



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

**2021/2**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 120.- Ausland (portofrei)  
(Form: 727.000.21/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

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

---

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

2021/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2021

---

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

<sup>1</sup> 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.

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence <sup>1</sup>
	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	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>1</sup> 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.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice	2021/2
<b>B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa</b>	
<b>B 2 Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2. Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
1. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung	306
2. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen	401
<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
1. SPAR Holding AG/Store Service AG	425
2. Liberty Global/Sunrise	436
3. Aventinus/Heidi Media	496
4. TX Group/Immowelt Schweiz	503
5. PAI Partners/Apleona Group	521
6. Daimler AG/Motorsports Invest Limited/INEOS/Mercedes-Benz Grand Prix Limited	525
7. Bain Capital/Cinven Capital Management (VII)/Lonza Speciality Ingredients	527
<b>6. Empfehlungen</b> <b>Recommandations</b> <b>Raccomandazioni</b>	
1. Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen	529
<b>B 3 Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1. Zwischenentscheid vom 13. Mai 2020 – Verfügung vom 16.12.2019 in Sachen Untersuchung «Swatch Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung», vorsorgliche Massnahme	542
2. Urteil vom 14. Juli 2020 – Beschwerde gegen Nichteintreten auf Anträge im Verfahren 32-0224 gegen The Swatch Group AG	552
<b>B 4 Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1. Urteil vom 28. März 2021 – Zugang zu Verfahrensakten zugunsten von mögl. geschädigten Beschaffungsstellen	559
2. Auszug aus dem Urteil vom 28. März 2021 – Zugang zu Verfahrensakten zugunsten von mögl. geschädigten Beschaffungsstellen	568
3. Urteil vom 4. Februar 2021 – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen), Beschwerde gegen das Urteil des BVGer vom 19. Dezember 2017	569
<b>B 7 Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1. Beschluss des Kantonsgerichts von Graubünden vom 20. Mai 2021 betreffend Gegenstand Widerhandlung gegen das UWG	586
<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	596
<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	598

## B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

### B 2 **Wettbewerbskommission** **Commission de la concurrence** **Commissione della concorrenza**

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung</b>

<i>Verfügung vom 13. Juli 2020 in Sachen Untersuchung 32-0224 gemäss Art. 27 KG betreffend Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung wegen allfälliger Wiedererwägung der Verfügung vom 21. Oktober 2013 in Sachen Swatch Group Lieferstopp gemäss Art. 30 Abs. 3 KG gegen 1. The Swatch Group AG, in Biel, vertreten durch [...], 2. Sellita Watch Co S.A., in La Chaux-de-Fonds, vertreten durch [...]</i>	A.2.9.2 Sellita	319
	A.2.10 Überweisung an WEKO, Anhörung von Sellita und Entscheid der WEKO	320
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>B Erwägungen</b>	<b>321</b>
<b>A Verfahren</b>	<b>B.1 Rechtsgrundlage</b>	<b>321</b>
A.1 Vorgeschichte	B.2 Formelles	321
A.1.1 Relevante Marktakteure	B.2.1 Eintreten auf Geschäft gemäss Antrag des Sekretariats	321
A.1.2 Untersuchungseröffnung und -gegenstand	B.2.2 Kein Eintreten auf Anträge von Sellita betreffend Assortiments	321
A.1.3 Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013	B.2.3 Kein Eintreten auf Anträge von Sellita betreffend Service Après-Vente	322
A.1.4 Erstes Wiedererwägungsverfahren	B.2.4 Keine weiteren Untersuchungsmaßnahmen durch das Sekretariat	323
A.2 Vorliegendes Wiedererwägungsverfahren	B.2.5 Anspruch auf rechtliches Gehör	323
A.2.1 Untersuchungseröffnung und -gegenstand	B.3 Materielles	324
A.2.2 Parteistellung von Sellita und Beteiligung Dritter an der Untersuchung	B.3.1 Allgemeines zur Wiedererwägungsprüfung	324
A.2.3 Marktbefragung	B.3.2 Vorbemerkungen zur Wiedererwägungsprüfung in casu	324
A.2.4 Ausführungen und Anträge von Swatch Group	B.3.3 Ausgangslage: Ursprünglicher Entscheid – Zentrale Feststellungen	325
A.2.5 Ausführungen und Anträge von Sellita	B.3.3.1 Marktbeherrschende Stellung von ETA	325
A.2.6 Vorsorgliche Massnahmen und anschliessendes Beschwerdeverfahren	B.3.3.2 Kurzfristiger Lieferstopp von Swatch Group unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG	329
A.2.7 Geschäftsgeheimnisbereinigung und Gewährung von Akteneinsicht	B.3.3.3 Beseitigung Wettbewerbsbeschränkungen – Genehmigung evR	329
A.2.8 Antrag des Sekretariats	B.3.3.4 Vorbehalte der WEKO – vorliegend zu prüfende Kriterien	330
A.2.9 Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG)	B.3.4 Ergebnisse der Marktbefragung	332
A.2.9.1 Swatch Group	B.3.4.1 Vorbemerkungen	332



B.3.4.2	Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019	336
B.3.4.2.1	Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse	336
B.3.4.2.2	Analyse der Markteintritte	344
B.3.4.2.3	Analyse der Substituierbarkeit	350
B.3.4.2.4	Einschätzung der Marktteilnehmer	358
B.3.4.2.5	Zwischenfazit	362
B.3.4.3	Analyse des Verhaltens der Kunden von ETA	363
B.3.4.3.1	Bezugsverhalten der Kunden von ETA	363
B.3.4.3.2	Entwicklung der Eigenversorgung der Kunden von ETA	370
B.3.4.3.3	Zwischenfazit	374
B.3.4.4	Ausführungen zu Assortiments	375
B.3.4.5	Fazit	378
B.3.5	Voraussetzung für Widerruf oder Änderung des Genehmigungsentscheids nicht gegeben	379
B.3.6	Abweisung der Anträge von Sellita betreffend mechanische Uhrwerke	382
B.3.7	Marktbeherrschende Stellung von ETA	383
B.3.7.1	Vorbemerkungen	383
B.3.7.2	Vorbringen von Swatch Group	383
B.3.7.3	Keine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	384
B.3.7.3.1	Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse	384
B.3.7.3.2	Keine «wesentliche» Änderung	387
B.3.7.4	Fazit	392
B.3.8	Ergebnis	392
B.3.9	Vorsorgliche Massnahmen gelten nicht mehr und Entzug der aufschiebenden Wirkung	393
B.3.10	Kosten	394
<b>C</b>	<b>Dispositiv</b>	<b>394</b>

## A Verfahren

### A.1 Vorgeschichte

#### A.1.1 Relevante Marktakteure

1. Bevor auf die bisher geführten Verfahren eingegangen wird, werden der Übersicht halber zunächst die relevanten Marktakteure sowie deren Marktaktivitäten und die von diesen am Markt angebotenen Produkte beschrieben.

- **The Swatch Group AG** (nachfolgend: Swatch Group) ist eine international tätige Gruppe (Holding) mit Gesellschaftssitz in Neuchâtel (administrativer

Hauptsitz in Biel). Swatch Group verfügt über 37 Tochtergesellschaften im Ausland in rund 50 Ländern und beschäftigt insgesamt über 36'000 Mitarbeiter.<sup>1</sup> Swatch Group ist im Verkauf von Fertiguhren, Schmuck, Uhrwerken und Komponenten tätig; sie fertigt nahezu sämtliche Bauteile, die von ihren achtzehn Uhrenmarken<sup>2</sup> benötigt werden, selbst an. Unternehmen der Swatch Group beliefern zudem auch Dritthersteller von Uhren in der Schweiz und der ganzen Welt mit Uhrwerken und Komponenten.<sup>3</sup> Der weltweite Gesamtumsatz von Swatch Group belief sich im Jahr 2018 auf rund 8,5 Mrd. CHF.<sup>4</sup>

- **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (nachfolgend: ETA) ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group mit Sitz in Grenchen. ETA beschäftigt an elf Produktionsstandorten rund 8'000 Mitarbeiter.<sup>5</sup> ETA ist in der Entwicklung und Produktion von Uhrwerken für Quarzuhren, mechanische Uhren sowie Swatch-Uhren tätig. Im Bereich mechanischer Uhrwerke bietet ETA ein umfangreiches Angebot an Swiss made Uhrwerken an. Dieses unterteilt sich in die Produktlinien Mecaline, Mecaline Specialities und Mecaline Chronographes und besteht aus insgesamt 32 Typen (Kalibern) von mechanischen Uhrwerken.<sup>6</sup> ETA ist mit ihrem Produktangebot in der Lage, mechanische Uhrwerke für beinahe jeden Typ von mechanischen Uhren zu liefern. ETA produziert selber keine mechanischen Uhren und belieferte in der Vergangenheit sowohl zum Swatch Group-Konzern zugehörige Hersteller mechanischer Uhren als auch externe Uhrenhersteller mit mechanischen Uhrwerken.
- **Sellita Watch Co S.A.** (nachfolgend: Sellita) mit Sitz in La Chaux-de-Fonds beschäftigt an drei Produktionsstandorten (im In- und Ausland) rund 500 Mitarbeiter.<sup>7</sup> Sellita ist in der Entwicklung und Herstellung von mechanischen Uhrwerken tätig. In diesem Bereich bietet Sellita neun Kaliberfamilien an.<sup>8</sup> Auch Sellita produziert selber keine mechanischen Uhren und zu ihrem Unternehmen gehören weder Uhrenhersteller, noch ist sie mit solchen verbunden oder affiliert. Sellita beliefert daher ausschliesslich externe Uhrenhersteller mit mechanischen Uhrwerken.

<sup>1</sup> Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Swatch\\_Group](https://de.wikipedia.org/wiki/Swatch_Group) (13.7.2020).

<sup>2</sup> 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, Calvin Klein (Mittleres Preissegment) sowie Swatch und Flik Flak (Basissegment). Vgl. Geschäftsbericht der Swatch Group 2018, S. 4, [https://www.swatchgroup.com/sites/default/files/media-files/2018\\_annual\\_report\\_complete\\_de\\_1.pdf](https://www.swatchgroup.com/sites/default/files/media-files/2018_annual_report_complete_de_1.pdf) (13.7.2020).

<sup>3</sup> Vgl. <https://www.swatchgroup.com/de/swatch-group-im-ueberblick> (13.7.2020).

<sup>4</sup> Vgl. Geschäftsbericht Swatch Group 2018 (Fn 2), S. 10.

<sup>5</sup> Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/ETA\\_SA](https://de.wikipedia.org/wiki/ETA_SA) (13.7.2020).

<sup>6</sup> Vgl. <https://www.eta.ch/de/unsere-produkte/mechanische-uhrwerke> (13.7.2020).

<sup>7</sup> Vgl. <https://www.letemps.ch/economie/miguel-garcia-sellita-va-sagran-dir-2018> (13.7.2020).

<sup>8</sup> Vgl. <http://sellita.ch/index.php/de/katalog> (13.7.2020).

- **Nivarox-FAR S.A.** (nachfolgend: Nivarox) ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Swatch Group mit Sitz in Le Locle und an zwei Produktionsstandorten in der Entwicklung und Produktion von Bestandteilen des Schwingsystems und der Hemmung (eines mechanischen Uhrwerks) tätig. Nivarox beschäftigt mehr als 1'000 Mitarbeiter.<sup>9</sup> Diese regulierenden Bestandteile des mechanischen Uhrwerks werden in der Fachsprache als «Assortiment» bezeichnet und stellen das Herzstück eines mechanischen Uhrwerks dar.<sup>10</sup> Erst das Assortiment bringt ein mechanisches Uhrwerk zum Laufen. Nivarox produziert selber weder mechanische Uhren noch Uhrwerke, sondern liefert Assortiments sowohl an zum Swatch Group-Konzern zugehörige Hersteller mechanischer Uhrwerke (ETA) und Uhrenhersteller als auch an externe Hersteller mechanischer Uhrwerke (bspw. Sellita) und Uhrenhersteller.

### A.1.2 Untersuchungseröffnung und -gegenstand

2. Am 6. Juni 2011 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission die Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» (nachfolgend: ursprüngliche Untersuchung).

3. Diese ursprüngliche Untersuchung hatte die kartellrechtliche Beurteilung des von Swatch Group geplanten Lieferstopps von Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerken<sup>11</sup> von ETA und Assortiments von Nivarox, zum Gegenstand. Swatch Group plante damals, die Lieferungen von ETA Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenigen von Nivarox-Produkten bis Ende des Jahres 2014 vollständig einzustellen, wobei erste Reduktionsschritte auf Ende 2011 umgesetzt werden sollten. Ziel der ursprünglichen Untersuchung war es abzuklären, ob der von Swatch Group angekündigte Lieferstopp gegen das Kartellgesetz<sup>12</sup> verstösst, wobei insbesondere die Behinderung von Mitbewerbern im Bereich mechanischer Uhrwerke und/oder mechanischer Fertiguhrten im Fokus stand. In der ursprünglichen Untersuchung wurde dementsprechend geprüft, ob wegen des geplanten Lieferstopps eine kartellrechtswidrige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG vorliegt. Untersucht wurde insbesondere, ob alternative Bezugsquellen zu ETA bzw. Nivarox bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten.<sup>13</sup> Dazu wurde eine Marktbefragung durchgeführt. Es wurden sowohl Konkurrenten als auch Kunden von ETA und Nivarox befragt.<sup>14</sup>

### A.1.3 Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013

4. Als Ergebnis der ursprünglichen Untersuchung stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) in ihrem Entscheid vom 21. Oktober 2013 (nachfolgend: ursprünglicher Entscheid) fest, dass sowohl ETA (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke) als auch Nivarox (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments) marktbeherrschend sind im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.<sup>15</sup> Ferner ging sie davon aus, dass die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken bis 2012 bzw. von Assortiments bis 2014 als miss-

bräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG zu qualifizieren ist. Für die WEKO stand fest, dass der von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertiguhrten stark behindert, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen sind.<sup>16</sup>

5. Die WEKO hielt 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 sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke an Drittkunden liefere. Andernfalls käme es zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und höchst wahrscheinlich zu Marktaustritten.<sup>17</sup> Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen genehmigte die WEKO die am 9. September 2013 zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group geschlossene einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR). Diese sah insbesondere eine Lieferverpflichtung für ETA betreffend mechanische Uhrwerke gegenüber ihren bisherigen konzernexternen Abnehmerinnen und Abnehmern vor (für den Zeitraum 2014–2019), wobei die Lieferungen im Geltungszeitraum schrittweise reduziert werden sollten («Phasing out»). Die evR lautete konkret wie folgt:<sup>18</sup>

«Vereinbarungen:

#### 1) Geltungsbereich

*Die vorliegende Regelung gilt ausschliesslich für mechanische Uhrwerke, welche von ETA hergestellt werden, und an Kunden ausserhalb der Swatch Group geliefert werden (Drittkunden; nachfolgend: Kunden).*

#### 2) Grundsätzliches

*a ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.*

<sup>9</sup> Vgl. <https://www.nivarox.com/fr/presentation> (13.7.2020).

<sup>10</sup> Ein Assortiment bildet den regulierenden und hemmenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks und besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker. Ein Assortiment wird benötigt, um aus einem Ebauche («Bausatz» oder Kit eines mechanischen Uhrwerks) ein funktionierendes mechanisches Uhrwerk herzustellen. RPW 2014/1, 216 Rz 4, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>11</sup> Vgl. für eine Übersicht zu den mechanischen Uhrwerken RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2014/1, 215 Rz 1 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2014/1, 217 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2014/1, 252 Rz 281, 285 Dispositiv Ziff. 1 und 2, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2014/1, 281 Rz 479 ff., 285 Dispositiv Ziff. 3, *Swatch Group Lieferstopp*.

b Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restlieferungsmengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.

c Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009–2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.

d Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80 % der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50 % der ihm zustehenden Mengen, darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50 % kürzen.

e Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.

f Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.

g Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.

### 3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an ihre bisherigen Kunden:

2014 und 2015: 75 % der Referenzmenge

2016 und 2017: 65 % der Referenzmenge

2018 und 2019: 55 % der Referenzmenge

Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.

### 4) Abweichende Vereinbarungen

a Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu. Diese Abweichungen sind durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu genehmigen.

b Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen, welche sich aufgrund der Lieferkürzungen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.

Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>494</sup> verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

### 5) Preise

Die Lieferverpflichtungen von ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten.

### 6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

a Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorgenommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA verbindlich.

b. Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA ist ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht<sup>399</sup>.

c. Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, hat ETA die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.

d. Bestellbestätigungen haben von ETA spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestellungseingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.

e. Kunden geben ETA ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.

f. Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begrün-

deter Form bekannt zu geben. Gleichzeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.

g. ETA kann ihre heute gültigen AGB's während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen.

Bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Zusammenarbeit mit einem Kunden objektiv unzumutbar machen, kann ETA den Liefervertrag vorzeitig auflösen. Swatch Group informiert die Wettbewerbsbehörden gleichzeitig wie den Kunden über einen derartigen Schritt und die Gründe, die dazu geführt haben.

h. Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA bleiben vorbehalten.

#### 7) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

Sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WEKO die Abänderung der Ziffer 3 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

a der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt,

b alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,

c sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.

#### 8) Überprüfung der Auflagen

Eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung dieser Vereinbarung betraut. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkenntnissetzen von Swatch Group jährlich. Die Kosten für die Revisionsgesellschaft werden von Swatch Group bezahlt.

#### 9) Verfahrensschluss

Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Swatch Group abgeschlossen. Die Bestimmungen von Artikel 30 Absatz 3 Kartellgesetz bleiben vorbehalten.».

6. Nach der evR oblag ETA einerseits eine *Lieferverpflichtung*. Gemäss Ziff. 2 lit. a evR war ETA verpflichtet, Drittkunden, d.h. Kunden ausserhalb der Swatch Group (vgl. Ziff. 1 evR), mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern, wobei die jeweils zu liefernden Mengen in Ziff. 3 evR festgelegt waren. Anzuführen ist, dass die gemäss evR zu beliefernden Drittkunden von ETA nicht frei gewählt werden konnten. Einen Anspruch auf Belieferung hatten sämtliche Drittkunden, die in den Jahren 2009 bis 2011 mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen haben (vgl. Ziff. 2 lit. c evR; ausgenommen bestimmte Sonderfälle, vgl. Ziff. 2 lit. d und e evR). Diesen bisherigen Dritt-

kunden musste ETA die gemäss Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken liefern.

7. ETA oblag andererseits auch eine *Lieferbeschränkung*. Ziff. 4 lit. b evR (sog. *KMU Klausel*) sah vor, dass ETA grundsätzlich nicht mehr mechanische Uhrwerke an bisherige Drittkunden liefern darf, als die in Ziff. 3 evR festgelegten Mengen. Ausgenommen davon waren jedoch KMUs, mit denen ETA sog. abweichende Vereinbarungen abschliessen durfte (aber nicht musste). In diesem Kontext gilt es darauf hinzuweisen, dass die WEKO die KMU Klausel gemäss Ziff. 4 lit. b evR so auslegte, dass ETA bzw. Swatch Group eine absolute Gleichbehandlung von KMUs zu beachten hatte, d.h. machte ETA von der Möglichkeit der Mehrlieferung von mechanischen Uhrwerken zu Gunsten eines KMUs Gebrauch und lagen weitere Anfragen von KMUs für Mehrlieferungen vor, so hatte ETA auch zweitgenannten KMUs die von ihnen gewünschten Mehrmengen an mechanischen Uhrwerken zu liefern (und konnte diese nicht beschränken). M.a.W. ausgedrückt, sah die Praxis vor, dass ETA, wenn sie einem KMU mehr als die in Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken lieferte, sie dies auch für sämtliche anderen KMUs tun musste, die ein entsprechendes Gesuch an ETA gestellt haben.<sup>19</sup>

8. Mit der Genehmigung der vorstehenden evR (vgl. Rz 5) legte die WEKO die Art und Weise zur Beseitigung der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung – des im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG missbräuchlichen kurzfristigen Lieferstopps, den Swatch Group plante (vgl. Rz 3) – fest. Die in der evR vereinbarte *Lieferverpflichtung* sollte sicherstellen, dass ETA weiterhin mechanische Uhrwerke liefert bis weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sind.<sup>20</sup> Der Mechanismus der evR sah vor, dass sich die von ETA an Drittkunden zu liefernden Mengen an mechanischen Uhrwerken graduell reduzieren. ETA zog sich gewissermassen als Anbieter mechanischer Uhrwerke für Drittkunden schrittweise bis zu einem bestimmten Grad aus dem Markt zurück, damit sich alternative Bezugsquellen zu ETA etablieren bzw. bestehende alternative Anbieter zu ETA ihre Produktionskapazitäten erhöhen können. Um diese Marktentwicklung, die sich gemäss der in der ursprünglichen Untersuchung durchgeführten Marktbefragung und Analysen abzeichnete, nicht zu gefährden, wurde in der evR mit der Lieferverpflichtung eine Lieferbeschränkung zu Lasten von ETA verbunden.

9. Die ETA obliegende Lieferverpflichtung gemäss evR – und somit auch die damit verbundene Lieferbeschränkung – war bis am 31. Dezember 2019 befristet (vgl. Ziff. 3 evR). Der Grund der Befristung lag für das Sekretariat bzw. die WEKO darin, dass sofern sich die Marktverhältnisse wie gemäss dem Erkenntnisstand zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids entwickeln

<sup>19</sup> [...].

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

sollten, es ab Anfang des Jahres 2020 genügend alternative Angebote zu den mechanischen Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben werde, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller befriedigen können. Im Lichte der sich abzeichnenden Marktentwicklungen im Bereich mechanischer Uhrwerke kam die WEKO zum Schluss, dass sich ab dem 1. Januar 2020 die Frage einer Lieferpflicht von ETA nicht mehr stellen würde.<sup>21</sup>

10. Gegen den ursprünglichen Entscheid der WEKO wurden keine Rechtsmittel ergriffen. Der Entscheid erwuchs damit in Rechtskraft.

#### A.1.4 Erstes Wiedererwägungsverfahren

11. Am 4. März 2016 gelangte Swatch Group an das Sekretariat und stellte den Antrag, dass ETA bis zum Ablauf der evR Ende 2019 zu erlauben sei, über die von den gemäss Ziff. 3 evR zu liefernden, aber von den Drittkunden nicht bestellten Mengen an mechanischen Uhrwerken frei verfügen zu können, was einer Anpassung der evR bedürft hätte. Dieser Antrag wurde als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG von der WEKO behandelt (nachfolgend: erstes Wiedererwägungsverfahren).<sup>22</sup>

12. Zur Beurteilung der Frage, ob diesem Antrag stattzugeben war, wurde wie in der ursprünglichen Untersuchung eine Marktbefragung durchgeführt, in welcher sowohl Konkurrenten als auch Kunden von ETA befragt wurden.<sup>23</sup> Die WEKO hielt damals fest, dass sich die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer Swiss made Uhrwerke zwar seit dem ursprünglichen Entscheid der WEKO im Sinne der evR bzw. des Phasing-Outs entwickelt haben, dies jedoch in weit weniger grossem Umfang als von Swatch Group dargestellt. Diese Entwicklung sei somit als vorhersehbare und erwartete Entwicklung zu qualifizieren. Die WEKO hielt weiter fest, dass sich seit der Genehmigung der evR durch die WEKO indes keine unvorhersehbaren oder unerwarteten Ereignisse ergeben haben, welche den ursprünglichen Entscheid der WEKO wesentlich beeinflussen würden und damit nicht von einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse auszugehen war. Zudem zeigte eine Interessenabwägung, dass das öffentliche Interesse (der Marktteilnehmer) an der unveränderten Beibehaltung der evR gegenüber den individuellen Interessen von Swatch Group bzw. ETA stärker zu gewichten war. Die WEKO kam daher zum Schluss, dass die Voraussetzung für eine Wiedererwägung des ursprünglichen Entscheids der WEKO nicht gegeben und entsprechend das Gesuch von Swatch Group abzulehnen war.<sup>24</sup>

## A.2 Vorliegendes Wiedererwägungsverfahren

### A.2.1 Untersuchungseröffnung und -gegenstand

13. 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,<sup>25</sup> eröffnete das Sekretariat am 13. November 2018 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO das vorliegende Wiedererwägungsverfahren. Auf dieses finden die Bestimmungen von Art. 27 ff. KG analog Anwendung. Die Untersuchungseröffnung wurde Swatch Group mit Schreiben vom 13. November 2018

mitgeteilt und am 20. November 2018 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht.<sup>26</sup>

14. Die WEKO behielt sich im ursprünglichen Entscheid explizit vor, auf ihren Entscheid im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG zurückzukommen, d.h. diesen zu widerrufen oder zu ändern, falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab dem Jahr 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären (vgl. oben Rz 6 ff.). Konkret führte sie insbesondere Folgendes aus:

«[...] Sofern sich die Marktverhältnisse wie gemäss derzeitigem Erkenntnisstand entwickeln, wird es ab Anfang 2020 genügend alternative Angebote zu den Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller zu befriedigen vermögen. In diesem Sinne und im Lichte der sich abzeichnenden Marktentwicklungen im Bereich mechanischer Uhrwerke [...] stellt sich ab dem 1. Januar 2020 die Frage einer Lieferpflicht nicht mehr. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG [...], falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären. Ein Widerruf oder eine Änderung der evR <sup>II</sup><sup>27</sup> wären aber dann nicht angezeigt, wenn sich die betroffenen Uhrenhersteller nicht in genügendem Ausmass um alternative Lösungen bemüht hätten.»<sup>28</sup>

15. Im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens soll dementsprechend geprüft werden, ob auf den Genehmigungsentscheid der WEKO in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung, mit welcher die evR und ihr Auslaufen per 31. Dezember 2019 genehmigt wurden, zurückzukommen ist. Kernfrage des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens ist damit, ob sich die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke in dem Sinne entwickelt haben, wie sie sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichneten bzw. ob ab dem Jahr 2020 in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein werden, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>22</sup> RPW 2016/4, 1035 Rz 2 und 9 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>23</sup> RPW 2016/4, 1036 Rz 11, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>24</sup> RPW 2016/4, 1051 Rz 105, 1056 Rz 129, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>25</sup> Act. [...].

<sup>26</sup> Act. [...].

<sup>27</sup> Anmerkung: Bei der evR II handelt es sich um die evR (vgl. Rz 5 sowie Rz 102 f.).

<sup>28</sup> RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>29</sup> Vgl. auch Act. [...].

## A.2.2 Parteistellung von Sellita und Beteiligung Dritter an der Untersuchung

16. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2018 meldete Sellita Parteistellung an im Sinne von Art. 6 VwVG;<sup>30</sup> diese wurde Sellita vom Sekretariat mit Schreiben vom 11. Januar 2019 eingeräumt.<sup>31</sup>

17. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 meldeten die Semag Manufacture AG und die G.J. VON BURG AG ihre Beteiligung am vorliegenden Verfahren an.<sup>32</sup> Mit Schreiben vom 12. Dezember 2018 teilte das Sekretariat den Gesellschaften mit, dass es sie gemäss Art. 43 Abs. 1 KG am Verfahren beteiligen werde.<sup>33</sup>

## A.2.3 Marktbefragung

18. Die Beurteilung, ob sich ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids aufdrängt, erforderte die Ermittlung der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke (vgl. insbesondere Rz 13 ff.).<sup>34</sup>

19. Das Sekretariat befragte zu diesem Zweck Swatch Group und Sellita<sup>35</sup> sowie 188 weitere Unternehmen. Diese Befragung erfolgte ab Dezember 2018 im Rahmen einer umfassenden Marktbefragung mittels Fragebögen.<sup>36</sup> Unter den befragten weiteren Unternehmen befanden sich vornehmlich Kunden von ETA (Uhrenhersteller) sowie aktuelle oder potentielle Konkurrenten von ETA sowie Nivarox aus der Schweiz.<sup>37</sup> Bei sechs der befragten weiteren Unternehmen handelt es sich um ausländische Unternehmen.<sup>38</sup>

20. Aus der Befragung der 188 weiteren Unternehmen sowie Swatch Group und Sellita resultierten 167 verwertbare Fragebögen, davon 163 Fragebögen von Unternehmen in der Schweiz.<sup>39</sup> Indes wurden dafür im Verlauf des Jahres 2019 mehr als 130 Erinnerungs- und Mahnschreiben notwendig<sup>40</sup> und in den meisten Fällen waren die eingereichten Antworten erst nach entsprechenden inhaltlichen Nachfragen durch das Sekretariat<sup>41</sup> verwertbar. Vereinzelt blieben Antworten auf Fragebogen oder Nachfragen aus.<sup>42</sup> In zwei Fällen, in denen Fragen des Sekretariats an Konkurrenten von ETA aus der Schweiz unbeantwortet blieben,<sup>43</sup> erliessen die Wettbewerbsbehörden Auskunftsverfügungen zur Durchsetzung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG.<sup>44</sup> Diese zwei Auskunftsverfügungen wurden rechtskräftig, die mit den Auskunftsverfügungen eingeforderten Antworten blieben gleichwohl aus. Diesbezüglich prüft das Sekretariat derzeit Massnahmen gemäss Art. 52 und 55 KG. In den anderen Fällen wurde aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Durchsetzung der Auskunftspflicht verzichtet.

21. Das Sekretariat befragte wiederholt auch Swatch Group zum für den Untersuchungsgegenstand relevanten Sachverhalt; teilweise auch auf entsprechendes Begehren von Sellita<sup>45</sup>. Während Swatch Group diese Fragen zu Beginn des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens in der Regel beantwortete,<sup>46</sup> verweigerte sie gegen Ende des Verfahrens wiederholt die Beantwortung von Fragen des Sekretariats zur [...] von ETA und zur Belieferung von ausgewählten Drittkunden mit angeblich neuen, höherwertigen Produkten ([...]) ab dem Auslaufen der evR per 31. Dezember 2019 (vgl. oben

Rz 4 ff.) bzw. der am 16. Dezember 2019 erlassenen vorsorglichen Massnahmen (vgl. dazu unten Rz 32 ff. und Rz 440 ff.).<sup>47</sup> Swatch Group begründete die Auskunftsverweigerung damit, dass für diese Fragen keine hinreichende Verbindung zum Untersuchungsgegenstand bestehe.<sup>48</sup> Aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtete das Sekretariat darauf, mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Auskunftsverfügung zu erlassen.<sup>49</sup>

22. Auf die Ergebnisse der Marktbefragung wird an den entsprechenden Stellen der untenstehenden Erwägungen eingegangen.

<sup>30</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>31</sup> Act. [...].

<sup>32</sup> Act. [...].

<sup>33</sup> Act. [...].

<sup>34</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>35</sup> Act. [...].

<sup>36</sup> Act. [...]. Vier Unternehmensgruppen wurde jeweils ein Fragebogen zur Beantwortung durch deren Gruppengesellschaften zugestellt. Act. [...].

<sup>37</sup> Bei der Marktbefragung der Kunden von ETA handelte es sich um eine Vollbefragung, d.h. alle Unternehmen, welche Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR und somit anspruchsberechtigt waren, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden, wurden befragt. Die Durchführung nur von Stichproben erschien dem Sekretariat als nicht ausreichend zur Sachverhaltsermittlung. Zudem befragte das Sekretariat alle ihm bekannten aktuellen und potentiellen Konkurrenten von ETA und Nivarox sowie sämtliche von Swatch Group oder anderen in der Umfrage involvierten Marktteilnehmern namentlich genannten aktuellen und potentiellen Konkurrenten von ETA oder Nivarox. Vgl. hierzu auch Act. [...]. Zwei Unternehmen wurde der Fragebogen auf eigenen Wunsch zugestellt. Act. [...].

<sup>38</sup> Act. [...].

