investitions- oder innovationsschützenden Überlegungen möglich; andere mögliche Gründe sind ein besseres Preis-/Leistungsverhältnis oder ein grösseres Produktesortiment für die Endkonsumenten und -konsumentinnen. Keine «legitimate business reasons» können demgegenüber das Ansinnen des Marktbeherrschers darstellen, seine Marktanteile auf Kosten eines Konkurrenten oder einer Konkurrentin beizubehalten (bzw. sogar auszubauen) oder seine Marktmacht auf einen benachbarten Markt auszudehnen, indem entweder Wettbewerber und Wettbewerberinnen aus diesem Markt verdrängt werden oder der Markteintritt potenzieller Wettbewerber und Wettbewerberinnen verhindert wird.⁸⁴

93. Zu legitimen Geschäftsgründen macht Google geltend, Toggenburg24 erfülle die Mindestvoraussetzung nicht, um als News-Site erkannt zu werden (vgl. Rz 59). Insbesondere [...]. Ohne einen zuverlässigen Bewertungsprozess wären die Nutzer und Nutzerinnen einer Flut von nicht nachrichtenbezogenen Inhalten und/oder Inhalten ausgesetzt, die nicht den Qualitätsstandards von Google News entsprächen. Dies würde das Vertrauen der Nutzer und Nutzerinnen in Google News schmälern, was sich nachteilig auf alle Beteiligten auswirken würde.

94. Google News zeige nur Ergebnisse für Nachrichtenpublikationen an (d. h. von Webseiten, die kontinuierlich originäre Nachrichteninhalte produzierten), die die Qualitätsstandards (d. h. ein hohes Mass an Fachwissen, Autorität und Vertrauenswürdigkeit) erfüllen würden, um in Google News zu erscheinen (vgl. Rz 57).

95. Für Toggenburg24 habe Google die vom News-Algorithmus verarbeiteten Signale zu toggenburg24.ch analysiert. [...] Diese Analyse zeige, dass Links zu Inhalten, die auf toggenburg24.ch publiziert werden, derzeit nicht als Ergebnisse in den Schlagzeilen-Tabs von Google News erscheinen würden. [...]

96. Diese Ausführungen zeigen, dass eine News-Site mit ihren Nachrichtenartikeln einen gewissen Mindeststandard erfüllen muss. Die Setzung eines Mindeststandards erscheint nachvollziehbar, sofern dieser nicht unangemessen ist. Dazu ist festzustellen, dass Nachrichtenartikel von ungefähr 60 % der Portale aus dem Portal24-Verbund auf Google News erscheinen (vgl. Rz 38 f.). Als konkretes Beispiel nennt Google wil24.ch (vgl. Rz 61). Für News-Sites aus dem Portal24-Verbund ist es folglich möglich, bei Google indexiert zu werden, damit ihre Nachrichtenartikel in Google News erscheinen. Damit lassen sich prima facie keine Anhaltspunkte für unangemessen hohe Mindeststandards erkennen.

97. Insgesamt liegen damit nachvollziehbare Gründe für die Nichtlistung von Toggenburg24 auf Google News vor. Es bestehen im Rahmen der vorliegenden summa-

rischen Analyse im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG ungeachtet der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen (insb. der Frage der Marktbeherrschung und der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung) keine Anhaltspunkte auf eine missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen von Google gegenüber Toggenburg24, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigen würden.

C.2.2.2 Etwaige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

98. Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:⁸⁵

- a) Marktbeherrschung;
- b) Diskriminierung von Handelspartnern;
- c) Eignung zur Wettbewerbsbehinderung;
- d) Keine Begründung durch legitime Geschäftsgründe.

99. Gemäss Anzeige seien unter Google News keine Artikel von Toggenburg24 zu finden. Im Gegensatz dazu würden praktisch alle Artikel der Mitbewerber und Mitbewerberinnen auf Google News angezeigt. Dies sei eine Diskriminierung gegenüber der direkten Konkurrenz. Durch diese Nichtlistung bei Google News entstehe Toggenburg24 ein direkter Nachteil gegenüber der Konkurrenz (vgl. Rz 2). Es ist unbestritten, dass Nachrichtenartikel von Toggenburg24 bis heute nicht in Google News erscheinen.

100. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.⁸⁶ Im vorliegenden Fall fragt Toggenburg24 bei Google die Aufnahme seiner Webseite auf die Plattform Google News nach (vgl. Rz 77). Deshalb ist zum Zwecke der vorliegenden Analyse prima facie davon auszugehen, dass Toggenburg24 als Handelspartner von Google zu qualifizieren ist.

101. Diskriminierung bedeutet zunächst eine sachwidrige Benachteiligung des Handelspartners eines beherrschenden Unternehmens, ohne dass ihm adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird dessen Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt.⁸⁷ Diskriminierung bedeutet Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder auch Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Diskriminierungsgegenstand sind Preis- oder Geschäftsbedingungen; dabei ist der Begriff «sonstige Geschäftsbedingungen» weit zu verstehen.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.2.1.5, *Sport im Pay-TV*.

⁸⁵ Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, E. 9.3.1, *Sport im Pay-TV*.

⁸⁶ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 10.2.2, *Publigroupe*.

⁸⁷ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 10.2.2, *Publigroupe*.

⁸⁸ Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 10.2.3, *Publigroupe*.

102. In Bezug auf die Ungleichbehandlung ist nicht vorausgesetzt, dass die miteinander verglichenen Sachverhalte identisch sind, vielmehr genügen äquivalente Sachverhalte.⁸⁹

103. Die Anzeige erblickt eine Ungleichbehandlung im Umstand, dass konkurrierende News-Sites im Gegensatz zu toggenburg24.ch nicht auf Google News gelistet sind. Tatsächlich ist allerdings unbestritten, dass etwa wil24.ch sowie weitere News-Sites des Portal24-Verbundes auf Google News gelistet sind. Gemäss Google erfülle wil24.ch im Gegensatz zu toggenburg24.ch die Mindestvoraussetzungen von Google News (vgl. Rz 59). Die von Google bei seiner Bewertung von Newsanbietern angewandten Kriterien würden für alle potenziellen Nachrichtenseiten gleichermaßen gelten. Keine Nachrichtenseite, die die Kriterien von Google erfülle, werde anders behandelt als andere Nachrichtenseiten, die die Kriterien von Google erfüllten. Umgekehrt werde keine Nachrichtenseite, die die Kriterien von Google nicht erfülle, anders behandelt als andere Nachrichtenseiten, die die Kriterien von Google nicht erfüllen würden (vgl. Rz 54).

104. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob toggenburg24.ch und wil24.ch sowie die weiteren Portal24-News-Sites mit Indexierung für Google News als gleichartige Sachverhalte angesehen werden können. Wie zuvor ausgeführt, ist es grundsätzlich als legitim zu bezeichnen, wenn Google gewisse Mindeststandards für die Listung auf Google News voraussetzt (vgl. Rz 96). Soweit vorliegend überhaupt von einer Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung gesprochen werden könnte, wären für diese prima facie legitime Geschäftsgründe ersichtlich.

105. Damit bestehen im Rahmen der vorliegenden summarischen Analyse im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG ungeachtet der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen (insb. der Frage der Marktbeherrschung und der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung) keine Anhaltspunkte auf eine missbräuchliche Diskriminierung von Toggenburg24 durch Google welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigen würden.

C.2.2.3 Fazit unzulässige Verhaltensweise

106. Ungeachtet der Frage der marktbeherrschenden Stellung von Google auf einem allenfalls im Bereich der Nachrichtensuchmaschinen abzugrenzenden Markt bestehen keine Anhaltspunkte, dass sich Google gegenüber Toggenburg24 missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder b KG verhalten hätte. Es ist grundsätzlich als legitimer Geschäftsgrund anzusehen, wenn Google gewisse Mindestanforderungen an News-Sites für die Listung auf Google News voraussetzt.

C.3 Kosten

107. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 26 KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁹⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip ergänzt und durchbrochen. Das kommt in Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung haben Beteilig-

te, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.⁹¹

108. Vorliegend kann Google nicht als unterliegend bezeichnet werden. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine Vorabklärung hätte vermieden werden können, wenn Google die später im Rahmen der Auskunft 3 gemachten Angaben bereits im Rahmen der Marktbeobachtung geliefert hätte, Jedoch kann dieses Verhalten gerade noch nicht als trölerisch qualifiziert werden. Es ist daher trotz des unnötig verursachten Verfahrensaufwandes auf eine Kostenauflegung zu verzichten.

D Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

⁸⁹ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 77), Art. 7 N 295.

⁹⁰ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁹¹ Vgl. RPW 2021/1, 130 Rz 248, *Dauer-ARGE Graubünden*.

B 1.1	3. Assortiments	
--------------	------------------------	--

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6. Dezember 2022 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Assortiments wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

Inhaltsverzeichnis

A	Gegenstand der Vorabklärung	618			
B	Sachverhalt	618			
B.1	Vorgeschichte	618			
B.1.1	Vorabklärung i.S. Assortiments 2002–2005	618			
B.1.2	Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013	618			
B.1.3	Anzeigen von Ende 2013/Anfang 2014	619			
B.1.4	Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020	620			
B.2	Eröffnung und Durchführung einer Vorabklärung	620			
B.3	Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung	621			
B.3.1	Adressatin der Vorabklärung	621			
B.3.2	Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox in der Uhrenindustrie	621			
B.3.2.1	Tätigkeit von Nivarox	621			
B.3.2.2	Produktion und Verkauf von Assortiments	622			
B.3.2.3	Kundschaft von Nivarox	623			
B.3.2.4	Angaben zu Umsätzen von Nivarox	625			
B.3.2.5	Produktionsmengen	625			
B.3.2.6	Alternative Herstellerinnen von Assortiments (Konkurrenzsituation)	626			
B.3.3	Umsetzung der Absichtserklärung	628			
B.3.3.1	Maximalen Liefermengen pro Drittkundin	629			
B.3.3.1.1.	Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin	629			
B.3.3.1.2.	Anwendung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin	629			
B.3.3.2	(Keine) Lieferung anderer Produkte	630			
B.3.3.3	(Keine) Aufnahme neuer Drittkundinnen	630			
B.3.3.4	(Verzögerte) Lieferung von Assortiments für das [...] -Uhrwerk [...]	631			
B.3.3.5	Verteilung der freigewordenen Menge 2020	631			
B.3.3.6	Preiserhöhungen	632			
B.3.3.7	Bestellmodalitäten	632			
B.3.4	Auswirkungen der Absichtserklärung und ihrer Umsetzung	632			
B.3.5	Zwischenergebnis zum Sachverhalt	634			
C	Erwägungen	635			
C.1	Geltungsbereich	635			
C.2	Keine vorbehaltenen Vorschriften	635			
C.3	Kein Vertrauensschutz	635			
C.4	Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden oder relativ marktbeherrschenden Unternehmens	636			
C.4.1	Marktbeherrschende Stellung	636			
C.4.1.1	Relevanter Markt	636			
C.4.1.1.1.	Marktgegenseite	637			
C.4.1.1.2.	Sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt	637			
C.4.1.1.3.	Zwischenfazit zum relevanten Markt	638			
C.4.1.2	Marktstellung	638			
C.4.1.2.1.	Indizienwirkung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung	639			
C.4.1.2.2.	Aktueller Wettbewerb	639			
C.4.1.2.3.	Potentieller Wettbewerb	640			
C.4.1.2.4.	Nachfragemacht der Marktgegenseite	640			
C.4.1.2.5.	Zwischenfazit	641			
C.4.2	Unzulässige Verhaltensweisen	641			
C.4.2.1	Allgemeines	641			
C.4.2.2	Im Fokus stehende Verhaltensweisen	642			
C.4.2.3	Einschränkung des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)	642			
C.4.2.3.1.	Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung	642			
C.4.2.3.2.	Wettbewerbsbehinderung	643			
C.4.2.3.3.	Sachliche Gründe	644			
C.4.2.3.4.	Zwischenfazit	646			
C.4.2.4	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)	646			
C.4.2.4.1.	Geschäftsverweigerung	647			
C.4.2.4.2.	Von der Verweigerung betroffener Input	647			
C.4.2.4.3.	Zwischenfazit	648			

C.4.2.5	Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)	648
C.4.2.5.1.	Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen	648
C.4.2.5.2.	Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen	648
C.4.2.5.3.	Zwischenfazit	649
C.4.2.6	Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)	649
C.4.2.6.1.	Ungleichbehandlung	650
C.4.2.6.2.	Handelspartner	650
C.4.2.6.3.	Wettbewerbsbehinderung	651
C.4.2.6.4.	Sachliche Gründe	651
C.4.2.6.5.	Zwischenfazit	652
C.4.3	Ergebnis	652
D	Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG	653
E	Kosten	653
F	Schlussfolgerungen	653

A Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand dieser Vorabklärung bildet die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die seit Ende 2013 etablierte Belieferungs- und Preissetzungspraxis der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox), eine Tochtergesellschaft der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group), als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG¹ zu qualifizieren ist. Im Fokus stehen dabei die mutmassliche systematische Deckelung bzw. Beschränkung der Liefermengen und der Auswahl der beziehbaren Produkte für konzernexterne Kundinnen und Kunden (nachfolgend auch: Drittkundinnen) sowie allfällige missbräuchliche Preiserhöhungen durch Nivarox seit 2014 (vgl. auch unten Rz 21).

B Sachverhalt

B.1 Vorgeschichte

B.1.1 Vorabklärung i.S. Assortiments 2002–2005

2. Im Jahr 2002 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) gegen Nivarox eine Vorabklärung.² Gegenstand dieser Vorabklärung war die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox die Lieferung von Assortiments an die Lieferung von sog. Ebauches durch die Swatch Group-Tochtergesellschaft ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) gekoppelt sowie Auslieferungen unzulässig verzögert und hierdurch eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.³

3. Das Sekretariat kam in dieser Vorabklärung zum Ergebnis, dass zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox bestanden.⁴ Indes lagen keine Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten von

Nivarox vor. Zwar hatten vereinzelt Koppelungen stattgefunden.⁵ Allerdings war nicht ersichtlich, dass es solche ab 2004 noch gegeben hat.⁶ Auch lagen sachliche Gründe für einzelne Lieferverzögerungen vor und ab dem Jahr 2003 waren überhaupt keine vergleichbaren Lieferverzögerungen mehr zu beanstanden.⁷ Das Sekretariat stellte die Vorabklärung daher im Jahr 2005 ein.

B.1.2 Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013

4. Ende des Jahres 2009 informierte Swatch Group über ihre Absicht, konzernexterne Kundinnen und Kunden künftig nicht mehr mit Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerken der Swatch Group-Tochtergesellschaft ETA sowie Assortiments von Nivarox zu beliefern.⁸ Konkret plante Swatch Group ursprünglich, die Belieferung von konzernexternen Kundinnen und Kunden mit ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenige mit Nivarox-Produkten bis Ende des Jahres 2014 einzustellen.⁹

5. Das Sekretariat eröffnete daher im Juni 2011 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Untersuchung «Swatch Group Lieferstopp». Als Ergebnis dieser Untersuchung stellte die WEKO in ihrem Entscheid vom 21. Oktober 2013 fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke und Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments marktbeherrschend sind im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.¹⁰ Die WEKO ging mit Blick auf die marktbeherrschenden Stellungen der beiden Swatch Group-Gesellschaften davon aus, dass die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken bis Ende 2012 und diejenige von Assortiments bis Ende 2014 als missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG zu qualifizieren seien. Für die WEKO stand fest, dass der ursprünglich von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertighuhren stark behindere, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen seien.¹¹

6. Im Entscheid vom 21. Oktober 2013 hielt die WEKO jedoch auch fest, dass mittel- bis langfristig aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werde und weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Uhrwerke tätig sein würden. Bis dahin sei

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. RPW 2006/1, 51 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

³ Vgl. RPW 2006/1, 51 f. Rz 1 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁴ Vgl. RPW 2006/1, 53 ff. Rz 25 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵ Vgl. RPW 2006/1, 56 Rz 64, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁶ Vgl. RPW 2006/1, 56 Rz 64, 57 Rz 69, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁷ Vgl. RPW 2006/1, 56 f. Rz 65 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁸ RPW 2014/1, 216 f. Rz 9 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁹ RPW 2014/1, 216 Rz 5, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁰ Vgl. RPW 2014/1, 252 Rz 281, 285 Dispositiv-Ziff. 1 und 2, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹ Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke an Drittkundinnen liefere.¹² Vor diesem Hintergrund genehmigte die WEKO mit dem Entscheid vom 21. Oktober 2013 eine zwischen dem Sekretariat und Swatch Group zuvor geschlossene einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR), welche eine Lieferverpflichtung für ETA betreffend mechanische Uhrwerke gegenüber ihren bisherigen konzernexternen Kundinnen und Kunden vorsah (für den Zeitraum 2014–2019), wobei die Lieferungen im Geltungszeitraum gleichzeitig schrittweise reduziert werden mussten («Phasing out»). Ab Januar 2020 sollte keine Lieferpflicht und keine Lieferbeschränkung der ETA mehr bestehen.

7. Einer schrittweisen Reduktion der Belieferung von konzernexternen Kundinnen und Kunden mit Nivarox-Assortiments, wie sie Gegenstand der ersten zwischen Swatch Group und dem Sekretariat geschlossenen evR gewesen war,¹³ erteilte die WEKO hingegen eine Absage.¹⁴ Denn durch ein derartiges «Phasing-Out» im Bereich Assortiments hätte die marktbeherrschende Nivarox den Wettbewerb auf dem Markt für Fertiguhrer zugunsten der Uhrenmarken von Swatch Group stark behindert und auf dem Markt für mechanische in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke zugunsten der ETA weitgehend beseitigt.¹⁵ Die WEKO hielt daher in Bezug auf Nivarox fest, dass hier der status quo ante gelte, wonach die marktbeherrschende Nivarox weiterhin ihre Kundinnen und Kunden im Rahmen ihrer Kapazitäten beliefern müsse.¹⁶

8. Kurz vor dem Erlass des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 hatte Swatch Group eine Absichtserklärung betreffend die Lieferungen von Assortiments und die Beurteilung eines Phasing-Outs ab Anfang 2019 eingereicht (nachfolgend: Absichtserklärung).¹⁷ Der Wortlaut dieser Absichtserklärung lautete wie folgt:

Die Swatch Group ist bereit, die bisherigen Kunden der Nivarox-Far S.A. («Nivarox») ausserhalb der Swatch Group während einer Periode von 5 (fünf) Jahren, d.h. bis Ende 2018 weiterhin mit Assortiments für deren eigene Bedürfnisse zu beliefern.

Die Lieferverpflichtung bezieht sich auf diejenigen Produkte, welche die Kunden von Nivarox bisher bezogen haben. Die jährliche Liefermenge entspricht maximal dem Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 gelieferten Mengen.

Die Belieferung erfolgt unter der Bedingung, dass feste Bestellungen für jedes Jahr bis spätestens 12 Monate im Voraus, d.h. für 2015 bis zum 31.12.2013 platziert worden sind. Für 2014 sind die Bestellungen unmittelbar nach dem Entscheid der WEKO zu platzieren.

Als weitere Bedingung soll jeweils mit der festen Bestellung eine unverbindliche Vorschau auf das Folgejahr abgegeben werden, um Nivarox die Planung zu erleichtern.

Die Lieferzusage auf 5 Jahre und die damit verbundene Aufrechterhaltung von Kapazitäten für eine bestimmte Technologie bedeutet für Nivarox unternehmerische Risiken und Kosten. Dieser Situation sowie der Erhöhung der Kosten der letzten vier Jahre, wel-

che nicht ausgeglichen worden ist (Personalkosten, Materialkosten, Energie, etc.), wird mit einer Erhöhung der Preise um 15 % für 2014 Rechnung getragen. Weitere Erhöhungen der Preise werden künftigen zusätzlichen Kosten vorbehalten.

Swatch Group beabsichtigt Mitte 2016 mit der WEKO Verhandlungen betreffend einen stufenweisen Abbau der Lieferungen der Nivarox aufzunehmen, mit dem Ziel, bis Mitte 2018 eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission diesbezüglich abzuschliessen.

9. Zu dieser Absichtserklärung hielt die WEKO im Entscheid vom 21. Oktober 2013 fest, dass es sich um eine einseitige Erklärung von Swatch Group handle, welche lediglich zur Kenntnis genommen werde.¹⁸ Weder die WEKO noch das Sekretariat hätten die Absichtserklärung inhaltlich auf ihre Wettbewerbskonformität hin geprüft oder diese (direkt oder indirekt) gutgeheissen. Die Wettbewerbsbehörden würden somit frei bleiben und sich explizit vorbehalten, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen. Bezogen auf die von Swatch Group erwähnten künftigen Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments stehe es Swatch Group jederzeit frei, mit dem Sekretariat Kontakt aufzunehmen, wenn es die Marktverhältnisse nahelegen würden. Dies könne etwa je nach Ergebnis des damals hängigen Patentrechtsstreits über die Verwendung von Silizium-Spiralen als wichtigen Bestandteil von Assortiments der Fall sein.¹⁹

10. Gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Bis zum 6. Dezember 2022 kontaktierte Swatch Group die Wettbewerbsbehörden nicht betreffend ein Phasing-Out für Assortiments und beantragte auch nicht die Wiedererwägung bzw. Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox.

B.1.3 Anzeigen von Ende 2013/Anfang 2014

11. Mit Schreiben vom 5. November 2013 teilte Nivarox ihren bisherigen Kundinnen und Kunden mit Blick auf die Absichtserklärung mit, dass Nivarox bereit sei, ihren Kunden im Zeitraum 2014–2018 die bisher gelieferten Produkte zu liefern, die maximale jährliche individuelle Liefermenge dem Durchschnitt der an das betreffende

¹² Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹³ RPW 2014/1, 266 ff. Rz 402 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁴ Vgl. RPW 2014/1, 259 ff. Rz 340 ff., 280 Rz 476 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁵ Vgl. nur RPW 2014/1, 263 Rz 373, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁶ RPW 2014/1, 283 Rz 484, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁷ RPW 2014/1, 283 Rz 485, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden: RPW 2014/1, 283 Rz 488 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹ Vgl. zum Patentrechtsstreit: RPW 2014/1, 244 Rz 238 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

Unternehmen im Zeitraum 2009–2011 gelieferten Mengen entspreche, die Bestellung mindestens zwölf Monate im Voraus platziert werden müsse und für das darauffolgende Jahr ein unverbindlicher Plan der Bestellung eingereicht werden müsse. Gleichzeitig informierte Nivarox über eine Preiserhöhung in Höhe von 15 % auf den 1. Januar 2014.²⁰

12. Diese Nivarox-Mitteilung zeigten die Manufacture La Joux-Perret SA (nachfolgend: LJP) sowie die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) Ende 2013 bzw. Anfang 2014 bei den Wettbewerbsbehörden an.²¹ Die beiden Unternehmen führten dazu aus, die Begrenzung der individuellen Liefermengen und der bei Nivarox beziehbaren Produkte auf solche Assortiments, welche im Zeitraum 2009–2011 bezogen worden waren, die Zusage der Belieferung einzig bis 2018 sowie die angekündigte Preiserhöhung würden gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 verstossen.

13. Die Wettbewerbsbehörden prüften die Vorbringen und die WEKO teilte Anfang 2014 mit, dass betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung einstweilen kein (Sanktions-)Verfahren eröffnet werde und allfällige Ansprüche gegen Nivarox gemäss Art. 12 KG auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden könnten.²² Zur Begründung verwies die WEKO zum einen darauf, dass das Dispositiv des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 keine konkreten Verhaltenspflichten in Bezug auf die Belieferung von Drittkundinnen mit Nivarox-Assortiments vorsehe, gegen welche Swatch Group bzw. Nivarox durch das von Nivarox angekündigte Verhalten verstossen könnte. Zum anderen sei von Seiten der anzeigenden Unternehmen nicht hinreichend substantiiert worden, ob und inwiefern die von Nivarox angekündigte Umsetzung der Absichtserklärung zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen führen könne.

14. Swatch Group und Nivarox wurden über die vorgenannten Anzeigen und die Stellungnahme der WEKO nicht informiert.

B.1.4 Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020

15. Gestützt auf Anhaltspunkte, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken bedienen zu können, eröffnete das Sekretariat am 13. November 2018 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO das Wiedererwägungsverfahren. «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung». Im Rahmen dieses Verfahrens wurde geprüft, ob die gemäss der WEKO-Verfügung vom 21. Oktober 2013 bestehende Lieferpflicht und Beschränkung der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen können.²³

16. Obwohl Gegenstand des Wiedererwägungsverfahrens das Verhalten von ETA war, erhob Sellita in diesem Verfahren auch Vorwürfe gegen Swatch Group bzw. Nivarox betreffend den Bereich Assortiments.²⁴ Namentlich zeigte sie an, dass die angeblich marktbeherrschende Nivarox seit 2014 Anfragen von Sellita auf Lieferung von mehr Assortiments als es dem Durchschnitt der in

den Jahren 2009–2011 an Sellita gelieferten Liefermengen entsprochen hätte sowie auf Lieferung von anderen als den im Zeitraum von 2009–2011 von Sellita bezogenen Assortiments wiederholt und systematisch nicht erfüllt habe, dass Nivarox ihre Preise wiederholt ungegerechtfertigt erhöht habe und dass Nivarox zudem einen schikanösen Bestellprozess etabliert habe.²⁵ Hierzu reichte sie verschiedene Dokumente ein.²⁶

17. Nach Ansicht des Sekretariats lagen die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox ausserhalb des Gegenstands des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», weshalb das Sekretariat der Sellita mitteilte, im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens nicht auf diese Vorwürfe eintreten zu wollen. Das Sekretariat erwäge jedoch, diesbezüglich ein gesondertes Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen.²⁷

18. Die WEKO entschied mit Verfügung vom 13. Juli 2020, dass die Lieferpflichten und -Beschränkungen der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen dürfen.²⁸ Auf die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox trat sie hingegen nicht ein, da diese auch nach Ansicht der WEKO ausserhalb des Gegenstandes des Wiedererwägungsverfahrens lagen.²⁹

19. Gegen den WEKO-Entscheid vom 13. Juli 2020 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Es ist derzeit unklar, ob Swatch Group bzw. ETA seit Anfang 2020 noch Drittkundinnen mit mechanischen ETA-Uhrwerken beliefert³⁰ oder ob ETA ihre Uhrwerke ausschliesslich konzernintern an die Uhrenmarken von Swatch Group absetzt.

B.2 Eröffnung und Durchführung einer Vorabklärung

20. Nach dem Abschluss des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» prüfte das Sekretariat sämtliche ihm vorliegende Vorwürfe gegen Nivarox und entschied, die vorliegende Vorabklärung zu eröffnen.

²⁰ Act. 27.1.

²¹ Act. 27.2, 27.3.

²² Act. 27.4, 27.5.

²³ RPW 2021/2, 311 Rz 13, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁴ Vgl. RPW 2021/3, 313 ff. Rz 26 ff., 321 f. 56 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵ Vgl. Act. 27.6–27.8.

²⁶ Siehe Nachweise in Fn 25.

²⁷ Vgl. RPW 2021/3, 316 Rz 30, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁸ RPW 2021/2, 306 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁹ RPW 2021/2, 321 f. Rz 56 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³⁰ Vgl. dazu etwa RPW 2021/2, 415 Rz 107, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen*.

21. Mittels der vorliegenden Vorabklärung sollte geprüft werden, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Swatch Group bzw. Nivarox durch ihre konkrete Belieferungs- und Preissetzungspraxis seit 2014 ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Assortiments gemäss Art. 7 KG missbraucht hat. Wie erläutert, stehen im Fokus der Vorabklärung die mutmassliche systematische Deckelung bzw. Beschränkung der Liefermengen und der Auswahl der beziehbaren Produkte für Drittkundinnen gemäss der Absichtserklärung von Ende 2013 (s.o. Rz 8) sowie allfällige missbräuchliche Preiserhöhungen durch Nivarox.³¹

22. Das Sekretariat informierte Swatch Group mit Schreiben vom 19. Mai 2021 über die Eröffnung der Vorabklärung und gab ihr Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen und das dem Schreiben beiliegende Auskunftsbegehren zu beantworten.³² Swatch Group reichte im September 2021 innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme und Antworten auf das Auskunftsbegehren ein.³³ Auf den Inhalt der Stellungnahme und die Antworten von Swatch Group wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

23. Mit Schreiben vom 30. Juli 2021 bat das Sekretariat auch Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken,³⁴ um Beantwortung eines Auskunftsbegehrens.³⁵ Sellita reichte im Oktober 2021 innert erstreckter Frist ihre Antworten auf das Auskunftsbegehren sowie eine ergänzende Stellungnahme ein.³⁶ Auf den Inhalt der Antworten von Sellita und der ergänzenden Stellungnahme wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

24. Das Sekretariat zog für die vorliegende Vorabklärung verschiedene Akten aus der Untersuchung «Swatch Group Lieferstopp» sowie dem Wiedererwägungsverfahren «Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» bei.³⁷ Auf den Inhalt dieser Akten wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

25. Am 6. Dezember 2022 entschied das Sekretariat, die Vorabklärung aus Verhältnismässigkeitsgründen und unter Anregung von Massnahmen zur Verhinderung von allfälligen künftigen Wettbewerbsbeschränkungen einzustellen. Dies begründet sich wie folgt.

B.3 Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung

26. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Erkenntnisse zum Sachverhalt. Diese gliedern sich wie folgt: Nachdem zunächst die Adressatin der Vorabklärung beschrieben wird (vgl. Rz 27 f.), wird nachfolgend auf die Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox für die Uhrenindustrie eingegangen (vgl. Rz 29 ff.). Anschliessend wird dargestellt, wie Nivarox die Absichtserklärung (vgl. oben Rz 8) seit 2014 umgesetzt hat (vgl. Rz 62 ff.).

B.3.1 Adressatin der Vorabklärung

27. Die Vorabklärung betrifft das Verhalten von Nivarox mit Sitz in Le Locle. Die Aktien von Nivarox gehören zu

[...] von Swatch Group gehalten werden.³⁸ Nivarox gehört damit zum Swatch Group-Konzern, welcher als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG Adressatin der Vorabklärung ist (vgl. unten Rz 108).

28. Swatch Group ist eine international tätige Gruppe (Holding) mit Gesellschaftssitz in Neuchâtel (administrativer Hauptsitz in Biel). Sie verfügt über zahlreiche Tochtergesellschaften und Beteiligungen in 35 Ländern und beschäftigt weltweit insgesamt etwas mehr als 31'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.³⁹ Der Swatch Group-Konzern ist im Verkauf von Fertiguhren, Schmuck, Uhrwerken und Komponenten tätig; die Unternehmen der Swatch Group fertigen nahezu sämtliche Bauteile, die von den 17 Uhrenmarken der Swatch Group⁴⁰ benötigt werden, selbst an. Tochtergesellschaften von Swatch Group beliefern zudem auch Dritthersteller von Uhren in der Schweiz und der ganzen Welt mit Uhrwerken und Komponenten.⁴¹ Der weltweite Gesamtumsatz des Swatch Group-Konzerns belief sich im Jahr 2021 auf rund CHF 7,3 Mrd.⁴²

B.3.2 Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox in der Uhrenindustrie

B.3.2.1 Tätigkeit von Nivarox

29. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht darin, an fünf Produktionsstandorten in der Schweiz alle Komponenten der drei Baumodule eines Assortiments – dies sind bestimmte Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks (zum Begriff des Assortiments vgl. Rz 31 ff.) – herzustellen. Nivarox verkauft diese Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks sodann an seine konzerninterne und konzernexterne Kundschaft aus der Uhrenindustrie (zu den Kundinnen und Kunden von Nivarox vgl. Rz 39 ff.).

30. Daneben produziert Nivarox für Unternehmen der Uhrenindustrie auch gewisse andere Halbfertig- und Fertigprodukte (z.B. Komponenten für Uhrengehäuse und Zifferblätter, Schwungmassen und Unruhbrücken, Federhäuser, Räderwerke und Drehteile). Darüber hinaus ist Nivarox im Bereich des Recyclings, der Veredelung und der Herstellung von Legierungen aus Edelmetall tätig.

³¹ Vgl. Act. 1.

³² Vgl. Act. 1.

³³ Act. 13.

³⁴ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³⁵ Act. 6.

³⁶ Act. 15 f.

³⁷ Act. 27.1–27.8.

³⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 1.

³⁹ Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 205 ff.; Halbjahresbericht 2022 der Swatch Group, S. 3.

⁴⁰ Es handelt sich dabei um die folgenden (von Swatch Group nach Preissegmenten unterteilten) Marken: Breguet, Harry Winston, Blancpain, Glashütte Original, Jaquet Droz, Léon Hatot, Omega (Prestige- und Luxussegment); Longines, Rado, Union Glashütte (Oberes Preissegment), Tissot, Balmain, Certina, Mido, Hamilton (Mittleres Preissegment) sowie Swatch und Flik Flak (Basissegment). Vgl. Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 4 sowie <<https://www.swatchgroup.com/de/marken-gesellschaften>> (6.12.2022).

⁴¹ Vgl. <https://www.swatchgroup.com/de/swatch-group-im-ueberblick> (6.12.2022).

⁴² Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 2.

B.3.2.2 Produktion und Verkauf von Assortiments

31. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht in der Produktion und im Verkauf von Assortiments bzw. Assortimentsbestandteilen (vgl. Rz 29 f.). Unter einem Assortiment versteht man in der Uhrenindustrie die Gesamtheit von bestimmten notwendigen Bauteilen eines mechanischen Uhrwerks, welche zusammen als Schwing- und Hemmsystem bzw. «Herzstück» für den gleichmässigen Takt einer mechanischen Uhr sorgen.⁴³

Ohne ein solches Schwing- und Hemmsystem kann eine mechanische Uhr nicht laufen.⁴⁴

32. Zu den Bauteilen eines Assortiments zählen die drei Baumodule Anker, Ankerrad und Unruh, welche wiederum aus verschiedenen Komponenten bestehen.⁴⁵ Die genaue Zusammensetzung eines Assortiments und die entsprechenden Bezeichnungen auf Deutsch und Französisch können der nachfolgenden Tabelle entnommen werden:

Bezeichnung deutsch		Bezeichnung französisch	
Assortiments		Assortiments	
Baumodul	Komponente	Module	Composant
Anker	Ankersteine	Ancre	Levées
	Ankerplatte		Planche d'ancre
	Sicherheitsstift		Dard
	Ankerwelle		Tige d'ancre
Ankerrad	Ankerrad	Roue d'ancre	Planche de roue
	Ankerradritzel		Pignon
Unruh	Spiralfeder	Balancier	Spiral
	Unruhreif		Serge de balancier
	Spiralrolle		Virole
	Unruhwelle		Axe de balancier
	Hebelscheibe		Plateau
	Hebelstein		Cheville de plateau

Tabelle/ 1: Baumodule und Komponenten eines Assortiments (Deutsch und Französisch)⁴⁶

33. Die aufgezählten Komponenten eines Assortiments werden in der Regel aus einer Speziallegierung bestehend aus Eisen, Nickel, Chrom, Titan und Beryllium mittels CNC-Verfahren (Stanzen, Drehen, Fräsen, Bohren etc.) hergestellt. Alternativ werden Assortimentskomponenten seit einigen Jahren auch im LiGA- oder Tiefätz-Verfahren (DRIE)⁴⁷ aus Silizium oder anderen Werkstoffen produziert. Silizium hat den Vorteil, dass es leicht, kaum von Magnetfeldern beeinflussbar und industriell einfach und präzise formbar ist. Assortiments aus Silizium müssen zudem nicht geschmiert werden und haben eine höhere Energieeffizienz als herkömmliche Assortiments. (Teil-)Assortiments aus Silizium sind qualitativ gute Substitute zu herkömmlichen Assortiments und werden immer mehr in mechanischen Uhren eingesetzt.⁴⁸

34. Sämtliche Assortimentskomponenten sind sehr klein und leicht: Die Grössen bewegen sich nach Angaben von Nivarox im Mikrometerbereich (tausendster Teil eines Millimeters). Nivarox produziere beispielsweise aus [...] Rohmaterial rund [...] Ankerwellen; bei Spiralen entstünden aus [...] Rohstoff rund [...] Spiralen.⁴⁹ Gleichzeitig müssen die Komponenten so exakt wie

möglich gefertigt werden und dies auch bei sehr hohen Stückzahlen⁵⁰. Denn schon kleinste Abweichungen im Gewicht oder in den Abmessungen können die Funktionsweise des mechanischen Uhrwerks, für welches eine Assortimentskomponente produziert wird, empfindlich stören oder die Komponenten gar unbrauchbar machen. Infolgedessen bestehen hohe Anforderungen an die

⁴³ Vgl. dazu auch RPW 2014/1, 228 Rz 121, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁴ Vgl. nur RPW 2014/1, 228 Rz 123, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 3.

⁴⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 3.

⁴⁷ LiGA steht für die Verfahrensschritte Lithographie, Galvanik und Abformung. DRIE steht für Deep Reactiv Ion Etching.

⁴⁸ Vgl. RPW 2014/1, 228 Rz 122, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 5.

⁵⁰ Einzelne Kundinnen und Kunden beziehen bei Nivarox pro Jahr bis zu [...] Stückzahlen einzelner Baumodule (Anker, Ankerrad und/oder Unruhe). Die Summe aller bezogenen Komponenten, d.h. aller Einzelteile, kann dann nochmals mehr als zehn Mal so hoch sein, weil die Kundinnen und Kunden oft mehrere Baumodule und Komponenten erwerben (vgl. etwa Rz 37) und die Baumodule wiederum aus zahlreichen Einzelteilen (Komponenten) bestehen; vgl. oben Tabelle 1.

Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Assortimentsproduktion. Gemäss Nivarox laufe diese nur teilweise automatisiert ab und entscheidende Produktionsschritte würden immer noch vollständig in Handarbeit erfolgen.⁵¹

35. Die von Nivarox produzierten Assortimentskomponenten sind auf die jeweiligen mechanischen Uhrwerke der Kundinnen und Kunden zugeschnitten.⁵² Bei den Assortimentskomponenten handelt es sich also insofern um nicht standardisierte Produkte, welche nach Wünschen der Kundschaft und nur auf Bestellung hergestellt werden. Grundsätzlich können die Abnehmerinnen und Abnehmer von Assortiments also jeweils bloss diejenigen Assortiments in ihre mechanischen Uhrwerke einsetzen, welche für ein bestimmtes Uhrwerk produziert wurden.⁵³ Unter Umständen kann eine bestimmte Assortimentskomponente jedoch – je nach ihrer Konzeption – für verschiedene Uhrwerke gebraucht werden.⁵⁴ Auch ist es naturgemäss möglich, dass Nivarox Wünschen einzelner Kundinnen oder Kunden nach Modifikation oder Neuentwicklung von Assortimentskomponenten – im Rahmen des technisch Möglichen und der vorhandenen Kapazitäten – nachkommt.⁵⁵ Dies kann zwar eine Umrüstung der Produktionsmaschinerie und/oder eine Neuinstruktion des Personals erforderlich machen, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt, insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für diese Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.⁵⁶

36. Der Produktionsdurchlauf betrage gemäss Nivarox je nach bestellter Menge und den gewünschten Eigenschaften des Assortiments bzw. mechanischen Uhrwerks [...].⁵⁷ Nivarox produziere keine Assortimentskomponenten auf Vorrat, sondern einzig auf Bestellung. Bei Nivarox erfolge daher keine Lagerhaltung.

37. Assortiments werden nicht zusammengesetzt geliefert. Dies ist gemäss Nivarox technisch nicht möglich und von der Kundschaft auch nicht gewünscht. Denn die Kundinnen und Kunden von Nivarox würden Baumodule oder auch einzelne Komponenten separat beziehen, damit sie diese sodann selbst in unterschiedlichen Arbeitsschritten in ihre mechanischen Uhrwerke einbauen könnten.⁵⁸ Dabei sei es nicht unüblich, dass Kundinnen und Kunden verschiedene Assortimentsbaumodule (Anker, Ankerrad, Unruh) in unterschiedlichen Stückzahlen beziehen und bisweilen zusätzliche einzelne Komponenten (z.B. Unruh-Spiralen) hinzukaufen würden. So habe beispielweise die Nivarox-Kundin [...] im Jahr 2018 [...] Anker, [...] Ankerräder, [...] Unruhen ohne Spiralen sowie [...] Spiralen bei Nivarox bezogen.⁵⁹ Ein weiteres Beispiel ist [...]: Sie hat im Jahr 2018 z.B. [...] Anker, [...] Ankerräder, [...] Unruhen ohne Spiralen, [...] Unruhen mit Spiralen, [...] Spiralen sowie [...] Spiralrollen bezogen.⁶⁰

38. Wie auch mechanische Uhrwerke und Fertighren werden Assortiments bzw. Assortimentskomponenten in verschiedenen Preisklassen angeboten. Nivarox verkaufte beispielsweise bestimmte Assortiments zu einem Preis von unter CHF 20, bietet aber auch Assortiments zu Preisen von über CHF 1'000 an. Dabei spielt insbesondere die Qualität (z.B. Standard- oder Chronometerqualität), die angewandte Produktionsmethode (maschinell oder von Hand bzw. «industriell» oder «manufacture») und die bestellte Menge eine Rolle.⁶¹

B.3.2.3 Kundschaft von Nivarox

39. Zur Kundschaft von Nivarox zählen sämtliche Abnehmerinnen und Abnehmer, welche Baumodule und/oder einzelne Komponenten eines Assortiments für die von ihnen selbst produzierten oder verwendeten mechanischen Uhrwerke benötigen. Solche Abnehmerinnen und Abnehmer von Nivarox-Assortiments sind typischerweise Herstellerinnen von mechanischen Uhrwerken (wie z.B. ETA, Sellita, [...]) oder Produzentinnen von mechanischen Fertighren, welche mechanische Uhrwerke selbst herstellen oder von Dritten gelieferte mechanische Uhrwerke modifizieren.⁶²

40. Als in die Swatch Group integriertes Unternehmen hat Nivarox sowohl konzerninterne Abnehmerinnen und Abnehmer als auch konzernexterne Kundschaft und dies sowohl auf Stufe Herstellerinnen von mechanischen Uhrwerken als auch auf Stufe der Fertighrenproduzentinnen. Vereinfacht dargestellt ergeben sich die Absatzkanäle von Nivarox und ihre vertikale Integration sowie die Marktstufen aus der nachfolgend aufgeführten Abbildung:

⁵¹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

⁵² Vgl. RPW 2006/1, 54 Rz 38 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*; RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6 ff.

⁵³ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁴ Vgl. auch RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38 ff., 54 ff.; RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2006/1, 54 Rz 41, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁶ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁷ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

⁵⁸ Vgl. etwa Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 7.

⁵⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33.

⁶⁰ Act. 15, S. 32.

⁶¹ RPW 2014/1, 229 Rz 126, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶² Vgl. Act. 13, Anhang 14 und Anhang 24; vgl. auch RPW 2006/1, 53 Rz 32 f., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*; RPW 2014/1, 228 Rz 123, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2021/2, 375 f. Rz 356 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

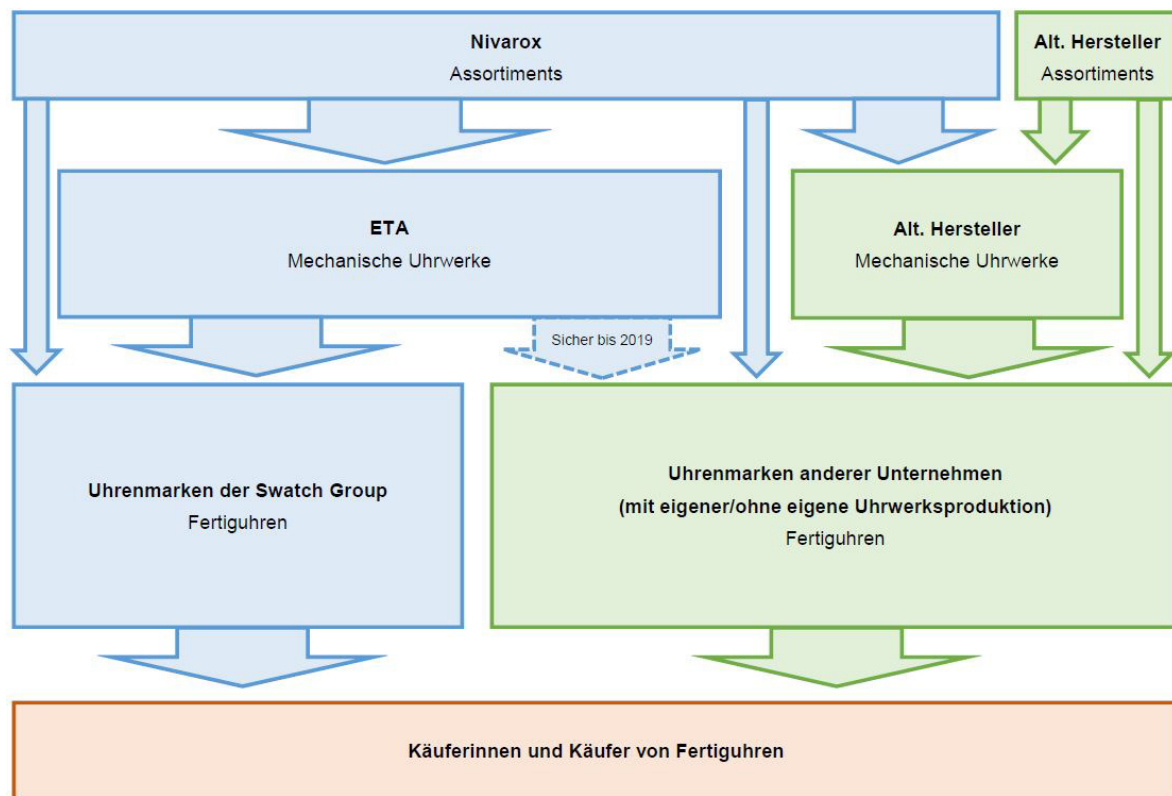


Abbildung 1: Vertikale Integration von Nivarox und ihre Kundschaft⁶³

41. In den Jahren 2014 bis und mit 2019 entfielen zwischen [...] % und [...] % der in diesen Jahren jeweils produzierten Gesamtmenge an Nivarox-Assortiments (siehe dazu Rz 50 ff.) auf konzerninterne Abnehmerinnen.⁶⁴ Im ersten Jahr der Corona-Krise (2020) setzte Nivarox [...] % der in diesem Jahr produzierten Gesamtmenge konzernintern ab.⁶⁵

42. Zur Anzahl der Kundinnen und Kunden und ihrem Bezugsverhalten kann Folgendes festgehalten werden:⁶⁶ Nivarox bediente im Zeitraum 2014 bis und mit 2021 [...] konzernexterne Kundinnen (Drittkundinnen) und [...] konzerninterne Abnehmerinnen. Nicht sämtliche dieser Kundinnen bezogen in diesem Zeitraum jedes Jahr Produkte von Nivarox. So erzielte Nivarox [...] mit [...] konzerninternen Abnehmerinnen jedes Jahr einen Umsatz (und zwar mit [...]). Mit der zur Swatch Group gehörenden [...] erzielte Nivarox hingegen einzig in den Jahren [...] Umsatz. Von den [...] Drittkundinnen bezogen im Zeitraum 2014 bis und mit 2021 [...] Unternehmen jedes Jahr Assortiments bzw. Assortimentskomponenten von Nivarox. Die Kundinnen und Kunden von Nivarox sind vornehmlich in der Schweiz ansässig. Einzig [...] der [...] Drittkundinnen⁶⁷ sowie [...] konzerninterne [...] [Abnehmerin oder Abnehmerinnen]⁶⁸ haben ihren Sitz im Ausland.

43. Die mengenmässig grösste Kundin von Nivarox war im Zeitraum 2014–2019 [...]. Diese bezog im genannten Zeitraum von der jährlichen Gesamtproduktion an Nivarox-Assortiments jeweils [...].⁶⁹

44. Zu den zehn grössten Drittkundinnen von Nivarox gehörten in den Jahren 2014–2020 insbesondere die

folgenden Abnehmerinnen (mengen- und/oder umsatzmässig): [...] sowie verschiedene weitere Uhrwerksherstellerinnen wie die [...].⁷⁰ [...] ⁷¹ [...] ⁷², war im Zeitraum 2014–2020 in Bezug auf die gelieferte Menge – noch vor der [...] ⁷³ – die [...] grösste Drittkundin von Nivarox.⁷⁴ In

⁶³ Darstellung des Sekretariats. In der Abbildung steht «Alt.» für «alternative». Die blau gefassten Rechtecke stehen für Unternehmen der Swatch Group. Die grünen Rechtecke symbolisieren Unternehmen, welche nicht zur Swatch Group gehören. Der Umstand, dass sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. Rz 19), ist in der Abbildung berücksichtigt.

⁶⁴ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12. Zur Zählweise der Stückzahlen vgl. Rz 50.

⁶⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12.

⁶⁶ Vgl. dazu und dem Folgenden Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 14, sowie Act. 13, Anhang 14.

⁶⁷ Es handelt sich um [...] Unternehmen aus [...] und [...] Unternehmen aus [...].

⁶⁸ Es handelt sich um [...] (vgl. Rz 42).

⁶⁹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12, 41.

⁷⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 15 ff., Excel-Tabellen 6 und 7.

⁷¹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung.

⁷² Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung.

⁷³ [...] war in den Jahren 2014–2019 mengenmässig stets die zweitwichtigste Drittkundin (Bezugsmenge 2014: [...]. 2015: [...]. 2016: [...]. 2017: [...]. 2018: [...]. 2019: [...]). Im Jahr 2020 fiel sie hingegen auf den sechsten Platz (Bezugsmenge: [...] Assortiments); vgl. Act. 13, Excel-Tabelle 7.

⁷⁴ [...] erhielt in den Jahren 2014–2019 von Nivarox jährlich jeweils [...] Assortiments; im Jahr 2020 lieferte Nivarox [...] Assortiments. Diese Liefermengen entsprechen zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) der Jahresproduktion von Nivarox (zur Jahresproduktion vgl. unten Rz 51 ff.); vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 19 ff., Excel-Tabelle 7.

Bezug auf den Umsatz war in den Jahren 2014–2016 und 2018 [...] die wichtigste Drittkundin.⁷⁵ In den Jahren 2017, 2019 und 2020 erzielte Nivarox den grössten Drittkundinnenumsatz mit [...].⁷⁶

45. Insgesamt kann Nivarox damit als direkte oder zumindest indirekte Assortimentslieferantin nahezu aller wichtigen Unternehmen der Schweizer Uhrenindustrie, welche mechanische Swiss Made-Fertiguhren herstellen,⁷⁷ bezeichnet werden.

B.3.2.4 Angaben zu Umsätzen von Nivarox

46. Nivarox erzielte in den Jahren 2014 bis und mit 2020 die folgenden Gesamtumsätze:

[...]

Tabelle 2: Gesamtumsatz Nivarox (in Tausend Schweizer Franken)⁷⁸

47. Mit dem Verkauf von Assortiments bzw. Assortimentsbestandteilen erzielte Nivarox in den Jahren 2014 bis und mit 2020 die folgenden Umsätze:

[...]

Tabelle 3: Gesamtumsatz Nivarox mit Assortiments etc. (in Tausend Schweizer Franken)⁷⁹

48. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass der Nivarox-Umsatz mit dem Verkauf von Assortiments im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 in der Tendenz [...]. In diesem Zeitraum erzielte Nivarox mit rund CHF [...] Mio. [...]. Dieselbe Tendenz ist für den Umsatz mit Drittkundinnen ersichtlich, [...].

49. Im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 erzielte Nivarox [...] % ihres Drittkundinnenumsatzes mit Assortiments mit in der Schweiz ansässigen Unternehmen; das Drittkundinnengeschäft ist also auf die Schweiz konzentriert. Dieselbe Konzentration auf die Schweiz dürfte auch für den Umsatz mit konzerninternen Abnehmerinnen gelten, da [...] konzerninternen Abnehmerinnen ihren Sitz in der Schweiz haben (insbesondere die mechanische Uhrwerke für konzerninterne Uhrenmarken herstellende ETA; vgl. Rz 42) [...].⁸⁰

B.3.2.5 Produktionsmengen

50. Wie erläutert, besteht ein Assortiment aus mehreren Baumodulen und Komponenten (vgl. Rz 31 ff.). Assortiments werden dabei nicht zusammengesetzt geliefert, da dies technisch nicht möglich und von der Kundschaft auch nicht gewünscht ist (vgl. oben Rz 37). Gemäss Nivarox ist es deshalb nicht unüblich, dass Kundinnen und Kunden verschiedene Assortimentsbaumodule (Anker, Ankerrad, Unruh) in unterschiedlichen Stückzahlen beziehen und bisweilen zusätzliche einzelne Komponenten (z.B. Unruh-Spiralen) hinzukaufen (vgl. oben Rz 37). Den nachfolgend aufgeführten Informationen zu den Nivarox-Produktionsmengen liegt daher folgende Berechnungsmethode zugrunde: Für die Bestimmung von bestimmten Assortimentsproduktionsmengen hat Nivarox bzw. Swatch Group stets die Menge desjenigen Baumoduls (Anker, Ankerrad, Unruh) als «Assortimentsmenge» bestimmt, von welchem [pro Kundin bzw. Kunde] am meisten produziert wurden. [...] Diese Berechnungsmethode hat Nivarox bzw. Swatch Group auch in der Vergangenheit ihren Angaben gegenüber

den Wettbewerbsbehörden zu Produktionsmengen zugrunde gelegt.

51. Dies vorausgeschickt, können der nachfolgenden Tabelle verschiedene Informationen zu den von Nivarox in den Jahren 2014 bis und mit 2020 produzierten Assortimentsmengen entnommen werden:

[...]

Tabelle 4: Produktionsmengen Nivarox⁸¹

52. Aus Tabelle 4 geht insbesondere hervor, dass die Gesamtmengen an Assortiments, die Nivarox im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 produzierte, in der Tendenz [...] sind. So beträgt die Gesamtproduktionsmenge im Jahr 2020 in Höhe von [...] Assortiments [...] der Gesamtproduktion in Höhe von [...] Assortiments im Jahr 2014. Diese Tendenz gilt sowohl hinsichtlich der Produktion für konzerninterne Abnehmerinnen als auch in Bezug auf die Produktion für Drittkundinnen. Dabei machten die für konzerninterne Abnehmerinnen produzierten Mengen (Eigenbedarf) im Zeitraum 2014 bis und mit 2019 zwischen [...] % und [...] % der in diesen Jahren produzierten Gesamtmenge (Eigenbedarfsanteil) aus. Der höchste Eigenbedarfsanteil wurde in diesem Zeitraum in den Jahren 2018 und 2019 erreicht (jeweils [...] % der Gesamtproduktion). Im Jahr 2020, im ersten Jahr der Corona-Pandemie, betrug der Eigenbedarfsanteil [...] %.

53. Aus Tabelle 4 geht ferner hervor, dass Nivarox im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 ihre Produktion an Assortiments mit Silizium- oder Nivachron⁸²-Komponenten [...]. Diese Produktion ist [...].⁸³ Silizium- oder Nivachron-Komponenten haben insbesondere den Vorteil, dass sie leichter als Assortiments-Komponenten herkömmlicher Produktionsart (nachfolgend: herkömmliche Assortiments bzw. Komponenten) sind sowie weniger von Magnetfeldern beeinflussbar und industriell einfacher und präziser formbar sind (vgl. auch oben

⁷⁵ Mit [...] erzielte Nivarox in den genannten Jahren Umsätze zwischen CHF [...] und CHF [...]. Der von Nivarox mit der [...] erzielte Umsatz lag im Zeitraum 2014–2019 zwischen [...] % (2019) und [...] % (2015) der Jahresumsätze von Nivarox im Bereich Assortiments (vgl. zu den Umsätzen Rz 46 ff.).

⁷⁶ Mit [...] erzielte Nivarox in den genannten Jahren Umsätze zwischen CHF [...] und CHF [...]. Der von Nivarox mit [...] erzielte Umsatz lag im Zeitraum 2014–2020 zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) des Jahresumsatzes von Nivarox im Bereich Assortiments (vgl. zu den Umsätzen Rz 46 ff.).

⁷⁷ Vgl. zu den erzielten Umsätzen und zu Marktanteilen im Bereich der Schweizer Uhrenindustrie etwa den Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult in Act. 24.

⁷⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 2.

⁷⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 9.

⁸⁰ Vgl. [...].

⁸¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12.

⁸² Der Name bezieht sich auf die verwendete Legierung. Nivachron gilt wie Silizium als besonders magnetfeldresistent; vgl. <<https://www.eta.ch/de/knowhow/mechanisch/amagnetisches-nivachron>> (6.12.2022).

⁸³ Nur ein kleiner Teil der Assortiments mit Nivachron-Spiralen ist [...]. [...] Mit Audemars Piguet ist Nivarox [...]; vgl. <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022); Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 13.

Rz 33).⁸⁴ Bei Assortiments mit Silizium- oder Nivachron-Komponenten besteht also Kostensenkungspotenzial, wobei mechanische Uhrwerke mit derartigen Assortiments gleichzeitig genauer sind und eine höhere Gangautonomie⁸⁵ aufweisen.⁸⁶ Im Bereich der Assortiments mit Silizium- oder Nivachron-Komponenten verfügt Swatch Group bzw. Nivarox über Patente [...].⁸⁷

54. Die Mengen produzierter Assortiments mit herkömmlichen Komponenten waren dementsprechend im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 [...]. So entspricht die im Jahr 2020 produzierte Menge an herkömmlichen Assortiments in Höhe von [...] Assortiments [...] rund [...] % der im Jahr 2014 produzierten Menge an herkömmlichen Assortiments (diese betrug im Jahr 2014 [...] Assortiments). Relativ zur Gesamtproduktion produzierte Nivarox im Jahr 2020 [...] zu [...] % herkömmliche Assortiments. In den Jahren 2014 bis und mit 2018 hatte diese Quote jährlich [...] bei je mindestens [...] % gelegen. Bis und mit 2019 produzierte Nivarox herkömmliche Assortiments [...] ([...]⁸⁸). Im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 fand bei Nivarox also [...].⁸⁹

B.3.2.6 Alternative Herstellerinnen von Assortiments (Konkurrenzsituation)

55. Swatch Group bezeichnet Nivarox als «den führenden Schweizer Spezialisten» für die Produktion von Assortiments bzw. Assortiments-Komponenten.⁹⁰ Daneben gibt es verschiedene Unternehmen in der Schweiz und im Ausland, welche ebenfalls Assortiments bzw. Assortiments-Komponenten herstellen. Ohne dass dazu im Rahmen dieser Vorabklärung eine umfangreiche Befragung von Unternehmen der verschiedenen Marktstufen (vgl. Abbildung 1) vorgenommen wurde, kann für den massgeblichen Zeitraum (seit 2014) in Bezug auf die Konkurrenzsituation Folgendes festgehalten werden:⁹¹

56. Gemäss Swatch Group bzw. Nivarox gebe es in der Schweiz und im Ausland verschiedene Unternehmen, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments herstellen, sowie solche, welche lediglich einzelne Baumodule (z.B. Anker, Unruh) oder Komponenten (z.B. Spirale) herstellen würden. Swatch Group bzw. Nivarox benennt als solche Unternehmen [...] Schweizer Unternehmen sowie [...] ausländische Unternehmen (Stand: 14. September 2021).⁹² Soweit diese Unternehmen keine vollständigen Assortiments liefern könnten (siehe dazu sogleich), sei dies wenig bedeutsam, da die Nachfragerinnen von Assortiments die Komponenten auch bei verschiedenen Produzentinnen einkaufen könnten. In Einzelnen führt Swatch Group dazu das Folgende aus:

- Insgesamt gebe es [...] Schweizer Unternehmen, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments produzieren würden. Davon würden [...] Unternehmen diese Assortiments auch an Dritte liefern.⁹³
- Es gebe zusätzlich [...] Schweizer Unternehmen, welche zumindest einen Teil der Komponenten eines Assortiments produzieren würden und diese auch an Dritte liefern würden. Am Umstand, dass Unternehmen unterschiedliche Stückzahlen verschiedener Assortiments-Baumodule oder -Komponenten beziehen (vgl. auch oben Rz 37), zeige sich, dass es möglich sei, Assortiments-Komponenten verschiedener Herstellerinnen zu kombinieren.
- Gemäss Schätzungen von Nivarox habe sich der Anteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen an der gesamten Assortimentsproduktion in der Schweiz im Zeitraum 2014–2020 folgendermassen entwickelt.

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil (%)	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[30–40] %	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %

Tabelle 5: Anteil alternativer Schweizer Assortimentsproduzentinnen an Schweizer Gesamtproduktion (Schätzung Swatch Group)⁹⁴

⁸⁴ Vgl. betreffend Nivachron den Nachweis in Fn 82 sowie z.B. <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/neu-im-spiel>> (6.12.2022).

⁸⁵ Die Gangautonomie ist ein absoluter Wert, der bezeichnet, wie lange eine mechanische Uhr bei maximal aufgezogener Feder bis zu ihrem Stillstehen korrekt läuft, sofern sie nicht zwischenzeitlich aufgezo-gen wird.

⁸⁶ Vgl. etwa RPW 2014/1, 244 Rz 236 ff., 245 Rz 247 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022) sowie Nachweise in Fn 82, 84.

⁸⁷ Vgl. etwa RPW 2014/1, 244 Rz 237 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022).

⁸⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12, sowie oben Tabelle 4. Die Eigenbedarfsquote im Bereich herkömmliche Assortiments betrug damit im Jahr [...]. ETA zog sich seit 2014

schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurück (vgl. Rz 19). Im Jahr 2019 hatte ETA noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produziert (vgl. Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*), [...].

⁸⁹ Vgl. etwa Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 11 f.

⁹⁰ <www.swatchgroup.com/de/gesellschaften-und-marken/produktion/nivarox> (6.12.2022).

⁹¹ Vgl. dazu auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁹² Act. 13, Anhang 17.1.

⁹³ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1. seien dies [...]; vgl. dazu auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁹⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

- Gemäss Schätzungen von Nivarox habe sich der Anteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen an der gesamten Assortimentsproduktion in der Schweiz für Drittkundinnen (und nicht für die Eigenproduktion) im Zeitraum 2014–2020 folgendermassen entwickelt:

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil (%)	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %

Tabelle 6: Anteil alternativer Schweizer Assortimentsproduzentinnen an Schweizer Gesamtproduktion für Drittkundinnen (Schätzung Swatch Group)⁹⁵

- Swatch Group seien zudem [...] ausländische Unternehmen bekannt, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments produzieren würden.⁹⁶ Soweit diese Unternehmen auch Dritte beliefern würden, könnten ihre Assortiments auch für Schweizer Swiss Made-Uhren verwendet werden, weil solche Uhren einzig ein Swiss Made Uhrwerk voraussetzen, welches u. a. ein in der Schweiz montiertes Assortiment enthalten muss.⁹⁷
- Swatch Group seien [...] ausländische Unternehmen bekannt, welche zumindest einen Teil der Komponenten eines Assortiments produzieren würden und diese auch an Dritte liefern würden.⁹⁸ Aus den vorgenannten Gründen seien diese Unternehmen ebenfalls als Konkurrentinnen von Nivarox anzusehen.

57. Gemäss Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken⁹⁹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland¹⁰⁰, gebe es für sie weltweit keine Alternative zu Nivarox. Denn ausser Nivarox sei keine Herstellerin in der Lage, Assortiments in der von ihr benötigten Stückzahl (im Jahr 2020: etwa [...] Assortiments) zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.¹⁰¹ Im Einzelnen führte sie insbesondere das Folgende aus:

- Zahlreiche Herstellerinnen von Assortiments würden – wie z. B. die LVMH-Gruppe – ihre Assortimentskomponenten ausschliesslich konzernintern absetzen und schon deshalb keine Alternative für Sellita darstellen.¹⁰²
- Sellita habe in der Vergangenheit [...] mit der Assortiments-Eigenproduktion begonnen.¹⁰⁴ Bei der Eigenproduktion [...].¹⁰⁵ [...].
- [...] die Eigenproduktion [...].
- [...] ¹⁰⁶ [...] ¹⁰⁷ [...].¹⁰⁸
- Der Vorsprung von Nivarox bei der Qualität, den Preisen und den lieferbaren Stückzahlen beruhe auf der langen Erfahrung von Nivarox bei der Assortimentsproduktion, dem zumindest teilweise abgedeschriebenen Maschinenpark, Skalenvorteilen aufgrund der Höhe der Gesamtproduktion und der Reputation von Nivarox.¹⁰⁹

58. Da Nivarox fast ausschliesslich für Schweizer Abnehmerinnen produziert(e) (vgl. insbesondere Rz 42, 49), lässt sich aus den Angaben von Swatch Group bzw. von Nivarox zu den produzierten Assortimentsmengen (siehe oben Rz 50 ff.) sowie zur geschätzten Gesamtproduktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. -Fertiguhren¹¹⁰ annäherungsweise ableiten, in wie vielen der jährlich produzierten mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und damit auch Swiss Made-Fertiguhren Nivarox-Assortiments verbaut waren (Zeitraum 2014 bis und mit 2020). Danach belaufen sich diese «Nivarox-Anteile» in den Jahren 2014 bis und mit 2020 auf die folgenden Anteile:

⁹⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

⁹⁶ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1.: [...].

⁹⁷ Vgl. auch RPW 2014/1, 229 Rz 129 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁹⁸ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1.

⁹⁹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁰¹ Act. 15, S. 20.

¹⁰² Act. 16, S. 7 ff.

¹⁰³ Vgl. Act. 15, S. 32.

¹⁰⁴ Act. 15, S. 10 ff.; Act. 16, S. 5 ff.

¹⁰⁵ Act. 15, S. 9.

¹⁰⁶ Act. 15, S. 10.

¹⁰⁷ Vgl. etwa Act. 16, S. 6.

¹⁰⁸ Vgl. Act. 15, S. 10 ff.

¹⁰⁹ Vgl. etwa Act. 16, S. 4 f.

¹¹⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29: 2014: [...] Mio. mechanische Swiss Made Uhrwerke, 2015: [...] Mio., 2016: [...] Mio., 2017: [...] Mio., 2018: [...] Mio., 2019: [...] Mio., 2020: [...] Mio. (Schätzungen von Swatch Group); vgl. auch Verfügung der WEKO v. 13.7.2020, Tabelle A 1, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil Nivarox an Gesamtproduktion	[90–100] %	[90–100] %	[80–90] %	[60–70] %	[80–90] %	[70–80] %	[60–70] %

Tabelle 7: Anteile mechanische Swiss Made-Uhrwerke mit Nivarox-Assortiments an jährlicher Gesamtproduktion mechanischer Swiss Made-Uhrwerke¹¹¹

59. Tabelle 7 zeigt, dass Nivarox-Assortiments zu Beginn des Betrachtungszeitraums, d. h. in den Jahren 2014 und 2015, in [...] mechanischen Swiss-Made-Uhrwerken verbaut waren. Dieser Anteil war seitdem in der Tendenz rückläufig, lag aber stets weit über 50 %. So waren auch im Jahr 2020 noch [...] aller mechanischen Swiss Made-Uhrwerke mit Nivarox-Assortiments bestückt. Dieser Rückgang auf hohem Niveau spiegelt sich auch in anderen Umständen wider. Z.B. reduzierte sich die Anzahl der pro Jahr bestellenden Drittkundinnen von Nivarox im Zeitraum 2014–2020.¹¹²

60. Die insgesamt von anderen Herstellerinnen¹¹³ als Nivarox produzierten Assortimentsmengen dürften sich im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 durchaus erhöht haben.¹¹⁴ Auch dürfte sich in diesem Zeitraum der Anteil derjenigen mechanischen Swiss Made-Uhrwerke – und damit mechanischen Swiss Made-Fertiguhren –, welche keine Nivarox-Assortiments enthalten, an der Gesamtproduktion mechanischer Swiss Made-Uhrwerke im oben skizzierten Umfang erhöht haben (vgl. Rz 59). Indes folgt aus den Ausführungen von Swatch Group bzw. Nivarox selbst, dass keine alternative Herstellerin aus der Schweiz eine auch nur annähernd vergleichbare Assortimentsmenge wie Nivarox produzierte und dass sich die Gesamtproduktion der alternativen Herstellerinnen aus der Schweiz auf eine Vielzahl unterschiedlicher Unternehmen verteilte (vgl. oben Rz 56).¹¹⁵ Nivarox steht also nicht einer oder zwei grösseren Konkurrentinnen gegenüber, sondern einer Vielzahl kleinerer Schweizer Produzentinnen, welche nicht über vergleichbare Skalenvorteile wie Nivarox¹¹⁶ verfügen und teilweise auch nicht sämtliche Baumodule bzw. Komponenten eines Assortiments produzieren¹¹⁷.