<sup>39</sup> Act. [...]. Anzufügen gilt es, dass für neun angeschriebene Unternehmen jeweils ein anderes, ebenfalls angeschriebenes gruppenzugehöriges Unternehmen geantwortet hat (Act. [...]). Zudem haben zwei der angeschriebenen Unternehmensgruppen (vgl. Fn 36) jeweils Fragebögen pro Gruppengesellschaft eingereicht, nämlich sechs (Act. [...]) bzw. zwei Fragebögen (Act. [...]). Fünf Unternehmen haben einen reduzierten Fragebogen ausgefüllt (Act. [...]).

<sup>40</sup> Act. [...].

<sup>41</sup> Act. [...].

<sup>42</sup> Insgesamt 20 Unternehmen haben den Fragebogen des Sekretariats nicht ausgefüllt. Dabei handelt es sich um einen vermutlichen Konkurrenten von ETA (Act. [...]), ein ausländisches Unternehmen (Act. [...]) und ein Unternehmen, welchem der Fragebogen auf eigenen Wunsch hin zugesandt wurde (Act. [...]), sowie um 17 Kunden von ETA. Von den 17 Kunden haben 14 Kunden die Nichtbeantwortung des Fragebogens begründet (bspw. mit der Einstellung oder Änderung der Tätigkeit; Act. [...]) und drei Kunden haben sich nicht gemeldet (Act. [...]). Somit wurde mit der Marktbefragung eine Rücklaufquote von 89,5 % erreicht. Insgesamt vier Unternehmen haben Nachfragen des Sekretariats nicht beantwortet. Dabei handelt es sich um drei Kunden von ETA und einen Konkurrenten von ETA (Act. [...]).

<sup>43</sup> Act. [...].

<sup>44</sup> Act. [...].

<sup>45</sup> Act. [...].

<sup>46</sup> Act. [...].

<sup>47</sup> Act. [...].

<sup>48</sup> Act. [...].

<sup>49</sup> Act. [...].

#### A.2.4 Ausführungen und Anträge von Swatch Group

23. Swatch Group machte nicht nur Angaben zu Sachverhaltsfragen des Sekretariats, sondern reichte bereits vor Versand des Antrags der Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) auch Stellungnahmen und Anträge zum vorliegenden Wiedererwägungsverfahren ein.<sup>50</sup> Diese werden nachfolgend überblicksmässig wiedergegeben. Vertieft wird auf die Vorbringen und Anträge der Swatch Group – soweit geboten<sup>51</sup> – an entsprechender Stelle in dieser Verfügung eingegangen.

24. Im Wesentlichen führte Swatch Group im Laufe des Verfahrens aus, dass die evR wie geplant am 31. Dezember 2019 auslaufen könne und eine Verlängerung der Regelungen der evR nicht zulässig seien. Mit dem Auslaufen der evR sei ETA hinsichtlich der Herstellung und Lieferung von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken ab dem 1. Januar 2020 «frei». Sie dürfe und werde daher ihren Plan, [...] auf neue, höherwertige Produkte [...] und ab Januar 2020 bzw. ab Ablauf der vorsorglichen Massnahmen spätestens zum 31. Dezember 2020 (vgl. unten Rz 32 ff. und Rz 440 ff.) nur noch bestimmte Drittkunden [...] zu beliefern, umsetzen. Swatch Group begründete dies insbesondere damit, dass sie sich auf den Ablauf der evR zum 31. Dezember 2019 habe verlassen dürfen, vor allem da die WEKO im ersten Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.) geäussert habe, der Markt habe sich im Sinne der evR entwickelt, sowie damit, dass ETA mit Blick auf das Auslaufen der evR ihre Produktion bereits in Bezug auf [...] Vor allem sei entscheidend, dass ETA aktuell keine marktbeherrschende Stellung im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke mehr inne habe.<sup>52</sup>

25. Die Swatch Group stellte den Antrag, die Feststellung der WEKO in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 21. Oktober 2013 (nachfolgend: ursprüngliche Verfügung), wonach ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist, aufzuheben.

#### A.2.5 Ausführungen und Anträge von Sellita

26. Auch Sellita reichte neben ihren Antworten auf Sachverhaltsfragen des Sekretariats bereits vor Versand des Antrags des Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) Stellungnahmen und Anträge zum vorliegenden Wiedererwägungsverfahren ein.<sup>53</sup> Diese werden nachfolgend ebenfalls überblicksmässig wiedergegeben. Vertieft wird auf die Vorbringen und Anträge von Sellita – soweit geboten<sup>54</sup> – an entsprechender Stelle in dieser Verfügung eingegangen.

27. Sellita brachte vor, die Swatch Group-Tochtergesellschaft ETA habe im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor eine marktbeherrschende Stellung. Sellita würde es daher begrüessen, wenn Swatch Group bzw. ETA die Belieferung von Drittkunden ab dem 1. Januar 2020 bzw. ab Ablauf der vorsorglichen Massnahmen spätestens zum 31. Dezember 2020 (vgl. unten Rz 32 ff. und Rz 440 ff.) vollständig einstellen würde oder zur Einstellung der Belieferung verpflichtet würde. Dadurch wäre für Sellita sowie weitere Schweizer Herstellerinnen und Hersteller von mechanischen Uhrwerken gewähr-

leistet, dass sie Stückzahlen – vor allem im volumenstarken Einstiegssegment («entrée de gamme») – im profitablen Umfang produzieren und verkaufen könnten; alternative Hersteller könnten sich so «wirklich» im Markt etablieren. Dies sei indes nicht möglich, sollte Swatch Group bzw. ETA ab Januar 2020 bzw. ab Ablauf der vorsorglichen Massnahmen spätestens zum 31. Dezember 2020 (vgl. unten Rz 32 ff. und Rz 440 ff.) einzelne Uhrenhersteller – zudem auch noch mit neuen, höherwertigen Produkten – privilegiert beliefern (vgl. auch oben Rz 21 und Rz 24). Denn in diesem Fall könnte Swatch Group bzw. ETA die «besten» Kunden, d.h. grosse Uhrenhersteller, welche grosse Volumen bestellen, an sich binden und den alternativen Herstellern einzig die «kleinen» Uhrenherstellerinnen und -hersteller als Kunden überlassen; die Belieferung der Letztgenannten sei weniger rentabel. Sollte sich Swatch Group bzw. ETA nicht zur vollständigen Einstellung der Belieferung von Drittkunden verpflichten bzw. die WEKO nicht Derartiges anordnen, müsse sich Swatch Group bzw. ETA zumindest zu einer Höchstmenge und zur Beachtung des Diskriminierungsverbots verpflichten bzw. die WEKO müsse Derartiges anordnen.<sup>55</sup>

28. Darüber hinaus brachte Sellita vor, die Swatch Group-Tochtergesellschaft Nivarox habe im dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke vorgelagerten Markt, d.h. dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments, nach wie vor eine «monopolartige» Stellung. Alternative Hersteller von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken könnten dementsprechend für Swatch Group einzig eine wirksame Konkurrenz darstellen, wenn sie von Nivarox diskriminierungsfrei und unbegrenzt gemäss ihren Anfragen mit Nivarox-Assortiments jeder Referenz und Technologie beliefert würden. Dies würde die schon starke Stellung von Swatch Group auf den nachgelagerten Märkten zusätzlich verstärken, da Swatch Group damit den Output ihrer Konkurrenten in den Bereichen Herstellung und Lieferung von mechanischen Uhrwerken einerseits und von Uhren andererseits steuern könne. Dies mache ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden auch auf dem «Assortiments»-Markt notwendig.

<sup>50</sup> Act. [...].

<sup>51</sup> Vgl. dazu etwa BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); Urteil des BGer 4A\_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, *SFS unimarket AG/WEKO*; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, 187, N 530.

<sup>52</sup> Act. [...].

<sup>53</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>54</sup> Vgl. dazu Fn 51.

<sup>55</sup> Vgl. zu diesen Vorbringen etwa Act. [...].



29. Mit Blick auf diese Vorbringen stellte Sellita – in mehreren Schreiben – die folgenden Anträge:

- Gemäss Schreiben von Sellita vom 22. März 2019<sup>56</sup>:

1. Die einvernehmliche Regelung mit The Swatch Group AG sei auf unbestimmte Zeit zu verlängern und es seien darin folgende zusätzliche Verpflichtungen aufzunehmen:

1.1. Nivarox-FAR SA sei zu verpflichten, Sellita uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz und Technologie zu beliefern; dies beinhaltet insbesondere auch die Annahme und Durchführung neuer Entwicklungsaufträge von Sellita sowie die Belieferung von Sellita mit Assortiments bzw. deren Bestandteilen aller neuen Technologien (wie z.B. Spiralfedern aus Silizium oder Titan/Nivachron).

1.2.1 Es sei ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften zu verbieten, ab dem 1. Januar 2020 Dritte, d.h. nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften, mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches zu beliefern.

1.2.2 Eventualiter, falls Antrag 1.2.1 abgewiesen wird: ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verpflichten, für die Zeit ab dem 1. Januar 2020 eine bindende Erklärung abzugeben, an welche der beiden untenstehenden Verhaltensoptionen sich ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften halten werden:

**Verhaltensoption 1:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse beliefert nur mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches. Dritte, nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 VKU verbundene, Gesellschaften darf ETA SA Manufacture Horlogère Suisse nicht mit mechanischen Uhrwerken beliefern.

**Verhaltensoption 2:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse darf Dritte, nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 VKU verbundene, Gesellschaften bis zu einer Gesamtmenge von maximal insgesamt 200'000 mechanischen Uhrwerken (einschliesslich Ebauches) und nur unter strikter und ausnahmsloser Einhaltung sämtlicher nachfolgender Verbote mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches beliefern:

- **Nichtdiskriminierungsverbot:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen Sellita gegenüber Dritten und gegenüber mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften nicht diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei insbesondere jede der folgenden Verhaltensweisen: Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften geliefert werden, Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu Dritten oder zu mit The

Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften.

- **Koppelungsverbot:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen die Lieferung von Assortiments oder mechanischen Uhrwerken an Dritte nicht an den Bezug anderer Produkte koppeln.

- **Verbot unangemessener Geschäftsbedingungen und Preise:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen von Sellita keine unangemessenen Geschäftsbedingungen und Preise verlangen.

1.3. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, Sellita gegenüber Dritten und gegenüber mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften zu diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei insbesondere jede der folgenden Verhaltensweisen: Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften geliefert werden, Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu Dritten oder zu mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften.

1.4 Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, die Lieferung von Assortiments oder mechanischen Uhrwerken an Dritte an den Bezug anderer Produkte zu koppeln.

1.5 Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, von Sellita unangemessene Geschäftsbedingungen und Preise zu verlangen.

1.6 The Swatch Group AG sei zu verpflichten, sicherzustellen, dass The Swatch Group AG und die mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften die vorstehenden Verpflichtungen einhalten.

2. Alles unter Kostenfolgen zulasten von The Swatch Group AG.»<sup>57</sup>

- Mit Schreiben vom 19. Juni 2019<sup>58</sup> wiederholte Sellita die vorgenannten Anträge. Zusätzlich stellte sie mit diesem Schreiben eventualiter für den Fall, dass die WEKO keine Verlängerung der evR beschliesst, die folgenden Anträge:

2. Eventualiter, falls Antrag 1 abgewiesen wird: The Swatch Group AG und den mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften seien auf unbestimmte Zeit folgende Verpflichtungen aufzuerlegen:

<sup>56</sup> Act. [...].

<sup>57</sup> Act. [...].

<sup>58</sup> Act. [...].



2.1. Nivarox-FAR SA sei zu verpflichten, Sellita uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz und Technologie zu beliefern; dies beinhaltet insbesondere auch die Annahme und Durchführung neuer Entwicklungsaufträge von Sellita sowie die Belieferung von Sellita mit Assortiments bzw. deren Bestandteilen aller neuen Technologien (wie z.B. Spiralfedern aus Silizium oder Titan/Nivachron).

2.2.1 Es sei ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften zu verbieten, ab dem 1. Januar 2020 Dritte, d.h. nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften, mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches zu beliefern.

2.2.2 Eventualiter, falls Antrag 2.2.1 abgewiesen wird: ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verpflichten, für die Zeit ab dem 1. Januar 2020 eine bindende Erklärung abzugeben, an welche der beiden untenstehenden Verhaltensoptionen sich ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften halten werden:

**Verhaltensoption 1:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse beliefert nur mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches. Dritte, nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 VKU verbundene, Gesellschaften darf ETA SA Manufacture Horlogère Suisse nicht mit mechanischen Uhrwerken beliefern.

**Verhaltensoption 2:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse darf Dritte, nicht mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 VKU verbundene, Gesellschaften bis zu einer Gesamtmenge von maximal insgesamt 200'000 mechanischen Uhrwerken (einschliesslich Ebauches) und nur unter strikter und ausnahmsloser Einhaltung sämtlicher nachfolgender Verbote mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches beliefern:

- **Nichtdiskriminierungsverbot:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen Sellita gegenüber Dritten und gegenüber mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften nicht diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei insbesondere jede der folgenden Verhaltensweisen: Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften geliefert werden, Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu Dritten oder zu mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften.
- **Koppelungsverbot:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen die Lieferung von Assortiments oder mechanischen Uhrwerken an Dritte nicht an den Bezug anderer Produkte koppeln.

- **Verbot unangemessener Geschäftsbedingungen und Preise:** ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, The Swatch Group AG sowie alle mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften dürfen von Sellita keine unangemessenen Geschäftsbedingungen und Preise verlangen.

2.3. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, Sellita gegenüber Dritten und gegenüber mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften zu diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei insbesondere jede der folgenden Verhaltensweisen: Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften geliefert werden, Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu Dritten oder zu mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften.

2.4. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, die Lieferung von Assortiments oder mechanischen Uhrwerken an Dritte an den Bezug anderer Produkte zu koppeln.

2.5. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, von Sellita unangemessene Geschäftsbedingungen und Preise zu verlangen.

2.6. The Swatch Group AG sei zu verpflichten, sicherzustellen, dass The Swatch Group AG und die mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften die vorstehenden Verpflichtungen einhalten.

- Die vorgenannten Anträge ergänzte Sellita mit Schreiben vom 16. Juli 2019<sup>59</sup> um die folgenden Anträge:

1. Die einvernehmliche Regelung mit The Swatch Group AG sei auf unbestimmte Zeit zu verlängern und es seien darin folgende zusätzliche Verpflichtungen aufzunehmen:

1.5a. Ohne die Geltung der übrigen Bestimmungen einzuschränken gilt im Bereich Nachverkaufsservice (Service Après-Vente) Folgendes: Zur Erfüllung des Nachverkaufsservice bieten ETA Manufacture Horlogère Suisse und Nivarox-FAR S.A. zusätzlich Verschleisssteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments im Umfang von jährlich bis zu 10% der durchschnittlich pro Jahr in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Menge an.

2. Eventualiter, falls Antrag 1 abgewiesen wird: The Swatch Group AG und den mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften seien auf unbestimmte Zeit folgende Verpflichtungen aufzuerlegen:

2.5a. Ohne die Geltung der übrigen Bestimmungen einzuschränken gilt im Bereich Nachverkaufsservice (Service Après-Vente) Folgendes: Zur Erfüllung des Nachverkaufsservice bieten ETA SA Manufacture Horlogère

*Suisse und Nivarox-FAR S.A. zusätzlich Verschleisssteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments im Umfang von jährlich bis zu 10% der durchschnittlich pro Jahr in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Menge an.*

- Mit demselben Schreiben stellte Sellita die folgenden Verfahrensanhträge:

1. Swatch Group sei im Rahmen eines Auskunftsbegehrens nach Art. 40 KG aufzufordern, folgende Fragen zu beantworten:

1.1. Welchen Drittkunden hat ETA SA Manufacture Horlogère Suisse ("ETA") mitgeteilt oder ihnen gegenüber die Absicht kundgegeben, dass ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sie ab 2020 nicht mehr beliefern werde? Was sind die Gründe für die Nichtbelieferung?

1.2. Welchen Drittkunden hat ETA mitgeteilt oder ihnen gegenüber die Absicht kundgegeben, dass ETA sie ab 2020 nicht mehr mit den heute gelieferten Standardkalibern (wie ETA2671, ETA2824-2, ETA2834-2, ETA2836-2, ETA2892-A2, ETA2893-2, ETA2895-2, ETA7750 und ETA2000-1) beliefern werde? Was sind die Gründe hierfür?

1.3. Hat ETA Drittkunden mitgeteilt oder ihnen gegenüber die Absicht kundgegeben, dass ETA sie ab 2020 weiterhin mit den heute gelieferten Standardkalibern (wie ETA2671, ETA2824-2, ETA2834-2, ETA2836-2, ETA2892-A2, ETA2893-2, ETA2895-2, ETA7750 und ETA2000-1) beliefern werde? Wenn ja, welchen Drittkunden und in welchen Mengen? Was sind die Gründe hierfür?

1.4. Welchen Drittkunden hat ETA mitgeteilt oder ihnen gegenüber die Absicht kundgegeben, dass ETA sie ab 2020 mit bisher den Swatch Group- Gesellschaften vorbehaltenen moderneren Werken wie dem Kaliber L688 und Powermatic 80 beliefern werde und in welchen Mengen? Was sind die Gründe hierfür?

1.5. Wann hat ETA beschlossen, die Produktion der Standardkaliber wie ETA2671, ETA2824-2, ETA2834-2, ETA2836-2, ETA2892-A2, ETA2893- 2, ETA2895-2, ETA7750 und ETA2000-1 einzustellen? Was sind die Gründe hierfür?

2. Swatch Group sei im Rahmen eines Auskunftsbegehrens nach Art. 40 KG aufzufordern, sämtliche Dokumente und Kommunikationen (wie z.B. interne und externe Emails, Präsentationen sowie Korrespondenz mit Konzerngesellschaften und Dritten) im Zusammenhang mit den Fragen 1.1-1.5 vorzulegen.

30. Den Verfahrensanhträgen von Sellita vom 16. Juli 2019 gab das Sekretariat statt und befragte entsprechend Swatch Group.<sup>60</sup> Hingegen lagen aus Sicht des Sekretariats einige der vorgenannten materiellen Anträge von Sellita ausserhalb des Gegenstandes des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens (und zwar die Anträge 1.1 und 2.1 sowie die Anträge 1.3., 1.4., 1.5., 1.5a., 2.3., 2.4., 2.5. und 2.5a., soweit sie Nivarox betreffen). Dies deshalb, da diese Anträge (auch) auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind und mit dem vorliegenden Wiedererwägungsverfahren primär geprüft werden soll, ob die evR, welche ausschliesslich das Verhalten von Swatch Group und ETA im Bereich

mechanische Uhrwerke regelt, zum 31. Dezember 2019 auslaufen darf (vgl. dazu Rz 13 ff.). Das Sekretariat teilte Sellita daher mit Schreiben vom 9. August 2019 mit, dass es im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens nicht auf die Vorwürfe von Sellita betreffend Assortiments und Nivarox sowie die entsprechenden Anträge (Anträge 1.1 und 2.1 sowie Anträge 1.3., 1.4., 1.5., 1.5a., 2.3., 2.4., 2.5. und 2.5a., soweit sie Nivarox betreffen) eintrete.<sup>61</sup> Das Sekretariat erwäge hingegen, gegen Nivarox ein (anderes) Verfahren nach den Art. 26 ff. KG zu eröffnen und im Rahmen dessen auf die Anträge von Sellita einzugehen.

31. Gegen diese Mitteilung erhob Sellita am 16. September 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und reichte am selben Tag bei den Wettbewerbsbehörden ein Wiedererwägungsgesuch ein.<sup>62</sup> Sellita begründete dieses Rechtsmittel bzw. diesen Rechtsbehelf u. a. damit, dass die im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens zu klärenden Fragen nicht ohne Ansehung der Prüfung und Regelung des Verhaltens von Nivarox im Bereich Assortiments zu beantworten seien. Das Sekretariat reichte im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Vernehmlassung ein, in welcher sie Nichteintreten bzw. (hilfsweise) Abweisung der Beschwerde beantragte.<sup>63</sup> Mit Schreiben vom 16. Dezember 2019 teilte das Sekretariat Sellita zudem mit, dass es auf das Schreiben vom 9. August 2019 nicht zurückkomme.<sup>64</sup> Mit Urteil vom 14. Juli 2020 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde von Sellita nicht ein, stellte aber fest, dass die «Verfügung» des Sekretariats vom 9. August 2019 infolge fehlender Zuständigkeit des Sekretariats für eine «Nichteintretensentscheidung» nichtig sei.<sup>65</sup>

## **A.2.6 Vorsorgliche Massnahmen und anschliessen des Beschwerdeverfahren**

32. Da die Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff.) infolge des zögerlichen bzw. nicht ausreichenden Antwortverhaltens von befragten Unternehmen (vgl. Rz 20) mehr Zeit in Anspruch nahm als ursprünglich geplant und auch die Geschäftsgeheimnisbereinigung der zahl- und umfangreichen Akten sehr zeit- und ressourcenaufwendig war (vgl. Rz 35 ff.), drohte die evR vor Abschluss des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens (zum 31. Dezember 2019) auszulaufen. Es bestand damit die Gefahr, dass Swatch Group die Marktverhältnisse, welche sich unter der Geltung der ursprünglichen Verfügung bzw. der evR gebildet haben könnten, revidieren bzw. beeinträchtigen könnte (etwa durch die privilegierte Belieferung ausgewählter Drittkunden; vgl. oben Rz 21, Rz 24 und Rz 27). Dies, ohne dass die WEKO hätte abschliessend abklären können – was indes Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens ist (vgl. oben Rz 13 ff.) –, ob sich die Marktverhältnisse wie im Jahr 2013 erwartet entwickelt haben.

<sup>59</sup> Act. [...].

<sup>60</sup> Act. [...]. Swatch Group reichte hierzu Antworten ein; vgl. Act. [...].

<sup>61</sup> Act. [...].

<sup>62</sup> Act. [...].

<sup>63</sup> Act. [...].

<sup>64</sup> Act. [...].

<sup>65</sup> Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14.7.2020.

33. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 erliess die WEKO daher vorsorgliche Massnahmen.<sup>66</sup> Mit diesen sicherte die WEKO die Regelungen der evR oder m.a.W. den bestehenden Zustand, um nach Abschluss der Marktbefragung (vgl. oben Rz 18 ff.) – dann in Kenntnis des vollständigen Sachverhalts – rasch und faktenbasiert über den Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens entscheiden zu können. Konkret führte die WEKO mit den vorsorglichen Massnahmen die Ziffern 1, 2 a)–c), f) und g) und Ziff. 5 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung fort. Ebenso gilt auch Ziff. 4 lit. b evR weiter, wobei die an KMUs (allfällige) gelieferte Menge an mechanischen Uhrwerken die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge nicht übersteigen darf. Zugunsten von Swatch Group berücksichtigt hat die WEKO, dass angesichts des Bestellablaufs bei ETA, welcher eine Vorlaufzeit von sechs Monaten vorsieht, eine allgemeine Lieferpflicht von mechanischen Uhrwerken an Drittkunden ab dem 1. Januar 2020 von Seiten der Swatch Group bzw. ETA nicht erfüllbar gewesen wäre. Aus diesem Grund setzte die WEKO Lieferungen mechanischer Uhrwerke an Drittkunden während der Dauer der vorsorglichen Massnahmen aus. Die vorsorglichen Massnahmen gelten längstens für die Dauer des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens, höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020.<sup>67</sup> Konkret erliess die WEKO das folgende Dispositiv:

1. Die Ziffern 1, 2 a)–c), f) und g) und 5 der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 gelten ab dem 1. Januar 2020 vorläufig und vorbehaltlich der Ziffern 2 bis 4 dieses Dispositivs fort.

2. Die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse an ihre bisherigen Kunden gestützt auf die Ziffer 1 dieses Dispositivs werden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 sind davon ausgenommen.

3. Abweichend von Ziffer 2 dieses Dispositivs dürfen Lieferungen mechanischer Uhrwerke nur an KMUs erfolgen. Die maximale Menge an mechanischen Uhrwerken, welche an KMUs geliefert werden können, darf die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge im Sinne von Ziffer 4 lit. b der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 nicht übersteigen. Solche Lieferungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis gebracht werden.

Als KMU gelten unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss VKU<sup>172</sup> verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

4. Die Ziffern 1 bis 3 dieses Dispositivs gelten längstens für die Dauer des Verfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1–4 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

6. Auf den Antrag 3 der Sellita Watch Co S.A. in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2019 zum Antrag des

*Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2019 in Sachen 32-0224 Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten.*

7. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.

34. Gegen diese Entscheidung legte Swatch Group zunächst Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Darin beantragte sie die Feststellung der Nichtigkeit der vorsorglichen Massnahmen, eventualiter die Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen sowie – subeventualiter und mit Blick auf allfällige Staatshaftungsansprüche – die Feststellung der Rechtswidrigkeit der vorsorglichen Massnahmen, sofern das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil im Beschwerdeverfahren erst nach Vorliegen des Hauptsacheentscheids der WEKO fällen würde. Ferner stellte Swatch Group Anträge auf (superprovisorische) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Anträge betreffend (superprovisorische) Wiederherstellung der Beschwerde ab.<sup>68</sup> Nachdem die Wettbewerbsbehörden den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 15. Juli 2020 den Inhalt des Dispositivs des vorliegenden Entscheids (vgl. unten C) bekannt gemacht hatten (vgl. Rz 48), erklärte Swatch Group den Rückzug der Beschwerde, soweit das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren nicht bereits mit Vorliegen des Hauptsacheentscheids der WEKO gegenstandslos geworden sei, und beantragte den Erlass eines Abschreibungsentscheids mit Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der WEKO. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb das Verfahren sodann mit Entscheid vom 20. Juli 2020 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von Swatch Group ab.<sup>69</sup> Infolge des Beschwerderückzugs sind die vorsorglichen Massnahmen vom 16. Dezember 2019 in Rechtskraft erwachsen.

#### **A.2.7 Geschäftsgeheimnisbereinigung und Gewährung von Akteneinsicht**

35. Das Sekretariat bereinigte laufend die zu den Akten genommenen Dokumente (insgesamt mehr als 1500 Dokumente) um Amts- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 1 und 4 KG. Diese Bereinigung war aufgrund der Anzahl und des Umfangs der zu bereinigenden Akten höchst zeit- und damit ressourcenaufwendig.

36. Der Aufwand der Aktenbereinigung wurde insbesondere dadurch erhöht, dass die von Seiten der Verfahrensparteien oder Dritten geltend gemachten Abdeckungen aus Sicht des Sekretariats häufig zu weitgehend waren.<sup>70</sup> Dies machte in einer Vielzahl von Fällen weitere Schriftenwechsel betreffend die Geschäftsgeheimnisbereinigung notwendig. In deren Rahmen kam es vereinzelt zu Rückzügen erfolgter Abdeckungsbegehren.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Vgl. zum Ganzen die Verfügung der WEKO vom 16.12.2019 in Act. [...].

<sup>67</sup> Vgl. zum Ganzen die Verfügung der WEKO vom 16.12.2019 (Fn 66).

<sup>68</sup> Zwischenverfügung des BVGer B-409/2020 vom 24.1.2020 sowie Zwischenverfügung des BVGer B-409/2020 vom 13.5.2020.

<sup>69</sup> Abschreibungsentscheid des BVGer B-409/2020 vom 20.7.2020.

<sup>70</sup> Act. [...].

<sup>71</sup> Exemplarisch dazu Rz 66 der Verfügung der WEKO vom 16.12.2019 (Fn 66) m.w. Aktenverweisen.

Ausserdem kam Swatch Group der Bitte des Sekretariats, ihre Stellungnahmen jeweils in zwei Versionen (eine vertrauliche und eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung) einzureichen,<sup>72</sup> erstmals ab Januar 2020 nach; bezüglich der einzig in vertraulichen Versionen eingereichten Stellungnahmen von Swatch Group musste das Sekretariat sodann jeweils separat und explizit um die Geschäftsgeheimnisbereinigung ersuchen bzw. es führte diese sodann teilweise selbst durch.<sup>73</sup>

37. Soweit die Aktenbereinigung abgeschlossen war, gewährten die Wettbewerbsbehörden den Verfahrensparteien laufend Einsicht in bereinigte Akten (erstmals am 5. April 2019,<sup>74</sup> zuletzt mit Versand dieser Verfügung).<sup>75</sup>

### A.2.8 Antrag des Sekretariats

38. Mit Schreiben vom 27. April 2020 stellte das Sekretariat gemäss Art. 30 Abs. 2 KG den Verfahrensparteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu und gewährte Einsicht in die gesamten Akten des Verfahrens.<sup>76</sup>

39. Zusammengefasst kam das Sekretariat in seinem Antrag zum Schluss, dass die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Entwicklungen der Marktverhältnisse nicht wie von der WEKO erwartet eingetreten seien. So habe ETA im Jahr 2019 zwar einen Marktanteil von nur [30–40] % gehabt. Dies habe jedoch einzig zu einer Anteilsverschiebung zu Sellita geführt, während sich die Marktstellung sonstiger Anbieter mechanischer Uhrwerke nicht wesentlich verbessert habe. ETA verfüge ausserdem nach wie vor über Produktions- und Kapazitätsanteile im relevanten Markt von [...] [60–70] %, da sie den Grossteil der produzierten Uhrwerke konzernintern absetze, und alternative Hersteller hätten ihre Auf- oder Ausbaupläne nicht oder kaum realisieren können. ETA habe zudem nach wie vor die breiteste Produktpalette und es gebe für einzelne Kaliber von ETA nach wie vor keine oder kaum Substitute. Die Marktbefragung habe des Weiteren gezeigt, dass sich die betroffenen Uhrenhersteller in genügendem Ausmass um Alternativen im Bereich mechanischer Uhrwerke bemüht hätten. Damit liege – zumindest in Bezug auf die Wiedererwägung von Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung – eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor. Die WEKO könne die ursprüngliche Verfügung daher grundsätzlich insoweit ändern, als dass sie neue Massnahmen gegen Swatch Group bzw. ETA erlasse. Gleichwohl seien solche in casu nicht anzuordnen, da die von Gesetzes wegen durchzuführende Interessensabwägung ein überwiegendes Interesse am Fortbestand der ursprünglichen Verfügung ergebe. Keine wesentliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG liege hingegen in Bezug auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA gemäss Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung vor. Denn ETA könne sich aufgrund verschiedener Umstände (insbesondere Produktions- und Kapazitätsanteile von ETA [...] [60–70] %, breite Produktpalette von ETA, gesteigerter Eigenversorgungsgrad der Uhrenhersteller nur in einem Teil ihres Sortiments, Abhängigkeit der Uhrwerkshersteller von Nivarox-Assortiments) nach wie vor im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Insoweit sei eine

Änderung der rechtskräftigen ursprünglichen Verfügung ausgeschlossen. Das Sekretariat beabsichtige gemäss dem an die Verfahrensparteien übersendeten Antrag, der WEKO den Erlass des folgenden Dispositivs zu beantragen:

1. *Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» wird nicht widerrufen oder geändert.*

2. *Der Antrag der The Swatch Group AG auf Aufhebung der Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 betreffend die Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» wird abgewiesen.*

3. *Die Anträge der Sellita Watch Co S.A. betreffend Lieferung von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Uhrwerken (Anträge 1.2 und 2.2 sowie Anträge 1.3., 1.4., 1.5., 2.3., 2.4. und 2.5., soweit sie ETA SA Manufacture Horlogère Suisse betreffen, gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 22. März 2019 und vom 9. Juni 2019) werden abgewiesen.*

4. *Auf die Anträge der Sellita Watch Co S.A. betreffend Belieferung mit Assortiments (Anträge 1.1 und 2.1, Anträge 1.3., 1.4., 1.5., 2.3., 2.4. und 2.5., soweit sie Nivarox-FAR S.A. betreffen, gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 22. März 2019 und vom 9. Juni 2019) sowie Belieferung im Bereich Nachverkaufsservice/Service Après-Vente (Anträge 1.5a und 2.5a gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 16. Juli 2019) wird nicht eingetreten.*

5. *Von den Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt CHF 926'029 (Stand: 21. April 2020) tragen The Swatch Group AG und Sellita Watch Co S.A. jeweils ein Zehntel, d. h. je CHF 92'603 (Stand: 21. April 2020). Im Übrigen gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Bundeskasse.*

6. *Die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2019 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen» gilt mit sofortiger Wirkung nicht mehr.*

7. *Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 6 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*

### A.2.9 Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG)

40. Innert der (teilweise erstreckten) Fristen nahmen Swatch Group und Sellita gemäss Art. 30 Abs. 2 KG schriftlich Stellung zum Antrag des Sekretariats.