61. Insgesamt dürfte Nivarox im Zeitraum 2014–2022 im beschriebenen Ausmass und gemäss der Selbstbeschreibung von Nivarox als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung im Bereich Assortiments anzusehen sein. Dies insbesondere auch, weil Nivarox aufgrund der hergestellten Mengen über unerreichbare Skalenvorteile verfügt und mit Blick auf ihre jahrzehntelange Erfahrung im Bereich der industriellen Assortimentsproduktion einen grossen Know-how- und Technologievorsprung hat.¹¹⁸ Die Bedeutung von alternativen Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 immerhin etwas gewachsen,¹¹⁹ wobei diese zumindest in der Schweiz eher wenig konzentriert sind.

B.3.3 Umsetzung der Absichtserklärung

62. Wie erläutert, hatte Swatch Group kurz vor dem Erlass des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 eine

Absichtserklärung betreffend die künftige Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox abgegeben (vgl. oben Rz 7 ff.).¹²⁰

63. Auf Nachfrage in dieser Vorabklärung erklärte Swatch Group, Nivarox habe die Absichtserklärung seit ihrer Abgabe vollständig umgesetzt.¹²¹ Dies deshalb, weil dies ihren Kundinnen und Kunden gedient habe. Denn die Absichtserklärung habe eine Lieferpflicht von Nivarox zugunsten der Drittkundinnen begründet, welche für Transparenz und Sicherheit im Markt gesorgt habe und auf grosse Akzeptanz getroffen sei; ausser von [...] habe Nivarox keine negativen Rückmeldungen aus dem Markt erhalten. Nivarox selbst sei mit der Absichtserklärung hingegen ein hohes Risiko eingegangen, weil sie Kapazitäten für die Produktion der zugesicherten Mengen gemäss Absichtserklärung habe aufrechterhalten müssen und dies, ohne zu wissen, wie sich der Markt entwickeln werde und auch ohne Abnahmegarantie seitens ihrer Kundschaft.

64. Nivarox wolle die Absichtserklärung [...].¹²²

65. Nachfolgend werden einzelne Aspekte der konkreten Umsetzung der Absichtserklärung dargestellt.

¹¹¹ Eigene Berechnungen des Sekretariats anhand der Angaben in Fn 110 sowie der Informationen zu den Produktionsmengen von Nivarox (vgl. Rz 50 ff.).

¹¹² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 28.

¹¹³ Vgl. zu diesen RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁴ Vgl. nur Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

¹¹⁵ Vgl. zu den alternativen Herstellerinnen auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁶ Vgl. dazu insbesondere RPW 2014/1, 244 ff. Rz 242 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹⁷ Vgl. etwa RPW 2021/2, 377 Rz 365, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁸ Vgl. auch 2014/1, 243 ff. Rz 229 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹⁹ Vgl. auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹²⁰ RPW 2014/1, 283 Rz 485, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹²¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 30

¹²² Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

B.3.3.1 Maximalen Liefermengen pro Drittkundin

B.3.3.1.1. Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin

66. Mit der Absichtserklärung hatte sich Nivarox dazu bereit erklärt, jede bisherige Drittkundin mit denjenigen Nivarox-Produkten zu beliefern, welche diese Drittkundin bislang, d. h. vor der Abgabe der Absichtserklärung, bezogen hatte (Beschränkung auf bestimmte Produkte; siehe dazu auch unten Rz 75 ff.). Die maximale Jahreslieferung betreffend diese Produkte beschränkte Nivarox dabei pro Drittkundin auf den Durchschnitt der von dieser Drittkundin in den Jahren 2009–2011 bezogenen Jahresmengen (s. 2. Absatz der Absichtserklärung [vgl. Rz 8]).

67. Nivarox berechnete für ihre bisherigen Drittkundinnen ab 2013 unternehmensindividuelle maximale Liefermengen, wobei Nivarox für die Zählweise auf die in Rz 50 geschilderte Methode zurückgriff. Solche unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen bildete Nivarox für nahezu alle ihrer [...] Drittkundinnen, welche im Zeitraum 2014 bis 2021 Assortiments bei Nivarox bezogen (zur Anzahl der Drittkundinnen vgl. Rz 42). Einzig [...] dieser [...] Nivarox-Drittkundinnen waren im «Referenzzeitraum» 2009–2011 keine Kundinnen von Nivarox gewesen und verfügten daher über keine unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen (siehe dazu auch unten Rz 80 ff.).¹²³

68. Die Höhe der jeweiligen unternehmensindividuellen maximalen Liefermenge variiert je Unternehmen beträchtlich. So sind die maximalen Liefermengen von [...] ([...] Summe aller [...] maximalen Liefermengen: [...] Assortiments), bei [...] der [...] Drittkundinnen [...] (Summe aller [...] maximalen Liefermengen: [...] Assortiments) und im Übrigen, d. h. bei mehr als der Hälfte der betroffenen [...] Drittkundinnen, [...] oder sogar nur [...] (Summe aller [...] Liefermengen: [...] Assortiments).

69. Die insgesamt nach der Absichtserklärung jährlich an die [...] Drittkundinnen zu liefernde Assortimentsmenge, d. h. die Summe aller unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen, beläuft sich auf [...] Assortiments pro Jahr. Im Jahr 2014 entsprach dies rund [...] % der Jahresgesamtproduktion von Nivarox, im Jahr 2019 hingegen ca. [...] % und im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) rund [...] %.

70. Die tatsächlich insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge nahm im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 ab, da verschiedene der [...] Drittkundinnen den Bezug über die Jahre reduzierten (so insbesondere [...]) oder sogar ganz einstellten (so insbesondere [...]).¹²⁴ So sank die insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge von [...] Assortiments im Jahr 2014 auf [...] Assortiments im Jahr 2019, d. h. um [...] %; im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) lieferte Nivarox an Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge insgesamt [...] Assortiments.

71. Konzerninterne Abnehmerinnen hatten keine unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen. Gemäss Nivarox sei mit konzerninternen Abnehmerinnen

eine laufende Abstimmung des Bedarfs möglich gewesen, weshalb diese Abnehmerinnen mit den von ihnen gewünschten Mengen beliefert wurden.¹²⁵

B.3.3.1.2. Anwendung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin

72. Gemäss eigenem Vorbringen hat Swatch Group die unternehmensindividuellen Liefermengen ab 2014 – ausser für das Jahr 2020 (zur Verteilung der «freigewordenen Mehrmenge 2020» vgl. unten Rz 88 ff.) – gegenüber ihren Drittkundinnen nahezu strikt zur Anwendung gebracht. Konkret bedeutet dies insbesondere, dass Nivarox die betroffenen Drittkundinnen jährlich mit entsprechenden Informationsschreiben auf die unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen hinwies¹²⁶ und die Drittkundinnen in der Regel keine die maximalen Liefermengen überschreitende Mengen bestellten und erhielten.¹²⁷

73. Habe es von Seiten der Drittkundinnen dennoch unaufgeforderte Anfragen auf die Lieferung von Assortiments gegeben, deren Erfüllung die Überschreitung der unternehmensindividuellen maximalen Liefermenge zur Folge gehabt hätte (nachfolgend: Mehranfrage bzw. Mehrlieferung bzw. Mehrmenge), habe Nivarox diesen entsprochen, soweit es ihr möglich gewesen sei: So hätten im Zeitraum 2013 bis und mit 2021 [...] bisherige Drittkundinnen Mehranfragen gestellt. [...] dieser [...] Drittkundinnen habe Nivarox mit der gewünschten Mehrmenge bedient (gelieferte Mehrmenge insgesamt [...] Assortiments). In einem Fall davon sei die Belieferung versehentlich und ohne Abfrage der Gründe für die Mehranfrage erfolgt. Gegenüber [...] (Bestellung von [...] zusätzlichen Assortiments im Jahr 2014 auf 2015), und [...] (2013: Mehranfrage i.H.v. [...] Stück für 2014; 2018: Mehranfrage i.H.v. [...] Stück für 2019; 2019: Mehranfragen für 2021 und 2022 i.H.v. je [...] Stück) verweigerte Nivarox die Lieferung der gewünschten Mehrmengen.

74. Soweit Nivarox Mehrlieferungen verweigerte, sei dies geschehen, weil Nivarox ihre Absichtserklärung im Sinne der Gleichbehandlung und Marktsicherheit habe umsetzen wollen.¹²⁸ Nivarox habe ausserdem keine freien Produktionskapazitäten für Mehrlieferungen gehabt.¹²⁹ Da Assortiments kundenspezifisch und mit langer Durchlaufzeit produziert würden (vgl. insbesondere oben Rz 35 f.), sei es Nivarox insbesondere nicht möglich gewesen, Kapazitäten, welche infolge der Nichtbestellung durch andere Drittkundinnen frei wurden (vgl. dazu etwa Rz 52 f., 70), kurzfristig für Mehranfragen anderer Drittkundinnen zu verwenden. Die Aufrechterhaltung von grösseren Produktionskapazitäten sei Nivarox nicht zuzumuten gewesen, weil sie sonst – wegen

¹²³ Es handelt sich um [...]. Diese bezogen seit 2015 jeweils höchstens in [...] Stückzahlen Assortiments (im gesamten Zeitraum 2014–2021 zusammen [...] Assortiments).

¹²⁴ Vgl. Act. 13, Anhang 24.

¹²⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35.

¹²⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 34 f.

¹²⁷ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35 f.; Anhang 24.

¹²⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 32, 37, 45.

¹²⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 37, 45.

der fehlenden Planbarkeit der Nachfrage und ohne Abnahmegarantien durch Drittkundinnen – ein übermässiges Absatzrisiko in einem schrumpfenden Markt hätte tragen müssen. Die Mehranfragen von [...] für die Jahre 2021 und 2022 seien zudem generell überzogen, weil sie nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Nivarox habe vielmehr befürchtet, dass [...] die Assortiments für unlautere Zwecke verwendet. Zu denken sei beispielsweise an den Einbau der Nivarox-Assortiments in mechanische Uhrwerke, die ins Ausland geliefert würden und zum Einbau in Uhren bestimmt seien, die den Swiss Made-Bestimmungen gemäss Schweizer Gesetzgebung nicht entsprechen, aber unter lokalen Vorschriften dennoch als Swiss Made verkauft würden («faux Swiss Made»), an den Einbau in mechanische Uhrwerke von [...], die bei einem Testkauf in einer Fälschung vorgefunden worden seien sowie an ein «Austrocknen» der Konkurrenz von [...], indem sie die Mehrmengen an Lager lege.¹³⁰

B.3.3.2 (Keine) Lieferung anderer Produkte

75. Mit der Absichtserklärung hatte sich Nivarox dazu bereit erklärt, jede bisherige Drittkundin mit denjenigen Nivarox-Produkten zu beliefern, welche diese Drittkundin im «Referenzzeitraum» 2009–2011 bezogen hatte (s. 2. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]). Gemäss Absichtserklärung wollte Nivarox also nur solche Assortiments an ihre Drittkundinnen liefern, welche diese Drittkunden im «Referenzzeitraum» 2009–2011 baugleich für die von ihnen jeweils hergestellten mechanischen Uhrwerke erhalten hatten (nachfolgend: bisher bezogene Produkte).

76. Gemäss eigenem Vorbringen hat Swatch Group die Beschränkung auf bisher bezogene Produkte – ausser gegenüber [...] (vgl. unten Rz 83 ff.) – nahezu strikt zur Anwendung gebracht. Konkret bedeutet dies insbesondere, dass Nivarox die betroffenen Drittkundinnen jährlich mit entsprechenden Informationsschreiben auf die beziehbaren Produkte hinwies und die Drittkundinnen in der Regel keine neu- oder weiterentwickelten Assortiments (z.B. andere Form bzw. Konstruktion des Ankerads oder der Unruh; nachfolgend: andere Produkte) erhielten.¹³¹ Nach Angaben von Swatch Group sei Nivarox im Rahmen des Möglichen insofern auf die Bedürfnisse der Drittkundinnen eingegangen als dass sie bei bisher bezogenen Produkte «technische Anpassungen» (z.B. Vergrösserung oder Verkleinerung des Unruhreifens oder des Ankerradritzels) oder Überarbeitungen vorgenommen habe, die Produktion von länger nicht mehr bezogenen Assortiments wieder aufgenommen habe und auch einzelne Baumodule oder Komponenten eines Assortiments geliefert habe, welche im «Referenzzeitraum» 2009–2011 von der betroffenen Drittkundin nicht bezogen worden seien.¹³²

77. Gemäss Angaben von Swatch Group fragten im Zeitraum 2014–2021 bei Nivarox konkret [...] bisherige Drittkundinnen die Belieferung mit anderen Produkten an (die Anfragen stammen alle aus dem Zeitraum 2016–2019).¹³³ Dabei handelt es sich um die folgenden Unternehmen: [...]¹³⁴. Die Erfüllung dieser Anfragen hat Nivarox nach seinen eigenen Schilderungen – ausser gegenüber [...] (s. dazu Rz 83 ff.) – verweigert.¹³⁵

78. Soweit Nivarox die Belieferung mit anderen Produkten verweigerte, sei dies geschehen, weil die Anfragen keine bisher bezogenen Produkte gemäss Absichtserklärung erfasst hätten, die Entwicklung der angefragten Produkte technisch hochkomplex gewesen sei, keine Kapazitäten bestanden hätten und/oder die Anfrage patentgeschützte Produkte (z.B. Silizium-Spirale oder Nivachron-Spirale) betroffen habe.¹³⁶

79. Bei konzerninternen Abnehmerinnen bestanden gemäss Nivarox keine Beschränkungen in Bezug auf die bei Nivarox beziehbaren Produkte. Insbesondere waren hier Neuentwicklungen möglich und erhielten die konzerninternen Abnehmerinnen auch patentgeschützte Produkte (insbesondere Komponenten aus Silizium oder Nivachron).¹³⁷

B.3.3.3 (Keine) Aufnahme neuer Drittkundinnen

80. Die Lieferzusagen bzw. -Beschränkungen gemäss Absichtserklärung bezogen sich einzig auf bisherige Drittkundinnen (vgl. oben Rz 8). Neue Drittkundinnen nahm Nivarox gemäss eigenem Vorbringen seit 2014 grundsätzlich nicht mehr auf.

81. So haben nach Angaben von Swatch Group seit 2014 [...] Unternehmen, welche im «Referenzzeitraum» von 2009–2011 keine Assortiments bei Nivarox bezogen hatten, bei Nivarox angefragt, ob Nivarox sie mit Assortiments beliefern könne. In [...] Fällen ([...] Anfragen aus dem Ausland, [...] aus der Schweiz) habe Nivarox eine Belieferung verweigert und teilweise auf alternative Assortimentsproduzentinnen verwiesen. Bei den nicht belieferten Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder äusserst geringe Mengen (<50 Stück) bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten. In [...] Fällen ([...]) erhielten die Unternehmen die angefragten Produkte und Mengen (Liefermenge im Zeitraum 2014 bis 2021 insgesamt: [...] Assortiments).

82. Soweit Nivarox die Aufnahme als Neukundinnen verweigerte, sei dies aus technischen und/oder produktbezogenen Gründe geschehen oder weil Nivarox aus Kapazitätsgründen keine Neukundinnen habe aufnehmen wollen.¹³⁸

¹³⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 51.

¹³¹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33. 38 f.

¹³² Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33. 38 f.; Anhang 21.

¹³³ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

¹³⁴ Im Falle von [...] begründet Nivarox die Nichtbelieferung damit, dass die Neuentwicklung zur kontinuierlichen Belieferung von [...] mit Mehrmengen geführt hätte (Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 39). Dieser Fall kann also auch als Verweigerung von Mehrmengen qualifiziert werden.

¹³⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38 f.

¹³⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

¹³⁷ Vgl. nur Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, Anhang 21.

¹³⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 40.

B.3.3.4 (Verzögerte) Lieferung von Assortiments für das [...] -Uhrwerk [...]

83. [...] ¹³⁹ [...] ¹⁴⁰, hatte bis 2019 – anders als ETA mit seinem Uhrwerk [...] – kein mechanisches Uhrwerk [...] in ihrem Sortiment. ¹⁴¹ Dies war von Seiten der [...] -Kundinnen mehrfach bemängelt worden und schwächte die Wettbewerbssituation von [...] aufgrund der geringeren Sortimentsbreite. ¹⁴² Um ihr Sortiment – insbesondere mit Blick auf den von ETA angekündigten Rückzug vom Drittkundinnenmarkt – zu erweitern, kontaktierte [...] daher [...] Nivarox betreffend die Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für ein mechanisches [...]uhrwerk [...].

84. Nivarox verweigerte die Entwicklung und Belieferung zunächst mit Verweis auf fehlende Kapazitäten. ¹⁴³ Tatsächlich waren gemäss den vorliegenden Beweismitteln [...] Neu- und Weiterentwicklungsprojekte bei Nivarox hängig. Bis [...] halbierte sich [...] der Neu- und Weiterentwicklungsprojekte [...] nur noch [...] Projekte und Nivarox hatte für das Jahr 2020 generell genügend Produktionskapazitäten (vgl. unten Rz 88 f.). ¹⁴⁴ Im Oktober 2019 – nachdem [...] die Wettbewerbsbehörden über die Lieferverweigerung informiert hatte und Swatch Group hierüber in Kenntnis gesetzt war ¹⁴⁵ (vgl. oben Rz 16) – sagte Nivarox [...] eine Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für das [...] -Uhrwerk [...] zu.

85. Für das Jahr 2020 bestellte [...] sodann [...] -Assortiments; für das Jahr 2021 kaufte [...] Assortiments. ¹⁴⁶ Da [...], ¹⁴⁷ konnte die Auslieferung der serienreifen Nivarox-Assortiments erst [...] beginnen.

86. [...] [...] [...] ¹⁴⁸ [...] ¹⁴⁹ [...].

87. [...] verkaufte nach eigenen Angaben [...] mechanische Uhrwerke des Kalibers [...]. ¹⁵⁰

B.3.3.5 Verteilung der freigewordenen Mehrmenge 2020

88. Ende September 2019 informierte Nivarox sämtliche Drittkunden darüber, dass sie infolge des ETA-Rückzugs vom Drittkundinnenmarkt über freie Kapazitäten für 2020 verfüge, welche sie ihren Drittkunden zusätzlich zu den ohnehin schon bestätigten Liefermengen für 2020 offerieren wolle. Nivarox forderte die Drittkunden dazu auf, bei Interesse entsprechende Bestellungen aufzugeben. ¹⁵¹

89. Daraufhin gaben die folgenden [...] Unternehmen gegenüber Nivarox Bestellungen ab: [...]. Die insgesamt [...] bestellte Mehrmenge betrug [...] Assortiments. Die von [...] bestellten Mehrmengen sind unbekannt. Nivarox bediente die Bestellungen der [...] Unternehmen folgendermassen:

- [...] erhielten die von ihnen gewünschten Mehrmengen. Nivarox begründete dies damit, dass – was zutrifft – die Unternehmen trotz der Zusatzbestellungen für 2020 ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung ohnehin nicht überschritten.
- [...] erhielten ebenfalls die von ihnen bestellten Mehrmengen ([...]: [...] Assortiments; [...]: [...] Assortiments) zusätzlich zu ihren ursprünglich für 2020 bestellten Mengen, obwohl sie damit ihre maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung um 33,7 %

([...]) bzw. 350 % ([...]) überschritten. Die Mehrmengen stellte Nivarox im Produktionsfluss «Manufacture» her.

- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung ebenfalls ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung (Maximalmenge: [...] Assortiments/Jahr), erhielt aber gleichwohl die bestellte Mehrmenge (insgesamt [...] Assortiments) gestaffelt über die Jahre 2020 und 2021 (2020: [...] [entspricht 148 % der Maximalmenge]; 2021: [...] [entspricht 138 % der Maximalmenge]). Die Mehrmengen stellte Nivarox im Produktionsfluss «Manufacture» her.
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um 1'300 %. Die Mehranfrage betraf Assortiments aus dem Produktionsfluss «industriell», in welchem die Nivarox-Kapazitäten beschränkt gewesen seien. [...] erhielt daher von Nivarox rund zwei Drittel der bestellten Mehrmenge, d.h. tatsächlich [...] Assortiments, was 868 % der maximalen Liefermenge von [...] entspricht, zusätzlich zur bereits für 2020 bestätigten Menge i.H.v. [...].
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ihre maximale Liefermenge i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um 1'500 %. Die Mehranfrage betraf ebenfalls Assortiments aus dem Produktionsfluss «industriell», in welchem die Nivarox-Kapazitäten beschränkt gewesen seien. Nivarox sprach [...] deshalb rund zwei Drittel der bestellten Mehrmenge zu, d.h. tatsächlich [...] Assortiments, was 960 % der maximalen Liefermenge von [...] entsprach, zusätzlich zur bereits für 2020 bestätigten Menge i.H.v. [...] Assortiments.
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ebenfalls ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um rund 98 %. In Bezug auf [...] habe Nivarox zusätzlich zu den beschränkten Nivarox-Kapazitäten im Produktionsfluss «industriell» auch die «realen Bedürfnisse von [...] und ihr bisheriges Bestellverhalten» sowie die Marktverhältnisse insgesamt berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund sei die Mehranfrage von [...] überzogen gewesen (vgl.

¹³⁹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴⁰ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴¹ Vgl. RPW 2021/2, 354 Tabelle 7 und Rz 240, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴² Vgl. etwa RPW 2021/2, 352 Rz 224, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 40.

¹⁴⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 57.

¹⁴⁵ Vgl. Act. 27.7.

¹⁴⁶ Vgl. Act. 15, S. 33.

¹⁴⁷ Vgl. Belege in Act. 13, Anhang 45.2.

¹⁴⁸ Act. 15, S. 15.

¹⁴⁹ Act. 15, S. 10.

¹⁵⁰ Act. 15, S. 30.

¹⁵¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 46 ff.

auch Rz 74), weshalb Nivarox [...] nur eine Mehrlieferung i.H.v. [...] Assortiments bestätigte, zusätzlich zur bereits bestätigten Menge i.H.v. [...]. Diese Mehrmenge entspricht 7,4 % der maximalen Liefermenge von [...] bzw. ein bis zwei Drittel der Mehranfragen von [...] aus den Jahren 2013 und 2018 (siehe oben Rz 73 f.).

B.3.3.6 Preiserhöhungen

90. Nivarox erhöhte im Zeitraum 2013 bis September 2021 insgesamt fünfmal die Preise (zuletzt im November 2018).¹⁵² Die Preiserhöhungen bewirkten kumuliert eine Erhöhung der Verkaufspreise um rund 55 %. Diese Preiserhöhung betraf die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, welche im Zeitraum 2014 bis 2020 über [...] der gesamten Assortimentsproduktion von Nivarox abnahm (vgl. oben Rz 43), gleichermassen.¹⁵³

91. Zur Begründung der einzelnen Preiserhöhungen verweist Nivarox auf ihre Erhaltungs- und Erneuerungskosten alleine in Bezug auf die Herstellung von herkömmlichen Assortiments (Investitionen in Höhe von CHF [...] Mio. im Zeitraum 2011 bis 2019), die gestiegenen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage bzw. der -produktion im Zeitraum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge), gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten sowie insbesondere darauf, dass Nivarox Kapazitäten zur Lieferung von herkömmlichen Assortiments infolge der Absichtserklärung habe aufrecht erhalten müssen, ohne dass von Seiten der Drittkundinnen Abnahmegarantien bestanden hätten.¹⁵⁴ Zudem würden die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen als diejenigen für Konkurrenzprodukte.¹⁵⁵ Vergleichbares ergibt sich auch aus den Ausführungen von Sellita (vgl. etwa Rz 57).

92. Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag im Zeitraum 2014–2020 im Jahr 2014 am [...] ([...] %). Danach [...] %, um bis 2018 [...] % [...]. 2019 lag es bei [...] % und im Jahr 2020, dem ersten Jahr der Coronapandemie, bei [...] %.¹⁵⁶

B.3.3.7 Bestellmodalitäten

93. Nivarox gab die Absichtserklärung über die Belieferung der Drittkundinnen unter der «Bedingung» ab, dass die Drittkundinnen «feste Bestellungen» für jedes Kalenderjahr bis spätestens zwölf Monate im Voraus, d.h. z.B. für 2015 bis spätestens zum 31. Dezember 2013, platzieren (3. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]). Diese feste Bestellung zwölf Monate im Voraus bestätigte Nivarox in der Regel erst kurz vor Beginn des betreffenden Kalenderjahrs, d.h. z.B. feste Bestellungen von 2013 für 2015 bestätigte Nivarox erst Ende 2014.¹⁵⁷ Eine weitere «Bedingung» der Absichtserklärung war es, dass zeitlich mit der «festen Bestellung» eine «unverbindliche» Vorschau auf das Folgejahr, d.h. z.B. für 2016 bis spätestens zum 31. Dezember 2013, abgegeben wird (4. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]).

94. Gemäss eigenem Vorbringen hat Nivarox bei den Drittkundinnen auf die Einhaltung der genannten Bestell- und Mitteilungsfristen hingewirkt, allerdings im Einzelfall auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten und unter Berücksichtigung

der maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung bedient bzw. dies versucht.¹⁵⁸ Die Bestellmodalitäten seien für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig.¹⁵⁹ Sie würden somit der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen.¹⁶⁰

95. Für konzerninterne Abnehmerinnen bestanden keine solchen Bestellmodalitäten. Gemäss Nivarox sei mit konzerninternen Abnehmerinnen eine laufende Abstimmung des Bedarfs möglich gewesen.¹⁶¹

B.3.4 Auswirkungen der Absichtserklärung und ihrer Umsetzung

96. Im Rahmen einer Vorabklärung können keine umfassenden Abklärungen zu den Auswirkungen einer abzuklärenden Verhaltensweise gemacht werden. Folgendes kann in Bezug auf die Auswirkungen des vorgenannten Verhaltens von Nivarox indes festgehalten werden:

97. Soweit Nivarox infolge der Umsetzung der Absichtserklärung Anfragen von bestehenden Drittkundinnen auf Lieferung zusätzlicher Mengen oder anderer Produkte ablehnte (vgl. oben Rz 72 ff., 75 ff., 88 f.) oder – im Falle der Lieferung von Assortiments für [...] Uhrwerk [...] – verzögert akzeptierte (vgl. oben Rz 83 ff.), stellt dies eine Behinderung dieser Drittkundinnen bei ihrer Produktion dar. Denn diese Unternehmen konnten deshalb (jedenfalls zunächst) nicht die aus ihrer Sicht erforderlichen Mengen an mechanischen Uhrwerken und/oder Fertighuhren in den von ihnen gewünschten technischen Ausführungen produzieren: Ihnen fehlte dafür (jedenfalls zunächst) der gewünschte Input-Faktor. Entsprechendes gilt auch für Unternehmen, welche neu Drittkundinnen werden wollten und deren Anfragen abgelehnt wurden (vgl. oben Rz 80 ff.). Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass Nachfragerinnen von Assortiments generell davon absahen, bei Nivarox überhaupt eine Anfrage auf Belieferung zu stellen, da sie davon ausgingen, dass Nivarox ihre Anfrage wegen der Absichtserklärung ohnehin ablehnen würde.

98. Wie schwer das Fehlen des Input-Faktors für die betroffenen Unternehmen wog, ist zum aktuellen Verfahrensstand nicht abschliessend beurteilbar. Für eine bedeutsame Wirkung spricht auf der einen Seite insbesondere, dass Swatch Group auf den nachgelagerten

¹⁵² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

¹⁵³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

¹⁵⁴ Siehe zu alledem Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff. m.w.N.

¹⁵⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 73.

¹⁵⁶ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 72.

¹⁵⁷ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 79.

¹⁵⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75 f.

¹⁵⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 79.

¹⁶⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 76 f.

¹⁶¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35.

Marktstufen – insbesondere im Fertighrenbereich – ebenfalls tätig ist (vgl. oben Rz 40, Abbildung 1) und die aufgezeigten Verhaltensweisen so das Potential haben, die Konkurrenzsituation auf den nachgelagerten Märkten zugunsten von Swatch Group zu verfälschen. Denn ETA sowie den Swatch Group-Uhrenmarken standen jeweils die bei Nivarox nachgefragten Mengen und Produkte zur Verfügung (vgl. insbesondere oben Rz 71, 79). Kommt hinzu, dass sich die Swatch Group-Tochter ETA im hier zu prüfenden Zeitraum (2014–2022) gleichzeitig vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. nur Rz 19). Davon betroffene Herstellerinnen von Fertighren waren – wollten sie ihre Absatzmenge beibehalten oder gar steigern – deshalb darauf angewiesen, dass andere Lieferantinnen von mechanischen Uhrwerken, z. B. Sellita, den Bedarf decken oder sie selbst ihre Eigenproduktion an mechanischen Uhrwerken steigern können. Beides erfordert, dass jemand – die betroffene Fertighrenherstellerin selbst oder eine von Swatch Group unabhängige Herstellerin von mechanischen Uhrwerken (z.B. Sellita) – den Bezug von Assortiments steigern kann bzw. in ausreichendem Masse mit Assortiments versorgt ist.

99. Auf der anderen Seite ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Nivarox die weit überwiegende Anzahl der Bestellungen der [...] bisherigen Drittkundinnen und teilweise auch von Neukundinnen erfüllte (vgl. Rz 81, 83 ff., 88 f.), teilweise auch dann, wenn es um Mehrmengen oder andere Produkte ging (vgl. insbesondere Rz 73, 83 ff., 88 f.). Demgegenüber lehnte Nivarox nur vereinzelt konkrete Anfragen auf Lieferung *zusätzlicher* Mengen oder *anderer* Produkte (nicht aber auf Lieferung von modifizierten Assortiments; vgl. Rz 76) endgültig und vollständig ab (vgl. zu diesen Fällen Rz 73, 77, 81). Die im Zeitraum 2014 bis 2020 verweigerten Mengen entsprechen dabei nur rund [10–20] % der in diesem Zeitraum insgesamt an Drittkundinnen gelieferten Assortimentsmenge (rund [...] Mio. Assortiments).¹⁶² Dementsprechend hat seit 2014 auch einzig ein Unternehmen (Sellita) eine Anzeige gegen Nivarox bei den Wettbewerbsbehörden eingereicht und dies, obwohl, wie aufgezeigt, nicht nur dieses von den vereinzelt Verweigerungen betroffen war (vgl. oben Rz 67 ff., 73 f., 77 f., 81 f., 89). Es kann deshalb als fraglich angesehen werden, ob das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit branchenweit kritisch gesehen wurde.

100. Kommt hinzu, dass die einzige Anzeigerin Sellita – trotz Nachfrage des Sekretariats – keinen konkreten Fall aufzeigen konnte, in dem sie seit 2014 ihrerseits eine konkrete Anfrage einer ihrer Kundinnen auf Lieferung eines Sellita-Uhrwerks nicht oder nur verspätet bedienen konnte, weil sie nicht über genügende Assortiments verfügte.¹⁶³ Aus den von Sellita eingereichten Unterlagen folgt vielmehr, dass Sellita seit 2014 ihren Bedarf vermehrt durch [...] die Eigenproduktion [...] deckte.¹⁶⁴ Insgesamt verfügte Sellita im Zeitraum 2014 bis 2021 so über [...] zusätzliche Assortiments. [...] Inwiefern die übrigen Unternehmen, welche von konkreten Belieferungsverweigerungen oder beschränkten Belieferungen betroffen waren, Alternativen zum Bezug von Assortiments von Nivarox fanden, ist nicht bekannt. Mit Blick auf das Absinken des «Nivarox-Anteils» an der Gesamtproduktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken im Zeitraum 2014 bis 2020 (vgl. oben Rz 58 f.) ist durch-

aus denkbar, dass diese Unternehmen bei alternativen Lieferanten Baumodule oder Komponenten beziehen oder sie solche selbst produzierten konnten.

101. Für die Wirkungen der aufgezeigten Verhaltensweisen kann zudem die Gesamtnachfrage nach Assortiments, mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und Swiss Made Uhren nicht ausser Acht gelassen werden. Für den hier interessierenden Zeitraum seit 2014 ist der Trend zu beobachten, dass die pro Jahr produzierte Gesamtmenge an mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. Swiss Made-Uhren sank, während die Stückpreise stiegen.¹⁶⁵ So sank die Gesamtzahl der produzierten mechanischen Swiss Made-Uhrwerke im Zeitraum 2014–2019 um rund 14,5 % (von ca. 9,8 Mio. Uhrwerken auf rund 8,4 Mio. Uhrwerke; 2014–2020: -35 %; 2014–2021: -22 %).¹⁶⁶ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass ein Teil dieses Rückgangs auch auf den Rückzug von ETA vom Drittkundenmarkt (vgl. nur Rz 19) zurückzuführen ist: ETA reduzierte im Zeitraum 2014–2019 ihre Verkaufsmenge für Drittkundinnen nämlich um rund [...] Mio. Stück.¹⁶⁷ Allerdings ist zu beachten, dass die von Nivarox für konzerninterne Abnehmerinnen produzierte Menge von rund [...] Mio. Assortiments im Jahr 2014 auf rund [...] Mio. Assortiments im Jahr 2019 [...] bedeu-¹⁶⁸ Dies bedeutet eine [...] des Eigenbedarfs um insgesamt [...] Mio. Assortiments ([...]%) bzw. – liesse man den [...] des Assortimentsbedarfs von ETA für Uhrwerke, welche ETA an Dritte lieferte, [...] – einen [...] des «echten Eigenbedarfs»¹⁶⁹ um insgesamt [...] Mio. Assortiments ([...] %).¹⁷⁰ An diesen Umständen manifestiert sich zum einen, dass sich das geprüfte Nivarox-Verhalten tatsächlich in einem der Menge nach schrumpfenden Marktumfeld abspielte.¹⁷¹ In einem solchen erscheinen Lieferverweigerungen oder Lieferbeschränkungen nicht gleichermassen nachteilig wie etwa

¹⁶² Eigene Berechnung des Sekretariats anhand der für Drittkundinnen produzierten Mengen (vgl. Tabelle 4) sowie der nicht bedienten Mehranfragen (vgl. Rz 73, 89).

¹⁶³ Sellita behauptet, dies liege daran, dass [...] Einige wenige Belege reichte Sellita betreffend [...] Vorfälle vor 2014 ein. In diesen Fällen ging es indes um [...] ETA-Uhrwerke [...] (Sellita bezog bis 2019 auch Uhrwerke bei ETA, welche sie an Dritte verkaufte). Vgl. dazu Act. 15, S. 21, 127 ff. (Beilage K).

¹⁶⁴ Act. 15, S. 15, 32.

¹⁶⁵ Vgl. etwa RPW 2021/2, 336 Rz 143, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 27 f. Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5. S.a. <<https://www.uhrenkosmos.com/schweizer-uhrenindustrie-exporte-2021/>> (6.12.2022).

¹⁶⁶ Vgl. auch Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5.

¹⁶⁷ Vgl. Verfügung der WEKO v. 13.7.2022 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*, Rz 172 sowie Tabelle A 3.

¹⁶⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29. Die insgesamt pro Jahr produzierte Menge [...] von rund [...] Mio. im Jahr 2014 auf ca. [...] Mio. Assortiments im Jahr 2019. Dies bedeutet [...] um [...] Mio. Stück bzw. [...] %.

¹⁶⁹ Bedarf aller konzerninternen Abnehmerinnen abzüglich des Bedarfs von ETA an Assortiments für mechanische Uhrwerke, welche ETA an Drittkundinnen lieferte.

¹⁷⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

¹⁷¹ Diese Tendenz dürfte sich infolge der Corona-Pandemie vor allem im Jahr 2020 und teilweise auch im Jahr 2021 noch akzentuiert haben; vgl. zu den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Produktionszahlen der Schweizer Uhrenindustrie etwa Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5.

in einem wachsenden Markt. Zum anderen zeigt sich am [...] der Nivarox-Produktion für den «echten Eigenbedarf», dass Swatch Group, welche ihren Assortimentsbedarf ausschliesslich über Nivarox deckt, ihren Anteil an der Gesamtzahl der produzierten Swiss Made-Uhrwerke und damit Swiss Made-Fertiguhren im hier interessierenden Zeitraum [...].¹⁷²

B.3.5 Zwischenergebnis zum Sachverhalt

102. Insgesamt dürfte Nivarox im Zeitraum 2014–2022 im beschriebenen Ausmass und gemäss der Selbstbeschreibung von Nivarox als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung im Bereich Assortiments anzusehen sein. So waren zu Beginn des Betrachtungszeitraums in ca. [90–100 %] aller mechanischen Swiss-Made-Uhrwerke Nivarox-Assortiments verbaut. Im Jahr 2020 lag dieser Anteil immer noch bei ca. [60–70 %]. Nivarox verfügt zudem über von der Konkurrenz unerreichte Skalenvorteile und einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion. Die Bedeutung von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 immerhin etwas gewachsen, wobei diese eher wenig konzentriert sind.

103. Nivarox gab an, sie habe die Absichtserklärung (vgl. Rz 8) seit ihrer Abgabe im Jahr 2014 vollständig umgesetzt,¹⁷³ sofern es nicht um die Bestellmodalitäten ging.¹⁷⁴ Bei den Bestellmodalitäten habe sie im Einzelfall auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten und unter Berücksichtigung der maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung bedient bzw. dies versucht.¹⁷⁵ Im Einzelnen hat sich Nivarox gemäss der vorliegenden Akten seit 2014 folgendermassen verhalten:

- Nivarox beschränkte die jährlichen Lieferungen von Assortiments an ihre bisherigen Drittkundinnen pro Unternehmen auf bestimmte jährliche Höchstmengen, welche den Durchschnittsmengen der in den Jahren 2009–2011 je Unternehmen bezogenen Jahresmengen entsprechen (maximale Liefermengen; vgl. Rz 66 ff.), sowie auf die in den Jahren 2009–2011 von diesen Drittkundinnen bezogenen Produkte (vgl. Rz 75 f.).
- Soweit es einzelne Anfragen von bisherigen Drittkundinnen auf Lieferung von *zusätzlichen* Mengen oder *anderen* Produkten gab, lehnte Nivarox diese teilweise vollständig oder anteilmässig ab (vgl. Rz 73, 77, 88 f.) bzw. kam diesen – im Fall der Bestellungen für das [...]Juhrwerk [...] – nur verzögert nach (vgl. Rz 83 ff.).
- Nivarox lehnte konkrete Anfragen von Unternehmen, welche bislang keine Kundinnen von Nivarox waren, auf Lieferung von Assortiments vollständig oder teilweise ab (vgl. Rz 81).
- Nivarox etablierte Bestellmodalitäten, wonach feste Bestellungen für ein bestimmtes Kalenderjahr bereits zwei Kalenderjahre vorher abgegeben werden mussten. Mit der Bestellung sollte zudem bereits eine Vorschau auf das drittnächste Kalenderjahr abgegeben werden (vgl. Rz 93 ff.).

- Die konzerninternen Abnehmerinnen waren von den vorgenannten Restriktionen nicht betroffen. Insbesondere könnten diese im Grundsatz die gewünschten Assortiments in den angefragten Mengen bei Nivarox beziehen (vgl. Rz 71, 79).

- Nivarox erhöhte im Zeitraum 2013 bis September 2021 insgesamt fünfmal die Preise (zuletzt im November 2018).¹⁷⁶ Die Preiserhöhungen bewirkten kumuliert eine Erhöhung der Verkaufspreise um rund 55 % (vgl. Rz 90 ff.). Diese Preiserhöhungen betrafen die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermassen.

104. Im Rahmen einer Vorabklärung können die Auswirkungen der beschriebenen Verhaltensweisen nicht umfassend abgeklärt werden. Diesbezüglich kann immerhin das in den Rz 97–101 Ausgeführte festgehalten werden. Folgendes sei an dieser Stelle wiederholt:

- Die vorgenannten Verhaltensweisen haben zumindest das Potential, die betroffenen Konkurrentinnen von Swatch Group im Bereich der Herstellung von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und Swiss Made Fertiguhren bei der Produktion zu behindern bzw. die Konkurrenzsituation auf den nachgelagerten Märkten zugunsten von Swatch Group zu verfälschen.

- Es sind indes keine konkreten Fälle bekannt, in denen die von Lieferverweigerungen betroffenen Drittkundinnen wegen des Verhaltens von Nivarox eine Belieferung ihrer Abnehmerinnen vollständig oder teilweise verweigern mussten. Mit Blick auf die vorliegenden Informationen ist im Gegenteil durchaus denkbar, dass diese Unternehmen bei alternativen Lieferanten Assortiments-Baumodule oder -Komponenten beziehen oder sie solche selbst produzierten konnten.

- Festzuhalten ist des Weiteren, dass Nivarox die weit überwiegende Anzahl der an sie gerichteten Bestellungen ihrer [...] bisherigen Drittkundinnen und teilweise auch von Neukundinnen vollständig erfüllte, vereinzelt auch dann, wenn es um Mehrmengen oder andere Produkte ging. Nivarox lieferte dementsprechend im Zeitraum 2014 bis 2020 insgesamt rund [...] Mio. Assortiments an Drittkundinnen aus.

¹⁷² [...] mit Blick auf die Umsätze wird davon ausgegangen, dass der Swatch Group-Anteil am gesamten Markt für Swiss Made-Fertiguhren in der Tendenz zuletzt [...] war; vgl. Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 17, sowie RPW 2014/1, 250 ff. Rz 272 ff., *Swatch Group Lieferstopp*. Ob diese Tendenz für sämtliche preisbezogenen Marktsegmente des Fertighrenmarktes (vgl. dazu RPW 2014/1, 231 f. Rz 145 ff., 251 f. Rz 277 f., *Swatch Group Lieferstopp*) gleichermassen gilt, konnte im Rahmen der Vorabklärung nicht abgeklärt werden (vgl. Rz 96).

¹⁷³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 30.

¹⁷⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75.

¹⁷⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75 f.

¹⁷⁶ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

- Das geprüfte Verhalten von Nivarox spielte sich in einem der Menge nach schrumpfenden Marktumfeld ab. In einem solchen erscheinen Lieferverweigerungen oder Lieferbeschränkungen nicht gleichermaßen nachteilig wie etwa in einem der Menge nach wachsenden Markt.
- Es ist nicht ersichtlich, dass Swatch Group im hier interessierenden Zeitraum [...].

105. Gemäss vorliegender Akten will Nivarox die Absichtserklärung [...].¹⁷⁷

C Erwägungen

106. Zu prüfen ist, ob mit Blick auf den vorstehenden Sachverhalt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts bestehen. Nicht zu prüfen ist im Rahmen der Vorabklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (vgl. Art. 26 f. KG).

C.1 Geltungsbereich

107. 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 KG).

108. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die vorliegende Vorabklärung richtet sich gegen Nivarox, welche zum Swatch Group-Konzern gehört (vgl. oben Rz 27). Der Swatch Group-Konzern ist als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren, da er als Anbieter und Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt. Das Kartellgesetz ist mithin in persönlicher Hinsicht anwendbar.

109. Vorliegend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG vorliegen (vgl. oben Rz 1, 21). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.¹⁷⁸ Ob tatsächlich Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 117 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet. In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz folglich anwendbar.

110. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften

111. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Es sind in casu keine Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gegeben.

112. Da es in dieser Vorabklärung auch um die Frage geht, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox die Möglichkeit des Bezugs von patentgeschützten Produkten durch Drittkundinnen kartellrechtswidrig eingeschränkt hat (vgl. insbesondere Rz 77, 172 f., 180), ist auf Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG einzugehen. Danach fallen Wettbewerbswirkungen nicht unter das Kartellgesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG ist nach gängiger Praxis restriktiv auszulegen, weshalb in der Regel eine Anwendbarkeit des Kartellrechts auch auf Sachverhalte mit patentrechtlichen oder innovationsbezogenen Implikationen gegeben ist.¹⁷⁹ Höchstens der Bestand des Patentrechts ist nicht Gegenstand des Kartellrechts, wohl aber jede Art und Weise der Ausübung bzw. Nutzung des patentgeschützten Produkts, etwa dann, wenn sich Unternehmen in Bezug auf die Zurverfügungstellung eines patentgeschützten Produkts auf die negative Vertragsfreiheit berufen wollen.¹⁸⁰ Das Kartellgesetz ist damit vorliegend auch in Bezug auf die Verweigerung der Lieferung von patentgeschützten Produkten anwendbar.

C.3 Kein Vertrauensschutz

113. Swatch Group macht in ihrer Stellungnahme zu Vorabklärung geltend,¹⁸¹ das in der Vorabklärung abzuklärende Verhalten stütze sich mit Blick auf die Absichtserklärung aus dem Jahr 2013 (vgl. oben Rz 8) auf eine Grundlage, welche den Wettbewerbsbehörden von Beginn weg bekannt sei. Die Wettbewerbsbehörden hätten seitdem keine kartellrechtlichen Beanstandungen geäussert, auch nicht nach der Anzeige von Sellita im Juni 2019 (vgl. dazu Rz 16). Swatch Group bzw. Nivarox habe daher im Vertrauen auf diese Haltung der Behörden ihre Praxis am Markt ohne grundsätzliche Beanstandung durch die Marktteilnehmer umgesetzt. Soweit dieses Vorbringen so zu verstehen sein soll, dass Swatch Group meint, eine kartellrechtliche Beurteilung des mutmasslichen Verhaltens von Nivarox sei deshalb (zu Ungunsten von Swatch Group) ausgeschlossen, ist Folgendes zu beachten.

114. Gemäss Art. 9 BV¹⁸² hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden

¹⁷⁷ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

¹⁷⁸ Vgl. nur RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros – EEF*; Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468, 547 f.; Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 N 14.

¹⁷⁹ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 81 ff., E. 528 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; RETO HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 3 Abs. 2 N 21 ff.; ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 44 ff.

¹⁸⁰ Vgl. etwa DIKE KG-WEBER (Fn 179), Art. 3 N 49 und 75 ff. m.w.N.

¹⁸¹ Vgl. Act. 16.

¹⁸² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.¹⁸³

115. Vorliegend fehlt es an einer Vertrauensgrundlage für den allfälligen Ausschluss der kartellrechtlichen Beurteilung der abzuklärenden Verhaltensweisen. Eine solche kann weder in der Weigerung der Wettbewerbsbehörden von Anfang 2014, ein kartellrechtliches Verfahren zu eröffnen (siehe oben Rz 13), erblickt werden, noch im Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden trotz wiederholter Anzeigen und Hinweise von Sellita zunächst nicht tätig wurden. In Bezug auf das Unterlassen der Verfahrenseröffnung von Anfang 2014 gilt dies schon deshalb, weil die Anzeigen sowie die Stellungnahmen der WEKO Swatch Group nicht bekannt gemacht wurden (vgl. Rz 14). Massgebend ist aber vor allem, dass die WEKO in der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013 explizit festhielt, sie habe die Absichtserklärung nicht kartellrechtlich geprüft und die Wettbewerbsbehörden würden frei bleiben und sich vorbehalten, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen (siehe oben Rz 9). Eine solcher Vorbehalt vermag die Entstehung einer Vertrauensgrundlage von vorneherein zu verhindern.¹⁸⁴ Dass die Wettbewerbsbehörden die Vorwürfe von Sellita betreffend den Bereich Assortiments im Wiedererwägungsverfahren «Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» nicht inhaltlich behandelten, beruhte sodann auf rein verfahrensrechtlichen Gründen (vgl. oben Rz 17 f.), zumal das Sekretariat schon damals äusserte, es prüfe, bezüglich den Bereich Assortiments ein gesondertes Verfahren zu eröffnen (vgl. oben Rz 17). Die in dieser Vorabklärung vorzunehmende kartellrechtliche Prüfung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 entspricht somit dem, was die Wettbewerbsbehörden seit dem 21. Oktober 2013 wiederholt in Aussicht gestellt haben.

116. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die kartellrechtliche Beurteilung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ausgeschlossen ist.

C.4 Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens

117. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen

unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

118. Vorliegend wird wegen der Indizienwirkung der festgestellten marktbeherrschenden Stellung von Nivarox (vgl. Rz 5, 141 ff.) geprüft, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat (vgl. dazu sogleich Rz 119 ff.). Nicht geprüft wird hingegen, ob ein Missbrauch relativer Marktmacht gegeben sein könnte. Dies zum einen, weil kein Unternehmen eine individuelle wirtschaftliche Abhängigkeit von Nivarox im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG¹⁸⁵ geltend gemacht hat und zum anderen, da die abzuklärenden Verhaltensweisen im Wesentlichen in den Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Vorschriften zur relativen Marktmacht (1. Januar 2022) fallen.

C.4.1 Marktbeherrschende Stellung

119. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

120. Um festzustellen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass sich Swatch Group bzw. Nivarox in Bezug auf die Herstellung und Lieferung von Assortiments tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

C.4.1.1 Relevanter Markt

121. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁸⁶

122. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.¹⁸⁷ Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht

¹⁸³ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 611 Rz 216 f., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.

¹⁸⁴ BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 8.4 m.w.H., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁸⁵ Vgl. dazu Merkblatt und Meldeformular des Sekretariats zur relativen Marktmacht; abrufbar im Internet unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html> (6.12.2022).

¹⁸⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.N., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸⁷ Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Marktabgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 532; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 2 N 12 ff.; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 4 Abs. 2 KG N 94.

wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbe- reich betrifft.¹⁸⁸

C.4.1.1.1. Marktgegenseite

123. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. «Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. Anbieter und Anbieterinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁸⁹ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. der Anbieter und Anbieterinnen der durch das marktbeherrschende Unternehmen ver- kauften oder nachgefragten Leistung (Produkt oder Dienstleistung) an.¹⁹⁰ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Produkte oder Dienstleistungen beziehen oder anbieten, auf die sich die Abrede bezieht.

124. Bei den vorliegend abzuklärenden mutmasslichen Verhaltensweisen von Nivarox bilden die Herstellerinnen von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken sowie die von (Swiss Made-)Fertiguhren als Abnehmerinnen von Assortimentslieferungen die Marktgegenseite (vgl. auch Abbildung 1 nach Rz 40).

C.4.1.1.2. Sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt

125. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁹¹, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹²

126. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp*, welche ebenfalls das Verhalten von Nivarox betraf (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in sachlicher Hinsicht von einem Gesamtmarkt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments (zur technischen Definition von Assortiments vgl. oben Rz 31 ff.) aus.¹⁹³ Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung, in der nur zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox bestehen, von dieser sachlichen Marktabgrenzung abzuweichen.

127. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus.

Räumlich relevanter Markt

128. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt

umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹⁴

129. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in räumlicher Hinsicht von einem die Schweiz umfassenden Markt aus, weil die konkrete Marktgegenseite Assortiments grossmehrheitlich in der Schweiz bezog und ein Wechsel auf Assortiments ausländischer Unternehmen technisch nicht ohne weiteres möglich und aus Marketinggründen auch nicht gewollt sei.¹⁹⁵

130. Wie schon in der damaligen Untersuchung macht Swatch Group auch in dieser Vorabklärung geltend, die konkrete Marktgegenseite würde Assortiments nicht nur in der Schweiz beziehen bzw. es sei nicht zulässig, auf den Marketing-Aspekt abzustellen, weshalb der Markt weltweit abzugrenzen sei.¹⁹⁶ Zum Beleg verweist Swatch Group insbesondere auf die niederländische Assortiments-Herstellerin Flexous Mechanisms B.V.,¹⁹⁷ zu dessen Kundschaft – was gemäss öffentlich zugänglichen Quellen zutrifft – die Schweizer Fertighrenherstellerinnen Zenith (LVMH-Gruppe) und Frédérique Constant SA (Citizen-Gruppe) gehören.¹⁹⁸

131. Dass sich Nivarox gerade in jüngster Zeit Konkurrenz aus dem Ausland ausgesetzt sehen könnte, ist angesichts von konkreten Beispielen, in denen insbesondere in der Schweiz ansässige Nachfragerinnen Assortiments im Ausland bezogen haben (vgl. Rz 130), nicht ausgeschlossen. Wie gross der Einfluss von ausländischen Assortimentsherstellerinnen auf die in der Schweiz ansässigen Assortimentsproduzentinnen jedoch tatsächlich ist, müsste indes vertieft mittels Befragung der Marktgegenseite zur Substituierbarkeit von Nivarox-Assortiments durch ausländische Assortiments abgeklärt werden. Eine solche Abklärung würde im Rahmen einer Vorabklärung, in welcher «nur» zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen, einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten.

¹⁸⁸ Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf Roger Zäch, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach

Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f.; STEINVORTH (Fn 187), 924 ff. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 215, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2021/3a, 1111 f. Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁸⁹ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz 281. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 216, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2021/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁹⁰ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269 ff., *ADSL II*.

¹⁹¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁹² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹³ RPW 2014/1, 228 f. Rz 121 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹⁴ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.N., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁵ RPW 2014/1, 229 f. Rz 128 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹⁶ Vgl. RPW 2014/1, 230 Rz 138, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 24 ff.

¹⁹⁷ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 26 f.

¹⁹⁸ Vgl. etwa <https://www.chrono24.ch/magazine/innovative-uhren-hemmungen-von-mikrosystemtechnik-und-silizium-p_97554/> (6.12.2022).

132. Immerhin kann an dieser Stelle auf die im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung* durchgeführte Marktbefragung, bei welcher es sich um eine Vollbefragung handelte,¹⁹⁹ zurückgegriffen werden. Bei dieser Befragung gaben nur drei aller 188 befragten Unternehmen²⁰⁰ an, dass sie im Zeitraum 2014–2019 Assortiments bei ausländischen Unternehmen bezogen hätten.²⁰¹ Die insgesamt in diesem Zeitraum ausserhalb der Schweiz bezogene Assortimentsmenge beläuft sich gemäss den Angaben dieser wenigen Unternehmen auf einen tiefen sechsstelligen Betrag, was im Verhältnis zur gesamten Produktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. -Fertiguhren in den Jahren 2014–2019 (insgesamt rund [...] Mio. Uhrwerke)²⁰² einen verschwindend geringen Anteil ausmacht ([...] %). Soweit die befragten Unternehmen keine Assortiments im Ausland beziehen wollten, gaben sie zur Begründung insbesondere an, dass ein Assortimentsbezug bei nicht-Schweizer Produzentinnen aufgrund von Qualitätsproblemen, namentlich bei grossen Stückzahlen, höheren Preisen oder entgegenstehenden Kundenerwartungen für sie nicht möglich sei.²⁰³

133. Es sind daher keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung von der räumlichen Marktabgrenzung gemäss dem WEKO-Entscheid i.S. *Swatch Group Lieferstopp* (vgl. Rz 129) abzuweichen. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in räumlicher Hinsicht von einem Markt für Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

Zeitlich relevanter Markt

134. Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind.²⁰⁴ Liegen wie vorliegend «Dauermärkte» und keine kurzzeitigen oder saisonalen Märkte vor, bedarf es keiner Klärung einer zeitlichen Dimension.²⁰⁵

C.4.1.1.3. Zwischenfazit zum relevanten Markt

135. Im Ergebnis erachtet das Sekretariat damit den Markt für in der Schweiz produzierte Assortiments bzw. Assortimentskomponenten im Zeitraum 2014 bis 2022 als relevant an.

C.4.1.2 Marktstellung

136. Nach der Abgrenzung des relevanten Markts gilt es zu prüfen, ob Nivarox im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

137. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieterinnen oder Nachfragerinnen in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmerinnen (Mitbewerberinnen, Anbieterinnen oder Nachfragerinnen) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Ver-

halten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmerinnen, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüberhinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen.²⁰⁶

138. Eine marktbeherrschende Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.²⁰⁷ Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb durch andere Unternehmen gegeben sein.²⁰⁸ Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung findet der Wahrscheinlichkeitsbeweis mit multiplen Wirkungszusammenhängen Anwendung.²⁰⁹

139. Die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG erfolgt nicht anhand fixer Kriterien, massgebend ist vielmehr die umfassende Prüfung im Einzelfall.²¹⁰ Dabei kann ein hoher Marktanteil für sich betrachtet ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sein.²¹¹ Zu beachten sind daneben sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.²¹² Als solche entscheidmassgebenden Aspekte können neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite etwa folgende Kriterien relevant werden: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten

¹⁹⁹ RPW 2021/2, 312 Fn 37, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰⁰ Siehe allgemein zu dieser Marktbefragung RPW 2021/2, 332 ff. Rz 119 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰¹ Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²⁰³ Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰⁴ Vgl. nur BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.1 m.w.N., Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen.

²⁰⁵ BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.2 m.w.N., *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*.

²⁰⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 402, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁷ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁸ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁹ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹⁰ Vgl. BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403, *Sanktionsverfügung – DCC*; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 548; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: *Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2e édition 2013, Art. 4 II LCart N 131. S.a. RPW 2021/2, 388 Rz 415, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²¹¹ Vgl. nur BGE 130 II 459, E. 5.7.2.; BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; gemäss Bundesverwaltungsgericht begründet ein Marktanteil von über 50 % sogar eine Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹² Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; CR CONCURRENCE-CLERC/KÉLLEZI (Fn 210), Art. 4 II LCart N 131.

(z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur, Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kundinnen und Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.²¹³

140. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden wird bei der Beurteilung der Marktstellung der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite auf den relevanten Märkten geprüft. Im Rahmen einer Vorabklärung wird die Marktstellung nur summarisch beurteilt, da in einer solchen nicht die Unzulässigkeit des Verhaltens festgestellt werden muss, sondern nur geprüft wird, ob Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss bestehen (vgl. Rz 106).

C.4.1.2.1. Indizienwirkung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

141. Die WEKO hat mit ihrer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* im Dispositiv festgestellt, dass Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung im Sinne eines «Quasi-Monopols» innehat (vgl. oben Rz 5).²¹⁴ Diese rechtskräftige Feststellung hat nach wie vor Bestand, da Swatch Group nicht die Wiedererwägung bzw. Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox beantragte (vgl. oben Rz 10).

142. Stellt die WEKO in einem kartellrechtlichen Verfahren fest, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, und wird die entsprechende Verfügung rechtskräftig, so hat die Feststellung zwar primär eine Wirkung für den Entscheidzeitpunkt, daneben aber auch eine Bedeutung für die Zukunft.²¹⁵ Für die Zukunft bewirkt die rechtskräftige Feststellung zum einen eine besondere fusionsrechtliche Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.²¹⁶ Zum anderen hat die Feststellung für die Zukunft eine Indizienwirkung in öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Kartellverfahren. So kann die verfügende bzw. urteilende Instanz die rechtskräftige Feststellung für die eigene Prüfung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigen,²¹⁷ ohne dabei indes von der Pflicht befreit zu sein, die Marktbeherrschung im konkreten Entscheidzeitpunkt abklären zu müssen²¹⁸ (vgl. oben Rz 137 ff.). Die Indizienwirkung ist umso grösser, je kleiner der zeitliche Abstand des geprüften Verhaltens vom Feststellungszeitpunkt ist.

143. Die in Rz 141 erwähnte, in Rechtskraft erwachsene Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox hat dementsprechend für diese Vorabklärung Indizienwirkung. Diese ist für die ersten Jahre nach 2013 grösser als für das Ende des hier zu beurteilenden Zeitraums. Folgendes ist darüber hinaus zu beachten.

C.4.1.2.2. Aktueller Wettbewerb

144. Im Jahr 2013 ging die WEKO davon aus, dass Nivarox über ein Quasi-Monopol auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügt. Zwar existierten einige kleine Konkurrenten, diese verfügten aber nur über einen Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox und ihre Produkte waren preislich nicht mit Nivarox-Produkten vergleichbar. Gemäss der WEKO konnte sich Nivarox deshalb weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten.²¹⁹ In Bezug auf die Prüfung

des aktuellen Wettbewerbs seit 2014 sind die folgenden Umstände bedeutsam.

145. Insgesamt dürfte Nivarox in diesem Zeitraum – gemäss ihrer Selbstbeschreibung – als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung in diesem Bereich anzusehen sein. So waren zu Beginn des Betrachtungszeitraums in ca. [90–100 %] aller mechanischen Swiss-Made-Uhrwerke Nivarox-Assortiments verbaut. Im Jahr 2020 lag dieser Anteil immer noch bei ca. [60–70 %] (vgl. Rz 58 f.).

146. Die Bedeutung von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 zwar gewachsen (vgl. Rz 58 ff.). Bei Zugrundelegung der Schätzungen von Nivarox betrug ihr gemeinsamer Produktionsanteil aber selbst im Jahr 2020 erst [30–40] % und lag davor noch (weit) tiefer (2019: [20–30] %. 2018: [20–30] %. 2017: [30–40] %. 2016: [10–20] %. 2015: [0–10] %. 2014: [0–10] %; vgl. Rz 56).²²⁰ Auch lag der gemeinsame Marktanteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen im Drittkundinnenbereich (Verkauf von Assortiments an andere Unternehmen) laut Vorbringen von Nivarox in den Jahren 2014–2020 immer bei weniger als 50 % (vgl. Rz 56).²²¹

147. Die Anteile von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen verteilten sich dabei auch nach 2013 auf eine Vielzahl von Unternehmen (vgl. Rz 60), so dass das alternative Angebot als wenig konzentriert angesehen werden kann. Nivarox steht also nicht einer oder zwei grösseren Konkurrentinnen gegenüber, sondern einer Vielzahl kleinerer Schweizer Produzentinnen, welche nicht über vergleichbare Skalenvorteile wie Nivarox²²² verfügen und teilweise auch nicht sämtliche Baumodule bzw. Komponenten eines Assortiments produzieren²²³. Zudem verfügte Nivarox gegenüber der Konkurrenz einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion.²²⁴ Es ist daher durchaus plausibel, dass ausser Nivarox – wie Sellita behauptet²²⁵ – keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in grösseren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.

²¹³ Vgl. etwa Nachweise bei BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff., 345 ff.

²¹⁴ RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²¹⁵ RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 410 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹⁶ Vgl. nur RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²¹⁷ Vgl. BGE 137 II 199, E. 6.5.1, *Mobilfunkterminierung*. Vgl. zu einer solchen Indizienwirkung etwa RPW 2014/1, 233 Rz 160, *Swatch Group Lieferstopp*.

²¹⁸ Vgl. insbesondere BGE 137 II 199, E. 6.5.1, *Mobilfunkterminierung* sowie Nachweis in Fn 216.

²¹⁹ RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²²¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²²² Vgl. dazu insbesondere RPW 2014/1, 244 ff. Rz 242 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²³ Vgl. etwa RPW 2021/2, 377 Rz 365, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁴ Vgl. auch RPW 2014/1, 243 ff. Rz 229 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²⁵ Act. 15, S. 20.

148. Nivarox kann aufgrund ihrer Geschäftsbeziehungen und ihrer Fähigkeit, grosse Mengen Assortiments in der gewünschten Qualität und zu attraktiven Preisen zu produzieren, als direkte oder zumindest indirekte Assortimentslieferantin nahezu aller wichtigen Herstellerinnen von Swiss Made-Fertiguhren bezeichnet werden (vgl. oben Rz 41 ff.). So gehören neben den konzerninternen Abnehmerinnen, darunter namentlich ETA, insbesondere [...], [...] sowie verschiedene weitere Uhrwerksherstellerinnen wie die [...] zur ihrer Kundschaft.²²⁶ [...] ²²⁷ [...] ²²⁸ und war im Zeitraum 2014–2020 in Bezug auf die gelieferte Menge – noch vor [...] ²²⁹ – die [...] grösste Drittkundin von Nivarox.²³⁰

149. Nivarox verfügt(e) damit auch im Zeitraum 2014–2022 über eine sehr starke Stellung auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments. Zwar hat die Bedeutung der Konkurrenten seit 2013 zugenommen, die Konkurrenzunternehmen produzieren aber nach wie vor nur einen Bruchteil der von Nivarox produzierten Mengen, weshalb Nivarox insbesondere von Skalenvorteilen profitiert. Zudem verfügt Nivarox gegenüber der Konkurrenz über einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014 bis heute weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten konnte.

C.4.1.2.3. Potentieller Wettbewerb

150. Zu prüfen ist damit, inwiefern Nivarox mit potentieller Konkurrenz konfrontiert ist bzw. war. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt eindringen können bzw. hätten eindringen können. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potentielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten, Skalenvorteilen bestehender Anbieter oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.²³¹

151. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* nahm die WEKO eine umfassende Prüfung von allfälligen Markteintrittsbarrieren in Bezug auf den auch in dieser Vorabklärung relevanten Markt vor.²³² Zusammengefasst kam sie damals zum Ergebnis, dass wegen der Skalenvorteile von Nivarox, ihrem Know-how- und Technologievorsprung (auch im Bereich von patentgeschützten Silizium-Komponenten; vgl. oben Rz 53 f.) sowie ihrer Reputation sehr hohe Markteintrittshürden bestünden, welche kurz- bis mittelfristig eine hinreichend disziplinierende Wirkung durch potentielle Konkurrenz ausschliessen würden.²³³

152. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben könnten, für die Zeit nach 2013 von tieferen Markteintrittsbarrieren auszugehen. Denn auch in der Zeit nach 2013 hatte Nivarox, namentlich aufgrund ihrer Produktion für konzerninterne Abnehmerinnen, unerreichte Mengenvorteile (vgl. oben Rz 60, 147) und einen Know-how- und Technologievorsprung, welcher sich z. B. darin manifestierte, dass es Nivarox gelang, Silizium- oder Nivachron-Komponenten im industriellen Ausmass für mechanische Swiss Made-Fertiguhren mit

Preisen von unter CHF 1'000 oder knapp darüber (vgl. auch oben Rz 53 f.) herzustellen²³⁴. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Reputation von Nivarox-Assortiments nach 2013 gelitten haben könnte. Dass es seit 2013 Markteintritte gab und bestehende Anbieter ihre Produktionsmengen steigerten (vgl. oben Rz 60 f., 147),²³⁵ steht der Behauptung von sehr hohen Markteintrittshürden nicht entgegen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass eine oder mehrere dieser Anbieterinnen betreffend die Wettbewerbsparameter Menge, Qualität und Preis mit Nivarox vergleichbar sind.

153. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der potentiellen Konkurrenz verhalten konnte.

C.4.1.2.4. Nachfragemacht der Marktgegenseite

154. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* ging die WEKO nicht davon aus, dass die Kundschaft Nivarox in ausreichendem Mass zu disziplinieren vermochte. Dies zeigte sich primär daran, dass Nivarox ihre Lieferungen an Kundinnen und Kunden einseitig einstellen wollte, worin sich manifestierte, dass Nivarox bzw. Swatch Group nicht auf die Belieferung von Drittkundinnen angewiesen war. Zudem berücksichtigte die WEKO, dass alternative Schweizer Assortimentsproduzentinnen nicht über ausreichend Kapazitäten verfügten, um eine Nachfrage von ehemaligen Kundinnen von Nivarox bedienen zu können.²³⁶

155. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, die Nachfragemacht der Marktgegenseite im Zeitraum nach 2013 als ausreichend disziplinierend anzusehen. Namentlich begründet Swatch Group bzw. Nivarox die Belieferung der Drittkundinnen in der Zeit von 2014–2022 nicht mit einer betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit, sondern einzig damit, dass

²²⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 15 ff., Excel-Tabellen 6 und 7.

²²⁷ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁸ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁹ [...] war in den Jahren 2014–2019 mengenmässig stets die zweitwichtigste Drittkundin (Bezugsmenge 2014: [...]. 2015: [...]. 2016: [...]. 2017: [...]. 2018: [...]. 2019: [...]). Im Jahr 2020 fiel sie hingegen auf den sechsten Platz (Bezugsmenge: [...] Assortiments); vgl. Act. 13, Excel-Tabelle 7.

²³⁰ [...] erhielt in den Jahren 2014–2019 von Nivarox jährlich jeweils [...] Assortiments; im Jahr 2020 lieferte Nivarox [...] Assortiments. Diese Liefermengen entsprechen zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) der Jahresproduktion von Nivarox (zur Jahresproduktion vgl. oben Rz 51 ff.); vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 19 ff., Excel-Tabelle 7.

²³¹ RPW 2020/4a, 1821 Rz 461, *Strassenbau Graubünden*; RPW 2017/3, 421 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 311 ff. m.w.H.

²³² Vgl. RPW 2014/1, 243 ff. Rz 226 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²³³ S. Nachweis in Fn 232.

²³⁴ Vgl. etwa <https://www.tissotwatches.com/de-ch/men.html?filter_movement_type=Aijtomatik>; <<https://4www.midowatches.com/ch-de/baroncelli-chronometer-silicon-gentm0274081101100.html>>; <<https://4www.certina.com/ch-de/watchfinder/automaticwatch?f%5B0%5D=feature%3A160&f%5B1%5D=feature%3A474>> (6.12.2022).

²³⁵ Vgl. nur RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²³⁶ RPW 2014/1, 249 Rz 269 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

sie damit für die Drittkundinnen Planungssicherheit herstellen wollen (vgl. oben Rz 63). Auch konnte Nivarox die Lieferung der gewünschten Mengen und Produkte in den geschilderten Fällen ohne Weiteres vollständig oder teilweise verweigern bzw. verzögern (vgl. oben Rz 72 ff., 75 ff., 80 ff., 83 ff., 88 f.) und zudem im Zeitraum 2014 bis 2018 die Preise einseitig um rund 55 % erhöhen (vgl. oben Rz 90 ff.). Zudem ist es mit Blick auf die Produktionsmengen alternativer Assortiments-Herstellerinnen und deren kleineren Skalenvorteilen sowie den Know-how- und Technologievorsprung von Nivarox durchaus plausibel, dass ausser Nivarox keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in vergleichbaren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.

156. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der Marktgegenseite verhalten konnte.

C.4.1.2.5. Zwischenfazit

157. Die WEKO hat mit dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid vom 21. Oktober 2013 festgestellt, dass Nivarox im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aus den dargelegten Gründen bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox auch im hier interessierenden Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte.

C.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

C.4.2.1 Allgemeines

158. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, motiviert doch der Wettbewerb konkurrierende Unternehmen durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten, welche ihrerseits einen Missbrauch voraussetzt. Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite.²³⁷

159. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmisbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.²³⁸

160. Ein *Behinderungsmisbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmisbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.²³⁹

161. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmisbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z. B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmisbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmisbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».²⁴⁰

162. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.²⁴¹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.²⁴²

163. Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt.²⁴³ In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe

²³⁷ BGE 139 I 72, 100 f. E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*.

²³⁸ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²³⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 569.

²⁴⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

²⁴¹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570.

²⁴² Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktbündel «Talk & Surf»*.

²⁴³ Vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*.

(sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.²⁴⁴ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.²⁴⁵

C.4.2.2 Im Fokus stehende Verhaltensweisen

164. Anders als in der Untersuchung i.S. *Swatch Group Lieferstopp* steht in dieser Vorabklärung keine vollständige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen²⁴⁶ im Fokus.

165. Zu prüfen ist vielmehr, ob Anhaltspunkte bestehen, dass

- die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.) unzulässige Einschränkungen des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst e KG darstellen (siehe dazu unten Rz 166 ff.);
- die Festlegung der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) sowie die konkreten Weigerungen von Nivarox, neue Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 81) gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig waren (siehe dazu unten Rz 185 ff.);
- die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingungen unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG einzuordnen sind (siehe dazu unten Rz 194 ff.);
- Nivarox gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG Handelspartner bei Geschäftsbedingungen diskriminiert hat, indem sie Drittkundinnen einerseits und konzerninterne Abnehmerinnen andererseits sowie Drittkundinnen untereinander betreffend die Bezugsmöglichkeiten unterschiedlich behandelte (siehe dazu unten Rz 208 ff.).

C.4.2.3 Einschränkung des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

166. Wie dargelegt, hat Nivarox in der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen festgelegt (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie in Umsetzung der Absichtserklärung in konkreten Fällen gegenüber Drittkundinnen die bei ihr beziehbaren Mengen und Produkte beschränkt (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dies als unzulässige Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren ist.

167. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:²⁴⁷

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

C.4.2.3.1. Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung

168. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ist die «künstliche Verknappung» von Gütern oder Dienstleistungen missbräuchlich.²⁴⁸ So liegt eine Einschränkung der Erzeugung vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die eigene Produktion trotz bestehender Nachfrage einschränkt.²⁴⁹ Einschränkungen der technischen Entwicklung sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappen oder aufheben.²⁵⁰ Soweit die Einschränkung bei anderen Unternehmen Wirkungen zeitigt, stellt die Verhaltensweise einen klassischen Anwendungsfall des Behinderungsmissbrauchs vor, da diesen Unternehmen die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erschwert wird.²⁵¹

169. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die fehlende Möglichkeit oder der fehlende Wille des marktbeherrschenden Unternehmens, die Nachfrage zu bedienen, grundsätzlich nicht gegen eine tatbestandsmässige Verhaltensweise spricht. Denn die Frage, worin der sachliche Grund für die Nichtbedienung der Nachfrage liegt/lag, ist prüfungssystematisch typischerweise im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu beantworten (vgl. unten Rz 178 ff.).

²⁴⁴ BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*.

²⁴⁵ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*.

²⁴⁶ Vgl. RPW 2014/1, 254 ff. Rz 289 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁴⁷ Vgl. RPW 2020/2, 597 f. Rz 1018 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2020/1, 214 Rz 908, *KTB*; RPW 2018/3, 580 Rz 558 ff., *Supermédia*; RPW 2014/4, 687 f. Rz 129 f., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen SDA*.

²⁴⁸ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 574.

²⁴⁹ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 462. Vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 7 N 659 f.

²⁵⁰ RPW 2011/1, 181 Rz 501, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470, BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 665 ff.

²⁵¹ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470, BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 659.

170. Wie dargelegt, hat Nivarox die jährlichen Lieferungen von Assortiments an ihre bisherigen Drittkundinnen pro Unternehmen auf bestimmte jährliche Höchstmengen, welche den Durchschnittsmengen der in den Jahren 2009–2011 je Unternehmen bezogenen Jahresmengen entsprechen, beschränkt (vgl. oben Rz 66 ff.). Damit hat sie die eigene Produktion einseitig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren konkreten Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Mengen beschränkt. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung die Erzeugung einschränkt.

171. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten (vollständigen oder teilweisen) Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen (vgl. oben Rz 73 f., 88 f.). Insbesondere verweigerte Nivarox gegenüber Sellita, der nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutendste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁵² mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁵³, wiederholt Mehrlieferungen ([...]; vgl. Rz 73). Soweit Nivarox für 2020 «Mehrmengen» verteilte (vgl. Rz 88 f.), erfüllte Nivarox die konkreten Mehranfragen in mehreren Fällen, insbesondere gegenüber Sellita, unvollständig und nach unterschiedlichen Kriterien. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox die Produktion von Assortiments entgegen der konkreten Nachfrage einschränkte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der Erzeugung führte.

172. Wie dargelegt, hat Nivarox gegenüber bisherigen Drittkundinnen die beziehbaren Produkte grossmehrheitlich auf diejenigen Assortiments beschränkt, welche diese Drittkundinnen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hatten (vgl. oben Rz 75). Damit hat sie die eigene Produktion einseitig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Produkte beschränkt. Damit könnten den Drittkundinnen Inputfaktoren für ihre technische Weiterentwicklung fehlen. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung die technische Entwicklung einschränkte.

173. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten Verweigerungen oder Verzögerungen der Lieferung von anderen Produkten (vgl. oben Rz 77 f., 83 ff.). So fragten im Zeitraum 2014–2021 bei Nivarox konkret [...] bisherige Drittkundinnen die Belieferung mit anderen Produkten an.²⁵⁴ Dabei handelt es sich um die folgenden Unternehmen: [...]»²⁵⁵. Die Erfüllung dieser Anfragen hat Nivarox nach seinen eigenen Schilderungen – ausser gegenüber [...] (s. dazu Rz 83 ff. sowie sogleich) – in Umsetzung der Absichtserklärung verweigert. Den anfragenden Unternehmen fehlte damit ein Inputfaktor für ihre technische Weiterentwicklung von mechanischen Uhrwerken. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen zu Lasten dieser Unternehmen verhinderte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung bei den anfra-

genden Unternehmen führte. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die verzögerte Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...]uhrwerk [...] (83 ff.), weil dadurch [...] im Zugang zu den technologischen Ressourcen von Nivarox behindert war.

C.4.2.3.2. Wettbewerbsbehinderung

174. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.²⁵⁶ Dies ist u.a. gegeben, wenn andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe²⁵⁷ in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei müssen nicht im Sinne eines «wirkungsbasierten Ansatzes» wohlfahrtstheoretische Kosten nachgewiesen werden,²⁵⁸ sondern es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs.²⁵⁹ Erforderlich ist also die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzuführen.²⁶⁰

175. Die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen haben das Potenzial, Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern (vgl. Rz 97 f.). Denn ETA sowie den Swatch Group-Uhrenmarken standen jeweils die bei Nivarox nachgefragten Mengen und Produkte zur Verfügung (vgl. insbesondere oben Rz 71, 79). Kommt hinzu, dass sich die Swatch Group-Tochter ETA im hier zu prüfenden Zeitraum (2014–2022) gleichzeitig vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. nur Rz 19). Davon betroffene Herstellerinnen von Fertighuhren waren – wollten sie ihre Absatzmenge beibehalten oder gar steigern – deshalb darauf angewiesen, dass andere Lieferantinnen von mechanischen Uhrwerken, z. B. Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutendste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁶¹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁶², den Bedarf decken oder sie selbst ihre Eigenproduktion an mechanischen

²⁵² RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵³ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵⁴ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

²⁵⁵ Im Falle von [...] begründet Nivarox die Nichtbelieferung damit, dass die Neuentwicklung zur kontinuierlichen Belieferung von [...] mit Mehrmengen geführt hätte (Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 39). Dieser Fall kann also auch als Verweigerung von Mehrmengen qualifiziert werden.

²⁵⁶ Vgl. Nachweise in Fn 247.

²⁵⁷ Vgl. zu vertikalen Behinderung etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 61 m.w.N.

²⁵⁸ So BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 45.

²⁵⁹ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; EVELYNE CLERC, in: *Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Ed.), 2e édition 2013, Art. 7 I LCart N 89 f.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁰ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶¹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁶² Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

Uhrwerken steigern können. Beides erfordert, dass jemand – die betroffene Fertighrherstellerin selbst oder eine von Swatch Group unabhängige Herstellerin von mechanischen Uhrwerken (z.B. Sellita) – den Bezug von Assortiments steigern kann bzw. in ausreichendem Masse mit Assortiments versorgt ist.

176. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass z. B. Sellita seit 2014 ihren Assortimentsbedarf vermehrt durch [...] die Eigenproduktion [...] deckte, und so insgesamt im Zeitraum 2014 bis 2021 über [...] zusätzliche Assortiments verfügte (vgl. oben Rz 99). Dies befähigte Sellita insbesondere auch dazu, [...]. Wäre es tatsächlich so gewesen, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 f.) sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 101), könnte dies letztendlich gegen eine Wettbewerbsbehinderung und damit die Missbräuchlichkeit der vorgenannten Verhaltensweisen sprechen. Diese Aspekte vermögen «Anhaltspunkte» für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung indes nicht auszuschliessen. Denn welche Wirkungen eine Verhaltensweise konkret auf den Wettbewerb hatte, kann vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung abgeklärt werden, in der vertiefte Ermittlungen, insbesondere die Befragung von zahlreichen Marktteilnehmerinnen, durchgeführt werden können. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls sinkende Marktanteile [...] die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht ausschliessen.²⁶³ Denn insbesondere lässt sich nicht ausschliessen, dass der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens ohne das missbräuchliche Verhalten noch mehr oder schneller [...] .²⁶⁴

177. Da nach dem Gesagten die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber in ihrer Erzeugung und der technischen Entwicklung zu beeinträchtigen und so gegenüber den konzerninternen Abnehmerinnen von Swatch Group im Wettbewerb zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt.

C.4.2.3.3. Sachliche Gründe

178. Eine unzulässige Einschränkung der Erzeugung oder der technischen Entwicklung liegt nur dann vor, wenn keine legitime business reasons gegeben sind. Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG können z.B. gerechtfertigt werden durch Kapazitätsengpässe, die eine Aufrechterhaltung des bisherigen Produktions- oder Vertriebsumfangs verunmöglichen, als Reaktion auf eine Nachfrageänderung oder wenn die Entstehungskosten eines Produkts nicht durch den zu erzielenden Gewinn gedeckt werden können und die Einschränkung somit auf Kosteneinsparungen beruht.²⁶⁵

179. Zu den verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der Erzeugung (vgl. oben Rz 170 f.) ist Folgendes anzumerken.

- Für die Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin an sich sind keine legitime business reasons ersichtlich. Dies insbesondere, weil Nivarox von ihren Drittkundinnen zugleich feste Bestellungen, über ein Jahr vor der geplanten Auslieferung sowie eine Vorausschau für das Folgejahr verlangt (vgl. Rz 93 ff.), und der geplante Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox zugleich höchstens [...] beträgt (Rz 36).²⁶⁶ Angesichts dessen erscheint es Nivarox zumutbar, dass sie bei ausreichendem Bestellvorlauf mehr liefert als ein bestimmtes Unternehmen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hat. Dies auch, weil Nivarox für die Belieferung mit einer Mehrmenge eine entsprechende Vergütung erhalten würde. Soweit Nivarox geltend macht, die Verweigerung von Mehrlieferungen habe der Umsetzung der Absichtserklärung im Sinne der Gleichbehandlung und Marktsicherheit gedient, zielt dies folglich ins Leere.
- Sowie Nivarox geltend macht, konkrete Mehrlieferungen seien wegen fehlender Produktionskapazitäten abgelehnt worden, stellt dies grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund dar (vgl. Rz 178). Allerdings darf dieser Rechtfertigungsgrund nicht bloss vorgeschoben sein. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Bestellungen von Drittkundinnen im Betrachtungszeitraum zurückgingen. So sank die insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge von [...] Assortiments im Jahr 2014 auf [...] Assortiments im Jahr 2019, d. h. um [...] %; im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) lieferte Nivarox an Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge insgesamt [...] Assortiments (vgl. Rz 70). Diese Entwicklung muss für Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten bei den Bestellungen und der geforderten Vorausschau (vgl. Rz 93 ff.) absehbar gewesen sein. Es ist damit wenig plausibel, dass Nivarox ausser Stande war, konkrete Anfragen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen – bei ausreichender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – zu bedienen.
- Das gilt insbesondere, weil für die Produktion der konkreten Assortiments pro Kundin und Kaliber dasselbe Personal und dieselben Maschinen verwendet werden können, wobei wegen der individuellen Spezifikationen von Seiten der konkreten Abnehmerin eine gewisse Umstellungszeit eingeplant werden muss (vgl. Rz 35). Soweit Nivarox diesbezüglich geltend macht, sie könne Kapazitäten, welche infolge der Nichtbestellung durch andere Drittkundinnen frei

²⁶³ Vgl. nur BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁴ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 673.

²⁶⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

wurden (vgl. dazu etwa Rz 52 f., 70), nicht «kurzfristig» für Mehranfragen anderer Drittkundinnen verwenden, mag das allenfalls zutreffen für ebensolche «kurzfristigen» Mehranfragen. Warum dies aber gleichermassen für feste Bestellungen mit genügender Vorlaufzeit und entsprechender Bezahlung gelten soll, erläutert Nivarox nicht. Diesbezüglich ist zudem anzumerken, dass es Nivarox bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 (vgl. dazu Rz 88 f.) offensichtlich möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten». Dabei fragten diese [...] Drittkundinnen ganz unterschiedliche Mengen und verschiedenste Produkte nach, welche sowohl im Produktionsfluss «industriell» als auch im Produktionsfluss «manufacture» hergestellt wurden (vgl. Rz 89).

- Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der Ablehnung der Mehranfragen von [...] darauf beruft, [...] habe für 2021 und 2022 mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen in Höhe von je [...] Stück eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Sofern Nivarox in diesem Zusammenhang geltend macht, Nivarox habe befürchtet, dass [...] die Assortiments für unlautere Zwecke verwendet (vgl. Rz 74), überzeugt dies nicht. Denn zum einen erscheint die Mehranfrage von [...] mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt seit 2014 (vgl. Rz 19), welche im Jahr 2019 noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,²⁶⁷ gerade nachvollziehbar. Zum anderen betreffen die von Nivarox zum Beleg der unlauteren Zwecke von [...] eingereichten Presseerzeugnisse allesamt Ereignisse, welche sich vor über zehn Jahren abgespielt haben sollen, und zumindest teilweise auch nur den Weiterverkauf von ETA-Uhrwerken durch [...] an in Asien ansässige Kundschaft.²⁶⁸ Vergleichbare Vorwürfe sah die WEKO bereits im Jahr 2013 als nicht ausreichend für die Rechtfertigung des angekündigten Assortiments-Lieferstopps an, insbesondere auch, weil Swatch Group gegenüber den Wettbewerbsbehörden noch nie einen Fall einer Fälschung einer Fertiguhr einer Swatch Group-Uhrenmarke mithilfe eines ETA- oder [...] Uhrwerks belegt hatte.²⁶⁹ Dies gilt weiterhin, sodass der Verweis auf die angeblich unlauteren Zwecke von [...] nicht ausreichend ist.
- Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen an bisherige Drittkundinnen *legitimate business reasons* bestanden. Insbesondere wäre im Rahmen einer Untersuchung abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Erfüllung von Mehranfragen bestanden.

180. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der technischen Entwicklung (Nichtlieferung von anderen Produkten als den im Zeitraum 2009–2011 bezogenen Assortiments [vgl. oben Rz 172 f.]) gelten die voranste-

henden Erwägungen (Rz 179) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen:

- Für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sind grundsätzlich keine *legitimate business reasons* ersichtlich (zum Patentschutz siehe sogleich), vielmehr muss in Bezug auf die Ablehnung von konkreten Anfragen ein sachlicher Grund gegeben sein (vgl. oben Rz 179). Sowohl die technische Machbarkeit eines angefragten Produkts als auch die Produktionskapazitäten könnten Einschränkungen der beziehbaren Produkte rechtfertigen (vgl. auch Rz 178). Auch bezüglich der Nichterfüllung von Anfragen auf die Lieferung von anderen Produkten dürfen die sachlichen Gründe aber nicht vorgeschoben sein.
- Vorliegend kann im Rahmen der Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden, ob die technische Machbarkeit anderer Produkte tatsächlich nicht gegeben war und/oder keine Produktionskapazitäten bestanden. Diesbezüglich ist aber darauf hinzuweisen, dass es Nivarox z.B. möglich war, für [...] (vgl. zur Entwicklung und Herstellung von Assortiments für das Kaliber [...] Rz 83 ff.) und ihre konzerninternen Abnehmerinnen komplexe Neuentwicklungen vorzunehmen. Angesichts dessen ist fraglich, weshalb Nivarox, welche sich selbst als «die führende Schweizer Spezialistin» für Assortiments bezeichnet, nicht auch für andere Drittkundinnen – bei entsprechender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – solche Neuentwicklungen hat vornehmen können.
- Der Patentschutz kann – sofern das Patent noch nicht abgelaufen ist (vgl. zum Ablauf des Patentschutzes im vorliegenden Fall oben Rz 53) – grundsätzlich ebenfalls einen sachlichen Grund für die Nichtbelieferung darstellen, sofern das Kartellrecht überhaupt anwendbar ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG; Rz 112) und z. B. kein unzulässiges Sperrpatent²⁷⁰ vorliegt.²⁷¹ Massgebend ist dabei stets eine Einzelfallprüfung, bei der den jeweiligen Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Rechtsausübung angemessen Rechnung zu tragen ist.²⁷² Vorliegend wäre demnach zu prüfen, ob die aus dem Schutzrecht folgenden Vorteile überwiegen oder der Schutz des Wettbewerbs im Bereich Assortiments sowie in den nachgelagerten Märkten schutzwürdiger ist. Eine solche Einzelfallprüfung könnte vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung durchgeführt werden, in der vertiefte Ermittlungen zu den Wirkungen einer Verhaltensweise möglich sind.

²⁶⁷ Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁶⁸ [...]; vgl. Act. 13, Anhänge 32.1–32.4.

²⁶⁹ RPW 2014/1, 265 Rz 392 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁷⁰ Vgl. dazu etwa DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 471.

²⁷¹ Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., Sanktionsverfügung – DCC.

²⁷² Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; s.a. ANDREAS HEINEMANN, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?*, 2009, S. 49.

- Insgesamt ist zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sowie jede der verweigerten Lieferungen von anderen Produkten legitimate business reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich die technische Machbarkeit nicht gegeben war, der Patentschutz einer Bezugsmöglichkeit von patentgeschützten Produkten entgegensteht und/oder keine Kapazitäten für die Erfüllung von Anfragen auf Neuentwicklungen bestanden.

181. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die unvollständige Erfüllung der Mehranfragen nach unterschiedlichen Kriterien im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 (vgl. Rz 88 f.) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179 f.) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen:

- Soweit Nivarox im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmenge für 2020 Mehranfragen nur unvollständig erfüllte, können diese gerechtfertigt sein, sofern die Produktionskapazitäten tatsächlich beschränkt waren. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die vollständige Erfüllung der Mehranfragen von [...] und [...] bestanden und weshalb die Mehranfragen dieser Unternehmen nur teilweise erfüllt wurden, während [...] die gesamte von ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. Auch ist nicht klar, weshalb [...] eine Zusatzmenge in Höhe von 868 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) erhielt und Nivarox [...] mit einer Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, während [...] nur 7,4 % der maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) als Zusatzmenge zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] erhielt.
- Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der unvollständigen Erfüllung der Mehranfrage von [...] darauf beruft, [...] habe mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Kommt hinzu, dass diese Mehranfrage mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,²⁷³ gerade nachvollziehbar war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Nivarox [...], wie [...] eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken, mit einer Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, obwohl [...] zuvor nur einen Bruchteil dieser Menge bei Nivarox bezogen hatte. So hatte [...] im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen.²⁷⁴
- Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für jede der unvollständigen Erfüllungen der Mehranfragen im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 legitimate bu-

siness reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Herstellung von über die zugesprochenen Zusatzmengen hinausgehende Mehrmengen bestanden.

182. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...]uhrwerk [...] hat Nivarox hingegen sachliche Gründe substantiiert dargelegt. So waren gemäss den vorliegenden Beweismitteln im Zeitpunkt der Anfrage von [...] Neu- und Weiterentwicklungsprojekte bei Nivarox hängig. Bis [...] halbierte sich [...] der Neu- und Weiterentwicklungsprojekte [...] nur noch [...] Projekte und Nivarox hatte für das Jahr 2020 generell genügend Produktionskapazitäten (vgl. oben Rz 88 f.),²⁷⁵ weshalb Nivarox im Oktober 2019 [...] eine Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für das [...]uhrwerk [...] zusagte und diese in der Folge auch lieferte (vgl. oben Rz 84 ff.).

183. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung durch Nivarox keine legitimate business reasons bestanden.

C.4.2.3.4. Zwischenfazit

184. Aus den dargelegten Gründen bestehen folglich Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 88 f.) die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...]uhrwerk [...] sind sachliche Gründe hingegen ausreichend plausibel, weshalb hier keine Anhaltspunkte für einen KG-Verstoss bestehen.

C.4.2.4 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

185. Wie dargelegt, hat Nivarox den Kreis der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung festgelegt (vgl. oben Rz 80) und sich gegenüber anfragenden Unternehmen wiederholt geweigert, sie als neue Drittkundinnen aufzunehmen. So lehnte sie im massgebenden Zeitraum in [...] Fällen ([...] Anfragen aus dem Ausland, [...] aus der Schweiz) ab, eine Geschäftsbeziehung einzugehen (vgl. Rz 80 ff.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dieses Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig ist.

²⁷³ Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁷⁴ Act. 13, Anhang 24.

²⁷⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 57.

186. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.²⁷⁶ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird.

187. Um die vorliegend festgestellten Geschäftsverweigerungen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.²⁷⁷ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 279–282).²⁷⁸ Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen.

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.²⁷⁹
- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.²⁸⁰
- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.²⁸¹
- Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.²⁸²

C.4.2.4.1. Geschäftsverweigerung

188. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.²⁸³ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.²⁸⁴

189. Die Festlegung der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) kann nach dem Gesagten nicht als Geschäftsverweigerung qualifiziert werden. Es fehlt hier an einer hinreichend bestimmten Verweigerung einer konkret angefragten Geschäftsbeziehung, für die geprüft werden könnte, ob für die jeweilige Nachfragerin das angefragte Produkt unerlässliches ist (vgl. dazu sogleich in Rz 190 ff.). Jedenfalls in den [...] festgestellten Fällen der Weigerung von Nivarox, die anfragenden Unternehmen als Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 80 ff.), ist jedoch von einer «Geschäftsverweigerung» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

C.4.2.4.2. Von der Verweigerung betroffener Input

190. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentielles Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen

Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²⁸⁵

191. Mit Blick auf die Rechtsprechung und die Literatur stellt das BVGer fest, dass bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung das Merkmal der *Unerlässlichkeit* des Einsatzgutes, welches vorliegend im Rahmen des von der Verweigerung betroffenen Inputs geprüft wird, eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung bildet.²⁸⁶ Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass die Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen sind.²⁸⁷

²⁷⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 776 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁷ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 216 ff.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁸ Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 802, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁹ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des Einzelfalles» zugewiesen werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁰ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸¹ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung»; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸² Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸³ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.N.

²⁸⁴ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 845, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁵ Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Hinweisen auf die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (zit. Mitteilung zu Art. 82 EGV), 19 Rz 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 223, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

²⁸⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 977, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁷ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 974, *Sanktionsverfügung – DCC*.

192. Vorliegend hat Nivarox gegenüber [...] Unternehmen die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigert. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder sehr geringe Mengen bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten (vgl. oben Rz 81). Es ist zwar plausibel, dass diese Unternehmen tatsächlich Assortiments benötigten, um ein mechanisches (Swiss Made-)Uhrwerk herzustellen. Angesichts der von den betroffenen Unternehmen benötigten Kleinstmengen, dem Vorhandensein von Assortimentsanbieterinnen, welche Assortiments jedenfalls in den angefragten Kleinstmengen herstellen können (vgl. Rz 56 m.w.N.), sowie dem Umstand, dass keines der Unternehmen mit einer Anzeige an die Wettbewerbsbehörden gelangte, ist es kaum wahrscheinlich, dass Nivarox-Assortiments für die anfragenden Unternehmen unerlässlich im Sinne der Ausführungen in Rz 191 waren. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Weigerung, Kleinstmengen zu liefern, ohnehin auch gerechtfertigt werden könnte, sofern die Herstellung solcher Mengen im Verhältnis zum möglichen Ertrag für Nivarox zu aufwendig wäre.

C.4.2.4.3. Zwischenfazit

193. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegung des Kreises der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den konkreten [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat.

C.4.2.5 Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

194. Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % im Zeitraum 2014–2018 (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

195. Der Tatbestand einer kartellrechtlich unzulässigen Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:²⁸⁸

- Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen;
- Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen;
- Erzwingung der unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen;
- für die durch die Verhaltensweise bewirkte Ausbeutung bestehen keine sachlichen Gründe (keine legitimate business reasons).

196. Werden die Tatbestandsmerkmale der Unangemessenheit und Erzwingung erfüllt, ergibt sich daraus auch automatisch die Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.4.2.5.1. Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen

197. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Preis ist der festgelegte Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für eine Dienstleistung oder ein Gut festgelegt ist. Geschäftsbedingungen sind Modalitäten, zu welchen eine Dienstleistung oder ein Gut bezogen werden kann. Der Begriff «Geschäftsbedingungen» ist gemäss Gesetzesmaterialien und der Lehre weit auszulegen.²⁸⁹ Bezweckt wird mit diesem Grundsatz, dass alle denkbaren Modalitäten erfasst werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen seinen Geschäftspartnern für die Abwicklung einer bestimmten Transaktion auferlegt werden.²⁹⁰ Die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nicht scharf.²⁹¹

198. Vorliegend betreffen die geprüften Preiserhöhungen (vgl. Rz 90 ff.) den Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für das Gut «Assortiments» festgelegt ist, mithin den «Preis» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Die Bestellmodalitäten von Nivarox für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) betreffen diejenigen Regeln, zu welchen Assortiments bezogen werden können. Folglich sind «Geschäftsbedingungen» gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG betroffen.

C.4.2.5.2. Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen

199. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit ist ein im Kartellgesetz nicht näher umschriebener Begriff.

Unangemessenheit des Preises

200. Preise sind nicht deshalb unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, weil sie vergleichsweise hoch sind. Denn hohe Preise können auch Ausdruck von wettbewerbskonformem Leistungswettbewerb sein,²⁹² etwa weil das betroffene Gut von hoher Qualität ist und/oder die Nachfrage das Angebot übersteigt. Preise sind erst dann als unangemessen anzusehen, wenn sie in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistungen stehen.²⁹³ Praxisgemäss werden Preise insbesondere als unangemessen qualifiziert, wenn sie trotz Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen weit über den effektiven Kosten liegen.²⁹⁴ Wenn im Rahmen eines Preisvergleichs jedoch ersichtlich wird, dass die Preise

²⁸⁸ Vgl. RPW 2016/1, 186 Rz 393 ff., Swisscom WAN-Anbindung.

²⁸⁹ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 411 m.w.H.

²⁹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 375.

²⁹¹ RPW 2016/1, 186 Rz 393, Swisscom WAN-Anbindung.

²⁹² Vgl. etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 391 m.w.N.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N.

²⁹³ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N.

²⁹⁴ Vgl. etwa RPW 2007/2, 187 f. Rz 75 ff., *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*.

des marktbeherrschenden Unternehmens nur etwas höher sind als diejenigen von Konkurrenzunternehmen, ist davon auszugehen, dass die Preise im Verhältnis zur angebotenen Leistung stehen und nicht unangemessen sind.²⁹⁵

201. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Preiserhöhungen substantiiert auf ihre Erhaltungs- und Erneuerungskosten alleine in Bezug auf die Herstellung von herkömmlichen Assortiment (Investitionen in Höhe von CHF [...] Mio. im Zeitraum 2011 bis 2019), die gestiegenen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage nach Assortiments im Zeitraum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge) sowie gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten verwiesen (vgl. oben Rz 91). Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag dabei im Zeitraum 2014–2020 im Bereich von [...] % (2014) und [...] % (2020) (vgl. oben Rz 92). Unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen ist damit nicht plausibel, dass die Preise von Nivarox infolge der Preiserhöhungen weit über den effektiven Kosten lagen. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten ergibt, dass die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen werden als diejenigen für Konkurrenzprodukte (vgl. oben Rz 91) und die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermassen von den Preiserhöhungen betroffen waren (vgl. oben Rz 90).

202. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Preise von Nivarox als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind.

Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen

203. Gemäss Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision ist im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit auszugehen, wenn diese aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.²⁹⁶ Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherrschenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen und Verpflichtungen (mehr) besteht, weshalb Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind.²⁹⁷ Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. So ist im Bereich der Geschäftsbedingungen im Ergebnis eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.²⁹⁸

204. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Bestellmodalitäten darauf verwiesen, dass diese für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig seien, der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen würden (vgl. Rz 94). Diese Begründung ist

mit Blick auf die Komplexität der Assortimentsproduktion für die verschiedenen Kundinnen (vgl. oben Rz 31 ff.) generell nachvollziehbar.

205. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich, dass Nivarox diese Bestellmodalitäten mit der Einschränkung der beziehbaren Mengen und Produkte kombinierte (vgl. oben Rz 166 ff.), könnte dies gegen die Angemessenheit der langen Vorlaufzeiten für feste Bestellungen und das Erfordernis der Vorausschau stellen. Denn durch diese Einschränkung gemäss der Absichtserklärung war die Produktion von Nivarox in Bezug auf die maximale Menge sowie die zu produzierenden Produkte erheblich vorhersehbarer als ohne eine solche Einschränkung. Kommt hinzu, dass gemäss Vorbringen von Nivarox ein Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox höchstens [...] beträgt (Rz 36), es Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es Nivarox gelang, für [...] ohne vergleichbare Vorlaufzeit das Assortiments für das [...]uhwerk [...] zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.).

206. Auf der anderen Seite erscheinen die Bestellmodalitäten indes nicht in hohem Masse einschränkend für die Drittkundinnen. So monierte einzig eine der [...] Drittkundinnen die Bestellmodalitäten als zu einschränkend und Nivarox bediente ohnehin auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten (vgl. oben Rz 94). Zudem ist es plausibel, dass die Bestellmodalitäten mit den langen Vorlaufzeiten die Produktionsplanung erleichterten und eine zuverlässige und den Kundenwünschen entsprechende Staffelung der Liefertermine förderten. Dementsprechend bestehen nicht genügend Anhaltspunkte für die Unangemessenheit der Bestellmodalitäten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

C.4.2.5.3. Zwischenfazit

207. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) und die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c zu qualifizieren sind.

C.4.2.6 Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

208. Soweit die konzerninternen Abnehmerinnen nicht von den oben geprüften Einschränkungen der Lieferungen von Mehrmengen oder anderen Produkten betroffen waren (vgl. insbesondere Rz 71, 79) und bei der Verteilung der «Mehrmenge 2020» die Anfragen von Drittkundinnen in unterschiedlichem Ausmass erfüllt wurden

²⁹⁵ RPW 2013/1, 75 Rz 99, *Rotkreuz-Notrufsystem*.

²⁹⁶ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.

²⁹⁷ BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 m.w.N., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁹⁸ BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 f. m.w.N., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

(vgl. Rz 88 f.), stellt sich die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox hierdurch Handelspartner bei Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert hat.

209. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass in casu keine Hinweise darauf bestehen, wonach Nivarox gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits unterschiedliche Preise verlangte²⁹⁹ oder diese unterschiedlich erhöhte (siehe Rz 90). Es wird daher nachfolgend nicht geprüft, ob Anhaltspunkte auf eine unzulässige Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen.

210. Ein Verstoss gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG setzt die kumulative Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale voraus.³⁰⁰

- Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt.
- Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner.
- Wettbewerbsbehinderung: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- Keine Rechtfertigungsgründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

211. Die ersten drei dieser Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Die entsprechende Prüfung beinhaltet jedenfalls den ersten Prüfschritt des dualen Prüfmusters von Art. 7 Abs. 1 KG, bei welchem eruiert wird, ob eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt. Ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG liegt vor, falls die zu beurteilende Verhaltensweise ausserdem nicht durch sachliche Gründe (sog. legitimate business reasons) gerechtfertigt werden kann.³⁰¹

C.4.2.6.1. Ungleichbehandlung

212. Die Literatur und Praxis unterscheiden zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,³⁰² und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden³⁰³. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.³⁰⁴ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.³⁰⁵

213. Vorliegend hat Nivarox mittels der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte eingeschränkt (vgl. Rz 66, 75), gegenüber bestimmten Drittkundinnen die Lieferung von Mehrmengen verweigert (vgl. Rz 73), Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» nur teilweise erfüllt (vgl.

Rz 88 f.) sowie die Lieferung anderer Produkte bzw. Neuentwicklungen verweigert (vgl. Rz 77 f.). Soweit bekannt, waren die konzerninternen Abnehmerinnen von Nivarox nicht von derartigen Einschränkungen bei den Bezugsmöglichkeiten betroffen (vgl. nur Rz 71, 79). Dies, obwohl es sich sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen gleichermaßen um Unternehmen handelt, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigten.

214. Es bestehen mithin Anhaltspunkte, dass Nivarox konzernexterne Unternehmen hinsichtlich der Bezugsmöglichkeiten ungleich gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen behandelte.

215. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Nivarox die Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» in unterschiedlichem Ausmass erfüllte (vgl. Rz 88 f.). So erfüllte Nivarox die Bestellungen von [...] und [...] nur teilweise, während [...] die gesamte von ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. [...] erhielt zudem eine Zusatzmenge in Höhe von 868 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments) und [...] eine Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments), während [...] nur 7,4 % der maximalen Liefermenge als Zusatzmenge (d.h. rund [...] zusätzliche Assortiments) zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] beziehen konnte. Kommt hinzu, dass [...] ihre Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments erhielt, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 bislang nur [...] Assortiments erhalten hatte, während [...], deren Gesamtbezug in den Jahren 2014 bis 2019 rund [...] Mio. Assortiments betragen hatte, einzig [...] zusätzliche Assortiments erhielt.

216. Es bestehen damit auch Anhaltspunkte, dass Nivarox Drittkundinnen bei der Verteilung der «Mehrlieferung 2020» untereinander ungleich behandelte.

C.4.2.6.2. Handelspartner

217. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen sein.³⁰⁶ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Ungleichbehandlung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst

²⁹⁹ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59.

³⁰⁰ Vgl. z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

³⁰¹ Vgl. z.B. BGE 146 II 217 236 f. E. 5.9, *Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

³⁰² Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁰³ Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁰⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 301.

³⁰⁵ RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

³⁰⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 310; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 326.

Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.³⁰⁷

218. Sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen handelt es sich gleichermassen um Unternehmen, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigten. Es sind also Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen.

C.4.2.6.3. Wettbewerbsbehinderung

219. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.³⁰⁸ Es gelten damit die Ausführungen zur Wettbewerbsbehinderung in Rz 174 hier entsprechend. Zu prüfen ist also, ob andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus, weshalb auf die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen, abzustellen ist.

220. Hinsichtlich des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbehinderung in casu gelten die Ausführungen oben in Rz 175 f. entsprechend. Danach besteht insbesondere das Potenzial, dass die Ungleichbehandlungen Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern, insbesondere auch, weil sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurückzog (vgl. Rz 97 f., 175). Kommt hinzu, dass Nivarox ausgerechnet Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken³⁰⁹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland³¹⁰, mengenmässig am stärksten in ihren Bezugsmöglichkeiten einschränkte (vgl. insbesondere [...]). Damit besteht zusätzlich das Potential einer nachteiligen «Streuwirkung», wonach auch sämtliche Sellita-Kundinnen von der Benachteiligung von Sellita betroffen sind.

221. Indes ist auch in Bezug auf die hier geprüften möglichen Ungleichbehandlungen zu beachten, dass vorliegend Hinweise bestehen, dass die ungleich behandelten Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 98 ff., 176). Dies vermag vorliegend zwar nicht gegen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbehinderung zu sprechen, wäre aber im Rahmen einer Untersuchung abzuklären und könnte im Ergebnis dem Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung und damit der Missbräuchlichkeit der Ungleichbehandlungen entgegenstehen (vgl. oben Rz 176).

222. Da nach dem Gesagten die geprüften Ungleichbehandlungen durch Nivarox zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen sowie untereinander

der zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt.

C.4.2.6.4. Sachliche Gründe

223. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) gerechtfertigt sein.³¹¹ Es gelten damit die allgemeinen Ausführungen zur Prüfung von sachlichen Gründen in Rz 178 hier entsprechend.

224. Auch bezüglich der Prüfung von sachlichen Gründen in casu kann im Grundsatz auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben Rz 179–181, 183). Es ist daher wenig plausibel, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen sachliche Gründe vorliegen. Insbesondere ist wenig plausibel, dass Nivarox in jedem Fall ausser Stande gewesen sein soll, konkrete Anfragen von Drittkundinnen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen oder anderer Produkte – bei einer Vorlaufzeit der festen Bestellung von über einem Jahr und ausreichender Bezahlung – vollständig zu bedienen.

225. Diese Einschätzung basiert, wie erläutert, auf mehreren Umständen: Namentlich war die Gesamtnachfrage von Drittkundinnen im Zeitraum 2014–2020 [...], was Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten der Bestellungen und der eingeforderten Vorausschau auch bewusst gewesen sein muss (vgl. Rz 179), der Produktionsdurchlauf beträgt gemäss Nivarox höchstens [...] (Rz 36), es war Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich, Kapazitäten, welche sie ursprünglich [...] eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] verschiedene Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es gelang Nivarox auch, für [...] mit weniger Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] neu zu entwickeln und zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.).

226. Zudem ist nach derzeitiger Aktenlage davon auszugehen, dass konzerninterne Abnehmerinnen die nachgefragten Mengen und Produkte erhalten konnten. Dass dies nur deshalb gelang, weil – wie Nivarox ausführt – ein engerer Austausch zwischen den Swatch Group-Gesellschaften über den Bedarf stattfand, erscheint angesichts der für Drittkundinnen geltenden Bestellmodalitäten (inkl. Erfordernis, «feste» Bestellungen über ein Jahr vor der Belieferung abzugeben) wenig wahrscheinlich. Kommt hinzu, dass Nivarox im Übrigen gegenüber Drittkundinnen die Vertragsbeziehungen so hätte ausgestalten können (Bestellfristen, Abnahmegarantie), dass eine nachfragegerechte Belieferung auch gegenüber Drittkundinnen möglich gewesen wäre.

³⁰⁷ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*.

³⁰⁸ Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 846 m.w.N., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

³⁰⁹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³¹⁰ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³¹¹ Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 847 ff. m.w.N., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

227. In Bezug auf die Ungleichbehandlung von [...] gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen und anderen Drittkundinnen (vgl. Rz 213, 215) sei nochmals das Folgende betont. Vorliegend ist insbesondere nicht nachvollziehbar, inwiefern die vollständige oder teilweise Verweigerung der Lieferung von Mehrmengen für die Jahre 2020 bis 2022 deshalb zulässig gewesen sein soll, weil die Bestellungen mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogen» gewesen seien und nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Dass dies überhaupt ein Rechtfertigungsgrund sein kann, ist wenig plausibel und wird von Nivarox auch nicht weiter begründet. Zudem erscheint diese Begründung vorgezogen. Denn zum einen waren die Mehranfragen von [...] mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,³¹² durchaus nachvollziehbar. Und zum anderen brachte Nivarox dieses Kriterium gegenüber [...], ebenfalls eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken für Dritte, nach eigenem Vorbringen nicht zur Anwendung. [...] erhielt vielmehr auf 2020 eine Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen hatte. [...] hatte in diesem Zeitraum rund [...] Assortiments von Nivarox erhalten. Sofern Nivarox auf angeblich unlautere Zwecke von [...] verweist, überzeugt dies nicht (siehe oben Rz 179).

228. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen keine legitimate business reasons bestanden.

C.4.2.6.5. Zwischenfazit

229. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox Handelspartner bei Geschäftsbedingungen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

C.4.3 Ergebnis

230. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt(e) (vgl. Rz 119–157).

231. Es bestehen ferner Anhaltspunkte, dass sich Nivarox im geprüften Zeitraum (2014–2022) unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhielt. So bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox

- durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat (vgl. Rz 168–184) und
- Handelspartner (Drittkundinnen und konzerninterne Abnehmerinnen) bei Geschäftsbedingungen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; vgl. Rz 208–229).

232. Es bestehen hingegen keine Anhaltspunkte, dass Nivarox

- durch die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...]uhrwerk [...] unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG gehandelt hat (vgl. Rz 182),
- durch die Festlegung des Kreises der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung gegenüber neu anfragenden Unternehmen unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat (vgl. Rz 185–193) und
- unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwang (vgl. Rz 194–207).

233. Bezüglich der in Rz 232 genannten Aspekte wird die Vorabklärung mangels Anhaltspunkte für Verstösse gegen das Kartellgesetz eingestellt.

234. Soweit Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstösse bestehen (vgl. Rz 231), wird in Bezug auf das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit aus Verhältnismässigkeitsgründen darauf verzichtet, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen. Das Sekretariat berücksichtigt dabei insbesondere die folgenden Umstände:

- Zwar steht die Möglichkeit der Verletzung eines direkt sanktionierbaren Tatbestands im Raum (Art. 49a KG). Allerdings bestehen Anhaltspunkte für eher geringfügige Verstösse. So belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments. Dies bisweilen sogar in Mengen, welche über die maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung hinausgingen (vgl. insbesondere Rz 72 ff.), und auch mit «technische Anpassungen», Überarbeitungen sowie Neuentwicklungen (z.B. Assortiments für das [...]uhrwerk [...]; vgl. Rz 76 ff., Rz 83 ff.). Demgegenüber verweigerte Nivarox die Lieferung von *zusätzlichen* Mengen oder *anderen* Produkten nur gegenüber einzelnen Drittkundinnen und dies teilweise auch nicht vollständig (z.B. Verteilung der «Mehrmenge 2020»; vgl. Rz 73, 77, 88 f.). Im aufgezeigten Ausmass bestehen zudem Hinweise, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren konkreten Assortimentsbedarf, welchen Nivarox nicht bedienen wollte, durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 ff.).
- Wie erläutert, belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments (s. o.). Soweit es gegenüber Drittkundinnen konkret zu vereinzelt Beschränkungen der nachgefragten Mengen und Produkte kam, geht es primär um die privaten Interessen der betroffenen Unternehmen (vor allem von Sellita; vgl. Rz 73 f., 77 f., 89). Zu deren Schutz kann der Zivilrechtsweg beschritten werden (Art. 12 ff. KG).

³¹² Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

- Für die Zukunft wird die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung verhindert, sofern Nivarox die untenstehende Anregung im Sinne der Erwägungen umsetzt (vgl. Rz 235, 236 f.).

235. Gemäss vorliegender Akten will Nivarox die Absichtserklärung [...].³¹³ Es ist daher darauf hinzuweisen, dass angesichts der Anhaltspunkte für das Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox künftige konkrete Einschränkungen der Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen und Ungleichbehandlungen von Handelspartnerinnen (vgl. Rz 231) – je nach den konkreten Bedürfnissen der Nachfragerinnen, den konkreten alternativen Bezugsquellen sowie den sachlichen Gründen von Nivarox für allfällige Lieferverweigerungen (z.B. aktuelle Kapazitäten von Nivarox) – zu Kartellrechtsverstössen von Nivarox und zu einer Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG führen können. Um dies zu verhindern, regt das Sekretariat Massnahmen an (vgl. sogleich Rz 236 f.).

D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

236. Das Sekretariat regt mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die folgende Massnahme an, um die erwähnten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern.

Nivarox erfüllt die Anfragen von Drittkundinnen auf die Lieferung von Assortiments im Rahmen ihrer konkreten Produktionsmöglichkeiten und diskriminiert Drittkundinnen – insbesondere in Bezug auf die beziehbaren Mengen und Produkte – weder gegenüber ihren konzerninternen Abnehmerinnen noch untereinander.

237. Setzt Nivarox die vorstehende Anregung nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung bzw. die Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen bei Nivarox zu beantragen (Art. 27 KG).

E Kosten

238. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. 2 Abs. 1 GebV-KG³¹⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) verursacht hat. In casu hat Nivarox die vorliegende Vorabklärung durch ihre Belieferungspraxis verursacht (vgl. Rz 1, 20 ff.).

239. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte des geprüften mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Im vorliegenden Fall liegen jedoch Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Nivarox vor (vgl. Rz 231). Auf die Beantragung der Eröffnung einer Untersuchung bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO wird einzig vorläufig und unter der Voraussetzung verzichtet, dass Nivarox die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt (vgl. Rz 234–237). Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG ist damit nicht erfüllt, weshalb Nivarox nicht von der Gebührenpflicht befreit ist.³¹⁵

240. Die konkrete Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis

400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

241. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 431,3 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 14 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 1'820.–;
- 401,64 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 80'328.–;
- 15,66 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'541.40.

242. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 86'689.40. Bei der Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei eine gewisse Pauschalität der Kostenquotelung hinzunehmen ist.³¹⁶ Von den Verfahrenskosten sind vorliegend mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG diejenigen Kosten zulasten der Staatskasse auszuscheiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung von Hinweisen entstanden sind, bei denen sich keine Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse ergeben haben. Dies betrifft vorliegend die Überprüfung der verzögerten Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...]uhrwerk [...], der Geschäftsverweigerung gegenüber [...] anfragenden Unternehmen sowie der Preissetzung und der Bestellmodalitäten (vgl. Rz 1, 232 f.). Bei der im Fokus stehenden Verhaltensweise, der Einschränkung der für bisherige Drittkundinnen beziehbaren Mengen und Produkte haben sich die Hinweise hingegen zu Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen verdichtet (vgl. Rz 1, 231). Von den gesamten Verfahrenskosten sind deshalb 4/10 von der Staatskasse und 6/10 von Nivarox bzw. Swatch Group (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen.

F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox-FAR SA im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte;

³¹³ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

³¹⁴ Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³¹⁵ Vgl. zur Gebührenpflicht bei Vorabklärungen, welche mit Anregungen vorläufig eingestellt werden, zuletzt etwa RPW 2021/1, 130 f. Rz 248 ff., *Dauer-ARGE*; RPW 2019/2, 283 Rz 251 ff., *AMAG*.

³¹⁶ Vgl. BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 8.1, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/4a, 1849 Rz 648, *Bauleistungen Graubünden*.

-
2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Nivarox-FAR SA durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Belieferung von bestimmten Drittkundinnen mit Mehrmengen oder anderen Produkten und die damit einhergehenden Ungleichbehandlungen gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen oder anderen Drittkundinnen die Erzeugung und technische Entwicklungen unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat sowie gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG Handelspartner bei Geschäftsbedingungen diskriminierte;
 3. verzichtet aus Gründen der Verhältnismässigkeit darauf, in Bezug auf das problematische Verhalten in der Vergangenheit einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen und stellt im Übrigen die Vorabklärung ein;
 4. behält sich vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend künftige Verhaltensweisen von Nivarox zu beantragen, sofern Nivarox-FAR SA die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG (vgl. oben Rz 236) nicht umsetzt;
 5. stellt fest, dass sich die Verfahrenskosten auf CHF 86'689.40 belaufen, von denen Nivarox FAR-SA 6/10 (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen hat und 4/10 zu Lasten der Bundeskasse (d.h. CHF 34'675.76) gehen;
 6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Konzept Erzeugergemeinschaft für Schweizer Hopfen

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

A Sachverhalt

A.1 Wichtigste Akteure und Tätigkeiten

A.1.1 Hopfenbauern und Genossenschaft für Schweizer Hopfen

1. Die Genossenschaft für Schweizer Hopfen (nachfolgend: GSH), welche bis anhin sowohl Hopfenbauern als auch Brauereien als Mitglieder hatte, soll neu eine Erzeugergemeinschaft werden, in welcher Hopfenbauern, aber keine Brauereien mehr vertreten sind, mit entsprechendem Austritt der Brauereien und einer umfassenden Zweck- und Statutenänderung [nachfolgend: neues Konzept]. Per [...] waren [...] Hopfenbauern und [...] Brauereien Mitglieder der GSH.

2. Gemäss dem neuen Konzept nimmt die GSH den Rohhopfen an einer GSH-Sammelstelle von den Hopfenbauern entgegen. An der Sammelstelle werden Proben entnommen, wobei die Qualitätskontrolle der Proben durch die [...] Verarbeitungsfirma [A] erfolgt.¹ Es wird dabei nur ein Sammelmuster untersucht. Nach der Qualitätskontrolle übergibt die GSH den Rohhopfen [A]. Letztere vermischt den Rohhopfen und verarbeitet ihn zu Pellets. Dabei werden die Kosten der Qualitätskontrolle und der Verarbeitung den einzelnen Hopfenbauern von der GSH gestützt auf ihren Mengenanteil direkt überwält.

3. Im Weiteren setzt die GSH einen von den Hopfenbauern und den Brauereien unabhängigen Geschäftsführer (nachfolgend: GSH-Geschäftsführer) ein, welcher den Hopfen der einzelnen Bauern im Namen und auf Rechnung der einzelnen Bauern an die Brauereien – gemäss [B] – im Agenturmodell verkauft, wobei in der Regel mehrjährige Verträge abgeschlossen werden sollen. Zudem ist der GSH-Geschäftsführer instruiert, von der jeweiligen Brauerei den bestmöglichen Preis zu erzielen, wobei keine konkrete Preisuntergrenze festgelegt wird. Zusätzlich kann der individuelle Preis z. B. aufgrund unterschiedlicher Mengen (Rabatte) und Transportkosten variieren. Grundlage ist ein Standard- resp. Mustervertrag. Der verarbeitete Hopfen wird von [A] im Auftrag der GSH direkt an die Brauereien geliefert. Die Rechnungsstellung erfolgt durch die GSH via [A] an die Brauereien. Die Preisinformationen zu den durch den GSH-Geschäftsführer abgeschlossenen Verträgen werden von diesem nur dem jeweils beteiligten Hopfenbauern und der beteiligten Brauerei mitgeteilt.

4. Die GSH soll aufgrund ihres Agenturvertrags von den Bauern eine Provision für ihre Tätigkeit erhalten, welche ihre Kosten sowie unter Umständen eine steuerlich notwendige minimale Gewinnmarge deckt. Möglich ist, dass die Höhe der Provision auf der Basis der vermittelten Menge festgelegt wird. Damit trägt die GSH gemäss [B] keine wirtschaftlichen Risiken, sondern wird immer kostendeckend entschädigt.

5. Die Fortsetzung der Zusammenarbeit der Hopfenbauern bei der Verarbeitung und der Vermarktung zertifizierten Schweizer Hopfens ist gemäss [B] aus mehreren Gründen notwendig:

- Für die Vermarktung ist die Menge pro Bauer und Hopfensorte zu gering für eine eigene sortenreine Verarbeitung, sofern die Qualitätsanforderungen der professionellen Brauereien eingehalten werden sollen.
- Die Bauern müssen mit mehreren Brauereien (oder auch umgekehrt) individuell über Abnahmeverträge über sehr kleine Mengen verhandeln. Die Mehrheit der Brauereien beziehen nur je [...]–[...] kg Rohhopfen, was bei einem Preis von CHF [...] pro kg einem Verkaufsvolumen von CHF [...]–[...] entspricht (noch nicht in Aroma- und Bitterhopfen unterteilt). Eine Kooperation der Bauern in der GSH ist notwendig, um die Transaktionskosten tief zu halten, damit der Anbau von Schweizer Hopfen aufgrund der allgemein höheren Kosten überhaupt möglich ist.

6. [B] rechnet bei einer individuellen Vermarktung des Hopfens verglichen mit einer Abwicklung über die GSH mit Zusatzkosten von ca. [...] Franken pro Hopfenbauer und Jahr, bei [...] Hopfenbauern also von ca. [...] Franken pro Jahr, dies bei einem Gesamtumsatz sämtlichen Hopfens resp. Hopfenpellets, welche bis anhin über die GSH verkauft wurden, von rund [...] Franken pro Jahr. Sie schätzt, dass sich die Kosten der LKW-Transporte von ca. [...] Euro ver[...] würden. Weiter geht sie davon aus, dass der Aufwand für die neutrale Qualitätsfeststellung steigen würde, da diese pro Hopfenpartie und Hopfenpflanzler erfolgen würde und nicht mehr als Sammelmuster. Bei zwei Hopfenpartien pro Anbaubetrieb kämen ca. [...] Euro Analyse- und Versandkosten hinzu. Im Weiteren wäre die separate Verarbeitung von Einzelpartien bei [A] aufgrund der Nichterreicherung der Minimalmenge pro Verarbeitungsauftrag nur mit Preisaufschlägen und höheren Verlusten bei der Verarbeitung möglich. Die Konvertierungskosten würden um ca. [...] % steigen, in ähnlicher Grösse auch die Verluste bei der Verarbeitung.

¹ [...].

7. Anzumerken ist, dass im alten System mehrere Hopfenbauernmitglieder der GSH ihren Hopfen nicht oder nur teilweise über die GSH verarbeiten liessen. Gemäss dem sog. Hopfenkataster 2020 produzierte [C] [...], welchen [C] mutmasslich unabhängig von der GSH verarbeiten liess. Auch [D] verkaufte 2020 [...] direkt an eine Brauerei und nahm weder das Qualitätsmonitoring noch die Verarbeitung über die GSH in Anspruch. [E] verkaufte 2020 [...] den grössten Teil seiner Produktion unabhängig von der GSH [...].² Dazu, welche Hopfenbauernmitglieder der GSH welchen Anteil ihrer Anbaumengen via GSH unter dem neuen Konzept vertreiben lassen, liegen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) keine Angaben vor.

A.1.2 Brauereien und Einkaufsgemeinschaften

8. Per [...] waren [...] Brauereien Mitglieder der GSH (vgl. Rz 1). Das neue Konzept hält die Möglichkeit offen, dass kleinere Brauereien Einkaufsgemeinschaften für den Bezug von Hopfen zur Reduktion von Transaktionskosten bilden und verweist bezüglich Marktanteile auf den Hopfenverteiler 2020³. Gemäss letzterem bezogen [...] GSH-Brauerei-Mitglieder einen Anteil von jeweils maximal [0–10] % des durch die GSH verarbeiteten Hopfens. Die grösseren Brauereien sollen hingegen je individuelle Verträge aushandeln. Wie bereits geschildert, werden die Preisinformationen zu den durch den GSH-Geschäftsführer abgeschlossenen Verträgen von diesem aber nur dem jeweils beteiligten Hopfenbauern und der beteiligten Brauerei mitgeteilt (Rz 3).

A.1.3 Verein zur Förderung des Schweizer Hopfens

9. Die von den Bauern mit Hopfen bepflanzten Flächen wurden im alten System in ein sogenanntes Hopfenkataster eingetragen und enthielten auch Angaben zu den angebauten Hopfensorten.⁴ Zudem wurden im Vorstand der GSH, in dem Hopfenbauern als auch Brauereien vertreten waren, Möglichkeiten zur Erhöhung der Hopfenproduktion durch neuen Anbau diskutiert.⁵

10. Gemäss dem neuen Konzept soll es einen Verein zur Förderung des Schweizer Hopfens geben, an welchem Brauereien und Hopfenbauern beteiligt sind. Er soll ausschliesslich zum Zwecke der Diskussion bzw. Abstimmung des Hopfensortenbedarfs, der Qualitätsanforderungen, Sortenmischungen sowie für Networking etc. zwischen den Brauereien und Bauern bestehen. Gemäss [B] könnte dazu die bestehende Vereinigung Schweizerischer Hopfenproduzenten (VSH) umgestaltet werden, wobei eine Zweckänderung vorgenommen und die Brauereien als Mitglieder aufgenommen werden müssten. Weitere Details zu Diskussionen bzw. Abstimmungen, welche innerhalb dieses Vereins vorgenommen werden soll, liegen dem Sekretariat nicht vor.

A.2 Marktverhältnisse

11. Hopfen ist ein mehrjähriges Hanfgewächs und wächst bis zu 8 Meter hoch, weshalb Hochgerüstanlagen verwendet werden. Diese sind gemäss [B] mit hohen Investitionen verbunden, welche in der Regel über einen Zeitraum von 15 bis 30 Jahren amortisiert würden.⁶ In der Schweiz bauen gemäss [B] [...] Bauern, und zwar im Nebenerwerb, Hopfen an.⁷ Da [...] Produzenten Mitglieder der GSH sind (vgl. Rz 1),⁸ wären demnach

sämtliche Produzenten schweizerischen Hopfens der GSH angeschlossen.

12. Die Produktionskosten für Hopfen sind gemäss [B] in der Schweiz höher als im Ausland. Deshalb sind die Schweizer Produzenten nicht in der Lage, ihren Hopfen auf dem Weltmarkt zu kostendeckenden Preisen zu verkaufen.⁹ Weiter gibt sie an, dass der in der Schweiz angebaute Hopfen nur rund [10–20] % des Bedarfs der schweizerischen Brauereien deckt.¹⁰

13. Der Hopfenpreis ist gemäss [B] Schwankungen ausgesetzt. So folgert sie, dass die Bauern froh um Abnahmegarantien sind. Sie erklärt, dass in Deutschland viele Hopfenbauern deshalb mit Brauereien oder Genossenschaften mehrjährige Vorverträge eingehen und die Hopfenernte sehr schnell verloren gehen kann. Genannt werden die Verwendung eines falschen Pflanzenschutzmittels und Unwetter.¹¹

14. In der Schweiz werden gemäss [B] jährlich rund [...] Tonnen Hopfen angebaut.¹² Gemäss dem Hopfenverteiler 2020 verarbeitete die GSH im Jahr 2020 rund [...] kg Rohhopfen.¹³ Entsprechend hatte die GSH im Jahr 2020 einen Anteil von rund [70–80] % an der Verarbeitung des in der Schweiz angebauten Hopfens.¹⁴ Wie in Rz 12 erwähnt, werden nur rund [10–20] % des in der Schweiz benötigten Hopfens in der Schweiz angebaut. Unter der Annahme, dass der in der Schweiz angebaute Hopfen vollständig in die schweizerische Bierproduktion einfließt, beträgt folglich der Anteil der GSH am in der Schweiz zur Bierproduktion verwendeten Hopfen rund [0–20] %.¹⁵

15. Zur Produktion eines Liters Bier wird weniger als ein Gramm Hopfen benötigt.¹⁶ Bei einem Rohhopfenpreis von [...] Franken pro Kilogramm (vgl. Fn 9) kostet der zur Produktion eines Liters Bier benötigte Hopfen entsprechend rund [...] Rappen.

² [...] Der von der [D] produzierte Hopfen wird von [F] zur Biersorte [...] verarbeitet.

³ [...].

⁴ [...].

⁵ [...].

⁶ [...].

⁷ [...].

⁸ Hopfenpflanzer: [...].

⁹ [...].

¹⁰ [...].

¹¹ [...].

¹² [...].

¹³ [...].

¹⁴ [...] enthält eine Statistik mit Angaben zu den Erntemengen der GSH sowie den insgesamt in der Schweiz geernteten Mengen. Die entsprechenden Angaben sind aber nicht vollständig: Insbesondere fehlen die von [C] und [E] angebauten Mengen. Deshalb können damit keine genauen Anteile der GSH berechnet werden.

¹⁵ Genaue Zahlen zu allenfalls exportierten Mengen liegen keine vor. Der über die GSH verarbeitete Hopfen hat einen Anteil von rund [70–80] % am insgesamt in der Schweiz angebauten Hopfen und wird durch schweizerische Bierbrauer eingekauft. Deshalb wird jedenfalls der überwiegende Anteil des in der Schweiz angebauten Hopfens auch in der Schweiz zu Bier verarbeitet.

¹⁶ [...] Dabei bleibt unklar, ob sich diese Angabe auf die benötigte Menge Rohhopfen oder die benötigte Menge Pellets bezieht. Gemäss [B] können aus einem Kilogramm Rohhopfen rund 850 Gramm Pellets hergestellt werden [...].

16. Gemäss [B] sind die schweizerischen Brauereien bereit, für schweizerischen Hopfen einen höheren Preis zu bezahlen als für ausländischen Hopfen. Grund dafür ist ihr zufolge, dass die schweizerische Herkunft des Hopfens zur Vermarktung gewisser Biersorten von Bedeutung ist.¹⁷

B Beurteilung

17. Vorliegend könnten verschiedene Elemente, welche dem Sekretariat im Zusammenhang mit dem neuen Konzept zur Organisation der Schweizer Hopfenbauern als Erzeugergemeinschaft gemeldet worden sind, kartellrechtlich problematisch sein. Es sind dies Verhaltensweisen, die im Zusammenhang stehen mit dem Verkauf von Hopfen durch den GSH-Geschäftsführer (vgl. Kapitel B.1), mit der gemeinsamen Qualitätskontrolle und Verarbeitung von Hopfen, der von GSH-Mitgliedern stammt (vgl. Kapitel B.2), mit möglichen Einkaufskooperationen kleinerer Brauereien (vgl. Kapitel B.3) und mit Diskussionen bzw. Abstimmungen innerhalb des Vereins zur Förderung des Schweizer Hopfens, insbesondere bezüglich des Hopfensortenbedarfs. Was letzteren Punkt, also den Verein zur Förderung des Schweizer Hopfens, anbelangt, so sind die Angaben von [B] dazu wenig spezifisch, so dass das Sekretariat dazu keine Beurteilung abgeben kann. So tätigt das Sekretariat im Rahmen von Beratungen keine Sachverhaltsabklärungen. Die nachfolgende Beurteilung erfolgt daher ausschliesslich gestützt auf die Angaben von [B] im Zusammenhang mit der Beratungsanfrage [...].

18. Die Verhaltensweisen, zu denen [B] genügend Angaben macht für eine Beurteilung (vgl. Rz 17), werden vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst (Art. 2 KG). Im Folgenden wird geprüft, ob eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 und/oder 3 und/oder 4 KG vorliegt. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

B.1 Verkauf von GSH-Hopfen durch GSH-Geschäftsführer

B.1.1 Einleitung

19. Das neue Konzept sieht u. a. vor, dass der von der GSH eingesammelte und durch [A] zu Pellets verarbeitete Hopfen (nachfolgend: GSH-Hopfen) durch den Geschäftsführer der umgestalteten GSH im Namen und auf Rechnung der einzelnen Bauern verkauft werden soll, wobei mehrjährige Verträge abgeschlossen werden sollen. Dabei soll der GSH-Geschäftsführer für jeden Bauern einzeln den bestmöglichen Preis erzielen und keine konkreten Preisuntergrenzen erhalten (vgl. Rz 2 ff.).

20. Würde man die einzelnen vertikalen Vereinbarungen zwischen den einzelnen GSH-Hopfenbauern und dem GSH-Geschäftsführer zum Verkauf von GSH-Hopfen lediglich isoliert voneinander betrachten, wäre zu prüfen, ob bei den gleichgelagerten vertikalen Vereinbarungen jeweils eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Dabei wäre in Anlehnung an die EU-Vertikalleitlinien¹⁸ und des dort beschriebenen Handels-

vertreterprivilegs zu berücksichtigen, welches finanzielle oder geschäftliche Risiko der GSH-Geschäftsführer beim Verkauf von GSH-Hopfen trägt.¹⁹

21. Eine isolierte Betrachtung dieser vertikalen Vereinbarungen wäre vorliegend aber unzureichend, denn das neue Konzept sieht eine Reihe gleicher Eckpunkte für die Verkäufe von GSH-Hopfen vor (vgl. Rz 3 f.). So sollen die GSH-Hopfenbauern sämtlichen GSH-Hopfen, den sie anzubieten haben, jeweils über den gleichen Vermittler, nämlich den GSH-Geschäftsführer, im Namen und auf Rechnung der einzelnen Bauern mittels mehrjähriger Verträge verkaufen, und dies mit den gleichen Preisvorgaben, nämlich zum bestmöglichen Preis ohne Preisuntergrenze. Die vorgesehene Zusammenarbeit der Hopfenbauern und der GSH führt faktisch dazu, dass der GSH-Geschäftsführer sämtliche Verhandlungen zu GSH-Hopfen stets im Wissen der ausgehandelten Konditionen bereits erfolgter GSH-Hopfengeschäfte sowie der Menge an GSH-Hopfen, die ihm für Verhandlungen noch zur Verfügung stehen, halten kann. Die einzelnen vertikalen Vereinbarungen stellen damit offensichtlich ein zusammenhängendes Gebilde von Vereinbarungen dar, dessen Schwerpunkt horizontaler Natur ist (vgl. Rz 26 ff.).

22. Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die Umsetzung des in Rz 19 beschriebenen Teils des neuen Konzepts, also der Verkauf sämtlichen GSH-Hopfens via den GSH-Geschäftsführer als vertikal verbundenen Dritten, eine kartellrechtlich unzulässige horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 und/oder 3 KG darstellt.

B.1.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften

23. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz

¹⁷ Gemäss [B] könnten die gleichen Hopfensorten teils gar zum halben Preis im Ausland bezogen werden [...]. Genaue Zahlen oder Beweismittel zu den tatsächlichen Preisunterschieden liegen keine vor.

¹⁸ Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), ABI C 248 vom 30.6.2022, S. 1 ff.

¹⁹ Vgl. RPW 2017/4, 702 Rz 49, *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 41; RPW 2020/2, 632 ff. Rz 57 ff., *AdBlue*. Gemäss Rz 50 des genannten Gutachtens ist der Begriff des Handelsvertreters in der Schweiz nicht kodifiziert. Dennoch können die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung im Hinblick auf die Klärung der Frage herangezogen werden, ob einzelne an einem Auftragsverhältnis beteiligte Unternehmen auf einen Teil ihrer unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten verzichten, um das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einzuschränken. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist, womit keine Wettbewerbsabrede zwischen den beiden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde oder ob die Tätigkeit des Auftragnehmers im Hinblick auf das von ihm getragene Risiko eigenständige Handlungsmöglichkeiten zu qualifizieren sind, welche im Rahmen des Auftragsverhältnisses durch eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eingeschränkt werden.

fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es bezüglich des in Rz 19 beschriebenen Teils des neuen Konzepts keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG werden von [B] in diesem Zusammenhang auch nicht geltend gemacht (vgl. aber Rz 56 ff. betreffend die gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung).

B.1.3 Wettbewerbsabrede

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

25. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (vgl. Rz 26 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; Rz 29 f.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Rz 31 ff.).²⁰

B.1.3.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

26. Eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG setzt, wie bereits in Rz 25 erwähnt, voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von horizontalen Abreden.²¹ Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, ist von einer vertikalen Abrede auszugehen.

27. Basis der hier zu prüfenden Zusammenarbeit sind eine Reihe bilateraler Vereinbarungen zum Verkauf von GSH-Hopfen zwischen dem GSH-Geschäftsführer auf der einen Seite und sämtlichen GSH-Hopfenbauern, welche über die GSH Hopfen verarbeiten lassen, auf der anderen Seite, wobei die Vereinbarungen in verschiedenen Punkten und im Wissen der GSH-Hopfenbauern gleich ausgestaltet sind (vgl. Rz 2 ff., 20 ff.). Vorgenannte GSH-Hopfenbauern sind also, was den Verkauf ihres GSH-Hopfens anbelangt, über ihren jeweiligen Vertrag mit dem GSH-Geschäftsführer indirekt miteinander verbunden.

28. Dieses Konstrukt passt ins Schema sog. Hub-and-Spokes-Vereinbarungen oder ähnelt diesem zumindest sehr. Letztere sind gemäss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) horizontale Beschränkungen auf der Lieferanten- oder Einzelhandlerebene (die Spokes, zu Deutsch: Speichen), welche durch vertikal verbundene Akteure umge-

setzt werden, die als gemeinsamen Hub (zu Deutsch: Nabe) dienen (z. B. ein gemeinsamer Hersteller, Einzelhändler oder Dienstleister).²² Der Hub ermöglicht die Koordinierung des Wettbewerbs zwischen den Spokes ohne direkte Kontrakte zwischen diesen.²³ Der Verkauf von GSH-Hopfen durch den GSH-Geschäftsführer wird daher nachfolgend als im Schwerpunkt horizontale Abrede angesehen.²⁴

B.1.3.2 Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken

29. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 25), definiert sich eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

30. Der Verkauf des GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer ist, wie in Rz 19 beschrieben, Teil des neuen Konzepts zur Organisation der Schweizer Hopfenbauern als Erzeugergemeinschaft, wobei dieses künftige Konzept bereits an einer GSH-Generalversammlung durch Hopfenbauern und Brauereien diskutiert worden ist [...]. So ist den Bauern, die ihren Hopfen durch den GSH-Geschäftsführer verkaufen lassen, also bewusst, dass die anderen am Konzept teilnehmenden Bauern dies gleich handhaben. Wird das Konzept resp. zumindest der diesen Verkauf durch den GSH-Geschäftsführer betreffenden Teil des Konzepts umgesetzt, so kann davon ausgegangen werden, dass die GSH-Hopfenbauern diesbezüglich bewusst und gewollt zusammen kooperieren, und zwar mit dem GSH-Geschäftsführer als indirektes Bindeglied resp. «Hub» dieser bilateralen Vereinbarungen, die es zwischen den einzelnen GSH-Hopfenbauern auf der einen und dem GSH-Geschäftsführer auf der anderen Seite geben soll (vgl. auch Rz 27 f.). Fraglich ist, ob die GSH-Hopfenbauern damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.²⁵

B.1.3.3 Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

31. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht

²⁰ BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*; BGE, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2, *Marché du livre en français/Dargaud*.

²¹ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

²² OECD, *Hub-and-spoke arrangements in competition*, <www.oecd.org/daf/competition/hub-and-spoke-arrangements.htm>

(21.2.2023). Für mehr zu Hub-and-Spoke-Vereinbarungen, vgl. OECD, *Secretariat, Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*, 3–4 December 2019. Vgl. auch MANI REINERT, in *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 KG N 125 ff., sowie SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 109 ff.

²³ Vgl. Nachweis in Fn 22.

²⁴ Vgl. ANDREAS HEINEMANN, *Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?*, Kapitel 2.2.

²⁵ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, (Fn 22), Art. 5 N 562 ff.

kumulativ.²⁶ Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.²⁷

32. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», m. a. W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne.²⁸ Eine subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig.²⁹ Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn ihre Anwendung für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.³⁰ Die Verhaltenskoordination muss kausal für die aktuellen bzw. potenziellen Auswirkungen sein.³¹

33. Wie bereits geschildert (vgl. Rz 3), soll gemäss dem neuen Konzept sämtlicher GSH-Hopfen durch den GSH-Geschäftsführer im Namen und auf Rechnung der einzelnen Hopfenbauern in der Regel mittels mehrjähriger Verträge verkauft werden. Dabei soll der GSH-Geschäftsführer jeweils den bestmöglichen Preis erzielen. Die einzelnen Hopfenbauern sollen dem GSH-Geschäftsführer aber keine konkrete Preisvorgabe machen. So sollen sie ihm jeweils auch keinen Minimalpreis vorgeben. Damit kann der GSH-Geschäftsführer bei diesem neuen Konzept die Verkaufspreise sämtlichen GSH-Hopfens bestimmen. Da sämtliche GSH-Hopfengeschäfte über ihn laufen, ist er auch informiert über die diesbezüglich bereits verkauften Mengen und die dazugehörenden Preise sowie über die noch zu verhandelnden Mengen. Dieses Konzept ist also offensichtlich geeignet, den Wettbewerb betreffend den Verkauf von GSH-Hopfen zwischen den GSH-Hopfenbauern zu begrenzen, wenn nicht gar ganz auszusetzen.

34. Der Verkauf sämtlichen GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer, wenn auch im Namen und auf Rechnung der einzelnen GSH-Hopfenbauern, wirkt sich, sofern der Geschäftsführer bestrebt ist, für die GSH-Hopfenbauern den resp. die bestmöglichen Preise zu erzielen, also mutmasslich wie eine Vermarktungsvereinbarung im Sinne der EU-Horizontalleitlinien³² aus. Vermarktungsvereinbarungen regeln gemäss jenen Leitlinien die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte. Der Umfang solcher Vereinbarungen kann sehr unterschiedlich sein. Sie kann beispielsweise nur gemeinsame Werbemassnahmen umfassen, aber auch sämtliche mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Aspekte, so auch dessen Preis, regeln.³³ Dabei wird die Festsetzung von Preisen als kartellrechtlich besonders heikel angesehen.³⁴

35. Damit ist vorliegend auch das zweite Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz 29) erfüllt, es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4

Abs. 1 KG vor. Darum ist nachfolgend zu prüfen, ob Art. 5 Abs. 1 resp. 3 KG erfüllt ist.

B.1.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

36. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs u. a. bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb stehen. Als Preise im Sinne dieser Bestimmung gelten sowohl die Verkaufspreise auf dem Absatzmarkt als auch die Einkaufspreise auf dem Beschaffungsmarkt.³⁵

37. Der GSH-Geschäftsführer verhandelt gemäss vorliegendem Konzept die Preise sämtlichen GSH-Hopfens mit den verschiedenen Abnehmern, d. h. den Brauereien, dies mit der Vorgabe seitens jeden teilnehmenden GSH-Hopfenbauern, den bestmöglichen Preis zu erzielen (vgl. Rz 3). Es ist davon auszugehen, dass der GSH-Geschäftsführer die bestmöglichen Preise erzielen kann, indem er so handelt, als würden sich die GSH-Hopfenbauern beim Verkauf von GSH-Hopfen zusammenschliessen, also indem er den Wettbewerb unter den Hopfenbauern bezüglich GSH-Hopfen nicht spielen lässt. Es ist also davon auszugehen, dass zumindest eine indirekte Festsetzung der Preise durch die GSH-Hopfenbauern vorliegt, und zwar mit Hilfe des GSH-Geschäftsführers. Folglich ist von einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen und es greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

38. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.³⁶ Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

²⁶ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*.

²⁷ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*, mit Verweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altimum*.

²⁸ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*.

²⁹ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*, BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

³⁰ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*.

³¹ BGE 147 II 72 E. 3.6 (m. w. H.), *Hors-Liste-Medikamente II/Pfizer*.

³² Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11 vom 14.1.2011 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien).

³³ EU Horizontalleitlinien (Fn 32), Rz 225.

³⁴ EU-Horizontalleitlinien (Fn 32), Rz 234.

³⁵ RPW 2008/4, 554 f. Rz 72 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 22), Art. 5 KG N 383; ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I 103 ff., 112.

³⁶ RPW 2018/4, 810 Rz 92, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*.

B.1.4.1 Relevanter Markt

39. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).³⁷ Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).³⁸

40. Bei vorliegend zu beurteilender Verhaltensweise der Vermarktung des GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer stehen Hopfenbauern als Anbieter von Hopfenpellets Brauereien als Nachfragerinnen gegenüber. Hopfen ist eine notwendige Zutat zur Herstellung von Bier, den die Brauereien in Form von Pellets oder auch als Dolden verwenden können.³⁹ Gemäss [B] deckt die Schweizer Produktion an Hopfen nur rund [10–20] % des Bedarfs der schweizerischen Brauereien (vgl. Rz 12), der Grossteil dieses Bedarfs an Hopfen für die Bierproduktion wird also durch Importe gedeckt.

41. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat in ihrer bisherigen Praxis keine Marktabgrenzung bezüglich des Absatzes von Hopfen vorgenommen, sie hat sich aber bereits mit Hopfen als beschaffungsseitigen Markt befasst. Bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens im Brauereisektor grenzte die WEKO 2008 sachlich u. a. verschiedene Beschaffungsmärkte im Bereich der Herstellung von Bier ab.⁴⁰ So ging sie u. a. sachlich von einem Beschaffungsmarkt für Hopfen aus und nahm für die räumliche Abgrenzung das Gebiet Europa an, ohne eine endgültige Marktabgrenzung vorzunehmen.⁴¹

42. Was die sachliche Marktabgrenzung anbelangt, wird bezüglich vorliegender Abrede von einem Markt für Hopfen ausgegangen, der sowohl unverarbeitete (frische aber auch getrocknete) Hopfendolden als auch Hopfenpellets beinhaltet. Bezüglich der räumlichen Abgrenzung dieses Marktes ist aufgrund dessen, dass keine relevanten qualitativen Unterschiede zwischen schweizerischem und ausländischem Hopfen ersichtlich sind, kein Grenzschutz für Schweizer Hopfen besteht⁴² und der Grossteil des in der Schweiz verwendeten Hopfens aus dem Ausland stammt (vgl. Rz 12), für diese Beratung von einem grösseren als nationalen Markt auszugehen.

B.1.4.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

43. Nachfolgend wird geprüft, ob und, wenn ja, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerb so diszipliniert werden, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligen, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist. Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen. Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmenden.

44. Schätzungsweise nur rund [10–20] % des in der Schweiz hergestellten Biers wird mit Hopfen aus der Schweiz hergestellt (vgl. Rz 12 und 14). Unter der Annahme, dass der in der Schweiz angebaute Hopfen vollständig in die schweizerische Bierproduktion einfließt, beträgt, wie bereits erwähnt (vgl. Rz 14), der Anteil des GSH-Hopfens am in der Schweiz zur Bierproduktion verwendeten Hopfen folglich rund [0–20] %. Da der Absatzmarkt für Hopfen weiter als schweizweit abgegrenzt wird, liegt der Marktanteil der GSH demnach deutlich unter rund [0–20] %.⁴³ Somit kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den tatsächlichen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Eine Beurteilung des potentiellen Aussenwettbewerbs sowie des Innenwettbewerbs erübrigt sich somit.

45. Zu prüfen ist damit, ob die vorliegende Abrede den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt (Rz 46 ff.) und wenn ja, ob sie sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 49 ff.).

B.1.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

46. Abreden, welche wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG).

47. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen.⁴⁴ Weiter hat es festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind. Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden

³⁷ Vgl. hierzu u. a. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; RPW 2020/4, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*.

³⁸ Vgl. hierzu u. a. BGE 139 I 72 E. 9.2.1 (m. w. H.), *Publigroupe*; BGE 129 II 18 E. 7.2, *Buchpreisbindung*.

³⁹ Hopfen wird hauptsächlich für die Bierherstellung verwendet, vergleichsweise geringe Mengen gelangen in die pharmazeutische und kosmetische Industrie (vgl. PETER WIESER/WILFRIED ZORN/JOACHIM DEGNER/ANGELA WERNER, Leitlinie zur effizienten und umweltverträglichen Erzeugung von Hopfen, Hrsg.: Thüringer Landesanstalt für Landwirtschaft, Mai 2007).

⁴⁰ RPW 2008/3, 430 Rz 87, 430 Rz 87 f., *Heineken/Eichhof*.

⁴¹ RPW 2008/3, 430 Rz 87, 432 f. Rz 112 ff., *Heineken/Eichhof*. Allenfalls könnte auch eine weitere Unterteilung in biologisch und konventionell produzierten Hopfen erwogen werden, vgl. hierzu die Überlegungen der WEKO bezüglich Milch im Entscheid *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH* (RPW 2020/1, 242 Rz 25).

⁴² Der Zollansatz für die Tariffnummern 1210.1000, Hopfen (Blütenzapfen), weder zerkleinert, noch gemahlen noch in Form von Pellets, sowie von 1210.2000, Hopfen (Blütenzapfen), zerkleinert oder gemahlen, auch in Form von Pellets und Hopfenmehl (Lupulin), beträgt jeweils Null (Stand: 21.3.2023).

⁴³ Bereits wenn man davon ausgeht, dass lediglich die Nachbarländer der Schweiz in diesen Markt miteinzubeziehen sind, dürfte der Marktanteil bei unter [0–10] % liegen.

⁴⁴ Zum Ganzen BGE 143 II 297, E. 5.1.6, 5.2.5, 5.6, *Gaba*.

nicht erforderlich. Es genügt zudem, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁴⁵ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.⁴⁶

48. Vorliegend sind keine genügenden Hinweise auf einen Bagatellfall ersichtlich. Zwar dürfte der gemeinsame Marktanteil der Abredeteilnehmenden deutlich unter [0–20] % liegen (vgl. Rz 44, Fn 43). Immerhin sind aber ein Grossteil der Schweizer Hopfenbauern an der Abrede beteiligt und die Abrede beschlägt mit dem Preis einen zentralen Wettbewerbsparameter. Da eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegt, ist an dieser Stelle – anders als in Bezug auf die gemeinsame Verarbeitung (vgl. Rz 70 ff.) – auch nicht auf die KMU-Bekanntmachung⁴⁷ einzugehen (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 Bst. a, Ziff. 5 Bst. a KMU-Bekanntmachung). Es wird daher davon ausgegangen, dass die Preisabrede zwischen den Hopfenbauern entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. Diese ist vorbehaltlich der Rechtfertigung (vgl. dazu Rz 49 ff.) unzulässig.

B.1.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

49. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

50. [B] nennt eine Reihe von Gründen für die Fortsetzung der Zusammenarbeit der Hopfenbauern bei der Verarbeitung und der Vermarktung zertifizierten Schweizer Hopfens (vgl. Rz 5). Dabei gibt sie u. a. hinsichtlich einer Situation ohne Zusammenarbeit zwischen GSH-Hopfenbauern an, dass Bauern mit mehreren Brauereien (oder auch umgekehrt) individuell über Abnahmeverträge über sehr kleine Menge verhandeln müssten. Diese Aussage könnte u. a. als Begründung dafür verstanden werden, weshalb Bauern ihren GSH-Hopfen über ein- und dieselbe Stelle, nämlich den GSH-Geschäftsführer, vertreiben lassen. Die Angaben von [B] hierzu sind jedoch zu wenig substantiiert, als dass das Sekretariat im Rahmen vorliegender Beratung (also ohne eigene Ermittlungen) abschliessend beurteilen könnte, ob die Abrede gerechtfertigt werden kann.

51. Festzuhalten ist aber immerhin, dass die vorliegende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt wäre, wenn der Verkauf durch den GSH-Geschäftsführer notwendig wäre, um den Hopfen mit tieferen Kosten vermarktbar zu machen. Bei der Rechtfertigung aus Effizienzgründen könnte vorliegend auch die Schaffung von Gegenmacht (Countervailing Power) gegenüber grösseren Brauereien berücksichtigt werden.⁴⁸ Anzumerken ist im Weiteren, dass Brauereien und Hopfenbauern bereits über das neue Konzept anlässlich einer

Generalversammlung diskutiert haben [...], die diesbezüglichen Brauerei-Mitglieder also Kenntnis über den geplanten, gemeinsamen Verkauf des Hopfens mittels GSH-Geschäftsführer haben. Sollten sämtliche Brauereien mit dem im Konzept skizzierten Vorgehen des Verkaufs sämtlichen GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer einverstanden sein, und dies unabhängig ihrer Zustimmung zu anderen Massnahmen, kann davon ausgegangen werden, dass die Vorteile eines solchen Vorgehens aus Brauereisicht überwiegen und eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen vorliegt.

B.1.7 Fazit zu Vermarktung durch GSH-Geschäftsführer

52. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der nach dem neuen Konzept vorgesehene Verkauf des GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer eine horizontale Preisabrede zwischen den Hopfenbauern, die GSH-Hopfen produzieren, im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt. Denn mit dem alleinigen Verkauf des GSH-Hopfens via den GSH-Geschäftsführer wird faktisch die Preissetzung dieser Hopfenbauern gegenüber den Brauereien koordiniert. So wird es den Brauereien verunmöglicht, Offerten verschiedener Hopfenbauern zum Kauf von GSH-Hopfen einzuholen und mit den Hopfenbauern zu verhandeln.

53. Folglich greift die gesetzliche Vermutung, dass die Abrede der Bauern, ihren GSH-Hopfen durch den GSH-Geschäftsführer zu verkaufen, wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutung kann vorliegend aufgrund hinreichenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Die Abrede zwischen den Bauern, GSH-Hopfen nur durch den GSH-Geschäftsführer zu verkaufen, stellt gemäss Praxis und Rechtsprechung indes eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Diese Abrede kann jedoch gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn der Verkauf des GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer – wie es [B] vorbringt – tatsächlich notwendig wäre, um den Hopfen mit tieferen Kosten vermarktbar zu machen. Ob diese Voraussetzung vorliegend erfüllt ist, kann im Rahmen der Beratung wegen mangelnder Sachverhaltskenntnis nicht abschliessend geklärt werden. Sofern die Brauereien mit dem Verkauf durch den GSH-Geschäftsführer einverstanden sind, spricht dies für eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen.

⁴⁵ BGE 143 II 297, E. 5.4.2, *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer, 2C 63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.2, *BMW*; RPW 2019/2, 314 Rz 131, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*.

⁴⁶ BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 6.5, *Hors Liste-Medikamente II/Pfizer*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1, E. 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1, E. 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG Wallisellen*.

⁴⁷ Bekanntmachung vom 19.12.2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung).

⁴⁸ Vgl. MARCEL MEINHARDT/FRANK BREMER/DÉSIRÉE STEBLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 92; RPW 2008/4, 564 ff. Rz 119 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

B.2 Gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung

B.2.1 Einleitung

54. Gemäss dem neuen Konzept nimmt die GSH den Rohhopfen an einer GSH-Sammelstelle von den Hopfenbauern entgegen und lässt für den gesammelten Rohhopfen durch [A] eine gemeinsame Qualitätskontrolle anhand eines Sammelmusters durchführen (vgl. Rz 2 ff.). Nach der Qualitätskontrolle wird der gesamte von der GSH zusammengefasste Rohhopfen [A] übergeben, welchen diesen zu Hopfenpellets verarbeitet (vgl. Rz 2 ff.). Nach der Verarbeitung soll [A] die Hopfenpellets sodann im Auftrag der GSH direkt an die Brauereien liefern (vgl. Rz 2). Die Kosten der Qualitätskontrolle und der Verarbeitung werden den einzelnen Hopfenbauern von der GSH gestützt auf ihren Mengenananteil direkt überwältzt (vgl. Rz 2).

55. Nachfolgend wird geprüft, ob die Umsetzung des in Rz 54 beschriebenen Konzepts, also die gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung von GSH-Hopfen, koordiniert durch die GSH, kartellrechtlich zulässig ist oder eine kartellrechtlich unzulässige horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.

B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

56. Dem Kartellgesetz sind gemäss Art. 3 Abs. 1 Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (vgl. Rz 23), darunter Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG). Zu prüfen ist, ob vorliegend die Vorschriften des Landwirtschaftsgesetzes (LwG)⁴⁹ solche vorbehaltenen Vorschriften darstellen.

57. Zu prüfen ist Art. 8 LwG. Art. 8 Abs. 1 LwG («Selbsthilfe») bestimmt, dass die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchen sind.⁵⁰ Gemäss der WEKO ist die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes bei Selbsthilfemassnahmen nach Art. 8 LwG im Einzelfall zu beurteilen, wobei geprüft werden muss, ob eine Selbsthilfemassnahme noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulässt.⁵¹ Das Bundesgericht hat diesem Gedanken der WEKO in seinem Urteil aus dem Jahre 2014 Rechnung getragen.⁵²

58. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Art. 8 Abs. 1 LwG die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes in Bezug auf die vorgängig beschriebene Zusammenarbeit von GSH-Hopfenbauern zur gemeinsamen Qualitätskontrolle und/oder Verarbeitung ausschliesst. Zur Beantwortung dieser Frage gilt es zuerst festzustellen, ob die Zusammenarbeit mehrerer GSH-Bauern bezüglich Qualitätskontrolle und/oder Verarbeitung gemäss dem neuen Konzept, wie vorgängig beschrieben (Rz 2 ff., 54), unter Art. 8 Abs. 1 LwG subsumiert werden kann. Dabei gilt es nicht nur die Selbsthilfemassnahme selbst zu bewerten, sondern auch zu analysieren, von wem diese Selbsthilfemassnahme kommt.

59. Die vorliegenden Massnahmen bezüglich gemeinsamer Qualitätskontrolle und Verarbeitung werden, so sieht es das neue Konzept vor, durch die GSH abgewickelt. Letztere soll neu eine reine Genossenschaft von Hopfenbauern werden, also eine Organisation von Produzentinnen und Produzenten. Es handelt sich bei der GSH also um eine Organisation, die Selbsthilfemassnahmen gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG ergreifen darf.

60. Als nächster Schritt stellt sich die Frage, ob eine oder beide der vorliegend zu diskutierenden Massnahmen des neuen Konzepts unter Art. 8 Abs. 1 LwG subsumiert werden können. Gemäss der Botschaft zur Agrarpolitik 2002 gibt es drei Bereiche, die im Rahmen der Selbsthilfe nach Art. 8 Abs. 1 LwG durch die Betroffenen selbst geregelt werden sollen: erstens die Qualität mit Massnahmen wie der Einführung eines Qualitätssicherungssystems oder von Handelsnormen, zweitens die Absatzförderung – darunter sind Kommunikationsmassnahmen wie Werbung, Verkaufsförderung und Produkte-PR zu verstehen – und drittens die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes.⁵³ Dazu gehören gemäss dem Obergericht des Kantons Bern gestützt auf ein Gutachten der WEKO gewisse Vorschriften zur Produktionsweise und Verkaufsmenge.⁵⁴ Bei der vorgängig beschriebenen Qualitätsmassnahme, der Prüfung eines Sammelmusters anstelle vieler einzelner Muster (vgl. Rz 2 ff., Rz 54), scheint es in erster Linie um Kosteneinsparungen, nicht aber um die Implementierung eines höheren Qualitätsstandards zu gehen, so dass diese Massnahme gestützt auf vorgenannte Botschaft nicht unter einer der drei Massnahmenbereiche von Art. 8 Abs. 1 LwG subsumiert werden kann. Auch bei der zweiten Massnahme, nämlich der gemeinsamen Verarbeitung von Rohhopfen zu Pellets, ist gestützt auf den dem Sekretariat vorliegenden Sachverhalt nicht ersichtlich, dass sie einer der drei vorgenannten Massnahmenbereiche gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG zugeordnet werden kann. Somit kommt vorliegend kein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG gestützt auf Art. 8 Abs. 1 LwG zur Anwendung.

⁴⁹ Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29.4.1998 (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

⁵⁰ RPW 2015/3, 735 Rz 33, *Gutachten für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES)*.

⁵¹ WALTHER, SIMONE, in: Landwirtschaftsgesetz (LwG), SHK – Stämpfli Handkommentar, Roland Norer (Hrsg.), 2019, Art. 8, 131 Rz 26; RPW 2015/4, 907 ff. Fragen 4.1 und 4.2, Rz 26 ff., *Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] als Kläger gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES) als Beklagter*.

⁵² STÄMPFLI LWG-WALTHER (Fn 51), Art. 8, 132 Rz 31, mit Verweis auf BGer, 5A.787/2014 vom 4.5.2015 E 2.1–2.3, A. AG und B. AG gegen *Emmentaler Switzerland*.

⁵³ Botschaft vom 8.10.1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1, 98 f., Kapitel «Artikel 8 Selbsthilfe: Absatz 1».

⁵⁴ Vgl. BGer 5A.787/2014 vom 4.5.2015, E 2.1 (= RPW 2015/4, E. 2.1), A. AG und B. AG gegen *Emmentaler Switzerland*, RPW 2015/4, 882 f. IV 4.4, *Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014 in Sachen A. und B. gegen Emmentaler Switzerland betreffend Forderung*.

61. So gilt es nachfolgend für die vorgängig beschriebene Zusammenarbeit von GSH-Hopfenbauern betreffend die gemeinsame Qualitätskontrolle des Rohhopfen sowie betreffend die gemeinsame Verarbeitung von GSH-Hopfen zu Pellets zu prüfen, ob diese eine kartellrechtlich unzulässige horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

B.2.3 Wettbewerbsabrede

62. Als Wettbewerbsabreden gelten, wie bereits erwähnt (vgl. Rz 24), rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

B.2.3.1 Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken

63. Die Entgegennahme von Rohhopfen von GSH-Bauern durch die GSH und die anschliessende gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung des Rohhopfens ist Teil des neuen, künftigen Konzepts zur Organisation der Schweizer Hopfenbauern als Erzeugergemeinschaft, wobei dieses künftige Konzept bereits an einer GSH-Generalversammlung durch Hopfenbauern und Brauereien diskutiert worden ist (vgl. Rz [...], Rz 2 ff. und Rz 54). Wird das Konzept resp. zumindest der diesen die gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung betreffenden Teil des Konzepts umgesetzt, so ist davon auszugehen, dass die GSH-Hopfenbauern diesbezüglich bewusst und gewollt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zusammen kooperieren. Fraglich ist, ob die GSH-Hopfenbauern damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

B.2.3.2 Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

64. Für die Beurteilung, ob die Zusammenarbeit mehrerer GSH-Bauern bezüglich Qualitätskontrolle und/oder Verarbeitung gemäss dem neuen Konzept, wie vorgängig beschrieben (Rz 2 ff., Rz 54), eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt, werden diese beiden Elemente nachfolgend einzeln betrachtet.

65. Nimmt man die im neuen Konzept geplante gemeinsame Qualitätskontrolle des GSH-Rohhopfens via ein Sammelmuster losgelöst von den anderen Elementen des neuen Konzepts in den Fokus, also so, als würde es die anderen Elemente des Konzepts, wie insbesondere die gemeinsame Verarbeitung des GSH-Hopfens und den Verkauf der GSH-Hopfenpellets durch den GSH-Geschäftsführer, nicht geben, so ist weder eine bezweckte noch bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ersichtlich. Denn die Qualitätskontrolle müsste ohnehin durchgeführt werden, weil sie von den Abnehmerinnen verlangt wird. Dies gilt unter dem Vorbehalt, dass es zwischen den GSH-Hopfenbauern durch die gemeinsame Qualitätskontrolle nicht zu einem Austausch sensibler Daten kommt, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen, so vorliegend insbesondere bezüglich der von jedem Hopfenbauern produzierten Mengen an GSH-Hopfen.⁵⁵ Ein solcher Austausch wäre vorliegend nicht von vornerein auszuschliessen, da geplant ist, dass die Kosten der Qualitätskontrolle und der Verarbeitung den

einzelnen Hopfenbauern von der GSH gestützt auf ihren Mengenanteil direkt überwältigt werden (vgl. Rz 2 und 54).

66. Im Gegensatz zur gemeinsamen Qualitätskontrolle des GSH-Hopfens ist bei der gemeinsamen Verarbeitung des GSH-Hopfens zu Pellets davon auszugehen, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Würden sämtliche Hopfenbauern ihren Hopfen jeweils selbst zu Pellets verarbeiten lassen, so würden sich die Pellets dieser Hopfenbauern mutmasslich sowohl in der Zusammensetzung der Hopfensorten als auch in der Qualität des verwendeten Hopfens voneinander unterscheiden. Wird der Hopfen jedoch gemeinsam verarbeitet, entsteht nur eine einzige Art an Hopfenpellets, was mit einem Verlust der Angebotsvielfalt einhergeht. Die Verarbeitung zu gemeinsamen Hopfenpellets hat damit zumindest das Potential, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

67. Damit ist vorliegend auch das zweite Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz 29) erfüllt, es liegt somit bezüglich der gemeinsamen Verarbeitung von GSH-Hopfen eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Darum ist nachfolgend zu prüfen, ob für diesen Teil des neuen Konzepts Art. 5 Abs. 1 KG erfüllt ist.

B.2.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

68. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Wie bereits in Rz 38 erläutert, kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibt.

B.2.4.1 Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

69. Die vorliegende Abrede zur gemeinsamen Verarbeitung des GSH-Rohhopfens zu Hopfenpellets betrifft den Absatzmarkt für Hopfen, welcher räumlich weiter als schweizweit abzugrenzen ist (vgl. Rz 39 ff.). Sie betrifft zudem dieselben horizontalen Abredeteiligen und Hopfenmengen wie bei der bereits diskutierten Abrede zum Verkauf des GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer, womit auch der geschätzte diesbezügliche Marktanteil, welche vorliegende Abrede auf sich vereint, deutlich weniger als [0–20] % beträgt (vgl. Rz 44 und Fn 43). So liegt aufgrund des Aussenwettbewerbs keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vor und es ist zu prüfen, ob es zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt.

⁵⁵ Vgl. hierzu BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.5.3.2–4.5.3.3, ASCOPA, mit weiteren Verweisen.

B.2.4.2 Keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

70. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

71. Das Kriterium der Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und schon ein geringes Mass ist ausreichend, um die Erheblichkeit zu bejahen (vgl. Rz 47).⁵⁶ Die Prüfung, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, erfolgt, soweit kein Fall von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt (vgl. Rz 47), anhand quantitativer und qualitativer Kriterien, wobei eine Einzelfallbetrachtung erfolgt. Dabei ist die Prüfung der Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand quantitativer Kriterien umso bedeutsamer, je weniger eine Abrede nach qualitativen Kriterien als schwerwiegend angesehen wird. Umgekehrt ist die Bedeutung qualitativer Kriterien für diese Prüfung umso bedeutsamer, je weniger eine Abrede nach quantitativen Kriterien als schwerwiegend anzusehen ist.⁵⁷ Aufgrund der mutmasslich geringen Grösse der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen ist vorliegend zudem die KMU-Bekanntmachung zu berücksichtigen.

72. Gemäss Ziff. 5 Bst. a der KMU-Bekanntmachung⁵⁸ erachtet die WEKO horizontale Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt sind, in der Regel als unerheblich, sofern sie nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen. Als Kleinstunternehmen gilt ein Unternehmen, welches weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigt und dessen Jahresumsatz in der Schweiz maximal 2 Millionen Franken beträgt (Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung). Sofern sämtliche Hopfenbauern, welche ihren Hopfen mittels GSH gemeinsam verarbeiten lassen, in diesem Sinne als Kleinstunternehmen zu qualifizieren sind, wird die vorliegende Abrede zur gemeinsamen Hopfenverarbeitung gestützt auf die KMU-Bekanntmachung als grundsätzlich zulässig erachtet. Konkrete Angaben dazu, welche Betriebsgrösse die beteiligten Unternehmen haben, liegen dem Sekretariat nicht vor, so dass vorliegend keine abschliessende Bewertung vorgenommen werden kann.

73. Aber selbst wenn nicht ausschliesslich Kleinstunternehmen an der Abrede zur gemeinsamen Hopfenverarbeitung beteiligt wären, wäre die KMU-Bekanntmachung zu berücksichtigen. Gemäss Ziff. 1 Abs. 1 KMU-Bekanntmachung erachtet die WEKO eine Abrede in der Regel als zulässig nach Art. 5 KG, wenn sie erstens im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen steht und zweitens diesen Unternehmen nur eine beschränkte Marktwirkung zu kommt.

74. Von einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit ist in der Regel auszugehen, wenn die Wettbewerbsabrede durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Massnahmen Gröszen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und sie hierzu notwendig ist (Ziff. 2 Abs. 1 KMU-Bekanntmachung). Ein Beispiel solcher Verbesserungen sind solche im Bereich der Produktion

(Ziff. 2 Abs. 2 Bst. a KMU-Bekanntmachung). [B] rechnet damit, dass mit einer separaten Verarbeitung des GSH-Hopfens in Einzelpartien die Konvertierungskosten um [...] % steigen würden als auch rund [...] % höhere Verluste bei der Verarbeitung entstehen würden (vgl. Rz 6). Zudem würde es eine Ver[...] der Kosten für LKW-Transporte in ursprünglicher Höhe von rund [...] Euro geben (vgl. Rz 6). Sie macht also Kosteneinsparungen durch die gemeinsame Verarbeitung geltend, die unter Ziff. 2 Abs. 2 Bst. a der KMU-Bekanntmachung subsumiert werden können.

75. Von beschränkter Marktwirkung geht die WEKO bei einer horizontalen Wettbewerbsabrede in der Regel aus, wenn der gemeinsame Marktanteil der Abredeteilnehmenden auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkten 10 % überschreitet (Ziff. 3 Abs. 1 Bst. a KMU-Bekanntmachung). Wie bereits erläutert, dürfte der Anteil des GSH-Hopfens an einem weiter als schweizweit abzugrenzenden Absatzmarkt für Hopfen deutlich unter [0–20] % liegen (vgl. Rz 14 und 44). Somit ist für die Abrede über die gemeinsame Verarbeitung nach der KMU-Bekanntmachung von einer beschränkten Marktwirkung auszugehen.

76. Damit ist die vorliegende Abrede über die gemeinsame Verarbeitung als zulässig anzusehen (Ziff. 1 Abs. 1 und 2 KMU-Bekanntmachung).

B.2.5 Fazit zur gemeinsamen Qualitätskontrolle und Verarbeitung

77. Zusammenfassend ist zunächst festzuhalten, dass die nach dem neuen Konzept vorgesehene gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung von GSH-Hopfen nicht durch Art. 8 Abs. 1 LwG gedeckt ist. Es bestehen insofern also keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG.

78. Die vorgesehene, gemeinsame Qualitätskontrolle stellt isoliert betrachtet indes schon keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, da die Qualitätskontrolle des Hopfens ohnehin durchgeführt werden müsste, weil dies die Abnehmerinnen verlangen. Dass keine Wettbewerbsabrede vorliegt, gilt jedenfalls, soweit es im Rahmen der gemeinsamen Qualitätskontrolle nicht zu einem Austausch sensibler Daten kommt, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen, so vorliegend insbesondere bezüglich der von jedem Hopfenbauern produzierten Mengen an GSH-Hopfen.

⁵⁶ Zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 5.1.6 und 5.2.2, *Gaba*.

⁵⁷ RPW 2020/3a, 1117 f. Rz 1271 ff., *Bauleistungen See-Gaster*. Vgl. auch BGE 143 II 297 E. 5.2.2, *Gaba*, und ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29.6.2015, N 16 und N 59.

⁵⁸ Vgl. hierzu auch Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABI C 291, 30.8.2014, S. 1–4.

79. Hingegen ist die nach dem neuen Konzept vorgesehene gemeinsame Verarbeitung des GSH-Hopfens durch [A] als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den betreffenden Hopfenbauern gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Denn die entsprechende Vereinbarung führt zu einem Verlust der Angebotsvielfalt und schafft damit zumindest die Gefahr der Beeinträchtigung des diesbezüglichen Wettbewerbs.

80. Diese Abrede beseitigt jedoch nicht den wirksamen Wettbewerb und stellt – mit Blick auf die KMU-Bekanntmachung – auch keine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Denn es ist davon auszugehen, dass es sich bei den an der Abrede beteiligten Hopfenbauern um Kleinstunternehmen i. S. der KMU-Bekanntmachung handelt. Selbst wenn nicht sämtliche dieser Bauern als solche Kleinstunternehmen zu qualifizieren wären, ergibt sich gestützt auf die Angaben von [B], dass die Abrede über die gemeinsame Verarbeitung im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen steht und den Abredeteilnehmenden nur eine beschränkte Marktwirkung zukommt, weil der gemeinsame Marktanteil im relevanten Absatzmarkt deutlich unter [0–20] % liegt.

81. Die gemeinsame Qualitätskontrolle und Verarbeitung sind somit kartellrechtlich zulässig.

B.3 Einkaufsgemeinschaften kleinerer Brauereien

82. Gemäss dem neuen Konzept sind Einkaufsgemeinschaften kleinerer Brauereien für den Bezug von Hopfen zur Reduktion von Transaktionskosten denkbar (vgl. Rz 8). Dazu, wie viele kleine Brauereien sich jeweils zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammenschliessen könnten und bis zu welchem maximalen Einkaufsvolumen, werden keine konkreten Angaben gemacht. Dem Hopfenverteiler 2020 ist aber zu entnehmen, dass zehn GSH-Brauerei-Mitglieder damals einen Anteil von jeweils maximal [0–10] % des durch die GSH verarbeiteten Hopfens bezogen hatten (vgl. Rz 8). Hierbei ist anzumerken, dass der durch die GSH 2020 verarbeitete Hopfen rund [70–80] % des in der Schweiz angebauten Hopfens ausmachte (vgl. Rz 15). Die Eingabe spezifiziert nicht, wer seitens der jeweiligen Brauerei-Einkaufsgemeinschaft an den Verhandlungen teilnehmen wird. Eine bessere Verhandlungsposition durch den gemeinsamen Einkauf wird nicht geltend gemacht.

83. Da die Angaben von [B] betreffend die mögliche Einkaufsgemeinschaft kleinerer Brauereien nicht hinreichend konkret sind (vgl. Rz 8, Rz 82), verzichtet das Sekretariat darauf, diesbezüglich spezifische Aussagen zu machen, und verweist auf seine Beratungspraxis i. S. Einkaufsgemeinschaften/-kooperationen.⁵⁹ Danach können Einkaufsgemeinschaften/-kooperationen insbesondere dann als unproblematisch angesehen werden, wenn die gemeinsamen Marktanteile der Teilnehmenden auf den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten maximal 15 % betragen und die Zusammenarbeit bei den Teilnehmenden zu Kostensenkungen führt, welche absatzseitig den Wettbewerb verstärken. Soweit es im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft/-kooperation zu einem Informationsaustausch kommt, darf dieser einzig solche Informationen erfassen, welche für das Funktionieren der Einkaufsgemeinschaft/-kooperation notwendig sind. Sollten allfällige Einkaufsgemeinschaften klei-

nerer Brauereien die massgebenden Kriterien gemäss der bisherigen Beratungspraxis erfüllen, bestehen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht keine Bedenken.

B.4 Fazit

84. In vorliegender Beratung werden verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem neuen Konzept zur Organisation der Schweizer Hopfenbauern als Erzeugergemeinschaft kartellrechtlich beurteilt.

85. Es ist davon auszugehen, dass der geplante Verkauf sämtlichen GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer als horizontale Preisabrede zwischen den Hopfenbauern, die GSH-Hopfen produzieren, im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren ist (vgl. Rz 24 ff., Rz 36 f.). Diese Abrede stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 46 ff.). Sie kann indes gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn der Verkauf des Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer notwendig ist, um den Hopfen mit tieferen Kosten vermarktbar zu machen (vgl. Rz 49 f.). Unter dieser Voraussetzung ist die Abrede der Hopfenbauern über den Verkauf sämtlichen GSH-Hopfens durch den GSH-Geschäftsführer zulässig.

86. Die geplante gemeinsame Qualitätskontrolle des GSH-Hopfens stellt für sich betrachtet, und sofern es dabei nicht zu einem Austausch sensibler Daten kommt, keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar und ist somit zulässig (vgl. Rz 65).

87. Die geplante gemeinsame Verarbeitung des GSH-Hopfens ist als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren (vgl. Rz 66 f.). Sie führt nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 70 ff.) und ist somit ebenfalls zulässig.

88. Bezüglich möglicher Einkaufskooperationen kleinerer Brauereien wird auf die bestehende Praxis des Sekretariats zu Einkaufsgemeinschaften/-kooperationen verwiesen (vgl. Rz 83).

89. Schliesslich kann das Sekretariat zu Diskussionen bzw. Abstimmungen innerhalb des Vereins zur Förderung des Schweizer Hopfens, insbesondere bezüglich des Hopfensortenbedarfs, im Rahmen dieser Beratung keine Beurteilung abgeben, da die Angaben von [B] dazu wenig spezifisch sind (vgl. Rz 17).

⁵⁹ Vgl. hierzu und zum Folgenden RPW 2022/2, 306 ff., *Internationale Einkaufskooperation*; RPW 2021/3, 623 ff., *Lizenzen elektronische Lehrmittel*; RPW 2020/2, 405 ff., *Einkaufskooperation*.

B 1.4

2. Online-Plattform für Konsumenten und Konsumentinnen zum Vergleich von Treibstoffpreisen an Tankstellen

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

1. Sachverhalt

1.1. Allgemeine Informationen zur TCS-Vergleichsplattform

1. Gemäss der Beratungsanfrage sei die (an Konsumentinnen und Konsumenten gerichtete) TCS-Vergleichsplattform¹ Ende 2022 aufgeschaltet worden. Über diese Plattform könnten die Treibstoffpreise, insbesondere für Benzin und Diesel, von Tankstellen in der Schweiz abgerufen werden. Die Informationen zu den Treibstoffpreisen seien für alle erfassten Tankstellen auf einer interaktiven Karte dargestellt und über die TCS-Vergleichsplattform im Internet kostenlos und frei zugänglich. Der TCS plane zusätzlich zur TCS-Vergleichsplattform auch eine App-Lösung für das Smart-Phone.

1.2. (Geplantes) Einspeisen von Treibstoffpreisen in die TCS-Vergleichsplattform

2. In der aktuellen Version der TCS-Vergleichsplattform sei es für Konsumentinnen und Konsumenten von Treibstoffen an Tankstellen bereits heute möglich, Preise, welche ihnen individuell an einer bestimmten Tankstelle angeboten würden, auf der TCS-Vergleichsplattform zu melden (nachfolgend: Preismeldung). Dabei sei es jedoch zwingend erforderlich, zunächst ein Nutzerprofil auf der TCS Vergleichsplattform zu erstellen, da eine Preismeldung nur von eingeloggten Nutzerinnen und Nutzern abgegeben werden könne. Das Einspeisen von Preismeldungen durch Nutzerinnen und Nutzer werde durch das Sammeln von Punkten vergütet und dann regelmässig durch den TCS «mit Preisen belohnt». Der TCS beabsichtige damit, dass die auf der TCS-Vergleichsplattform veröffentlichten Treibstoffpreise möglichst aktuell seien.

3. Die Preismeldungen von Nutzerinnen und Nutzern seien insbesondere dann bedeutsam, wenn die Betreiberinnen der Tankstellen keinen Vertrag mit dem TCS zur Übermittlung von Treibstoffpreisen abschliessen würden. Preismeldungen stellten dann die einzige Quelle für Preisinformationen an entsprechenden Tankstellen dar. Auch könne dadurch die Aktualität der Preisinformation für Treibstoffe an Tankstellen verbessert werden, falls eine Tankstellenbetreiberin nicht in Echtzeit Anpassungen der Preise liefere und Nutzerinnen und Nutzern bereits aktuellere Preise offeriert würden.

4. Neben den Preismeldungen der Nutzerinnen und Nutzern sei geplant, dass der TCS mit interessierten Tankstellenbetreiberinnen Verträge (nachfolgend: Datenübermittlungsverträge) abschliessen werde, in welchen sich diese dazu verpflichten würden, dem TCS die folgenden Daten zu übermitteln:

- i. Vollständige Tankstellenliste der Tankstellenbetreiberin inklusive Daten zur Geolokation (Koordinaten, Namen, Adressen, Google Maps ID),
- ii. Liste der verkauften Treibstoffe je Tankstelle und
- iii. Verkaufspreise der Treibstoffe je Tankstelle.

5. Geplant sei, dass die Verkaufspreise für Treibstoffe durch die Tankstellenbetreiberinnen mindestens einmal täglich gemeldet würden, falls eine Übermittlung in Echtzeit nicht erfolgen könne. Aktuell entwickle der TCS eine Schnittstelle, mit der die Verkaufspreise für Treibstoffe von den Tankstellenbetreiberinnen in Echtzeit übermittelt werden könnten.

6. Gemäss Angaben von Avenenergy sei es den Tankstellenbetreiberinnen freigestellt, einen entsprechenden Datenübermittlungsvertrag mit dem TCS abzuschliessen. In jedem Fall solle es aber allen Tankstellenbetreiberinnen gleichermaßen offenstehen, ihre jeweiligen Verkaufspreise für Treibstoffe in Echtzeit an den TCS zu übermitteln.

7. Hinsichtlich der übermittelten Daten (vgl. Rz 4) wird in der Beratungsanfrage betont, dass der Datenaustausch nur zwischen der spezifischen Tankstellenbetreiberin und dem TCS erfolgen werde. Hingegen sei ein Datenaustausch zwischen den Tankstellenbetreiberinnen untereinander ausgeschlossen.

1.3. Veröffentlichte Treibstoffpreise auf der TCS-Vergleichsplattform

8. Grundlage für die Informationen zu den Treibstoffpreisen der Tankstellen, welche auf der TCS-Vergleichsplattform im Internet frei zugänglich veröffentlicht werden (sollen), seien einerseits die bereits heute veröffentlichten Preismeldungen durch registrierte Nutzerinnen und Nutzer der TCS-Vergleichsplattform und andererseits die zukünftig veröffentlichten Verkaufspreise für Treibstoffe an Tankstellen (in Echtzeit) auf Basis von Datenübermittlungsverträgen zwischen dem TCS und den jeweiligen Tankstellenbetreiberinnen.

9. Auf der TCS-Vergleichsplattform werde der Beobachtungszeitpunkt der jeweils angezeigten Preise für Treibstoffe an den jeweiligen Tankstellen ausgewiesen. Eine solche Zusatzinformation sei für die Konsumentinnen und Konsumenten wichtig, damit diese die Aktualität der Treibstoffpreise einordnen könnten. Diese Zusatzinformation sei insbesondere von Bedeutung, falls eine Tankstellenbetreiberin dem TCS keine oder nur sporadisch Daten übermittle.

¹ Vgl. <https://www.tcs.ch/de/tools/tcs-app/tankstellen-schweiz/> (zuletzt besucht am 22.5.2023).

1.4. Weitere Informationen zur Ausgestaltung der TCS-Vergleichsplattform

10. Gemäss der Beratungsanfrage solle die TCS-Vergleichsplattform in der Schweiz auf den Märkten für Treibstoffe an Tankstellen zu mehr Transparenz beitragen. Eine solche Transparenz sei im Sinne der Mitglieder des TCS und diene auch indirekt deren Bindung an den TCS. Die Verwendung der TCS-Vergleichsplattform sei jedoch nicht auf Mitglieder des TCS beschränkt, sondern stehe allen Konsumentinnen und Konsumenten offen (vgl. Rz 1). Dem TCS gehe es nicht darum, mit der TCS-Vergleichsplattform selbst Einnahmen zu generieren. Auch stehe der TCS grundsätzlich in keinem horizontalen oder vertikalen Wettbewerbsverhältnis zu den Tankstellenbetreiberinnen.

2. Fragestellung

11. Die Avenergy ersucht das Sekretariat mit der Beratungsanfrage um eine Bestätigung, dass die geplante Übermittlung von Daten der Mitglieder von Avenergy (Tankstellenbetreiberinnen) an den TCS (vgl. Rz 4) zum Betrieb der TCS-Vergleichsplattform (vgl. Rz 1 f.) kartellrechtskonform sei.

12. In diesem Zusammenhang wird von Avenergy darauf hingewiesen, dass entsprechende Datenübermittlungsverträge nicht zwischen Avenergy und dem TCS geschlossen würden. Daher werde Avenergy entsprechend keine Vertragspartei sein und auch in keiner Art und Weise an der geplanten Übermittlung von Daten an den TCS (vgl. Rz 4) beteiligt sein, auch nicht als Empfängerin von Daten. Darüber hinaus sei jedes Mitglied von Avenergy frei in seiner Entscheidung, auch bei Kartellrechtskonformität der Übermittlung von Daten an den TCS weiterhin und nach eigenem Ermessen entsprechende Datenübermittlungsverträge mit dem TCS einzugehen. Die nachfolgende Beurteilung stützt sich ausschliesslich auf die vorgelegten Informationen seitens Avenergy.

3. Beurteilung

3.1. Vorbemerkung

13. Die Wettbewerbsbehörden wenden das Kartellgesetz an. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen ihrer Tätigkeit insbesondere, ob unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen (Art. 5 KG) oder ob ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung missbraucht (Art. 7 KG). Unzulässige Wettbewerbsabreden können z. B. vorliegen, wenn Wettbewerber gemeinsam die Preise festsetzen (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG). Ein Informationsaustausch kann unter bestimmten Umständen als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert werden,² beispielsweise über die Festsetzung von Preisen.

3.2. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 KG)

14. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unterneh-

menszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 1 KG).

15. Die Tankstellenbetreiberinnen, darunter auch die Mitglieder von Avenergy, bieten insbesondere Treibstoffe am Markt an und sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Auch der TCS bietet verschiedene Dienstleistungen (für seine Mitglieder) am Markt an und ist daher grundsätzlich als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Die geplanten Verhaltensweisen können sich sodann in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz ist entsprechend anwendbar.

3.3. Vorbehaltene Vorschriften

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

3.4. Allenfalls unzulässiger (horizontaler) Informationsaustausch (Art. 5 KG)

3.4.1. Vorbemerkung

17. Die geplante Veröffentlichung von Treibstoffpreisen auf der TCS-Vergleichsplattform richtet sich zwar in erster Linie an Konsumentinnen und Konsumenten, jedoch sind die Informationen im Internet frei zugänglich und somit auch für Tankstellenbetreiberinnen. Werden die Daten zu den individuellen Treibstoffpreisen der jeweiligen Tankstellen durch die Tankstellenbetreiberinnen selbst an den TCS übermittelt, so stellt dies einen (indirekten) Informationsaustausch zwischen den Tankstellenbetreiberinnen dar, falls die übermittelten Treibstoffpreise publiziert werden.⁴ Ob ein Informationsaustausch zulässig oder unzulässig ist, hängt insbesondere von seinen Auswirkungen im Einzelfall ab.⁵ Nachfolgend ist

² Vgl. etwa RPW 2023/1, 114 Rz 11, 18, *Datenplattform in der Sportindustrie*; RPW 2016/4, 916 f., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; RPW 2011/4, 584 Rz 391, ASCOPA.

³ Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2, *Pfizer*.

⁴ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.4 ff., ASCOPA.

⁵ RPW 2021/3, 620 Rz 15 f., *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

zu prüfen, ob der geplante Informationsaustausch eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 KG darstellen könnte.⁶

3.4.2. Wettbewerbsabrede

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

19. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen sind auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen tätig (vgl. Rz 20 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; Rz 23 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Rz 26 ff.).⁷

3.4.2.1. Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufe

20. Eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG setzt voraus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von horizontalen Abreden.⁸ Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, ist von einer vertikalen Abrede auszugehen.

21. Basis der hier zu prüfenden Zusammenarbeit sind bilaterale Datenübermittlungsverträge zwischen den verschiedenen Tankstellenbetreiberinnen und dem TCS. Es sollen hierbei insbesondere auch Daten zu individuellen Treibstoffpreisen an den jeweiligen Tankstellen übermittelt werden (vgl. Rz 4 f.) und diese Informationen anschliessend frei zugänglich über die TCS-Vergleichsplattform veröffentlicht bzw. über diese ausgetauscht werden (vgl. Rz 8). Daher sind die Tankstellenbetreiberinnen über ihren jeweiligen Datenübermittlungsvertrag mit dem TCS indirekt miteinander verbunden.

22. Dieses Konstrukt passt ins Schema sog. Hub-and-Spokes-Vereinbarungen oder ähnelt diesem zumindest sehr. Letztere sind gemäss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) horizontale Beschränkungen zwischen Konkurrenten (die Spokes, zu Deutsch: Speichen), welche durch vertikal verbundene Akteure umgesetzt werden, die als gemeinsamen Hub (zu Deutsch: Nabe) dienen (z. B. ein gemeinsamer Hersteller oder Dienstleister).⁹ Der Hub ermöglicht die Koordinierung des Wettbewerbs zwischen den Spokes ohne direkte Kontakte zwischen diesen.¹⁰ Der Austausch von Informationen zu individuellen Treibstoffpreisen an den jeweiligen Tankstellen über die TCS-Vergleichsplattform wird daher nachfolgend als horizontaler Austausch angesehen.¹¹

3.4.2.2. Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken

23. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 19), definiert sich eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG u.a. durch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Mittels einer Wettbewerbsabrede verzichten Unternehmen auf ihre aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit fließende unternehmerische Handlungsfreiheit, ihre eigene Wettbewerbsposition festzulegen. Ein solcher Verzicht kann durch Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens entweder in der Form einer Vereinbarung oder in der Form einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen.¹²

24. Der Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Tankstellenbetreiberinnen über die TCS-Vergleichsplattform über individuelle Treibstoffpreise ihrer jeweiligen Tankstellen kann dazu führen, dass die Tankstellenbetreiberinnen über die TCS-Vergleichsplattform (als Hub) bewusst und gewollt hinsichtlich deren Preissetzung zusammenwirken. Durch den Abschluss eines Datenübermittlungsvertrages mit dem TCS ist jeder Tankstellenbetreiberin bewusst, dass sowohl ihre individuellen Treibstoffpreise als auch jene der Konkurrenz auf der TCS-Vergleichsplattform veröffentlicht werden. Durch die Veröffentlichung der tagesaktuellen Treibstoffpreise werden kompetitiv sensible Informationen ausgetauscht, weil es sich um individualisierte Preisinformationen handelt, die in Bezug auf deren Aktualität, Frequenz und Umfang ohne Informationsaustausch nicht öffentlich verfügbar sind (vgl. Rz 28). Der Austausch der Preisinformationen kann eine Koordination der Preisstrategien von Tankstellenbetreiberinnen vereinfachen. Dadurch entsteht ein Kollisionsrisiko, das im Einzelfall in einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise münden kann.

25. Im Vordergrund dürfte eine Verhaltenskoordination mittels abgestimmter Verhaltensweise stehen. Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) einerseits und ein darauf gestütztes Verhalten (Abstimmungserfolg) andererseits voraus, wobei

⁶ Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4.1 ff., ASCOPA; RPW 2016/4, 916 f., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., ASCOPA.

⁷ BGE 147 II 72 E. 3.1, *Pfizer*; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2, *Marché du livre en français*.

⁸ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

⁹ OECD, *Hub-and-spoke arrangements in competition*, <www.oecd.org/daf/competition/hub-and-spoke-arrangements.htm>

(17.5.2023). Für mehr zu Hub-and-Spoke-Vereinbarungen, vgl. OECD, *Secretariat, Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*, 3–4 December 2019. Vgl. auch MANI REINERT, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 KG N 125 ff., sowie SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 109 ff.

¹⁰ Vgl. Nachweis in Fn 10.

¹¹ Vgl. ANDREAS HEINEMANN, *Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?*, SZW 1/2019, 18–30, Kapitel 2.2.

¹² BGE 129 II 18, 24 E. 5.1, *Sammelrevers*.

zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg ein Kausalzusammenhang bestehen muss.¹³ Die Abstimmung beruht auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmerinnen verfügbar sind.¹⁴ Ausgetauscht werden Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen.¹⁵ Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten.¹⁶ Der Abstimmungserfolg besteht in der Regel durch mehr oder weniger sichtbares, tatsächliches angepasstes Marktverhalten.¹⁷ Ob eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wäre im Einzelfall zu prüfen.

3.4.2.3. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

26. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Abrede zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters (wie beispielsweise Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung oder Lieferbedingungen) führt.¹⁸ Eine Wettbewerbsbeschränkung kann bezweckt oder bewirkt werden (Art. 4 Abs. 1 KG). Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.¹⁹ Ein Bezwecken liegt vor, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.²⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²¹ Ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung ist anzunehmen, wenn die Abrede zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt,²² sie also tatsächlich für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie den Wettbewerb künstlich verändert, d. h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie getan hätte.²³

27. Mit der Unterzeichnung des Datenlieferungsvertrags vereinbaren die Tankstellenbetreiberinnen gemäss Angaben von Avenergy ausdrücklich keinen Datenaustausch zwischen Wettbewerberinnen. Solange der Datenaustausch über die TCS-Vergleichsplattform nicht zu kollusivem Verhalten führt, ist eine bezweckte Abrede gestützt auf die Beratungsanfrage nicht ersichtlich.

28. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann grundsätzlich wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend sein.²⁴ Die Beurteilung, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt von vielen, je nach konkretem Einzelfall unterschiedlichen Faktoren ab. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurden bis anhin schwergewichtig a) die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen und b) die Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes betrachtet. In Bezug auf die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen sind folgen-

de, nicht abschliessende Kriterien relevant: Ein Austausch vertraulicher, firmenspezifischer Informationen birgt ein hohes Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung. Als kompetitiv sensibel gelten insbesondere Informationen über Preise, Mengen, Verkaufszahlen und Kapazitäten.²⁵ Auch die Aktualität der Informationen ist insofern von Bedeutung, als das Risiko einer Wettbewerbsbeeinträchtigung umso geringer ist, je älter die ausgetauschten Daten sind. Der Austausch aktueller Daten birgt hingegen das Risiko, dass sich die Marktteilnehmerinnen dadurch kollusiv verhalten. Schliesslich ist auch die Frequenz des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Wettbewerberinnen können ihre Geschäftsstrategien einfacher und schneller aneinander anpassen, je öfter der Austausch stattfindet.²⁶

29. Hinsichtlich der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes ist davon auszugehen, dass Wettbewerbsparameter wie z.B. der Preis in Märkten mit homogenen Produkten²⁷ einfacher koordiniert werden können als in Märkten mit differenzierten Produkten²⁸. Ferner ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung in konzentrierten Märkten höher als in fragmentierten Märkten, da eine hohe Marktkonzentration die Überwachung von Abreden erleichtert.²⁹

¹³ BGE 147 II 72, 78 f. E. 3.4.1, *Pfizer*.

¹⁴ BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*.

¹⁵ BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2 - 4.5.3.3, *ASCOPA*.

¹⁶ BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2, *ASCOPA*.

¹⁷ BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3, *Pfizer*.

¹⁸ BGE 147 II 72, 83 E. 3.5, *Pfizer*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.1, *ASCOPA*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 10), Art. 4 Abs. 1 N 118.

¹⁹ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Pfizer*; mit Verweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altimum*.

²⁰ BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6, *Pfizer*; BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

²¹ BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6, *Pfizer*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.2, *ASCOPA*.

²² Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, *Strassenbau Graubünden*.

²³ BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6 m.w.N., *Pfizer*.

²⁴ BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 10), Art. 4 N 150.

²⁵ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2, *ASCOPA*; RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinismargen*; RPW 2007/1, 144 Rz 37, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 Rz 324.

²⁶ Vgl. RPW 2016/4, 916, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*, STEFAN BUEHLER/DANIEL HALBHEER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), 2010, vor Art. 1 KG.

²⁷ Homogene Produkte unterscheiden sich nicht hinsichtlich ihrer Eigenschaften (Art, Form und Qualität). Sie werden von den Konsumentinnen und Konsumenten als (mehr oder weniger) gleichartig angesehen und verschiedene Angebote im Markt sind daher für diese völlig substituierbar (vgl. LUDWIG G. POTH/GUDRUN S. POTH, *Gabler Kompakt-Lexikon Marketing*, 2003, S. 180). Beim Vergleich verschiedener Angebote von homogenen Produkten ist somit der Verkaufspreis ausschlaggebend.

²⁸ Unternehmen können Produkte differenzieren, indem sie verschiedene Varianten, z.B. hinsichtlich deren Qualität, anbieten, um eine Substituierbarkeit mit konkurrierenden Produkten zu erschweren (POTH/POTH, *Gabler Kompakt-Lexikon Marketing* (Fn 28), S.401, 180, 544). Ein Vergleich von differenzierten Produkten ist, im Unterschied zu homogenen Produkten, nicht mehr nur über den Preis möglich und auch abhängig von den Präferenzen der Konsumentinnen und Konsumenten.

²⁹ Vgl. RPW 2016/4, 916, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

30. Bei Treibstoffen handelt es sich um homogene Produkte, für welche dem Verkaufspreis eine besonders wichtige Stellung beizumessen ist. Für Konsumentinnen und Konsumenten werden homogene Produkte von unterschiedlichen Anbieterinnen als identisch wahrgenommen. Daher ist der Nutzen aus dem Konsum unabhängig von der jeweiligen Anbieterin umso grösser, je niedriger der verlangte Verkaufspreis ist. Da die Verkaufspreise für Treibstoffe an Tankstellen sich häufig ändern können (teilweise mehrmals täglich), geht das Sekretariat davon aus, dass sowohl aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten (vgl. Rz 9) als auch für die im Wettbewerb befindlichen Tankstellenbetreiberinnen besonders die Aktualität von individualisierten Treibstoffpreisen für deren Wert entscheidend ist. Gemäss der Beratungsanfrage sind aktuelle Treibstoffpreise an Tankstellen (in Echtzeit) momentan nicht frei verfügbar bzw. können umfassend nur mit nicht unerheblichen Kosten (in Echtzeit) erhoben werden. Bei der geplanten Veröffentlichung von aktuellen Treibstoffpreisen (dies möglichst in Echtzeit) an Tankstellen durch Übermittlung der Tankstellenbetreiberinnen auf der TCS-Vergleichsplattform ist daher von kompetitiv sensiblen Informationen auszugehen.

31. Vorliegend kann sich der Datenaustausch über die Treibstoffpreise einerseits wettbewerbsfördernd auswirken. Die Konsumentinnen und Konsumenten werden über die TCS-Vergleichsplattform Zugang zu einer verbesserten Preistransparenz (Aktualität und Umfang) der Treibstoffpreise an Tankstellen haben. Dank der erhöhten Preistransparenz können die Konsumentinnen und Konsumenten ihr Nachfrageverhalten anpassen, indem sie bewusst die Tankstellenbetreiberin (in ihrer Region) mit dem niedrigsten Preis auswählen. Bei homogenen Produkten wie Treibstoffen ist eine solche Verhaltensanpassung besonders wahrscheinlich, dies erhöht den Wettbewerbsdruck auf die Tankstellenbetreiberinnen.³⁰ Daher ist zunächst grundsätzlich von einer wettbewerbsfördernden Wirkung des Informationsaustausches der Tankstellenbetreiberinnen mit der TCS-Vergleichsplattform durch die erhöhte Preistransparenz (Aktualität und Umfang) auszugehen.

32. Andererseits besteht das Risiko einer Wettbewerbsbeschränkung, weil eine verbesserte Preistransparenz (Aktualität und Umfang) auf der TCS-Vergleichsplattform auch den Austausch der Tankstellenbetreiberinnen über den wichtigen Wettbewerbsparameter Preis ermöglicht. Durch den Austausch der Preisinformationen kann eine Koordination der Preisstrategien von Tankstellenbetreiberinnen vereinfacht werden. Daher führt die mit dem Datenaustausch verbundene erhöhte Preistransparenz zu einem erhöhten Kollusionsrisiko. Realisiert sich dieses Risiko im Einzelfall, wird eine Wettbewerbsbeschränkung in Form höherer Preise für Treibstoffe (Benzin und Diesel) bewirkt.³¹

33. Das bestehende Kollusionsrisiko zwischen den Tankstellenbetreiberinnen durch den Austausch von aktuellen Preisen kann nach Ansicht des Sekretariates erheblich vermindert werden, wenn nicht sämtliche, sondern nur die günstigsten Treibstoffpreise an Tankstellen (in einer Region) publiziert werden. Mit einer beschränkten Veröffentlichung der Preisdaten ist es wahrscheinlich, dass die wettbewerbsfördernde Wirkung der Preis-

transparenz durch angepasstes Nachfrageverhalten der Konsumentinnen und Konsumenten überwiegt.³² zugleich kann durch eine entsprechend ausgestaltete Beschränkung der Veröffentlichung der übermittelten Daten der Tankstellenbetreiberinnen die strategische Unsicherheit für die Tankstellenbetreiberinnen bezüglich der aktuellen Preisstrategie der Konkurrenz weiterhin erhalten bleiben, da für jede einzelne Tankstellenbetreiberin die aktuellen Preise und damit die Preisstrategie der meisten anderen Tankstellenbetreiberinnen nicht über die TCS-Vergleichsplattform verfügbar sind. Im Ergebnis dürfte sich das Kollusionsrisiko im Vergleich zum Status Quo nicht wesentlich verändern, wenn nur die günstigsten Treibstoffpreise an Tankstellen (in einer Region) publiziert werden. Denn bereits in der momentanen Situation ist die Transparenz der Treibstoffpreise an Tankstellen hoch.