<sup>72</sup> Vgl. zu diesem Anliegen das Merkblatt des Sekretariats: Geschäftsgeheimnisse; [https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2008/12/Merkblatt\\_Gesch%C3%A4ftsgeheimnisse\\_2008.pdf.download.pdf/Merkblatt\\_Gesch%C3%A4ftsgeheimnisse\\_2008.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2008/12/Merkblatt_Gesch%C3%A4ftsgeheimnisse_2008.pdf.download.pdf/Merkblatt_Gesch%C3%A4ftsgeheimnisse_2008.pdf) (13.7.2020).

<sup>73</sup> Vgl. etwa Act. [...].

<sup>74</sup> Act. [...].

<sup>75</sup> Act. [...].

<sup>76</sup> Act. [...].

41. Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über die Einwände und Rechtsbegehren der Verfahrensparteien gemäss ihren Stellungnahmen. Vertieft wird auf die einzelnen Vorbringen der Parteien – soweit geboten<sup>77</sup> – an entsprechender Stelle in der Verfügung eingegangen.

#### A.2.9.1 Swatch Group

42. Swatch Group begrüsst in ihrer Stellungnahme<sup>78</sup> den Umstand, dass das Sekretariat keine neuen Massnahmen gegen Swatch Group bzw. ETA beantragt. Einwände erhob sie indes gegen die diesbezügliche Begründung sowie dagegen, dass das Sekretariat der WEKO nicht beantrage, Ziff. 1 der ursprünglichen Verfügung, wonach ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist, aufzuheben. In sachverhältnismässiger Hinsicht betont Swatch Group, Swatch Group bzw. ETA habe im relevanten Markt mittlerweile einen Marktanteil von unter 35 %, es gebe genügend alternative Anbieter für mechanische Uhrwerke und Uhrwerks- wie Uhrenhersteller hätten in genügendem Masse Auf- und Ausbaupläne realisiert; soweit sich Uhrenhersteller keine Alternativen zu ETA erschlossen hätten, hätten sie sich nicht ausreichend bemüht. Aus kartellrechtlicher Sicht liege daher weder eine «wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse» im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor noch sei von einer marktbeherrschenden Stellung von ETA im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszugehen. Soweit das Sekretariat zu anderen Ergebnissen kommt, wirft Swatch Group dem Sekretariat vor, dass es aus den vorliegenden Daten der Marktbefragung falsche oder methodisch unzulässige Schlüsse ziehe sowie, dass es die Hürden für die Erfüllung der genannten Tatbestandsmerkmale von Art. 30 Abs. 3 KG und Art. 4 Abs. 2 KG letztlich zu tief ansetze. Swatch Group reichte mit der Stellungnahme ein Gutachten der Polynomics AG ein. Gemäss diesem Gutachten sei ETA wegen ihres geringen Marktanteils von [30–40] % nicht marktbeherrschend; zudem enthält das Gutachten Ausführungen zu angeblichen Fehlern des Sekretariats bei der Marktbefragung bzw. deren Auswertung. Konkret stellt Swatch Group die folgenden Anträge:

1. *Der Antrag des Sekretariats auf Erlass eines Dispositivs (D. Beantragtes Dispositiv, S. 146) durch die Wettbewerbskommission sei mit Ausnahme der beantragten Dispositiv Ziff. 2 und 5-7 gutzuheissen.*

2. *Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke spätestens seit dem 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend ist.*

3. *Die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2019 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen» sei in Wiedererwägung zu ziehen und die darin angeordneten vorsorglichen Massnahmen seien aufzuheben.*

4. *Der Swatch Group seien keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.*

43. Swatch Group teilte zudem zunächst mit, dass sie von der WEKO angehört werden wolle.<sup>79</sup> Diesen Antrag zog Swatch Group jedoch mit Schreiben vom 22. Mai 2020 zurück.<sup>80</sup>

#### A.2.9.2 Sellita

44. Sellita begrüsst in ihrer Stellungnahme<sup>81</sup> den Umstand, dass das Sekretariat in seinem Antrag davon ausgeht, dass sich die Erwartungen der WEKO zur Marktentwicklung nicht erfüllt hätten sowie dass die marktbeherrschende Stellung von ETA nach wie vor bestehe. Einwände erhob sie indes gegen die diesbezügliche Begründung sowie dagegen, dass das Sekretariat der WEKO keine Massnahmen gegen ETA beantragen wolle. Sellita bringt in sachverhältnismässiger Hinsicht vor, dass das Sekretariat in seinem Antrag ein viel zu positives Bild der Marktverhältnisse zeichne: ETA bzw. Swatch Group habe nach wie vor eine erdrückende Marktbeherrschung inne. So seien die Kapazitäten von alternativen Uhrwerksherstellern [...] oder hätten sich nur minimst erhöht und ihre Produktpalette sei nicht annähernd so breit wie die von ETA. Zudem habe das Sekretariat vorliegend zu Unrecht nicht bzw. nicht richtig berücksichtigt, dass das Gesamtvolumen der Lieferungen an Dritte seit 2014 bis heute um 70–80 % auf [...] mechanische Uhrwerke pro Jahr geschrumpft sei und infolge der COVID19-Pandemie mit einem weiteren Rückgang bzw. keinem Wachstum gerechnet werden müsse. Sellita müsse aber pro Jahr mindestens [...] Stück absetzen, um kostendeckend arbeiten zu können. Swatch Group habe alternative Uhrwerkshersteller ausserdem durch missbräuchliche Verhaltensweisen in Bereichen, in denen Swatch Group marktbeherrschend sei oder eine starke Stellung habe (z.B. in den Bereichen Assortiments, Schmiermittel, Kleber, Feinregulierungssystem) systematisch behindert bzw. diskriminiert. Der Antrag des Sekretariats berücksichtige zudem nicht, dass ETA ab 2020 neue, höherwertige Produkte an Dritte liefern wolle, zu welchen es überhaupt keine vollwertigen Substitute gebe, und Swatch Group ihre Konkurrenten nach Ablauf der evR gleich wieder aus dem Markt zu verdrängen suche. Aus kartellrechtlicher Sicht sei es daher geboten, dass die WEKO Massnahmen anordne (primär Lieferverbot für ETA und Lieferzwang für Nivarox, hilfsweise Auferlegung von Verhaltenspflichten für ETA und Nivarox). Andernfalls könnten sich alternative Anbieter nicht richtig am Markt etablieren bzw. würden angesichts fehlender Profitabilität mittelfristig vom Markt verschwinden. Konkret stellt Sellita die folgenden Anträge:

<sup>77</sup> Vgl. dazu Fn 51.

<sup>78</sup> Act. [...].

<sup>79</sup> Act. [...].

<sup>80</sup> Act. [...].

<sup>81</sup> Act. [...].

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 sei in Anwendung von Art. 30 Abs. 3 KG zu ändern, indem The Swatch Group AG (Swatch Group) und den mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften (Swatch Group-Gesellschaften) auf unbestimmte Zeit folgende Verpflichtungen aufzuerlegen seien:

1.1 Nivarox-FAR SA (Nivarox) sei zu verpflichten, Sellita Watch Co S.A. (Sellita) uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz und Technologie zu beliefern; dies beinhaltet insbesondere auch die Annahme und Durchführung neuer Entwicklungsaufträge von Sellita sowie die Belieferung von Sellita mit Assortiments bzw. deren Bestandteilen aller neuen Technologien (wie z.B. Spiralfedern aus Silizium oder Titan/Nivachron).

1.2 ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), Swatch Group und den Swatch Group-Gesellschaften sei zu verbieten, Dritte, d.h. nicht mit Swatch Group im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften, mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches zu beliefern.

1.2.1 Eventualiter, falls Antrag 1.2 abgewiesen wird: ETA, Swatch Group sowie den Swatch Group-Gesellschaften zu verbieten, Sellita oder andere Dritte bei der Belieferung mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches gegenüber anderen Dritten zu diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei u.a. jede der folgenden Verhaltensweisen: Vollständige oder teilweise Verweigerung der Belieferung mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches, die an andere Dritte geliefert werden; Ungleichbehandlung bei der Erfüllung von Bestellungen im Verhältnis zu anderen Dritten; Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu anderen Dritten.

1.3 Swatch Group sowie allen marktbeherrschenden Swatch Group-Gesellschaften sei zu verbieten, Sellita gegenüber Dritten oder gegenüber Swatch Group-Gesellschaften zu diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei u.a. jede der folgenden Verhaltensweisen: Vollständige oder teilweise Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an Swatch Group-Gesellschaften geliefert werden; Ungleichbehandlung bei der Erfüllung von Bestellungen im Verhältnis zu anderen Dritten oder zu Swatch Group-Gesellschaften; Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu anderen Dritten oder zu Swatch Group-Gesellschaften. Der Klarheit halber wird festgehalten, dass die ETA in Ziff. 1.2 oder eventualiter in Ziff. 1.2.1 auferlegten Verhaltensauflagen dieser Ziff. 1.3 vorgehen.

1.4. Swatch Group und allen marktbeherrschenden Swatch Group-Gesellschaften sei zu verbieten, die Lieferung von Produkten an Dritte, bei denen sie marktbeherrschend sind, an den Bezug anderer Produkte zu koppeln.

1.5. Swatch Group AG und allen marktbeherrschenden Swatch Group-Gesellschaften sei zu verbieten, von Sellita unangemessene Geschäftsbedingungen und Preise zu verlangen.

1.6. Swatch Group zu verpflichten, sicherzustellen, dass die Swatch Group-Gesellschaften die vorstehenden Verpflichtungen einhalten.

2. Eventualiter, falls Antrag 1. abgewiesen wird:

2.1 Das Sekretariat der WEKO sei anzuweisen, weitere Untersuchungsmassnahmen vorzunehmen. Insbesondere sei abzuklären, welche mechanischen Uhrwerke ETA in welchen Mengen an welche Kunden wie lange zu liefern beabsichtige, und es seien alle damit zusammenhängenden internen und externen Kommunikationen von Swatch Group heraus zu verlangen. Zudem seien die Abklärungen im Bereich der Assortiments zu vervollständigen.

2.2 Es sei in den Erwägungen der Verfügung festzuhalten, dass ETA als marktbeherrschendes Unternehmen den sich aus Art. 7 KG ergebenden Verhaltensregeln ausnahmslos unterliege. Insbesondere sei festzuhalten, dass ETA dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, dem Verbot von Koppelungsgeschäften gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG und dem Verbot der Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen für ETA SA gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unterliege.

3. Es seien Sellita keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

4. Alles unter Kostenfolgen zulasten von Swatch Group.

45. Sellita teilte zudem mit, dass sie von der WEKO angehört werden wolle.<sup>82</sup>

#### **A.2.10 Überweisung an WEKO, Anhörung von Sellita und Entscheid der WEKO**

46. Nach Prüfung der vorgenannten Stellungnahmen der Verfahrensparteien (vgl. Rz 40 ff.) überwies das Sekretariat der WEKO seinen (unveränderten) Antrag gemäss Rz 39 und die vorgenannten Stellungnahmen zur Entscheidung.

47. Die WEKO trat am 29. Juni 2020 auf das Geschäft ein und führte am selben Tag eine Anhörung von Sellita nach Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz KG durch.<sup>83</sup> Anlässlich dieser gab die WEKO Sellita die Möglichkeit, ein Plädoyer zu halten; Swatch Group erhielt Gelegenheit ein Schlusswort zu halten. Die Verfahrensparteien machten von diesen Möglichkeiten Gebrauch. In ihren entsprechenden Ausführungen bestätigten die Parteien ihre in den schriftlichen Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats gestellten Rechtsbegehren.<sup>84</sup>

48. Nach Beratung fällte die WEKO am 13. Juli 2020 den vorliegenden Entscheid. Den Inhalt des Dispositivs des vorliegenden Entscheids (vgl. unten C) gaben die Wettbewerbsbehörden den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 15. Juli 2020 vorab bekannt.

<sup>82</sup> Act. [...].

<sup>83</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>84</sup> Vgl. Act. [...], Rz 43–255.

## B Erwägungen

### B.1 Rechtsgrundlage

49. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, so kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 3 KG auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern.

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

51. 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 bzw. wurde von den Verfahrensparteien auch nicht geltend gemacht.

### B.2 Formelles

#### B.2.1 Eintreten auf Geschäft gemäss Antrag des Sekretariats

52. Die WEKO tritt auf ein Wiedererwägungsgesuch bzw. einen Antrag des Sekretariats auf Wiedererwägung ein, wenn eine summarische Prüfung des Sachverhalts bzw. der aktuellen Rechtslage ergibt, dass sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben könnten.<sup>85</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich bei der «wesentlichen Veränderung» um eine doppelrelevante Tatsache handelt, weshalb zu betonen ist, dass die schlüssige Glaubhaftmachung für das Eintreten ausreicht.<sup>86</sup> Ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse in der Tat wesentlich geändert haben, ist sodann nach dem Eintreten materiell zu prüfen.

53. Vorliegend bestehen 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 (vgl. Rz 13). Zudem geht das Sekretariat in seinem Antrag davon aus, dass sich der massgebende Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke tatsächlich nicht so entwickelt hat, wie von den Wettbewerbsbehörden ursprünglich erwartet (vgl. Rz 39). Die summarische Prüfung der Sachlage gemäss Antrag ergibt somit, dass eine wesentliche Änderung der Verhältnisse – zumindest in Bezug auf die Wiedererwägung von Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung – vorliegen könnte. Schon aus diesem Grund ist auf das Geschäft gemäss Antrag des Sekretariats einzutreten.

54. Gleichzeitig betonte Swatch Group, sie sei nicht mehr marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Sie beantragte daher – ohne indes ein formelles Wiedererwägungsgesuch zu stellen –, Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke spätestens seit dem 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend sei (vgl. oben Rz 24 f. und Rz 42). Sie begründete dies insbesondere mit einer Marktanteilsverschiebung zugunsten von Sellita auf Ende 2019 und dem gestiegenen Eigenversorgungsgrad der Kunden von ETA. In sachverhaltsmässiger Hinsicht ergeben sich diese beiden Entwicklungen – wenn auch nicht in dem von Swatch Group geltend gemachten Ausmass – auch aus dem Antrag des Sekretariats.<sup>87</sup> Es ist somit vorliegend glaubhaft gemacht im Sinne der Eintretensvoraussetzungen (vgl. oben Rz 52), dass in Bezug auf die damalige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA (vgl. Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung) eine wesentliche Änderung der Verhältnisse vorliegen könnte. Kommt hinzu, dass die Frage der Marktbeherrschung von ETA in einem hinreichend engen Zusammenhang zum eigentlichen Gegenstand des vorliegenden Verfahrens steht (vgl. oben Rz 13 ff. und unten Rz 58). Denn diese Frage betrifft ebenfalls den Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke und wird folgerichtig auch vom Sekretariat in seinem Antrag separat behandelt. Das Eintreten auf das Geschäft gemäss Antrag impliziert damit das Eintreten auf den Antrag von Swatch Group betreffend die Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung bzw. die Feststellung, dass ETA aktuell nicht mehr marktbeherrschend sei.

55. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die WEKO auf das Geschäft gemäss Antrag eintritt. Dies impliziert das Eintreten auf den Antrag von Swatch Group. Dieser lautet, Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke spätestens seit dem 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend ist (vgl. oben Rz 24 f. und Rz 42).

#### B.2.2 Kein Eintreten auf Anträge von Sellita betreffend Assortiments

56. Sellita hat Anträge gestellt, welche auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind (Anträge 1.1 und 2.1, Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6, soweit sie Nivarox betreffen, gemäss Schreiben von Sellita vom 22. März 2019 und 19. Juni 2019, vgl. Rz 29; Antrag 1.1 und Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, soweit sie Nivarox betreffen, gemäss Stellungnahme von Sellita zum

<sup>85</sup> KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 30 N 98.

<sup>86</sup> Vgl. dazu etwa BGE 141 III 294 E. 5.1 f.

<sup>87</sup> Vgl. dazu Act. [...], Rz 125, Rz 304 f. des Antrags des Sekretariats.



Antrag des Sekretariats, vgl. Rz 44). Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, liegen diese Anträge ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Verfahrens (vgl. oben Rz 30 f.),<sup>88</sup> weshalb auf sie nicht einzutreten ist.

57. Was Gegenstand eines wettbewerbsbehördlichen Verfahrens ist, ist insbesondere mit Blick auf die Verfahrensart (z.B. Vorabklärung, Untersuchung oder Verfahren nach Art. 30 Abs. 3 KG) sowie das konkrete Eröffnungsschreiben und allenfalls die Bekanntgabe nach Art. 28 KG zu entscheiden. Das vorliegende Wiedererwägungsverfahren ist ein Verfahren gemäss Art. 30 Abs. 3 KG (vgl. oben Rz 13 ff. sowie die Akten).<sup>89</sup> Im Rahmen eines solchen Verfahrens wird zunächst geprüft, ob sich die Rechts- oder Tatsachenlage in Bezug auf einen Entscheid, auf den gegebenenfalls zurückgekommen werden soll, «wesentlich geändert» hat. Es kann also nur geprüft werden, ob gegenüber einer bereits vorgenommenen kartellrechtlichen Bewertung nunmehr «neue» Elemente vorliegen. Eine Prüfung nach Art. 30 Abs. 3 KG kann naturgemäss im Hinblick auf die ganze Verfügung bzw. das gesamte Dispositiv der Verfügung oder aber in Bezug auf bestimmte Elemente einer Verfügung bzw. Dispositivziffern erfolgen. Denn genauso wie die WEKO in einem Dispositiv mehrere Sachverhalte regeln oder kartellrechtlich bewerten kann, kann sie auch den *actus contrarius* (die Aufhebung bzw. Neuregelung) auf bestimmte Teilgehälter einer bereits erlassenen Verfügung beschränken. Die Verfahrenshoheit liegt diesbezüglich bei den Wettbewerbsbehörden.

58. Welche Elemente der ursprünglichen Verfügung allenfalls in Wiedererwägung gezogen werden sollen, ergibt sich vorliegend aus dem Eröffnungsschreiben betreffend das vorliegende Wiedererwägungsverfahren vom 13. November 2018 sowie der entsprechenden Bekanntgabe nach Art. 28 KG vom 20. November 2018. Danach liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Regelungen der evR entgegen dem ursprünglichen Entscheid der WEKO nicht (vollständig) auslaufen dürfen, da sich die Marktverhältnisse *im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke* möglicherweise nicht in dem Sinne entwickelt haben könnten, wie die WEKO es im Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids erwartete.<sup>90</sup> Zu prüfen ist im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren daher primär, ob ab dem Jahr 2020 in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein werden, um die Nachfrage der Uhrenhersteller *nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken* bedienen zu können (vgl. auch oben Rz 13 ff.).<sup>91</sup> Fragestellungen, welche nicht den Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke betreffen, ist im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren nicht nachzugehen (vgl. auch oben Rz 30 f.). Der Einwand von Sellita, auch das vorliegende Verfahren erfasse den Bereich Assortiments/Nivarox,<sup>92</sup> trifft folglich nicht zu.

59. Soweit die Anträge von Sellita auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind (Anträge 1.1 und 2.1 sowie Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6, soweit sie Nivarox betreffen, gemäss Schreiben von Sellita vom 22. März 2019 und 19. Juni 2019, vgl. Rz 29; Antrag 1.1 und Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, soweit sie Ni-

varox betreffen, gemäss Stellungnahme von Sellita zum Antrag des Sekretariats, vgl. Rz 44), liegen sie ausserhalb des Verfahrensgegenstandes. Die WEKO tritt daher auf diese Anträge, soweit sie auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind, nicht ein.

### B.2.3 Kein Eintreten auf Anträge von Sellita betreffend Service Après-Vente

60. Sellita hat Anträge gestellt, welche auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. ETA oder Nivarox im Bereich Service Après-Vente (SAV; Nachverkaufsservice) gerichtet sind (Anträge 1.5a. und 2.5a. gemäss Schreiben von Sellita vom 16. Juli 2019, vgl. Rz 29). Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, besteht für diese Anträge kein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis von Sellita und sie liegen ebenfalls ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens, weshalb auf diese Anträge nicht einzutreten ist.

61. Mit ihren Anträgen betreffend SAV verlangt Sellita die wettbewerbsbehördliche Anordnung von Lieferverpflichtungen für ETA und Nivarox in Bezug auf Verschleissteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments (im Umfang von jährlich bis zu 10 % der durchschnittlich pro Jahr in den Jahren 2009 bis 2011 effektiv gelieferten Menge), damit der SAV durch Sellita gewährleistet werden kann. Diesbezüglich könnte Sellita überhaupt nur dann rechtsschutzbedürftig sein, wenn sie eine konkrete Gefahr glaubhaft machen könnte, dass sie in Bezug auf ihren SAV von ETA oder Nivarox nicht beliefert würde. Eine derartige konkrete Gefahr macht Sellita indes selbst nicht geltend, sondern äussert lediglich abstrakte Befürchtungen.<sup>93</sup> Kommt hinzu, dass Swatch Group zugesichert hat, dass die Belieferung mit Verschleissteilen mechanischer Uhrwerke und Assortiments für den SAV anderer Unternehmen gewährleistet werde.<sup>94</sup> Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis von Sellita in Bezug auf ihre Anträge betreffend SAV besteht mithin nicht.

62. Selbst wenn ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis von Sellita bestünde, wäre auf die Anträge von Sellita nicht einzutreten. Denn die Anträge liegen jedenfalls ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens. Sowohl das ursprüngliche Verfahren als auch das vorliegende Verfahren betrafen bzw. betreffen nicht den Bereich SAV. Für das ursprüngliche Verfahren stellte die WEKO dies ausdrücklich fest.<sup>95</sup> Diese Erwägungen gelten hier entsprechend. Zumal im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren primär zu prüfen ist, ob ab dem Jahr 2020 in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke vorhanden sein werden, um die entsprechende Nachfrage nach solchen Uhrwerken von Seiten Uhrenherstellern bedienen zu können (vgl. oben Rz 13 ff. und Rz 57 f.).

<sup>88</sup> Vgl. auch Act. [...].

<sup>89</sup> Act. [...].

<sup>90</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>91</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>92</sup> Act. [...].

<sup>93</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>94</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>95</sup> Vgl. RPW 2014/1, 280 Rz 477, 282 Rz 480, *Swatch Group Lieferstopp*.



63. Soweit die Anträge von Sellita auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. ETA oder Nivarox im Bereich SAV gerichtet sind (Anträge 1.5a und 2.5a, vgl. Rz 29), besteht kein Rechtsschutzbedürfnis von Sellita; ausserdem liegen diese Anträge ausserhalb des Verfahrensgegenstandes. Die WEKO tritt daher auf die Anträge von Sellita betreffend eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. ETA oder Nivarox im Bereich SAV nicht ein.

#### **B.2.4 Keine weiteren Untersuchungsmassnahmen durch das Sekretariat**

64. Sellita hat ferner hilfsweise der WEKO den Antrag gestellt, das Sekretariat sei mit weiteren Ermittlungsmassnahmen zu beauftragen (Antrag 2.1 gemäss Stellungnahme von Sellita zum Antrag des Sekretariats, vgl. Rz 44). So solle das Sekretariat im Auftrag der WEKO sowohl seine Ermittlungen im Bereich Assortiments «vervollständigen» als auch ermitteln, welche mechanischen Uhrwerke ETA künftig in welchen Mengen an welche Kunden wie lange zu liefern beabsichtige. Über diesen Antrag ist zu entscheiden, falls Antrag 1 gemäss Stellungnahme von Sellita zum Antrag des Sekretariats abgewiesen wird (vgl. Rz 44). Da Antrag 1 von Sellita abgewiesen wird (vgl. unten Rz 390 ff.), ist der Antrag zu behandeln. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist dieser Verfahrensantrag abzuweisen.

65. Der besagte Verfahrensantrag stellt keinen Beweis-antrag bzw. keine Beweisofferte dar. Denn in formeller Hinsicht erfordert das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Gesuchstellerin einen frist- und formgerechten Antrag stellt, mit dem sie das betreffende Beweismittel «anbietet». Diese Voraussetzungen sind in casu nicht erfüllt,<sup>96</sup> womit kein Beweisantrag und keine Beweisofferte vorliegt. Ob die von Sellita begehrten Untersuchungshandlungen durchgeführt werden, ist damit abhängig davon, ob die WEKO sie im Rahmen der Untersuchungsmaxime (Art. 12 Abs. 1 VwVG) für sachdienlich und angemessen hält. Dies ist indes nicht der Fall.

66. Infolge der Untersuchungsmaxime sind einzig solche Sachverhalte zu untersuchen, welche in Bezug auf den Verfahrensgegenstand bzw. die in einem bestimmten Verfahren zu beurteilenden rechtlichen Fragen relevant sind. Damit ist vorliegend nicht angezeigt, weitere Abklärungen für den Bereich Assortiments durchzuführen. Denn wie bereits erwähnt, sind allfällige missbräuchliche Verhaltensweisen von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments nicht Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens (vgl. Rz 56 ff.). Auch die künftige Geschäftspolitik von ETA, d.h. die Frage, welche mechanischen Uhrwerke ETA künftig in welchen Mengen an welche Kunde wie lange zu liefern beabsichtigt,<sup>97</sup> ist mit Blick auf den Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens nicht weiter abzuklären. Denn die WEKO hat im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren primär die Frage zu beantworten, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids der WEKO abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, damit die die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung tatsächlich am 31. Dezember 2019 auslaufen dürfen; «Stichtag» für die Sachverhaltsermittlungen ist somit der 31. Dezember 2019 (vgl. auch Rz 13 ff.). Das künftige Verhalten von Swatch

Group bzw. ETA im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke, ist, sofern es nicht Gegenstand des ursprünglichen Entscheids war,<sup>98</sup> im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren nicht zu beachten. Es kann aber Gegenstand künftiger anderer kartellrechtlicher Verfahren sein, sofern hierfür die Voraussetzungen gegeben sind.

67. Weitere Ermittlungshandlungen sind folglich mit Blick auf den Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens und die in diesem Verfahren zu beantwortenden Fragen weder sachdienlich noch angemessen und damit nicht vorzunehmen. Der Antrag von Sellita an die WEKO, das Sekretariat mit weiteren Ermittlungshandlungen betreffend die künftige Geschäftspolitik von ETA sowie den Bereich Assortiments zu beauftragen, wird daher abgewiesen.

#### **B.2.5 Anspruch auf rechtliches Gehör**

68. Die Weigerung der Wettbewerbsbehörden, sich im laufenden Verfahren mit den Vorwürfen von Sellita betreffend das Verhalten von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments zu befassen, verletzt entgegen dem Vorbringen von Sellita<sup>99</sup> nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 39 KG i.V.m. Art. 29 VwVG verlangt einzig, dass sich die Behörde mit den für den *Verfahrensgegenstand relevanten* Vorbringen der Parteien auseinandersetzt. Wie erläutert, ist das Verhalten von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments indes für die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren zu beurteilenden Fragen nicht von Bedeutung (vgl. Rz 56 ff.). Die fehlende Auseinandersetzung mit den Vorwürfen von Sellita betreffend den Bereich Assortiments stellt mithin keine Gehörsverletzung dar.

69. Hinzuweisen ist darauf, dass Sellita durch die Nichtberücksichtigung ihrer Vorwürfe betreffend das Verhalten von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments im vorliegenden Verfahren nicht schutzlos gestellt ist. Denn diese Vorwürfe bleiben von Seiten der Wettbewerbsbehörden gerade nicht unbeachtet, sondern sollen in einem anderen Verfahren untersucht werden (vgl. oben Rz 30 f.). Zudem stehen Sellita Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe zur Verfügung, sollte das Verhalten von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments nicht im Sinne von Sellita untersucht und beurteilt werden.

<sup>96</sup> Vgl. den Wortlaut des Antrags sowie die Begründung in Act. [...].

<sup>97</sup> Vgl. dazu etwa die Ankündigungen von Swatch Group gem. Act. [...] (Antwort auf Frage 16) und Act. [...] (Antwort auf Fragen 2–4).

<sup>98</sup> Gegenstand der damaligen Beurteilung war ein vollständiger Stopp der Belieferung von Drittkunden mit den damals von ETA produzierten mechanischen Swiss made Uhrwerken auf Ende 2012; vgl. Rz 3 und Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>99</sup> Act. [...].

## B.3 Materielles

### B.3.1 Allgemeines zur Wiedererwägungsprüfung

70. Voraussetzung für die Wiedererwägung eines Entscheids im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid der WEKO zugetragen hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die tatsächlichen oder die rechtlichen Verhältnisse geändert haben. Im Vordergrund mag zwar die Änderung des Sachverhalts stehen, wobei damit die Veränderung der Marktgegebenheiten (z.B. neue Wettbewerber etc.) gemeint ist, nicht jedoch die nachträgliche Anpassung des Verhaltens des Verfügungsadressaten. Daneben ist auch denkbar, dass sich die rechtliche Situation ändert: Die WEKO ändert z.B. ihre bisherige Praxis bezüglich einer Rechtsfrage oder der Gesetzgeber erlässt neue vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG; in Frage kämen allenfalls auch neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse.<sup>100</sup>

71. Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben kann.<sup>101</sup>

72. Haben sich die Verhältnisse im beschriebenen Sinne wesentlich geändert, so prüft die WEKO, ob das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zum Zeitpunkt der Beurteilung der Wiedererwägung im konkreten Fall höher zu werten ist als dasjenige am unveränderten Weiterbestehen des Entscheids, wobei die Interessen des Antragstellers resp. der Verfügungsadressatin gegenüber denjenigen weiterer Betroffener sowie dem öffentlichen Interesse abzuwägen sind. Bei dieser Abwägung der Interessen der Verfügungsadressatin, weiterer Betroffener und Dritter sowie des öffentlichen Interesses verfügt die WEKO über einen gewissen Ermessensspielraum.<sup>102</sup>

73. Die WEKO prüft eine mögliche Wiedererwägung somit in zwei Schritten: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Die Änderung ist jedoch erst dann wesentlich, wenn sie sich auf die rechtliche Beurteilung des ursprünglichen Verfahrens auswirkt. Stellt die WEKO eine wesentliche Veränderung fest, prüft sie in einem zweiten Schritt, ob das Interesse an der Änderung der Verfügung im konkreten Fall höher zu werten ist als das Interesse an der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.<sup>103</sup>

### B.3.2 Vorbemerkungen zur Wiedererwägungsprüfung in casu

74. Vorab ist festzuhalten, dass eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse gemäss Art. 30 Abs. 3 KG von vornherein nicht ersichtlich ist.

75. Typisches Beispiel für eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist der Eintritt neuer Marktakteure in einen Markt, welcher nach dem Zeitpunkt der von der WEKO in diesem Markt angeordneten Massnahmen erfolgt und infolgedessen sich diese Massnahmen als unangemessen herausstellen.