34. Zusammenfassend kann der geplante Datenaustausch – je nach Verwendung der ausgetauschten Daten durch die Tankstellenbetreiberinnen und Realisierung des Kollusionsrisikos – im Einzelfall zu einer horizontalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG führen (vgl. Rz 22). Das bestehende Kollusionsrisiko kann jedoch durch eine beschränkte Veröffentlichung der Daten so begrenzt werden, dass das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung unwahrscheinlich ist.

3.4.3. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

35. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG), sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

36. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs u. a. bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb stehen. Als Preise im Sinne dieser Bestimmung gelten sowohl die Verkaufspreise auf dem Absatzmarkt als auch die Einkaufspreise auf dem Beschaffungsmarkt.³³

37. Sofern der Austausch der aktuellen Treibstoffpreise über die TCS-Vergleichsplattform zu einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG führt, kann eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegen, da die Wettbewerbsabrede den Wettbewerbsparameter Preis betrifft.

³⁰ Vgl. u.a. JUSTUS HAUCAP ET AL., Auswirkungen der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K): Änderungen im Anbieter- und Nachfragerverhalten, Ordnungspolitische Perspektiven, 91, 2017, S. 3.

³¹ Vgl. u.a. RALF DEWENTER ET AL., The impact of the market transparency unit for fuels on gasoline prices in Germany, Applied Economics Letters, 2017, 24:5, 302-305; SVEND ALBAEK ET AL., Government-assisted oligopoly coordination? A concrete case, The Journal of Industrial Economics, 1997, 4, 430-443.

³² Vgl. u.a. SIMON MARTIN, Market Transparency and Consumer Search - Evidence from the German Retail Gasoline Market, DICE Discussion Paper 350, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), 2020.

³³ RPW 2008/4, 554 f. Rz 72 ff., Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 10), Art. 5 KG N 383; ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I 103 ff., 112.

38. Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beseitigen vermutlich den wirksamen Wettbewerb. Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt (vgl. Rz 42 ff.).³⁴ Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

3.4.3.1. Relevanter Markt

39. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³⁵).³⁶ Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).³⁷

40. Die Marktgegenseite besteht hauptsächlich aus Konsumentinnen und Konsumenten, die Treibstoffe (Benzin und Diesel) an Tankstellen bei den der Tankstellenbetreiberinnen (Anbieterinnen) nachfragen. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) ist in ihrer bisherigen Praxis zu Zusammenschlussvorhaben von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen, liess eine genaue sachliche Abgrenzung aber letztlich offen.³⁸ Vorliegend dürften aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten die an Tankstellen angebotenen Treibstoffe Benzin und Diesel keine Substitute darstellen, daher könnten auch separate Treibstoffmärkte je nach Art des Treibstoffs vorliegen. Für die Zwecke dieser Beratung wird praxisgemäss von einem Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen, wobei eine genaue sachliche Abgrenzung offengelassen werden kann, da diese keinen Einfluss auf die Beurteilung dieser Beratungsanfrage hat.

41. In räumlicher Hinsicht ist WEKO in ihrer bisherigen Praxis zu Zusammenschlussvorhaben von lokalen Märkten um einzelne Tankstellen, die mittels 10-km-Radien gebildet und an die lokalen Gegebenheiten und Charakteristiken des Marktes angepasst werden können, ausgegangen.³⁹ Für die Zwecke dieser Beratung wird für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ebenfalls von lokalen Märkten ausgegangen, ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen.

3.4.3.2. Beurteilung der Wettbewerbssituation

42. Avenergy stellt es ihren Mitgliedern frei, einen Datenübermittlungsvertrag mit dem TCS abzuschliessen (vgl. Rz 12). Daher dürften nicht alle Tankstellenbetreiberinnen Informationen zu ihren individuellen Treibstoffpreisen auf der TCS-Vergleichsplattform zur Verfügung stellen. Weiter ist anzunehmen, dass es ausserhalb des Verbandes Avenergy zusätzliche Tankstellenbetreiberinnen gibt, welche keinen Datenübermittlungsvertrag mit dem TCS abschliessen werden. Folglich ist davon auszugehen, dass es auch Tankstellenbetreiberinnen

ohne Datenübermittlungsverträge im Aussenwettbewerb geben wird. Da es sich bei Treibstoffen um homogene Güter handelt, können theoretisch bereits wenige Anbieterinnen ohne einen Datenlieferungsvertrag Wettbewerbsdruck ausüben.

43. Weiter ist denkbar, dass Tankstellenbetreiberinnen mit Datenübermittlungsverträgen Wettbewerbsdruck ausüben, weil sie weiterhin ihre eigene Wettbewerbsposition verfolgen und dadurch Innenwettbewerb besteht.

44. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass durch Tankstellenbetreiberinnen mit und ohne Datenübermittlungsverträge ausreichend Innen- und Aussenwettbewerb besteht und die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG widerlegt werden kann, falls infolge Realisierung des genannten Kollisionsrisikos (vgl. Rz 32) tatsächlich eine horizontale Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorläge.

45. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.⁴⁰ Für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden stellt sich die Frage, ob sich diese durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen.

3.4.4. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

46. Wettbewerbsabreden, die nicht zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie kumulativ (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Falls der Austausch der Treibstoffpreise vorliegend tatsächlich zu einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Preisabrede führen sollte, sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

³⁴ RPW 2018/4, 810 Rz 92, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*.

³⁵ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³⁶ Vgl. hierzu u. a. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; RPW 2020/4, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*.

³⁷ Vgl. hierzu u. a. BGE 139 I 72 E. 9.2.1 (m. w. H.), *Publigroupe*; BGE 129 II 18 E. 7.2, *Buchpreisbindung*.

³⁸ RPW 2017/3, 496 Rz 9 m.w.H., *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* und RPW 2019/2, 526 Rz 17, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*; RPW 2021/1, 269 Rz Rz 9, *ELAG/OZAG/AVITRANS*, RPW 2021/4, 895 Rz 17, *Oel-Pool AG/bp Schweiz*.

³⁹ RPW 2019/2, 527 Rz 23, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*, RPW 2021/1, 269 Rz Rz 9, *ELAG/OZAG/AVITRANS*, RPW 2021/4, 896 Rz 26, *Oel-Pool AG/bp Schweiz*.

⁴⁰ BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*.

4. Fazit

47. Bei Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen handelt es sich um homogene Güter, für welche dem Verkaufspreis eine wichtige Stellung zuzumessen ist (vgl. Rz 30). Auf der einen Seite kann es daher wettbewerbsfördernd sein, wenn Konsumentinnen und Konsumenten über die TCS-Vergleichsplattform Zugang zu einer verbesserten Preistransparenz der Treibstoffpreise an Tankstellen erhalten, dadurch mit angepasstem Nachfrageverhalten reagieren und so den Wettbewerbsdruck auf die Tankstellenbetreiberinnen erhöhen (vgl. Rz 31).

48. Auf der anderen Seite besteht das Risiko einer Wettbewerbsbeschränkung, weil eine verbesserte Preistransparenz auf der TCS-Vergleichsplattform auch den Austausch der Tankstellenbetreiberinnen über den wichtigen Wettbewerbsparameter Preis ermöglicht. Dies reduziert die strategische Unsicherheit bezüglich der aktuellen Preisstrategie der Konkurrenz auf dem Markt. Eine Koordination der Preisstrategien von Tankstellenbetreiberinnen kann dadurch vereinfacht werden. Daher führt eine erhöhte Preistransparenz auch zu einem erhöhten Kollusionsrisiko und kann bei Realisierung dieses Kollusionsrisikos im Einzelfall in einer unzulässigen

horizontalen Preisabrede resultieren (vgl. Rz 46). Das Kollusionsrisiko zwischen den Tankstellenbetreiberinnen durch den Austausch von aktuellen Preisen kann nach Ansicht des Sekretariates erheblich vermindert werden, sofern nicht sämtliche, sondern nur die günstigsten Treibstoffpreise an Tankstellen (in einer Region) publiziert werden (vgl. Rz 33).

49. Das Sekretariat schätzt die Übermittlung von Preisdaten der Tankstellenbetreiberinnen an den TCS (vgl. Rz 4) daher zusammenfasst wie folgt ein:

- a. Die Übermittlung der aktuellen Treibstoffpreise mit vollständiger Veröffentlichung auf der TCS-Vergleichsplattform führt zu einem Austausch von kompetitiv sensiblen Daten betreffend den Wettbewerbsparameter Preis. Damit einher geht ein gewisses Kollusionsrisiko, das im Einzelfall zu unzulässigen Preisabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 1 KG führen kann (vgl. Rz 46).
- b. Die Übermittlung der Preise dürfte kartellrechtlich zulässig sein, falls nur eine beschränkte Veröffentlichung der aktuellen Treibstoffpreise der Tankstellenbetreiberinnen auf der TCS-Vergleichsplattform erfolgt, wodurch das Kollusionsrisiko erheblich vermindert wird (vgl. Rz 34).

Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

A Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage prüfen [A] und [B] im Bereich des Offsetdrucks zu kooperieren.

2. Bei [A] handle es sich gemäss Beratungsanfrage um ein [...] Kommunikationsunternehmen mit [...] Mitarbeitenden [...]. Das Unternehmen biete Leistungen entlang der ganzen Wertschöpfungskette an, also von den Beratungs- und konzeptionellen Leistungen im Bereich des Brandings, der Kommunikationsstrategien und -konzepte bis hin zur Herstellung von gedruckten und digitalen Medien. Von Interesse für die vorliegende Beratungsanfrage sei der Bereich Offsetdruck, wo [A] vorwiegend Zeitschriften, Kundenmagazine und Werbedrucksachen drucke.

3. [A] biete sowohl Rollenoffsetdruck wie auch Bogenoffsetdruck an, in beiden Bereichen betreibe das Unternehmen je eine Maschine. Die 16-Seiten-Rollenoffsetdruckmaschine, welche je Zylinderumdrehung 16 DIN-A4 Seiten beidseitig bedrucken könne, werde ihren Lebenszyklus in den kommenden 36-48 Monaten erreicht haben und müsse bei einer Weiterführung des Rollenoffsetdrucks ersetzt werden. Angesichts des schwierigen Marktumfelds würde ein Ersatz dieser Maschine bzw. die Weiterführung des Rollenoffsetdrucks mit hohen Risiken verbunden sein.

4. [B] sei [...] Rollenoffsetdruckerei in der Schweiz und betreibe vier Rollenoffsetdruckmaschinen verschiedener Leistungsklassen: eine mit einer Kapazität von 16 Seiten DIN-A4 je Zylinderumdrehung, zwei mit einer Kapazität von 48 Seiten und eine mit einer Kapazität von 72 Seiten. [B] betreibe keine Bogenoffsetdruckmaschine, sondern konzentriere sich vollumfänglich auf das Rollenoffsetdruckgeschäft.

5. [B] werde über [X] und [Y] gehalten. Gemäss Website sei [X] «ein [...] Medienunternehmen, das in [verschiedenen Bereichen]» tätig sei. Ein wesentlicher Teil des Umsatzes bzw. Outputs (rund [...] %) von [B] entfalle auf [X].

6. [B] fertige primär Zeitschriften, Kundenmagazine und Werbedrucksachen. Im Druck von Tageszeitungen sei [B] nicht tätig und auch [X] habe den Zeitungsdruck [...] ausgelagert.

A.1 Rollen- und Bogenoffsetdruck

7. Offsetdruck sei ein indirektes Druckverfahren, welches sich insbesondere durch seine hohe Qualität auszeichne. Grundsätzlich werde zwischen zwei Druckverfahren unterschieden: Rollenoffsetdruck (wiederum zu unterteilen in Heatset- und Coldsetrollenoffsetdruck) und Bogenoffsetdruck.

8. Die Rollenoffsetdruckmaschine sei darauf ausgelegt, Printmedien in hoher Auflage zu drucken, beispielsweise Tageszeitungen. Anders als beim Bogenoffsetdruck sei die Grammatur der Papierbahn beim Rollenoffsetdruck in der Regel auf 200 g/m² und die Auswahl möglicher Lacke für die Beschichtung des Papiers beschränkt.

9. Im Bogenoffset würden Papierbogen einzeln bedruckt, wobei Papier von unterschiedlichster Stärke (g/m²), Qualität und Oberflächenbeschaffenheit sowie in unterschiedlichen Formaten zur Anwendung kommen würden. Typische Anwendungsbereiche seien der Druck von Visitenkarten und Briefbogen bis hin zu hochwertigen und umfangreichen Werbebroschüren, Geschäftsberichten und Katalogen.

A.2 Anwendungen

10. Rollen- und Bogenoffsetdruckmaschinen seien [...] unterschiedliche Maschinen, welche aber jeweils dieselben Produkte herstellen könnten. Dies könnten sein:

- Klebegebundene Broschüren und Hefte: Geschäftsberichte, Image- und Werbedrucksachen, Schulhefte, Zeitschriften, Kataloge etc.
- Drahtgeheftete Broschüren und Hefte: Werbedrucksachen, Zeitschriften, Kataloge, Informationsschriften etc.
- Bücher: Belletristik, Sachbücher, Studienliteratur, Bildbände, Kataloge etc.
- Flyer: Werbung, Einladungen etc.

11. Zu Unterschieden zwischen Rollenoffsetdruck und Bogenoffsetdruck gehen aus der Beratungsanfrage folgende Angaben hervor. Anders als im Rollenoffsetdruck gingen die Weiterverarbeitungsmöglichkeiten im Bogenoffsetdruck weiter, was insbesondere auch auf die höheren Grammaturen, welche bedruckt werden könnten, oder auf die Lacke, welche zur Veredelung eines Druckprodukts verwendet werden könnten, zurückzuführen sei. Auch könnten Papierbogen bspw. auch gestanzt oder perforiert werden.

12. Demgegenüber eigne sich der Rollenoffsetdruck eher für Printprodukte mit hoher Auflage. Durch ihre Konstruktionsart entfalle die beim Bogenoffsetdruck notwendige Trocknungszeit und das Falzen der Papierbogen auf einer weiteren Maschine, was ab einer bestimmten Auflagenhöhe zu zeitlichen und preislichen Vorteilen führe. Gemäss Angaben von [A] sei der Rollenoffsetdruck erst ab einer Auflage von mindestens 5000 Stück wirtschaftlich zu betreiben; diese Auflagenhöhen stünden in direkter Konkurrenz zum Bogenoffsetdruck. [B] weise darauf hin, dass sie Druckaufträge erst ab einer Auflage von [...] Stück annehme; ideal seien Auflagen ab [...] Stück.

13. Vor diesem Hintergrund seien namentlich auflagenstarke Zeitschriften und Magazine vielfach Mischprodukte, d. h. der Umschlag oder allfällige Beilagen würden im

Bogenoffsetdruckverfahren hergestellt, während die Inhaltsseiten im Rollenoffsetdruckverfahren produziert würden. Würde [A] auf den Rollenoffsetdruck verzichten, würden bei ihr generell der Druck von [...] und von weiteren Drucksachen mit [...] Auflagen und [...] Seitenumfang wegfallen. Umsatzmassig würde dieser Wegfall rund [...] des Umsatzes im Offsetdruck bedeuten.

A.3 Markt

A.3.1 Marktstruktur

14. Die Druckbranche in der Schweiz zähle rund 1300 Unternehmen. Mit Ausnahme von sechs grossen Druckunternehmen (nebst den Druckzentren der Tamedia Gruppe und von CH Media, welche in erster Linie Zeitungen drucken würden), seien diese überwiegend im Bogenoffsetdruck tätig. Folgende sechs Unternehmen setzten Rollenoffsetdruckmaschinen ein:

- AVD Goldach AG, Goldach;
- KyburzAG, Dielsdorf;
- Schellenberg AG, Pfäffikon;
- Stämpfli;
- Swissprinters;
- Vogt-Schild Druck AG, Derendingen.

15. Von diesen sechs Unternehmen seien mit Ausnahme von Swissprinters, welche ausschliesslich im Rollenoffsetdruck tätig sei, alle Unternehmen sowohl im Rollen- als auch im Bogenoffsetdruck tätig.

16. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nehme als sachlich relevanten Markt den sogenannten Akzidenzdruckmarkt an. Dieser umfasse «Zeitschriften- und Werbedrucksachen, Bücher und sonstige Drucksachen».¹ Mit Ausnahme der grossen Zeitungsdruckzentren sei der weitaus überwiegende Teil der Druckereien, so auch die Parteien, ausschliesslich im Akzidenzdruck tätig. Gestützt auf eine Studie von BAK Economics AG (zusammen mit den aktuellen Zahlen der viscom) aus dem Jahr 2017 schätzten die Parteien ihre jeweilige Stellung auf dem Markt für Akzidenzdruck bei einer nationalen Marktabgrenzung bzw. einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als [0-10] %.

17. Insbesondere im hochvolumigen Bereich des Drucks von Zeitschriften, Katalogen und Werbesachen bestehe nach Angaben von [B] ein besonders starker Wettbewerbsdruck aus dem Ausland, weshalb die Parteien die Meinung vertreten würden, dass diesbezüglich der Markt mindestens auch das grenznahe Ausland umfassen müsste. Nach Informationen der Parteien vererbe etwa Coop, welche eine der grössten Auftraggeberinnen im Werbedruck in der Schweiz ist, seit der Covid-19-Pandemie noch verstärkt Aufträge ins Ausland.

18. Namentlich aus den Nachbarländern sowie aus Belgien würden Druckerzeugnisse im Bereich Akzidenzdruck im Wert von rund 934 Mio. Franken importiert. Zähle man diese dem relevanten Markt zu, beeinflussten diese Importe die Umsatzzahlen und prozentualen Anteile der Parteien, so dass der gemeinsame Marktanteil von [A] und [B] ungefähr [0-10] % betrage.

19. Auch zur grafischen Industrie gehöre der Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe, der gemäss WEKO die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und dessen Aufbereitung umfasse.² Von den Parteien sei nur [A] auf diesem Markt tätig und erreiche dort mit einem Umsatz von [...] Mio. Franken einen Marktanteil von weniger als [0-10] %.

A.4 Gründe für die angestrebte Kooperation

20. [A] überprüfe im Rahmen des jährlichen Strategieprozesses jeweils die Ausrichtung und Bedeutung aller Geschäftsgebiete, so auch den Bereich Offsetdruckerei. Aufgrund der negativen Marktentwicklung, der technischen Entwicklung und der hohen Investitionskosten für Druckmaschinen stünden für [A] vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die derzeit betriebene Rollenoffsetdruckmaschine in wenigen Jahren ihren Lebenszyklus erreicht haben werde, ergebnisoffen drei Varianten für das weitere Vorgehen für den Betrieb des Rollenoffsetdrucks in Abklärung:

- Variante 1: [...].
- Variante 2: Halten: Weiterführen der Rollenoffsetanlage bis zu ihrem Lebensende dank einem in wenigen Jahren notwendigen Retrofit der Maschine. Aufbau einer Zusammenarbeit mit einer oder mehreren Schweizer Rollenoffsetdruckereien, um zu gegebener Zeit die bestehenden Kunden mit dem Einkauf der Druckleistung bei Dritten weiterhin bedienen zu können.
- Variante 3: Ausstieg: Stilllegung der Rollenoffsetmaschine innerhalb der nächsten 12 bis 48 Monate. Aufbau einer dem Kunden gegenüber transparenten Zusammenarbeit mit einer Schweizer Rollenoffsetdruckerei, um die bestehenden Kunden mit dem Einkauf der Druckleistung bei einem verlässlichen Partner weiterhin bedienen zu können.

21. In der Druckereibranche sei es für KMU seit längerer Zeit zunehmend schwieriger geworden, sich wirtschaftlich zu behaupten. Im Zusammenhang mit der zweiten und dritten Variante evaluierten [A] und [B] daher eine entsprechende Zusammenarbeit. Beide Partner rechneten bei einer Zusammenarbeit mit Effizienzgewinnen, da sich jedes Unternehmen auf seine Stärken fokussieren könne: [B] sei im Rollenoffset deutlich grösser als [A] und könne aufgrund des leistungsfähigen Maschinenparks kostengünstiger als [A] produzieren. Umgekehrt sei [A] im Bogenoffset stark, eine Leistung, die [B] [...] anbiete.

22. Gemäss Beratungsanfrage könne [A] im Fall eines Ausstiegs aus dem Rollenoffsetdruck [B] als «preferred partner» anfragen, in einem Unterakkordanten-Verhältnis Rollenoffsetkunden-Aufträge zu übernehmen und vice versa [B] [A] für Bogenoffsetdruckaufträge anfragen. Es bestehe aber keine Exklusivität, da der Kunde, der vorgängig über die Weitergabe von Druckaufträgen

¹ Vgl. RPW 2014/4, 708 Rz 68, *Ringier/Le Temps*.

² Ein solcher Markt sei etwa im Fall Tamedia/PPSR abgegrenzt worden, RPW 2009/3, 245 ff. Rz 181, *Tamedia/PPSR*.

informiert werde, immer frei sei zu entscheiden, bei wem die betreffenden Druckaufträge platziert würden. Würden vom auftraggebenden Partner auf Wunsch der Kunden weitere Offerten eingeholt, habe der betreffende Zusammenarbeitspartner das Recht, sein Angebot nachzubessern, ohne dass ihm aber die Namen und Preise der anderen Anbietenden bekanntgegeben werden. Ebenfalls nicht ausgetauscht würden die Namen der Kunden der Partner. Auch im Rahmen der Unterstützung durch Systemzugang erfolge kein Austausch wettbewerbsensibler Daten.

B Beratungsanfrage

23. Mit Bezug auf die oben geschilderten Varianten 2 und 3 bitten [A] und [B] um eine kartellrechtliche Beratung und damit um die Beantwortung der Frage: Ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Umstände und der Marktstrukturdaten eine Zusammenarbeit zwischen [A] und [B], wie sie im beiliegenden Entwurf einer Zusammenarbeitsvereinbarung beschrieben ist, aus kartellrechtlicher Sicht zulässig?

C Beurteilung Beratungsfrage

24. Im Druckbereich unterscheidet die WEKO zwischen einem Markt für Zeitungsdruck und einem Markt für Akzidenzdruck.³ Der Akzidenzdruck umfasst in sachlicher Hinsicht Zeitschriftendruck, Werbedrucksachen, Bücher und sonstige Drucksachen.⁴

25. Der Markt für Zeitungsdruck wird in räumlicher Hinsicht regelmässig überregional (bzw. sprachregional) abgegrenzt.⁵ Beim Markt für Akzidenzdruck nimmt die WEKO eine schweizweite räumliche Marktabgrenzung vor, weil beim Akzidenzdruck die Distanz zwischen Verlag und Druckerei im Vergleich zum Zeitungsdruck von untergeordneter Bedeutung ist.⁶ Ob beim Markt für Zeitungsdruck und dem Markt für Akzidenzdruck in räumlicher Hinsicht jeweils auch das grenznahe Ausland zu berücksichtigen ist, wurde letztlich offengelassen.⁷

26. [B] ist gemäss Beratungsanfrage nicht im Zeitungsdruck tätig (vgl. Rz 6). Ebenfalls muss aufgrund der Angaben in der Beratungsanfrage davon ausgegangen werden, dass [A] keinen Zeitungsdruck anbietet. Deshalb wird im Rahmen der vorliegenden Beratungsanfrage im Folgenden ein schweizweiter Markt für Akzidenzdruck zugrunde gelegt.

27. Für Druckleistungen in diesem Markt beabsichtigen [A] und [B] eine Kooperation, bei der sie Kunden mit dem Einkauf der Leistung beim jeweils anderen Unternehmen bedienen würden (vgl. Rz 20). Es ist vorgesehen, dass [A] im Fall eines Ausstiegs aus dem Rollenoffsetdruck [B] als «preferred partner» anfrage, in einem Unterakkordanten-Verhältnis Rollenoffsetkunden-Aufträge zu übernehmen und vice versa [B] [A] für Bogenoffsetdruckaufträge anfrage (vgl. Rz 22). Daher stellt sich die Frage, ob diese Kooperation eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

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

29. Gemäss Beratungsanfrage vereinbaren [A] und [B] ihre geplante Kooperation schriftlich. Somit liegt ein Konsens über die Art und Weise der Zusammenarbeit zwischen [A] und [B] in Form einer schriftlichen Zusammenarbeitsvereinbarung vor. Es besteht eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung.

30. Weiter sind [A] und [B] gemäss Beratungsanfrage im Offsetdruck tätig bzw. beide bieten Leistungen wie Zeitschriftendruck, Werbedrucksachen, Bücher und sonstige Drucksachen an. Somit sind beide Unternehmen im schweizweiten Markt für Akzidenzdruck tätig. Weiter sehe die geplante Zusammenarbeit zwischen [A] und [B] im Rahmen der zweiten und dritten Variante vor, dass sich [A] und [B] jeweils auf eine Art des Offsetdrucks beschränkten. Insbesondere werde [A] unter den Varianten 2 und 3 nach einem gewissen Zeitraum nur noch Bogenoffsetdruck anbieten bzw. ihre Rollenoffsetdruckmaschine nicht mehr ersetzen. [B] werde weiterhin Rollenoffsetdruck betreiben. Folglich beabsichtigen die beiden Unternehmen, sich auf jeweils ein Offsetdruckverfahren zu spezialisieren. Allerdings sind [A] und [B] auch in dieser Situation nach wie vor im gleichen schweizweiten Markt für Akzidenzdruck tätig. Weil beide Unternehmen im gleichen relevanten Markt tätig sind, handelt es sich um eine Kooperation auf der gleichen Marktstufe.

31. Dann vereinbaren die beiden Unternehmen die spezifischen Druckleistungen bei dem anderen auf das jeweilige Druckverfahren spezialisierten Unternehmen einzukaufen. In diesem Fall verzichten die Unternehmen auf die Erbringung einer Druckleistung, wenn das andere Unternehmen darauf spezialisiert ist. Damit ist davon auszugehen, dass auch ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist.

32. Aus vorangehenden Gründen ist demnach davon auszugehen, dass die geplante Kooperation zwischen [A] und [B] eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

33. Weiter bedeutet der Verzicht auf die Erbringung einer Druckleistung eine Einschränkung der Produktion. Eine Einschränkung der Produktion gilt als Mengenabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG.⁸ Innerhalb der Mengenabreden lassen sich verschiedene Fallgruppen bilden.⁹ Eine dieser Fallgruppen ist das Spezialisierungsabkommen. Dabei geht es um Vereinbarungen, bei

³ Vgl. RPW 2018/4, 879 Rz 116, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 716 Rz 68, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 684 Rz 57, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 268 Rz 175, *Tamedia/PPSR*.

⁴ Vgl. RPW 2014/4, 716 Rz 68, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 178, *Tamedia/PPSR*.

⁵ Vgl. RPW 2018/4, 880 Rz 117, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2012/3, 686 Rz 68, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 268 Rz 177 sowie 291 Rz 259 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 614 Rz 98, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

⁶ Vgl. RPW 2018/4, 880 Rz 117, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 716 Rz 68, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 179, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 614 Rz 99, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

⁷ Vgl. RPW 2018/4, 880 Rz 117, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 716 Rz 68 f., *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 268 Rz 180, *Tamedia/PPSR*.

⁸ Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 5 N 421.

⁹ Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 8), Art. 5 N 428.

denen sich eine oder mehrere Parteien dazu verpflichten, gewisse Güter oder Dienstleistungen nicht mehr zu produzieren, sondern diese bei einem der beteiligten Unternehmen zu beziehen, während sich das andere Unternehmen umgekehrt verpflichtet, die fraglichen Güter zu liefern. Ein Spezialisierungsabkommen hat grundsätzlich keine Aussenwirkung, es bedeutet namentlich nicht, dass sich die Unternehmen bezüglich ihres Angebots gegenüber Dritten spezialisieren würden. Dennoch besteht grundsätzlich eine Abrede, welche eine Einschränkung von Mengen im Innenverhältnis betrifft, jedenfalls bezogen auf das Unternehmen, welches die Produktion aufgibt oder reduziert. Je nach Sichtweise ist es denkbar, dass Spezialisierungsabkommen zu keiner Einschränkung bei der Menge führen, weshalb argumentiert werden könnte, die Voraussetzungen für Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG seien nicht erfüllt. Allerdings dürften Spezialisierungsabkommen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG in der Regel erfüllen.¹⁰

34. Analog erfasst auch die EU-Kommission Spezialisierungsvereinbarungen als horizontale Vereinbarung gemäss Art. 101 AEUV¹¹. Gemäss EU-Kommission sind gegenseitige Spezialisierungsvereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt bzw. denselben sachlich relevanten Märkten tätigen Parteien, mit denen sich zwei oder mehr Parteien auf der Grundlage der Gegenseitigkeit verpflichten, die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von den anderen Parteien zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichten, diese Produkte zu produzieren und zu liefern.¹²

35. Die in der Beratungsanfrage dargestellte Kooperation zwischen [A] und [B] weist entsprechend den vorangehenden Beschreibungen die für Spezialisierungsvereinbarungen wesentliche Eigenschaft der gegenseitigen Beauftragung in Bezug auf die Spezialisierungen auf. Hinzu kommt bei der geplanten Kooperation der massgebliche Umstand der Aussenwirkung. Im Gegensatz zu einem «reinen» Spezialisierungsabkommen zeigt die geplante Kooperation zwischen [A] und [B] eine Wirkung im Aussenverhältnis. Gemäss Beratungsanfrage werde der Kunde vorgängig über die Weitergabe von Druckaufträgen informiert und sei frei zu entscheiden, bei wem die betreffenden Druckaufträge platziert würden (vgl. Rz 22). Somit erfolgt die Spezialisierung von [A] und [B] bezüglich ihres Angebots nicht nur im Innenverhältnis, sondern ausdrücklich auch gegenüber Dritten. Weil Spezialisierungsabkommen gemäss Literatur üblicherweise die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG erfüllen, ist dies wegen der Aussenwirkung auch für vorliegende Kooperation zwischen [A] und [B] zu erwarten. Weil die geplante Kooperation Eigenschaften einer «reinen» Spezialisierungsvereinbarung aufweist, wird im Folgenden auch die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Spezialisierungsvereinbarungen hinzugezogen.

36. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Eine Abrede, welche die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG erfüllt,

ist unzulässig und auch sanktionierbar. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Kooperation zwischen [A] und [B] für die Vergabe an das jeweils andere Unternehmen ein «matching offer right» (nachfolgend: MOR) beinhaltet: der Zusammenarbeitspartner habe das Recht, im Falle von Konkurrenzofferten Dritter sein Angebot nachzubessern (vgl. Rz 22). Instrumente wie ein MOR oder eine «meeting competition-clause» weisen Potenzial zu Kollusion oder wettbewerbseinschränkenden Effekten auf.¹³

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

38. Im Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation gibt die Beratungsanfrage an, dass [A] und [B] auf dem Markt für Akzidenzdruck bei einer schweizweiten Betrachtung über einen kumulierten Marktanteil von weniger als [0-10] % verfügen (vgl. Rz 16). Bei diesem Marktanteil für beide Unternehmen liegt es nahe, dass genügend Aussenwettbewerb besteht. Es kann bei der geplanten Kooperation zwischen [A] und [B] von einer Widerlegung der gesetzlichen Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden. In Bezug auf das «MOR» kann darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen der Kooperation immerhin keine Namen und Preise der anderen Anbietenden bekanntgegeben sowie keine Namen der Kunden der Partner ausgetauscht würden (vgl. Rz 22). Damit dürften die wettbewerbseinschränkenden Effekte geringer ausfallen, als wenn die Informationen den Kooperationspartnern und den anderen Anbietenden bekannt wären.

39. Es kann ergänzt werden, dass die EU-Kommission Vereinbarungen über die einseitige oder die gegenseitige Spezialisierung sowie Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion mit bestimmten integrierten Vermarktungsfunktionen (zum Beispiel gemeinsamer Vertrieb) in die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen einordnet, sofern sie zwischen Parteien mit einem gemeinsamen Anteil an den relevanten Märkten von nicht mehr als 20 % geschlossen werden und die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen erfüllt sind.¹⁴

¹⁰ Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 8), Art. 5 N 433; vgl. auch DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 8), Art. 6 N 74.

¹¹ Konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 326 vom 26.10.2012.

¹² Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 4 Rz 5 und S. 35 Rz 152 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien).

¹³ Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, 157.

¹⁴ Vgl. EU-Horizontalleitlinien, S. 38, Rz 169.

40. Mengenabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG können sich im Falle der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung immer noch als kartellrechtlich unzulässige und sanktionierbare Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erweisen.

41. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u. a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Bereits ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.¹⁵ Das Bundesgericht stellte sodann klar, dass Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes und damit aus qualitativen Gründen erheblich sind. Quantitative Aspekte sind in der Regel nicht zu prüfen.¹⁶ Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁷

42. Demzufolge ist für die geplante Kooperation zwischen [A] und [B] von einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b i. V. m. Abs. 1 KG auszugehen. Es stellt sich daher weiter die Frage, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse.

43. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

44. Wegen der kaum bestehenden schweizerischen Praxis bei Spezialisierungsvereinbarungen skizziert die Literatur eine analoge Anwendung der europäischen Regeln auf direkt sanktionierbare Spezialisierungskooperationen.¹⁸ Demnach dürfte die den Vereinbarungen über die einseitige oder gegenseitige Spezialisierung innewohnende Festlegung von Produktionsmengen in Anlehnung an das europäische Recht regelmässig gerechtfertigt sein. Dabei ist zu erwähnen, dass bereits der Gesetzgeber die Möglichkeit der Rechtfertigung von Spezialisierungsabreden im Grundsatz in Betracht gezogen hat (Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG).¹⁹

45. Hingegen ist im europäischen Recht ein Verbot, keine mit den Vertragsprodukten konkurrierende Produkte herzustellen und zu vertreiben, wohl regelmässig unzulässig, auch wenn eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich möglich bleibt.²⁰

46. Weiter muss zur Frage einer etwaigen Rechtfertigung der geplanten Kooperation zwischen [A] und [B] mit Blick auf das MOR auf eine bisherige Einschätzung des Sekretariats im Rahmen einer Beratung betreffend Marketing von TV-Rechten für Wintersport verwiesen werden: ein MOR zwischen einem Verband und einer Rundfunkgesellschaft unter den in der damaligen Bera-

tungsanfrage geschilderten Umständen hat das Sekretariat als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert.²¹ Für diese Wettbewerbsabrede waren anhand der damaligen Beratungsanfrage keine Effizienzgründe ersichtlich, welche die Abrede zu rechtfertigen vermochten. Im damaligen Fall erwies sich das MOR unter dem Aspekt von Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig.²²

47. Für die vorliegende Kooperation zwischen [A] und [B] sind aufgrund der Beratungsanfrage keine Hinweise ersichtlich, die das MOR aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen vermöchten.

48. Schliesslich ist festzuhalten, dass bei einer Kooperation zwischen mehreren Druckereien wie in Variante 2 angegeben (vgl. Rz 20), keine Aussage zur Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit gemacht werden kann, weil keine Informationen dazu vorliegen.

D Fazit

49. Für die in der Beratungsanfrage geschilderte Kooperation zwischen [A] und [B] dürfte grundsätzlich von einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG auszugehen sein. Insbesondere weist die geplante Kooperation Eigenschaften einer Spezialisierungsvereinbarung auf. Zudem beinhaltet die geplante Kooperation ein MOR. Vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Behandlung von Spezialisierungsvereinbarungen dürfte die geplante Kooperation eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG darstellen. Gestützt auf die Informationen der Beratungsanfrage scheint die gesetzliche Vermutung im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG allerdings widerlegbar zu sein. In diesem Fall ist von einer grundsätzlich unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen. Eine Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG erscheint mit Ausnahme des MOR als wahrscheinlich; das MOR dürfte indes kaum zu rechtfertigen sein. Insgesamt dürfte die geplante Kooperation zwischen [A] und [B] aus diesen Gründen kartellrechtlich unzulässig sein. Sofern die Parteien auf das MOR verzichten, dürfte demgegenüber eine zu rechtfertigende Wettbewerbsabrede vorliegen.

¹⁵ BGE 143 II 297 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

¹⁶ BGE 143 II 297 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGER 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGER 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

¹⁷ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

¹⁸ Vgl. DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 8), Art. 6 N 88 und 112.

¹⁹ Vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 563.

²⁰ Vgl. DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 8), Art. 6 N 88 und 114.

²¹ Vgl. RPW 2016/2, 378 ff., Beratung betreffend Marketing von TV-Rechten für Wintersport.

²² Vgl. RPW 2016/2, 380 Rz 27, Beratung betreffend Marketing von TV-Rechten für Wintersport.

B 1.4

4. Geografische Zuordnung von Umsätzen bei Unternehmenszusammenschlüssen

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

1. Sachverhalt

1. A. beabsichtige, von B. die alleinige Kontrolle über ein Zielunternehmen zu erwerben.¹

2. A. sei Teil der C.-Gruppe, die im Jahr 2022 einen weltweiten Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken und einen Umsatz in der Schweiz von mindestens 100 Millionen Franken erzielt habe.²

3. Das Zielunternehmen habe im Jahr 2022 auf der Basis der an Unternehmen in der Schweiz ausgestellten Rechnungen einen buchhalterischen Rechnungsumsatz in der Schweiz von rund [200–250] Millionen Franken erzielt.³ Davon würden jedoch lediglich rund [0–50] Millionen Franken für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Umsatz darstellen.⁴

4. Der buchhalterische Rechnungsumsatz des Zielunternehmens in der Schweiz von rund [200–250] Millionen Franken gehe im Umfang von rund [150–200] Millionen Franken auf Verkäufe an D. zurück.⁵ Das Zielunternehmen produziere unter einem Rahmenvertrag X.-Geräte für D.⁶ Partei der Kaufverträge, welche das Zielunternehmen unter diesem Rahmenvertrag mit D. abschliesse, sei dabei die D.-E. mit Sitz in [der Schweiz] [...].⁷ An D.-E. würden auch die Rechnungen des Zielunternehmens adressiert.⁸ D.-E. sammle ausserhalb der Schweiz Bestellungen für X.-Geräte für den Verkauf in D.-Filialen in Europa und gebe die Bestellungen im Rahmen eines zentralen Einkaufs auf.⁹ D.-E. handle dabei jeweils im Auftrag von D.-Gesellschaften in Europa, die Teil der D.-F. [...] seien.¹⁰ Die Verhandlungen im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag würden ausserhalb der Schweiz getätigt.¹¹ Das Zielunternehmen und D. hätten sich auf die Free Carrier (FCA) Incoterms geeinigt, gemäss welchen die X.-Geräte als geliefert gelten würden, sobald sie an die Frachtführer (ausserhalb der Schweiz) geliefert worden seien.¹² Die X.-Geräte für D. würden ab den Produktionsstandorten des Zielunternehmens in [europäischen Staaten] an D.-Gesellschaften in Europa geliefert.¹³ In die Schweiz würden nur X.-Geräte eingeführt, welche für den Verkauf in der Schweiz vorgesehen seien.¹⁴ Deren Wert habe sich im Jahr 2022 auf rund [0–50] Millionen Franken belaufen.¹⁵

5. Mit D.-E. schliesse damit eine zentrale Einkaufsorganisation mit Sitz in der Schweiz unter einem Rahmenvertrag Kaufverträge mit dem Zielunternehmen ab und erhalte die Rechnungen, wobei die X.-Geräte direkt ab den Produktionsstätten des Zielunternehmens (Leistungsorten) ausserhalb der Schweiz geliefert würden und nur Verkäufe über [0–50] Millionen effektiv in der Schweiz realisiert worden seien.¹⁶ Der Umstand, dass ein Rechnungsbetrag von [150–200] Millionen Franken zulasten

von D. buchhalterisch der Schweiz zugeordnet werde, reflektiere damit nicht den Ort, an welchem das Zielunternehmen Lieferungen und Leistungen erbracht habe, da nur ein minimaler Teil der vom Zielunternehmen hergestellten an D. verkauften X.-Geräte in die Schweiz geliefert worden sei.¹⁷ Der Gesamtumsatz in der Schweiz belaufe sich auf [0–50] Millionen Franken.¹⁸

2. Frage

6. Trifft es zu, dass der Umsatz, welchen das Zielunternehmen mit an D. verkauften X.-Geräten erzielt hat, die aufgrund von unter einem Rahmenvertrag abgeschlossenen Kaufverträgen zwischen dem Zielunternehmen und der D.-E. geliefert und der D.-E. in Rechnung gestellt wurden, jedoch ab den jeweiligen ausländischen Produktionsstätten des Zielunternehmens unter den Incoterms Free Carrier (FCA) direkt an Gesellschaften der D.-Gruppe ausserhalb der Schweiz geliefert und nie in das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingeführt wurden, nicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG dem schweizerischen Umsatz zuzurechnen ist?¹⁹

3. Beurteilung

7. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Bst. a) und mindestens zwei

¹ Beratungsanfrage, Rz 1.

² Beratungsanfrage, Rz 8.

³ Beratungsanfrage, Rz 9.

⁴ Beratungsanfrage, Rz 9.

⁵ Beratungsanfrage, Rz 10.

⁶ Beratungsanfrage, Rz 10.

⁷ Beratungsanfrage, Rz 10.

⁸ Beratungsanfrage, Rz 10, 19.

⁹ Beratungsanfrage, Rz 10.

¹⁰ Beratungsanfrage, Rz 10 und Fn 3. [...].

¹¹ Beratungsanfrage, Rz 10.

¹² Beratungsanfrage, Rz 10, 11 Fn 5. Gemäss den FCA Incoterms sei der Verkäufer für die Ausfuhrabfertigung und die Lieferung der Waren an den Frachtführer am benannten Lieferort verantwortlich und es sei, vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung, der Verkäufer nur dann für die Verladung der Waren verantwortlich, wenn der benannte Lieferort auf dem Gelände des Verkäufers sei.

¹³ Beratungsanfrage, Rz 11.

¹⁴ Beratungsanfrage, Rz 11.

¹⁵ Beratungsanfrage, Rz 11, 14.

¹⁶ Beratungsanfrage, Rz 14.

¹⁷ Beratungsanfrage, Rz 11.

¹⁸ Beratungsanfrage, Rz 16. Nach dem Verständnis des Sekretariats ergibt sich dieser Betrag aus der Differenz von [200–250] Millionen Franken und [150–200] Millionen Franken (Verkäufe an andere Kunden als D. in der Schweiz) plus [0–50] Millionen Franken (gemäss A. relevante Verkäufe an D. in der Schweiz), bereinigt um Rundungsdifferenzen.

¹⁹ Beratungsanfrage, Rz 19.

der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Bst. b).

8. Mit den Schwellenwerten, insbesondere dem gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG von zwei Unternehmen jeweils in der Schweiz zu erzielenden Umsatz von mehr als 100 Millionen Franken, wird das nach Art. 2 KG geltende Auswirkungsprinzip konkretisiert und sichergestellt, dass nur solche Transaktionen der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle unterworfen werden, die Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz haben.²⁰ Abgestellt wird auf die in der Schweiz erzielten Umsätze. Ausschlaggebend für die Zuordnung ist grundsätzlich der Standort der Nachfrager, d. h. der Ort, an dem vertragsgemäss ein Produkt geliefert wird (Leistungsort) bzw. an dem der Wettbewerb mit alternativen Lieferanten um die Kunden stattfindet.²¹ Auf den Ort der Rechnungsstellung kommt es für die geografische Zurechnung der Umsätze hingegen nicht an.²² Tätigen die Zusammenschlussparteien keine Verkäufe an Kunden in der Schweiz, sondern erfolgt lediglich eine Rechnungsstellung für ausserhalb der Schweiz stattfindende Transaktionen über Rechnungsadressen in der Schweiz, erachtet das Sekretariat die Umsätze als nicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG in der Schweiz erzielt.²³

9. Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union hat die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) Grundsätze für die geografische Zuordnung von Umsätzen bei Unternehmenszusammenschlüssen definiert, die vorliegend ergänzend berücksichtigt werden können.²⁴ Auch die EU-Kommission geht grundsätzlich davon aus, dass der Umsatz dem Ort zuzurechnen ist, an dem sich die Kundin oder der Kunde befindet (Rz 8).²⁵ Dem liege das Prinzip zu Grunde, dass der Umsatz dem Ort zuzurechnen sei, an dem der Wettbewerb mit alternativen Lieferanten stattfindet.²⁶ Dieser Ort sei in der Regel auch der Ort, an dem die charakteristische Handlung im Rahmen des fraglichen Vertrags durchgeführt werden müsse, d. h., an dem die Waren tatsächlich ausgeliefert würden.²⁷ Eine besondere Situation entstehe, wenn ein multinationales Unternehmen eine gemeinschaftsweite Einkaufsstrategie verfolge und seinen gesamten Bedarf an einer Ware von einem Standort aus decke.²⁸ Für den Fall, dass die zentrale Einkaufsorganisation einen reinen Rahmenvertrag schliesse und die einzelnen Aufträge über die zentrale Einkaufsorganisation erteilt würden, die Waren sodann aber direkt an die Tochtergesellschaften geliefert würden, sei der Umsatz denjenigen Mitgliedstaaten zuzurechnen, in denen sich die Tochtergesellschaften befinden, und zwar unabhängig davon, ob die zentrale Einkaufsorganisation oder die Tochtergesellschaften die Rechnungen erhalten und die Zahlung ausführen.²⁹ Der Grund bestehe darin, dass in diesem Fall ein Wettbewerb mit alternativen Lieferantinnen um die Lieferung der Waren an die verschiedenen Tochtergesellschaften stattfindet, auch wenn der Vertrag zentral geschlossen worden sei.³⁰

10. Vorliegend erfolgte gemäss Verständnis des Sekretariats in Bezug auf [150–200] Millionen Franken der erwähnten [150–200] Millionen Franken an Verkäufen von X.-Geräten durch das Zielunternehmen an D.-Gesellschaften nur die Rechnungsstellung über Rech-

nungsadressen in der Schweiz, während die Transaktionen ausserhalb der Schweiz stattfanden (Rz 8). Mit der in der Schweiz domizilierten D.-E. hat nach diesem Verständnis eine zentrale Einkaufsorganisation einen reinen Rahmenvertrag geschlossen und erteilt die einzelnen Aufträge, wobei die Waren sodann aber direkt an andere D.-Gesellschaften mit Sitz ausserhalb der Schweiz geliefert werden (Rz 9). In diesem Fall erachtet das Sekretariat einen Umsatz von [150–200] Millionen Franken der erwähnten [150–200] Millionen Franken als nicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG in der Schweiz erzielt.

11. Für das Sekretariat relevant ist dabei der tatsächliche Lieferort der Waren *bei der jeweiligen Gesellschaft*, nicht hingegen etwa ein zur besonderen Regelung von Kosten- oder Risikotragung vereinbarter abweichender Leistungsort (z. B. die Produktionsstätte des Herstellers). Dies liegt darin begründet, dass entscheidend ist, worauf sich der Wettbewerb mit alternativen Lieferanten bezieht.³¹ Vorliegend findet der Wettbewerb um die Lieferung der Waren *an die betreffende Gesellschaft* statt. Wird also beispielsweise ein X.-Gerät in [Staat Y.] produziert und als Leistungsort unter Verweis auf Incoterms-Bestimmungen die Produktionsstätte in [Staat Y.] (Übergabe an den Frachtführer) bezeichnet, wobei das X.-Gerät an eine D.-Gesellschaft in der Schweiz zu liefern ist, sind die entsprechenden Umsätze grundsätzlich den schweizerischen, nicht den [Staat Y.-bezogenen] Umsätzen zuzurechnen.

12. Damit ist auf die Frage von A. zu antworten, dass der Umsatz, welchen das Zielunternehmen mit an D. verkauften X.-Geräten erzielt hat, die aufgrund von unter einem Rahmenvertrag abgeschlossenen Kaufverträgen zwischen dem Zielunternehmen und der D.-E. geliefert und der D.-E. in Rechnung gestellt wurden, jedoch ab den jeweiligen ausländischen Produktionsstätten des Zielunternehmens direkt an Gesellschaften der D.-Gruppe ausserhalb der Schweiz geliefert und nie in das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingeführt wurden, nicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG dem schweizerischen Umsatz zuzurechnen ist, soweit das Zielunternehmen damit keine Verkäufe an Kunden in der Schweiz tätigt, sondern lediglich eine Rechnungsstellung für ausserhalb der Schweiz stattfindende Transaktionen über Rechnungsadressen in der Schweiz erfolgt und der Wettbewerb mit alternativen Lieferanten nicht in der Schweiz stattfindet.

²⁰ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission: Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Version 3.1 vom 15.6.2016) (nachfolgend: Mitteilung des Sekretariats), Rz 7.

²¹ Mitteilung des Sekretariats, Rz 8.

²² Mitteilung des Sekretariats, Rz 8.

²³ Mitteilung des Sekretariats, Rz 8.

²⁴ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 16.4.2008, ABl. C 95/1 (nachfolgend: Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen), Rz 196.

²⁵ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 196.

²⁶ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 196.

²⁷ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 196.

²⁸ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 198.

²⁹ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 198.

³⁰ Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 198.

³¹ Mitteilung des Sekretariats, Rz 8; Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 196.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Crédit Agricole Consumer Finance/Stellantis/ALD/LeasePlan

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Juli 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 12. Juli 2023

A Sachverhalt

1. Am 12. Juni 2023 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb durch Crédit Agricole Consumer Finance (nachfolgend: CACF):

- i. Über ihre Tochtergesellschaft FCA Bank³ (nachfolgend: FCAB), von:
 - 100 % der Anteile an LeasePlan Ceská Republika s.r.o (nachfolgend: LeasePlan Czech Republic)
 - 100 % der Anteile von LeasePlan Finland Oy (nachfolgend: LeasePlan Finland)
 - 100 % der Anteile an der Merrion Fleet Management Limited (nachfolgend: ALD Ireland)
 - 100 % der Anteile der ALD Automotive AS (nachfolgend: ALD Norwegen).
- ii. Über ihre Tochtergesellschaft LeaseCo⁴ (ein gemeinsam kontrolliertes Joint Venture von CACF und Stellantis, nachfolgend: LeaseCo), von:
 - 100 % der Anteile an LeasePlan Luxemburg S.A. (nachfolgend: LeasePlan Luxemburg)
 - 100 % der Anteile der SGALD Automotive - Sociedade Geral de Comercio e Aluguer de Bens, S.A. (nachfolgend: ALD Portugal).

2. Als Hintergrundinformation sei darauf hingewiesen, dass es eine vorangegangene Transaktion gab, die CACF / Stellantis / FCAB / Free2MoveLease betraf, die der WEKO gemeldet und von ihr am 13. Dezember 2022

freigegeben wurde (die Omega-Transaktion).⁵ Dadurch erwarb CACF einerseits die alleinige Kontrolle über FCAB. Andererseits erwarben CACF und Stellantis die gemeinsame Kontrolle über die Geschäftstätigkeit von Free2MoveLease im Bereich des operational Leasings. LeaseCo ist ein neu gegründetes Joint Venture unter der gemeinsamen Kontrolle von CACF und Stellantis, welches sich mit operational Leasing und Flottenmanagement befasst und in das Leasys und Free2Move Lease eingebracht wurden.

3. CACF ist eine nach französischem Recht gegründete Gesellschaft und hat ihren Sitz in 1 rue Victor Basch, 91068 Massy, Frankreich. CACF ist als Kontrolle erlangendes Unternehmen in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU meldepflichtig.

4. CACF ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Crédit Agricole SA (nachfolgend: CASA), dem zentralen Organ der Group Crédit Agricole (nachfolgend: GCA). Die GCA bietet eine breite Palette von Bank- und Versicherungsdienstleistungen an, darunter Vermögensverwaltung, Privatkundengeschäft, spezialisierte Finanzdienstleistungen und die Betreuung von Grosskunden.

5. CACF verwaltet über ihre Tochtergesellschaften den gesamten Bereich "Konsumkredite" der GCA, zu dem unter anderem die folgenden Geschäftseinheiten oder Marken gehören: CréditLift Courtage (Finanzierungslösungen für den Vermittlungsmarkt), Sofinco (Konsumfinanzierung), Sofinco Auto Moto Loisirs (Finanzierungslösungen, Dienstleistungen und digitale Tools für die Vertriebspartner von CACF), Agos (Konsumkredite in Italien), Credibom (Autofinanzierung in Portugal) und Creditplus Bank (Konsumfinanzierung in Deutschland).

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Seit dem 3. April 2023 trägt FCAB neu die Firma: CA Autobank.

⁴ Seit dem 3. April 2023 trägt LeaseCo neu die Firma: Leasys.

⁵ Freigabeentscheidung der EU-Kommission vom 13. Dezember 2022; ebenfalls genehmigt von der EU-Kommission in der Sache M.10728 - CACF / Stellantis / FCA Bank / F2ML, Entscheidung vom 20. Dezember 2022. Zur Publikation in RPW vorgesehen: 41-1007: CA Consumer Finance/Stellantis/FCA Bank Free2MoveLease, Stellungnahme der WEKO vom 10.12.2022.

6. Die Produkte der CACF werden über verschiedene Kanäle vertrieben (Verkaufsstellen und Direktverkauf, elektronischer Handel, Partnerschaften, Vermittlung). CACF ist in 19 europäischen Ländern sowie in China und Marokko vertreten.

7. Mit Abschluss der Omega-Transaktion vom 3. April 2023 wurde die FCAB eine 100%-Tochtergesellschaft der CACF. Die FCAB ist eine Bank, die hauptsächlich im Bereich der Finanzierung und des Leasings von Kraftfahrzeugen in Europa und in Marokko tätig ist. Sie arbeitet mit verschiedenen Automarken sowie mit Herstellern von Wohnmobilen und Wohnwagen zusammen. Die FCAB bietet ihren Kunden Bankprodukte wie Finanzierungs- oder Leasinglösungen, aber auch Mietlösungen und damit verbundene Versicherungsdienstleistungen an.

8. Die FCAB bietet insbesondere Autoleasing für Privat- und Geschäftskunden an und verfügt über Fachwissen in den Bereichen Autovermietung, Flottenmanagement und Carsharing.

9. LeaseCo ist ein neu gegründetes Joint Venture von CACF und Stellantis, das sich ganz dem operativen Mehrmarken-Leasing und dem Flottenmanagement widmet und in das Leasys und Free2Move Lease eingebracht wurde (im Rahmen der Omega-Transaktion).

10. Stellantis ist eine nach niederländischem Recht gegründete, börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Taurusavenue 1, 2132 LS Hoofddorp, Niederlande, und vorliegend als Kontrolle erlangendes Unternehmen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU meldepflichtig. Stellantis ist ein multinationaler Automobilhersteller, der 2021 aus einer grenzüberschreitenden 50:50-Fusion zwischen dem italienisch-amerikanischen Konglomerat FCA⁶ und der französischen PSA⁷-Gruppe⁸ hervorgegangen ist. Stellantis ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Kraftfahrzeugen unter den folgenden fünfzehn Marken tätig: Peugeot, Citroën, DS Automobiles, Opel, Vauxhall, Abarth, Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Fiat, Fiat Professional, Jeep, Lancia, Maserati und Ram.

11. ALD ist eine nach französischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Rue Eugene et Armand Peugeot 1, 92500 Rueil-Malmaison, Frankreich, welche Mobilitätslösungen anbietet, vor allem Operational Leasing und Flottenmanagement für Personenkraftfahrzeuge und leichte Nutzfahrzeuge. ALD ist auch im Verkauf von Gebrauchtwagen tätig, die sie nach Ablauf der Leasingverträge von ihren Kunden zurückerhält. In geringerem Umfang vertreibt ALD auch Kraftfahrzeug-Versicherungsprodukte. ALD wird von der Société Générale S.A. (SG Group), einer französischen Banken- und Finanzdienstleistungsgruppe kontrolliert.

12. Die ALD Divestment Businesses sind das Desinvestitionsgeschäft von ALD (nachfolgend: ALD Divestment Businesses; die einzelnen Gesellschaften nachfolgend: Desinvestitionsgesellschaft), welches aus ALD Ireland, ALD Norway und ALD Portugal besteht:

- ALD Ireland ist eine nach irischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in 15/16 Holly Avenue, Stillorgan Industrial Park, Stillorgan Dublin, Ireland.

- ALD Norway ist eine nach norwegischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Holtet 45, 1366 Stabekk, Norway.
- ALD Portugal ist eine nach portugiesischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Sintra Business Park, Zone Industrial de Abrunheira, Ed.2 - Esc.OC, 2710-089 Sintra, Portugal.

13. LeasePlan (nachfolgend: LP) ist ein in den Niederlanden ansässiges Unternehmen, das Operational Leasing und Flottenmanagement anbietet. LP ist auch im Verkauf von Gebrauchtwagen und in der Bereitstellung und dem Vertrieb von Kraftfahrzeugversicherungen tätig. LP befindet sich derzeit im Besitz von Lincoln Financing, einem Konsortium von Investoren.

14. Die LP Divestment Businesses sind das Desinvestitionsgeschäft von LP (nachfolgend: LP Divestment Businesses; die einzelnen Gesellschaften nachfolgend: Desinvestitionsgesellschaft; LP Divestment Businesses zusammen mit ALD Divestment Businesses: die Divestment Businesses), das aus LP Czech Republic, LP Finland und LP Luxembourg besteht:

- LeasePlan Finland ist eine nach finnischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in PL 220, Itsehalintokuja 6, 02601 Espoo, Finnland.
- LeasePlan Czech Republic ist eine nach tschechischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Bucharova 1423/6, 158 00 Praha 5, Czech Republic.
- LeasePlan Luxemburg ist eine nach luxemburgischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in A.A. am Bann, 7 rue Nicolas Brosius, L-3372 Leudelange, Luxemburg.

15. Die Divestment Businesses sind die Zielgesellschaften und daher die kontrollierten Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

16. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 9. Juni 2023 bei der Europäischen Kommission gemeldet (nachfolgend: EU-Meldung). Darüber hinaus wurde das Zusammenschlussvorhaben in China und Marokko gemeldet.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

⁶ Fiat Chrysler Automobiles N.V.

⁷ Peugeot S.A.

⁸ Die Gründung von Stellantis wurde von der Weko (RPW 2020/4, 1906, Fiat Chrysler Automobiles N. V./Peugeot S.A.) und der EU-Kommission (Sache M.9730 - FCA/PSA, Entscheidung vom 21. Dezember 2020) genehmigt.

B.1.1 Unternehmen

18. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

19. Das Zusammenschlussvorhaben führt zum indirekten Erwerb der alleinigen Kontrolle über vier Desinvestmentgesellschaften durch CACF (LeasePlan Czech Republic, LeasePlan Finland, ALD Ireland und ALD Norwegen) und der gemeinsamen Kontrolle über die beiden verbleibenden zwei Desinvestmentgesellschaften (LeasePlan Luxemburg und ALD Portugal) durch CACF und Stellantis.

20. Jede der Desinvestmentgesellschaften ist in seinem jeweiligen Land (Tschechische Republik, Finnland, Irland, Luxemburg, Norwegen und Portugal) im operativen Leasing und im Flottenmanagement tätig.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

22. Die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. c VKU werden auf der Grundlage des Umsatzes des letzten dem Zusammenschluss vorangehenden Geschäftsjahres berechnet. Die nachfolgenden Tabellen 1 und 2 zeigen die Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2022.

23. Tabelle 1: Weltweite Umsätze für das Geschäftsjahr 2022

Unternehmen	Weltweite Umsätze (in Million EUR)	Weltweite Umsätze (in Million CHF) ⁹
GCA	[...]	[...]
Stellantis	[...]	[...]
ALD Irland	[...]	[...]
ALD Norwegen	[...] ¹⁰	[...]
ALD Portugal	[...]	[...]
LeasePlan Czech Republic	[...] ¹¹	[...]
LeasePlan Finland	[...]	[...]
LeasePlan Luxemburg	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

24. Tabelle 2: Umsätze in der Schweiz für das Geschäftsjahr 2022

Unternehmen	Schweizer Umsätze (in Million EUR)	Schweizer Umsätze (in Million CHF) ¹²
GCA	[...]	[...]
Stellantis	[...]	[...]
Divestment Business	-	-
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

25. Den Tabellen 1 und 2 ist zu entnehmen, dass zwei beteiligte Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen schweizweiten Umsatz von mindestens 100 Millionen Franken erzielten; zudem erzielten die beteiligten Unternehmen im Jahr 2022 einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Mrd. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

⁹ Jahresmittel der Devisenkurse 2022 (EUR 1 = CHF 1.0048) gemäss Schweizerischer Nationalbank.

¹⁰ Jahresmittel der Devisenkurse 2022 (EUR 1 = NOK 10.1026) gemäss Europäischer Zentralbank.

¹¹ Jahresmittel der Devisenkurse 2022 (EUR 1 = NOK 24.5660) gemäss Europäischer Zentralbank.

¹² Jahresmittel der Devisenkurse 2022 (EUR 1 = CHF 1.0048) gemäss Schweizerischer Nationalbank.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

26. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

27. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

28. ALD bietet Mobilitätslösungen an, vor allem Operational Leasing für Fahrzeuge und Flottenmanagementdienstleistungen für Personenkraftfahrzeuge und leichte Nutzfahrzeuge. LP ist ein Unternehmen für Operational Leasing und Flottenmanagementdienstleistungen.

29. Alle Desinvestitionsgesellschaften sind in ihrem jeweiligen Land (Tschechische Republik, Finnland, Irland, Luxemburg, Norwegen, Portugal) in den Bereichen Operational Leasing und Flottenmanagementdienstleistungen tätig. Einige der Desinvestitionsgesellschaften sind auch in geringem Umfang im Finanzierungsleasing tätig (LeasePlan Finland, ALD Ireland und LeasePlan Luxemburg). Ausserdem vertreiben ALD Portugal und die LP Divestment Businesses gelegentlich Kraftfahrzeugversicherungsprodukte von Drittanbietern.

30. Die Divestment Businesses haben keine Aktivitäten oder Tochtergesellschaften in der Schweiz.

B.4.1 Relevante Märkte

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

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

B.4.1.1 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für den Automobil-Leasing

33. Gemäss bisheriger Praxis der WEKO lässt sich ein sachlich relevanter Markt für Fahrzeugleasing definieren, welcher vom Mobilien- sowie dem Immobilienleasing abzugrenzen ist.¹³ Der Markt für Fahrzeugleasing umfasst demnach das Leasing von Fahrzeugen sowohl an Privatkunden als auch an Unternehmen und kann möglicherweise weiter in die Teilsegmente Einzel- und Flottenleasing unterteilt werden.

34. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich jüngst mit dem sachlich relevanten Markt für das Leasing von Fahrzeugen befasst.¹⁴ Im entsprechenden Entscheid ging das Gericht von einem sachlich relevanten Markt für Automobileasing aus,¹⁵ welcher sowohl die Tätigkeiten von Captives als auch von Non-Captives erfasst. Dabei steht der Automobileasingvertrag zwischen der

Leasinggeberin und dem Leasingnehmer im Kontext des gesamten Leasinggeschäfts.¹⁶ Dieses umfasst die gesamte Transaktion von der Auswahl und dem Kauf des Fahrzeugs, dem Abschluss des Leasingvertrages über die Auslieferung des Fahrzeuges an den Leasingnehmer und die Beendigung des Leasingvertrags.¹⁷ Der Endkunde vergleicht bei seiner Entscheidung für ein bestimmtes Leasingfahrzeug das «Gesamtpaket» aus Automobil (-eigenschaften) und Leasingkonditionen.¹⁸ Des Weiteren hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass für den Leasingnehmer das Leasing eines gut erhaltenen bzw. neuwertigen Occasionsfahrzeuges mit dem Leasing eines Neuwagens durchaus substituierbar sein kann.

35. Für den Zweck dieser Fusionskontrollmeldung reichen die meldenden Unternehmen entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO Marktanteilsschätzungen für das Fahrzeugleasing ein.

36. Gestützt auf das aktuelle Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geht die WEKO von einem Automobileasingmarkt aus, der sowohl Occasionsfahrzeuge (in gutem Zustand oder neuwertig) als auch Neufahrzeuge umfasst.

37. Was die räumliche Dimension betrifft, so hat die WEKO stets die Auffassung vertreten, dass das Automobil-Leasing einen nationalen Bezug hat.¹⁹ In der aktuellen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wurde die nationale Abgrenzung des Marktes für das Automobileasing bestätigt.²⁰

38. Die Parteien schätzen ihre Marktanteile auf dem Markt für Automobileasing auf deutlich unter [0-10] %²¹. Die Parteien haben ihren Anteil auf der Grundlage der Gesamtmarktvolumens aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (SLV) geschätzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zahlen der SLV-Statistik nicht alle Marktteilnehmer umfassen, da einige Anbieter (einschliesslich der FCAB, aber auch z.B. der Mercedes-Benz Financial Services AG) ihre Daten nicht mehr an

¹³ Vgl. RPW 2022/3, 620 Rz 8, *Sony/Honda/JV*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹⁴ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

¹⁵ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.38, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

¹⁶ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.19, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

¹⁷ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.22, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

¹⁸ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.26, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

¹⁹ Vgl. RPW 2017/4, 575 Rz 18, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos*.

²⁰ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.38, *CA Auto Finance Suisse SA/WEKO*.

²¹ Beim Automobileasing haben die Parteien ihren Marktanteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehenden Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichem Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (SLV); abrufbar unter: <https://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.htm> <29.06.2023> (S. 3).

den SLV übermitteln. Daher gehen die Parteien davon aus, dass derzeit nur 90 % des Marktes durch die SLV-Zahlen erfasst sind. Die dargestellten Marktanteile überzeichnen somit die tatsächliche Lage, d.h., der Marktanteil liegt noch tiefer.

B.4.1.2 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für den Vertrieb von Versicherungsprodukten

39. Bei den Versicherungen unterscheidet die WEKO zwischen Erst- und Rückversicherung sowie zwischen Lebensversicherung und Nicht-Lebensversicherung. Innerhalb dieser breiteren Kategorien hat die WEKO für jedes Risiko eigene Märkte definiert.²²

40. Was die räumliche Dimension betrifft, so wurde festgestellt, dass die Märkte für Erstversicherungen und deren Vertrieb im Prinzip national sind.²³

41. Die Parteien schätzen die Marktanteile in der Schweiz auf je weit unter [0-10] % bei den Nicht-Lebensversicherungen (inkl. Garantieverlängerungsprodukte) und bei den Motorfahrzeugversicherungen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

42. Im Jahr 2021 erzielten die beteiligten Unternehmen auf den relevanten Produktmärkten in der Schweiz die folgenden Marktanteile:

Tabelle 3: Marktanteile in der Schweiz in 2021

	CAFC (inkl. FCAB)	Stellantis	ALD Divestment Business	LeasePlan Divestment Business
Relevante Produktmärkte :				
Automobil-Leasing	[0-10] %	[0-10] %	-	-
Kraftfahrzeugversicherungen	[0-10] %	[0-10] %	-	-
Nicht-Lebensversicherungen	[0-10] %	[0-10] %	-	-

Quelle: Schätzungen der Parteien.²⁴

43. Die geschätzten Marktanteile liegen unter den Schwellenwerten von 20 % bzw. 30 %. Somit liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.3 Ergebnis

44. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²² Vgl. RPW 2018/3, 597 Rz 6 ff, AXA SA/XL Group Ltd.; RPW 2015/1, 89 Rz 14, Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; RPW 2005/2, 387 Rz 24, Vaudoise Générale/La Suisse; RPW 2006/3, 494 Rz 11, Axa/Winterthur.

²³ Vgl. RPW 2018/3, 597 Rz 9, AXA SA/XL Group Ltd.; RPW 2008/3, 469 Rz 43 ff., Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace; RPW 2008/2, 263 Rz 37 ff., Swiss Life/AWD.