76. Das vorliegende Wiedererwägungsverfahren ist demgegenüber anders gelagert. Die WEKO ordnete

Massnahmen an – resp. genehmigte die evR in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung – aufgrund von sich abzeichnenden Marktentwicklungen. Diese Erwartungen an die Marktentwicklungen waren Voraussetzung für die Genehmigung der evR in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung; d.h. das Entfallen der Lieferverpflichtung von ETA ab dem 31. Dezember 2019 gemäss evR wurde von der WEKO sozusagen genehmigt, sofern sich der Markt so entwickelt, wie sich dies zum Zeitpunkt der Genehmigung der evR abzeichnete. Wie jeder Vorhersage inhärent, waren für die WEKO die sich abzeichnenden Marktentwicklungen mit einem gewissen Grad an Unsicherheit behaftet. Dies brachte die WEKO dadurch zum Ausdruck, dass sie explizit auf den Vorbehalt der Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG hingewiesen hat, falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären.<sup>104</sup> Im Gegensatz zu anderen Fällen der WEKO, in denen sie Massnahmen verfügte, erfolgte die Genehmigung der evR gestützt auf die Erwartung, dass sich die Marktverhältnisse verändern. Die WEKO ging somit davon aus, dass eine Veränderung der Marktverhältnisse eintreten wird.

77. Eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG liegt in casu somit vor, wenn die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Entwicklungen der Marktverhältnisse nicht eingetreten wären. Somit würde das Nichteintreten der sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen einen Grund darstellen, den ursprünglichen Entscheid zu widerrufen oder zu ändern. Dies wäre jedoch für die WEKO dann nicht angezeigt, wenn sich die betroffenen Uhrenhersteller nicht in genügendem Ausmass um alternative Lösungen bemüht hätten.<sup>105</sup> Die Prüfung, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem ursprünglichen Entscheid wesentlich verändert haben, hat in casu somit die Frage zum Gegenstand, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind. Hauptsächlich wird in den nachfolgenden Ausführungen diese Frage geprüft (vgl. unten Rz 117 ff.).

78. Darüber hinaus ist separat auf die Frage einzugehen, ob sich die für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Swatch Group massgebenden Umstände wesentlich geändert haben (vgl. Rz 54 und Rz 393 ff.), da Swatch Group den Antrag gestellt hat, die Feststellung der WEKO in Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung, wonach ETA auf dem Markt

<sup>100</sup> BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 130 ff.

<sup>101</sup> BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 133.

<sup>102</sup> ROMINA CARCAGNI, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 30 KG N 19; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 136.

<sup>103</sup> SHK-CARCAGNI (Fn 102), Art. 30 KG N 18 f.; AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 58 N 10.

<sup>104</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>105</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist, sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ETA zum 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend sei (vgl. oben Rz 24 f. und Rz 42).

### B.3.3 Ausgangslage: Ursprünglicher Entscheid – Zentrale Feststellungen

79. Für die Beurteilung der Frage, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Veränderungen der Marktverhältnisse eingetreten sind, gilt es, sich die damalige Ausgangslage, insbesondere die damals herrschenden Wettbewerbsverhältnisse sowie die damals gemachten Erwartungen an die Entwicklung dieser Verhältnisse, vor Augen zu führen. Im Rahmen des ursprünglichen Entscheids machte die WEKO drei zentrale Feststellungen, welche für die Beantwortung oben genannter Frage von entscheidender Bedeutung sind.

- Erstens stellte die WEKO fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat (vgl. Rz 4).<sup>106</sup>
- Zweitens stellte die WEKO fest, dass die kurzfristige Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG zu qualifizieren ist (vgl. Rz 4).<sup>107</sup>
- Drittens genehmigte die WEKO die evR (vgl. Rz 5) unter dem Vorbehalt der sich abzeichnenden Marktentwicklungen zwecks Beseitigung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung.<sup>108</sup>

80. Die Erwägungen, welche die WEKO zu den drei aufgeführten Feststellungen im ursprünglichen Entscheid bewog, werden nachfolgend in gebotener Kürze wiedergegeben.

#### B.3.3.1 Marktbeherrschende Stellung von ETA

81. In sachlicher Hinsicht grenzte die WEKO in ihrem ursprünglichen Entscheid einen Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen ab. Als räumlich relevanter Markt betrachtete die WEKO die Schweiz. An dieser Stelle wird auf eine ausführliche Wiedergabe der damals vorgenommenen Marktabgrenzung verzichtet. Hierzu wird – soweit notwendig – an den entsprechenden Stellen in den Erwägungen eingegangen und sei ergänzend auf die diesbezüglichen Ausführungen in der ursprünglichen Verfügung verwiesen.<sup>109</sup>

82. Bei der Beurteilung der Frage, ob ETA eine marktbeherrschende Stellung auf dem genannten Markt einnimmt, analysierte die WEKO die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken sowie die vergangenen und damals aktuellen Expansionsprojekte (potentieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite (Nachfragemacht). Die nachfolgenden Ausführungen geben die Ergebnisse dieser Beurteilung in summarischer Form wieder und folgen der Übersicht halber der im ursprüngliche Entscheid verwendeten und oben wiedergegebenen Struktur. Ergänzend sei hierzu auf die Ausführungen im ursprünglichen Entscheid verwiesen.<sup>110</sup>

#### Aktueller Wettbewerb

83. Bei der Analyse des aktuellen Wettbewerbs ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen Herstellern mechanischer Uhrwerke, welche an Drittkunden liefern (z.B. ETA oder Sellita), und solchen, welche mechanische Uhrwerke ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (z.B. die Rolex SA [nachfolgend: Rolex], vgl. auch Rz 86).

84. Eine Betrachtung der Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke ergab für das Jahr 2010<sup>111</sup> die in nachfolgender Abbildung 1 dargestellten *Produktionsanteile*.

<sup>106</sup> Vgl. RPW 2014/1, 252 Rz 281, 285 Dispositiv Ziff. 1, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>107</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

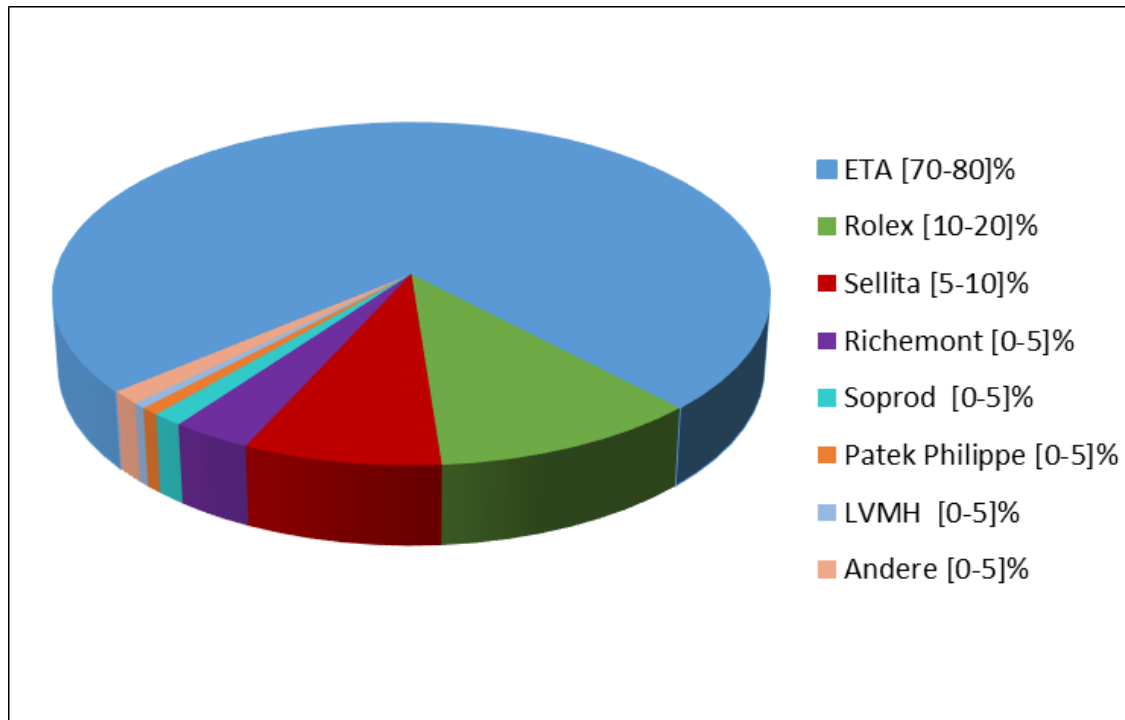
<sup>108</sup> Vgl. RPW 2014/1, 285 Dispositiv Ziff. 3, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>109</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., 227 Rz 115 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>110</sup> Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 158 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>111</sup> Die ausgewiesenen Produktionsanteile basieren auf Zahlen des Jahres 2010, weil diese zum Zeitpunkt der Befragung durch das Sekretariat im Juli 2011 im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung von den Unternehmen angegeben werden konnten. RPW 2014/1, 234 Rz 164, *Swatch Group Lieferstopp*. Die Entwicklung der Produktionsanteile in den Jahren 2011 bis 2013 – vor dem hier interessierenden ursprünglichen Entscheid – wird basierend auf der aktuell durchgeführten Befragung in der Tabelle 1 dargestellt (vgl. Rz 149).

Abbildung 1: Produktionsanteile mechanische Uhrwerke 2010.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung. RPW 2014/1, 233 Rz 161, Swatch Group Lieferstopp.

Hinweis: Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile.

85. Der Abbildung 1 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2010 [70–80] % aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke produzierte. Neben ETA stellten im Jahr 2010 Rolex [10–20] % und Sellita ([5–10] %) grössere Mengen an mechanischen Uhrwerken her. Als weitere Hersteller mechanischer Uhrwerke sind die Richemont-Gruppe<sup>112</sup> ([0–5] %), die Soprod SA (nachfolgend: Soprod; [0–5] %), die Patek Philippe SA (nachfolgend: Patek Philippe; [0–5] %) und die Louis Vuitton Moët Hennessy-Gruppe (nachfolgend: LVMH; [0–5] %)<sup>113</sup> zu nennen.<sup>114</sup>

86. Diverse Hersteller produzieren mechanische Uhrwerke nur für den Eigengebrauch, weshalb diese für die Marktgegenseite<sup>115</sup> momentan keine Alternativen darstellen und somit nicht in Konkurrenz zu ETA stehen.<sup>116</sup> In der ursprünglichen Untersuchung wurde die Eigenproduktion für die Berechnung der Marktanteile nicht berücksichtigt, denn die Produktion für den Eigengebrauch müsste nur dann bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt werden, wenn eine Erhöhung der Marktpreise dazu führen würde, dass die für eigene Bedürfnisse reservierten Produktionskapazitäten für die Produktion zugunsten Dritter verwendet würden oder Produktionskapazitäten für die Befriedigung des Bedarfs Dritter erhöht würden.<sup>117</sup> Dies war – wie im ursprünglichen Entscheid festgehalten – trotz steigender Preise von ETA nicht der Fall [...].<sup>118</sup>

87. Bei Betrachtung der Mengen, welche von Herstellern mechanischer Uhrwerke an Drittkunden geliefert werden, ergaben sich für das Jahr 2010<sup>119</sup> die in der Abbildung 2 dargestellten *Marktanteile*.

<sup>112</sup> Zur Richemont-Gruppe gehören u.a. A. Lange & Söhne, Baume & Mercier, IWC Schaffhausen, Lange Uhren GmbH, Manufacture Cartier Horlogerie (nachfolgend: Cartier), Manufacture Horlogère Val Fleurier (nachfolgend: Valfleurier), Manufacture Jaeger-LeCoultre, Manufacture Roger Dubuis, Montblanc Montre SA, Officine Panerai (nachfolgend: Panerai), Piaget, Vacheron Constantin, Van Cleef & Arpels.

<sup>113</sup> Zur LVMH-Gruppe gehören u.a. Bulgari Horlogerie SA (nachfolgend: Bulgari), Hublot SA (nachfolgend: Hublot), La Fabrique du Temps Louis Vuitton (nachfolgend: Louis Vuitton), Les Ateliers Horlogers Dior SA (nachfolgend: Dior), TAG Heuer und Zenith.

<sup>114</sup> Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 162, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>115</sup> Marktgegenseite sind Abnehmer mechanischer Uhrwerke. Dazu gehören insbesondere Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche die Uhrwerke von ETA montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen sowie sog. Modifizierer, also Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke zusätzlich veredeln und sie dann an Uhrenhersteller weiterverkaufen. RPW 2014/1, 224 Rz 92, *Swatch Group Lieferstopp*.

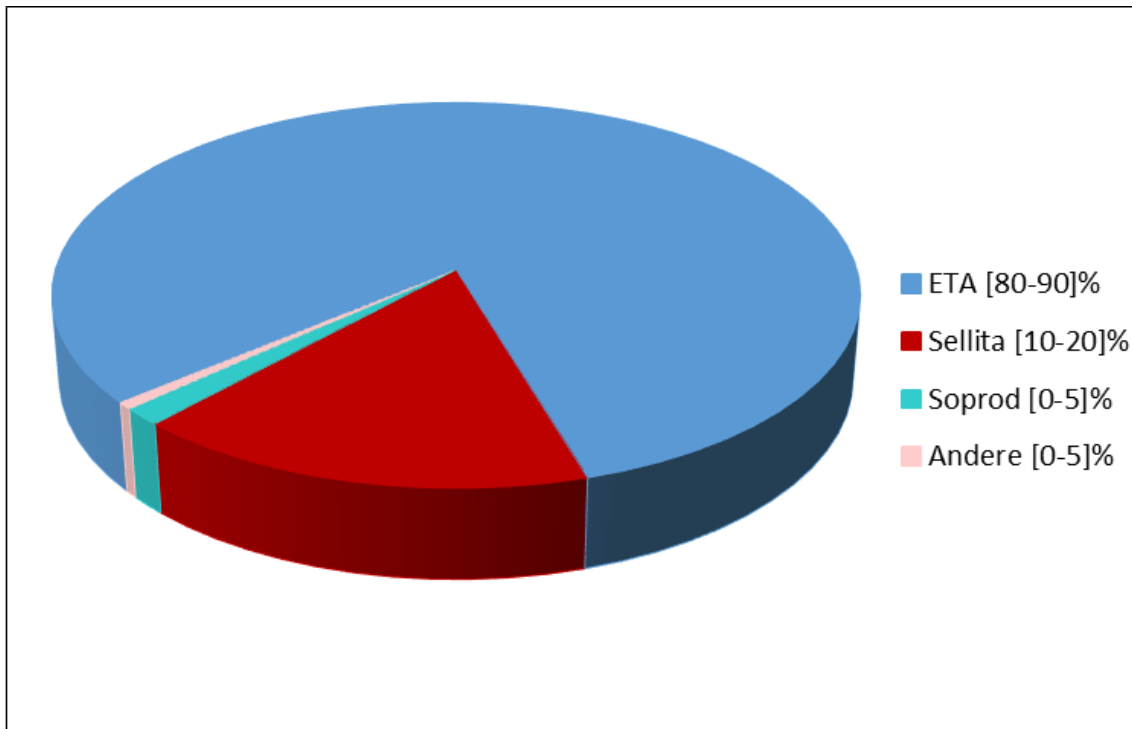
<sup>116</sup> Auf die Bedeutung der Eigenproduktion mechanischer Uhrwerke verschiedener Uhrenhersteller wurde im Rahmen der Analyse der potentiellen Konkurrenz eingegangen (vgl. Rz 97 f. sowie RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*).

<sup>117</sup> MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 296.

<sup>118</sup> Vgl. RPW 2014/1, 234 Rz 163, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>119</sup> Vgl. Fn 111. Gleiches gilt für die Marktanteile und deren Entwicklung (vgl. Rz 165).

Abbildung 2: Marktanteile mechanische Uhrwerke 2010.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung. RPW 2014/1, 234 Rz 163, Swatch Group Lieferstopp.

Hinweis: Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Anteile.

88. Der Abbildung 2 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2010 einen Marktanteil von [80–90] % aufwies. ETA offeriert eine breite Produktpalette an verschiedenen Typen von mechanischen Uhrwerken, so genannte Kaliber (vgl. Rz 217). Der Grossteil der in der Schweiz produzierten Uhren, die von Uhrenherstellern nicht mit selber produzierten Uhrwerken ausgerüstet wurden, basierten damals auf sechs Uhrwerken von ETA (2892-A2, 7750, 2671, 2836-02, 2836-02, 2834-02, 2824-02). Die Preise der mechanischen Uhrwerke von ETA bewegten sich im Segment von 50 bis gut 500 CHF.<sup>120</sup>

89. Sellita, die mit der Produktion mechanischer Uhrwerke ungefähr vor 17 Jahren begann, bietet mechanische Uhrwerke an, welche mit denjenigen von ETA weitgehend identisch sind (mehrheitlich sog. Generika-Werke). Damals bot Sellita für fünf der sechs meistverkauften Kaliber von ETA (vgl. oben Rz 88) Substitute in einem ähnlichen Preissegment an (SW300 für 2892-A2, SW500 für 7750, SW220-1 für 2836-02, SW240-1 für 2834-02, SW200-1 für 2824-02). Sellita stellte damals mit einem Marktanteil von [10–20] % die einzige echte Alternative dar, welche ebenfalls mechanische Uhrwerke in industriellen Mengen produzierte.<sup>121</sup>

90. Soprod, ein weiterer Hersteller mechanischer Uhrwerke, welcher zur Festina-Gruppe gehört, bot damals nur ein industriell hergestelltes mechanisches Uhrwerk an. Das Kaliber A10 ist ein technisch gutes Substitut für das Kaliber 2892-A2 von ETA resp. SW300 von Sellita (vgl. oben Rz 88 f.)<sup>122</sup>, war jedoch damals ungefähr doppelt so teuer wie die vergleichbaren Produkte von Sellita

oder ETA. Soprod wies im Jahr 2010 einen geringen Marktanteil von [0-5] % auf.<sup>123</sup>

91. Die Kategorie «Andere» umfasst Hersteller, welche relativ kleine Stückzahlen (> 5'000 Stück) von «haut-de-gamme»-Werken<sup>124</sup> produzieren, welche kaum mit den industriell gefertigten mechanischen Uhrwerken von ETA oder Sellita ausgetauscht werden können.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95, 225 Rz 100, 234 Rz 164, Swatch Group Lieferstopp.

<sup>121</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95, 234 Rz 164, Swatch Group Lieferstopp.

<sup>122</sup> Dieses Alternativwerk war damals noch nicht lange auf dem Markt, weshalb bei potentiellen Kunden teilweise eine gewisse Unsicherheit betreffend Zuverlässigkeit des Werks bestand. Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 168, Swatch Group Lieferstopp.

<sup>123</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95, 234 Rz 164, 235 Rz 168, Swatch Group Lieferstopp.

<sup>124</sup> «Haut-de-gamme»-Werke haben in der Regel einen anderen Aufbau als industriell hergestellte Werke, sind mit besonderen Funktionen und höherwertigen Dekorationen ausgestattet und bewegen sich in einem höheren Preissegment (ab 700–1'000 bis über 10'000 CHF). Im ursprünglichen Entscheid liess die WEKO die Frage, ob der Markt basierend auf dem Preissegment und dem Industrialisierungsgrad (Herstellung von «haut-de-gamme»-Werken und Herstellung von industriellen Basiskalibern) unterteilt werden muss, offen, da eine allfällige engere Marktabgrenzung am Ergebnis nichts zu verändern vermochte. Vgl. RPW 2014/1, 226 Rz 98 ff., Swatch Group Lieferstopp.

<sup>125</sup> Vgl. RPW 2014/1, 234 Rz 164, Swatch Group Lieferstopp.

92. Im ursprünglichen Entscheid wurde der Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) herangezogen, um die *Konzentration* im Markt für mechanische Uhrwerke zu illustrieren.<sup>126</sup> Basierend auf den für das Jahr 2010 ausgewiesenen Marktanteilen (vgl. Rz 87) ergab sich im Jahr 2010 ein HHI von ungefähr 6'900. Dies zeigt den damaligen äusserst hohen Konzentrationsgrad.<sup>127</sup>

93. In Bezug auf die aktuellen Konkurrenten von ETA hielt die WEKO im ursprünglichen Entscheid fest, dass diese kaum eine disziplinierende Wirkung auf ETA ausüben können. Die folgenden Gründe sprachen für die WEKO gegen eine disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz von ETA: Einerseits die sehr hohen Marktanteile von ETA und andererseits die Tatsache, dass kaum Konkurrenten existierten. Die vorhandenen wenigen Konkurrenten verfügten zudem über deutlich geringere Kapazitäten sowie eine (stark) eingeschränkte Produktpalette. Des Weiteren sei Sellita beim wichtigsten Input (Assortiments) auf Nivarox, ebenfalls Tochtergesellschaft der Swatch Group, angewiesen.<sup>128</sup>

#### *Potentieller Wettbewerb*

94. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichend disziplinierende Wirkung auf ETA zu entfalten vermochte, wurde in der ursprünglichen Untersuchung auch der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs, d.h. die Marktzutrittsschranken sowie die vergangenen und damals aktuellen Expansionsprojekte, geprüft.

95. Im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung wurden mögliche *Marktzutrittsschranken* wie Know-How, Kostenvorteile, Investitionsbedarf und Gewinnaussichten, Beschaffung von Produktionsinputs, Reputation und Switching Costs analysiert. Nachfolgend werden die wichtigsten Ergebnisse dieser Analyse zusammengefasst; ergänzend wird auf die Ausführungen im ursprünglichen Entscheid verwiesen.<sup>129</sup>

96. Obwohl die Produktionstechnologie von ETA prinzipiell bekannt sei, stelle das Know-how zur Produktion mechanischer Uhrwerke, insbesondere zur Produktion in grossen Stückzahlen (industriellen Produktion), welches notwendig sei, um eine kritische Grösse zu erreichen und mechanische Uhrwerke zu konkurrenzfähigen Preisen herzustellen, eine Markteintrittsbarriere dar. Ebenfalls als Markteintrittsbarriere wurden die grossen «economies of scale»<sup>130</sup> in der Produktion mechanischer Uhrwerke identifiziert. Zudem seien ein hoher Investitions- und Zeitbedarf<sup>131</sup> für den Aufbau einer grösseren Produktion mechanischer Uhrwerke erforderlich. Verbunden mit den vorhandenen «economies of scale» führen der hohe Investitions- und Zeitbedarf dazu, dass zukünftige Gewinne eines Markteintreters erst in der langen Frist anfallen, was die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten zusätzlich reduziere. Auch die Beschaffung von Produktionsinputs, insbesondere von Assortiments, wurde als Markteintrittshürde identifiziert (vgl. Rz 356 ff.). Ebenfalls als Markteintrittsbarrieren genannt wurden die hohe Reputation mechanischer Uhrwerke von ETA in Bezug auf Qualität und Zuverlässigkeit, welche sich ein Markteintreter erst erarbeiten muss, sowie die Umstellungskosten, welche für einen Uhrenhersteller u.U. anfallen, wenn er seine Uhrenproduktion auf mechanische Uhrwerke eines alternativen Herstellers umstellt. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die

Markteintrittsbarrieren als hoch, mittel- bis längerfristig jedoch als nicht unüberwindbar einzustufen sind.<sup>132</sup>

97. Zudem wurde eine Analyse *vergängerer und damals aktueller Expansionsprojekte* durchgeführt, wobei einerseits die Markteintritte der letzten Jahre und andererseits Projekte von Uhrenherstellern, welche damit begonnen hatten, mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen, herangezogen wurden.<sup>133</sup> Ein detaillierter Überblick über die damals analysierten Markteintritte sowie Aufbau- bzw. Ausbauprojekte von Uhrenherstellern für den Eigengebrauch folgt zwecks Lesbarkeit bei der Analyse der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse bis 2019 (vgl. Rz 182 ff. und Rz 329 ff.).

98. Zusammenfassend zeigte die damalige Analyse auf, dass allfällige Markteintritte einen Zeithorizont von mindestens sieben bis zehn Jahren bräuchten, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu ETA-Uhrwerken anbieten könnten. Kurz- bis mittelfristig werde es keine neuen Anbieter auf dem Markt geben, die in puncto Menge, Qualität und Preis mit ETA werden konkurrieren können. Gewisse Konkurrenten von ETA, namentlich Sellita und Soprod, würden voraussichtlich ihre Kapazitäten über die nächsten 3–5 Jahren erhöhen und damit einen Teil der Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen wolle, auffangen können. Weiter würden verschiedene (auch grosse) Abnehmer von ETA ihre Eigenversorgung an mechanischen Uhrwerken erhöhen, was nach damaliger Einschätzung der WEKO die Knappheit an mechanischen Uhrwerken über die nächsten Jahre unter sonst gleichbleibenden Bedingungen entschärfe. Die WEKO fügte hierzu an, dass alternative Anbieter – insbesondere Sellita – sowie etliche Ausbauprojekte für den Eigengebrauch kurz- bis mittelfristig noch auf Assortiments

<sup>126</sup> Der HHI ist ein Mass für den Konzentrationsgrad eines Marktes und berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen im Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (fragmentierter Markt) und 10'000 (Monopol). Der HHI wird primär im Bereich der Zusammenschlusskontrolle verwendet. Gemäss der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Liegt der HHI hingegen zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert über 250 oder ist der HHI höher als 2'000 und der Delta-Wert grösser als 150 müssen zusätzliche Kriterien (z.B. betreffend potentielle Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbewehrung) erfüllt sein, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss grundsätzlich nicht eingehend prüft. Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 170, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rz 19 f.

<sup>127</sup> Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 171, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>128</sup> Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 174, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>129</sup> Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 176 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>130</sup> Von «economies of scale» oder «Grössenvorteilen» spricht man, wenn die Durchschnittskosten pro hergestellte Einheit mit zunehmendem Output sinken.

<sup>131</sup> Für den Aufbau einer Produktion mechanischer Uhrwerke mit einer Kapazität von ca. 5'000 bis ca. 50'000 Stück pro Jahr (und einer externen Belieferung von Assortiments) wurde von einem Kapitalbedarf von ungefähr 10-40 Mio. CHF ausgegangen. Für die Herstellung von zu ETA resp. Sellita konkurrenzfähigen Produkten wurde von einer Investitionssumme von ungefähr 50-150 Mio. CHF ausgegangen. Der Zeitbedarf, um eine Produktion konkurrenzfähiger mechanischer Uhrwerke aufzubauen, wurde auf sieben bis neun Jahre geschätzt. Vgl. RPW 2014/1, 237 Rz 186 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>132</sup> Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 195, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>133</sup> Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

von Nivarox angewiesen sein würden. Abschliessend hielt die WEKO fest, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden sei und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreiche, um ETA disziplinieren zu können.<sup>134</sup>

#### Nachfragemacht

99. In Bezug auf den Aspekt der Nachfragemacht hielt die WEKO fest, dass die Abnehmer von ETA kaum über Verhandlungsmacht verfügen, was sich einerseits daran zeige, dass ETA ihre Lieferungen an Kunden einstellen wolle und demnach nicht auf die Belieferung von Dritten angewiesen sei, und andererseits, dass ETA über einen Produktionsanteil von [70–80] % verfüge und die meisten Abnehmer nur in eingeschränktem Ausmass auf alternative Anbieter ausweichen können. Die WEKO hielt fest, dass die Abnehmer von ETA über keine disziplinierende Nachfragemacht verfügen.<sup>135</sup>

#### B.3.3.2 Kurzfristiger Lieferstopp von Swatch Group unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

100. Im Lichte der Missbräuchlichkeitsprüfung nach Art. 7 KG kam die WEKO im ursprünglichen Entscheid zum Schluss, dass ein kurzfristiger Lieferstopp (vgl. dazu oben Rz 3) ohne genügend Anpassungszeit den Wettbewerb auf dem Markt für Fertighuhren stark behindern und auf dem Markt für mechanische Uhrwerke weitgehend beseitigen dürfte. Diese Behinderung würde der WEKO zufolge zu einer deutlichen Stärkung der Marktstellung von Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren führen.<sup>136</sup> Die WEKO stellte in ihren Erwägungen u.a. Folgendes fest:

- Zum damaligen Zeitpunkt war ein Grossteil der Schweizer Uhrenproduzenten auf mechanische Uhrwerke von ETA angewiesen, um auf dem nachgelagerten Markt der mechanischen Uhren Wettbewerbsdruck auf Swatch Group auszuüben.
- Alternative Anbieter könnten die Mengen an mechanischen Uhrwerken, welche durch eine kurzfristige und umfassende Liefersperre zusätzlich nachgefragt würden, unmöglich zur Verfügung stellen.
- An obenstehender Situation werde sich auch in absehbarer Zeit nichts ändern, was insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass Sellita beim Herzstück der mechanischen Uhrwerke – den Assortiments – noch auf Produkte der Swatch Group (Nivarox) angewiesen sei. Dies habe zur Konsequenz, dass Swatch Group den Output von Sellita indirekt kontrolliere resp. plafoniere: Sellita könne nur so viele Uhrwerke produzieren, wie sie über Assortiments von Nivarox verfüge.<sup>137</sup>

101. Die WEKO hielt zusammenfassend aber auch fest, dass mittel- bis langfristig aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt würde und weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Uhrwerke tätig sein würden. Bis dahin sei sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechani-

sche Uhrwerke (und Assortiments) an Drittkunden liefern. Andernfalls käme es zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und höchst wahrscheinlich zu Marktaustritten.<sup>138</sup>

#### B.3.3.3 Beseitigung Wettbewerbsbeschränkungen – Genehmigung evR

102. Zwecks Beseitigung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen verhandelte das Sekretariat mit Swatch Group über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG. Eine erste einvernehmliche Regelung (evR I)<sup>139</sup>, mit welcher die Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt werden sollten, die vom Lieferstopp für mechanische Uhrwerke als auch für Assortiments ausgehen, wurde der WEKO zur Genehmigung vorgelegt, von dieser allerdings nicht genehmigt. Die WEKO wies die Sache zurück an das Sekretariat, verbunden mit der Anweisung, Neuverhandlungen über den Abschluss einer neuen einvernehmlichen Regelung aufzunehmen. Die WEKO gab dem Sekretariat für die Verhandlungen Leitplanken vor.<sup>140</sup>

103. Das Sekretariat verhandelte eine neue einvernehmliche Regelung, die evR (vgl. oben Rz 5), welche nur noch das von Swatch Group beabsichtigte Phasing-Out für mechanische Uhrwerke von ETA zum Gegenstand hatte. Die evR wurde der WEKO zur Genehmigung vorgelegt und unter dem Vorbehalt der sich zum damaligen Zeitpunkt abzeichnenden Marktentwicklungen, auf welchen die evR basierte, genehmigt. Die WEKO hielt fest, dass wenn sich die Marktverhältnisse wie gemäss damaligem Kenntnisstand entwickelten, es ab Anfang 2020 genügend alternative Angebote zu den mechanischen Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben werde, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller zu befriedigen vermögen. Die WEKO stützte sich bei ihrer Einschätzung auf die zum damaligen Zeitpunkt geprüfte potentielle Konkurrenz (vgl. Rz 94 ff.). Zusammenfassend kam die WEKO zum Schluss, dass solche in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden sei und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreiche, um ETA disziplinieren zu können.<sup>141</sup>

<sup>134</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 209 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>135</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 212 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>136</sup> Vgl. zur konkreten Wettbewerbsbehinderung in der ursprünglichen Untersuchung RPW 2014/1, 259 Rz 340 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>137</sup> Vgl. RPW 2014/1, 257 Rz 323 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>138</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>139</sup> Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>140</sup> Die WEKO vertrat die Ansicht, dass ein Phasing-Out für Assortiments als verfrüht zu betrachten sei. Die WEKO war zudem der Meinung, dass sich die Ungleichbehandlung von Sellita beim Bezug von mechanischen Uhrwerken nicht rechtfertigen lasse, wonach die zu liefernden Mindestmengen stärker gekürzt und in zeitlicher Hinsicht schneller eingestellt werden sollten als bei den übrigen Kunden von ETA. Schliesslich beurteilte die WEKO die vorgesehenen Reduktionsschritte für mechanische Uhrwerke im Vergleich zu denjenigen, welche im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen bereits umgesetzt wurden, im Lichte der sich abzeichnenden Entwicklungen im Markt für mechanische Uhrwerke als zu einschneidend. Vgl. RPW 2014/1, 280 Rz 476 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>141</sup> RPW 2014/1, 241 Rz 211, *Swatch Group Lieferstopp*.



### B.3.3.4 Vorbehalte der WEKO – vorliegend zu prüfende Kriterien

104. An den vorgenannten Erwägungen des ursprünglichen Entscheids wird deutlich, dass die Genehmigung der evR inkl. des Ablauftermins der Lieferverpflichtung von ETA zum 31. Dezember 2019 in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung unter dem Vorbehalt des Eintritts der sich abzeichnenden Marktentwicklungen stand. Für die WEKO stand fest, dass

- es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben werde, die bezüglich Menge, Qualität und Preis mit ETA würden konkurrieren können;
- gewisse Konkurrenten von ETA, namentlich Sellita und Soprod, voraussichtlich ihre Kapazitäten über die nächsten 3–5 Jahre erhöhen würden und damit einen Teil der Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen will, auffangen können und
- weiter verschiedene (auch grosse) Abnehmer von ETA zum damaligen Zeitpunkt ihren Eigenversorgungsgrad an mechanischen Uhrwerken erhöhten, weshalb die WEKO davon ausging, dass dies die Knappheit an Uhrwerken über die nächsten Jahre – unter sonst gleichen Bedingungen – entschärfen dürfte.<sup>142</sup>

105. Folglich ist anhand folgender Kriterien zu prüfen, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind:

- Es gibt auf dem relevanten Markt neue Anbieter, deren mechanische Uhrwerke in puncto Menge, Qualität und Preis mit denjenigen von ETA vergleichbar sind;
- Konkurrenten von ETA wie Sellita und Soprod konnten ihre (Produktions-)Kapazitäten innerhalb von drei bis fünf Jahren signifikant erhöhen;
- Verschiedene (auch grosse) Abnehmer von ETA konnten ihren Eigenversorgungsgrad an mechanischen Uhrwerken weiter erhöhen;
- Die im ursprünglichen Entscheid und im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten Aufbaupläne für die Produktion von mechanischen Swiss made Uhrwerken konnten mindestens in dem Umfang realisiert werden, wie dies in den erwähnten Verfahren skizziert wurde.

106. Die WEKO genehmigte die evR und das Auslaufen der Lieferverpflichtung von ETA per 31. Dezember 2019 in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung gestützt auf die Erwartung, dass sich die Marktentwicklungen wie in Rz 105 dargelegt, realisieren würden. Für den Fall, dass sich der Markt nicht wie erwartet entwickelt, behielt sich die WEKO im ursprünglichen Entscheid explizit die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG vor, wobei ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids dann nicht angezeigt wären, wenn sich die betroffenen Uhrenhersteller nicht in genügendem Ausmass um alternative Lösungen bemüht hätten.

107. Für die Klärung der Frage, ob die WEKO im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG auf ihren ursprünglichen Entscheid zurückkommen soll, gilt es somit zu prüfen, ob

die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids der WEKO abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, was nachfolgend dargelegt wird (vgl. Rz 117 ff.).

108. Doch zuvor soll an dieser Stelle auf die von Swatch Group und Sellita in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 40 ff.) geäusserte Kritik betreffend die oben dargelegten Erwartungen der WEKO an die Marktentwicklungen eingegangen werden. Laut Swatch Group seien die von der WEKO im Jahr 2013 erwarteten Marktentwicklungen unrichtig wiedergegeben. Die Erwartungen gemäss der ursprünglichen Verfügung würden neu und breiter definiert – insbesondere in Bezug auf neue Anbieter im Markt –, womit der Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens gemäss Art. 30 Abs. 3 KG überschritten werde. Laut Swatch Group ergeben sich die damaligen Erwartungen der WEKO an die Marktentwicklungen zunächst aus Ziff. 7 evR, nämlich i) der Marktanteil von ETA sinkt unter 35 % (Ziff. 7 lit. a evR) und ii) alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke bieten in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen an (Ziff. 7 lit. b evR). Zusätzlich seien gemäss Rz 205 der ursprünglichen Verfügung erfolgreiche Expansionspläne im Bereich der Eigenproduktion sowie eine Zunahme der Eigenproduktion erwartet worden.<sup>143</sup>

109. Sellita bemängelt, dass die Aufzählung der Marktverhältnisse, wie sie die WEKO im Jahr 2013 für 2020 erwartete, keine Verweise auf die ursprüngliche Verfügung enthalte und unvollständig sei. Laut Sellita habe die WEKO 2013 erwartet, dass bis im Jahr 2020 die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt würde bzw. ETA 2020 nicht in einer marktbeherrschenden Stellung verbleiben würde, dass das Gesamtvolumen für Drittlieferungen 2020 gross genug sein würde, um den alternativen Anbietern eine Existenzgrundlage zu bieten, dass alternative Anbieter ihre Produktionskapazitäten bis 2020 markant erhöhen würden, dass mittelfristig weitere Anbieter auf dem Markt auftreten, dass alternative Anbieter bis 2020 mechanische Uhrwerke anbieten würden, die mit ETA-Uhrwerken in puncto Menge, Qualität und Preis vergleichbar wären, dass Uhrenhersteller ihre Eigenproduktion im Bereich Basiskaliber erhöhen würden und dass sich Swatch Group an das Kartellgesetz halten würde.<sup>144</sup>

110. Hierzu hält die WEKO zunächst fest, dass die obenstehend in Rz 105 formulierten Kriterien, um zu prüfen, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, konsistent, korrekt und vollständig aus den Erwägungen der ursprünglichen Verfügung hergeleitet sind. Präzisierend ist festzuhalten, dass diese Prüfung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand der genannten Kriterien, gemessen an der Zielsetzung der evR und unter Einbezug der wirtschaftlichen Entwicklung

<sup>142</sup> RPW 2014/1, 241 Rz 209 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>143</sup> Act. [...], Rz 7 f., Rz 25 ff. sowie Beilage 1, S. 18 ff.

<sup>144</sup> Act. [...], Rz 13.



erfolgt. Dies folgt aus der damaligen Zielsetzung der evR. Denn mit der Genehmigung der evR (vgl. Rz 5) legte die WEKO im ursprünglichen Entscheid die Art und Weise fest, wie die festgestellte unzulässige Wettbewerbsbeschränkung – der kurzfristige Lieferstopp (vgl. Rz 3) – beseitigt werden sollte, und zwar i) mit der Sicherstellung der Lieferung mechanischer Uhrwerke durch ETA (mittels Lieferverpflichtung für ETA) bis weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sind und ii) der Möglichkeit für alternative Anbieter, sich zu etablieren bzw. ihre Produktionskapazitäten zu erhöhen (mittels Lieferbeschränkung für ETA; vgl. Rz 8).

111. Auf die Kritik von Swatch Group, mit dem Kriterium «neue Anbieter» seien die Erwartungen gemäss der ursprünglichen Verfügung breiter definiert, ist vor dem Hintergrund des in Rz 110 Ausgeführten Folgendes zu erwidern: Könnten bspw. alternative Anbieter, die bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids aktiv waren, ihre damaligen Ausbaupläne nicht erfolgreich umsetzen – und dafür bestanden bei Untersuchungseröffnung Anhaltspunkte (vgl. Rz 13 ff.) –, so wären Markteintritte neuer Anbieter erforderlich, damit in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden wären, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken bedienen zu können.<sup>145</sup> Somit ist klar, dass vorliegend nicht nur analysiert werden kann, wie sich bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids aktive alternative Anbieter entwickelt haben, sondern eine umfassende Analyse der Aus- und Ausbauprojekte sowohl bereits aktiver aber auch neuer alternativer Anbieter erforderlich ist, um zu prüfen, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind.

112. In diesem Zusammenhang kritisiert Swatch Group zudem, dass diese Prüfung wesentlich von damals geäusserten Plänen einzelner Unternehmen und damit von subjektiven und mit Unsicherheit behafteten Einschätzungen abhängt. Eine solche Prüfung sei nicht aussagekräftig. Dies überzeugt aus den folgenden Gründen nicht. Im Rahmen der Analyse des potentiellen Wettbewerbs wurden im ursprünglichen Entscheid vergangene und damals aktuelle Expansionsprojekte analysiert, wobei einerseits die Markteintritte der letzten Jahre und andererseits Projekte von Uhrenherstellern für Eigenproduktionen herangezogen wurden (vgl. Rz 97 f.).<sup>146</sup> Gestützt auf diese Analyse genehmigte die WEKO die evR, in welcher die ETA obliegende Lieferverpflichtung (und die damit verbundene Lieferbeschränkung) gemäss Ziff. 3 evR bis am 31. Dezember 2019 befristet war (vgl. Rz 9). Dass die analysierten Expansionsprojekte Pläne einzelner Unternehmen und damit auch mit Unsicherheit behaftet waren, war der WEKO zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids bewusst und mit ein Grund, weshalb die WEKO im ursprünglichen Entscheid explizit auf den Vorbehalt der Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG hinwies, falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten (vgl. Rz 14 sowie Rz 76).<sup>147</sup> Da die damaligen Expansionsprojekte und deren Analyse die Basis für die Genehmigung der evR mit Befristung der Lieferverpflichtung von ETA bis am 31. Dezember 2019 bildeten, ist es folgerichtig und an-

gebracht, die in der ursprünglichen Untersuchung analysierten und die in der Zwischenzeit neu erfolgten bzw. neu initiierten Markteintritte (vgl. dazu oben Rz 110) und Aus- bzw. Ausbauprojekte für Eigenproduktionen einer Überprüfung zu unterziehen (vgl. Rz 182 ff. und Rz 329 ff.).<sup>148</sup> Kommt hinzu, dass die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren vorgenommenen Analysen der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.) sowie der Aus- bzw. Ausbauprojekte für Eigenproduktionen (vgl. Rz 329 ff.) retrospektive Analysen sind, mit welchen damalige Planungen und Einschätzungen von einzelnen Unternehmen anhand quantitativen Analysen überprüft werden.

113. In Bezug auf Ziff. 7 lit. a evR, aus welcher sich gemäss Swatch Group eine Erwartung der WEKO aus der ursprünglichen Verfügung an die Marktentwicklungen lesen lasse – nämlich dass der Marktanteil von ETA unter 35 % fallen müsse, damit die Erwartungen als eingetreten gelten würden – ist Folgendes zu erwidern: Eine automatische Schlussfolgerung, dass die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids der WEKO abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, weil der Marktanteil von ETA unter einen bestimmten Schwellenwert sinkt, wird der Komplexität dieser Fragestellung nicht gerecht und ein solcher «Automatismus» folgt auch nicht aus Ziff. 7 evR. Vielmehr stellt Ziff. 7 evR Indizien zusammen, bei deren Vorliegen – insbesondere wenn bspw. der Marktanteil von ETA vor Ende 2019 auf unter 35 % gefallen wäre – Swatch Group einen Antrag betreffend die Änderung der *Lieferverpflichtung* in Ziff. 3 evR bei der WEKO stellen konnte.<sup>149</sup> Ergänzend sei hierzu auf die Ausführungen in Rz 414 verwiesen.

114. Die Aussage von Sellita, die WEKO habe 2013 erwartet, dass bis im Jahr 2020 die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt würde bzw. ETA 2020 nicht in einer marktbeherrschenden Stellung verbleiben würde, ist insofern zu korrigieren, als dass es die WEKO im ursprünglichen Entscheid als möglich einstufte, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA aufgrund potentieller Konkurrenz geschwächt werden könnte.<sup>150</sup> Die evR hatte nicht zum Ziel die marktbeherrschende Stellung von ETA zu beseitigen, sondern einzig zu verhindern, dass Swatch Group bzw. ETA durch den geplanten Lieferstopp einen Missbrauch im Sinne von

<sup>145</sup> Oder wären bspw. die Kunden von ETA (Uhrenhersteller) mit ihren damaligen Aus- bzw. Ausbauplänen für Eigenproduktionen nicht erfolgreich und würde damit die im Markt nachgefragte Menge mechanischer Uhrwerke nicht wie erwartet abnehmen, so wäre eine Kapazitätserhöhung bestehender oder neuer Anbieter in grösserem Ausmass erforderlich, damit in ausreichendem Masse alternative Angebote vorhanden wären.

<sup>146</sup> Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>147</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>148</sup> Im ersten Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.) wurde eine erste Überprüfung der in der ursprünglichen Untersuchung analysierten Markteintritte und Aufbau- bzw. Ausbauprojekte für Eigenproduktionen durchgeführt sowie eine Analyse von zu diesem Zeitpunkt neuen bzw. geplanten Markteintritten und Aufbau- bzw. Ausbauprojekte für Eigenproduktionen gemacht. RPW 2016/4, 1046 Rz 65 ff., 1047 Rz 77 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>149</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>150</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 216, *Swatch Group Lieferstopp*.

Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG begehrt. So waren lediglich die Lieferverpflichtung und die Lieferbeschränkung gemäss evR bis zum 31. Dezember 2019 befristet, nicht aber das Feststellungsdispositiv gemäss Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung.<sup>151</sup>

115. Gleiches gilt für die Aussage von Sellita, die WEKO habe erwartet, dass das Gesamtvolumen für Drittlieferungen 2020 gross genug sein würde, um den alternativen Anbietern eine Existenzgrundlage zu bieten. Die mit dem ursprünglichen Entscheid genehmigte evR sah zwar vor, dass sich ETA als Anbieter mechanischer Uhrwerke für Drittkunden schrittweise zurückzog – was mit einer Lieferbeschränkung für ETA verbunden war – und sich damit alternative Bezugsquellen zu ETA etablieren können. Sie bezweckte jedoch nicht, einzelne Wettbewerber von ETA, wie bspw. Sellita, vor Konkurrenz oder einer ungünstigen Gesamtmarktentwicklung zu schützen.

116. In Bezug auf das kartellrechtskonforme Verhalten von Swatch Group, welches Sellita als zusätzliche Erwartung der WEKO im Jahr 2013 aufführt, ist auf die Ausführungen in Rz 56 ff. sowie Rz 390 ff. zu verweisen. Danach sind allfällige andere Kartellrechtsverstösse von Swatch Group bzw. ETA oder Nivarox nicht Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens. Sie können indes in anderen verwaltungsrechtlichen oder zivilrechtlichen Verfahren geprüft werden.

### B.3.4 Ergebnisse der Marktbefragung

117. Nachfolgend werden die Ergebnisse der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff.) dargelegt und die Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse seit 2010 (vgl. Rz 119) sowie das Verhalten der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019, in welcher die evR umgesetzt wurde, analysiert, um zu prüfen, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind.

118. Zuvor werden an dieser Stelle jedoch in Kürze einige Vorbemerkungen im Sinne von Hintergrundinformationen angebracht. Einerseits wird auf die in der Marktbefragung vorgenommene Datenerhebung eingegangen und andererseits werden die befragten Marktteilnehmer charakterisiert. Zudem wird auf die Entwicklungen der Uhrenindustrie in der relevanten Zeitperiode eingegangen, um ein Bild des wirtschaftlichen Umfelds zu erhalten, in welchem sich sowohl die Hersteller mechanischer Uhrwerke als auch die Abnehmer mechanischer Uhrwerke, insbesondere Uhrenhersteller, bewegen mussten. Schliesslich wird auf die Funktionsweise der ETA gemäss evR in der Periode 2014 bis 2019 obliegenden Lieferverpflichtung (vgl. Rz 5 f.) eingegangen, die die Verfügbarkeit mechanischer Uhrwerke im Markt in der relevanten Zeitperiode massgeblich bestimmte.

#### B.3.4.1 Vorbemerkungen

##### Datenerhebung

119. Die nachfolgende Analyse basiert auf den Daten, die mittels der durchgeführten Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff.) bei Swatch Group, Sellita sowie 188 weiteren Unternehmen erhoben wurden. Die Daten wurden anhand von Fragebögen erhoben und mit hauptsächlich schriftlichen Nachfragen ergänzt. Aus der Befragung

resultierten insgesamt 167 verwertbare Fragebögen; je ein Fragebogen von Swatch Group und Sellita sowie 165 Fragebögen von weiteren Unternehmen, wobei davon vier Fragebögen von ausländischen Unternehmen stammten. Die Basis der nachfolgenden Analyse bilden die Daten der verwertbaren Fragebögen von Swatch Group sowie der 162 Unternehmen (inkl. Sellita) aus der Schweiz.<sup>152</sup> Der den Marktteilnehmern zugesandte Fragebogen enthielt in erster Linie Fragen zum Bezug, zur Produktion und zum Verkauf von mechanischen Uhrwerken. Zusätzlich wurden Fragen zur Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse, zu den Auswirkungen des Ablaufs der evR und den Bemühungen der Unternehmen gestellt. Schliesslich wurden die Marktteilnehmer zum Bereich Assortiments – dem wichtigsten Input eines mechanischen Uhrwerks – befragt.

120. Die ermittelten Daten decken – mit Ausnahme der Daten zum Bezug mechanischer Uhrwerke – den Zeitraum 2011 bis 2019 ab, da die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in der ursprünglichen Untersuchung auf Zahlen des Jahres 2010 basierte, welche zum Zeitpunkt der Befragung durch das Sekretariat im Juli 2011 im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung von den Unternehmen angegeben werden konnten.<sup>153</sup> Die Daten zum Bezug von mechanischen Uhrwerken (und Assortiments) wurden auf den Zeitraum 2014 bis 2019, die Geltungsdauer der evR<sup>154</sup>, beschränkt.

121. In Bezug auf die Daten zum Jahr 2019 sei an dieser Stelle angemerkt, dass die Datenerhebung im Dezember 2018 mittels Fragebogenversand initiiert wurde und im Herbst 2019 abgeschlossen war. Dies bedeutet, dass die Marktteilnehmer zum Zeitpunkt der Datenerhebung Auskünfte zum kommenden bzw. laufenden Jahr 2019 gemacht haben und die für 2019 angegebenen Mengen somit teilweise Planungsgrössen oder Schätzungen sind.

122. Swatch Group rügt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats sowie im damit eingereichten Gutachten (vgl. Rz 42 f.), dass die Marktbefragung und die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse des Sekretariats zentrale Mängel aufweisen würden, weshalb die vorliegende Untersuchung keine Grundlage für die gezogenen Schlussfolgerungen, insbesondere für die Feststellung, ETA sei nach wie vor marktbeherrschend (vgl. Rz 394 ff.), darstelle. Swatch Group beanstandet methodische Mängel der Marktuntersuchung, eine punktuell unrichtig angewandte Marktabgrenzung, einen teilweise zu Unrecht mit einbezogenen Eigenbedarf an

<sup>151</sup> Die WEKO hat im ursprünglichen Entscheid eine Befristung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich abgelehnt, da sich aus der Einhaltung und dem Ablauf der evR nicht zwingend das Ende der marktbeherrschenden Stellung ergibt. Vgl. RPW 2014/1, 283 Rz 490 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>152</sup> Die Fragebögen der vier ausländischen Unternehmen wurden aufgrund fehlender Relevanz nicht in nachfolgender Analyse berücksichtigt.

<sup>153</sup> Vgl. Fn 111 und 119 sowie RPW 2014/1, 234 Rz 164, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>154</sup> Die evR wurde mit Verfügung vom 21.10.2013 genehmigt. Die Reduktionen in den Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA gemäss Ziff. 3 evR wurden ab dem Jahr 2014 umgesetzt (vgl. Rz 5).

mechanischen Uhrwerken der Swatch Group, eine unrichtige Beurteilung der Substituierbarkeit mechanischer Uhrwerke sowie unzutreffende Relativierungen des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs bei der Prüfung der Frage, ob ETA nach wie vor marktbeherrschend ist.<sup>155</sup>

123. In Bezug auf die methodischen Mängel, die Swatch Group beanstandet, ist zunächst klarzustellen, dass sich die Prüfung der Frage, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids der WEKO abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind (vgl. B.3.4), und auch die Prüfung der Frage, ob ETA nach wie vor marktbeherrschend ist (vgl. B.3.6), keineswegs «fast ausschliesslich auf die Einschätzung der Marktteilnehmer» bzw. «praktisch ausschliesslich auf die qualitativen Ergebnisse der Marktbefragung» stützt, wie Swatch Group behauptet.<sup>156</sup> Im Gegenteil, die Auswertung der Antworten der befragten Marktteilnehmer auf die qualitativen Fragen, welche Swatch Group in methodischer Hinsicht kritisiert, wird lediglich ergänzend zur (quantitativen) Analyse als Einschätzung der Marktteilnehmer dargelegt sowie auch als solche offengelegt (vgl. B.3.4.2.4). Folglich sind die von Swatch Group vorgebrachten methodischen Mängel vorliegend, wenn überhaupt, nur bedingt von Relevanz und die entsprechenden Rügen von Swatch Group ohnehin nicht stichhaltig, da Einschätzungen von Marktteilnehmern stets anhand anderer Beweismittel (z.B. der quantitativen Analyse) plausibilisiert wurden.

124. Auf die von Swatch Group vorgebrachten methodischen Kritikpunkte im Einzelnen ist Folgendes festzuhalten: Laut dem von Swatch Group eingereichten Gutachten zeige eine Analyse der Ergebnisse, dass «bei den qualitativen Antworten Verzerrungen aufgrund von strategischen Antworten, von fehlenden genauen Definitionen oder von mangelnden Kenntnissen der Marktstrukturen» bestehen.<sup>157</sup> Zu diesem Schluss kommt das Gutachten jedoch nicht anhand einer Analyse des Antwortverhaltens, sondern diese Aussage basiert einzig auf je einem Beispiel für strategisches Verhalten bei den Antworten und für mangelnde Kompetenz der Befragten. Das erste Beispiel bezieht sich auf die den befragten Unternehmen im Fragebogen gestellten Fragen, welche Auswirkungen der Ablauf der Lieferverpflichtung von ETA auf *ihr Unternehmen* und die Wettbewerbsintensität hätte. Dass die Antworten auf insbesondere die erste Frage aus der jeweiligen unternehmerischen Sicht, sei es als Konkurrent von ETA oder als Kunde von ETA, beantwortet werden und somit strategische Interessen widerspiegeln, ist evident. So wurde die Auswertung dieser Fragen im Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) denn auch unter dem Titel «Interessen von Marktteilnehmern» im Rahmen der Interessenabwägung abgehandelt.<sup>158</sup> Da die WEKO – wie nachfolgend dargelegt wird (vgl. Rz 382 ff.) – zum Schluss kommt, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht gegeben sind und dementsprechend keine Interessenabwägung vorgenommen wird, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Wie Swatch Group bzw. das Gutachten aus diesem Beispiel auf strategisches Antwortverhalten bei anderen Fragen und daraus entstehende Verzerrungen der Ergebnisse schliesst, ist nicht ersichtlich. Ergänzend

sei hierzu angefügt, dass die Forderung von Swatch Group, dass Aussagen von befragten Marktteilnehmern, insbesondere von Sellita, zu ignorieren seien, da diese strategisch gefärbt seien,<sup>159</sup> als überschüssend zu bezeichnen ist; gilt doch gleiches für die Aussagen von Swatch Group selbst, deren Interesse gemäss Vorbringen der Swatch Group angeblich darin bestehe, nicht mehr marktbeherrschend zu sein und nur noch ausgewählte Kunden mit mechanischen Uhrwerken von ETA zu beliefern.<sup>160</sup> Mit dem zweiten Beispiel zweifelt Swatch Group bzw. das Gutachten anhand der Antworten auf die den befragten Unternehmen im Fragebogen gestellte Frage nach erwarteten Markteintritten – deren Auswertung im Übrigen lediglich in zwei Randziffern abgehandelt wird – die Kompetenz der Befragten an, da befragte Unternehmen auch bereits aktive Unternehmen oder nicht erfolgreiche Unternehmen nannten. Hierzu wird einzig auf die Ausführungen in den Rz 268 und Rz 281 verwiesen.

125. Des Weiteren ist festzuhalten, dass mit der durchgeführten Marktbefragung eine Rücklaufquote von knapp 90 % (vgl. Rz 20) und Antwortquoten bei den einzelnen Fragen, welche Swatch Group in methodischer Hinsicht kritisiert, zwischen 77 % und 91 %<sup>161</sup> erreicht wurden. Damit liegt keineswegs eine «sehr grosse[n] Zahl an fehlenden Antworten» vor, wie Swatch Group behauptet. Folglich sind die von ihr in diesem Zusammenhang vorgebrachten Probleme einer fehlenden Repräsentativität der verbleibenden Antworten sowie eines Selektionseffektes bei den ausstehenden Antworten<sup>162</sup> rein theoretischer Natur und ist nicht ersichtlich, inwiefern diese vorliegen sollen.

126. Schliesslich rügt Swatch Group bzw. das Gutachten eine fehlende Gruppenbildung und Gewichtung der Antworten, was eine differenzierte Analyse der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse verhindere.<sup>163</sup> Da sich diese Rüge von Swatch Group insbesondere auf die im Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) vorgenommene Interessenabwägung<sup>164</sup> bezieht, wird an dieser Stelle nicht auf diese eingegangen, da die WEKO – wie nachfolgend dargelegt wird (vgl. Rz 382 ff.) – zum Schluss kommt, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht gegeben sind und dementsprechend keine Interessenabwägung vorgenommen wird. Nicht ersichtlich ist, weshalb eine Gewichtung bei den übrigen ausgewerteten Antworten auf qualitative Fragen, bspw. der Nennung von Markteintritten, erforderlich ist. Dies insbesondere vor dem ergänzenden Charakter dieser Ausführungen, welche einzig zur Schlussfolgerung führen, dass sich die

<sup>155</sup> Act. [...], Rz 11 f., Rz 90 ff. sowie Beilage 1.

<sup>156</sup> Act. [...], Rz 90, Beilage 1, S. 17.

<sup>157</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 11 f., 17.

<sup>158</sup> Act. [...], 1517, Rz 394 ff.

<sup>159</sup> Act. [...], Rz 12, 92.

<sup>160</sup> Act. [...], Beilage 4.

<sup>161</sup> Vgl. Rz 258 mit Fn 354, Rz 266 f. mit Fn 370, Rz 269 mit Fn 377, Rz 257 mit Fn 386.

<sup>162</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 12 f., 17.

<sup>163</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 13 f.

<sup>164</sup> Act. [...], Rz 394 ff.

Ausführungen der befragten Unternehmen betreffend den erfolgten und erwarteten Markteintritten sowie deren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse mit der vorgenommenen Analyse deckt und die Mehrheit der befragten Unternehmen der Ansicht ist, dass die heutige Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 unverändert ist bzw. zugenommen hat (vgl. Rz 281).

127. Auf die weiteren von Swatch Group gerügten Mängel der vorliegenden Untersuchung wird an den entsprechenden Stellen eingegangen (vgl. Rz 140 f., Rz 152 ff., Rz 243 ff. sowie Rz 393 ff.).

#### *Charakteristiken der befragten Marktteilnehmer*

128. Von den insgesamt 162 befragten Unternehmen mit verwertbarem Fragebogen (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) haben 54 Unternehmen (33 %) angegeben, in der Periode 2011 bis 2019 *mechanische Uhrwerke produziert* zu haben. Ein Unternehmen (1 %) hat hierzu keine Angabe gemacht. Von den 107 Unternehmen (66 %), die keine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke haben, lassen vier Unternehmen mechanische Uhrwerke durch Schwestergesellschaften produzieren.<sup>165</sup>

129. Von den 54 Unternehmen, die in der Periode 2011 bis 2019 mechanische Uhrwerke produzierten, haben 26 Unternehmen (48 %) angegeben, in dieser Periode ihre eigenproduzierten *mechanischen Uhrwerke an Dritte verkauft* zu haben. Ein Unternehmen verkauft mechanische Uhrwerke allerdings [...] an einen früheren Kunden, weshalb dessen Verkaufsmengen in nachfolgender Analyse nicht berücksichtigt werden. Zwei Unternehmen (4 %) haben hierzu keine Angaben gemacht.<sup>166</sup> Zur Frage, welche dieser 25 Unternehmen als tatsächliche aktuelle Konkurrenten von ETA einzustufen sind, wird auf die Ausführungen betreffend die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 143 ff.), die Analyse der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.) sowie die Analyse der Substituierbarkeit (vgl. Rz 212 ff.) verwiesen. Ein Unternehmen, welches angegeben hat, keine eigenproduzierten mechanischen Uhrwerke an Dritte zu verkaufen, hat jedoch bis 2013 – bevor die evR in Kraft tat – mechanische Uhrwerke an Dritte verkauft, weshalb dessen (geringe) Verkaufsmengen der Jahre 2011 bis 2013 in nachfolgender Analyse berücksichtigt werden.<sup>167</sup>

130. Von den insgesamt 162 befragten Unternehmen mit verwertbarem Fragebogen (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) haben 114 Unternehmen (70 %) angegeben, in der Periode 2014 bis 2019 *mechanische Uhrwerke bei Dritten*, d.h. bei Lieferanten ausserhalb der eigenen Unternehmensgruppe, bezogen zu haben. Von den 48 Unternehmen (30 %), die keine mechanischen Uhrwerke bei Dritten beziehen, bezieht ein Unternehmen mechanische Uhrwerke über eine Schwestergesellschaft bei Dritten.<sup>168</sup>

131. Von den 114 Unternehmen, die in der Periode 2014 bis 2019 mechanische Uhrwerke bei Dritten bezogen haben, sind [...] Unternehmen ([...] %) Kunden von ETA, d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR und somit anspruchsberechtigt, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden (vgl. Rz 5). Ergänzend ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass zusätzlich zu den 114 Unternehmen [...] Unternehmen eigentlich Kunden von ETA, d.h. anspruchsberechtigt waren, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden, diese jedoch angegeben

haben, keine mechanischen Uhrwerke bei Dritten zu beziehen. Ein Unternehmen, das angegeben hat, keine mechanischen Uhrwerke bei Dritten zu beziehen, bezieht über eine Schwestergesellschaft bei ETA mechanische Uhrwerke (vgl. oben Rz 130).<sup>169</sup>

#### *Entwicklungen in der Uhrenindustrie*

132. In den Jahren 2011 und 2012 wies der Exportumsatz<sup>170</sup> der Schweizer Uhrenindustrie Wachstumsraten im zweistelligen Prozentbereich (+ 19,4 % bzw. + 11,0 %) auf und erreichte im Jahr 2012 einen Wert von 21,4 Mrd. CHF. Die Uhrenexporte<sup>171</sup> wuchsen 2011 und 2012 wertmässig um 19,5 % und 11,6 % auf 20,2 Mrd. CHF. Nach einer Konsolidierung in den Jahren 2013 und 2014 – die Uhrenexporte nahmen wertmässig um 2,0 % bzw. 1,8 % auf knapp 21 Mrd. CHF zu – erlitt die schweizerische Uhrenindustrie 2015 erstmals seit 2009 ein rückläufiges Ergebnis. Die Uhrenexporte nahmen um 3,6 % auf 20,2 Mrd. CHF ab. Auch 2016 sanken die Uhrenexporte um 9,8 % auf 18,3 Mrd. CHF und erreichten damit wieder den Stand von 2011. Ab 2017 erholten sich die Uhrenexporte und nahmen in den Jahren 2017 bis 2019 um 2,9 %, 6,2 % bzw. 2,6 % zu und erreichten 2019 schliesslich einen Wert von 20,5 Mrd. CHF (vgl. Abbildung 3).<sup>172</sup>

<sup>165</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>166</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>167</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>168</sup> Vgl. Fn 39.