²⁴ Beim Automobilleasing haben die Parteien ihren Marktanteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehende Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichem Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (SLV); abrufbar unter: <https://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.html> <29.06.2023> (S. 3).

Bei den Konsumkrediten haben die Parteien ihren Anteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehenden Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichen Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus dem Jahresbericht des Vereins für den Betrieb einer Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK), abrufbar unter: <https://www.zek.ch/de-ch/uber-uns/jahresbericht-statistiken/archiv> <29.06.2023> (S. 12).

B 2.3

2. Sonic Healthcare Limited/Synlab Suisse SA

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Juni 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Juni 2023

1. Am 16. Mai 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Sonic Healthcare Limited den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Synlab Suisse SA.

2. Sonic Healthcare Limited (nachfolgend: **Sonic Healthcare**) ist ein Unternehmen mit Sitz in Sydney, welches an der australischen Börse gelistet ist. Sonic Healthcare wird von keiner natürlichen oder juristischen Person kontrolliert, d.h. es existiert keine Mehrheitsaktionärin oder kein Mehrheitsaktionär. Die Aktien befinden sich in Streubesitz.

3. Sonic Healthcare ist in den Bereichen medizinische Laboranalysen (labordiagnostische Dienstleistungen und pathologisch-diagnostische Dienstleistungen), Bilddiagnostik/Radiologie und medizinische Dienstleistungen tätig. Sonic Healthcare ist in Australien, Neuseeland, den USA, Grossbritannien, Deutschland, Belgien und in der Schweiz aktiv. In der Schweiz konzentrieren sich die Geschäftstätigkeiten im Wesentlichen auf medizinische Laboranalysen, während mit anderen Tätigkeiten wie dem Vertrieb medizinischer Arztprodukte, Leistungen im Bereich der In-vitro-Fertilisation und nicht-medizinische Laboranalysen nur begrenzte Umsätze generiert werden.

4. In der Schweiz ist Sonic Healthcare über ihre Tochtergesellschaften Medisupport SA und deren Laboratorien (nachfolgend: zusammen die Medisupport Gruppe) sowie medica MEDIZINISCHE LABORATORIEN Dr. F. KAEPPELI AG und deren hundertprozentige Tochtergesellschaften (nachfolgend: zusammen **medica**) tätig.

5. Die Medisupport Gruppe betreibt verschiedene Laboratorien und bietet auch weitere medizinische Dienstleistungen an verschiedenen Standorten in der Schweiz (Deutschschweiz und Romandie) für die Bereiche Labormedizin, Pathologie, Fertilität, Genetik und DNA Sequencing Services an. Daneben betreibt die Medisupport Gruppe ein Labor für Lebensmittel, Heilmittel und Hygiene in Luzern und ein weiteres Labor im Bereich Hygiene und Umweltanalytik in Genf. Über Beteiligungen ist die Medisupport Gruppe zudem in begrenztem Umfang im Bereich der Radiologie sowie auch in weiteren medizinischen Dienstleistungen tätig.¹

6. Die medica hat ihre Laboratorien in der Stadt Zürich und bietet Ärztinnen und Ärzten, Spitälern sowie Patientinnen und Patienten in der Schweiz ein umfassendes Dienstleistungsangebot für Labormedizin inklusive Pathologie (Histologie/Zytologie/Molekularpathologie) und Präanalytik an.²

7. Synlab Suisse SA (nachfolgend: **Synlab Suisse**) mit Sitz in Luzern befindet sich derzeit vollständig im Besitz der Synlab Holding Austria GmbH, die sich zu 100 % im Besitz der Synlab International GmbH befindet. Letztere wird [...] von der Synlab AG kontrolliert, einer Konzernholding mit Sitz in München, die an der Frankfurter Börse gelistet ist. Ihre Aktien befinden sich im Streubesitz mit Cinven und Novo Holdings als den beiden grössten Aktionärinnen. Synlab AG wird von keiner ihrer Aktionärinnen kontrolliert.³

8. Die **Synlab AG** ist eine Anbieterin für human- und veterinärmedizinische Labordienstleistungen. Das Unternehmen erbringt diagnostische Dienstleistungen in der Humanmedizin und zu einem kleinen Teil auch in der Tiermedizin.⁴

9. Das Zielunternehmen, die Synlab Suisse, ist eine ausschliesslich in der Schweiz tätige Anbieterin von medizinisch-diagnostischen Labordienstleistungen und pathologischen Untersuchungen. Sie ist hauptsächlich im Bereich humanmedizinischer Laboranalysen tätig, während ein begrenzter Umsatz mit dem Vertrieb von Medizinprodukten generiert wird. Synlab Suisse betreibt regionale Kompetenzzentren, mehrere lokale Laboratorien und Entnahmезentren in den deutsch-, französisch- und italienischsprachigen Regionen der Schweiz.

10. Die regionalen Kompetenzzentren führen ein umfassendes Angebot an Laboranalysen durch, während die lokalen Laboratorien lediglich gewisse Analysen vornehmen. Die lokalen Standorte dienen vor allem auch der Akquise von Kundinnen und Kunden bzw. von Aufträgen am Standort der Auftraggeberinnen und Auftraggeber, welche anschliessend für die Durchführung der Analysen an die Kompetenzzentren weitergegeben werden. Darüber hinaus nehmen die meisten lokalen Laboratorien auch Blutentnahmen für die anschliessende Analyse entweder in den regionalen Kompetenzzentren oder im Laboratorium vor Ort vor. Die Entnahmезentren führen nur Blutentnahmen durch und geben diese anschliessend für die Analyse an die Laboratorien weiter.

¹ Vgl. Rz 13 ff. der Meldung.

² Vgl. Rz 16 der Meldung.

³ Vgl. Rz 22 der Meldung.

⁴ Vgl. Rz 32 der Meldung.

11. Das Zusammenschlussvorhaben erfolgt durch den Erwerb von 100 % der Aktien des Zielunternehmens durch The Doctors Laboratory Ltd., einer operativen Laborgesellschaft, die zu 100 % von Sonic Healthcare kontrolliert wird, von der Synlab Holding Austria GmbH. Das Zusammenschlussvorhaben wird durch einen Aktienkaufvertrag umgesetzt, durch welchen Sonic Healthcare letztendlich 100 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte von Synlab Suisse von der Synlab AG

erwirbt. Es handelt sich damit um einen Kontrollwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG^{5,6}

12. Gemäss Meldung stellt der Zusammenschluss eine Möglichkeit dar, [...].⁷

13. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen in Mio. CHF für das Geschäftsjahr 2021⁸

Unternehmen	Weltweit	Schweizweit
Sonic Healthcare	[...]	[...]
Synlab Suisse	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

Potenziell betroffene Märkte

14. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU⁹, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

15. Gemäss Meldung bestehen in der Schweiz keine relevanten tatsächlichen oder potenziellen vertikalen Beziehungen zwischen den Tätigkeiten der Schweizer Tochtergesellschaften der Sonic Healthcare einerseits und der Synlab Suisse andererseits.¹⁰

16. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Bereiche, in denen die Zielgesellschaft Synlab Suisse in der Schweiz tätig ist und hinsichtlich derer es zu horizontalen Überschneidungen mit den Geschäftstätigkeiten von Sonic Healthcare in der Schweiz kommt. In casu geht es um die Aktivitäten im Bereich der humanmedizinischen Laboranalysen und des Vertriebs von Medizinprodukten.

Humanmedizinische Laboranalysen

17. Unter humanmedizinischen Laboranalysen versteht man insbesondere pathologische und labormedizinische Untersuchungen in Fachbereichen wie z.B. Histologie, Zytologie, Molekularpathologie, (Bio-)Chemie, Hämatologie, Immunologie, Mikrobiologie oder Genetik. Es werden etwa unter anderem Messungen verschiedener chemischer Substanzen im Körper vorgenommen, Zellen und Zellstrukturen untersucht sowie Gewebeproben analysiert, um Krankheiten zu diagnostizieren; es werden Antikörpermengen und andere Faktoren im Blut zur

Beurteilung des Immunstatus und zur Diagnose von Krankheiten überprüft oder DNA, RNA und Proteine für diagnostische und prognostische Zwecke untersucht.¹¹

Sachlich relevanter Markt

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

19. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den in casu strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹² Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹³

⁵ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ Vgl. Rz 41 f. der Meldung.

⁷ Vgl. Rz 47 f. der Meldung.

⁸ Die Abschlüsse der Parteien für das Jahr 2022 liegen noch nicht vor, weshalb die Parteien die Umsätze für das Geschäftsjahr 2021 angeben (vgl. Rz 49 der Meldung).

⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁰ Vgl. Rz 8 der Meldung.

¹¹ Vgl. Rz 56 der Meldung.

¹² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 f. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

¹³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

20. Im Entscheid *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen*¹⁴ gingen die Parteien von einem sachlich relevanten Markt für medizinische Laboranalysen aus, welche der Diagnose, der Behandlung und der Prävention menschlicher Krankheiten dienen und die von privat praktizierenden Ärztinnen und Ärzten bzw. Spitälern in eigenen Praxis- und Spitallaboratorien (In-house) sowie von privaten medizinischen Laboratorien (wie z. B. Unilabs) durchgeführt werden. Die Parteien gingen damit von einem umfassenden Markt für medizinische Laboranalysen im Bereich der Humanmedizin aus.

21. Diese Marktabgrenzung erschien der WEKO als zu weitgehend. Sie hat festgestellt, dass In-house-Leistungen typischerweise nicht dem relevanten Markt zuzurechnen sind, zumindest soweit diese nicht für Dritte angeboten werden. Eine weitere Segmentierung der medizinischen Laboranalysen in ein Segment für allgemeine («*routine testing*») und ein Segment für spezialisierte Laboranalysen («*rare*» oder «*special testing*») oder in Einzelfällen nach spezifischem Analysebedarf erscheint denkbar. Aufgrund der unkritischen Zusammenschlussverhältnisse im Bereich von medizinischen Laboranalysen hat die WEKO die sachliche Marktabgrenzung jedoch offengelassen und ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem einzigen sachlich relevanten Markt für humanmedizinische Laboranalysen ausgegangen, welcher zusätzlich In-house-Leistungen erfasst.¹⁵

22. Im Entscheid *3i/Vedici Group*¹⁶ hat sich die Europäische Kommission zu biologisch-medizinischen Analysen geäussert. Die Zusammenschlussparteien waren der Ansicht, dass der Markt für biologisch-medizinische Analysen weiter in Routineanalysen einerseits und spezialisierte Analysen (*rare*) andererseits unterteilt werden könnte.¹⁷

23. Die Marktbefragung der Europäischen Kommission hat ergeben, dass lediglich eine Minderheit der Befragten die Ansicht vertreten hat, wonach zwischen Routineanalysen und spezialisierten Analysen unterschieden werden sollte. Doch selbst diese Minderheit hat betont, dass seltene Analysen wie alle anderen Analysen bei nicht spezialisierten Laboratorien in Auftrag gegeben werden können. Diese entscheiden selbständig, ob eine spezielle Analyse an ein spezialisiertes Labor in Auftrag gegeben werden soll oder nicht.¹⁸ Darüber hinaus hat die Europäische Kommission festgestellt, dass die Labco Laboratorien, die alle unter der Kontrolle von 3i stehen, lediglich in einem geringen Ausmass im Segment für seltene Analysen vertreten sind.¹⁹ Aus den genannten Gründen hat die Europäische Kommission den sachlich relevanten Markt schliesslich offengelassen, ist aber für die Belange des Zusammenschlusses *3i/Vedici Group* von einem einheitlichen sachlich relevanten Markt für Routineanalysen und seltene Analysen ausgegangen.²⁰

24. Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, dass von einem einheitlichen Markt für humanmedizinische Laboranalysen auszugehen ist, der auch In-house-Leistungen von Praxislaboratorien und Spitallaboratorien umfasst und zudem nicht zwischen Routinetests und seltenen Tests differenziert.

25. In der Schweiz sind im Rahmen der Grundversorgung lediglich Privatlaboratorien und Spitallaboratorien befugt *anderen zugelassenen Leistungserbringern* Dienstleistungen (Privatlaboratorien) bzw. In-house-Leistungen (Spitallaboratorien) anzubieten²¹. Dasselbe gilt für weitere Analysen.²² Ärztinnen und Ärzte dürfen gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. a KVV in ihren Praxislaboratorien lediglich Laboranalysen für ihre Patientinnen und Patienten durchführen und dies auch nur, wenn das Ergebnis der Analyse im Verlauf der Konsultation vorliegt. Aus Sicht der Marktgegenseite – der überweisenden Ärztinnen und Ärzte, der Spitäler und Dritten (andere zugelassene Leistungserbringer), die Laboranalysen nachfragen – stellen die Praxislaboratorien der Ärztinnen und Ärzte aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen demnach kein Substitut für die Dienstleistungen der Privatlaboratorien bzw. In-house-Leistungen der Spitallaboratorien dar.

26. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann die sachliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung, d.h. dem Markt für medizinische Laboranalysen, welcher In-house-Leistungen von Spitallaboratorien einschliesst, unterteilt in ein Segment Routineanalysen und ein Segment seltene Analysen, keine betroffenen Märkte vorliegen.

Räumlich relevanter Markt

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

28. Im Entscheid *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen* hat die WEKO festgestellt, dass das Gebiet, in welchem die Produkte angeboten werden, höchstens indirekt Aufschluss über den räumlich relevanten Markt geben kann. Soweit die Marktteilnehmenden ihre Leistungen im Rahmen von lokalen Laboratorien anbieten, liegt ein Indiz für lokale räumliche Märkte vor. Letztendlich hat die WEKO die räumliche Marktabgrenzung offengelassen, da selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben keine ernsthaften Bedenken aufwarf.²³ Exemplarisch hat die WEKO die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sowohl national als auch auf die Deutschschweiz bezogen vorgenommen.²⁴

¹⁴ RPW 2020/4b, 2012 Rz 16, *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen*.

¹⁵ RPW 2020/4b, 2012 Rz 17, *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen*.

¹⁶ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, *3i/Vedici Groupe*.

¹⁷ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 17, *3i/Vedici Groupe*.

¹⁸ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 18, *3i/Vedici Groupe*.

¹⁹ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 19, *3i/Vedici Groupe*.

²⁰ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 20, *3i/Vedici Groupe*.

²¹ Vgl. Art. 54 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 27.6.1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) und Art. 54 Abs. 3 KVV.

²² Vgl. Art. 54 Abs. 3 KVV.

²³ RPW 2020/4b, 2012, Rz 19, *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen*.

²⁴ RPW 2020/4b, 2012 f., Rz 19 und Rz 20, *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen*.

29. Die Marktanalyse der Europäischen Kommission betreffend 3i/Vedici Group hat ergeben, dass ein Markt für Routineanalysen eher lokal und für seltene Analysen eher national abzugrenzen ist.²⁵ Letztendlich hat die Europäische Kommission die räumliche Marktabgrenzung offengelassen, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der räumlichen Marktdefinition keine ernsthaften Bedenken aufwarf.²⁶

30. Auch vorliegend kann eine definitive räumliche Marktabgrenzung unterbleiben, da selbst bei der in Anlehnung an den Entscheid *Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen* engst möglichen räumlichen Marktabgrenzung, den sprachregionalen Märkten, keine betroffenen Märkte vorliegen.

Medizinprodukte

31. Medizinprodukte sind Produkte, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden, wenn die Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird. Zu den Medizinprodukten zählen auch Instrumente, Apparate, In-vitro-Diagnostika, Software und andere Gegenstände bzw. Stoffe.²⁷

32. Über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft, die medica Ärztebedarf AG, beschafft medica für den eigenen Laborbetrieb notwendige Apparate und Materialien. Des Weiteren vertreibt sie über den Webshop der medica Ärztebedarf AG²⁸ bestimmte medizinische Produkte, wie z.B. Reagenzien, Verbrauchsmaterial für das Praxislabor, Kleingeräte für das Praxislabor und POCT (Point of Care Testing), Entnahmematerial (inkl. Handschuhe, Pflaster, Armunterlagen, Verbandsmaterial etc.), Desinfektionsmittel und Desinfektionsmaterial sowie Bürobedarf.

33. Synlab Suisse vertreibt im Online-Shop One-Provide²⁹ über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft, die one-provide AG, bestimmte medizinische Produkte, wie z.B. POCT-Systeme, Reagenzien, Verbrauchsmaterialien und technische Dienstleistungen.

34. Gemäss Meldung stellt der Vertrieb von Medizinprodukten an Dritte in der Schweiz für die Zusammenschlussparteien einen geschäftlichen Randbereich dar. Der Umsatz von medica mit Medizinprodukten in der Schweiz betrug 2021 CHF [...] Mio. und machte damit lediglich [0-10] % des Gesamtumsatzes im Kalenderjahr 2021 in der Schweiz aus.³⁰ Synlab Suisse erzielte mit Medizinprodukten in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...] Mio. im Jahr 2021, was ca. [0-10] % des Gesamtumsatzes von Synlab Suisse im Jahr 2021 in der Schweiz ausmachte.³¹

35. Gemäss Meldung macht die medica Ärztebedarf AG mit Medizinprodukten ca. [90-100] % des Umsatzes mit Arztpraxen, [0-10] % des Umsatzes entfällt auf Spitäler und ca. [0-10] % des Umsatzes erzielt die medica Ärztebedarf AG mit Dritten. Die one-provide AG beliefert ebenfalls fast ausschliesslich Arztpraxen.³²

Sachlich und räumlich relevanter Markt

36. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Vertrieb von Medizinprodukten beschäftigt. Im Entscheid *Sun Store SA/Artisea SA/Distripharm SA/Galenica* hat die WEKO im Zusammenhang mit dem Pharmagrosshandel mit Arzneimitteln einen Markt für Patientinnen- und Patienten-

pflege in Erwägung gezogen, der z.B. Verbandsmaterial und Medizinprodukte umfasst, ohne dabei zukünftige Modifikationen bei der Unterteilung zwischen und innerhalb dieses Sortimentes auszuschliessen.³³

37. Im Bereich von Medizinprodukten hat sich die WEKO bezüglich der räumlichen Marktabgrenzung bisher nicht geäussert. Die Zusammenschlussparteien geben in der Meldung an, dass die Medizinprodukte schweizweit nachgefragt würden.³⁴

38. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird von einem nationalen Markt für den Vertrieb von Medizinprodukte ausgegangen.

Voraussichtliche Stellung in den Märkten

39. Gemäss Meldung liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien im Bereich humanmedizinischer Laboranalysen bei einer Betrachtung sämtlicher zuvor genannter denkbarer sachlich und räumlich relevanter Märkte bei unter [10-20] %. Somit liegt kein betroffener Markt vor.

40. Die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Bereich Vertrieb von Medizinprodukten in der Schweiz liegen bei unter [0-10] %, weshalb auch in diesem Bereich kein betroffener Markt vorliegt.

41. Überdies liegen keine Gründe vor, welche trotz Nichterreichens der Schwelle von 20 % zu kartellrechtlichen Bedenken führen würden, weshalb auf eine weiterführende Prüfung dieser Märkte verzichtet wird.

42. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²⁵ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 21, *3i/Vedici Groupe*.

²⁶ EU-KOMM, Case M.5805 vom 21.05.2010, Rz 22, *3i/Vedici Groupe*.

²⁷ <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/heilmittel.html>> (25. Mai 2023), vgl. auch Art 3 MepV (Medizinprodukteverordnung vom 1.7.2020, MepV; SR 812.213).

²⁸ Vgl. <<https://webshop.medica.ch/>> (25. Mai 2023).

²⁹ Vgl. <https://www.one-provide.ch/online_shop/web74/index.php?lang=de> (25. Mai 2023).

³⁰ Vgl. Rz 62 der Meldung.

³¹ Vgl. Rz 72 der Meldung.

³² Vgl. Rz 190 der Meldung.

³³ RPW 2009/2, 176 f., Rz 22, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

³⁴ Vgl. Rz 125 der Meldung.

B 2.3

3. Galenica/MediService/Shop Apotheke

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Mai 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Mai 2023

A Sachverhalt

1. Am 13. April 2023 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Galenica AG (**Galenica**) und die SA Europe B.V., deren Konzernmuttergesellschaft die Shop Apotheke Europe N.V. (**Shop Apotheke**) ist, dass die Shop Apotheke [...] der Aktien an der derzeit von Galenica alleine kontrollierten MediService AG (**MediService**) übernimmt und dadurch ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen entsteht. Galenica und die Shop Apotheke werden das Gemeinschaftsunternehmen (**GU**) MediService nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemeinsam kontrollieren. Im Rahmen der Transaktion wird MediService vorgängig 100 % der Aktien der Curarex Swiss AG übernehmen, welche bereits heute im vollständigen Besitz der Galenica-Gruppe ist. Die Shop Apotheke bringt ihr Schweizer Geschäft (**Shop Apotheke Schweiz**) in das GU Mediservice ein.

2. **Galenica** ist eine Gesundheitsdienstleisterin in der Schweiz, welche ein Apothekennetz mit den Amavita- und Sunstore-Apotheken betreibt. Daneben hält Galenica eine Minderheitsbeteiligung an den Coop Vitality-Apotheken. Galenica führt eigene Marken und Produkte sowie Marken und Produkte von Geschäftspartnern und bietet ihren Kunden vor Ort diverse Gesundheitsdienstleistungen und -checks an. Galenica bietet zudem Pre-Wholesale-Dienstleistungen und Dienstleistungen im Bereich Pharmagrosshandel und Distribution an. Weiter bietet sie Datenbankservices für den Schweizer Gesundheitsmarkt an. Die Konzernmuttergesellschaft Galenica ist der WEKO aus früheren Zusammenschlussmeldungen bekannt.¹

3. Die SA Europe B.V. ist eine Zwischenholdinggesellschaft ohne eigene Geschäftsaktivität. Die **Shop Apotheke Gruppe** ist hauptsächlich ein in Deutschland, Österreich, Frankreich, Belgien, Italien, den Niederlanden, Luxemburg und der Schweiz tätiges Versandhandelshaus. Ihre Geschäftstätigkeit umfasst vor allem den Online-Versandhandel mit apothekennahen Produkten, wie Beauty- und Pflegeprodukten sowie mit Produkten im Bereich funktioneller Ernährung. In der Schweiz werden neben den apothekennahen Produkten in einem geringen Ausmass Arzneimittel der Abgabekategorie E vertrieben. In Belgien, Frankreich, Italien und Österreich

bietet die Shop Apotheke das gesamte Apothekensortiment inklusive nicht rezeptpflichtiger Arzneimittel an. In Deutschland werden auch rezeptpflichtige Arzneimittel über den Online-Versandhandel vertrieben. Zudem bietet die Shop Apotheke in der Schweiz Tierbedarf und Tierfutter sowie in der EU auch rezeptfreie Tierarzneimittel an. Die Shop Apotheke Gruppe führt weiter eigene Marken und Produkte und bietet über von ihr kontrollierte Unternehmen digitale Gesundheitsdienstleistungen an.

4. **MediService** ist eine in der Schweiz zugelassene Spezialapotheke, die durch Swissmedic geprüfte für den Verkauf in der Schweiz zugelassene Originalarzneimittel zum Versand anbietet. MediService hat sich auf die Betreuung chronisch kranker Patientinnen und Patienten mit fortlaufendem Arzneimittelbedarf spezialisiert. Zu ihren Dienstleistungen gehört auch die Unterstützung von Patientinnen und Patienten beim Zugang zu innovativen Therapien und Kostengutsprache nach Art. 71a bis d KVV². MediService bietet zudem Home Care-Dienstleistungen im Bereich der Therapiebegleitung an.

5. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird das GU MediService weiterhin unter den gleichen Voraussetzungen rezeptpflichtige Arzneimittel sowie neu über die Domain der Shop Apotheke online apothekennahe Produkte anbieten.

B Erwägungen**B.1 Meldepflicht**

6. Mit der Übernahme von 51 % der Aktien der derzeit von Galenica alleine kontrollierten MediService durch die Shop Apotheke entsteht ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, was ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU darstellt.

7. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Umsätze, welche die Parteien in ihrer Meldung ausgewiesen haben:

¹ RPW 2018/2, 386 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

² Verordnung vom 27. 6.1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr

Beteiligtes Unternehmen	Umsätze weltweit in Mio. CHF	Umsätze in der Schweiz in Mio. CHF
Galenica-Gruppe	4'000.0	[...]
MediService	[...]	[...]
Shop Apotheke-Gruppe	1'200.0	[...]

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

8. Eine Meldepflicht besteht, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Gemäss Art. 3 Abs. 1 VKU gelten als beteiligte Unternehmen im Sinne dieser Verordnung bei der Fusion die fusionierenden Unternehmen und bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

9. Die Parteien vertreten die Meinung, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keiner Meldepflicht nach Art. 9 KG führe, da nur Galenica, nicht aber MediService als meldepflichtiges Unternehmen zu qualifizieren sei. Gemäss Aussage der Parteien entspricht diese Auffassung der neueren Praxis der WEKO und dem europäischen Kartellrecht. Weiter argumentieren die Parteien, dass die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG bewusst hoch ausgestaltet seien und Umsätze immer jenen Unternehmen zuzurechnen seien, welche die Kontrolle über die jeweiligen Gesellschaften haben. Folglich könne MediService nur nach dem Zusammenschluss als eigenständiges Unternehmen gelten. Die Umsätze von MediService vor dem Zusammenschluss seien hingegen Galenica zuzurechnen. Zudem wird vorgebracht, dass eine Fusion zwischen Galenica und der Shop Apotheke mangels Erreichens der Umsatzschwellen keine Meldepflicht auslösen würde.³

10. Das Sekretariat ging bisher in Konstellationen wie der vorliegenden (Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle) davon aus, dass sowohl die Unternehmen, welche die gemeinsame Kontrolle erwerben, als auch das zuvor bereits bestehende Unternehmen, welches zukünftig gemeinsam kontrolliert wird, beteiligte Unternehmen sind.⁴ Dies stimmt auch mit dem im Merkblatt der WEKO zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens aufgeführten Beispiel überein, wonach die

Unternehmen A und B zusammen die Kontrolle über das zuvor von Unternehmen B allein kontrollierte Unternehmen Z übernehmen. Gemäss Merkblatt gelten A, B und Z als beteiligte Unternehmen.⁵ Dem Vorbringen der Parteien, wonach die WEKO in ihrer neueren Praxis jeweils das bereits bestehende und von einem anderen beteiligten Unternehmen alleine kontrollierte Unternehmen nicht als beteiligtes Unternehmen bezeichnet habe, ist entgegenzuhalten, dass in den entsprechenden Entscheiden eine Meldepflicht ohnehin bereits aufgrund der Umsätze der Mutterunternehmen gegeben war. Die zusätzliche Prüfung, ob auch das Tochterunternehmen die Umsatzschwellen für die Meldepflicht erreichen würde, erübrigte sich folglich.⁶ Dass das Zielunternehmen im Falle der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle als beteiligtes Unternehmen qualifiziert wird, entspricht zudem der jüngeren Praxis der WEKO.⁷

11. Für das europäische Kartellrecht finden sich in der Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen Erläuterungen bezüglich der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.⁸ Gemäss Rz 139 gelten beim Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neu gegründetes Unternehmen alle Unternehmen, welche die Kontrolle über das neu zu gründende GU erwerben, als beteiligte Unternehmen. Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen ein zuvor bestehendes Tochterunternehmen oder einen Geschäftsbereich (über den es

³ Vgl. zu dieser Auffassung auch MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 9 N 46 f.

⁴ Beratungen 54-0496 und 54-0502 (nicht publiziert).

⁵ Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Ziff. 7 2. Lemma letzter Satz, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (04.05.2023).

⁶ RPW 2019/4, 1180 Rz. 12, *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*; RPW 2019/4, 1208 Rz 1 und 12, *Michelin/Faurecia/Symbio*; RPW 2019/4, 1175 Rz 9, *Carlyle Group/Mubadala Investment Company PJSC/CEPSA*.

⁷ RPW 2022/3, 611 f. Rz 1, 7 und 11, *Bain Capital Investors LLC/Baring Private Equity Asia/CitiusTech Healthcare B.V.*

⁸ Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21. Februar 2009 (Abl. 2009/C 43/09), Rz 129 ff. (zit.: Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen).

zuvor die alleinige Kontrolle ausübte) in das neu gegründete GU einbringt. Jedes der gemeinsam kontrollierenden Unternehmen wird demnach als beteiligtes Unternehmen betrachtet, während die in das GU eingebrachten Unternehmen oder Geschäftsbereiche keine beteiligten Unternehmen sind und ihr Umsatz Teil des Umsatzes der ursprünglichen Muttergesellschaft ist.⁹ Gemäss Rz 140 sind die beteiligten Unternehmen, wenn die gemeinsame Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen oder einen bereits vorhandenen Geschäftsbereich erworben wird, einerseits die Unternehmen, die die gemeinsame Kontrolle erwerben und andererseits die zuvor vorhandenen übernommenen Unternehmen oder Geschäftsbereiche.¹⁰

12. Die Parteien sind der Ansicht, dass der Wortlaut von Rz 139 und Rz 140 gegen eine Meldepflicht in der vorliegenden Konstellation spricht, da Rz 140 sich nur auf den Fall beziehe, dass zwei oder mehr Unternehmen das Zielunternehmen von einem Dritten übernehmen und kontrollieren. Folglich wäre für die vorliegende Situation, in welcher das Zielunternehmen bereits von einem der beiden beteiligten Unternehmen kontrolliert wird, Rz 139 einschlägig.¹¹ Diese Auslegung wird in der Literatur auch mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung in *Austria Asphalt GmbH & Co. OG/Bundeskartellanwalt* gestützt.¹² Der EuGH stellte an dieser Stelle fest, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung) bezüglich des Zusammenschlusses mittels der Kontrollerrlangung, nicht auf die Gründung eines Unternehmens abstellt, sondern auf die Änderung der Kontrolle über ein Unternehmen. Damit widerspricht er der gegenteiligen Auslegung von Art. 3 der Fusionskontrollverordnung durch die EU-Kommission.¹³ Gemäss EuGH-Rechtsprechung ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung) dahingehend auszulegen, dass sie sich auf einen Vorgang bezieht, «der dazu führt, dass ein von mindestens zwei anderen Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt auftritt, ohne dass es darauf ankommt, ob es das neu gemeinsam kontrollierte Unternehmen vor diesem Vorgang bereits gab».¹⁴

13. Das Sekretariat stellte in früheren Beratungen fest, dass die eigene Praxis bezüglich des Übergangs von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle grundsätzlich mit der Praxis der EU-Kommission übereinstimmt. Dabei vertrat das Sekretariat die Ansicht, dass Rz 140 sich auf den Fall der Erlangung gemeinsamer Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen bezieht.¹⁵ Rz 139, wonach der Umsatz des Tochterunternehmens nicht separat zu berücksichtigen ist, hielt das Sekretariat in einer anderen Beratung für den Fall der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens für anwendbar.¹⁶ Diese Schlussfolgerungen des Sekretariats stimmte mit der Praxis der EU-Kommission in *KKR/Allianz/Selecta* überein.¹⁷ Ob diese Praxis der EU-Kommission aufgrund der neueren EuGH-Rechtsprechung relativiert wurde und deren Auswirkungen auf die Auslegung von Rz 139 und Rz 140 der Mitteilung der Europäischen Kommission, muss im vorliegenden Fall nicht abschliessend beurteilt werden.

14. Aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU geht hervor, dass im Falle der Erlangung der Kontrolle sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 9 KG sind. Die VKU unterscheidet dabei nicht zwischen Unternehmen eines Dritten und solchen, die bereits von einem anderen beteiligten Unternehmen kontrolliert werden. Zudem sieht Art. 3 Abs. 2 VKU vor, dass das zu kontrollierende Unternehmen auch dann ein beteiligtes Unternehmen ist, wenn es sich nur um einen Unternehmensteil handelt. Dies spricht dafür, dass das kontrollierte Zielunternehmen beteiligtes Unternehmen ist, auch wenn es Teil eines anderen beteiligten Unternehmens ist. Somit steht der Verordnungswortlaut in Einklang mit dem Merkblatt und der früheren Beurteilung des Sekretariats, wonach sowohl das bereits kontrollierende Unternehmen (wie auch das neu mitkontrollierende Unternehmen) als auch das (neu gemeinsam) kontrollierte Unternehmen beteiligte Unternehmen sind.

15. Aufgrund dieser Ausführungen sind sowohl Galenica und Shop Apotheke (als kontrollierende Unternehmen) als auch MediService (als kontrolliertes Unternehmen) beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG. Da zwei von drei beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erreichen, ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

16. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

17. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

⁹ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 139.

¹⁰ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rz 140.

¹¹ Vgl. auch BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 15), Art. 9 N 46a.

¹² EuGH, ECLI:EU:C:2017:643 *Austria Asphalt GmbH & Co. OG / Bundeskartellanwalt*.

¹³ Europäische Kommission, Case M.7319 vom 14.11.2014, Rz 10 f., *KKR/Allianz/Selecta*.

¹⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2017:643, Rz 28, *Austria Asphalt GmbH & Co. OG / Bundeskartellanwalt*.

¹⁵ Beratungen 54-0496 und 54-0502 (nicht publiziert).

¹⁶ Beratung 54-0493 (nicht publiziert).

¹⁷ Europäische Kommission, Case M.7319 vom 14.11.2014, Rz 11, *KKR/Allianz/Selecta*.

18. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene

Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

19. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende von den Parteien definierte Geschäftsbereiche durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

Tabelle 2: Marktanteile der meldenden Unternehmen:

Geschäftsbereiche	MediService / Galenica	Shop Apotheke	Marktanteil-addition	Total	Betroffener Markt
Pharmgrosshandel					
Pharmagrosshandel im Apothekenkanal	[40-50]%	0.0%	Nein	[40-50]%	Ja
Detailhandel					
Apotheken (national, nach Anzahl Apotheken)	[10-20]%	0.0%	Nein	[10-20]%	Nein
Produkten der Patientenpflege	[10-20]%	0.0%	Nein	[10-20]%	Nein
Produkten für Körperpflege, Kosmetik, Parfum	[5-10]%	[0-5]%	Ja	[5-10]%	Nein
Ernährungsprodukten	[10-20]%	[0-5]%	Ja	[10-20]%	Nein
Tierprodukte und Tiermedizin	0.0%	[0-5]%	Nein	[0-5]%	Nein
Versandhandel mit Arzneimitteln (Common Rx)					
Specialty Rx-Arzneimittel	[10-20]%	0.0%	Nein	[10-20]%	Nein
Dienstleistungen im Bereich von Art. 71a-d KVV	[20-30]%	0.0%	Nein	[20-30]%	Nein
Andere Geschäftsbereichen					
Home Care Dienstleistungen	[0-5]%	0.0%	Nein	[0-5]%	Nein

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

20. Die Mehrheit der von den Parteien in der Meldung definierten Geschäftsbereiche entsprechen Märkten, die von den Wettbewerbsbehörden in sachlicher und räumlicher Hinsicht definiert worden sind. So haben sich die Wettbewerbsbehörden in jüngeren Fällen für die Abgrenzung eines Marktes für den Versandhandel von Arzneimitteln (primär Rx-Arzneimittel) von anderen Märkten und insbesondere vom Markt für den Verkauf von Arzneimitteln in Apotheken ausgesprochen.¹⁸ Die Parteien folgen in ihrer Meldung dieser Praxis. Neu sind jedoch die Überlegungen, die nach Ansicht der Parteien zur Abgrenzung von zwei neuen Märkten führen sollen: ein Markt für den Verkauf von «Specialty Rx-Arzneimitteln» und ein Markt für Dienstleistungen nach Art. 71a bis d KVV.

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

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

23. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, stellen sich bezüglich den von den Parteien definierten Märkten «Specialty Rx-Arzneimitteln» und 'Dienstleistungen nach Art. 71a bis d KVV' einige Fragen. Betreffend die Dienstleistungen im Bereich Specialty-Rx-Arzneimittel erscheint es nachvollziehbar, dass neben dem Versand

der Arzneimittel weitere vor- oder nachgelagerte Dienstleistungen (wie beispielsweise Unterstützung bei der Umsetzung der Therapie) erforderlich sein können. Die Besonderheit der Arzneimittel in diesem Bereich ist, dass sie üblicherweise speziell (sehr) teuer sind.¹⁹ Dennoch handelt es sich auch um rezeptpflichtige Arzneimittel, welche ebenfalls im Versandhandel an die Kundschaft abgegeben werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich vorliegend die Frage, ob nicht jener Teil des im Bereich Specialty Rx-Arzneimitteln erzielten Umsatzes, welcher mit dem Versandhandel der Specialty-Rx-Arzneimittel erbracht wird, dem Markt für Versandhandel von Arzneimitteln zuzurechnen ist. Ähnliche Überlegungen treffen in Bezug auf die Arzneimitteln nach Art. 71a bis d KVV zu. Es handelt sich hierbei um Arzneimittel, die in der Schweiz noch nicht zugelassen sind oder die für andere Krankheiten als die von der Zulassung erfassten eingesetzt werden (Off-Label-Use). Auch hier ist davon auszugehen, dass ein Teil des in diesem Bereich generierten Umsatzes nach wie vor mit dem einfachen Versand der entsprechenden Arzneimittel in Verbindung gebracht werden kann und folglich dem Versandhandelsmarkt zuzurechnen ist. Gemäss Angaben der Parteien sind diese Bereiche nicht betroffen im Sinne von

¹⁸ RPW 2018/2, 397 Rz 102 ff., *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

¹⁹ In den Bereich Specialty Rx von MediService fallen Hämophilie, Orphan Drugs, Onkologie und Immunologie.

Art. 11 VKU (Rz 19). Folglich erübrigt sich eine detaillierte Betrachtung und abschliessende Marktabgrenzung, womit auch keine Neuberechnung der Marktanteile erforderlich ist.

24. Nachfolgend wird nur auf den Geschäftsbereich Pharmagrosshandel im Apothekenkanal eingegangen, da es sich gestützt auf die zur Verfügung stehenden Angaben zu den Marktanteilen um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt handeln könnte, bei welchem Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht auszuschliessen sind. Hinsichtlich anderer Märkte ist aufgrund der Zusicherung der Parteien davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen vertikalen Effekten auf anderen Märkten führt. Die Parteien bestätigen, dass es keine anderen betroffenen Märkte gibt, auf welchen eines der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 30 % hat und zusätzlich die in der Mitteilung des Sekretariats «Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen»²⁰ genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

25. Die WEKO hat in früheren Entscheiden im Bereich Pharmagrosshandel mit Arzneimitteln entsprechend den

Bedürfnissen der Abnehmerinnen nach Absatzkanälen differenziert. Dabei hat sie die Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, Pharmagrosshandel im Drogeriekanal, Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft und Pharmagrosshandel im Spitalkanal unterschieden.²¹ In *PHOENIX/Voigt Holding AG* beschäftigte sich die WEKO ausführlich mit der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich Pharmagrosshandel und kam zum Schluss, dass es in Einklang mit der bisherigen Praxis gerechtfertigt ist, in der Schweiz weiterhin von einer Unterteilung nach Absatzkanälen auszugehen.²² In Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO kann von einem sachlich relevanten **Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal** ausgegangen werden. Die WEKO ist bisher von **einem nationalen räumlich relevanten Markt** ausgegangen für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal.²³ Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen.

26. Nach den vom Sekretariat im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Phoenix/Voigt erhobenen Informationen stellen sich die Marktanteile wie folgt dar:

Tabelle 3: Marktanteile Pharmagrosshandel im Apothekenkanal im Jahr 2021

Markt	Galenica	Shop Apotheke	Wettbewerber 1 (Amedis/Voigt)	Wettbewerber 2 (PharmaFocus u.a.)
Pharmagrosshandel im Apothekenkanal	[50-60]%	0.0%	[30-40]%	[10-20]%

(Quelle und Darstellung: Sekretariat)²⁴

27. Der Zusammenschluss führt zu keinen Marktanteilsadditionen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal. Nach wie vor verfügt Galenica, die in der Schweiz führend im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln ist, über den grössten Marktanteil.

28. MediService und Shop Apotheke sind auf diesem Markt nicht tätig. Die Analyse ist allerdings notwendig, da Galenica einen Marktanteil von mehr als 30 % auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal besitzt und dieser den Märkten, auf denen MediService tätig ist, vorgelagert ist. Der Zusammenschluss bringt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Veränderung mit sich, da MediService bereits von Galenica bedient wird und sich diese Situation nicht verändert. Unverändert bleiben auch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal.

29. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

30. Gemäss Meldung existieren Nebenabreden betreffend die Vertragsbeziehungen der GU-Partner im Verhältnis zu MediService [...]. Die Prüfung der Nebenabreden durch die Wettbewerbskommission wird von den Parteien nicht explizit beantragt. Mangels eines entsprechenden Antrags und einer hinreichenden Begründung für jede Nebenabrede, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendi-

ge Vereinbarung darstellt, sind diese nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission.²⁵

31. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²⁰ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.03.2009, Ziff. 9, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen (04.05.2023).

²¹ RPW 2018/2, 395 Rz 77 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 501 Rz 24 ff., *Galenica/Unione*; RPW 2005/4, 644 Rz 59 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

²² WEKO, 21.02.2023, Rz 62, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

²³ WEKO, 21.02.2023, Rz 74 f., *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend; RPW 2018/2, 398 Rz 110, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

²⁴ WEKO, 21.02.2023, Rz 92, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

²⁵ Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Ziff. 7, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (04.05.2023).

B 2.3

4. Stellantis/Michelin/Forvia/Symbio

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Juni 2023

1. Am 30. Mai 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels Spika SAS – durch die Michelin-Gruppe (nachfolgend Michelin) und – indirekt mittels Faurecia Exhaust International (nachfolgend: Faurecia) – durch die Forvia-Gruppe (nachfolgend: Forvia) sowie neu – indirekt mittels PSA Automobiles SA – durch die Stellantis-Gruppe (nachfolgend: Stellantis) über Symbio SAS (nachfolgend: Symbio) betrifft. Symbio wird bisher gemeinsam von Michelin und Forvia kontrolliert.

2. Stellantis ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Fahrzeugen, hauptsächlich Personenkraftwagen und leichte Nutzfahrzeuge, sowie in der Erbringung von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Fahrzeugen tätig.¹ Seit September 2020 produziert Stellantis zudem auch Brennstoffzellenelektrofahrzeuge (Fuel Cell Electric Vehicles, «FCEV»); die ersten Zulassungen dieser FCEV erfolgten im Jahr 2022. PSA Automobiles SA (nachfolgend: PSA) ist eine Tochtergesellschaft von Stellantis.²

3. Michelin ist in erster Linie weltweit in der Herstellung und dem Vertrieb von Reifen für Personenkraftwagen, Transporter, Lastkraftwagen, Busse, U-Bahnen, Strassenbahnen, Landmaschinen, Baumaschinen, Motorräder und Motorroller, Fahrräder sowie Flugzeuge tätig. Zudem ist Michelin in weiteren Bereichen aktiv, darunter insbesondere reisebezogene Produkte und Dienstleistungen, Förderbänder, Raupenketten sowie auch dem Aufbau und Betrieb von Infrastrukturen zur Wasserstoffherzeugung.³ Spika SAS ist eine Tochtergesellschaft der CGEM (Compagnie Générale des Etablissements Michelin), welche die Holdinggesellschaft von Michelin ist, und übt (für Michelin) neben dem Halten anderer Unternehmen oder Beteiligungen von Michelin keine anderen operativen Tätigkeiten aus.

4. Forvia ist ein weltweit führendes Unternehmen im Bereich der Automobiltechnologie und in der Herstellung und dem Vertrieb von Autositzen und Innenraumsystemen, der Entwicklung und Bereitstellung von Emissionskontrolltechnologien, der Entwicklung und Herstellung von Beleuchtungstechnologien (Front- und Heckscheinwerfern, Karosserie- und Innenbeleuchtung) sowie von

bordeigenen Infotainmentsystemen und Konnektivitätsdiensten tätig. Forvia ist zudem im Bereich Wasserstoffspeichersysteme (Hydrogen Storage Systems, «HSS») tätig, welche von Forvia an verschiedene Hersteller zur Ausrüstung ihrer Fahrzeuge geliefert werden. Faurecia ist ein französisches Unternehmen und eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Faurecia SE, der Holdinggesellschaft von Forvia.

5. Symbio (nachfolgend: GU) wird aktuell – indirekt – von Michelin und – indirekt – von Forvia gehalten und gemeinsam kontrolliert. Das GU liefert und montiert Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme (Fuel Cell Systems, «FCS»)⁴ für die Automobilbranche und je nach den Bedürfnissen der Kundinnen und Kunden auch (Wasserstoff-)Brennstoffzellenantriebe (Fuel Cell Power Unit, «FCPU»), welche in Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche integriert werden können. Symbio liefert FCS bzw. FCPU bereits an mehrere Automobilherstellerinnen (nachfolgend: OEM), zu diesen zählen Stellantis sowie auch Renault und Safran. [...] Zu den weiteren Kundinnen und Kunden des GU gehören [...].⁵

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken Stellantis, Michelin und Forvia (nachfolgend: die Parteien), dass das (geplante) Gemeinschaftsunternehmen Symbio sein Wachstum durch die Nutzung der weltweiten Präsenz von Stellantis beschleunigen kann. Für Stellantis soll die geplante Transaktion im Einklang mit ihrem Strategieplan die Entwicklung des Angebotes an Wasserstoffmobilität durch FCEV beschleunigen.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 12. Juni 2023 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁶

¹ Vgl. RPW 2021/4, 909 Rz 3, *Bersan/FCA Switzerland*, RPW 2022/2, 441 Rz 3; *Daimler/Saft/Stellantis/ACC/JV*; RPW 2023/1, 124 Rz 2; *Stellantis/Hon Hai/JV*.

² RPW 2020/4b, 1906 Rz 2 ff., *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

³ Vgl. RPW 2019/4, 1207 Rz 2, *Michelin/Faurecia/Symbio*.

⁴ Ein Wasserstoff-Brennstoffzellensystem besteht im Wesentlichen aus einem Brennstoffzellenantrieb kombiniert mit einem Wasserstoffspeichersystem («dem Tank») und weiteren unterstützenden Komponenten und Hilfssystemen (Balance of Plant, «BOP»), um den Strom – beispielsweise in einem Fahrzeug – bereitzustellen. Im Wasserstoff-Brennstoffzellensystem ist der Brennstoffzellenantrieb für die Produktion des Stroms (durch das Verbrennen von Wasserstoff) verantwortlich.

⁵ Vgl. RPW 2019/4, 1207 Rz 6 f., *Michelin/Faurecia/Symbio*.

⁶ Case COMP M.11106, 12. Juni 2023 – *Stellantis/Michelin/Forvia/Symbio*.

8. Die Parteien beabsichtigen, dass Stellantis – indirekt mittels PSA – auf dem Weg einer Investition ein Drittel des Aktienkapitals an Symbio erwirbt. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden Stellantis, Michelin und Forvia jeweils – indirekt – Beteiligungen von einem Drittel am Aktienkapital von Symbio halten. Jede Partei wird [...] Mitglieder des Verwaltungsrats stellen, dieser muss strategische Entscheidungen [...] beschliessen. Stellantis, Michelin und Forvia werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

9. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁷

10. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU der Parteien einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

11. Stellantis, Michelin und Forvia erzielten im Geschäftsjahr 2022 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und [...] schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

12. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um die Bereiche Brennstoffzellensysteme sowie Brennstoffzellenantriebe für die Automobilbranche (vgl. Rz 5).

13. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis, insbesondere aufgrund von spezifischen Anforderungen der Nachfragerinnen (Automobilherstellerinnen) an die Produkteigenschaften und die Anforderungen an Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme und antriebe im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem separaten sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen für die Automobilbranche⁸ und einem separaten sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche⁹ ausgegangen, lies aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen.

14. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von denselben beiden sachlich relevanten Märkten ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung für beide Märkte kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

15. In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO (und in Übereinstimmung mit der Einschätzung der Parteien) für den Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen für die Automobilbranche und für den Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellen-

antriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche von (mindestens) europaweiten Märkten (EWR+CH-weit) auszugehen.¹⁰ Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keiner horizontalen Überschneidungen auf den relevanten Märkten, insbesondere nicht zwischen Symbio und Stellantis. Die Transaktion führt zudem nur zu potentiellen und sehr begrenzten vertikalen Beziehungen zwischen Symbio und Stellantis, dies da die Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme bzw. Brennstoffzellenantriebe von Symbio auch in Fahrzeuge integriert werden, welche anschliessend auf dem nachgelagerten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen vertrieben werden, auf welchem auch Stellantis tätig ist.

17. Die Marktanteile des GU auf einem europaweiten (bzw. weltweiten) Markt für die Herstellung und Lieferung von Wasserstoff-Brennstoffzellensystemen für die Automobilbranche geben die Parteien mit [0–10] % (bzw. weltweit [0–10] %) an und auf einem europaweiten (bzw. weltweiten) Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche mit [0–10] % (bzw. weltweit [0–10] %).

18. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Tätigkeitsbereich des GU und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

19. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁷ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁸ Vgl. RPW 2019/4, 1208 Rz 14, *Michelin/Faurecia/Symbio*.

⁹ Vgl. RPW 2019/4, 1208 Rz 15, *Michelin/Faurecia/Symbio*; RPW 2021/4, 264 Rz 15, *Volvo/Daimler/JV*.

¹⁰ Vgl. RPW 2019/4, 1208 Rz 17, *Michelin/Faurecia/Symbio*; RPW 2021/4, 264 Rz 17, *Volvo/Daimler/JV*.

B 2.3

5. Galenica/Planzer/Health Supply

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Juli 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Juli 2023

A Sachverhalt

1. Am 28. Juni 2023 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Galenica AG (**Galenica**) und die Planzer Transport AG (**Planzer**), die Health Supply AG (**Health Supply**), ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, zu gründen. Die Health Supply wird von den Parteien neu gegründet, wobei die Planzer Gruppe Personal und Fahrzeuge einbringen wird. Galenica und Planzer werden das Gemeinschaftsunternehmen (**GU**) nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemeinsam kontrollieren.

2. **Galenica** ist eine Gesundheitsdienstleisterin in der Schweiz, welche ein Apothekennetz mit den Amavita- und Sunstore-Apotheken betreibt. Daneben hält Galenica eine Minderheitsbeteiligung an den Coop Vitality-Apotheken. Galenica führt eigene Marken und Produkte sowie Marken und Produkte von Geschäftspartnern und bietet ihren Kunden vor Ort diverse Gesundheitsdienstleistungen und -checks an. Galenica bietet zudem Prewholesale-Dienstleistungen und Dienstleistungen im Bereich Pharmagrosshandel und Distribution an. Weiter bietet sie Datenbankservices für den Schweizer Gesundheitsmarkt an. Die Konzernmuttergesellschaft Galenica ist der WEKO aus früheren Zusammenschlussmeldungen bekannt.¹

3. **Planzer** ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft und eine Tochtergesellschaft der Planzer Holding AG. Sie ist als Logistikunternehmen tätig und führt Transporte sowohl im In- als auch im Ausland durch. Zudem lagert sie Waren im Auftrag Dritter und erbringt damit verbundene Beratungen und Dienstleistungen. Im Transportbereich führt die Planzer Gruppe hauptsächlich folgende Arten von Transporten durch:

- Transporte von Stückgut als Strassentransporte und als duale Verkehre (Strasse/Schiene) mit Hauptlauf auf der Schiene und Vor- und Nachlauf in der Regel mittels Lastkraftwagen auf der Strasse.;
- Teil- und Komplettladungen als Strassentransporte und als duale Verkehre (Strasse/Schiene) mit Hauptlauf auf der Schiene und Vor- und Nachlauf in der Regel mittels LKW auf der Strasse;
- Transporte von Luftfrachtsendungen;

- Temperaturkontrollierte Strassentransporte;
- Pharmatransporte;
- Gefahrguttransporte; und
- Krantransporte.

Die Tätigkeiten der Planzer Gruppe sind der Wettbewerbsbehörde aus dem Zusammenschlusskontrollverfahren i.S. *SBB Cargo* bekannt.²

4. **Health Supply** soll gegenüber Galenica wie auch gegenüber Dritten temperaturüberwachte Transportdienstleistungen nach dem Good Distribution Practice (GDP)-Standard erbringen. Angedacht ist eine schweizweite flächendeckende Tätigkeit. Als Kunden des GU kommen Grossisten, Prewholesaler, Biotechunternehmen etc. in Frage. Das GU ist offen ausgestaltet und wird auch für Konkurrenten von Galenica-Gesellschaften tätig sein.

5. In einer ersten Phase wird Galenica einen Teil der Transportaufträge, die derzeit von Drittunternehmen ausgeführt werden, vom GU ausführen lassen. Aktuell nimmt Galenica ca. [...] % ihrer Transporte selbst vor. Eingebbracht werden die Transportdienstleistungen von [...] ³ (derzeit vollständig bei Externen, [...]) und der [...] ⁴ (derzeit teilweise bei [...]). Wenn sich das GU bewährt, wird Galenica allenfalls in einem zweiten Schritt auch eigene Transporte in das GU einbringen. Sowohl [...] als auch [...] ⁵ verfügen über eine eigene Flotte zur Belieferung ihrer Kunden. Aktuell werden daher keine Transporte der [...] oder [...] in das GU eingebracht.⁶

B Erwägungen**B.1 Meldepflicht**

6. Mit der Gründung der Health Supply entsteht ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, was einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU darstellt.

7. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist:

¹ RPW 2018/2, 386 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

² RPW 2020/4b, 1915 ff., *SBB Cargo*.

³ [...] ist eine Tochtergesellschaft von Galenica, die [...] anbietet.

⁴ [...] ist eine Tochtergesellschaft von Galenica, die als [...] tätig ist.

⁵ [...] und [...] sind zwei Tochtergesellschaften von Galenica, die auch als [...] tätig sind.

⁶ Meldung, Rz 92.

Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr

Beteiligtes Unternehmen	Umsätze weltweit in Mio. CHF	Umsätze in der Schweiz in Mio. CHF
Galenica Gruppe	4'000.0	[...]
Planzer Gruppe	[...]	[...]

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

8. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

9. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

10. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

11. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende von den Parteien definierte Geschäftsbereiche durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

Tabelle 2: Marktanteile der meldenden Unternehmen:

Geschäftsbereiche	Galenica Gruppe	Planzer Gruppe	Marktanteil-addition	Total	Betroffener Markt
Strassentransport					
Transport von tief-/gekühlten Waren	0.0%	[10-20]%	Nein	[10-20]%	Nein
Prewholesale					
Prewholesale für pharmazeutische Produkte	[40-50]%	0.0%	Nein	[40-50]%	Ja
Pharmagrosshandel					
Pharmagrosshandel im Apothekenkanal	[40-50]%	0.0%	Nein	[40-50]%	Ja
Pharmagrosshandel im Kanal für SD-Ärztenschaft	[20-30]%	0.0%	Nein	[20-30]%	Nein
Pharmagrosshandel im Drogerienkanal	[20-30]%	0.0%	Nein	[20-30]%	Nein
Pharmagrosshandel im Spitalkanal	[0-5]%	0.0%	Nein	[0-5]%	Nein

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

12. Bezüglich der Marktanteile von Planzer im Geschäftsbereich Prewholesale ist anzumerken, dass gemäss Angaben der Parteien Planzer in untergeordneter Weise für Pharmaunternehmen in der Schweiz als Prewholesaler tätig ist, die eigenen Dienstleistungen jedoch nicht als solche bezeichnet. Der Transportumsatz von Planzer für diese Pharmaunternehmungen beträgt rund CHF [...] Mio.⁷

13. Die Mehrheit der von den Parteien in der Meldung dargestellten Geschäftsbereiche entsprechen Märkten,

die von den Wettbewerbsbehörden in sachlicher und räumlicher Hinsicht definiert worden sind. Die Parteien folgen in ihrer Meldung dieser Praxis. Neu sind jedoch die Überlegungen, die nach Ansicht der Parteien zur Abgrenzung eines **Marktes für den Strassentransport von gekühlten und tiefgekühlten Waren** führen würden.

⁷ Das Gesamtmarktvolumen für Prewholesale in der Schweiz wird von den Parteien auf 8.2 Mrd. geschätzt.

14. Die WEKO grenzte im Zusammenschlussverfahren *SBB Cargo* einen Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren ab.⁸ Die WEKO verwies hierbei auf die Praxis der EU-Kommission im Fall *Geodis/Giraud*.⁹ Zugleich führte die WEKO aus, es wären auch andere Marktabgrenzungen denkbar, die genaue Marktabgrenzung wurde jedoch letztlich offengelassen.¹⁰

15. Aus Sicht der Parteien ist die bisherige Marktabgrenzung der WEKO auch im vorliegenden Fall zielführend und eine engere Marktabgrenzung beschränkt auf den Strassentransport von Pharmaprodukten im Binnenverkehr nicht angezeigt. Die Parteien begründen dies damit, dass sich unter den für den Transport von Pharmaprodukten notwendigen GDP-Vorgaben kein Alleinstellungsmerkmal in Bezug auf Pharmaprodukte finde. Ausserdem werde der Zweck des GU nicht auf den Transport von Pharmaprodukten begrenzt sein.

16. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann die sachliche Marktabgrenzung offengelassen werden. Dies, da selbst bei engst-möglicher Marktabgrenzung, d.h. einem **Markt für Strassentransport von Pharmaprodukten im Binnenverkehr**, keine betroffenen Märkte vorliegen.

Strassentransport von Pharmaprodukten in der Schweiz

17. Vor der Analyse der betroffenen Märkte ist es angebracht, aufgrund der vorgelegten Informationen darzustellen, wie und von wem Pharmaprodukte in die Schweiz eingeführt und an die Endverbrauchenden verteilt werden. Diese Beschreibung ermöglicht ein besseres Verständnis der Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern (Pharmaherstellerin, Prewholesaler und Pharmagrosshändlerin) und den Transportunternehmen, die sich auf den Wettbewerb auswirken können.

18. Verantwortlich für den Import und die Anlieferung in die Schweiz sind die Pharmaherstellerinnen. Die Pharmaherstellerinnen verfügen entweder über eine Gruppengesellschaft in der Schweiz oder arbeiten mit einem Unternehmen (Zulassungsinhaberin) zusammen, um die Pharmaprodukte in die Schweiz zu importieren. Transportunternehmen und Prewholesaler sind grundsätzlich nicht im Bereich des Imports von Arzneimitteln tätig.

19. Die Lagerung der Pharmaprodukte in der Schweiz findet anschliessend entweder bei der Pharmaherstellerin / Zulassungsinhaberin oder einem Logistikdienstleister im Auftrag der Pharmaherstellerin (Prewholesaler genannt) statt. Vom jeweiligen Lagerstandort aus werden dann entweder die Pharmagrosshändlerinnen oder direkt die Leistungserbringer und Leistungserbringerinnen (Apotheken, SD-Ärzte, Spitaler etc.) beliefert. Pharmagrosshändlerinnen bestellen und erwerben die Pharmaprodukte i.d.R. von der jeweiligen Pharmaherstellerin. Nutzen Pharmaherstellerinnen einen Prewholesaler, dürften das Transportrisiko und die Verantwortlichkeit für den Transport ab dem Lager bis zum Pharmagrosshändlerin oder den Leistungserbringern und Leistungserbringerinnen i.d.R. vertraglich dem Prewholesaler «überbunden» werden. Die Transportkosten fallen bei dem Prewholesaler an, diese stellt die Transportkosten der Pharmaherstellerin in Rechnung.

20. Nutzt eine Pharmaherstellerin keinen Prewholesaler, liegen Transportrisiko, Transportkosten und Verantwortung für den Transport zu den Pharmagrosshändlerinnen oder den Leistungserbringern bei der Pharmaherstellerin.

21. Pharmagrosshändlerinnen bestellen und erwerben die Pharmaprodukte i.d.R. von der jeweiligen Pharmaherstellerin. Ab Eintreffen der Ware im Lager der Pharmagrosshändlerin bis zur Anlieferung bei den Leistungserbringern und Leistungserbringerinnen liegen die Verantwortung für den Transport und das Transportrisiko bei der jeweiligen Pharmagrosshändlerin. Die Transportkosten fallen bei der Pharmagrosshändlerin an und werden den Leistungserbringern und Leistungserbringerinnen als Bestandteil des Verkaufspreises in Rechnung gestellt.

Betroffene Märkte

22. Im Folgenden werden nur die Geschäftsbereiche betrachtet, die in Zusammenhang mit den Geschäftstätigkeiten des GU stehen. Dies sind die Bereiche

- Prewholesale für pharmazeutische Produkte,
- Pharmagrosshandel im Apotheken-, Drogerie- und Spitalkanal sowie im Kanal für SD-Ärztenschaft.

23. Darüber hinaus ist aufgrund der Zusicherung der Parteien davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen vertikalen Effekten auf anderen Märkten führt. Die Parteien bestätigen, dass es keine anderen betroffenen Märkte gibt, auf welchen eines der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 30 % hat und zusätzlich die in der Mitteilung des Sekretariats «Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen»¹¹ genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

24. Die Analyse der Vertriebskanäle im Pharmagrosshandel wird gemeinsam durchgeführt, während die Frage der Tätigkeit von Galenica als Prewholesaler separat beschrieben wird.

Prewholesale für pharmazeutische Produkte

25. **In sachlicher Hinsicht** bieten Prewholesaler den Pharmaunternehmen (insb. Herstellerinnen von Arzneimitteln), welche das Lager- und Bestellwesen in der Schweiz nicht selbst abwickeln möchten, Outsourcing-Lösungen an. Prewholesaler übernehmen für Pharmaherstellerinnen die Lagerung und Vertriebslogistikleistungen von der Bestellung über die Verteilung und Auslieferung der Produkte bis zum Inkasso.¹² Der **räumlich relevante Markt** wird gesamtschweizerisch abgegrenzt.¹³

⁸ RPW 2020/4b, 1915 ff., *SBB Cargo*, Tabelle 6, Rz 207.

⁹ COMP.M 5877 vom 14.7.2010, Rz 10, *Geodis/Giraud*.

¹⁰ RPW 2020/4b, 1915 ff., *SBB Cargo*, Rz 204 ff. und Rz 210.

¹¹ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.03.2009, Ziff. 9, <www.weko.admin.ch> Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen (04.05.2023).

¹² Vgl. RPW 2015/3, 363 ff. Rz 23 und 59 ff., *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale - Lieferstopp durch Alloga AG*.

¹³ RPW 2005/4, 638 ff. Rz 42, *Galenica SA/Alliance Unl-Chem*.

26. Nach den vom Sekretariat im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Phoenix/Voigt erhobenen Informationen stellen sich die Marktanteile wie folgt dar:

Tabelle 3: Marktanteile Prewholesale für pharmazeutische Produkte im Jahr 2021

Markt	Galenica	Planzer	Wettbewerber 1 (Amedis/Voigt)	Wettbewerber 2 (Movianto u.a.)
Prewholesale für pharmazeutische Produkte	[50-60]%	<1%	[40-50]%	[0-10]%

(Quelle und Darstellung: Sekretariat)¹⁴

27. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen bzw. lediglich marginalen Marktanteilsadditionen auf diesem Markt. Nach wie vor verfügt Galenica, die in der Schweiz führend im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln ist, über den grössten Marktanteil.

28. Planzer ist auf dem Markt für Prewholesale in sehr geringem Umfang tätig (Transportumsätze rund CHF [...] Mio. [Rz 12]). Das Zusammenschlussvorhaben bringt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Veränderung mit sich, da Planzer bereits für Galenica (Alloga) tätig ist. Dazu stehen andere Transportunternehmen für die Prewholesaler zur Verfügung. Zudem bestätigen die Parteien, dass Planzer im Bereich Prewholesale durch das GU Health Supply in keiner Art und Weise eingeschränkt wird und keine Konkurrenzverbote bestehen. Gestützt auf die Ausführungen der beteiligten Unternehmen kann davon ausgegangen werden, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt deshalb unverändert bleiben werden.

29. Aufgrund dieser Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Prewholesale für pharmazeutische Produkte eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Pharmagrosshandel im Apotheken-, Drogerie- und Spitalkanal sowie im Kanal für SD-Ärztenschaft.

30. Die WEKO hat in früheren Entscheiden im Bereich Pharmagrosshandel mit Arzneimitteln entsprechend den Bedürfnissen der Abnehmerinnen nach Absatzkanälen differenziert. Dabei hat sie die Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, Pharmagrosshandel im Drogeriekanal, Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft und Pharmagrosshandel im Spitalkanal unterschieden.¹⁵ In *PHOENIX/Voigt Holding AG* beschäftigte sich die WEKO mit der sachlichen Marktabgrenzung betreffend diese Bereiche und kam zum Schluss, dass es in Einklang mit der bisherigen Praxis gerechtfertigt ist, in der Schweiz weiterhin von einer Unterteilung nach Absatzkanälen auszugehen.¹⁶

31. In Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO kann von den sachlich relevanten Märkten für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, Pharmagrosshandel im Drogeriekanal, Pharmagrosshandel im Spitalkanal und Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft ausgegangen werden. Die WEKO ist bisher von nationalen räumlich relevanten Märkten ausgegangen.¹⁷ Vorliegend

ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen.

32. Nach den vom Sekretariat im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *PHOENIX/Voigt Holding AG* erhobenen Informationen stellen sich die Marktanteile wie folgt dar:

¹⁴ WEKO, 21.02.2023, Rz 92, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschafts-unternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

¹⁵ RPW 2018/2, 395 Rz 77 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 501 Rz 24 ff., *Galenica/Unione*; RPW 2005/4, 644 Rz 59 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

¹⁶ WEKO, 21.02.2023, Rz 62, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen* (RPW-Publikation ausstehend).

¹⁷ WEKO, 21.02.2023, Rz 74 f., *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen* (RPW-Publikation ausstehend); RPW 2018/2, 398 Rz 110, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

Tabelle 4: Marktanteile Pharmagrosshandel

Markt	Galenica	Planzer	Wettbewerber 1 (Amedis/Voigt)	Wettbewerber 2 (PharmaFocus u.a.)
Pharmagrosshandel im Apothekenkanal	[50-60]%	0.0%	[30-40]%	[10-20]%
Markt	Galenica	Planzer	Wettbewerber 1 (Amedis/Voigt)	Wettbewerber 2
Pharmagrosshandel im Drogerienkanal	[40-50]%	0.0%	[50-60]%	0.0%
Markt	Galenica	Planzer	Wettbewerber 1 (Amedis/Voigt)	Wettbewerber 2
Pharmagrosshandel im Spitalkanal	[80-90]%	0.0%	[10-20]%	0.0%
Markt	Galenica	Planzer	Wettbewerber 1 (ZurRose)	Wettbewerber 2 (Phoenix/Voigt)
Pharmagrosshandel im Kanal für Ärzteschaft	[30-40]%	0.0%	[60-70]%	[0-10]%

(Quelle und Darstellung: Sekretariat)¹⁸

33. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen auf den Märkten für Pharmagrosshandel.

34. Planzer ist auf diesen Märkten nicht tätig. Die Analyse ist allerdings notwendig, da Galenica einen Marktanteil von mehr als 30 % auf diesen Märkten besitzt und diese den Märkten, auf denen Health Supply tätig sein wird, vorgelagert sind. Das Zusammenschlussvorhaben bringt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Veränderung mit sich, so dass die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten unberührt bleiben.¹⁹

35. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Nebenabreden

36. Gemäss Meldung existieren Nebenabreden betreffend die Vertragsbeziehungen der GU-Partner im Verhältnis zu Health Supply. Die Prüfung der Nebenabreden durch die Wettbewerbskommission wird von den Parteien nicht explizit beantragt. Mangels eines entsprechenden Antrags und einer hinreichenden Begründung für jede Nebenabrede, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt, sind diese nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission.²⁰

Fazit

37. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁸ WEKO, 21.02.2023, Rz 92, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen* (RPW-Publikation ausstehend).

¹⁹ Meldung, Rz 23.

²⁰ Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Ziff. 7, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (04.05.2023).

B 2.3

6. Brookfield Corporation/Triton International Limited

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Prise de position de la Commission de la concurrence du 17 juillet 2023

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 17 juillet 2023

Motivation courte

1. Le 28 juin 2023, la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a reçu une notification datée du 23 juin 2023 annonçant que l'entreprise Brookfield Infrastructure Partners L.P., ultimement contrôlée par la société Brookfield Corporation (ci-après: Brookfield), a décidé d'acquérir, par l'intermédiaire de sa filiale Brookfield Infrastructure Corporation, le contrôle de l'entreprise Triton International Limited (ci-après: Triton).

2. Brookfield, dont le siège est à Toronto (Canada), est une propriétaire et exploitante d'actifs immobiliers à l'échelle mondiale. De façon générale, Brookfield investit dans trois secteurs d'activité: la gestion d'actifs, les solutions d'assurance et les activités opérationnelles.¹ La société Pentalver Transport Ltd (ci-après: Pentalver) fait partie des sociétés de portefeuille de Brookfield. Elle a un petit segment d'activité qui vend des conteneurs intermodaux² neufs à des clients de stockage en libre-service et à des négociants en conteneurs.³ Quant à la société DexKo, autre société du portefeuille de Brookfield, elle fabrique des châssis pour des applications automobiles, et plus spécifiquement pour les camping-cars et les caravanes, qu'elle vend aux fabricants de camping-cars et de caravanes.⁴

3. Triton, dont le siège est à Hamilton (Bermudes), est une entreprise active dans l'acquisition, la location, la relocation et la vente de conteneurs intermodaux et de châssis de conteneurs intermodaux, ces derniers étant utilisés pour le transport maritime de conteneurs. L'activité de location de châssis de conteneurs intermodaux de Triton est limitée aux États-Unis. Triton ne fabrique pas les équipements qu'elle loue ou qu'elle vend. La plupart de ses équipements sont achetés à des fabricants tiers en Chine. Les clients de Triton sont principalement des compagnies maritimes internationales et, dans une moindre mesure, des transitaires et des fabricants qui louent des conteneurs aux compagnies maritimes.⁵

4. Selon les parties, l'acquisition de Triton vise à offrir à Brookfield un rendement élevé, une forte protection contre les baisses et une plateforme de croissance dans le secteur du transport et de la logistique. La contrepartie de cette acquisition devrait par ailleurs permettre aux

actionnaires de Triton de bénéficier d'un portefeuille d'actifs d'infrastructure diversifié à l'échelle mondiale.⁶

5. Selon l'art. 4 al. 3 let. b LCart, par concentration d'entreprises, on entend notamment toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celle-ci.

6. Selon l'art. 1 OCCE, une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante (art. 4 al. 3 let. b LCart) lorsque, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise. Constituent notamment, seuls ou combinés, des moyens de contrôle: les droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens de l'entreprise (let. a) ainsi que les droits ou les contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise (let. b).

7. Une fois la concentration réalisée, l'intégralité des actions de Triton sera détenue par la société Brookfield et ses partenaires institutionnels, tous ultimement contrôlés par Brookfield.⁷ Les actionnaires actuels de Triton recevront une contrepartie en argent et en actions de Brookfield Infrastructure Corporation, dont ils détiendront au maximum [0-5 %] des droits de vote et aucun droit de veto sur les décisions de Brookfield Infrastructure Corporation, ni de droit de nomination au conseil d'administration de cette société.⁸ Une fois la concentration réalisée, Brookfield aura donc acquis le contrôle de Triton au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart.

8. Selon les indications figurant dans la notification, les entreprises participantes ont réalisé au cours de l'exercice 2022 un chiffre d'affaires mondial total de plus de 2 milliards de francs ensemble et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé en Suisse un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions de francs chacune.⁹ Les seuils de chiffre d'affaires selon l'art. 9 al. 1 LCart sont donc atteints. Le présent projet de concentration est ainsi soumis à notification.

¹ Cf. notification, ch. 3.

² Les conteneurs intermodaux sont des caisses en acier de grande taille et standardisées qui sont utilisées pour le transport de marchandises. Ils constituent le principal moyen d'acheminement international de nombreux biens et matériaux ; cf. notification, ch. 8.

³ Cf. notification, ch. 61.

⁴ Cf. notification, ch. 80.

⁵ Cf. notification, ch. 7 à 10.

⁶ Cf. notification, ch. 32.

⁷ Cf. notification, ch. 1 et 22.

⁸ Cf. notification ch. 29 à 31.

⁹ Cf. notification, ch. 43, 48 et 50.

9. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

10. Seuls les marchés de produits et les marchés géographiques affectés par la concentration, sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus font l'objet d'une analyse approfondie (art. 11 al. 1 let. d OCCE). Lorsque ces seuils ne sont pas atteints, on peut supposer que la concentration ne soulève pas d'objection. En principe, il n'est alors pas nécessaire de procéder à un examen plus approfondi.

11. Dans sa décision *HSDG/Maersk Line A/S*,¹⁰ la COMCO a, à l'instar de la Commission européenne dans sa décision *idoine*¹¹, distingué quatre types de conteneurs:

- Standard-Trockenfracht (*dry freight standard*);
- Spezial-Trockenfracht (*dry freight special*);
- Gekühlter Fracht (*reefers*);
- Tanks (*tanks*).

12. Dans deux décisions concernant la location, respectivement la fabrication de conteneurs, la Commission européenne a laissé ouverte la question de la distinction de différents marchés.¹² Elle a également laissé ouverte la question de savoir si l'achat d'équipement de transport (notamment de conteneurs), leur location et le recours à des opérateurs prestant des équipements et des services de transport constituaient trois marchés distincts, ou un marché unique.¹³ Les parties quant à elles indiquent que le marché de produits peut être considéré comme couvrant à la fois la location et la vente de conteneurs utilisés dans le secteur du transport maritime.¹⁴ En l'espèce, la définition des marchés de produit concernés par la concentration peut toutefois rester ouverte, vu que même en tenant compte d'une définition restrictive des marchés, ceux-ci ne sont pas touchés par la concentration comme on le verra.

13. En ce qui concerne la dimension géographique, la COMCO a retenu l'existence d'un marché géographique de dimension mondiale pour la fabrication de conteneurs.¹⁵ La Commission européenne en a fait de même pour les différents marchés éventuels de produits mentionnés ci-dessus.¹⁶

14. En partant de l'hypothèse restrictive dans laquelle chaque type de conteneur constituerait un marché de produit distinct (de dimension géographique mondiale), de même qu'en séparant la location de l'achat et de la vente, la concentration donnerait lieu à deux marchés affectés au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE:¹⁷

- i) le marché de la location de conteneurs de fret sec standard (*dry freight standard*);
- ii) le marché de la location de conteneur de fret sec spécial (*dry freight special*).

15. Les activités de Brookfield et de Triton ne se chevauchent que sur un point et en raison d'une très faible activité de location de conteneurs de fret sec standard de Pentalver, société de portefeuille de Brookfield.¹⁸ En effet, les parts de marché des parties s'élèveraient à un peu plus de [20-30 %] après la concentration ([20-30 %] pour Triton et moins de [0-10 %] pour Brookfield à travers Pentalver).¹⁹ Les autorités de la concurrence considèrent ici que l'opération de concentration n'amène qu'une addition de parts de marché négligeable, qui n'aurait aucune influence sur l'éventuel marché de la vente ou de la location de conteneurs de fret sec standard. Par ailleurs, selon les parties, les nouvelles entrées sont fréquentes dans le domaine de la location de conteneurs de tous genres en raison de l'engagement modeste en capital initial et de la possibilité d'externaliser certaines fonctions clés, comme le réseau de dépôts. Il n'y aurait pas d'obstacles liés aux droits de propriété intellectuelle ou à la nécessité de détenir un certain savoir-faire et/ou certaines technologies.²⁰

16. En ce qui concerne un éventuel marché de la location de conteneurs de fret sec spécial, de dimension géographique mondiale, les parts de marché des parties s'élèveraient à environ [40-50 %] ([40-50 %] pour Triton et 0 % pour Brookfield, qui n'est pas active dans ce segment).²¹ S'il y a donc bien un marché affecté au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, l'opération de concentration ne conduit en réalité à aucune addition de parts de marché. Les développements des parties concernant les entrées fréquentes de nouveaux acteurs (voir N 15 ci-dessus) s'appliquent par ailleurs également à la location de conteneurs de fret sec spécial.

17. Quant à l'activité de location de châssis de conteneurs intermodaux, même dans l'hypothèse où la location de tels châssis constituerait un marché distinct de dimension géographique mondiale,²² les parties estiment la part de marché de Triton à environ 4 %, étant précisé que Brookfield ne déploie pas d'activités sur ce segment²³ vu que les châssis de DexKo portent sur des applications automobiles (voir N 2 ci-dessus).

¹⁰ DPC 2017/4, p. 598, ch. 113 s., *HSDG/Maersk Line A/S*.

¹¹ COMP/M.8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, N 46 ss et les références citées.

¹² COMP/M.1020 – *GE CAPITAL / SEA CONTAINERS*, N 14 s.

¹³ COMP/M.2023 – *Brambles/Ermewa/JV*, N 14 ; COMP/M.8330 – *MAERSK LINE / HSDG*, N 46.

¹⁴ Cf. notification, ch. 91.

¹⁵ DPC 2017/4, p. 601, ch. 156, *HSDG/Maersk Line A/S*.

¹⁶ COMP/M.1020 – *GE CAPITAL / SEA CONTAINERS*, N 16 ; COMP/M.2023 – *Brambles/Ermewa/JV*, N 18 ; COMP/M.8330 – *MAERSK LINE/HSDG*, N 47.

¹⁷ Cf. notification, ch. 52.

¹⁸ Cf. notification, ch. 62 ss.

¹⁹ Cf. notification, ch. 67 ss, 112 et 115.

²⁰ Cf. notification, ch. 118.

²¹ Cf. notification, ch. 107 et 112.

²² En suivant la Commission européenne dans ses développements concernant un éventuel marché des produits concernant la location d'équipements de transports ; COMP/M.2023 – *Brambles/Ermewa/JV*, N 14 et 18.

²³ Cf. notification, ch. 124 ss.

18. Pour les raisons énoncées ci-dessus, l'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2.3

7. SBB Cargo II

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. August 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. August 2023

1. Am 11. Juli 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB) die alleinige Kontrolle über die Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG (nachfolgend: SBB Cargo) zu erwerben, welche sie heute gemeinsam mit der Planzer-Holding AG (nachfolgend: Planzer) und der Camion-Transport AG Wil CT (nachfolgend: Camion-Transport) kontrollieren. Planzer und Camion-Transport üben ihre Kontrollrechte indirekt über die Swiss Combi AG (nachfolgend: Swiss Combi) aus.¹

2. Gemäss Meldung seien die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31). Die SBB würden Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr (namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen erbringen, Art. 3 Abs. 1 SBBG). Eigentümerin der SBB sei zu 100 % die Schweizerische Eidgenossenschaft.² Die SBB gliederten sich in die Bereiche Personenverkehr, Immobilien, Cargo und Infrastruktur.³ Hierzu gehört auch die neu gegründete Tochtergesellschaft SBB Intermodal AG, welche als Bauherrin den Ausbau der Terminalinfrastruktur in der Schweiz vorantreiben werde.⁴

3. Gemäss Meldung verfügten die SBB über eine Beteiligung mit Kontrollrechten an SBB Cargo International AG, welche ihrerseits eine Beteiligung mit Kontrollrechten an RAlpin AG hält. Sodann würden die SBB eine Beteiligung ohne Kontrollrechte an der Hupac SA halten.⁵

4. SBB Cargo werde heute von den SBB gemeinsam mit Planzer und Camion-Transport kontrolliert. Letztere üben die Kontrolle indirekt über Swiss Combi aus. SBB Cargo sei primär im Bereich des Bahntransports von Gütern und der damit verbundenen Logistik tätig. SBB Cargo erbringe Gütertransportdienstleistungen für Unternehmen und integrierte logistische Dienste im Schienengüterverkehr, insbesondere in der Schweiz. SBB Cargo sei dabei vor allem EVU (Traktionär) und im Binnenverkehr auch Operateur. SBB Cargo biete Leistungen in den folgenden Bereichen an: Wagenladungsver-

kehr oder Wagengruppen, Transport von grossen Mengen mit Ganzzügen, Kombierter Verkehr und Betrieb von Umschlagterminals, bahnnahe Logistikleistungen, Dienstleistungen für andere Bahnunternehmen sowie Flottenmanagement & Instandhaltung.⁶

5. SBB Cargo betreibe auch die Umschlagsanlage Basel Wolf, welche im Bereich Import-/Export-Verkehr künftig durch den «Gateway Basel Nord» (nachfolgend: GBN) abgelöst werden solle. Daneben betreibe SBB Cargo ein Netz aus den kleineren Umschlagsanlagen in Dietikon, Gossau, Widnau, Oensingen, Rothenburg, Renens, Lugano, Cadenazzo, St. Triphon und Bern Weiermannshaus.⁷

6. An folgenden Tochtergesellschaften [sei] SBB Cargo [beteiligt]: GBN, ChemOil Logistics AG (nachfolgend: ChemOil) und ihre Tochtergesellschaft, ChemOil Logistics GmbH und Xrail AG (nachfolgend: Xrail) [...] Terminal Combiné Chavornay SA (nachfolgend: TERCO) und Sibelit SA.⁸

7. Gemäss Meldung beabsichtigten die SBB, von Swiss Combi 35 % der SBB-Cargo-Aktien und damit die alleinige Kontrolle über SBB Cargo zu erwerben.⁹ Dieses Vorhaben stellt daher einen Unternehmenszusammenschluss i. S. v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹⁰ i. V. m. Art. 1 VKU¹¹ dar.¹² Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die WEKO die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über SBB Cargo durch Planzer, Camion-Transport und den SBB im Jahr 2020 geprüft hat. Davor hatte SBB die alleinige Kontrolle über SBB Cargo.¹³ Somit stellt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Rückführung der Kontrollverhältnisse in den Zustand vor dem Jahr 2020 dar.

¹ Vgl. Meldung, Rz 1.

² Vgl. Meldung, Rz 4.

³ Vgl. Meldung, Rz 5.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 9.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 7 ff.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 15 ff.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 18.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 19 f.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 34.

¹⁰ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251)

¹¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

¹² Vgl. RPW 2017/4, 580 Rz 14 ff. und Rz 21, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 493 Rz 4, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 707 Rz 16, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/4, 885 Rz 12 f., *Migros/Angehrn (CCA)*; SINEM SÜSLU, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 4 Abs. 3 N 248.

¹³ Vgl. RPW 2020/4b, 1915 ff., SBB Cargo.

8. SBB und SBB Cargo erzielten im Geschäftsjahr 2022 zusammen einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken und schweizweit jeweils einen Umsatz von über 100 Mio. Franken.¹⁴ Damit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

9. Im vorliegenden Fall erfolgt durch das Zusammenschlussvorhaben ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle. Grundsätzlich können sich durch die Übernahme der alleinigen Kontrolle in qualitativer Hinsicht Änderungen der Marktverhältnisse ergeben. Das neu allein kontrollierende Unternehmen hat die Interessen des anderen beteiligten Unternehmens nicht mehr zu berücksichtigen. Deshalb ist mit einem Übergang zur alleinigen Kontrolle eine Erhöhung der Einflussmöglichkeiten verbunden.¹⁵

10. Allerdings ist bereits vor dem jetzigen Zusammenschlussvorhaben von SBB Cargo aufgrund der gemeinsamen Kontrolle der Muttergesellschaften kein Wettbewerbsdruck auf SBB ausgegangen (und umgekehrt). Deshalb sind praxismässig bei der Prüfung der Erlangung gemeinsamer Kontrolle die Umsätze und Marktanteile der beteiligten Unternehmen jeweils vollständig zuzurechnen. Die SBB verfügen wegen der gemeinsamen Kontrolle bei SBB Cargo bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben über strategische Einflussmöglichkeiten. Das heisst, die SBB konnten bereits vor dem jetzigen Zusammenschlussvorhaben ihre Strategie mit jener von SBB Cargo abstimmen, wovon auch auszugehen ist.¹⁶

11. Gemäss Meldung haben sich auf den Märkten, welche bereits Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens SBB Cargo im Jahr 2020 waren,¹⁷ keine wesentlichen Veränderungen (Zunahme der kumulierten Marktanteile von mehr als 5 %) ergeben.¹⁸ Hinsichtlich dieser Märkte ergeben sich damit keine wesentlichen Änderungen der Wettbewerbsverhältnisse und somit keine Änderung des Ergebnisses der wettbewerblichen Beurteilung.

12. Seit dem Zusammenschlussverfahren SBB Cargo im Jahr 2020 habe SBB Cargo die Geschäftstätigkeit jedoch erweitert, indem sie drei neue Umschlagsanlagen in Rothenburg, Widnau und Bern eröffnet habe.¹⁹ Damit ist SBB Cargo in der Zwischenzeit neu in die Märkte für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Radius von 25 km je um die Umschlagsanlagen Rothenburg, Widnau und Bern eingetreten.²⁰

13. Von diesen drei Märkten erweisen sich die Umschlagsmärkte in Rothenburg (Marktanteil SBB Cargo [...] %)²¹ und Widnau (Marktanteil SBB Cargo [...] %)²² als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die SBB ohne SBB Cargo seien gemäss Meldung in diesen Märkten nicht tätig.²³

14. Somit verändern sich durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Marktanteile auf diesen zwei betroffenen Märkten nicht. Die Umsätze und Marktanteile von SBB Cargo wurden aufgrund der gemeinsamen Kontrolle bereits vor dieser Transaktion SBB voll zugerechnet. Zudem kommt es auf diesen beiden Märkten zu keinen Marktanteilsadditionen.²⁴

15. Aus diesen Gründen kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keiner wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse, welche eine Einzelmarktbeherrschung durch SBB bzw. SBB Cargo auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten begründet oder verstärkt.

16. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 40 ff.

¹⁵ Vgl. RPW 2012/4, 888 Rz 35, *Migros/Angehrn (CCA)*; DIKE KG-SÜSLU (Fn 12), Art. 4 Abs. 3 N 253.

¹⁶ Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 494 Rz 9, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 725 Rz 6, *Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH*; RPW 2012/4, 885 Rz 11, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2001/4, 735 Rz 55, *Tamedia/Belcom*.

¹⁷ Vgl. RPW 2020/4b, 1944 ff. Rz 223 ff. (Tabelle 7), *SBB Cargo*.

¹⁸ Vgl. Meldung, Rz 49.

¹⁹ Vgl. Meldung, Rz 53.

²⁰ Vgl. RPW 2020/4b, 1933 ff. Rz 149 ff., *SBB Cargo*.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 63.

²² Vgl. Meldung, Rz 70.

²³ Vgl. Meldung, Rz 61 und 67.

²⁴ Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 494 Rz 9, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 725 Rz 6, *Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH*; RPW 2012/4, 885 Rz 11, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2001/4, 735 Rz 55, *Tamedia/Belcom*.

B 2.3	8. Celanese/Mitsui/Nutrinova
-------	-------------------------------------

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. August 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. August 2023

1. Am 9. August 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels Celanese US Holdings LLC – durch die Celanese Corporation (nachfolgend Celanese) und durch die Mitsui & Co., Ltd. (nachfolgend: Mitsui) über ein Zielunternehmen betrifft. Das Zielunternehmen wird bisher allein von Celanese kontrolliert.

2. Mitsui ist eine mit Hauptsitz in Tokyo (Japan) ansässige, börsennotierte Gesellschaft, welche weltweit in verschiedenen Bereichen tätig ist, darunter Mineralien und Metallressourcen, Energie und Energielösungen, Infrastrukturprojekte, Mobilität, Grundstoffe, Hochleistungswerkstoffe, Ernährung und Landwirtschaft, Eisen- und Stahlerzeugnisse, Lebensmittel, Einzelhandel, Wellness, IT und Kommunikation sowie Unternehmensentwicklung. Die Aktien von Mitsui werden an der Tokioter Börse gehandelt und von unterschiedlichen Investorinnen und Privatpersonen gehalten.

3. Celanese mit Hauptsitz in Irving Texas (USA) ist ein global tätiges Unternehmen der Chemie- und Spezialitätenindustrie. Celanese ist weltweit führend bei der Produktion von technischen Hochleistungspolymeren und eine der weltweit grössten Herstellerinnen von Acetylprodukte für die Industrie. Celanese verfügt über 61 globale Produktionsstätten und weitere 19 Produktionsstätten strategischer Tochtergesellschaften und beschäftigt weltweit über 13'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Beim Zielunternehmen handelt es sich um das bestehende Lebensmittelzutatengeschäft von Celanese, welches vor der geplanten Transaktion in das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen, die Holdinggesellschaft Nutrinova Netherlands BV (nachfolgend: GU bzw. Nutrinova), eingebracht wird.

4. Nutrinova mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) werde hauptsächlich in der Herstellung und dem Vertrieb des Süssungsmittels Acesulfam-Kalium und der Konservierungsmittel Kaliumsorbat und Sorbinsäure tätig sein. Zudem werde das GU als Nebenprodukt auch in sehr geringem Umfang Ammoniumsulfat herstellen und dieses als Düngemittel sowie für die Dämmstoffherstellung vertreiben. Die Produkte von Nutrinova sollen am Standort Frankfurt am Main (Deutschland) hergestellt werden.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckten Mitsui und Celanese (nachfolgend gemeinsam: die Parteien), Synergien zu realisieren, dies insbesondere aufgrund der sich sowohl geografisch als auch produktspezifisch ergänzenden Geschäftsbereiche der Parteien. Konkret passe das Zielunternehmen (also das einzubringende Geschäft mit Lebensmittelzutaten von Celanese) zur strategischen Ausrichtung von Mitsui im Bereich Gesundheit und Ernährung und stärke die funktionalen Zutaten im Portfolio. Celanese sehe in der geplanten Transaktion die Möglichkeit der Bildung einer strategischen Partnerschaft zwischen dem eigenen Lebensmittelzutatengeschäft und dem Bereich Lebensmittelwissenschaften von Mitsui, wovon die gesamte Wertschöpfungskette des GU profitieren könne. Weiter werde das GU vom Zugang zum weltweiten Netzwerk von Mitsui (insbesondere in Japan und Asien) profitieren und über seine bestehenden Vertriebskanäle zusätzlich ausgewählte Lebensmittelzutaten von Mitsui vermarkten können.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. Juli 2023 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.¹

7. Aktuell verfügt Celanese über das Eigentum und die Kontrolle über das Zielunternehmen und über 100 % der Anteile am (zukünftigen) GU (vgl. Rz 3). Die Parteien haben am 22. Juni 2023 vereinbart, dass Mitsui nach Vollzug des Zusammenschlusses einen Anteil von [...] % und Celanese (indirekt) einen Anteil von [...] % am GU halten werden. Der Verwaltungsrat besteht aus [...] Mitgliedern, wobei Mitsui berechtigt ist, [...] Mitglieder zu ernennen und Celanese ist berechtigt, [...] Mitglieder zu ernennen. Die Parteien haben [...] bei strategischen Entscheidungen des GU. Mitsui und Celanese werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU wird eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.²

9. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

¹ Case COMP M.11187 – *Mitsui/Celanese/Nutrinova JV*.

² Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

10. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2022 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit erzielten mindestens zwei der beteiligten Unternehmen jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in dem Bereich, in welchen das GU künftige Aktivitäten mit räumlich relevantem Bezug zur Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 4. Konkret handelt es sich um den Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel, den Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln sowie den Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat.

12. Im Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel seien Süssungsmittel insbesondere aufgrund begrenzter Substituierbarkeit und grosser Preisunterschiede zunächst von Zucker, der aus Zuckerrüben und Zuckerrohr hergestellt wird, zu unterscheiden. Zu den Süssungsmitteln gehörten zum einen künstliche (synthetische) Süssungsmittel, zu welchen eine breite Palette chemisch hergestellter Stoffe wie Acesulfam-Kalium, Aspartam, Neotam, Saccharin und Sucralose zählen würden. Zum anderen umfassten Süssungsmittel auch sogenannte natürliche Süssungsmittel, die aus natürlichen Produkten (z.B. Pflanzen oder Früchten) gewonnen würden. Gemäss Angaben der Parteien könnten die natürlich gewonnenen Süsstoffe oft auch synthetisch hergestellt werden. Es gebe aber keine allgemein anerkannte Definition für künstliche Süsstoffe. Aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager seien künstliche und natürliche Süssungsmittel in gewissem Masse austauschbar, dies im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich³, die Stabilität bei hohen Temperaturen, den ähnlichen Süssungsgrad⁴ sowie das Kalorienprotokoll. Den Parteien sei auch keine plausible Segmentierung des Süssungsmittelmarktes bekannt, dies etwa nach künstlichen und natürlichen Süssungsmitteln oder weiter nach der Art der künstlichen Süssungsmittel. Sie schlagen daher einen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel vor.

13. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel beschäftigt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel bringen die Parteien vor, dass dieser (mindestens) europaweit (EWR+CH-weit) sei. Die Europäische Kommission ist in Bezug auf einen Markt für Süssungsmittel in ihrer bisherigen Praxis von EWR-weiten räumlichen Märkten ausgegangen, hat aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁵

15. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Süssungsmittel von einem europaweiten (EWR+CH-

weiten) Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Im Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln werde das GU insbesondere in der Herstellung und Lieferung von Sorbaten, insbesondere Sorbinsäure und Kaliumsorbat, tätig sein (vgl. Rz 4). Die Europäische Kommission hat in ihrer Praxis aufgrund fehlender Substituierbarkeit auf der Nachfragerseite zwischen Sorbaten und Natriumbenzoat einen separaten sachlichen Markt für Natriumbenzoat abgegrenzt.⁶ Vorliegend schlagen die Parteien vor von einem Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln auszugehen. Eine genaue sachliche Marktabgrenzung könne offengelassen werden, da weder Celanese noch Mitsui auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln tätig sein werden.

17. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln beschäftigt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob ein eigenes Segment für Sorbate zu definieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln bringen die Parteien vor, dass dieser (mindestens) europaweit (EWR+CH-weit) sei. Die Europäische Kommission ist in Bezug auf einen Markt für Natriumbenzoat in ihrer bisherigen Praxis von einem (mindestens) EWR-weiten räumlichen Markt ausgegangen, hat aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁷

19. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln von einem europaweiten (EWR+CH-weiten) Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

³ Gemäss Angaben der Parteien würden sowohl künstliche als auch natürliche Süssungsmittel in verarbeiteten Lebensmitteln und Getränken verwendet, beispielsweise Süssgetränke, Desserts, Joghurts sowie Kaugummi.

⁴ Gemäss Angaben der Parteien seien sowohl künstliche Süssungsmittel, wie Acesulfam-Kalium und Aspartam, als auch natürliche Süssungsmittel, wie Stevia und Mönchsfurcht, ca. 150 bis 200-mal süsser als Haushaltszucker.

⁵ Vgl. Case COMP M.2029, Rz 10, *Tate & Lyle plc/Amylum UK Limited/Amylum Europe NV*.

⁶ Vgl. Case COMP M.5785, Rz 25 ff., *Sun Capital/DSM Special Products*.

⁷ Vgl. Case COMP M.5785, Rz 75, *Sun Capital/DSM Special Products*.

20. Im Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat schlagen die Parteien vor, von einem Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat auszugehen. Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis einen solchen Markt erwogen, aber eine genaue sachliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁸

21. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat beschäftigt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

22. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat bringen die Parteien vor, dass dieser europaweit (EWR+CH-weit) sei. Die Europäische Kommission ist in Bezug auf einen solchen Markt in ihrer bisherigen Praxis von (mindestens) EWR-weiten räumlichen Märkten ausgegangen, hat aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁹

23. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat von einem europaweiten (EWR+CH-weiten) Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

24. Den Marktanteil des GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Süßungsmitteln geben die Parteien mit [0-10] % an. Würde man einen europaweiten Teilmarkt für die Herstellung und den Vertrieb von künstlichen Süßungsmitteln unterteilen, so läge der entsprechende Marktanteil des GU nicht über [10-20] %. Der Marktanteil des GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Konservierungsmitteln geben die Parteien mit [0-10] % an. Würde man einen europaweiten Teilmarkt für die Herstellung und den Vertrieb von Sorbaten unterteilen, so wäre der entsprechende Marktanteil des GU geschätzt [20-30] %. Der Marktanteil des GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Ammoniumsulfat geben die Parteien mit [0-10] % an. Mitsui ist auf keinem genannten europaweiten Markt tätig und es kommt daher zu keiner Marktanteilsaddition.

25. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

26. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁸ Vgl. Case COMP M.7614, Rz 26ff., *CVC Capital Partners/Royal DSM*.

⁹ Vgl. Case COMP M.7614, Rz 29ff., *CVC Capital Partners/Royal DSM*.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Verordnung über die Errichtung einer Winterreserve – Vernehmlassung

Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen (Art. 46 Abs. 2 KG¹). Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung von geplanten Gesetzesänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

Ad Wasserkraftreserve

Technologieneutrale Ausgestaltung ab dem Winter 2023/24

Antrag:

Die Bestimmungen zur «Wasserkraftreserve» in der Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter (Winterreserveverordnung) seien bis Ende September 2023 zu befristen.

In den Erläuterungen zur Winterreserveverordnung sei festzuhalten, dass diese Reserve mittels einer weiteren Verordnungsrevision *ab dem Winter 2023/24 technologieneutral* ausgestaltet werde und auch die Nachfrageseite, die über ein Potenzial für die Lastreduktion verfügt, und weitere Speicherkraftwerksbetreiber nebst der Wasserkraft ab diesem Zeitpunkt an den Ausschreibungen für die Vergabe der betreffenden Reservekapazitäten mitbieten dürfen. Für diesen Zweck werde die Verordnung möglichst zeitnah überarbeitet.

Begründung:

3. Art. 9 StromVG² kommt zur Anwendung, wenn die sichere und erschwingliche Versorgung trotz der Vorkehrungen der Unternehmen gefährdet ist. Es handelt sich somit um eine subsidiäre Möglichkeit, eine ultima ratio. Die ECom hielt in einem Bericht an den Bundesrat vom November 2021 fest, dass eine allfällige Umsetzung von Massnahmen nach Art. 9 StromVG mit der gebotenen

Zurückhaltung zu erfolgen hat. Das heisst, die Massnahmen sollten wettbewerbsorientiert umgesetzt werden und die Funktionsweise des Marktes nicht stören.³

4. Der Bundesrat hat Anfang September die WResV⁴ verabschiedet und diese per 1. Oktober 2022 in Kraft gesetzt. Diese Verordnung wurde – mit Ausnahme der Verpflichtung für Betreiber von Speicherwasserkraftwerken zur Teilnahme an der Reserve⁵ – bis zum 30. Juni 2025 befristet. Auf eine vorgängige öffentliche Vernehmlassung wurde verzichtet. In der vor dem massgeblichen Bundesratsbeschluss durchgeführten Ämterkonsultation wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) nicht zur Stellungnahme eingeladen. Insofern hatten die Wettbewerbsbehörden keine Möglichkeit, sich vor der Beschlussfassung des Bundesrats zu dieser Verordnung zu äussern. In den mit der Beschlussfassung publizierten Erläuterungen zur WResV wird festgehalten, dass diese zu einem späteren Zeitpunkt von der vom Bundesrat beantragten Regelung im StromVG zur «Energiereserve» abgelöst werden solle und damit vorübergehenden Charakter habe. Im betreffenden Gesetzesentwurf, welcher dem Parlament im Juni 2020 überwiesen wurde, ist die Energiereserve technologieneutral ausgestaltet und berücksichtigt zudem auch die Nachfrageseite.⁶ Die betreffende Gesetzesbestimmung wurde am 29. September 2022 vom Ständerat als Erstrat unverändert übernommen.

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

² Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

³ ECom, Konzept Spitzenlast-Gaskraftwerk zur Sicherstellung der Netzsicherheit in ausserordentlichen Notsituationen Bericht zuhanden Bundesrat vom 30.11.2021, S. 3., www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien (15.11.2022).

⁴ Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve vom 7.9.2022 (WResV; SR 734.722).

⁵ Die betreffende Verpflichtung in Art. 4 WResV wurde bis 15.5.2023 befristet.

⁶ Vgl. Art. 8a E-StromVG, in: BBl 2021 1667 ff.

5. Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Winterreserveverordnung sollen lediglich die Betreiber von Speicherwasserkraftwerken, die Elektrizität in die Schweizer Regelzone einspeisen, an der «Wasserkraftreserve» teilnehmen dürfen. Aus wettbewerblicher Sicht sollten **sämtliche geeigneten Anbieter von Speicherkapazitäten sowie Grossverbraucher** zu den Auktionen für diese Reserve zugelassen werden, wie dies in der Revision des StromVG angedacht ist. Es kann über die Ausschreibungskriterien sichergestellt werden, dass sich aus technischer Sicht geeignete Akteure an den Ausschreibungen beteiligen können. Einschränkungen des Teilnehmerkreises über das Verordnungsrecht, welche alternative Technologien zur Wasserkraft per se ausschliessen, sind somit nicht erforderlich. Mit einer technologieneutralen Ausgestaltung dieser Reserve würde sichergestellt, dass andere geeignete Anbieter gegenüber den Betreibern von Speicherwasserkraftwerken nicht diskriminiert werden, indem diesen der Zugang zum betreffenden Markt ebenfalls ermöglicht wird. Durch die Öffnung des Teilnehmerkreises an den Ausschreibungen könnte aufgrund der Erhöhung des Potenzials auf der Angebotsseite zudem die Kosteneffizienz verbessert werden. Endkundinnen und Endkunden würden dadurch geringfügiger mit Zusatzkosten aufgrund der Reservebildung belastet, wodurch sich die Netzkosten für diese entsprechend weniger stark erhöhen würden.

6. Der Grundsatz der **Technologieneutralität** betreffend die Energiereserve sollte aus wettbewerblicher Sicht **so zeitnah wie möglich** eingeführt werden. Die neuerdings angedachte Winterreserveverordnung mit den nicht technologieneutral ausgestalteten Bestimmungen zur Wasserkraftreserve soll bis Ende 2026 befristet werden. Weder aus dem Vernehmlassungsentwurf noch aus den diesbezüglichen Erläuterungen lässt sich ableiten, dass bis zum Inkrafttreten der sich aktuell in den eidgenössischen Räten befindenden Revision des StromVG eine technologieneutrale Ausgestaltung dieser Reserve mittels einer **Revision auf Verordnungsstufe** angedacht wäre. Mit dem Inkrafttreten des revidierten StromVG, welches voraussichtlich Bestimmungen zur Energiereserve enthalten wird, ist nicht vor dem Jahr 2025 zu rechnen. Mit Annahme des Konzepts der Wasserkraftreserve auf Verordnungsstufe könnten somit *mindestens für die nächsten drei Winter* lediglich die Betreiber von Speicherwasserkraftwerken an den Auktionen der Swissgrid AG teilnehmen. Aus Wettbewerbsperspektive wäre dies äusserst unbefriedigend.

7. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden lässt sich die Technologieneutralität **ab dem Winter 2023/24** umsetzen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb es für das UVEK/BFE nicht fristgerecht möglich sein sollte, zumindest für den *übernächsten Winter* den Kreis der Teilnahmeberechtigten für diese Reserveausschreibungen zu erhöhen. Für die Begründung wird im Übrigen auf die Ausführungen in den Stellungnahmen des Sekretariats vom 26. Januar 2022 und 7. Juni 2022 sowie die früheren Eingaben der Wettbewerbsbehörden zur Revision des StromVG verwiesen.⁷

Ad ergänzende Reserve

Teilnahmeberechtigte Technologien

Antrag:

Nicht nur Öl und Gaskraftwerke sowie Notstromaggregate, sondern auch weitere Technologien, welche die notwendigen technischen Voraussetzungen erfüllen – beispielsweise die Sektorkopplung – sollen berechtigt sein, sich an der ergänzenden Reserve beteiligen zu dürfen. Art. 6 Abs. 2 der Winterreserveverordnung sowie der erläuternde Bericht⁸ seien entsprechend anzupassen resp. zu präzisieren.

Als Reservekraftwerke berücksichtigt werden sollen primär Anlagen, die eine hohe Verfügbarkeit garantieren können; beispielsweise durch Umschaltung auf alternative Betriebsmittel oder mittels Speicher. Art. 10 Abs.1 der Winterreserveverordnung sowie die diesbezüglichen Erläuterungen seien in diesem Sinne abzuändern.

Begründung:

8. Gemäss Art. 6 Abs. 2 der Winterreserveverordnung sollen an der Bildung der ergänzenden Reserve die Betreiber von Gaskraftwerken oder von mit anderen Energieträgern betriebenen Kraftwerken sowie Notstromgruppen teilnehmen dürfen. In den Erläuterungen wird hierzu ausgeführt, dass die *mit Gas oder anderen Energieträgern (kurzfristig sei dabei an Brennstoffe wie Erdöl zu denken)* betriebenen Reservekraftwerke zusammen mit den Notstromaggregaten (nebst der Wasserkraftreserve) den zweiten Teil der Winterstromreserve («ergänzende Reserve») bilden würden.⁹

9. Die Wettbewerbsbehörden vertreten den Standpunkt, dass Kapazitäten zur Verhinderung von Stromlücken im Winter in wettbewerblichen Zuteilungsverfahren bestimmt und möglichst **technologieneutral** ausgeschrieben werden sollen. Alle Kraftwerke, welche die auf Verordnungsstufe zu definierenden technischen Anforderungen erfüllen, sollen an den wettbewerblichen Ausschreibungen teilnehmen dürfen. Dadurch wäre aus wettbewerblicher Sicht gewährleistet, dass keine bestimmte Technologie zum Nachteil von anderen gleichermassen für diese Aufgabe geeigneten Technologien privilegiert wird. Mit der Vergrösserung der Angebotsseite würde zudem zu Gunsten der Endkundinnen und Endkunden dem Grundsatz der Kosteneffizienz entsprechen.

⁷ Vgl. Stellungnahme Sekretariat in den Ämterkonsultationen vom 26.1.2022 (S. 3 ff.) betreffend Konzept Spitzenlast-Gaskraftwerk, kurzfristige Einrichtung einer Wasserkraftreserve und Potenzial durch Effizienzsteigerungen sowie vom 7.6.2022 (S. 2 f.) betreffend Informationsnotiz an den Bundesrat zur Verordnung Reservekraftwerke sowie Bestandsaufnahme Wasserkraftreserve und Reservekraftwerke; Stellungnahme der WEKO vom 29.1.2019 in der Vernehmlassung zur Revision des StromVG (S. 9 f.) zur Einführung einer fixen Speicherreserve.

⁸ Erläuternder Bericht zur Verordnung über eine Stromreserve für den Winter (Winterreserveverordnung, WResV) vom Oktober 2022 (nachfolgend: erläuternder Bericht).

⁹ Erläuternder Bericht, S. 4.

10. Im Vernehmlassungsbericht zur Winterreserveverordnung wird nicht näher begründet, weshalb während der Geltung der Winterreserveverordnung nebst den Öl- und Gaskraftwerken lediglich Notstromaggregate als Bestandteil der ergänzenden Reserve in Frage kommen sollen. Auch weitere Technologien wie etwa die Sektorkopplung (Wärme-Kraft-Kopplung, Power-to-X etc.) können zur Überbrückung kritischer Situationen im Winter einen wichtigen Beitrag für die Versorgungssicherheit leisten und aufgrund ihrer verhältnismässig tiefen Investitionskosten zeitnah als mögliche Technologien in der ergänzenden Reserve in Frage kommen. Auch solche Technologien sollten diskriminierungsfrei die Möglichkeit erhalten, Reservekapazitäten anzubieten, falls sie die notwendigen technischen Voraussetzungen für eine Teilnahme an der ergänzenden Reserve erfüllen.

11. In Art. 10 Abs. 1 der Winterreserveverordnung ist angedacht, dass die Reservekraftwerke möglichst als Zweistoffanlagen betreibbar sein müssen. Aufgrund des Grundsatzes der Technologieneutralität sollten nicht primär Zweistoffanlagen berücksichtigt werden, sondern sämtliche Anlagen, die eine *hohe Verfügbarkeit garantieren* können; beispielsweise durch Umschaltung auf alternative Betriebsmittel *oder* mittels Speicher. Sollte – wie bislang vorgesehen – einzig auf die Eigenschaft eines Kraftwerks als Zweistoffanlage abgestellt werden, würden Akteure benachteiligt, die zwar über keine Zweistoffanlage verfügen, aber auf andere Weise die für ein Reservekraftwerk erforderlichen technischen Voraussetzungen erfüllen können.

Ausgestaltung des Verfahrens zur Bestimmung der ergänzenden Reserve

Antrag:

Bereits bestehende Kraftwerke und Notstromaggregate, welche in einem ersten Schritt zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter 2022/23 ohne Ausschreibung ermittelt wurden, sollen lediglich für den betreffenden Winter als Reservekraftwerke betrieben werden und für ihre Vorhaltungen ein Entgelt erhalten.

Für die Zuteilung der Kapazitäten der ergänzenden Reserve nach diesem Zeitpunkt seien wettbewerbliche Ausschreibungen durchzuführen. Lediglich kurzfristig zu bauende temporäre Reservekraftwerke mit einer Betriebsbewilligung des Bundes sollen über den Winter 2022/23 hinaus ohne Zuschlag in einer wettbewerblichen Ausschreibung an der ergänzenden Reserve teilnehmen dürfen. Art. 7 Abs. 1 der Winterreserveverordnung sei in diesem Sinne umzuformulieren.

Art. 7 Abs. 2 der Winterreserveverordnung sei dahingehend abzuändern, dass weitere Kraftwerke, die erforderlichenfalls in einem *zweiten* Schritt ab Mitte Februar 2023 in die ergänzende Reserve aufgenommen werden sollen, *zwingend* mittels wettbewerblichen Ausschreibungen ermittelt werden müssen. Falls weniger Angebote eingehen als zur Erfüllung der Vorgabe in der Winterreserveverordnung von *maximal* 1000 MW erforderlich wäre, soll das UVEK in Absprache mit der ECom anhand einer Kosten-Nutzen-Betrachtung über die Höhe der erforderlichen ergänzenden Reserve bestimmen. Der erläuternde Bericht sei entsprechend zu ergänzen.

Art. 7 Abs. 3 der Winterreserveverordnung sei dahingehend zu präzisieren, dass bei gleicher technischer Eignung mehrerer angebotener Anlagen das *preisgünstigste* Angebot den Zuschlag erhalten soll.

Begründung:

12. Aus wettbewerblicher Sicht sollten die Anlagen, welche künftig ausserhalb des Strommarktes als Reservekraftwerke zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter tätig sein werden, in **wettbewerblichen Zuteilungsverfahren** ermittelt werden. Diejenigen Kraftwerke, welche die hierfür notwendigen technischen Anforderungen am besten erfüllen sowie zu den *preisgünstigsten* Konditionen bereit sind, Elektrizität vorzuhalten, sollten den Zuschlag erhalten.

13. Am 2. September 2022 schloss die Schweizerische Eidgenossenschaft mit der General Electric Global Services GmbH (GE) einen Vertrag über die Bereitstellung eines Reservekraftwerks auf dem Betriebsgelände ihres Standorts in der Gemeinde Birr, Kanton Aargau. Gemäss dem betreffenden Vertrag hat GE acht mobile Gasturbinengeneratoreinheiten (Typ TM250) mit einer Mindestleistung von je 30 Megawatt für das Ende des Winters 2022/2023 bereitzustellen. Dies ist nahezu ein Viertel der erforderlichen ergänzenden Reserve für die Winterversorgung (vgl. Art. 6 Abs. 1 Winterreserveverordnung). GE hat das Reservekraftwerk in Birr bis Ende des Jahres 2026 vollständig zurückzubauen.

Das betreffende Reservekraftwerk soll bis im Frühling 2026 als Absicherung für den Notfall zur Verfügung stehen.¹⁰ Die Gesamtkosten für die ganze Laufzeit betragen rund 470 Millionen Franken. Eine öffentliche Ausschreibung der betreffenden Reservekapazitäten fand vorgängig nicht statt. Die Wettbewerbsbehörden waren in diese Transaktion nicht involviert und hatten vor der öffentlichen Bekanntgabe von dieser keine Kenntnis. Es ist unklar, aufgrund welcher Kriterien der betreffende Anbieter sowie der Standort in Birr ausgewählt wurden und welche Alternativen zur Verfügung standen. Hierzu wurden von den involvierten Akteuren keine Informationen publiziert.¹¹

14. Der Bundesrat erliess am 23. September 2022 die Verordnung über die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks in Birr¹² (nachfolgend: Birr-Verordnung).¹³ Die betreffende Verordnung wurde bis zum 31. Mai 2023 befristet. Mit dieser Verordnung sollte die umgehende Bereitstellung des temporären Reservekraftwerks am betreffenden Standort sichergestellt werden (vgl. Art. 1 der Birr-Verordnung). Auch diese Verordnung wurde ohne vorgängige öffentliche Vernehmlassung verabschiedet. Das Sekretariat wurde vor dem

¹⁰ Verfügung des UVEK vom 24.9.2022 betreffend Bereitstellung des temporären Reservekraftwerks Birr (BBI 2022 2221).

¹¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 2.9.2022: Energie: Bund unterzeichnet Vertrag für mobiles Reservekraftwerk; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90210.html> (15.11.2022).

¹² Verordnung über die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks in Birr vom 23.9.2022 (SR 531.64).

¹³ Die betreffende Verordnung gilt bis 31.5.2023.

massgeblichen Bundesratsbeschluss nicht zur Ämterkonsultation eingeladen. Die Wettbewerbsbehörden konnten somit vor der Beschlussfassung über diese Verordnung sowie dem Vertragsschluss zwischen dem Bund und GE keine Stellungnahme einreichen und somit auch keine Vorschläge zur Optimierung des Verfahrens aus Wettbewerbsperspektive unterbreiten.

15. Am 24. September 2022 erliess das UVEK eine Verfügung, worin GE dazu verpflichtet wurde, das Reservekraftwerk in Birr gemäss dem mit dem Bund abgeschlossenen Vertrag inklusive dessen Anhängen vom 2. September 2022 bereitzustellen. Diversen Medienberichten ist zu entnehmen, dass gegen diese Verfügung Einsprache erhoben wurde. In Bezug auf das neu zu bauende temporäre Öl- und Gaskraftwerk in Birr kann dessen Bestimmung als Reservekraftwerk bis Ende des Winters 2025/26 gestützt auf den Vertrag zwischen dem Bund und GE nach Rechtskraft der Verfügung des UVEK vom 24. September 2022 wohl rechtlich nicht mehr hinterfragt werden.

16. Anlässlich der Beschlussfassung über die Birr-Verordnung hätten wettbewerbsfreundliche Bestimmungen auf Verordnungsstufe über das Verfahren zur Eruiierung weiterer Kapazitäten der ergänzenden Reserve verankert werden können. Aus wettbewerblicher Sicht wäre dies geboten gewesen, um sicherzustellen, dass die technisch geeignetsten und preislich günstigsten Anbieter von Reservekapazitäten den Zuschlag erhalten. Da vorgängig keine solchen Bestimmungen erlassen wurden, muss zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit aufgrund der nun bestehenden zeitlichen Dringlichkeit akzeptiert werden, dass die Reservekraftwerke für den Winter 2022/23 wohl grösstenteils ohne öffentliche Ausschreibung bestimmt werden («erster Schritt der Reservebildung gemäss Art. 7 Abs. 1 Winterreserververordnung»). Da die betreffenden Reservekapazitäten nicht in einem wettbewerblichen Zuteilungsverfahren ermittelt wurden, sollen sich diese für die Zeitdauer *nach dem Winter 2022/23* erneut um die Berücksichtigung als Reservekraftwerk in einer *Auktion* unter Wettbewerbsbedingungen bewerben müssen. Zu den Ausschreibungen für den Winter 2023/24 sind alle Anbieter zuzulassen, welche die notwendigen technischen Anforderungen erfüllen (vgl. den vorstehenden Antrag betreffend teilnahmeberechtigte Technologien). So kann sichergestellt werden, dass die am besten geeigneten Anlagen berücksichtigt werden, die zu den preisgünstigsten Konditionen Elektrizität vorhalten können. In die künftigen wettbewerblichen Ausschreibungen können die im Winter 2022/23 gemachten Erfahrungen einfließen, für welchen *erstmalig* eine ergänzende Reserve gebildet werden soll.

17. Lediglich *neu zu errichtende* temporäre Reservekraftwerke mit einer *Betriebsbewilligung* des UVEK – wie dasjenige auf dem Areal von GE am Standort in Birr –, die mit einer Vorlaufzeit sehr zeitnah *neu gebaut* werden müssen, um im Februar 2023 für den Winter 2022/23 einsatzfähig zu sein, sollen auch darüber hinaus *ohne weitere Ausschreibung* als ergänzende Reserve entschädigungspflichtig Elektrizität vorhalten dürfen.

18. Sollte es sich erweisen, dass die aufgrund von Verhandlungen ermittelten Kapazitäten der ergänzenden

Reserve für den Winter 2022/23 nicht ausreichen, sollten zur Bestimmung von weiteren Reservekraftwerken *zwingend* (statt lediglich *in der Regel*) Auktionen durchgeführt werden. Falls weniger Angebote eingehen als zur Erfüllung der Vorgabe in der Winterreserververordnung von *maximal* 1000 MW erforderlich wäre, soll anhand einer *Kosten-Nutzen-Betrachtung* über die Höhe der erforderlichen ergänzenden Reserve bestimmt werden, wie dies die EICOM kürzlich bei der Bestimmung der Kapazitäten für die Wasserkraftreserve im Winter 2022/23 praktiziert hat.¹⁴ Insofern sei der erläuternde Bericht zu Art. 6 Abs. 1 der Winterreserververordnung dahingehend zu präzisieren, dass der Richtwert von 1000 MW nicht nur nach oben angepasst, sondern unter Umständen auch reduziert werden kann, falls dies unter dem Blickwinkel der Versorgungssicherheit sachgerecht ist.

¹⁴ Medienmitteilung der EICOM vom 25.10.2022 betreffend Ergebnisse der Ausschreibung Wasserkraftreserve, <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90876.html> (15.11.2022).

B 2.7

2. Konsultation betreffend Verordnungsentwürfe zu Verboten und Verwendungsbeschränkungen sowie zur Kontingentierung im Bereich Gas

Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen (Art. 46 Abs. 2 KG¹). Die vorliegende Vorlage wird formell nicht als Vernehmlassung im Sinne des Vernehmlassungsgesetzes bezeichnet, da unklar ist, ob und wann die darin enthaltenen Verordnungen in Kraft treten werden; dies hängt von der konkreten Situation in einer schweren Gasmangellage sowie entsprechenden Behördenentscheiden ab. Gemäss dem Auftrag des Bundesrats richtet sich die vorliegende externe Konsultation an die Kantone, die politischen Parteien, die gesamtschweizerischen Dachverbänden der Gemeinden, die Städte und Berggebiete, die gesamtschweizerischen Dachverbänden der Wirtschaft sowie weitere interessierte Kreise, wie dies auch bei Vernehmlassungen der Fall ist.² Insofern entspricht die Konsultation ihrem Wesen nach einer Vernehmlassung, weshalb sich vorliegend die WEKO und nicht ihr Sekretariat äussert.

2. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Ordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Ordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

3. Gemäss dem Begleitbrief zu dieser externen Konsultation sind die Verordnungsentwürfe über Verbote und Verwendungsbeschränkungen sowie zur Kontingentierung Inhalt der Vorlage, nicht jedoch die Verordnung über die Umschaltung erdgasbetriebener Zweistoffanlagen aufgrund einer schweren Mangellage, welche lediglich zur Kenntnisnahme unterbreitet werde.³ Aus diesem Grund verzichtet die WEKO auf Bemerkungen zur letztgenannten Verordnung.

Verordnung über die Kontingentierung des Gasbezugs

Ad Datenweiterleitung an die Kriseninterventionsorganisation (KiO) zur Überwachung der Einhaltung der Kontingentierung

Antrag:

Art. 7 und 8 der Verordnung über die Kontingentierung des Gasbezugs seien dahingehend abzuändern, dass nicht die KiO zur Kontrolle der Kontingentierung verpflichtet ist, sondern der noch zu bestimmende, von den Unternehmen der Gaswirtschaft rechtlich und funktionell

(personell, organisatorisch, informatorisch und hinsichtlich der Ressourcenausstattung) entflochtene und von diesen vollständig unabhängige Datenmonitoringbetreiber gemäss der VOGW⁴. Die Gasnetzbetreiber haben die für diese Tätigkeit erforderlichen Verbraucherdaten insofern nicht an die KiO, sondern an den Datenmonitoringbetreiber weiterzuleiten. Die Erläuterungen zur Verordnung über die Kontingentierung des Gasbezugs seien in diesem Sinne abzuändern.

Begründung:

4. Das Erdgas kann für sämtliche nicht in Art. 1 der Verordnung über die Kontingentierung des Gasbezugs genannten Verbraucher (sog. «nicht geschützte Kunden») kontingentiert werden. Darunter fallen die allermeisten in der Schweiz tätigen Unternehmen, die Produkte herstellen und Dienstleistungen anbieten sowie Prozessgas und/oder Gas zu Wärmezwecken beziehen. Verbraucher, deren Gasverbrauch kontingentiert ist, sollen verpflichtet werden, über ihren Gasverbrauch, dessen Veränderung sowie die Weitergabe und Übernahme von Kontingenten Buch zu führen und dem Gasnetzbetreiber, an dessen Netz sie angeschlossen sind, Meldung zu erstatten (Art. 7 Abs. 1). In Art. 7 Abs. 2 der Verordnung ist angedacht, dass der Gasnetzbetreiber diejenigen dieser Daten, die für die Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der Kontingentierung notwendig sind, an die KiO weiterzugeben hat. Die KiO soll dem Fachbereich Energie unverzüglich Meldung erstatten, falls sie bei einzelnen Verbrauchern Überschreitungen der Kontingente feststellt (Art. 8 Abs. 3). Dabei soll die KiO Grossverbraucher mit einem Jahreskonsum von mehr als einer Gigawattstunde *fortwährend* und die übrigen *Verbraucher stichprobeweise* überwachen (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2.)

5. Aus wettbewerblicher Sicht muss im Kontext mit der Überprüfung der Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben sichergestellt sein, dass keine wirtschaftlich sensiblen Daten von auf den Erdgasliefermärkten tätigen Akteuren verwendet werden könnten, um die Marktstellung zum Nachteil von Konkurrenten zu verbessern. Zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf den

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

² Brief des WBF-Vorstehers Guy Parmelin vom 31. August 2022 betreffend Verordnungsentwürfe zu Verboten und Verwendungsbeschränkungen sowie zur Kontingentierung im Bereich Gas; Eröffnung einer Konsultation der mitinteressierten Kreise (nachfolgend: Brief BR Parmelin), S. 1.

³ Brief BR Parmelin, S. 1.

⁴ Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Gaswirtschaft vom 4.5.2022 (VOGW; SR 531.81).

Erdgasliefermärkten ist es von fundamentaler Bedeutung, dass nicht einzelne in der Gaswirtschaft tätige Unternehmen an Verbrauchsdaten von Grosskunden gelangen können.

6. Dem für die Überprüfung der Kontingentierungsvorgaben zuständigen Akteur muss der Gasverbrauch der *einzelnen* Verbraucher während einer Bewirtschaftungsperiode von 30 Tagen (vgl. Art. 4) bekannt sein. Nur so kann zuhänden des Fachbereichs Energie nachvollziehbar aufgezeigt und begründet werden, dass die Vorgaben im Einzelfall für eine bestimmte Zeitdauer nicht eingehalten wurden. Weder aus dem Verordnungsentwurf noch aus den Erläuterungen geht hervor, welche Verbrauchsdaten für die Überprüfung der Kontingentierungen von den Gasnetzbetreibern an die KiO weitergeleitet werden sollen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der für die Überprüfung der Vorgaben in der Verordnung zuständige Akteur nebst dem Verbrauch von Endkundinnen und Endkunden in einer Bewirtschaftungsperiode auch deren *tagesaktuellen Verbrauch* oder noch detailliertere Angaben zu bearbeiten haben wird.

7. Der Verband der Schweizerischen Gasindustrie (VSG) wurde vom Bundesrat damit beauftragt, zur Sicherstellung der Versorgung des Landes mit Erdgas und gasförmigen Energieträgern aus erneuerbaren Quellen und zum Vollzug der vorbereiteten Massnahmen eine Kriseninterventionsorganisation zu schaffen. Dabei hat der VSG Verbraucher, die nicht Mitglieder des VSG sind, namentlich bestehende Interessensgemeinschaften, zur Mitwirkung in der KiO *beizuziehen* (Art. 2 Abs. 1 und 2 VOGW). Die Zusammensetzung und Organisation der KiO steht zurzeit noch nicht im Einzelnen fest. In den Erläuterungen zur VOGW wird ausgeführt, dass die KiO als *Stabsstelle beim VSG* angesiedelt werde.⁵ Somit muss davon ausgegangen werden, dass die KiO mehrheitlich aus Personen bestehen wird, die für in den Erdgasliefermärkten tätige Gasnetzbetreiber und Mitglieder des VSG tätig sein werden. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass künftig Personen von Verbraucherorganisationen in der KiO mitwirken werden, die gleichzeitig bei Gaslieferanten ohne eigenes Netz beschäftigt sind. Die KiO wird demnach aller Voraussicht nach grösstenteils aus Vertretern zusammengesetzt sein, die auf den Erdgasliefermärkten tätig sind.

8. Die vorgeschlagene Konzeption birgt ein Potential für wettbewerbswidriges Verhalten, falls Personen in der KiO auf Verbrauchsdaten von einzelnen Grossverbrauchern Zugang erhalten oder aufgrund der konkreten Umstände auf diese schliessen können; dies erklärt sich dadurch, dass detaillierte Verbrauchsdaten insbesondere von einzelnen Grosskunden weitergegeben werden sollen. Im Erdgaslieferbereich tätige Personen könnten Verbrauchsdaten von Grosskunden beispielsweise dazu verwenden, um diesen ein optimiertes und auf ihre individuellen Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot für die Gaslieferung zu unterbreiten, um sie als Neukunden zu gewinnen. Dieses Potential akzentuiert sich bei Grossverbrauchern, die zurzeit von Gaslieferanten ohne eigenes Netz versorgt werden, welche nicht Verbandsglieder des VSG sind. Aus tages- oder gar stundenaktuellen Verbrauchsdaten einzelner Grosskunden lassen sich deren Verbrauchsprofile eruieren.

9. Der VSG wurde vom Bundesrat damit beauftragt, zuhänden des Fachbereichs Energie ein Konzept über die Art und den Umfang der Daten zu erstellen, die erforderlich sind zur Beobachtung der Versorgungslage sowie zur Vorbereitung und Umsetzung von Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgung des Landes mit Erdgas und gasförmigen Energieträgern aus erneuerbaren Quellen (Art. 1 Abs. 2 VOGW). In den Erläuterungen zur VOGW wird ausgeführt, dass der *operative Betrieb* des künftigen Monitoringsystems von einem von den Unternehmen der Gaswirtschaft rechtlich und funktionell (personell, organisatorisch, informatorisch und hinsichtlich der Ressourcenausstattung) entflochtenen und von diesem vollständig unabhängigen Akteur ausgeübt werden soll, der selber nicht im Erdgaslieferbereich tätig ist. Aus Sicht der WEKO wäre der von den Erdgasliefermärkten unabhängige Monitoringsystembetreiber dazu prädestiniert, auch die Einhaltung der Vorgaben der Verordnung über die Kontingentierung des Erdgasbezugs sicherzustellen. In diesem Fall wäre gewährleistet, dass es im Kontext mit dem Vollzug der Verordnung über die Kontingentierung des Gasbezugs nicht zu für die Erdgasliefermärkte schädlichen Wettbewerbsverzerrungen kommt. Daher beantragt die WEKO, dass Art. 7 und 8 der Verordnung sowie die diesbezüglichen Erläuterungen in diesem Sinne umformuliert werden.

⁵ BWL, Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Gaswirtschaft (VOGW), erläuternder Bericht vom 29.4.2022 (nachfolgend: Erläuterungen zur VOGW), S. 4.

B 2.7

3. Bewirtschaftungsmassnahmen im Falle einer schweren Strommangellage – Vernehmlassung

Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen (Art. 46 Abs. 2 KG¹). Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

Kontingentierungsverordnung² und Sofortkontingentierungsverordnung³

Ad Geltungsbereich

3. Es ist angedacht, dass Massnahmen gestützt auf die Kontingentierungsverordnung und die Sofortkontingentierungsverordnung auf sämtliche netzzugangsberechtigten Grosskunden mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 sowie Art. 13 Abs. 1 StromVG⁴) angewendet werden sollen. Zudem sollen diese Verordnungen für diejenigen Endkundinnen und Endkunden gelten, die zwar aktuell einen tieferen Verbrauch als 100 MWh pro Jahr aufweisen, aber bereits in der Vergangenheit aufgrund der damaligen Voraussetzungen von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht haben und seither – aufgrund des Grundsatzes «einmal frei, immer frei» – nicht mehr in der Grundversorgung beliefert werden, sondern Strom zu Marktkonditionen beziehen (vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV⁵).

4. Begründet wird diese auf dem Schwellenwert von 100 MWh pro Jahr basierende Konzeption in den Erläuterungen u. a. damit, dass die betreffenden Grosskunden rund 50 % des gesamten Strombedarfs der Nachfrageseite in der Schweiz verbrauchen sowie über eine Lastgangmessung mit automatischer Datenauslesung verfügen. Bei diesem Adressatenkreis könne sichergestellt werden, dass die in den Verordnungen enthaltenen Massnahmen zielgerichtet umgesetzt werden können. Endkundinnen und Endkunden sind zum Einbau eines intelligenten Messsystems (Smartmeter) verpflichtet, sobald sie von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch machen und Strom auf dem freien Markt einkaufen (vgl. Art. 31e Abs. 2 StromVV).

5. Die WEKO weist darauf hin, dass der für die Anordnung von Kontingenten einzuführen beabsichtigte absolute Schwellenwert zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn

bestimmte Unternehmen kontingentiert würden, da ihr Verbrauch den Schwellenwert von 100 MWh pro Jahr (ev. nur knapp) übersteigt, und aus diesem Grund in ihrem Geschäftsbetrieb eingeschränkt würden, während andere auf demselben Markt tätige Unternehmen aufgrund ihres Verbrauchs (welcher ev. nur knapp unter 100 MWh/Jahr liegt) durch die Kontingentierungen nicht tangiert würden. Dies ist aus wettbewerblicher Perspektive kein optimaler Lösungsansatz.

6. Vorliegend sind allerdings die speziellen Umstände zu berücksichtigen, in denen Massnahmen gestützt auf die Kontingentierungsverordnung und die Sofortkontingentierungsverordnung angewendet würden. Kontingente sollen in einer Strommangellage als *letzte Massnahme vor Netzabschaltungen* angeordnet werden und zur Beseitigung dieser kritischen Versorgungssituation für eine *beschränkte Zeitdauer* eingesetzt werden. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs auf *sämtliche* Endkundinnen und Endkunden – insbesondere solche *ohne intelligente Messsysteme*, bei denen die Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben nur schwerlich überprüft werden könnte, wäre aus Sicht der WEKO kaum umsetzbar. Das BWL sieht konzeptionell vor, dass Verstösse gegen die Verordnungen sanktioniert werden sollen.⁶ Für kleinere Stromkunden ohne intelligentes Messgerät wäre es kaum möglich, einigermaßen zielgenau abschätzen zu können, wie sie den Stromverbrauch um ein *bestimmtes* Niveau reduzieren können; dies liegt unter anderem daran, dass – etwa im Unterschied zum Gasbereich – zahlreiche Anwendungen gleichzeitig mit Strom betrieben werden. Nicht energieintensive Unternehmen wissen in der Regel nicht näher darüber Bescheid, welche Anwendung wie viel Strom verbraucht. Insofern könnten solche Endkundinnen und Endkunden die Kontingentierungsvorgaben kaum einhalten.

Hinzu kommt, dass eine aus wettbewerblicher Sicht weniger einschneidende Alternative, mit der sich Wettbewerbsverzerrungen in einer solchen Notsituation in grösserem Ausmass vermeiden liessen, nicht praktikabel erscheint.

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

² Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie, Entwurf vom 26.10.2022 (nachfolgend: Kontingentierungsverordnung).

³ Verordnung über die Sofortkontingentierung elektrischer Energie, Entwurf vom 26.10.2022 (nachfolgend: Sofortkontingentierungsverordnung).

⁴ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁵ Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

⁶ Vgl. Erläuterungen zu Art. 11 der Kontingentierungsverordnung sowie Art. 10 der Sofortkontingentierungsverordnung.

Ad Datenweiterleitung an den VSE zur Überwachung der Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben sowie weitere Tätigkeiten des VSE gestützt auf das LVG⁷

Antrag:

Art. 7 und Art. 11 der Kontingentierungsverordnung sowie Art. 10 der Sofortkontingentierungsverordnung seien dahingehend anzupassen, dass *anstelle des VSE* die *örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber* zur Vornahme von Tätigkeiten verpflichtet werden, für welche Verbraucherdaten von Endkundinnen und Endkunden in deren Netzgebiet zu bearbeiten sind.

Eventualiter, falls die Verteilnetzbetreiber nicht gestützt auf das LVG auf Verordnungsstufe verpflichtet werden können: In den Erläuterungen zur Kontingentierungsverordnung sowie zur Sofortkontingentierungsverordnung sei auf jeden Fall die Formulierung beizubehalten, dass der VSE sicherzustellen habe, dass im Rahmen der Erfüllung der an ihn delegierten Aufgaben keine in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätigen Akteure an Verbraucherdaten oder andere wirtschaftlich sensible Informationen gelangen können und Verbraucherdaten nur von den zuständigen örtlichen VNB bearbeitet werden dürfen. Zudem sei in den Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen präzisierend festzuhalten, dass mit der Mandatierung der örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber durch den VSE bei der Ausführung der betreffenden Tätigkeiten das Missbrauchspotenzial aus wettbewerblicher Sicht reduziert werden könne. Die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber würden die Verbraucherdaten der an ihr Netz angeschlossenen Grosskunden aufgrund ihrer Tätigkeiten im Monopolbereich ohnehin kennen. Sie seien gestützt auf Art. 10 Abs. 2 StromVG dazu verpflichtet, wirtschaftlich sensible Informationen unter Vorbehalt von gesetzlichen Offenlegungspflichten vertraulich zu behandeln nicht für andere Tätigkeitsbereiche einzusetzen.

Begründung:

7. Gemäss den angedachten Verordnungsbestimmungen soll der VSE die Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben kontrollieren sowie – im Anwendungsbereich der Kontingentierungsverordnung – das den Grosskunden zustehende Kontingent berechnen. Gestützt auf die angedachten Verordnungsbestimmungen soll der VSE somit (*Hilfs-*)Tätigkeiten verrichten, für die er auf *Verbraucherdaten von Grosskunden* angewiesen ist.

8. Aus wettbewerblicher Sicht muss im Kontext mit der Überprüfung der Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben sichergestellt sein, dass keine wirtschaftlich sensiblen Daten von auf den Stromliefermärkten tätigen Akteuren verwendet werden könnten, um die Marktstellung zum Nachteil von Konkurrenten zu verbessern. Zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen ist es von fundamentaler Bedeutung, dass nicht einzelne auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätige Unternehmen an Verbraucherdaten von Grosskunden gelangen können.

9. Dem für die Überprüfung der Kontingentierungsvorgaben zuständigen Akteur muss der Stromverbrauch der *einzelnen* Endkundinnen und Endkunden, welche der

Kontingentierungsverordnung und der Sofortkontingentierungsverordnung unterstehen, innerhalb einer Bewirtschaftungsperiode bekannt sein. Nur so kann zuhanden des Fachbereichs Energie nachvollziehbar aufgezeigt und begründet werden, dass die Vorgaben im Einzelfall während einer bestimmten Zeitdauer nicht eingehalten wurden.⁸ Bei Anwendung der Sofortkontingentierungsverordnung ist vorgesehen, dass die Bewirtschaftungsperiode nicht 30 Tage, sondern 24 *Stunden* betragen wird. Insofern wird der für die Überprüfung dieser Vorgaben zuständige Akteur zumindest den *tagesaktuellen Verbrauch* einzelner Endkundinnen und Endkunden zu bearbeiten haben.

10. Die vorgeschlagene Konzeption, wonach auf Verordnungsstufe der VSE zu Kontroll- und Überwachungstätigkeiten verpflichtet werden soll, birgt ein Potential für wettbewerbswidriges Verhalten. Für den VSE tätige Personen könnten gleichzeitig in den Bereichen Stromproduktion und -handel sowie Endkundenversorgung tätig sein. Die mit der Kontrolle der Verordnungsvorgaben betrauten Personen würden auf Verbraucherdaten von einzelnen Grossverbrauchern Zugang erhalten. Im Stromlieferbereich tätige Personen könnten derartige Verbraucherdaten von Grosskunden beispielsweise dazu verwenden, um diesen ein optimiertes und auf ihre individuellen Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot zu unterbreiten, um sie als Neukunden zu gewinnen. Aus tages- oder gar stundenaktuellen Verbraucherdaten einzelner Grosskunden lassen sich deren Lastgangprofile eruieren.

11. Aus Wettbewerbsperspektive würde es auch nicht ausreichen, wenn nur Personen, die ausschliesslich für den VSE arbeiten, mit solchen Tätigkeiten betraut würden; auch in Bezug auf solche Personen besteht ein Potenzial, dass wirtschaftlich sensible Daten über Endkundinnen und Endkunden an Mitglieder des Interessenverbandes weitergegeben werden könnten, die auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind.

12. In den Erläuterungen der massgeblichen Bestimmungen zur Kontingentierungsverordnung und zur Sofortkontingentierungsverordnung wird ausgeführt, dass der «VSE/OSTRAL» respektive die «Verteilnetzbetreiber» die Einhaltung der Kontingentierungsvorgaben kontrollieren. Stellen «sie» Überschreitungen fest, haben sie diese dem Fachbereich Energie zu melden. Die Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen haben zurzeit keinen Mehrwert und führen stattdessen zu weiteren Unklarheiten. Beim VSE/OSTRAL sowie den örtlich zuständigen Verteilnetzbetreibern handelt es sich um *unterschiedliche* Akteure. Der VSE ist ein Interessenverband von Schweizer Elektrizitätsunternehmen, die in aller Regel gleichzeitig als Verteilnetzbetreiber und als Stromversorger tätig sind. OSTRAL ist die Organisation für Stromversorgung in ausserordentlichen Lagen, die vom VSE ins Leben gerufen wurde.

⁷ Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17.6.2016 (Landesversorgungsgesetz, LVG; SR 531).

⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 2 der Kontingentierungsverordnung sowie Art. 10 Abs. 2 der Sofortkontingentierungsverordnung.

Die Personen, die für OSTRAL tätig sind, sind bei Verteilnetzbetreibern angestellt, die Mitglieder beim VSE sind.⁹ Unklar ist allerdings, ob sämtliche der über 600 Stromnetzbetreiber Mitglied beim VSE sind. Die Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen lassen zudem offen, welche Akteure unter welchen Umständen zu den entsprechenden Tätigkeiten *mittels einer staatlichen Regulierung* verpflichtet werden sollen. Weiter ist in den Erläuterungen zu Art. 11 der Kontingentierungsverordnung bzw. Art. 10 der Sofortkontingentierungsverordnung nicht von «örtlich zuständigen Verteilnetzbetreibern», sondern lediglich von «Verteilnetzbetreibern» die Rede.

13. Konzeptionell überzeugender und aus wettbewerblicher Sicht weniger missbrauchsanfällig wäre es, wenn der Bundesrat gestützt auf das LVG anstelle des *Interessenverbandes* VSE in den Verordnungen ausdrücklich die *örtlich zuständigen* Verteilnetzbetreiber verpflichten würde, bestimmte Tätigkeiten durchzuführen, für welche Verbraucherdaten von an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden zu bearbeiten sind. Diese Akteure erhalten aufgrund ihrer Funktion als Netz- und Messstellenbetreiber die Verbraucherdaten der betreffenden Kunden ohnehin. Die WEKO würde diese Lösung bevorzugen. Sofern sie gesetzmässig ist, lässt sich diese bereits für den Winter 2022/23 umsetzen. Zurzeit ist im LVG vorgesehen, dass der Bundesrat «*Organisationen der Wirtschaft*» öffentliche Aufgaben nach diesem Gesetz übertragen kann. Diese Formulierung ist offen und es ist unklar, wer damit genau gemeint ist. Zu berücksichtigen ist weiter, dass es sich bei Handlungen wie Kontingentberechnungen sowie die *technische* Überprüfung der Einhaltung der Kontingentierungsvergaben eher um administrative Hilfstätigkeiten handelt, zumal – mangels einer entsprechenden Grundlage im LVG – keine hoheitlichen Befugnisse und somit insb. keine *Verfügungskompetenzen* für die Erfüllung dieser Tätigkeiten übertragen wurden.

14. Falls Verteilnetzbetreiber nicht gestützt auf das geltende Recht im Erlasstext selber verpflichtet werden können, die betreffenden Tätigkeiten auszuführen, fordert die WEKO eine zeitnahe Revision des LVG, so dass die Konzeption zumindest ab dem Winter 2023/24 im von uns vorgeschlagenen Sinne umgesetzt wird. Sollte es aufgrund des geltenden Rechts aktuell nicht möglich sein, die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber anstelle des VSE in den Verordnungen zur Durchführung der betreffenden Tätigkeiten zu verpflichten, beantragt die WEKO, dass nebst der Beibehaltung der Klarstellung unter «1. Ausgangslage» betreffend Rollenverteilung und Kompetenzen der einzelnen Akteure die Erläuterungen zu Art. 7 und 11 der Kontingentierungsverordnung und zu Art. 10 der Sofortkontingentierungsverordnung zumindest noch im Sinne des Antrags präzisiert werden und – auch zu Sensibilisierungszwecken – auf die Problematik aus wettbewerblicher Sicht hingewiesen wird. Das Missbrauchspotenzial wird unter diesen Voraussetzungen wesentlich verringert, wenn der VSE die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber mit sämtlichen Tätigkeiten *mandatiert*, für deren Erfüllung Verbraucherdaten von Endkundinnen und Endkunden zu bearbeiten sind. Aufgrund der Entflechtungsvorgaben in Art. 10 Abs. 2 StromVG dürfen die örtlich zuständigen Verteil-

netzbetreiber wirtschaftlich sensible Informationen aus dem Monopolbereich nicht für andere Tätigkeitsbereiche verwenden.

15. Alternativ wäre es auch durchaus denkbar und zielführend, dass die *Swissgrid AG*, als Datenmonitoringbetreiberin im Strombereich, sämtliche Tätigkeiten beim Vollzug erfüllt, bei denen Verbraucherdaten von Grosskunden zu bearbeiten sind. Aufgrund ihrer Tätigkeit gestützt auf die VOEW¹⁰ erhält die *Swissgrid AG* Verbraucherdaten zu Monitoringzwecken (vgl. Art. 1a und 1b VOEW). Aus wettbewerblicher Sicht wäre in diesem Fall das Missbrauchspotenzial minimiert, da die *Swissgrid AG* als nationale Netzgesetzgesellschaft weder Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung oder -handel ausüben noch Beteiligungen an Unternehmen besitzen darf, die in diesen Bereichen tätig sind (vgl. Art. 18 Abs. 6 StromVG).

Ad Handel mit Kontingenten

Antrag:

Art. 7 der Sofortkontingentierungsverordnung sei dahingehend zu ergänzen, dass die Bewirtschaftungsperiode von 24 Stunden bei Einführung einer Sofortkontingentierung *möglichst zeitnah beendet* werden soll, wenn die *Netzstabilität gewährleistet* ist. In diesem Fall werde anstelle dieser Verordnung die Kontingentierungsverordnung angewendet und die Bewirtschaftungsperiode verlängere sich dementsprechend.

Die Anforderungen, die für die Durchführung des Handels mit Kontingenten erfüllt sein müssen und die das BWL mittels einer Amtsverordnung rechtsverbindlich verankern möchte, sollten so ausgestaltet sein, dass deren Einhaltung für die Sicherstellung der Netzstabilität *massgeblich* ist und dürfen nicht ohne sachliche Legitimation die Abwicklung von Transaktionen über Plattformen erschweren. In den Erläuterungen zur Sofortkontingentierungsverordnung und zur Kontingentierungsverordnung sei in Bezug auf die einzelnen Anforderungen in nachvollziehbarer Weise zu begründen, weshalb diese in ihrer konkreten Ausgestaltung zwingend erforderlich sind, um sicherzustellen, dass der Netzbetrieb nicht gefährdet wird.

Begründung:

Grundsätzliche Bemerkungen

16. Nach Auffassung der WEKO sollte der Handel mit Kontingenten zwischen den Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht werden, sofern keine *zwingenden* technischen Gründe dies ausschliessen. Aus wettbewerblicher Sicht erscheint es geboten, dass die Wirtschaft auch im Falle einer schweren Mangellage über einen *möglichst grossen Handlungsspielraum* verfügt, solange die *Stabilität des Netzes gewährleistet* ist. Dies kann mit der Möglichkeit zur Abtretung von Kontingenten erreicht werden.

⁹ <https://www.ostral.ch/de/ueber-ostral> > Organigramm OSTRAL (6.12.2022).

¹⁰ Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vom 10.5.2017 (VOEW; SR 531.35).

17. Der Handel mit Kontingenten ermöglicht es unternehmerisch tätigen Endkundinnen und Endkunden durch diese zusätzliche Flexibilität, den volkswirtschaftlichen Schaden im Falle einer schwierigen Versorgungslage so gering wie möglich zu halten; energieintensive Unternehmen können bspw. betriebswirtschaftlich abwägen, ob sie die Vollproduktion – durch den Kauf von Kontingenten – aufrechterhalten oder – durch den Verkauf von Kontingenten – zusätzlich reduzieren oder vorübergehend einstellen möchten.

Bewirtschaftungsperiode von 24 Stunden nur solange wie nötig aufrechterhalten

18. Falls die Sofortkontingentierungsverordnung in Kraft gesetzt wird, kann nur sehr beschränkt ein Handel mit Kontingenten stattfinden und der Handlungsspielraum der Wirtschaft würde wesentlich eingeschränkt. Aus wettbewerblicher Sicht erscheint dies nur gerechtfertigt, solange eine Bewirtschaftungsperiode von 24 Stunden technisch effektiv erforderlich ist, um die Netzstabilität nicht zu gefährden. Insofern sollte die Bewirtschaftungsperiode gestützt auf die Kontingentierungsverordnung zeitnah verlängert und der Handel mit Kontingenten möglichst zugelassen werden, wenn die Netzstabilität dadurch nicht gefährdet wird.

19. Damit Unternehmen bei einer Bewirtschaftungsperiode von 24 Stunden ihren bisherigen Strombedarf durch den Zukauf von Kontingenten aufrechterhalten könnten, müssten sie in diesem kurzen Zeitraum zahlreiche Transaktionen tätigen, um sich abzusichern. Im Voraus ist für die Unternehmen nicht vorhersehbar, welcher Kontingentierungssatz in einer Bewirtschaftungsperiode gelten wird. Daher müssen mehrere Varianten abgedeckt werden. Um einen ganzen Monat abdecken zu können, multipliziert sich die Anzahl Transaktionen entsprechend. Sofortkontingentierungen sind für die am Handel mit Kontingenten interessierten potenziellen Anbieter und Nachfrager somit wesentlich schwieriger planbar und könnten diese von einer Teilnahme an den Transaktionen auf Handelsplattformen abhalten.

Anforderungen zur Durchführung des Handels mit Kontingenten

20. In den Erläuterungen zu Kontingentierungsverordnung und zur Sofortkontingentierungsverordnung sind zahlreiche Anforderungen enthalten, welche aus Sicht des BWL erfüllt sein müssen, damit der Handel mit Kontingenten zugelassen werden kann. Das BWL beabsichtigt, diese Anforderungen gestützt auf Art. 57 Abs. 4 LVG mittels einer Amtsverordnung des BWL verbindlich zu machen. Derartige Amtsverordnungen können erlassen werden, falls sie *technische* oder *administrative Vollzugsbestimmen* enthalten, die Inhalte des LVG umsetzen, *ohne* den Normadressaten *neue* Pflichten aufzuerlegen, welche sich aus dem Gesetz selbst nicht ableiten lassen.

21. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die Marktakteure gestützt auf eine staatliche Regulierung als Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Handels mit Kontingenten zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden können. Dies betrifft beispielsweise die vordefinierten Kriterien, die Handelsplattformen erfüllen müssen, über welche der Handel mit Kontingenten ab-

gewickelt werden kann. Das BWL beabsichtigt bei dieser «Präqualifikation» OSTRAL beizuziehen. Diese vom VSE geschaffene Organisation besteht grösstenteils aus Personen, die für grössere Verteilnetzbetreiber beschäftigt sind, welche auf diversen Märkten im Bereich der Energieversorgung tätig sind. Die Verteilnetzbetreiber können aufgrund der Durchführung des Handels mit Kontingenten keinen finanziellen Nutzen ziehen, solange sie keine eigene Handelsplattform betreiben. Insofern könnte möglicherweise ein Interessenkonflikt vorliegen. Falls Verteilnetzbetreiber beim Entscheid, ob eine Handelsplattform die erforderlichen Kriterien erfüllt, massgeblich involviert werden, besteht das Potenzial, dass ein rein gewerblich tätiger Akteur als Plattformbetreiber ohne sachlich legitime Gründe abgelehnt werden könnte.

22. Zu beachten ist weiter, dass der Handel mit Kontingenten gemäss den Vorgaben in den Verordnungen nur dann von weiteren Anforderungen abhängig gemacht werden darf, wenn *damit* sichergestellt werden kann, dass die Netzstabilität nicht gefährdet wird.¹¹ Diverse dieser Anforderungen hätten zur Folge, dass der Handel mit Kontingenten wesentlich beeinträchtigt würde. Bislang wird nicht erläutert, inwiefern diese zusätzlichen Voraussetzungen für die Gewährleistung der Netzstabilität von massgeblicher Bedeutung sind. Die WEKO ersucht das BWL, in Bezug auf jede einzelne Anforderung in den Kommentaren zu den Verordnungen in nachvollziehbarer Weise darzulegen, weshalb es diese zwingend braucht und weshalb sie wie vom BWL konkret angeordnet im Verordnungsrecht verankert werden soll.

23. Beispielsweise soll die *minimale Handelsmenge* pro Messpunkt und Kontingentierungsperiode 20 MWh pro Monat (im Anwendungsbereich der Kontingentierungsverordnung) respektive 2 MWh pro Tag (im Anwendungsbereich der Sofortkontingentierungsverordnung) betragen. Ein funktionierender Wettbewerb setzt genügend Liquidität voraus. Die vorgesehenen minimalen Handelsmengen führen zu einer *Verknappung des Angebots*. Zum Verkauf angeboten werden kann nur, was selbst nicht gebraucht wird. Insofern sind die vorgesehenen minimalen Handelsmengen äusserst hoch angesetzt. Damit würde die Anzahl Transaktionen, welche über die Plattformen abgewickelt werden können, erheblich reduziert. Eine technische Begründung für diese Einschränkung ist bislang nicht ersichtlich. In den Erläuterungen wird nicht erklärt, weshalb und inwiefern die Netzstabilität bei zunehmender Anzahl Transaktionen über eine Handelsplattform beeinträchtigt werden soll resp. ab welcher Transaktionsmenge sie nicht mehr gewährleistet werden kann. Würde die einzuführen beabsichtigte minimale Handelsmenge beispielsweise halbiert, könnte das Angebot wohl wesentlich erhöht werden. Für das bessere Verständnis der Grössendimensionen: Ein durchschnittlicher Schweizer Vierpersonenhaushalt konsumiert jährlich ca. 5 MW Strom.¹²

¹¹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 der Kontingentierungsverordnung sowie Art. 7 Abs. 1 Sofortkontingentierungsverordnung.

¹² Stromverbrauch eines typischen Haushalts, Faktenblatt von EnergieSchweiz vom August 2021; <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/10559> (6.12.2022).

Die vorgesehenen minimalen Handelsmengen entsprechen somit mehr als dem Zwanzigfachen des Verbrauchs eines durchschnittlichen Haushalts *pro Monat* (Kontingentierungsverordnung) resp. mehr als dem 140-fachen des Verbrauchs eines durchschnittlichen Haushalts pro Tag (Sofortkontingentierungsverordnung).¹³

Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung

Ad Ausnahmen

Antrag:

Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung sei zu streichen.

Allfällige zusätzliche Ausnahmenregelungen sollten branchenspezifisch für die gesamte Schweiz gelten.

Begründung:

24. In Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung werden bestimmte lebenswichtige Dienstleistungen genannt, deren Versorgung mit Strom auch im Falle von Netzabschaltungen aufrechterhalten werden soll. Die für die Erbringung dieser Dienstleistungen erforderlichen Einrichtungen (oder Teilnetzgebiete mit Einrichtungen) sollen weiterbetrieben werden, falls dies technisch möglich ist. In Art. 4 Abs. 2 der Verordnung sollen die Kantone in Abstimmung mit den – wohl örtlich zuständigen – Verteilnetzbetreibern weitere Ausnahmen definieren, welche zur Aufrechterhaltung der lebenswichtigen Betriebe und Institutionen notwendig sind.

25. Die WEKO lehnt diese zusätzliche Ausnahmeregelung in Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der *Elektrizitätsversorgung ab*. Aus unserer Sicht sollte auf *Bundesebene* abschliessend für die ganze Schweiz definiert werden, welche ausgewählten Bereiche bei Netzabschaltungen weiterhin vollständig mit Strom beliefert werden sollen. *Sonderregelungen* in einzelnen Kantonen würden – je nach Standort von im gleichen Markt tätigen Unternehmen – zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen führen. In den Erläuterungen zu dieser Verordnung wird nicht begründet, weshalb je nach Sitz einer Einrichtung in einem bestimmten Kanton zusätzliche Ausnahmen erforderlich sein sollten. Die Auflistung in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung, welche in verschiedensten Einrichtungen (auch) gewerblich tätige Unternehmen umfasst, veranschaulicht, dass im Sinne einer subjektiven Wertung der Berechtigten – je nach Interessenlage – für unterschiedlichste Akteure Sonderregelungen vorgesehen werden könnten. Sollte beispielsweise der Akteur mit den grössten Marktanteilen in einem bestimmten Markt – im Gegensatz zu seinen Konkurrenten – als einziges Unternehmen in diesem Bereich den Betrieb ohne Einschränkungen aufrechterhalten dürfen, könnte dieser seine ohnehin schon starke Marktstellung wohl weiter ausbauen. Aus wettbewerblicher Sicht ist eine solche Konzeption daher abzulehnen. Mit einer einheitlichen Regelung, die für die gesamte Schweiz gilt, könnten Wettbewerbsverzerrungen reduziert werden.

26. In Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung ist festgehalten, dass die Kantone dafür zu sorgen haben, dass zusätzliche von ihnen vorgesehene Ausnahmen den Wettbewerb nicht verzerren sollen. Mit dieser gegenüber dem Verordnungsentwurf in der Ämterkonsultation neuen Formulierung ist nach wie vor *nicht sichergestellt*, dass es aufgrund der Befugnisse der Kantone zur Einführung von Sonderregimes zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte. Die allermeisten Märkte enden räumlich nicht an der Kantonsgrenze; vielmehr sind die Marktakteure selbst bei kleineren regionalen Märkten in aller Regeln *kantonsübergreifend* tätig. Die zusätzliche Anforderung ist somit nicht praktikabel umsetzbar, solange 26 *unterschiedliche Regimes* zugelassen werden sollen.

27. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich zahlreiche Verteilnetzbetreiber im Eigentum von bestimmten Kantonen befinden. Insofern ist die Vorgabe, dass sich die Kantone bei der Bestimmung weiterer Ausnahmen mit den (örtlich zuständigen) Verteilnetzbetreibern abstimmen müssen, aus wettbewerblicher Sicht kontraproduktiv. Dadurch wäre nicht hinreichend gewährleistet, dass lediglich für *lebenswichtige Dienstleistungen* Ausnahmeregelungen geschaffen werden. Diverse grössere Verteilnetzbetreiber im mehrheitlichen Eigentum der Kantone sind nicht nur in den gesetzlichen Monopolbereichen, sondern auch in dem Wettbewerb unterstehenden Produktions- und Dienstleistungsmärkten tätig und könnten ein Interesse daran haben, dass *bestimmte* ihrer Einrichtungen weiterhin mit Strom versorgt werden, um dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten auf den betreffenden Märkten zu erlangen.

Ad Bearbeitung von Verbraucherdaten bei der Überprüfung der Verordnungsvorgaben

Antrag:

Falls zur Überprüfung der Vorgaben bei Anwendung der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung Verbraucherdaten von Endkundinnen und Endkunden bearbeitet werden sollen, seien in der Verordnung ausdrücklich die *örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber* zur Vornahme solcher Tätigkeiten zu verpflichten.

Eventualiter, falls die Verteilnetzbetreiber nicht gestützt auf das LVG auf Verordnungsstufe verpflichtet werden können: In den Erläuterungen zur Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung sei im Sinne des vorstehenden Eventualantrages zur Kontingentierungs- und Sofortkontingentierungsverordnung (vgl. vorne, vor Rz 8) auf jeden Fall die Formulierung beizubehalten, dass der VSE sicherzustellen habe, dass im Rahmen der Erfüllung der an ihn delegierten Aufgaben keine in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätigen Akteure an Verbraucherdaten oder andere wirtschaftlich sensible Informationen gelangen können und Verbraucherdaten nur von den zuständigen örtlichen VNB bearbeitet werden dürfen.

¹³ Ein Jahresverbrauch von 5 MWh entspricht rund 0,417 MW pro Monat resp. rund 0,014 MWh pro Tag.

Begründung:

28. Gemäss Art. 2 der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung haben die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber das Stromnetz jeweils für vier Stunden abzuschalten. Die Einschaltdauer des Stromnetzes kann, je nach erforderlicher Einsparmenge, vom Bundesrat auf vier Stunden oder acht Stunden festgelegt werden. Widerhandlungen gegen die Verordnungsvorgaben sollen von den Kantonen strafrechtlich verfolgt werden.¹⁴

29. Falls zur Überprüfung der Verordnungsvorgaben Verbraucherdaten von Endkundinnen und Endkunden bearbeitet werden müssen, sollte eine entsprechende Tätigkeit unbedingt von den örtlich zuständigen Verteilnetzbetreibern und nicht vom VSE selbst ausgeführt werden. Zur Begründung wird auf die vorstehenden Ausführungen betreffend Datenweiterleitung an den VSE im Anwendungsbereich der Kontingentierungsverordnung und der Sofortkontingentierungsverordnung verwiesen (vgl. vorne, Rz 8 ff.).

Verordnung über Verbote und Beschränkungen bei der Verwendung elektrischer Energie

Ad Überwachung und Kontrolle

Antrag:

In Art. 7 der Verordnung über Verbote und Beschränkungen bei der Verwendung elektrischer Energie sei ergänzend festzuhalten, dass lediglich die örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber Verbraucherdaten von bestimmten Endkundinnen und Endkunden an ihrem Netzgebiet zur Überprüfung der Verordnungsvorgaben bearbeiten dürfen.

Begründung:

30. In Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über Verbote und Beschränkungen bei der Verwendung elektrischer Energie ist festgehalten, dass der VSE die Auswirkungen der Verwendungsverbote und -beschränkungen auf den Stromverbrauch zu überwachen habe. In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung wird diesbezüglich nicht ausgeführt, welche Tätigkeiten der VSE genau ausführen soll. Stattdessen wird festgehalten, dass Beschränkungen, welche von den Verteilnetzbetreibern durch bestehende Rundsteuerungs- oder ähnliche Anlagen technisch umgesetzt würden, von OSTRAL zu überwachen seien. Die Wirksamkeit der Verwendungsbeschränkungen und Verbote werde von der Swissgrid AG als Teil von OSTRAL aus übergeordneter Sicht überwacht. Die Kontrolle über die Einhaltung der Verordnungsvorgaben werde den Kantonen übertragen; ausgenommen ist die Kontrolle der Verwendungsbeschränkungen gemäss Art. 2 Abs. 3 der Verordnung.

31. Da für den VSE tätige Personen gleichzeitig auch für ein im Stromlieferbereich aktives Unternehmen beschäftigt sein könnten, sollte aus wettbewerblicher Sicht auf jeden Fall gewährleistet werden, dass solche Akteure nicht an Verbraucherdaten von bestimmten Endkundinnen und Endkunden mit Netzzugang gelangen können. Solche wirtschaftlich sensiblen Informationen könnten dazu verwendet werden, um die Marktstellung der be-

treffenden Akteure auf den Stromhandels- und -versorgungsmärkten zum Nachteil von Konkurrenten zu verbessern. Zur Begründung wird im Übrigen auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (vgl. vorne, Rz 8 ff.).

¹⁴ Vgl. Art. 5 der Verordnung über die Abschaltungen von Stromnetzen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung.

B 2.7

4. Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz im Energiegrosshandelsmarkt – Vernehmlassung

Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen (Art. 46 Abs. 2 KG¹). Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung des geplanten Bundesgesetzes am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Mit anderen Worten sollten Staatseingriffe keine Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen.

3. Aus wettbewerblicher Sicht ist die Schaffung eines Bundesgesetzes über die Aufsicht und Transparenz im Energiegrosshandelsmarkt (GATE), welches sich an den Vorgaben auf EU-Ebene anlehnt, grundsätzlich zu begrüssen. Denn Transaktionen im Energiebereich finden grenzüberschreitend statt und diverse Schweizer Marktakteure an den Handelsplätzen sind in der EU tätig und sollen folglich in der Schweiz möglichst analogen Rechten und Pflichten unterstehen.

4. Ein funktionierender Elektrizitätsgrosshandel sollte Preise gewährleisten, die auf dem Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage und somit einem wirksamen Wettbewerb beruhen. Damit der Elektrizitätsgrosshandelsmarkt die ihm zugewiesene Funktion effektiv gewährleisten kann, erscheint es unabdingbar, sicherzustellen, dass sich einzelne Akteure nicht in wettbewerbschädigender Weise unzulässig verhalten. Um entsprechende Anreize zu setzen und systemschädigendes Verhalten wirksam zu ahnden, unterstützt die WEKO die Schaffung neuer Strafbestimmungen betreffend Insiderhandel und Marktmanipulation im Schweizer Recht. Die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation tragen dazu bei, die Voraussetzungen für einen funktionierenden und fairen Elektrizitätsgrosshandelsmarkt zu schaffen. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass die erhöhte Transparenz (bzw. die vorgesehen Offenlegungspflichten) den funktionierenden Wettbewerb nicht gefährdet.

Veröffentlichung von Insiderinformationen (Art. 4 GATE)

Antrag:

In der Botschaft sei in den Erläuterungen zu Art. 4 GATE anhand der effektiven Marktverhältnisse in der Schweiz in *nachvollziehbarer* Weise darzulegen, ob und inwiefern die Einführung einer Verpflichtung zur Veröffentlichung von Insiderinformationen aus wettbewerblicher Sicht (funktionierender Wettbewerb auf den Energiegrosshandelsmärkten) zu einem *Mehrwert* führt, welcher das mit einer solchen Transparenzerhöhung einhergehende *Kollusionspotenzial* sowie die damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Preisbildung in den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel *überwiegt*. Insbesondere sei aufzuzeigen, worin der Mehrwert einer Veröffentlichung von Insiderinformationen gegenüber der Mitteilung dieser Insiderinformationen an die ECom bestehen soll. Alternativ sei vorzusehen, dass die Insiderinformationen lediglich an die ECom überwiesen werden.

Begründung:

5. Gemäss den Erläuterungen zu Art. 4 Abs. 1 GATE soll die Veröffentlichung von Insiderinformationen dazu dienen, allen Marktteilnehmern einen *gleichen* Wissensstand über die *wesentlichen* Informationen zum Energiegrosshandelsmarkt zu ermöglichen. Dadurch soll Insiderhandel verhindert, der freie und faire Wettbewerb gestärkt und die Integrität der Energiegrosshandelsprodukte erhöht werden.

6. Ohne die erforderlichen Kontrollinformationen könnten die zuständigen *Ermittlungsbehörden* gemäss den Vernehmlassungsunterlagen weder wettbewerbswidriges Verhalten aufdecken noch solches beenden und sanktionieren. Für die WEKO ist es insofern nachvollziehbar und zur Verbesserung des Wettbewerbs geboten, dass die Marktakteure die Angaben und Insiderinformationen gemäss Art. 5 GATE an die ECom zu übermitteln haben. Von diesen Meldepflichten zu unterscheiden ist die Verpflichtung in Art. 4 GATE, wonach sämtliche Insiderinformationen (gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1 Bst. e GATE) – *namentlich* über die Kapazität und die Nutzung von Anlagen zur Erzeugung, zur Speicherung, zum Verbrauch oder zum Transport von Strom und Gas (einschliesslich der geplanten oder ungeplanten Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen) – zu *veröffentlichen* sind und damit allen Marktakteuren zugänglich zu machen sind.

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

7. Erhöhte Transparenz ist aus wettbewerblicher Perspektive ein zweischneidiges Schwert und kann sowohl Vor- als auch Nachteile in sich bergen. Grundsätzlich ist es zutreffend, dass eine Verminderung der Informationsasymmetrie (durch höhere Transparenz) zwischen Anbietern und Nachfragern zu effizienteren Marktallokationen führt. Transparenz ist eine Voraussetzung für Wettbewerb. Andererseits kann Transparenz zwischen den Anbietern (bzw. Nachfragern) kollusionsfördernd wirken. Transparenz kann die gegenseitige Abstimmung von unzulässigen Verhaltensweisen erleichtern.² Folglich muss eine Erhöhung der Transparenz nicht zwingend zu einer Verbesserung des funktionierenden Wettbewerbs führen. Dies hängt unter anderem massgeblich von den Verhältnissen auf den betroffenen Märkten und den auf diesen Märkten tätigen Akteuren ab. Wesentlich ist zudem die Art und Weise der Informationen, die veröffentlicht werden, sowie die Art und Weise, wie die Informationen veröffentlicht werden. Mitteilungen über aggregierte (vs. individuelle) und historische (vs. aktuelle und zukünftige) Daten, die in grösseren zeitlichen Abständen veröffentlicht sowie Anbieterinnen und Nachfragern zugänglich gemacht werden, sind in der Regel unproblematisch.

8. Auf idealtypischen Märkten (atomistische Marktstruktur) stehen vielen Nachfragern viele Anbieter gegenüber. Unter solchen Voraussetzungen übt ein einzelner Anbieter keinen Einfluss auf den Marktpreis aus, sondern betrachtet diesen als gegeben und entscheidet lediglich, welche Menge er zu diesem Preis bereitstellen will. Die Eintrittsbarrieren in solchen Märkten sind tief und die Marktkonzentration ist gering. Die Veröffentlichung marktrelevanter Informationen ist mit einem geringen Kollisionsrisiko verbunden.

9. Auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung gibt es in der Schweiz mit Alpiq, Axpo, BKW und Repower eine überschaubare Anzahl grosser Anbieter, die den Grossteil des Umsatzes auf sich vereinen (hohe Marktkonzentration). Zudem ist es aufgrund der beschränkt vorhandenen möglichen Standorte für neue grosse Produktionsanlagen – sowie der zurzeit sehr volatilen Marktpreise – für aktuelle und potenzielle Konkurrenten anspruchsvoll, neu in den Markt einzutreten (hohe Eintrittsbarrieren) resp. die bisherige Marktstellung wesentlich auszubauen. Dabei sind insbesondere auch die verlorenen Vorlaufkosten und die sehr lange Lebensdauer der Anlagen zu berücksichtigen. Ferner haben Anlagen mit niedrigen Grenzkosten in der Regel wesentliche Grössenvorteile im Verhältnis zum bedienten Markt. Hinzu kommt, dass sich aufgrund der regulatorischen Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 sowie Art. 13 Abs. 1 StromVG³) lediglich 1 % der Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz – rund 35 000 stromintensivere Unternehmen – auf dem freien Markt befinden und ihren Stromlieferanten frei wählen können. Weiter bestehen diverse langjährige Kundenbeziehungen zwischen grossen EVU und kleineren Versorgern, die gebundene Endkundinnen und Endkunden beliefern. Daneben gibt es aufgrund der Tatsache, dass sich die EVU in der Schweiz mehrheitlich im Eigentum der Kantone und Gemeinden befinden, zahlreiche gesellschaftsrechtliche Beteiligungen sowie Verflechtungen zwischen den ein-

zelnen Akteuren im Bereich der Energieversorgung. Zusammenfassend finden sich auf den relevanten Märkten keine atomistische Marktstrukturen. Vielmehr weisen diese Märkte verschiedene oligopolistische Merkmale auf.

10. In einer solchen Marktconstellation geschäftsrelevante Informationen (z. B. zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügbare Speicher- und Produktionskapazitäten) zu veröffentlichen, reduziert die strategische Unsicherheit über das aktuelle bzw. künftige Verhalten von Konkurrenten und erleichtert die Koordination (oder auch die Überwachung, ob eine bestehende kollusive Vereinbarung eingehalten wird) zwischen den Marktakteuren. Die erhöhte Transparenz infolge der angedachten Publikationsverpflichtungen der grossen Marktakteure über die Kapazitäten und den Einsatz ihrer Infrastruktur droht damit den Wettbewerb zu behindern.

11. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die EU den Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der Schweiz im Strombereich unter anderem davon abhängig macht, dass die Inhalte der sog. REMIT-Verordnung in das nationale Recht übernommen werden. Zurzeit hat sich die Schweiz hierzu nicht verpflichtet. Im Übrigen macht die EU den Abschluss eines Abkommens davon abhängig, dass die Schweiz zuvor mit ihr die institutionellen Fragen klärt. Nach Abbruch der Verhandlungen über ein Rahmenabkommen ist zurzeit nicht absehbar, ob und wann die Verhandlungen über ein Stromabkommen wieder aufgenommen werden. Betreffend die Einführung von Verpflichtungen zur Veröffentlichung von Insiderinformationen muss die Schweiz die Vorgaben der EU zum heutigen Zeitpunkt folglich nicht zwingend übernehmen. Ein Art. 4(1) der REMIT-Verordnung entsprechender Passus sollte somit zum heutigen Zeitpunkt nicht in das Schweizer Recht übernommen werden, solange nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich dies gesamthaft betrachtet für die Entwicklung des Wettbewerbs in den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel als nachteilig erweisen könnte. Unabhängig von den unklaren Auswirkungen der geforderten Transparenz auf den Wettbewerb ist auch sonst *prima vista* kein Mehrwert der Offenlegungspflichten in Art. 4 GATE ersichtlich. Das Ziel, den Insiderhandel zu verhindern, kann bereits durch die Übermittlung der Insiderinformationen (gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1 Bst. e GATE) an die EICom gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. b GATE erreicht werden. Eine darüberhinausgehende Veröffentlichung von allenfalls wirtschaftlich sensiblen Marktinformationen generiert keinen ersichtlichen Mehrwert, zumal es die Aufgabe der EICom sein wird, den Schweizer Energiegrosshandelsmarkt im Hinblick auf Marktmanipulation und Insiderhandel zu überwachen.

¹ Vgl. RPW 2022/3, 585 ff., Plattform Valuu der PostFinance AG; RPW 2020/2, 426 Rz 19, Credit Exchange AG; RPW 2019/2, 295 Rz 90, SIA-Honorarordnungen; RPW 2011/4, Abschnitt II, S. 517, Benchmarking Hypothekarzinsmargen, m. w. H.; RPW 2007/1, 166 f. Rz 212, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich, m. w. H. Vgl. auch Stellungnahme WEKO vom 2. Juli 2019 im Rahmen der Vernehmlassung zur Reform Regionaler Personenverkehr und Stellungnahme WEKO vom 28. April 2022 im Rahmen der Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Mobilitätsdateninfrastruktur (MODIG).

² Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

12. Vor diesem Hintergrund ersuchen wir das BFE, allfällige Vor- und Nachteile aufgrund der erhöhten Transparenz, welche aus den Veröffentlichungspflichten der Marktakteure resultieren würden, in der Botschaft basierend auf den konkreten Marktverhältnissen in der Schweiz auszuweisen. Alternativ ist vorzusehen, dass die Insiderinformationen (gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1 Bst. e GATE) lediglich an die ECom überwiesen werden. Insbesondere ist auch aufzuzeigen, worin der Mehrwert einer Veröffentlichung von Insiderinformationen gegenüber der Mitteilung dieser Insiderinformationen an die ECom bestehen soll.

13. Abschliessend ist dazu festzuhalten, dass sich das Sekretariat bewusst ist, dass aus Sicht der EU die Übernahme von REMIT in die Schweizer Rechtsordnung eine der Bedingungen für den möglicherweise zukünftigen Abschluss eines bilateralen Stromabkommens darstellt. Ein bilaterales Stromabkommen soll u. a. Schweizer Unternehmen den Marktzugang in der EU erleichtern, was aus wettbewerblicher Sicht zu begrüssen wäre. Welche – möglicherweise in einem anderen Kontext unerwünschten – Bestimmungen die Schweiz im Hinblick auf ein zukünftiges Stromabkommen zu übernehmen bereit ist, ist vorab eine politische Frage. Es kann jedoch auch nicht im Sinne der EU sein, dass eine undifferenzierte Übernahme ihrer Regelungen auf einen Staat mit anderem Wettbewerbsumfeld zu einer möglichen Kartellierung eines wichtigen Industriezweigs in diesem Staat führt.

Kriterien für die Festsetzung der Aufsichtsabgabe (Art. 10 Abs. 3 GATE)

Antrag:

Die Aufsichtsabgabe für die Marktakteure sei *einzig* basierend auf dem Volumen der Transaktionen mit schweizerischen Energiegrosshandelsprodukten oder, falls dieses nicht bekannt ist, auf dem Bruttoertrag festzusetzen. Art. 10 Abs. 3 GATE sei in diesem Sinne anzupassen.

Begründung:

14. In Art. 10 Abs. 3 GATE werden die Kriterien für die Festsetzung der Aufsichtsabgabe für die einzelnen Aufsichtsbereiche aufgezählt. Gemäss dem erläuternden Bericht zu dieser Bestimmung umfassen diese Kriterien mehrere Kennzahlen für das *Volumen der Handelstätigkeit*, nämlich die Bilanzsumme, das Volumen der Transaktionen mit schweizerischen Energiegrosshandelsprodukten und den Bruttoertrag. Auf diese Weise werde der allgemeine Aufwand für die Aufsicht, der den Marktakteuren nicht einzeln zugeordnet werden kann, mit dem *Umfang der Handelstätigkeit* der Marktakteure in Bezug gesetzt. Eine Aufschlüsselung dieses Aufwands abhängig vom *Volumen* sei schlüssig, denn es sei davon auszugehen, dass die Aufsicht über grosse Unternehmen seitens der Aufsichtsbehörde mehr Personalaufwand verursache als die Aufsicht über kleinere Unternehmen.⁴ Trotz dieser Erwägungen in Bezug auf den Umfang der Handelstätigkeit sieht Art. 10 Abs. 3 GATE vor, dass die Aufsichtsabgabe nach der *Bilanzsumme* und dem Volumen der Transaktionen mit schweizerischen Energiegrosshandelsprodukten festgesetzt wird.

15. Übermässige Belastungen für bestimmte Marktakteure aufgrund der Ausgestaltung der Aufsichtsabgabe könnten zu Wettbewerbsverzerrungen im Bereich des Energiegrosshandels führen. Als Bilanzsumme gilt die Summe aller bilanzierten Vermögensgegenstände (Aktiva) beziehungsweise die Summe aller Kapitalpositionen (Passiva) zum jeweiligen Bilanzstichtag. Wenn auf die Bilanzsumme eines Marktakteurs abgestellt wird, auf den das GATE zur Anwendung kommt, könnten Unternehmen, die nicht nur im Energiegrosshandel sondern auch in weiteren Geschäftsbereichen tätig sind, gegenüber anderen Marktakteuren übermässig mit Kosten belastet werden. Dies betrifft beispielsweise Akteure, die für den Netzbetrieb zuständig sind und deren Netzinfrastruktur in erheblichem Umfang in das Anlagevermögen einfließt. Der Wert der Netzinfrastruktur hat jedoch keinen Einfluss auf den Umfang der Handelstätigkeit eines Unternehmens. Die WEKO schlägt daher vor, dass auf die Bilanzsumme als Kennzahl zur Bestimmung der Höhe der Aufsichtsabgabe für die Marktakteure zu verzichten sei.

⁴ UVEK, Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten (GATE), erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 16.12.2022, S. 30.

B 7 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

B 7 1. Arrêt du 14 août 2023 du Tribunal cantonal vaudois – Santé publique

Arrêt GE.2022.0275 du 14 août 2023 de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois en la cause 1. A. _____ à [...], 2. B. _____ à [...] représentées par [...], Département de la santé et de l'action sociale (DSAS), à Lausanne, autorité intimée, Commission de la concurrence (COMCO), à Berne, autorité concernée. Objet : Santé publique. Recours A. _____ et consorts c/ décision du Département de la santé et de l'action sociale du 14 octobre 2022 refusant la demande de A. _____ d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation.

Résumé contenant:

Recours contre la décision du DSAS rejetant une demande d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation d'une organisation de soins à domicile (OSAD) en faveur de la recourante 1. Objet de la contestation portant également sur l'examen de l'octroi en faveur de la recourante 2 de l'autorisation d'exploiter dite OSAD au regard de la LMI. Preuve apportée que l'exploitation d'une OSAD est licite dans le canton de provenance de la recourante 2, si bien que l'autorité intimée ne pouvait restreindre le libre accès au marché que pour préserver un intérêt public prépondérant aux conditions de l'art. 3 LMI. Conditions non réalisées en l'espèce. L'autorité intimée ne pouvait pas sans violer le droit fédéral exiger de la recourante 2 qu'elle dispose d'une personne au bénéfice d'une autorisation de diriger conformément à la réglementation du canton de Vaud. Annulation de la décision contestée et renvoi de la cause à l'autorité intimée afin qu'elle octroie l'autorisation d'exploiter une OSAD.

Vu les faits suivants:

A. Le 22 avril 2021, B. _____ (ci-après: la Société, puis la recourante 2), dont le siège est à [...] (TG), a déposé pour elle-même, auprès de la Direction générale de la santé (ci-après: DGS), par l'intermédiaire de ses mandataires, une demande d'exploiter une organisation de soins à domicile (ci-après: OSAD) dans le canton de Vaud, en se fondant sur la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). A cet égard, la Société précisait qu'elle était déjà au bénéfice d'une autorisation d'exploitation du canton de Bâle-Ville accordée par décision du 19 février 2020. Elle ajoutait que cette décision avait été modifiée le 7 décembre 2020, en raison d'un changement de personnel, et que celle-ci désignait désormais A. _____ (ci-après: l'intéressée, puis la recourante 2) comme personne responsable. La Société indiquait également que l'intéressée possédait

déjà une autorisation de pratiquer des cantons de Lucerne et Neuchâtel et que ses compétences linguistiques avaient déjà été vérifiées.

B. Par courrier également daté du 22 avril 2021, reçu selon l'intéressée et la Société, le 28 septembre 2021, la DGS a informé la Société qu'au vu de l'entrée en vigueur du nouveau règlement sur les OSAD au 1^{er} juillet 2021, il était nécessaire de lui adresser un nouveau dossier. La Société était également rendue attentive au fait que toute personne voulant déposer une demande d'autorisation d'exploiter une telle organisation devait être au bénéfice d'une autorisation définitive de diriger.

C. Le 30 décembre 2021, l'intéressée, par ses représentants, a déposé une demande d'autorisation de diriger pour le responsable d'exploitation.

Le 3 février 2022, la DGS a informé l'intéressée que celle-ci n'était pas au bénéfice d'une formation certifiante et qu'elle ne remplissait partant pas l'entier des exigences légales requises pour une telle autorisation. La DGS lui proposait de suivre différents modules auprès d'Espace compétences, tels que "Droit de la santé, du travail et du patient", "Gestion financière", "Qualité" ou encore "Système de santé et doit Suisse", en précisant qu'au terme de ces modules, elle serait en mesure de lui délivrer une autorisation définitive de diriger. La DGS relevait également qu'il était aussi possible de lui soumettre le dossier d'une personne remplissant l'ensemble des conditions requises.

Par courrier du 24 mars 2022, l'intéressée, par ses mandataires, a rappelé à la DGS qu'elle était déjà la directrice responsable ou la responsable des soins infirmiers dans plusieurs cantons pour des OSAD. A cette occasion, elle produisait les autorisations d'exploiter une OSAD délivrées par les cantons du Valais et de Bâle-Ville qui la désignaient comme personne responsable des soins.

Dans un écrit du 27 avril 2022 adressé à la DGS, la Commission de la concurrence (COMCO) a rappelé que la LMI devait être respectée et a invité le canton de Vaud à accorder les autorisations d'exercer aux OSAD extracantonales qui en faisaient la demande lorsque celles-ci étaient déjà au bénéfice d'une autorisation délivrée par le lieu de provenance. Selon elle, la présente situation était susceptible de constituer une violation de la LMI.

D. Le 30 juin 2022, se plaignant de l'inaction de la DGS, l'intéressée et la Société ont requis l'octroi des autorisations en cause.

Par décision du 14 octobre 2022, la Cheffe du Département de la santé et de l'action sociale (ci-après: DSAS) a rejeté la demande d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation de l'OSAD B. _____ présentée par A. _____.

E. Par acte du 18 novembre 2022, A. _____ et B. _____, agissant par leurs représentants, ont déposé un recours auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (ci-après: le Tribunal cantonal) en concluant, en substance, sous suite de frais et dépens, à titre principal, à l'annulation de la décision précitée du 14 octobre 2022 et à l'octroi des autorisations de diriger en qualité de responsable d'exploitation et d'exploitation d'une OSAD. A titre subsidiaire, elles demandaient le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. Invoquant l'art. 10 al. 2 LMI, les recourantes requéraient également la mise en œuvre d'une expertise par la COMCO, visant à examiner la conformité du refus d'autorisation en cause avec la LMI.

Dans son expertise du 30 janvier 2023, effectuée à la demande du Tribunal cantonal, la COMCO est arrivée à la conclusion que les recourantes bénéficiaient d'un droit au libre accès au marché au sens de l'art. 2 al. 1 et 3 LMI et que celui-ci leur avait été nié par le DSAS de manière contraire à la LMI.

Dans sa réponse du 1er mars 2023, la DGS a conclu au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable. Les recourantes ont répliqué le 24 mars 2023, en indiquant s'en tenir aux explications données dans le recours.

Sur requête du juge instructeur, les recourantes ont notamment produit une autorisation délivrée à la recourante 2 par le canton de Thurgovie, datée du 2 septembre 2021.

Considérant en droit:

1. a) La recourante 1, destinataire de la décision attaquée de refus d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation, est directement atteinte par celle-ci. Il en va de même pour la recourante 2, qui a déposé la demande initiale d'autorisation d'exploiter une OSAD et dont l'une des conditions d'octroi est l'obtention de la première autorisation citée.

Certes, l'art. 74 al. 1 let. a de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) requiert que la personne recourante ait pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ait été privée de la possibilité de le faire. Il apparaît toutefois clairement que la recourante 1 a déposé la demande d'autorisation de diriger en cause dans le but de permettre l'octroi de l'autorisation d'exploitation à la recourante 2 et on ne pouvait pas attendre de cette dernière qu'elle intervienne au stade du dépôt de la demande d'autorisation de diriger. Dans les présentes circonstances, il convient de reconnaître la qualité pour recourir également à la recourante 2. Retenir le contraire relèverait du formalisme excessif.

b) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une

manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. Le juge n'entre donc pas en matière, sauf exception, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 144 II 359 consid. 4.3; arrêt CDAP FI.2022.0041 du 26 janvier 2023 consid. 2a).

En l'occurrence, la décision attaquée refuse d'octroyer à la recourante 1 une autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation. Elle ne porte pas (directement) sur la demande d'autorisation d'exploitation d'une OSAD déposée par la recourante 2. En lien avec l'objet de la contestation, il se pose dès lors la question de la recevabilité de la conclusion des recourantes liée à cette dernière autorisation.

La présente situation a toutefois ceci de particulier, que le litige porte en premier lieu sur la question de savoir si l'autorité intimée pouvait, sans violer le droit fédéral, procéder à l'examen des critères professionnels et personnels d'autorisation et, en particulier, exiger de la recourante 2 qu'elle dispose d'une personne au bénéfice d'une autorisation de diriger conformément à la réglementation du canton de Vaud. Cette question concerne donc implicitement l'examen des conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter une OSAD au regard de la LMI. Dans la décision attaquée, le DSAS retient d'ailleurs que "les conditions posées aux art. 147 al. 1 let. a LSP [loi cantonale du 29 mai 1985 sur la santé publique; BLV 800.01] et 148 al. 1 let. a LSP étant interdépendantes, l'autorisation d'exploiter pourra lui être délivrée lorsque le dossier de [la recourante 1] répondra aux conditions pour se voir délivrer l'autorisation de diriger" (ch. II/4.10). Cette formulation met en lumière le lien direct entre l'autorisation de diriger et celle d'exploiter en cause. Dès lors, dans les présentes circonstances, il faut admettre que l'objet de la contestation porte également sur la question de l'octroi d'une autorisation d'exploiter une OSAD. La conclusion s'y référant est partant recevable. Sur le vu de l'issue du litige, une telle approche se justifie également sous l'angle de l'économie de la procédure (cf. infra consid. 4).

c) Au surplus, dirigé contre une décision rendue par une autorité administrative qui n'est pas susceptible de recours devant une autre autorité et déposé dans le délai légal, le recours satisfait aux autres exigences formelles posées par la loi si bien qu'il convient d'entrer en matière (art. 75, 79, 92, 95 et 99 LPA-VD).

2. a) Les recourantes se plaignent d'une violation de la liberté d'accès au marché, en invoquant l'art. 2 LMI. Elles mettent en avant que d'autres cantons ont autorisé la recourante 1 à diriger une OSAD et la recourante 2 à exploiter une telle organisation.

b) L'art. 1 al. 1 LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite

dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références citées).

Des restrictions sont possibles aux conditions de l'art. 3 LMI. Toutefois, l'équivalence des réglementations cantonales et communales sur l'accès au marché est présumée (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références citées). Il appartient à l'autorité de destination de renverser la présomption d'équivalence (arrêt TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4; cf. également la recommandation de la COMCO du 27 mai 2019 sur les professions de la santé [ci-après: recommandation sur les professions de la santé] n° 8). L'existence de conditions d'autorisation différentes ou plus strictes dans le canton de destination que celles applicables dans le canton de provenance ne suffit pas en soi à renverser la présomption d'équivalence; il faut établir que la réglementation du premier canton ne suffit pas à protéger l'intérêt public visé (ATF 135 II 12 consid. 2.4; recommandation sur les professions de la santé n° 8). Tant que la présomption n'est pas levée, les intérêts publics prépondérants doivent être considérés comme étant suffisamment protégés par le biais de l'art. 3 al. 2 let. a LMI (arrêt TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4) et le canton de provenance ne peut pas procéder à "une nouvelle procédure d'admission", par exemple en vérifiant (à nouveau) les compétences professionnelles du requérant, sauf si des indices concrets devaient révéler que les conditions d'octroi n'ont jamais été respectées dans le canton de provenance ou qu'elles ne le seraient plus depuis lors (ATF 135 II 12 consid. 2.4; recommandation sur les professions de la santé n° 9).

c) La LMI vise ainsi à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes. Elle pose le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, qui est qualifié par la doctrine de "pierre angulaire" de la LMI. Cette volonté de garantir le libre accès au marché a été renforcée par la modification de la LMI du 16 décembre 2005, au travers de laquelle le législateur a tenu, en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, à consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références).

Le droit du lieu de provenance est le droit applicable au territoire d'où la marchandise, le service ou la prestation de travail proviennent. Il se confond avec le droit où l'offreur externe a son siège ou son établissement (art. 1 et 2 al. 3 LMI; arrêt TF 2C_84/2019 du 20 septembre 2019 consid. 5.1; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 91 s. ad art. 1 LMI).

d) Dans la décision attaquée, le DSAS relève que la LSP impose que le responsable de l'OSAD soit au bénéfice d'une autorisation de diriger (art. 148 al. 4 LSP) et qu'il s'agit donc d'un "prérequis avant de pouvoir aspirer à bénéficier d'une autorisation d'exploiter une [OSAD]". Il ajoute que l'exigence de disposer d'un responsable au bénéfice d'une formation certifiante repose sur les art. 148 et 149 LSP, 9 du règlement du 16 juin 2021 sur les organisations d'aide et de soins à domicile (ROSAD; BLV 801.15.1) et 1 de la Directive du 1er juillet 2021 sur

les organisations d'aide et de soins à domicile (Directive OSAD). Cette exigence est selon lui fondée sur des motifs de sécurité sanitaire impérieux. En substance, le DSAS estime que les conditions de l'art. 3 al. 1 LMI sont remplies dès lors que cette exigence s'applique aux offreurs locaux et qu'elle est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecte le principe de la proportionnalité. Le DSAS indique que "le fait que l'intéressée ait été autorisée à des titres divers et que des autorisations d'exploiter aient été délivrées par d'autres cantons ne libère pas le canton de Vaud de son obligation de s'assurer que cette personne remplit les exigences requises par le droit fédéral et la législation vaudoise sur la santé". Il relève notamment qu'une OSAD exerçant sur le territoire de plusieurs cantons doit garantir qu'elle dispose du personnel en suffisance pour déployer son activité dans le canton de Vaud, en particulier s'agissant des postes de responsables. Le DSAS estime qu'il ne peut pas renoncer à un tel contrôle, au risque de mettre en danger la qualité des soins prodigués et la sécurité des patients.

e) Dans son expertise du 30 janvier 2023, la COMCO relève que l'accès au marché des OSAD n'est pas réglementé au niveau fédéral et que le présent cas, qui concerne une demande d'accès au marché intercantonal, tombe dans le champ d'application de la LMI. Selon lui, l'autorité précédente a violé cette loi, en appliquant à tort le droit cantonal vaudois comme dans le cas d'une première autorisation intracantonale. En outre, la COMCO reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir tenu compte de la LMI et de ne pas avoir évalué correctement les critères pour restreindre l'accès au marché, ni démontré leur existence. La COMCO considère que les recourantes bénéficient d'un droit d'accès au marché vaudois au sens de l'art. 2 al. 1 et 3 LMI du moment qu'elles exercent de manière licite leur profession, entre autres, dans le canton de Bâle-Ville. Selon elle, l'autorité précédente aurait dû renverser la présomption d'équivalence établie à l'art. 2 al. 5 LMI et, ensuite, procéder à un examen des conditions posées à l'art. 3 LMI, ce qui n'a pas été fait dans la décision attaquée du 14 octobre 2022.

3. a) En l'occurrence, B. _____ a son siège en Suisse et se prévaut d'une autorisation d'exploiter une OSAD obtenue dans un autre canton pour exercer cette activité lucrative dans le canton de Vaud. La présente cause tombe dans le champ d'application aussi bien personnel que matériel et spatial de la LMI (art. 1 LMI; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 94 ss ad art. 1 LMI). L'autorité précédente et la COMCO relèvent à raison que le marché des OSAD n'est pas réglementé au niveau fédéral. Une autre loi fédérale n'entre donc pas en conflit avec l'application de la LMI. Il en irait autrement si la question de l'exercice de la profession d'infirmière faisait l'objet du litige (cf. loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les professions de la santé [LPSan; RS 811.21]; YVES DONZALLAZ, Traité de droit médical, vol. II, 2021, n° 2707 ss), ce qui n'est en l'occurrence pas le cas. Par ailleurs et contrairement à ce que semble retenir le DSAS, l'intérêt public de la santé publique ne s'oppose pas à l'application de la LMI. Il peut en revanche justifier une restriction à l'accès au marché en application de l'art. 3 LMI. Enfin, on peut également rele-

ver que la LMI prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.).

La recourante 2 est au bénéfice d'une autorisation d'exploiter une OSAD délivrée par le canton de Bâle-Ville le 19 février 2020. Cette décision désignait C. _____ comme personne responsable des soins. Les 7 décembre 2020 et 25 février 2021, le canton de Bâle-Ville a modifié cette décision en indiquant A. _____ comme nouvelle personne responsable des soins, avec effet au 1er octobre 2020. Sur la base de l'autorisation précitée du 19 février 2020, la recourante 2 a aussi reçu des autorisations d'exploiter notamment des cantons de Neuchâtel le 27 juillet 2020, de Thurgovie le 1er avril 2021, fondées sur l'art 2 al. 4 LMI (cf. décision du Département des finances et des affaires sociales du canton de Thurgovie du 2 septembre 2021 ch. 1.2) et du Valais le 19 janvier 2022 (autorisation provisoire).

b) Il découle de ce qui précède que la recourante 2 a établi que l'activité qu'elle souhaite exercer dans le canton de Vaud est licite dans le canton où elle a son siège. Certes, le cas d'espèce a ceci de particulier que le canton de Bâle-Ville, qui est le premier canton à l'avoir autorisé à exploiter une OSAD, n'est pas le canton dans lequel elle a son siège. Toutefois, cette particularité ne saurait jouer en défaveur de la recourante 2. En effet, l'autorisation accordée par le canton de Thurgovie, fondée sur la LMI, confirme que l'exploitation de l'OSAD est dans ce canton licite, que les réglementations bâloises, thurgoviennes peuvent être présumées équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et qu'il n'existait pas de motif de restreindre l'accès au marché (art. 3 LMI). Une telle approche est en outre conforme avec les buts de la LMI qui visent à garantir un accès libre au marché intérieur Suisse.

La recourante 2 a ainsi prouvé que l'exploitation d'une OSAD était licite dans son canton d'origine. Le DSAS ne pouvait donc restreindre son libre accès au marché que pour préserver un intérêt public prépondérant aux conditions de l'art. 3 LMI.

4. En l'espèce, il ressort de la décision de Bâle-Ville du 19 février 2020 et du droit cantonal auquel elle renvoie (§ 36 al. 2 et 38 Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Stadt du 21 septembre 2011 [GesG; RS-BS 300.100] et §§ 11 à 14 Verordnung über die Fachpersonen und Betriebe im Gesundheitswesen du 6 décembre 2011 [Bewilligungsverordnung; RS-BS 310.120]) que le canton de Bâle-Ville, contrairement au canton de Vaud, ne prévoit pas l'exigence de disposer d'une personne responsable qui soit au bénéfice d'une autorisation de diriger. Cette exigence doit ainsi être considérée comme une condition nouvelle au sens de l'art. 3 al. 1 LMI. Comme déjà mentionné, il incombait alors au DSAS de démontrer que le respect de cette condition était justifié par un intérêt public prépondérant (art. 3 al. 1 let. b et c et al. 2 LMI; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 33 ad art. 2 I-VI LMI) et d'établir en particulier que la protection du droit du lieu de provenance était insuffisante (art. 3 al. 2 let. a LMI) et que l'expérience acquise par les recourantes sur le lieu de provenance n'offrait pas une protection suffisante des intérêts publics en cause (art. 3 al. 2 let. d LMI; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 39 et 41 ad art. 3 LMI).

Or, dans le cas présent, le DSAS se réfère à la réglementation du canton de Vaud, en particulier aux règles qui imposent l'existence d'une personne titulaire d'une autorisation de diriger. Contrairement à ce que prévoit la LMI, il n'examine pas la réglementation du canton de Bâle-Ville, voire celle du canton de Thurgovie et se contente d'indiquer qu'il existerait "de grandes différences entre la Suisse romande et la Suisse alémanique en matière de politique sanitaire et d'exigences à respecter par les fournisseurs de prestations pour s'y conformer". Il ne présente pas non plus d'indices permettant de retenir que les conditions d'octroi du lieu de provenance ne seraient pas ou plus respectées. Le DSAS invoque certes la protection de la santé publique, qui est indéniablement un intérêt public prépondérant (ATF 135 II 12 consid. 2.4; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 13 et 18 s. ad art. 3 LMI), mais il ne démontre pas en quoi la réglementation du canton de provenance ne permettrait pas d'assurer la garantie de cet intérêt, comme l'impose l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Il n'explique pas non plus, et on ne voit pas pour quel motif, une autorisation de diriger, aux conditions des art. 148 et 149 LSP, 9 ROSAD et 1 Directive OSAD, serait indispensable à la sauvegarde des intérêts publics qu'il mentionne en lien avec la santé publique (assurer la qualité des soins et la sécurité des patients). Enfin, le DSAS ne saurait se prévaloir de considérations liées à la politique économique pour justifier une restriction à l'accès au marché, que ce soit sous l'angle de la LMI (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 31 ad art. 3 LMI) ou sous celui de la liberté économique (art. 27 Cst.; arrêt TF 2C_441/2015 du 11 janvier 2016 consid. 7.1.1).

Dans ces circonstances, le DSAS ne pouvait pas s'opposer à l'octroi d'une autorisation d'exploiter, ni requérir une autorisation de diriger comme condition supplémentaire au sens de l'art. 3 al. 1 LMI.

En outre, la recourante 2 exploite déjà des OSAD dans d'autres cantons, dans celui de Bâle-Ville depuis 2020, avec la recourante 1 comme responsable des soins. Les recourantes disposent ainsi d'une expérience dans la gestion d'une OSAD depuis 2020, dans divers canton (y compris dans des cantons romands), et l'autorité précédente n'expose pas en quoi les expériences accumulées par celles-ci ne permettraient pas de protéger suffisamment l'intérêt public en cause. On relèvera par ailleurs que le DSAS ne remet pas en question les compétences de la recourante 1, qui est au bénéfice d'une autorisation d'exercer la profession d'infirmière délivrée le 19 janvier 2021 par le canton de Bâle-Ville, conformément à la LPSan et à la Bewilligungsverordnung du canton de Bâle-Ville, pour officier en tant que responsable des soins. Sur le vu de ces éléments, l'exigence d'être titulaire d'une autorisation de diriger ne respecte pas non plus le principe de la proportionnalité (cf. art. 3 al. 2 let. d LMI).

5. Comme le relève la COMCO, le fait que le domaine de la santé et en particulier le domaine libéral des OSAD reste soumis aux principes de la liberté d'accès au marché ne signifie pas que la protection de la santé publique ne peut être prise en considération une fois l'accès au marché autorisé. Une autorisation d'exploiter fondée sur la LMI ne s'oppose en particulier pas à la vérification du respect des conditions d'octroi (au sens de la législation

du canton de provenance) et du bon fonctionnement de l'institution en cours d'exercice.

6. Le DSAS se réfère en vain aux règles concernant l'admission des fournisseurs de prestation de pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (cf. art. 35 al. 2 let. e et 36 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal; RS 832.10]; art. 51, 58a s. de l'ordonnance fédérale du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie [OAMal; RS 832.102; art. 143g al. 2 LSP). En effet, comme le relève la COMCO dans son expertise, ces règles ne concernent pas l'accès au marché et portent sur une procédure distincte.

7. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision du 14 octobre 2022 annulée. La cause sera renvoyée à l'autorité précédente afin qu'elle prononce une autorisation d'exploiter une OSAD en faveur de la recourante 2. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les autres griefs des recourantes. En particulier, leur grief portant sur une violation du devoir de célérité imposé par l'art. 3 al. 4 LMI n'a pas à être tranché, les recourantes ne présentant pas de conclusion en lien avec cette violation.

L'arrêt est rendu sans frais. Les recourantes, assistées par un mandataire professionnel, ont droit à des dépens (art. 49, 52 al. 1, 55, 91 et 99 LPA-VD).

Par ces motifs

la Cour de droit administratif et public

du Tribunal cantonal

arrête:

- I. Le recours est admis.
- II. La décision rendue le 14 octobre 2022 par le Département de la santé et de l'action sociale est annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III. Il n'est pas perçu d'émolument.
- IV. L'Etat de Vaud, par l'intermédiaire du Département de la santé et de l'action sociale, versera aux recourantes une indemnité de 2'000 (deux mille) francs à titre de dépens.

Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint, ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

[Droit de recours]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BB Bundesbeschluss
 BBI Bundesblatt
 BG Bundesgesetz
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
 BGer Bundesgericht
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
 BR Bundesrat
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
 BV Bundesverfassung
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne
 CE Conseil des Etats
 CF Conseil fédéral
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
 CO Code des obligations
 Cost. Costituzione federale
 CPC Code (cantonal) de procédure civile
 CPS Code pénal suisse
 cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
 DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
 FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
 HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
 JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
 LF Loi fédérale / Legge federale
 LL Legge federale sul lavoro
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 591
- abgestimmte Verhaltensweise 590 ff., 594, 658 f., 663, 668 f., 675
- Abrede 563, 589 ff., 594 ff., 612, 635, 637, 657 ff., 667 ff., 675 ff., 681, 693, 700
- Acquiring -
- Anhörung -
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 681
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 615, 661, 677
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 619
- Erheblichkeit 601, 603 f., 660, 664, 677
- Exklusivvertrieb 602
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 689
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 598, 613, 637, 671, 679 f., 686, 690 f., 704
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 608
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 642, 644 ff., 650 ff.
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 606, 613, 617 f., 621, 635 ff., 641, 647, 652 f., 683 f., 688, 691 693, 695, 697, 700, 705, 708
- Marktgegenseite 598 f., 613 f., 617, 636 ff., 648, 650, 660, 671, 683, 686 f., 692
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 600, 660, 674 f., 722
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 639, 680 ff., 686, 689 ff., 695 ff., 705, 707, 721
- Missbrauch 606, 613 f., 618, 621, 635 ff., 641 f., 647, 650, 667, 716 f.
- N**
- Netzwerk 607, 706
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 615
- Preisabrede 589 f., 595 f., 601, 604, 659, 661, 665, 670 ff.
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 566, 579, 582 f., 585 ff., 595 f., 600, 655
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen -
- Senkung Herstellkosten
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife -

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 598, 601, 604 f., 613, 615 f., 618, 621, 637,
642, 644 ff., 651 ff., 686

unzulässige Wettbewerbsabrede 667 f., 677

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 667 f., 670, 672, 721 ff.

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 589, 662, 667, 682

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -