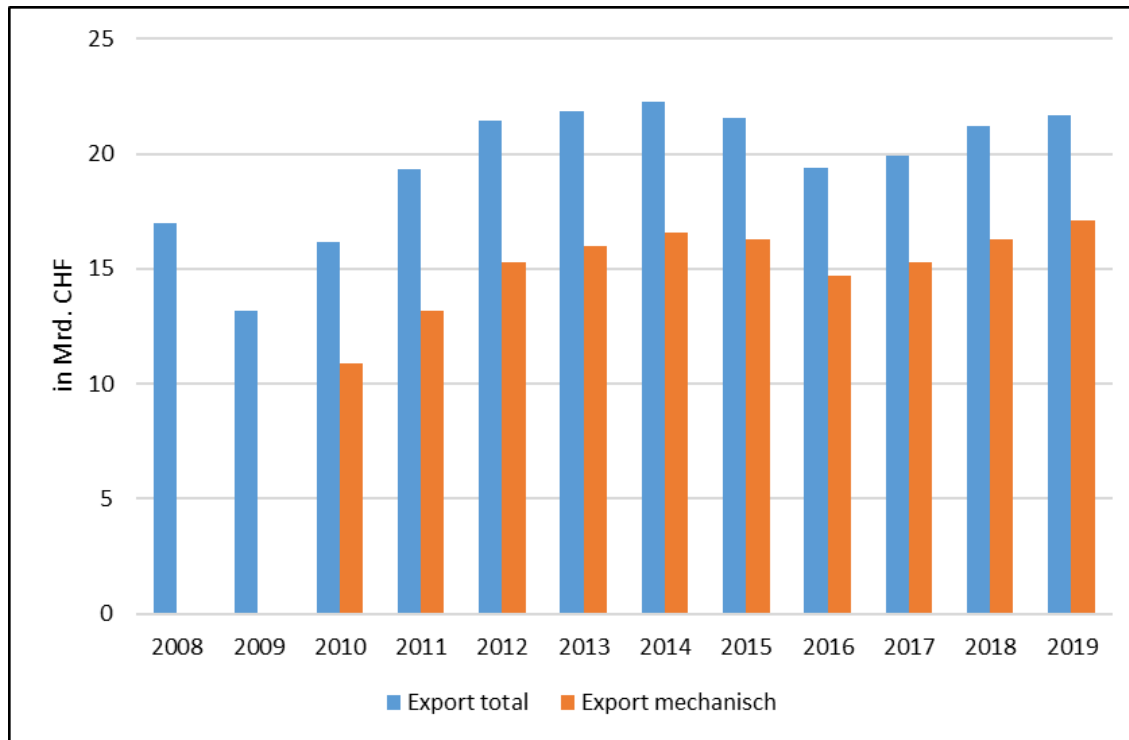
<sup>169</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>170</sup> Umsatz mit Export von mechanischen und elektronischen Uhren sowie Uhrwerken.

<sup>171</sup> Export von mechanischen und elektronischen Uhren.

<sup>172</sup> Act. [...]. Vgl. RPW 2016/4, 1039 Rz 35 und 1051 Rz 107 f., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp* und «Swiss watch exports. World, January-December 2019», Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH, [http://www.fhs.swiss/pdf/a\\_190112\\_a.pdf](http://www.fhs.swiss/pdf/a_190112_a.pdf) (13.7.2020).

Abbildung 3: Entwicklung Uhrenexporte 2008 bis 2019.



Quelle: Act. [...]. Vgl. RPW 2016/4, 1039 Rz 35 und 1051 Rz 107 f., Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp und «Swiss watch exports. World, January-December 2019», Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH, [http://www.fhs.swiss/pdf/a\\_190112\\_a.pdf](http://www.fhs.swiss/pdf/a_190112_a.pdf) (13.7.2020).

Hinweis: Export total umfasst den Export von mechanischen und elektronischen Uhren.

133. Auch der Exportumsatz mit mechanischen Uhren nahm in den Jahren 2011 bis 2014 von 13,2 Mrd. CHF auf 16,6 Mrd. CHF zu<sup>173</sup> und wies 2015 eine erstmalige Abnahme von 1,9 % auf. Mit einer weiteren Abnahme um 9,8 % erreichte der Exportumsatz mit mechanischen Uhren im Jahr 2016 einen Wert von 14,7 Mrd. CHF. Ab dem Jahr 2017 wuchs auch der Exportumsatz mit mechanischen Uhren wieder – nämlich um 4,5 %, 6,6 % und 4,5 % – und wies 2019 einen Wert von 17,1 Mrd. CHF auf (vgl. Abbildung 3).<sup>174</sup>

134. Diese Entwicklung wirkt sich auf die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken aus;<sup>175</sup> dies spiegelt sich auch in den Ergebnissen der durchgeführten Marktbefragung wider. So nahm die in der Schweiz insgesamt produzierte Menge an mechanischen Uhrwerken in den Jahren 2016 und 2017, nachdem die Uhrenexporte in den Jahren 2015 und 2016 rückläufig waren, ab und stieg in den Jahren 2018 und 2019, nachdem die Uhrenexporte wieder zunahmen, erneut an (vgl. Rz 143 ff.). Auch die insgesamt verkaufte Menge an mechanischen Uhrwerken (vgl. Rz 173) und die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA (vgl. Rz 300) erfuhren in den Jahren 2016 und 2017 jeweils eine starke Abnahme und stiegen im Jahr 2018 wieder an.

135. In Bezug auf die von der WEKO im ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 genehmigte evR bedeutet dies, dass die evR in einer Phase mit hoher Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken ausgearbeitet und genehmigt wurde, während sich in einem wesentlichen Teil der Umsetzungsphase der evR 2014 bis 2019 die Knappheit

von mechanischen Uhrwerken aufgrund der sinkenden Nachfrage entschärfte.

#### *Funktionsweise der Lieferverpflichtung*

136. Die im ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 von der WEKO genehmigte evR verpflichtete ETA, Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern (Ziff. 2 lit. a evR; vgl. Rz 5 ff.). Zur Bestimmung der von ETA zu liefernden Mengen wurde eine Referenzmenge definiert (Ziff. 2 lit. b evR). Die Referenzmenge entsprach dem Durchschnitt der in den Jahren 2009 bis 2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken und betrug im Total [...] (vgl. Abbildung 4). Gemäss Ziff. 3 evR hatte ETA in den Jahren 2014 und 2015 75 % der Referenzmenge (d.h. insgesamt [...]), in den Jahren 2016 und 2017 65 % der Referenzmenge (d.h. insgesamt [...]) und in den Jahren 2018 und 2019 55 % der Referenzmenge (d.h. insgesamt [...]) an ihre bisherigen Kunden zu liefern (vgl. auch Tabelle A 13 im Anhang). Die so für die Drittkunden berechnete Lieferverpflichtung

<sup>173</sup> 2011: + 20,9 %, 2012: + 16 %, 2013: + 4,5 %, 2014: + 3,5 %.

<sup>174</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1039 Rz 35 und 1051 Rz 107 f., Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp und «Swiss watch exports. World, January-December 2019», Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH, [http://www.fhs.swiss/pdf/a\\_190112\\_a.pdf](http://www.fhs.swiss/pdf/a_190112_a.pdf) (13.7.2020).

<sup>175</sup> Die Schweizer Uhrenindustrie exportiert rund 95 % ihrer Produktion. Vgl. NZZ vom 15.5.2014, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/schweizer-uhrenfirmen-gewinnen-marktanteile-1.18303849> (13.7.2020).

(auf volle 100 Stück aufgerundet) konnte von ETA gemäss Ziff. 2 lit. d evR anteilmässig gekürzt werden, wenn ein Drittkunde in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80 % der ihm zustehenden Menge bezogen hat. Die Lieferverpflichtung abzüglich dieser Kürzungen ergibt die sog. bestellbare Menge, welche in Abbildung 4 ersichtlich ist. Hierzu sei auf die Ausführungen in Rz 175 ff. sowie Rz 319 ff. verwiesen.

Abbildung 4: Lieferverpflichtung von ETA gemäss evR.

[...]

Quelle: Act. [...].

137. Mit der Lieferverpflichtung, deren Funktionsweise oben beschrieben wurde, war aber auch eine Lieferbeschränkung für ETA verbunden. So durfte ETA grundsätzlich nicht mehr mechanische Uhrwerke an bisherige Drittkunden liefern, als die in Ziff. 3 evR festgelegten Mengen. Ausgenommen davon waren jedoch KMUs, mit denen ETA sog. abweichende Vereinbarungen abschliessen durfte und in deren Rahmen Mehrlieferungen (sog. KMU-Mengen) möglich waren (Ziff. 4 lit. b evR; vgl. Rz 7, Rz 175 ff. und Rz 319 ff.).

138. Schliesslich sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass ETA ihre Lieferungen mechanischer Uhrwerke bereits in den Jahren 2012 und 2013 basierend auf durch die WEKO verfügten vorsorglichen Massnahmen reduzierte.<sup>176</sup>

#### **B.3.4.2 Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019**

139. Nachfolgend wird die Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bis 2019 – basierend auf der durchgeführten Befragung von Marktteilnehmern (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) – einer Analyse unterzogen. Dazu wird in einem ersten Teil die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse beschrieben. Zweitens werden die in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und die in der Zwischenzeit neu erfolgten Markteintritte analysiert. Drittens wird eine Analyse der Substituierbarkeit der von alternativen Herstellern angebotenen mechanischen Uhrwerken vorgenommen. Schliesslich wird die Einschätzung der befragten Marktteilnehmer zu den Wettbewerbsverhältnissen wiedergegeben.

140. Swatch Group beanstandet in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats sowie im damit eingereichten Gutachten (vgl. Rz 42 f.) Mängel der vorliegenden Untersuchung (vgl. Rz 122 ff.), u.a. eine punktuell unrichtig angewandte Marktabgrenzung, was zu einer Verfälschung der Ergebnisse führe. Im Einzelnen moniert Swatch Group, dass teilweise Uhrwerke nach ihrem Preis unterschieden würden, die Produktion von ETA für den Eigenbedarf der Swatch Group teilweise mit einbezogen werde und punktuell zwischen einzelnen Kalibern differenziert werde.<sup>177</sup>

141. An dieser Stelle ist hierzu festzuhalten: Der nachfolgenden Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, wie auch der Analyse des Verhaltens der Kunden von ETA (vgl. Rz 288 ff.) ist – wie Swatch Group selbst fordert<sup>178</sup> – die in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommene Marktabgrenzung (vgl. Rz 81) zugrunde

gelegt. Dies bedeutet, dass der Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen analysiert wird.<sup>179</sup> Auf die einzelnen von Swatch Group vorgebrachten Kritikpunkte wird nachfolgend an entsprechender Stelle eingegangen (vgl. Rz 152 ff., Rz 214 f. sowie Rz 402).

142. Auch Sellita äussert sich zur Marktabgrenzung und moniert, dass die angewandte Marktabgrenzung zu weit und unrichtig sei, was sich bereits daraus ergebe, dass an verschiedenen Stellen anerkannt werde, dass damit Produkte dem gleichen Markt zugewiesen würden, die absolut keine Substitute zu ETA-Werken seien.<sup>180</sup> Auch auf diesen von Sellita vorgebrachten Kritikpunkt wird nachfolgend an entsprechender Stelle eingegangen (vgl. Rz 216 sowie Rz 402).

#### **B.3.4.2.1 Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse**

##### *Produktionsmengen & -anteile*

143. Im Jahr 2019 wurden in der Schweiz insgesamt knapp [...] Mio. mechanische Uhrwerke hergestellt, was einer Zunahme von 14 % im Vergleich zu 2011 entspricht (vgl. Tabelle A 1 im Anhang). Betrachtet man die Zeitspanne von 2014 – als die evR in Kraft trat – bis 2019, so hat die Produktionsmenge an mechanischen Uhrwerken um [...] % abgenommen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die insgesamt produzierte Menge an mechanischen Uhrwerken in den Jahren 2016 und 2017 im Vergleich zum jeweiligen Vorjahr stark sank (- [...] % bzw. - [...] %), nachdem die Uhrenexporte 2015 nach einer fünfjährigen starken Wachstumsphase erstmals wieder rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.). Eine ähnliche Entwicklung ist in den Produktionsmengen mechanischer Uhrwerke von ETA und Sellita zu beobachten.

144. Die Abbildung 5 zeigt die *Produktionsmengen* von ETA, Sellita und allen anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke zusammen in der Periode 2011 bis 2019.

Abbildung 5: Produktionsmengen mechanischer Uhrwerke 2011 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

<sup>176</sup> Vgl. RPW 2014/1, 217 Rz 15, 220 Rz 46, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/3, 400, *Swatch Group Lieferstopp*; RWP 2012/2, 260, *Swatch Lieferstopp – Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011*.

<sup>177</sup> Act. [...], Rz 9 f., Rz 94 f. sowie Beilage 1, S. 14 ff.

<sup>178</sup> Vgl. insbesondere Act. [...], Rz 9, 94 f.

<sup>179</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., 227 Rz 115 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

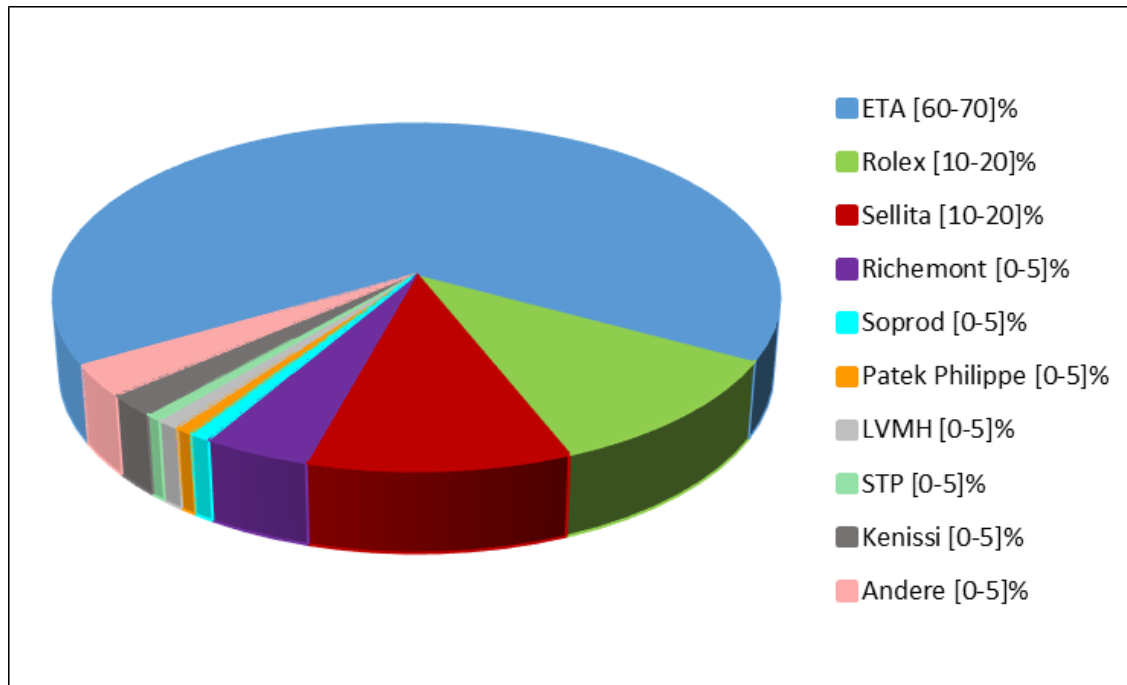
<sup>180</sup> Act. [...], Rz 31 ff.

145. ETA produzierte 2019 [...] Mio. mechanische Uhrwerke.<sup>181</sup> Im Vergleich zu 2011 blieb die Produktionsmenge mechanischer Uhrwerk von ETA [...] (vgl. Tabelle A 1 im Anhang). Im Vergleich zu 2014 – als die evR in Kraft trat – nahm die Produktionsmenge an mechanischen Uhrwerken von ETA um [...] % ab. Sellita produzierte im Jahr 2019 ungefähr [...] mechanische Uhrwerke, eine [...] kleinere Menge als ETA. Sellita steigerte ihre Produktionsmenge von 2011 bis 2019 um [...] %. Betrachtet man den Zeitraum von 2014 bis 2019, so [...] die Produktionsmenge von Sellita um [...] % [...] (vgl. hierzu auch Rz 184 ff.). Alle anderen Hersteller produzierten 2019 insgesamt ca. [...] Mio. mechanische Uhrwerke, was einer Zunahme von [...] % bzw. [...] % im Vergleich zu 2011 bzw. 2014 entspricht. Ergänzend seit an dieser Stelle auf die Ausführungen in Rz 203 ff. verwiesen.

146. Wie im ursprünglichen Entscheid wird nachfolgend in der Analyse des aktuellen Wettbewerbs unterschieden zwischen Herstellern mechanischer Uhrwerke, welche an Drittkunden liefern, und solchen, welche mechanische Uhrwerke ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (vgl. Rz 83 und Rz 86).

147. Wird die Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke betrachtet, so ergeben sich für das Jahr 2019 die in nachfolgender Abbildung 6 dargestellten *Produktionsanteile*. In der Abbildung 6 einzeln aufgeführt werden die im ursprünglichen Entscheid bereits genannten Hersteller mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 84) sowie Hersteller mechanischer Uhrwerke, die im Jahr 2019 einen Produktionsanteil von mindestens 1 % aufwiesen. Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke werden unter der Kategorie «Andere» zusammengefasst.

Abbildung 6: Produktionsanteile mechanische Uhrwerke 2019.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweis: Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile.

148. Der Abbildung 6 ist zu entnehmen, dass ETA im Jahr 2019 noch [60–70] % aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke produzierte. Rz 85). Neben den Herstellern mechanischer Uhrwerke, die im ursprünglichen Entscheid (vgl. Rz 84 f.) bzw. im ersten Wiedererwägungsverfahren<sup>182</sup> bereits aufgeführt wurden, wie der Richemont-Gruppe ([0–5] %), Soprod ([0–5] %), Patek Philippe ([0–5] %), LVMH ([0–5] %) und der Swiss Technology Production SA (nachfolgend: STP; [0–5] %; vgl. Rz 164), ist neu die Kenissi Manufacture SA (Tochtergesellschaft von Rolex; nachfolgend: Kenissi), welche [...] mechanische Uhrwerke produziert, mit einem Produktionsanteil von [0–5] % zu nennen (vgl. Rz 164). Rolex, welche mechanische Uhrwerke einzig für ihre Uhrenmarke Rolex produziert, und Kenissi verfügten

2019 über einen gemeinsamen Produktionsanteil von [10–20] %.<sup>183</sup>

149. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die Entwicklung der Produktionsanteile in den Jahren 2011 bis 2019.

<sup>181</sup> Swatch Group hat den Fragebogen im Februar 2019 beantwortet. Gemäss Swatch Group ist die Angabe der 2019 produzierten Menge eine damals geplante Menge. Act. [...].

<sup>182</sup> RPW 2016/4, 1042 Rz 47 f., Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.

<sup>183</sup> Act. [...].



Tabelle 1: Entwicklung Produktionsanteile mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%
Rolex	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Sellita	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Richemont	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Soprod	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Patek Philippe	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
LVMH	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
STP	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Kenissi	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Andere	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweis: Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasierte Anteile.

150. Der Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass ETA vor dem ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 ihren Produktionsanteil vorübergehend leicht auf [70–80] % [...] (2010: [70–80] %, vgl. Rz 85) und bis 2013 auf [70–80] % [...]. Der Produktionsanteil von Sellita nahm bis 2013 um [...] Prozentpunkte auf [5–10] % [...] (2010: [5–10] %). Während die Produktionsanteile von Soprod, Patek Philippe, LVMH und STP bis 2013 [...] (2010: [0–5] %, [0–5] % bzw. [0–5] %), sank der Anteil von Rolex um [...] Prozentpunkte auf [5–10] % (2010: [10–20] %) und [...] die Richemont-Gruppe ihren Anteil auf [0–5] % (2010: [0–5] %).

151. Nach dem ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 sank der Produktionsanteil von ETA stetig bis 2019 auf [60–70] %. Der Produktionsanteil von Sellita [...] bis 2017 auf [10–20] % und [...] bis 2019 [...] auf [10–20] %. Die Produktionsanteile der Richemont-Gruppe, von Soprod, Patek Philippe und STP [...] 2014 bis 2019 [...] ([0–5] %, [0–5] %, [0–5] % bzw. [0–5] %). Rolex steigerte ihren Produktionsanteil [...] bis 2017 auf [10–20] %; dieser [...] bis 2019 [...] auf [10–20] %. Ihre Tochtergesellschaft Kenissi [...] ihren Produktionsanteil von 2016 bis 2019 auf [0–5] %.

152. In diesem Zusammenhang ist darauf einzugehen, dass Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 42 f.) beanstandet, dass die Marktabgrenzung in unzulässiger Weise und selektiv zulasten der Swatch Group geändert werde, indem die Uhrwerksproduktion von ETA für den Eigenbedarf der Swatch Group, bspw. in den Rz 143 ff., miteinbezogen werde. Es sei an der Marktabgrenzung der WEKO aus der ursprünglichen Verfügung festzuhalten, wonach die Produktion von Uhrwerken für den Eigenbedarf zur Feststellung des Marktanteils nicht zu berücksichtigen sei.<sup>184</sup>

153. Hierzu ist zunächst zu wiederholen, dass der Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren die in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommene Marktabgrenzung (vgl. Rz 81) zugrunde gelegt ist und folglich der Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen analysiert

wird.<sup>185</sup> Zudem ist Folgendes klarzustellen: Für die vorliegende Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse wurden in analoger Weise zur ursprünglichen Verfügung (vgl. Rz 83 ff.) obenstehend die Produktionsanteile (vgl. Rz 143 ff.)<sup>186</sup> sowie nachfolgend die Marktanteile (vgl. Rz 162 ff.) berechnet.<sup>187</sup> Bei der Berechnung der Marktanteile wurde in der ursprünglichen Untersuchung die Eigenproduktion nicht berücksichtigt – wie in Rz 86 ausgeführt wird – und vorliegend analog vorgegangen, wie Swatch Group dies fordert. Bei der Berechnung der Produktionsanteile als «Anteile an der Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke» wird konsequenterweise die Eigenproduktion mechanischer Uhrwerke miteinbezogen.

154. Swatch Group moniert in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 42 f.) zudem eine unzulässige Ungleichbehandlung, indem die Eigenbedarfskapazitäten von Swatch Group, nicht aber die Eigenbedarfskapazitäten anderer Uhrenhersteller mit eigener Werksproduktion, welche zurzeit an Dritte liefern, in die Analyse miteinbezogen würden. Dies käme am eklatantesten darin zum Ausdruck, dass Kenissi als Tochtergesellschaft der finanzstarken Rolex nicht als Wettbewerberin von ETA anerkannt werde.<sup>188</sup> Erstens ist klarzustellen, dass für die vorliegende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse die Produktionsanteile, wie auch die Kapazitätsanteile, und die Marktanteile für alle Marktteilnehmer in gleicher Weise berechnet wurden und somit in der Berechnungsart dieser Kennzahlen keineswegs eine

<sup>184</sup> Act. [...], Rz 96 ff.

<sup>185</sup> RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., 227 Rz 115 ff., Swatch Group Lieferstopp.

<sup>186</sup> Im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren wurden zusätzlich zu den Produktionsmengen auch die Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke erfragt und darauf basierend Kapazitätsanteile berechnet (vgl. Rz 155 ff.).

<sup>187</sup> Gleiches gilt übrigens für das erste Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.). RPW 2016/4, 1041 Rz 46 ff., 1043 Rz 52 ff. Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.

<sup>188</sup> Act. [...], Rz 10 sowie Rz 98.



Ungleichbehandlung von ETA und anderen Marktteilnehmern besteht. Bei der Produktionsanteilsberechnung wird die Eigenproduktion mechanischer Uhrwerke bei allen Marktteilnehmern miteinbezogen, während bei der Marktanteilsberechnung die Eigenproduktion bei keinem der Marktteilnehmer berücksichtigt wird. Um das von Swatch Group verwendete Beispiel von Kenissi bzw. Rolex aufzunehmen, so ist zu wiederholen, dass Rolex mechanische Uhrwerke einzig für ihre Uhrenmarke Rolex produziert und mit ihrer Produktion für den Eigenbedarf im Jahr 2019 einen Produktionsanteil von [10–20] % aufwies (vgl. Rz 148). Ihre Tochtergesellschaft Kenissi produziert mechanische Uhrwerke einerseits für die gruppenzugehörige Montres Tudor SA (nachfolgend: Montres Tudor) und für Dritte und wies mit dieser Produktion (für den Eigenbedarf der Gruppe sowie für die Belieferung Dritter) im Jahr 2019 einen Produktionsanteil von [0–5] % auf (vgl. Rz 148). Die Rolex-Gruppe verfügte 2019 somit über einen Produktionsanteil von [10–20] % (vgl. Rz 148).<sup>189</sup> Kenissi beliefert Dritte mit mechanischen Uhrwerken und wies mit ihrer Verkaufsmenge im Jahr 2019 einen Marktanteil von [0–5] % auf (vgl. unten Rz 164). Da Rolex nur für den Eigenbedarf produziert, verfügte die Rolex-Gruppe 2019 somit über einen Marktanteil von [0–5] %. Kenissi als Tochtergesellschaft von Rolex ist somit – entgegen der Behauptung von Swatch Group – sehr wohl in der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse mitberücksichtigt (vgl. auch Rz 181, Rz 284, Rz 373 sowie Rz 412). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die von Kenissi produzierten mechanischen Uhrwerke nicht mit Uhrwerken von ETA substituierbar sind (vgl. Rz 234) und die disziplinierende Wirkung von Kenissi auf ETA somit u.a. aus diesem Grund eingeschränkt ist (vgl. hierzu auch Rz 214 ff.).

#### *Produktionskapazitäten*

155. In der Marktbefragung im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens wurden zusätzlich zu den Produktionsmengen auch die Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke erfragt. Im Jahr 2019 wiesen die Hersteller mechanischer Uhrwerke in der Schweiz insgesamt eine Produktionskapazität von knapp [...] Mio. Stück auf. Dies entspricht einer Zunahme von 16 % im Vergleich zu 2011, in welchem die gesamten Produktionskapazitäten einen Umfang von knapp [...] Mio. Stück hatten (vgl. Tabelle A 2 im Anhang). Betrachtet man die Zeitspanne von 2014 – als die evR in Kraft trat – bis 2019, so nahmen die gesamten Produktionskapazitäten um [...] % ab, was als eine Anpassung in Folge der in den Jahren 2015 und 2016 rückläufigen Uhrenexporte (vgl. Rz 132 ff.) zu sehen ist.<sup>190</sup> Eine ähnliche Entwicklung ist wiederum bei den Produktionskapazitäten mechanischer Uhrwerke von ETA und Sellita zu beobachten.

156. Die Abbildung 7 zeigt die *Produktionskapazitäten* von ETA, Sellita und allen anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke zusammen in der Periode 2011 bis 2019.

Abbildung 7: Produktionskapazitäten mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

157. ETA wies 2011 eine Produktionskapazität von [...] Mio. mechanischen Uhrwerken auf.<sup>191</sup> Nach einer Erhöhung der Produktionskapazitäten auf [...] Mio. Stück im Jahr 2015, [...] ETA diese bis 2019 wiederum [...] (vgl. Tabelle A 2 im Anhang). Laut Swatch Group ist die [...] der Produktionskapazität im Jahr 2016 hauptsächlich auf [...] sowie auf die Reduktion der Lieferverpflichtung gemäss evR von 75 % auf 65 % zurückzuführen.<sup>192</sup> Sellita steigerte ihre Produktionskapazität von 2011 (knapp [...] Stück) bis 2019 um [...] % und wies 2019 eine Produktionskapazität von rund [...] Stück auf. Sellita wies somit 2019 eine [...] kleinere Produktionskapazität auf als ETA (vgl. hierzu auch Rz 184 ff.). Betrachtet man [...] den Zeitraum von 2014 bis 2019, so nahm die Produktionskapazität von Sellita um [...] % [...]. Alle anderen Hersteller wiesen 2019 insgesamt Produktionskapazitäten von ca. [...] Mio. Stück auf, was einer Zunahme von [...] % bzw. [...] % im Vergleich zu 2011 bzw. 2014 entspricht. Ergänzend sei auf die Ausführungen in Rz 206 ff. verwiesen.

158. Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt die *Kapazitätsanteile* einzelner Hersteller mechanischer Uhrwerke im Jahr 2019 sowie deren Entwicklung seit 2011. In der Tabelle 2 einzeln aufgeführt werden Hersteller mechanischer Uhrwerke, die im Jahr 2019 einen Kapazitätsanteil von mindestens 1 % aufwiesen. Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke werden unter der Kategorie «Andere» zusammengefasst.

<sup>189</sup> Bei den Kapazitätsanteilen zeigt sich das gleiche Bild. So verfügt die Rolex-Gruppe 2019 über einen Kapazitätsanteil von [10–20] % (Rolex: [10–20] %, Kenissi: [0–5] %; vgl. unten Rz 159).

<sup>190</sup> Die gesamte Produktionskapazität sank in den Jahren 2016 bzw. 2017 um [...] % bzw. [...] %.

<sup>191</sup> Gemäss Swatch Group bezieht sich die Produktionskapazität auf die Montage der mechanischen Uhrwerke, [...]. Act. [...].

<sup>192</sup> Act. [...].

Tabelle 2: Entwicklung Kapazitätsanteile mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%
Rolex	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Sellita	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Richemont	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Soprod	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
LVMH	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
STP	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Kenissi	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Andere	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweis: Die ausgewiesenen Kapazitätsanteile sind mengenbasierte Anteile.

159. Die Tabelle 2 zeigt ein ähnliches Bild wie Tabelle 1 mit den Produktionsanteilen. Im Jahr 2019 verfügten ETA über [60–70] % und Sellita über [5–10] % der gesamten Produktionskapazitäten in der Schweiz. Neben ETA und Sellita weist noch Rolex grössere Produktionskapazitäten auf, die 2019 einen Anteil von [10–20] % der gesamten Produktionskapazitäten ausmachten. Rolex und ihre Tochtergesellschaft Kenissi (vgl. Rz 164) verfügten im Jahr 2019 gemeinsam über [10–20] % der gesamten Produktionskapazitäten. Die weiteren Hersteller mechanischer Uhrwerke, wie Richemont, Soprod, LVMH oder STP verfügten 2019 jeweils über Kapazitätsanteile im Bereich von [0–5] %.

160. Betrachtet man die Entwicklung der Kapazitätsanteile, so ist ersichtlich, dass der Anteil an den gesamten Produktionskapazitäten von ETA vor dem ursprünglichen Entscheid von [70–80] % im Jahr 2011 auf [60–70] % im Jahr 2013 sank, währenddessen der Anteil von Sellita 2011 bis 2013 von [5–10] % auf [5–10] % [...]. Die Kapazitätsanteile von Rolex, Soprod, LVMH und STP [...] bis 2013 [...] ([5–10] %, [0–5] %, [0–5] % bzw. [0–5] %), während diejenigen von Richemont um [...] Prozentpunkte auf [0–5] % [...].

161. Nach dem ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 [...] der Kapazitätsanteil von ETA von [60–70] % im Jahr 2014 auf [60–70] % im Jahr 2019. Der Kapazitätsanteil von Sellita nahm in dieser Periode von [10–20] % auf [5–10] % ab. Die Kapazitätsanteile von Rolex erhöhten sich von 2014 bis 2019 von [5–10] % auf [10–20] %. Die Kapazitätsanteile ihrer Tochtergesellschaft Kenissi [...] von [...] [0–5] % auf [0–5] %. Die Produktionskapazitäten von Richemont, Soprod, LVMH und STP [...] in dieser Periode [...] ([0–5] %, [0–5] %, [0–5] % bzw. [0–5] %).

#### Verkaufsmengen & Marktanteile

162. Hersteller mechanischer Uhrwerke, die nur für den Eigengebrauch (d.h. für ihre eigenen Uhrenmarken) produzieren, stellen für die Marktgegenseite<sup>193</sup> momentan keine Alternativen dar und stehen somit nicht in Konkurrenz zu ETA. In der ursprünglichen Untersuchung wurde die Eigenproduktion für die Berechnung der Marktanteile nicht berücksichtigt (vgl. Rz 83 und Rz 86); die Marktanteilsberechnung wurde vorliegend analog vorgenommen.<sup>194</sup> Bereits an dieser Stelle sei vorweg-

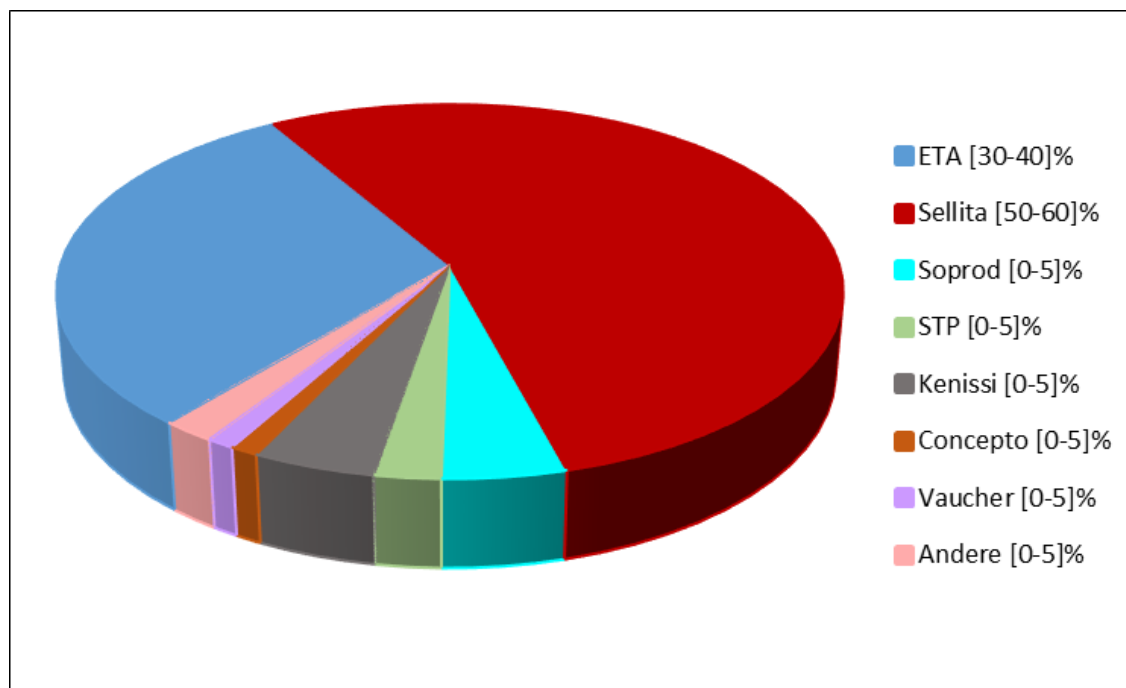
nehmend festgehalten, dass die Tatsache, dass die Eigenproduktion bei der Marktanteilsberechnung – analog zur ursprünglichen Untersuchung – nicht berücksichtigt wird, nicht bedeutet, dass die Produktionsmengen der Uhrwerkshersteller oder auch deren Produktionskapazitäten bei der Beurteilung der Frage, ob ETA nach wie vor marktbeherrschend ist, vorliegend nicht mit zu berücksichtigen wären (vgl. insbesondere Rz 415 ff.).

163. Bei Betrachtung der Mengen mechanischer Uhrwerke, welche von Uhrwerksherstellern an Dritte verkauft werden, ergeben sich für das Jahr 2019 die in der Abbildung 8 dargestellten Marktanteile. In der Abbildung 8 einzeln aufgeführt werden die im ursprünglichen Entscheid bereits genannten Marktteilnehmer (vgl. Rz 87) sowie Marktteilnehmer mit einem Marktanteil von mindestens 1 % im Jahr 2019. Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, werden unter der Kategorie «Andere» zusammengefasst.

<sup>193</sup> Vgl. Fn 115.

<sup>194</sup> Auf die Bedeutung der Eigenproduktion mechanischer Uhrwerke verschiedener Uhrenhersteller wird an anderer Stelle eingegangen (vgl. Rz 329 ff.).

Abbildung 8: Marktanteile mechanische Uhrwerke 2019.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweise: Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Anteile. Die Marktanteile von ETA basieren auf den in den jeweiligen Jahren effektiv an Dritte gelieferten Mengen mechanischer Uhrwerke, d.h. diese beinhalten auch Lieferungen von Rückständen aus dem jeweiligen Vorjahr.

164. Die Abbildung 8 zeigt, dass ETA im Jahr 2019 noch einen Marktanteil von [30–40] % aufwies (vgl. auch Rz 175 ff.). Sellita, welche in der ursprünglichen Untersuchung als zweitgrösster Marktteilnehmer identifiziert wurde, wies 2019 einen Marktanteil von [50–60] % auf (vgl. auch Rz 170 ff. und Rz 184 ff.). Soprod verfügte im Jahr 2019 über einen Marktanteil von [0–5] % (vgl. auch Rz 187 ff.). STP, welche im ersten Wiedererwägungsverfahren (mit einem Marktanteil von [0–5] % im Jahr 2015) als Marktteilnehmer genannt wurde<sup>195</sup>, gehört zur Fossil-Gruppe und verfügte 2019 [...] über einen Marktanteil von [0–5] % (vgl. auch Rz 190 f.). Die Tochtergesellschaft von Rolex, Kenissi, welche [...] mechanische Uhrwerke einerseits für Montres Tudor – ebenfalls eine Tochtergesellschaft von Rolex, welche die Uhren der Marke Tudor produziert und verkauft – und andererseits für Dritte produziert (vgl. Rz 194), verfügte im Jahr 2019 über einen Marktanteil von [0–5] %.<sup>196</sup> Die Concepto Watch Factory SA (nachfolgend: Concepto) und die Vaucher Manufacture Fleurier S.A. (nachfolgend: Vaucher; vgl. Rz 198), zwei Marktteilnehmer, die bereits zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung aktiv waren, wiesen 2019 Marktanteile von jeweils [0–5] % auf. Schliesslich sei ergänzend erwähnt, dass die Ronda AG (nachfolgend: Ronda; vgl. Rz 192 f.), welche im ersten Wiedererwägungsverfahren als Marktteilnehmer genannt wurde und damals plante, Ende 2016 ein neues mechanisches Uhrwerk auf den Markt zu bringen,<sup>197</sup> 2019 einen Marktanteil von unter [0–5] % aufwies.

165. Die nachfolgende Tabelle 3 zeigt die Marktanteilsentwicklung in den Jahren 2011 bis 2019.

<sup>195</sup> RPW 2016/4, 1042 Rz 48, Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.

<sup>196</sup> Act. [...].

<sup>197</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 75, Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.

Tabelle 3: Entwicklung der Marktanteile mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%
Sellita	[20-30]%	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%
Soprod	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
STP	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Kenissi	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Concepto	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Vaucher	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Andere	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweise: Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Anteile. Die Marktanteile von ETA basieren auf den in den jeweiligen Jahren effektiv an Dritte gelieferten Mengen mechanischer Uhrwerke, d.h. diese beinhalten auch Lieferungen von Rückständen aus dem jeweiligen Vorjahr.

166. Bereits vor dem ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 sank der Marktanteil von ETA über die Periode 2010 bis 2013 auf [60–70] % (2010: [80–90] %, vgl. Rz 87). Sellita erhöhte in diesem Zeitraum ihren Marktanteil massiv auf [30–40] % (2010: [10–20] %). Die Marktanteile von Soprod, STP, Concepto und Vaucher erfuhren in dieser Periode [...] und betragen um die [0–5] %.

167. Nach dem ursprünglichen Entscheid nahm der Marktanteil von ETA 2014 um weitere [...] Prozentpunkte auf [50–60] % ab und sank nach einer vorübergehenden leichten [...] im Jahr 2015 ([50–60] %) bis ins Jahr 2018 auf [40–50] %. Im Jahr 2019 nahm der Marktanteil von ETA massiv um [...] Prozentpunkte auf [30–40] % ab. [...] Sellita ihren Marktanteil im Jahr 2014 auf [30–40] % und erhöhte diesen nach einem vorübergehenden [...] von [...] Prozentpunkten im Jahr 2015 auf [40–50] % im Jahr 2018. Im Jahr 2019 wies Sellita einen Marktanteil von [50–60] % auf. Die Marktanteilsentwicklung zeigt auf, dass ETA und Sellita im Jahr 2017 den Markt zu

ungefähr gleichen Teilen bedienten (vgl. auch Rz 301 ff.). Soprod konnte ihren Marktanteil bis 2015 leicht [...], [...] und [...] ihren Marktanteil wieder bis auf [0–5] % im Jahr 2019. STP gelang es bis 2015 einen Marktanteil von [0–5] % zu erreichen; danach verzeichnete STP [...] und wies 2019 schliesslich einen Marktanteil von [0–5] % auf. Die Marktanteile von Concepto und Vaucher blieben auch in dieser Periode [...]. Kenissi, welche ihre mechanischen Uhrwerke [...] an Dritte verkaufte, erreichte bis 2019 einen Marktanteil von [0–5] %.

168. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle auch auf die Veränderung des Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) eingegangen, welcher in der ursprünglichen Untersuchung herangezogen wurde, um die Konzentration im Markt für mechanische Uhrwerke zu illustrieren (vgl. Rz 92). Die Tabelle 4 gibt die Entwicklung des HHI – basierend auf den oben aufgeführten Marktanteilen (vgl. oben Rz 163 ff.) – im Markt für mechanische Uhrwerke im Zeitraum 2011 bis 2019 wieder.

Tabelle 4: Entwicklung HHI mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
HHI	6'300	5'700	5'200	4'600	4'700	4'700	4'400	4'400	4'100

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

169. Es zeigt sich, dass die Konzentration im Markt von 2010 auf 2011 zunimmt (2010: 5'900; vgl. Rz 92) und bis 2014 abnimmt. Nach einer leichten Konzentrationszunahme im Jahr 2015, sinkt die Konzentration im Markt bis ins Jahr 2019. Jedoch ist die Marktkonzentration mit einem HHI von 4'100 auch im Jahr 2019 verglichen zu 2014 – als die evR in Kraft trat – immer noch als hoch einzustufen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in der Periode 2014 bis 2019, wie auch bereits zuvor, im Wesentlichen eine Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita stattfand (vgl. 165 ff.). Der Marktanteil von Sellita nahm von 2011 bis 2019 um [...] Prozentpunkte zu, während der Marktanteil von ETA in dieser Periode um [...] Prozentpunkte abnahm.

170. Die Abbildung 9 zeigt die Verkaufsmengen von ETA, Sellita und allen anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke, welche diese an Dritte verkaufen, zusammen in der Periode 2011 bis 2019.

Abbildung 9: Verkaufsmengen mechanischer Uhrwerke 2011 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

171. Betrachtet man die von Sellita verkaufte Menge mechanischer Uhrwerke, so ist ersichtlich, dass dieser Marktanteilszunahme eine mengenmässige Zunahme von ca. [...] Stück entspricht: Sellita verkaufte im Jahr

2011 ca. [...] und im Jahr 2019 ca. [...] mechanische Uhrwerke, was einer Zunahme um [...] % entspricht (vgl. auch Tabelle A 3 im Anhang). Von 2011 bis 2014 konnte Sellita ihre Verkaufsmenge stetig steigern. Im Zeitraum 2014 bis 2019 nahm die Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von Sellita [...] von ca. [...] im Jahr 2014 bis 2019 um [...] % [...].

172. In der gleichen Zeitspanne erfuhr die Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von ETA einen starken Rückgang. Betrug die Verkaufsmenge von ETA im Jahr 2011 noch ca. [...] Mio., so verkaufte ETA 2019 noch ca. [...] mechanische Uhrwerke an Dritte (vgl. auch Tabelle A 3 im Anhang), was einer Abnahme um [...] % entspricht. In der Periode 2014 bis 2019 nahm die Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von ETA von ungefähr [...] Mio. im Jahr 2014 bis 2019 um [...] % ab.

173. Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke, die diese an Dritte verkaufen, steigerten ihre Verkaufsmenge in der Periode 2011 bis 2019 von ca. [...] auf knapp [...], was einer Zunahme um [...] % entspricht (vgl. auch Tabelle A 3 im Anhang). Betrachtet man die Entwicklung der insgesamt an Dritte verkauften Menge mechanischer Uhrwerke, so wird ersichtlich, dass das

Marktvolumen von 2011 bis 2019 um 41 % abnahm. Während im Jahr 2011 noch insgesamt ca. [...] Mio. mechanische Uhrwerke an Dritte verkauft wurden, entsprach das Marktvolumen 2019 noch ca. [...] Mio. Stück. In den Jahren 2016 und 2017 sank das Marktvolumen jeweils sehr stark (-[...] % bzw. -[...] %), nachdem die Uhrenexporte 2015 nach einer fünfjährigen starken Wachstumsphase erstmals wieder rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.).

174. Der Marktanteil von Sellita in der Höhe von [50–60] % im Jahr 2019 ist somit zwar auf eine leichte Erhöhung der Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke seit 2011, aber auch auf die Abnahme des Marktvolumens mit gleichzeitiger starker Abnahme der Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von ETA zurückzuführen.

175. Die Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von ETA wie auch der Marktanteil von ETA nahmen in der Periode 2011 bis 2019 ab. Die Tabelle 5 zeigt die Entwicklung des Marktanteils von ETA in dieser Periode. Insbesondere im Jahr 2019 wies der Marktanteil von ETA eine starke Abnahme um [...] Prozentpunkte bzw. um [...] % auf.

Tabelle 5: Entwicklung Marktanteil ETA mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Marktanteil ETA	[70-80]%	[70-80]%	[60-70]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%
Δ in %-Punkten	-	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Δ in %	-	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

176. Der Grund für diese überaus starke Abnahme des Marktanteils von ETA im Jahr 2019 ist eine konkrete Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR im Jahr 2019. Erstens hat Swatch Group bzw. ETA für das Jahr 2019 [...] keine abweichenden Vereinbarungen mit KMUs im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR abgeschlossen (vgl. Rz 7, Rz 136 f. und Rz 319 ff.).<sup>198</sup> Zweitens hat Swatch Group bzw. ETA die Bestellfristen gemäss Ziff. 6 lit. e evR im Jahr 2019 erstmals strikt durchgesetzt, d.h. Bestellungen, die nach dem 30. Juni 2018 eingegangen sind, wurden nicht mehr akzeptiert.<sup>199</sup> [...].<sup>200</sup>

177. Die geschilderte Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA hatte Auswirkungen auf [...] Kunden und betraf ein Bestellvolumen von insgesamt [...] Stück. Im Detail verzichtete Swatch Group bzw. ETA auf den Abschluss von abweichenden Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR im Umfang von [...] Stück, [...].<sup>201</sup>

178. Berücksichtigt man diese von Swatch Group bzw. ETA aufgrund ihrer Verhaltensänderung bei der Umsetzung der evR im Jahr 2019 nicht bediente Nachfrage bei der Marktanteilsberechnung, ergeben sich die in Tabelle 6 aufgeführten theoretischen Marktanteile für das Jahr 2019.

<sup>198</sup> Vgl. Act. [...] sowie [...].

<sup>199</sup> Vgl. [...].

<sup>200</sup> [...]. Vgl. Act. [...] sowie [...].

<sup>201</sup> Vgl. [...].

Tabelle 6: Marktanteile mechanische Uhrwerke 2019 – Umsetzung evR.

Unternehmen	Referenz	Kriterium evR			
		Alle	4b	6e	[...]
ETA	[30-40]%	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%	[...]%
Sellita	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[...]%
Andere	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[...]%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweis: Referenz: Die Marktanteilsangaben beziehen sich auf Tabelle 3. Alle: Die zugrundeliegende Marktanteilsberechnung berücksichtigt das gesamte von der Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA betroffene Bestellvolumen (vgl. Rz 177). 4b: Die zugrundeliegende Marktanteilsberechnung berücksichtigt die Mengen, welche im Rahmen von abweichenden Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR bestellt worden wären. 6e: Die zugrundeliegende Marktanteilsberechnung berücksichtigt die verspäteten Bestellungen. [...]

179. Werden die Mengen mechanischer Uhrwerke, welche im Rahmen von abweichenden Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR bestellt worden wären, bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt, so ergibt sich ein Marktanteil für ETA im Jahr 2019 von [30–40] %. Werden einzig die verspäteten Bestellungen (Ziff. 6 lit. e evR) berücksichtigt, so resultiert ein Marktanteil für ETA von [30–40] % im Jahr 2019. [...]

#### Zwischenfazit

180. Als erstes Zwischenfazit lässt sich somit festhalten, dass sich die insgesamt in der Schweiz produzierte Menge mechanischer Uhrwerke seit 2011 um 14 % erhöht hat; dies obwohl die Gesamtproduktionsmenge in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund der in den vorangehenden Jahren rückläufigen Uhrenexporte abnahm (vgl. Rz 143). Gleiches gilt für die Produktionskapazitäten der Schweizer Hersteller mechanischer Uhrwerke, welche von 2011 bis 2019 – mit zwischenzeitlichen Anpassungen – um 16 % zunahm (vgl. Rz 155). Das Marktvolumen, d.h. die insgesamt an Dritte verkaufte Menge mechanischer Uhrwerke, sank von 2011 bis 2019 um 41 %, wobei dieses insbesondere in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund der in den vorangehenden Jahren rückläufigen Uhrenexporte stark abnahm (vgl. Rz 173).

181. Der aktuelle Wettbewerb hat sich von 2010 bis 2019 insofern geändert, als dass ETA wesentlich an Marktanteilen verloren hat (vgl. jedoch Rz 175 ff.) und Sellita ihren Marktanteil merklich erhöhen konnte (vgl. jedoch Rz 170 ff.). Die Produktionsanteile wie auch die Kapazitätsanteile der beiden wichtigsten Marktteilnehmer – welche bei der Beurteilung der Frage, ob ETA nach wie vor marktbeherrschend ist, mit zu berücksichtigen sind (vgl. Rz 393 ff.) – haben sich in dieser Periode aber nicht in gleichem Ausmass verändert. Der Produktionsanteil von ETA ist gesunken, betrug aber im Jahr 2019 immer noch [...] der von Sellita produzierten Menge (vgl. Rz 145 und Rz 148). Gleiches gilt für die Kapazitätsanteile von ETA und Sellita (vgl. Rz 157 und Rz 159). Sopro und STP konnten ihre Marktanteile seit 2010 bzw. 2011 leicht erhöhen; alle anderen damals bereits aktiven Marktteilnehmer verfügten auch 2019 noch über Marktanteile von maximal [0–5] %. Das gilt insbesondere für Ronda, die ihren Markteintritt 2016

plante. Mit Kenissi ist ein Unternehmen (mit einem Marktanteil von über 1 % im Jahr 2019) neu im Markt aktiv (vgl. Rz 148).

#### B.3.4.2.2 Analyse der Markteintritte

182. Im Rahmen der Analyse des potentiellen Wettbewerbs im ursprünglichen Entscheid wurden u.a. vergangene und damals aktuelle *Expansionsprojekte*, insbesondere auch die damals erfolgten *Markteintritte*, geprüft (vgl. Rz 97 f.). Die damalige Analyse zeigte auf, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden sei, allfällige Markteintritte jedoch einen Zeithorizont von mindestens sieben bis zehn Jahren bräuchten, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu ETA-Uhrwerken anbieten könnten.<sup>202</sup> Im ersten Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.) wurde eine erste Überprüfung dieser damals analysierten Markteintritte durchgeführt und eine Analyse von zu diesem Zeitpunkt neuen bzw. geplanten Markteintritten gemacht.<sup>203</sup>

183. Nachfolgende Ausführungen geben einen Überblick einerseits über die in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren analysierten und andererseits über die in der Zwischenzeit neu erfolgten Markteintritte und ziehen ein erstes Zwischenfazit.<sup>204</sup>

<sup>202</sup> Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>203</sup> RPW 2016/4, 1046 Rz 65 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>204</sup> In der Marktbefragung im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens wurden Hersteller mechanischer Uhrwerke auch nach ihren Auf- und Ausbauversuchen der eigenen Produktion für den Verkauf an Dritte sowie den Eigengebrauch gefragt (vgl. hierzu auch Rz 329 ff.).

### Analyse der Markteintritte

184. *Sellita* produziert mittlerweile neun Kaliberfamilien und bietet darunter für sieben der zehn meistverkauften Kaliber von ETA Substitute in einem ähnlichen Preissegment an (vgl. Rz 238 ff. und Rz 248 ff.). Im Vergleich zu 2013 bietet *Sellita* 2019 auch Substitute für die Kaliber 2895-2 (SW360-1) und 2893-2 (SW330-1) von ETA an (vgl. Rz 89)<sup>205</sup>. Ein Substitut zum Kaliber 2671<sup>206</sup>, das SW100, [...].<sup>207</sup>

185. *Sellita* beabsichtigte während der ursprünglichen Untersuchung, ihre Produktionsmenge zu erhöhen und deshalb bis [...] zu investieren.<sup>208</sup> Im Jahr 2015 während des ersten Wiedererwägungsverfahrens [...] *Sellita* [...]. *Sellita* gab an [...].<sup>209</sup> *Sellita* steigerte ihre Produktionsmenge von 2011 bis 2019 um [...] %. Betrachtet man lediglich den Zeitraum von 2014 bis 2019, so nahm die Produktionsmenge von *Sellita* um [...] % [...]. *Sellita* produzierte und verkaufte in den Jahren 2014 und 2015 [...] ca. [...] mechanische Uhrwerke, die Produktions- und Verkaufsmenge von *Sellita* [...] bis 2018 wieder und lag 2019 [...] bei ca. [...] mechanischen Uhrwerken. Gemäss Angaben von *Sellita* waren ihre Produktionskapazitäten seit 2011 [...], womit die genannte Produktionssteigerung auch der Kapazitätssteigerung von *Sellita* entspricht (vgl. Rz 145, Rz 157 und Rz 171 sowie Tabelle A 1 bis Tabelle A 3 im Anhang).<sup>210</sup> *Sellita* erreichte somit die von ihr geplante Kapazitäts- und Produktionssteigerung nur teilweise.

186. *Sellita* erklärt dies einerseits mit der geänderten Nachfrage und andererseits damit, dass die damaligen Wachstumspläne darauf basierten, (neben Assortiments von Nivarox) selbst produzierte Assortiments verwenden zu können.<sup>211</sup> [...] (vgl. auch Rz 368 ff).<sup>212</sup>

187. *Soprod* (vgl. Rz 90) plante während der ursprünglichen Untersuchung die Produktion von Uhrwerken bis ins Jahr 2015 auf ungefähr [...] Stück pro Jahr auszuweiten und mehrere Variationen des Kalibers anzubieten.<sup>213</sup> Im April 2014 kommunizierte die Festina-Gruppe, dass sie zu einem wichtigen Akteur im Geschäft mit Uhrwerken werden möchte und die Gruppe im Jahr 2013 170'000 mechanische Werke hergestellt und ein Potential von 400'000 Uhrwerken habe. *Soprod* sei verantwortlich für die Basiswerke, Manufacture horlogère Vallée de Joux SA (nachfolgend: MHVJ) für das obere Spektrum, und die neu gegründete (aus MHVJ ausgegliederte) Manufacture des Spiraux et Echappements SA (nachfolgend: MSE) stelle die Spiralen und Hemmungen her.<sup>214</sup> Die im ersten Wiedererwägungsverfahren 2015 durchgeführte Befragung zeigte, dass MHVJ [...].<sup>215</sup>

188. *Soprod* produziert heute zwei mechanische Uhrwerke; hauptsächlich das Kaliber M100 (früher A10), ein Substitut für das Kaliber 2892-A2 von ETA, sowie [...] das darauf basierende Kaliber C125, welches mit dem mechanischen Uhrwerk 2893 von ETA substituierbar ist (vgl. Rz 238 ff.). Die Preise der von *Soprod* verkauften Substitute sind höher als diejenigen der entsprechenden Uhrwerke von ETA (vgl. Rz 248 ff.). Die Festina-Gruppe übernahm [...] die Aktiven der Technotime SA (nachfolgend: Technotime; vgl. Rz 201), darunter das Uhrwerkprojekt Newton, ein technisches Substitut für das Kaliber 2824 von ETA. *Soprod* gab an, [...] und zu einem

Preis von ca. [...] CHF auf den Markt zu bringen.<sup>216</sup> Die Entwicklung und Herstellung eines weiteren Kalibers, M200, wurde laut *Soprod* nicht weiterverfolgt; die Produktionsaufnahme hänge davon ab, ob die Lieferverpflichtung von ETA auslaufe oder nicht. *Soprod* verfügte gemäss eigenen Angaben im Zeitraum 2011 bis 2019 über eine [...] jährliche Produktionskapazität von [...] Stück<sup>217</sup>, was [...] der Kapazitäten von ETA entspricht. Eine Ausweitung der Produktionskapazitäten wurde [...]. Die bestehenden Produktionskapazitäten von *Soprod* waren während der gesamten Periode 2011 bis 2019 [...] zu [...] [...] % ausgelastet. *Soprod* produzierte und verkaufte im Jahr 2014 ca. [...] mechanische Uhrwerke. Die Produktions- und Verkaufsmenge von *Soprod* [...] bis 2016 um fast [...] % und erreichte anschliessend bis 2019 [...] einen Umfang von [...] mechanischen Uhrwerken (vgl. Tabelle A 1 bis Tabelle A 3 im Anhang)<sup>218</sup>, was einem Marktanteil von [0–5] % im Jahr 2019 entspricht (vgl. Rz 163 ff.). Die geplante Produktionserhöhung wurde [...] nicht erreicht.

189. *Soprod* begründet dies damit, dass potentielle Nachfrager aufgrund der Monopolstellung von ETA und *Sellita* keine alternativen Hersteller suchen würden, da ETA aufgrund ihrer dominanten Stellung im Markt für mechanische Uhrwerke und *Sellita* aufgrund ihres Bezugs von Assortiments bei Nivarox ihre mechanischen Uhrwerke zu «Dumping-Preisen» anbieten würden. *Soprod* verwendet Assortiments von MSE, welche ebenfalls zur Festina-Gruppe gehört, deren Produktionskosten gemäss Aussage von *Soprod* mehr als [...] des Verkaufspreises für ein Standard-Assortiment von Nivarox betragen. *Soprod* gab denn auch an, in der Periode 2014 bis 2019 keinen bedeutenden Neukunden gewonnen zu haben.<sup>219</sup>

<sup>205</sup> Für weitere drei Kaliber von ETA, die nicht zu den zehn meistverkauften Uhrwerken von ETA gehören, bietet *Sellita* ebenfalls ein Substitut an (vgl. Tabelle A 7 im Anhang).

<sup>206</sup> Bei diesem Kaliber handelt es sich um ein mechanisches Uhrwerk mit automatischem Aufzug (beidseitig aufziehend), mit einer Gangreserve von 38 Stunden, Datumsanzeige und Sekundenstopp-Vorrichtung. Das Kaliber 2671 wird bei Damenuhren verwendet. Vgl. [https://www.uhren-wiki.de/index.php?title=ETA\\_2671](https://www.uhren-wiki.de/index.php?title=ETA_2671) (13.7.2020).

<sup>207</sup> Act. [...].

<sup>208</sup> RPW 2014/1, 238 Rz 197 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] aus Aktenverzeichnis der ursprünglichen Untersuchung (nachfolgend: ursprüngliches AV).

<sup>209</sup> RPW 2016/4, 1046 Rz 66 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] aus Aktenverzeichnis des ersten Wiedererwägungsverfahrens (nachfolgend: AV erstes Wiedererwägungsverfahren).

<sup>210</sup> Act. [...].

<sup>211</sup> Vgl. hierzu auch RPW 2014/1, 248 Rz 262, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>212</sup> Act. [...].

<sup>213</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 200, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>214</sup> Vgl. NZZ vom 2.4.2014, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/bereit-fuer-die-uhrenwerk-offensive-1.18275911> (13.7.2020).

<sup>215</sup> RPW 2016/4, 1046 Rz 69, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren.

<sup>216</sup> *Soprod* hat inzwischen öffentlich bekannt gegeben, dass die ersten Bestellungen für das neue mechanische Uhrwerk Newton ausgeliefert worden seien, vgl. [https://www.fhs.swiss/fre/2020\\_04\\_02\\_01\\_Soprod.html](https://www.fhs.swiss/fre/2020_04_02_01_Soprod.html) (13.7.2020).

<sup>217</sup> Act. [...].

<sup>218</sup> Act. [...].

<sup>219</sup> Act. [...].

190. *STP*, welche im ersten Wiedererwägungsverfahren als Marktteilnehmer genannt wurde (vgl. Rz 164), begann 2006 mit der Entwicklung eines Basiswerkes STP1-11, welches in technischer Hinsicht mit den Werken ETA 2824 und Sellita SW200 austauschbar ist (vgl. Rz 238 ff.) und sich in einem ähnlichen Preissegment bewegt (vgl. Rz 248 ff.). Die ersten Werke wurden 2008 ausgeliefert und die Produktion massiv gesteigert. Basierend auf dem Basiswerk STP1-11 wurden 2015 und 2016 weitere Werkvarianten entwickelt und ausgeliefert.<sup>220</sup> *STP* plante zum Zeitpunkt des ersten Wiedererwägungsverfahrens, weitere Werke zu lancieren und die Produktion mechanischer Werke auszubauen, d.h. [...] mechanische Uhrwerke herzustellen und an Dritte zu verkaufen (...).<sup>221</sup> *STP* produziert und verkauft heute neben dem Basiswerk STP1-11 weitere Kaliberfamilien, darunter das Kaliber STP4-13, welches mit dem ETA-Uhrwerk 2834 substituierbar ist (vgl. Rz 238 ff.). Diese neuen Uhrwerke werden allerdings in [...] Mengen produziert und verkauft; der [...] der produzierten und verkauften Menge macht das Basiswerk STP1-11 aus. Zur Produktion ihrer mechanischen Uhrwerke verwendet *STP* mechanische Assortiments von diversen Assortimentsherstellern, bezieht jedoch keine Assortiments von Nivarox. *STP* gibt an, dass sie Investitionen von ca. [...] getätigt haben, (...). *STP* [...] ihre Produktionskapazität 2014 auf [...] Stück pro Jahr, was [...] der Produktionskapazität von ETA entspricht, erreichte [...] eine Kapazitätsauslastung von [...] %. Während *STP* bis 2015 [...] der Produktions- und Verkaufsmenge gelang (2015: [...]), produzierte *STP* im Jahr 2019 [...] mechanische Uhrwerke und verkaufte [...] an Dritte (vgl. Tabelle A 1 bis Tabelle A 3 im Anhang), was in einem Marktanteil von [0–5] % resultierte (vgl. Rz 163 ff.).<sup>222</sup> *STP* hat somit ihre Produktionskapazitäten wie geplant erhöht, jedoch die geplante Erhöhung der Produktions- und Verkaufsmenge nicht erreicht.

191. *STP* erklärt dies damit, dass [...] und dass die Nachfrage nach Swiss made Uhren nicht wie gehofft zugenommen habe.<sup>223</sup>

192. *Ronda*, welche ebenfalls im ersten Wiedererwägungsverfahren genannt wurde (vgl. Rz 164), ist eine Herstellerin von Quarzuhrwerken, welche nach 30 Jahren wieder in die Herstellung mechanischer Uhrwerke einstieg. *Ronda* plante, ein neues mechanisches Uhrwerk (R150) in industriellen Mengen zu produzieren und Ende 2016 auf den Markt zu bringen. Das Uhrwerk, welches mit dem Kaliber ETA 2824 bzw. Sellita SW200 in technischer Hinsicht austauschbar ist (vgl. Rz 238 ff.), solle nach damaliger Aussage von *Ronda* die gleiche Qualität erreichen wie diejenige von ETA oder Sellita und mit einem Verkaufspreis von 60 CHF nicht teurer sein als die vergleichbaren Uhrwerke von ETA oder Sellita (vgl. Rz 248 ff.). *Ronda* hatte damals für die Konstruktion und den Aufbau der industriellen Infrastruktur bisher rund [...] benötigt und rund [...] CHF investiert. Sie ging davon aus, dass das Ziel, mehrere 100'000 Stück pro Jahr zu produzieren, erst in mehreren Jahren erreichbar sei und es sicher mehr als [...] dauere, um mit ETA in Bezug auf die Produktvielfalt mitzuhalten. *Ronda* plante [...] mechanische Uhrwerke zu produzieren und an Dritte zu verkaufen.<sup>224</sup> Im Jahr 2016 produzierte *Ronda* [...] mechanischen Uhrwerke. Ab 2017 produzier-

te *Ronda* [...] und erreichte bis 2019 eine Produktionsmenge von [...] Uhrwerken, (...). *Ronda* verkaufte 2019 [...] mechanische Uhrwerke an Dritte, womit 2019 ein Marktanteil von unter [0–5] % resultierte. *Ronda* konnte somit ihr angestrebtes Ziel nicht erreichen. *Ronda* führt denn auch aus, dass sie seit 2017 [...] Anfragen ablehnen musste, da sie momentan nicht in der Lage seien, grössere Mengen in der gleichen Qualität wie die Konkurrenz zu produzieren.<sup>225</sup>

193. Als Grund dafür nennt *Ronda* technische Herausforderungen in der Industrialisierung und der Herstellung grösserer Volumen. (...). *Ronda* sei kapazitätstechnisch noch nicht soweit, grössere Volumen zu liefern. Die grösste Schwierigkeit beim Aufbau einer industriellen Produktion mechanischer Uhrwerke sei es eine kontinuierliche Kapazitätserhöhung mit gleichbleibender Qualität, welche aus Reputationsgründen immer an erster Stelle stehen müsse, zu erreichen. Der Kapazitätsaufbau dauere auch länger als geplant, weil es schwierig sei, Spezialisten und Know-How auf dem Markt zu finden.<sup>226</sup>

194. *Kenissi*, die Tochtergesellschaft von Rolex, begann [...] mit der Produktion mechanischer Uhrwerke für ihre Schwestergesellschaft Montres Tudor, welche die Uhren der Marke Tudor produziert und verkauft (vgl. Rz 148 und Rz 334). (...). Rolex selbst produziert weiterhin mechanische Uhrwerke einzig für ihre Uhrenmarke Rolex. Seit [...] verkauft *Kenissi* mechanische Uhrwerke an Dritte, d.h. an [...] Kunden, (...); vgl. Rz 342)<sup>227</sup> und [...], und erreichte damit einen Marktanteil von [0–5] % im Jahr 2019 (vgl. Rz 163 ff.).<sup>228</sup> *Kenissi* ist gemäss eigener Aussage (...). Da die mechanischen Uhrwerke von *Kenissi* keine Substitute für die mechanischen Uhrwerke von ETA oder Sellita seien (vgl. Rz 234), sei *Kenissi* auch nicht wirklich als neuer Konkurrent von ETA zu betrachten.<sup>229</sup>

195. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass neben *Kenissi* auch andere Uhrenhersteller, die eine Produktion mechanischer Uhrwerke für den Eigengebrauch aufgebaut haben (vgl. Rz 330 ff.), ihre mechanische Uhrwerke an Dritte verkaufen, wie die *Breitling Chronometrie SA* (nachfolgend: Breitling) und die *Christopher Ward SA* (nachfolgend: Christopher Ward). Breitling verkauft [...] eine Spezialausführung auf Basis ihres eigenen Chronographen-Uhrwerks (B01) [...] an [...] und wies somit 2019 einen Marktanteil von unter

<sup>220</sup> RPW 2016/4, 1042 Rz 48, Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.

<sup>221</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 74, Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp; Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren.

<sup>222</sup> Act. [...].

<sup>223</sup> Act. [...].

<sup>224</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 75, Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp; Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren. Vgl. Auch NZZ vom 18.3.2016, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/ronda-neu-mit-mechanischen-uhrenwerken-konkurrenz-fuer-die-swatch-group-ld.8523> (13.7.2020).

<sup>225</sup> Act. [...].

<sup>226</sup> Act. [...].

<sup>227</sup> [...].

<sup>228</sup> Act. [...].

<sup>229</sup> Act. [...].



[0–5] % auf.<sup>230</sup> Christopher Ward verkauft [...] ein mechanisches Uhrwerk (SH21) in [...] Mengen [...] an [...] Kunden und wies damit einen Marktanteil von weit unter [0–5] % auf.<sup>231</sup> Die von den beiden Unternehmen an Dritte verkauften mechanischen Uhrwerke sind zudem gemäss eigener Aussage nicht mit Uhrwerken von ETA substituierbar (vgl. Rz 235 f.).

196. Auch die *Eterna Movement AG* (nachfolgend: Eterna Movement) hat in der Marktbefragung des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens angegeben, eine Produktion mechanischer Uhrwerke aufgebaut zu haben. Die [...] Assortiments produziert Eterna Movement nicht selbst, sondern bezieht diese bei [...]. Eterna Movement produziert [...] mechanische Uhrwerke, die gemäss eigener Aussage aber nicht mit denjenigen von ETA substituierbar sind (vgl. Rz 236), für die gruppengehörigen Uhrenhersteller<sup>232</sup>, aber auch für Dritte. Die verkauften Mengen bis ins Jahr 2019 sind [...] ([...] Stk.), was in einem Marktanteil im Jahr 2019 von unter [0–5] % resultiert.<sup>233</sup>

197. Des Weiteren hat die *Horlogerie Schild SA* (nachfolgend: Schild), welche 2009 gegründet wurde und [...] zur Sunon International Group gehört, [...]. Schild hat zwei mechanische Uhrwerke (S280 und S300) im Sortiment, die mit ETA-Uhrwerken substituierbar sind (vgl. Rz 236) und sich in einer ähnlichen Preisspanne bewegen wie diejenigen von ETA (vgl. Tabelle A 8 im Anhang). Schild plante, [...] momentan jedoch aufgrund begrenzter Kapazitäten in der Assemblage nur eine Produktion von [...]. [...] Schild, welche die Assortiments für ihre Uhrwerke selbst produziert bzw. produzieren will, führt zudem aus, dass der Assortimentspreis einen Eintritt im Bereich der Standarduhrwerke nicht erlaube.<sup>234</sup>

198. Schliesslich haben auch Anbieter von «haut-de-gamme»-Uhrwerke<sup>235</sup> zur Zeit der ursprünglichen Untersuchung teilweise einen Ausbau ihrer Produktion und Produktpalette geplant, so bspw. Vaucher, MHVJ (vgl. Rz 187) oder die Sowind SA (nachfolgend: Sowind).<sup>236</sup> Vaucher plante [...].<sup>237</sup> Im Jahr 2019 produzierte sie [...] mechanische Uhrwerke, wovon sie [...] an Dritte verkaufte (vgl. Tabelle A 3 im Anhang) und so einen Marktanteil von [0–5] % im Jahr 2019 erreichte (vgl. Rz 163 ff.).<sup>238</sup> Sowind [...].<sup>239</sup> Sie [...] ihre Produktion bis ins Jahre 2017 [...] ca. [...] mechanische Uhrwerke und verkaufte davon ca. [...] an Dritte; im Jahr 2019 belief sich die Produktion [...] auf knapp [...] Stück, wovon sie ca. [...] an Dritte verkaufte, womit ein Marktanteil weit unter [0–5] % im Jahr 2019 resultierte.<sup>240</sup> In der Marktbefragung des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens haben zudem die folgenden Hersteller im «haut-de-gamme»-Bereich angegeben, ihre Produktion mechanischer Uhrwerke ausgebaut bzw. aufgebaut zu haben: die *Le Cercle des Horlogers SA* (nachfolgend: Le Cercle des Horlogers), die *MHC Manufactures Hautes Complications SA* (nachfolgend: MHC) und die *Schwarz Etienne S.A.* (nachfolgend: Schwarz Etienne). Diese drei Unternehmen produzieren marginale Stückzahlen pro Jahr (ca. [...]), was in Marktanteilen im Jahr 2019 von (weit) unter [0–5] % resultierte.<sup>241</sup> Die genannten Anbieter mechanischer Uhrwerke im «haut-de-gamme»-Bereich sind in preislicher Hinsicht keine Alternative zu ETA oder Sellita (vgl. Rz 251). Zudem handelt es sich hierbei um relativ geringe Mengen von mechanischen

Uhrwerken im Nischenbereich, welche die Marktverhältnisse nicht wesentlich beeinflussen. Auch zu nennen ist die *La Joux-Perret SA* (nachfolgend: LJP), welche ist einerseits als sog. Modifizierer<sup>242</sup> tätig ist und andererseits eigene Manufakturkaliber (Chronographen- und Tourbillonuhrwerke) herstellt, die aufgrund ihrer weiten Preisspanne teilweise als «haut-de-gamme»-Uhrwerke einzuordnen sind (vgl. Tabelle A 8 im Anhang). [...].<sup>243</sup> Bis 2019 [...] sie ihre Produktion auf [...] mechanische Uhrwerke und erreichte mit dem Verkauf der eigenen Kaliber einen Marktanteil von unter [0–5] %.<sup>244</sup>

199. Die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren durchgeführte Marktbefragung zeigte aber auch, dass Unternehmen ohne Erfolg versucht haben, eine Produktion mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte aufzubauen.

200. Während der ursprünglichen Untersuchung verfolgte die *Accurat Swiss SA* (nachfolgend: Accurat Swiss) ein Projekt für den Aufbau einer grösseren Uhrwerksproduktion für Drittkunden. Accurat Swiss hatte 2008 begonnen, ein eigenes Werk zu konstruieren, welches sich am Werk 2824 von ETA orientierte. Die Planung sah eine Produktion von [...] Werken im Jahr 2015 und von [...] Uhrwerken in verschiedenen Varianten in 10 Jahren vor. Die Erfolgswahrscheinlichkeit und die konkrete Ausgestaltung des Projekts waren damals noch unsicher, da sich dieses noch in der Planungsphase befand.<sup>245</sup> Im Jahr 2014 wurde Accurat Swiss [...] aufgelöst<sup>246</sup> [...] und das in Zusammenarbeit mit der Momo Plus AG (nachfolgend: Momo Plus) entwickelte Uhrwerksprojekt [...].<sup>247</sup> Die im ersten Wiedererwägungsverfahren 2015 durchgeführte Befragung zeigte, dass 2014 und 2015 [...] mechanische Uhrwerke hergestellt, jedoch keine an Dritte verkauft wurden. Zu diesem Zeitpunkt war geplant, [...].<sup>248</sup> Im Jahr 2016 übernahm die Cendres+Métaux Holding SA eine Mehrheitsbeteiligung an

<sup>230</sup> Act. [...].

<sup>231</sup> Act. [...].

<sup>232</sup> Eterna Movement gehört wie auch die Montres Corum SA, die Eterna Uhrenfabrik SA und die Ernest Borel SA zur City Champ-Gruppe.

<sup>233</sup> Act. [...].

<sup>234</sup> Act. [...].

<sup>235</sup> Vgl. Fn 124.

<sup>236</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 202, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>237</sup> Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>238</sup> Act. [...].

<sup>239</sup> Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>240</sup> Act. [...].

<sup>241</sup> Act. [...].

<sup>242</sup> Modifizierer veredeln mechanische (Basis)-Uhrwerke (bspw. von ETA oder auch Sellita) mit zusätzlichen Komplikationen und verkaufen diese dann an Uhrenhersteller weiter. Vgl. RPW 2014/1, 261 Rz 363, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>243</sup> Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>244</sup> Act. [...].

<sup>245</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 201, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>246</sup> Handelsregisterauszug der Accurat Swiss AG, <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?sessionid=ad6e83e2f55314ad78e6aa591b59?loeschung=20141223&uid=CHE-247.201.506> (13.7.2020).

<sup>247</sup> Act. [...].

<sup>248</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 71, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren.

Momo Plus und firmierte diese in Cendres+Métaux Microtech AG (nachfolgend: Cendres+Métaux Microtech) um.<sup>249</sup> Cendres+Métaux Microtech investierte ca. [...] CHF in das Uhrwerksprojekt, konnte die Produktion [...] im Jahr 2019 wurden [...] mechanische Uhrwerke produziert und an [...] verkauft. Dieses in der ursprünglichen Untersuchung identifizierte Expansionsprojekt ist somit als (bis jetzt) nicht umgesetzt zu betrachten.<sup>250</sup> Zudem beabsichtigt die Cendres+Métaux-Gruppe aus strategischen Gründen [...] das Uhrwerksprojekt [...] zu verkaufen und sich auf das Kerngeschäft zu fokussieren.<sup>251</sup> Seit dem 2. September 2019 ist Cendres+Métaux Microtech in Liquidation.<sup>252</sup>

201. Während des ersten Wiedererwägungsverfahrens gab Technotime an, Ausbaupläne zu haben. Sie plante [...].<sup>253</sup> Technotime ging 2016 jedoch Konkurs; die Löschung im Handelsregister erfolgte am 24. April 2018.<sup>254</sup> Die Aktiven von Technotime wurden von der Festina-Gruppe übernommen (vgl. Rz 188).<sup>255</sup>

202. Die Marktbefragung im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren zeigte, dass auch die folgenden Unternehmen ohne Erfolg versucht haben, eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte aufzubauen. *Die Intelligence Movement Sarl* hat [...] mit der Produktion von sog. Generika-Uhrwerken<sup>256</sup> begonnen, jedoch [...] und die Produktion [...] wieder eingestellt. Gemäss eigenen Angaben hat das Unternehmen seine Tätigkeiten im Uhrenbereich eingestellt und [...]. Eine Produktion mechanischer Uhrwerke aufzubauen sei aufgrund des Verhaltens von ETA sehr schwierig bzw. unmöglich, weil ETA jährlich willkürlich entscheide zu liefern oder nicht, was Planungen und Investitionen erschwere.<sup>257</sup> Die *Valanvron Suisse Sarl* (nachfolgend: Valanvron) hat ebenfalls versucht, eine Produktion von mit ETA-Uhrwerken substituierbaren Uhrwerken<sup>258</sup> aufzubauen. Valanvron hat [...] [...] Mengen eines Uhrwerks (Val24) produziert [...] Stück pro Jahr) und 2017 die Produktion [...] wieder eingestellt. Laut eigenen Angaben sei das Unternehmen zu klein, um genügend Durchschlagskraft am Markt zu haben. Zudem sei keine Akzeptanz bei den Kunden vorhanden gewesen.<sup>259</sup> Die *Manufacture 2824 SA* wurde 2014 durch die Aktionäre von Concepto gegründet mit dem Zweck, ein Substitut für das gleichnamige ETA-Uhrwerk 2824 zu produzieren. Nach Angabe von Concepto sei dessen Entwicklung jedoch aufgrund der [...] Preise der Monopolisten ETA und Sellita lahmgelegt.<sup>260</sup> Die [...], ein Uhrenhersteller, welcher bereits während der ursprünglichen Untersuchung selbst mechanische Uhrwerke produzierte, plante diese ab 2014 an Dritte zu verkaufen. Ein Verkauf an Dritte kam jedoch nie zustande, da gemäss eigenen Angaben der Preis für das Uhrwerk zu hoch gewesen sei.<sup>261</sup>

203. Insgesamt haben die 25 Hersteller mechanischer Uhrwerke, die in der Periode 2011 bis 2019 eigenproduzierte mechanische Uhrwerke an Dritte verkauft haben (ohne ETA; vgl. Rz 129), ihre Produktion in dieser Periode um [...] %, was ca. [...] mechanischen Uhrwerken entspricht, gesteigert. Während die Hersteller mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte im Jahr 2011 ca. [...] Stück<sup>262</sup> produzierten, stellten diese 2019 rund [...] mechanische Uhrwerke her (vgl. Tabelle A 4 im Anhang).

204. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass unter den 25 Herstellern mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte auch Unternehmen sind, die mechanische Uhrwerke sowohl für den Eigengebrauch als auch für den Verkauf an Dritte produzieren (vgl. bspw. Rz 194 ff.). Ohne diese Eigenproduktion steigerte sich die Produktion der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte in der Periode 2011 bis 2019 um 68 % bzw. [...] Stück (vgl. Tabelle A 3 im Anhang).<sup>264</sup> Dabei entfällt der grösste Teil der Produktionssteigerung, nämlich [...] % bzw. ca. [...] Stück, auf Sellita (vgl. Rz 145 sowie Tabelle A 1 im Anhang und Rz 171 sowie Tabelle A 3 im Anhang).

205. Betrachtet man die Entwicklung der Produktionsmenge der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte bzw. der Verkaufsmenge in der Periode 2014 bis 2019, der Umsetzungsphase der evR, so zeigt sich, dass diese um [...] % bzw. knapp [...] mechanische Uhrwerke gesunken ist. Die Produktionssteigerung der Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, erfolgte somit im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014. So nahm deren Produktionsmenge in den Jahren 2012 bis 2014 im Vergleich zu den jeweiligen Vorjahren zu (+[...] %, +[...] % bzw. +[...] %) und erhöhte sich bis 2014 insgesamt um knapp [...] Stück. In den darauffolgenden Jahren 2015 bis 2017 stagnierte bzw. sank das Produktionsvolumen im Vergleich zu den jeweiligen Vorjahren (+0 %, -[...] % bzw. -[...] %) und nahm bis 2017 insgesamt um ca. [...] Stück ab. Dieser Rückgang des Produktionsvolumens tritt ein,

<sup>249</sup> Vgl. <https://www.cmsa.ch/de/group/ueber-uns/geschichte/> (13.7.2020).

<sup>250</sup> Die Fortentwicklung der industriellen Produktion von Cendres + Métaux Microtech wurde weiter durch eine Patentrechtsstreitigkeit betreffend die Verwendung von Siliziumspiralfedern gestoppt, vgl. Urteil des Bundespatentgerichts S2018\_006 vom 8.2.2019.

<sup>251</sup> Act. [...].

<sup>252</sup> Handelsregisterauszug der Cendres+Métaux Microtech SA, <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?loeschung=20200825&uid=CHE-108.578.881> (13.7.2020).

<sup>253</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 76, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren.

<sup>254</sup> Vgl. Handelsregisterauszug der Technotime S.A., <https://hrc.ne.ch/hrcintapp/externalCompanyReport.action?companyOfrcld13=CH-645-1006558-5&ofrcLanguage=1> (13.7.2020).

<sup>255</sup> Vgl. L'AGEFI vom 5.4.2017, «Technotime est repris après sa faillite choc».

<sup>256</sup> Es handelt sich dabei um die drei mechanischen Uhrwerke GIPS 2h (substituierbar mit ETA 2824), GIPS 97 (substituierbar mit ETA Unitas 6297) und GIPS92 (substituierbar mit ETA 6492; vgl. Rz 238 ff.).

<sup>257</sup> Act. [...].

<sup>258</sup> Es handelt sich dabei um die drei mechanischen Uhrwerke Val24 (substituierbar mit ETA 2824), Val36 (substituierbar mit ETA 2836) und Val92 (substituierbar mit ETA 2892A2; vgl. Rz 238 ff.).

<sup>259</sup> Act. [...].

<sup>260</sup> Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Manufacture 2824 trotz Auskunftsverfügung den Fragebogen des Sekretariats nicht beantwortet hat (vgl. Rz 20). Act. [...].

<sup>261</sup> [...].

<sup>262</sup> Die Differenz zwischen der genannten Produktionsmenge und der Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke von Sellita und anderen Herstellern (vgl. Rz 171 und Rz 173) entspricht der Eigenproduktion derjenigen Herstellern mechanischer Uhrwerke, die mechanische Uhrwerke für den Verkauf an Dritte als auch den Eigengebrauch produzieren (vgl. bspw. Rz 194 ff.).

<sup>263</sup> Vgl. Fn 262.

<sup>264</sup> Im Jahr 2011 produzierten die Hersteller mechanische Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) ca. [...] Stück und im Jahr 2019 knapp [...] (vgl. Tabelle A 3 im Anhang).

nachdem die Uhrenexporte und damit auch die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken 2015 und 2016 erstmals wieder rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.). Mit einem Anstieg in den Jahren 2018 und 2019 (+[...] % bzw. +[...] %) um insgesamt knapp [...] Stück wurde dieser Rückgang der Produktionsmenge teilweise wieder kompensiert, das Höchstniveau aus dem Jahre 2014 von ca. [...] Stück aber nicht wieder erreicht.

206. Die Produktionskapazitäten der insgesamt 25 Hersteller mechanischer Uhrwerke, die in der Periode 2011 bis 2019 eigenproduzierte mechanische Uhrwerke an Dritte verkauft haben (ohne ETA; vgl. Rz 129), erhöhten sich in dieser Periode um 84 %, was ca. [...] Stück entspricht. Während die Hersteller mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte im Jahr 2011 eine Produktionskapazität von ca. [...] Stück aufwiesen, waren dies 2019 ungefähr [...] Stück (vgl. Tabelle A 5 im Anhang). Rund [...] dieser Kapazitätssteigerung von 2011 bis 2019 entfällt auf Sellita, welche ihre Produktionskapazitäten in dieser Zeit um ca. [...] Stück erhöhte (vgl. Rz 157 sowie Tabelle A 2 im Anhang).

207. Auch die Kapazitätssteigerung der Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, erfolgte im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014. Betrachtet man die Entwicklung der Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte in der Periode 2014 bis 2019, der Umsetzungsphase der evR, so zeigt sich, dass diese um [...] % bzw. knapp [...] mechanische Uhrwerke gestiegen sind. In den Jahren 2012 bis 2014 erhöhten sich die Produktionskapazitäten im Vergleich zu den jeweiligen Vorjahren (+[...] %, +[...] % bzw. +[...] %) und nahmen bis 2014 insgesamt um knapp [...] Stück zu. Von 2015 bis 2019 erhöhten sich die Produktionskapazitäten insgesamt noch um knapp [...] Stück, wobei diese in den Jahren 2016 und 2017 – nach rückläufigen Uhrenexporten (vgl. Rz 132 ff.) – leicht nach unten angepasst wurden.<sup>265</sup>

208. Vergleicht man die Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke, die diese an Dritte verkaufen, mit deren Produktionsmengen, so zeigt sich, dass diese in der betrachteten Periode nur teilweise ausgelastet waren. Während Sellita, wie auch Ronda, ihre Produktionskapazitäten in der Periode 2011 bis 2019 [...] zu [...] % ausgelastet hatten (vgl. Rz 185 und Rz 192), verfügten Soprod und STP in der genannten Periode über [...] Produktionskapazitäten (vgl. Rz 188 und Rz 190). Soprod mit einer über die Jahre 2011 bis 2019 [...] jährlichen Produktionskapazität von [...] Stück erreichte eine Auslastung dieser Kapazitäten [...] %.<sup>266</sup> STP, welche ihre Produktionskapazität 2014 auf [...] Stück pro Jahr [...], erreichte eine Kapazitätsauslastung [...] %.<sup>267</sup> Die Tatsache, dass – insbesondere in der Periode 2014 bis 2019 – freie Kapazitäten im Markt zur Verfügung standen, dürfte in erster Linie auf die in dieser Phase sinkende Nachfrage zurückzuführen sein. Weitere mögliche Erklärungen sind in den eingeschränkten Sortimenten, den teilweise höheren Preisen oder der als schlechter eingestuften Qualität zu finden (vgl. Rz 212 ff.)

### Zwischenfazit

209. Basierend auf der obigen Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren bekannten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Markteintritte ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass die Produktion der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) sich in der Periode 2011 bis 2019 um 68 % bzw. [...] Stück erhöht hat, wobei der grösste Teil der Produktionssteigerung, nämlich [...] % bzw. ca. [...] Stück, auf Sellita entfällt. Die Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte erhöhten sich in dieser Periode um 84 %, was ca. [...] Stück entspricht, wobei rund [...] dieser Kapazitätssteigerung auf Sellita entfällt. Festzuhalten ist, dass sowohl die Produktionssteigerung wie auch die Kapazitätssteigerung der Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014 erfolgte, bedingt durch die 2015 und 2016 rückläufigen Uhrenexporte und der daraus folgenden abnehmenden Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken. Insgesamt ist somit in der Periode 2011 bis 2019 eine Produktions- und Kapazitätssteigerung der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) festzustellen.

210. Auch festzuhalten ist jedoch, dass die Expansionsabsichten damals bestehender Anbieter sowie die Aufbaupläne neuer Anbieter nur teilweise erfolgreich waren. Sellita erweiterte seit 2011 ihr Sortiment und erhöhte ihre Produktionskapazitäten sowie ihre Produktionsmenge, erreichte aber nicht das damals geplante Ziel [...] (vgl. Rz 184 ff.). Soprod, welche auch heute noch hauptsächlich ein Kaliber anbietet, verfügt bereits seit 2011 über [...] jährliche Produktionskapazitäten, konnte eine geplante Kapazitätserhöhung [...] und die bestehenden Kapazitäten [...] auslasten (vgl. Rz 187 ff.). STP, welche hauptsächlich ein Basisuhrwerk verkauft, konnte ihre Produktionskapazitäten wie geplant [...], diese [...] auslasten (vgl. Rz 190 f.). Ein wesentlicher Grund für die nicht erreichten Kapazitäts- bzw. Produktionserhöhungen – der auch von den genannten Herstellern mechanischer Uhrwerke vorgebracht wird – dürfte die in der Umsetzungsphase der evR ab 2015 sinkende Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken gewesen sein. Sellita gibt als weiteren Grund an, dass die Verfügbarkeit von Assortiments ihr keinen weiteren Kapazitätsausbau ermögliche. Auch die freien Produktionskapazitäten von [...] dürften in erster Linie auf die sinkende Nachfrage zurückzuführen sein.

<sup>265</sup> In den Jahren 2014 bis 2019 stiegen bzw. sanken die Produktionskapazitäten um +[...] %, -[...] %, -[...] %, +[...] % bzw. +[...] %.

<sup>266</sup> Act. [...].

<sup>267</sup> Act. [...].

211. In Bezug auf neue Anbieter ist festzuhalten, dass die Pläne von Ronda, ein substituierbares mechanisches Uhrwerk industriell zu produzieren, zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund von Problemen bei der Industrialisierung nur ansatzweise umgesetzt sind (vgl. Rz 192 f.). Das einzige Unternehmen, welches mit einem Marktanteil von über 1 % im Jahr 2019 neu im Markt aktiv ist, ist Kenissi, welche hauptsächlich für ihre Schwestergesellschaft produziert und bis 2019 [...] Kunden beliefert hat. Kenissi selbst hat [...]; zudem sind die von Kenissi produzierten mechanischen Uhrwerke nicht mit Uhrwerken von ETA oder Sellita substituierbar (vgl. Rz 194 sowie Rz 234). Die wenigen anderen Unternehmen, welche in der relevanten Periode mit der Produktion und dem Verkauf mechanischer Uhrwerke begannen, produzieren nur marginale Mengen an mechanischen Uhrwerken und teilweise in erster Linie für den Eigengebrauch (vgl. Rz 195 ff.). Schliesslich haben sechs Unternehmen ohne Erfolg versucht, eine Produktion mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte aufzubauen (vgl. Rz 199 ff.).

### B.3.4.2.3 Analyse der Substituierbarkeit

212. Die Analyse in der ursprünglichen Untersuchung zeigte auf, dass es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben werde, die in puncto Menge, Qualität und Preis mit ETA werden konkurrieren können.<sup>268</sup> Deshalb stand die Genehmigung der evR inkl. des Ablauftermins zum 31. Dezember 2019 auch unter dem Vorbehalt, dass die sich damals abzeichnenden Marktentwicklungen eintreten, d.h. Anbieter auf dem Markt aktiv sind, deren mechanische Uhrwerke nicht nur in puncto Menge (vgl. hierzu Rz 162 ff. und Rz 182 ff.), sondern auch in Bezug auf Qualität und Preis mit denjenigen von ETA vergleichbar sind (vgl. Rz 105 ff.).

213. Deshalb ist es vorliegend angezeigt, die Austauschbarkeit der mechanischen Uhrwerke, die derzeit von alternativen Herstellern mechanischer Uhrwerke angeboten werden, zu überprüfen.

214. Swatch Group rügt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats sowie im damit eingereichten Gutachten (vgl. Rz 42 f.) eine punktuell unrichtig angewandte Marktabgrenzung (vgl. Rz 140 f.). Mit der nachfolgenden Analyse der Substituierbarkeit werde die Marktabgrenzung punktuell und in unzulässiger Weise angepasst, indem zwischen einzelnen Kalibern differenziert und eine zu eng definierte Substituierbarkeit unterstellt werde.<sup>269</sup> Hierzu ist festzuhalten, dass die in nachfolgender Rz 217 gemachte Aussage, dass einzelne Kaliber aus Nachfragesicht untereinander kaum substituierbar sind, nicht neu ist, sondern diese Tatsache bereits in der ursprünglichen Verfügung so festgestellt und festgehalten wurde<sup>270</sup> und weder im Widerspruch zu der in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommenen noch zu der vorliegend angewandten Marktabgrenzung steht, wie das Gutachten von Swatch Group behauptet. Korrekt ist zwar – wie Swatch Group ausführt und in Fussnote 284 festgehalten wird –, dass der sachlich relevante Markt in der ursprünglichen Verfügung aufgrund der bestehenden Angebotssubstituierbarkeit als mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber (und Preisklassen; vgl. hierzu nachfolgend) abgegrenzt wurde. Swatch Group und insbesondere ihr Gutachten unterschlagen jedoch, dass – wie ebenfalls in Fussnote 284 ausgeführt

– die WEKO in der ursprünglichen Untersuchung eine Segmentierung des Marktes nach Kaliber oder Kaliberfamilien nicht ausschloss und offengelassen hat, ob der Markt je nach Kaliber oder Kaliberfamilie unterteilt werden müsste, da es auf das Resultat keinen Einfluss hatte.<sup>271</sup> Vor diesem Hintergrund wäre es nicht sachgerecht, die Tatsache, dass aus Nachfragesicht einzelne Kaliber untereinander kaum substituierbar sind, in der Analyse des aktuellen Wettbewerbs komplett zu ignorieren. So ist auch zu berücksichtigen, dass die disziplinierende Wirkung aktueller Konkurrenten, die mechanische Uhrwerke anbieten, die aus Nachfragesicht nicht oder kaum mit denjenigen von ETA substituierbar sind, eingeschränkt ist (Ausmass des Substitutionswettbewerbs), obwohl diese mechanischen Uhrwerke aufgrund der bestehenden Angebotssubstituierbarkeit dem gleichen relevanten Markt zugeordnet sind.<sup>272</sup> Dementsprechend wurde auch bereits in der ursprünglichen Verfügung die Substituierbarkeit einzelner Kaliber, welche damals von alternativen Herstellern angeboten wurden, berücksichtigt.<sup>273</sup> Im Übrigen verwendet das von Swatch Group eingereichte Gutachten selbst die Anzahl vorhandener Substitutionsmöglichkeiten als Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind.<sup>274</sup>

215. In gleicher Weise kritisiert Swatch Group die Aussage in Rz 219, dass für Uhren in tieferen Preissegmenten hochpreisige Uhrwerke keine Alternative zu günstigeren Kalibern sind. Auch hierzu ist festzuhalten, dass diese Tatsache bereits in der ursprünglichen Verfügung so festgestellt und festgehalten wurde<sup>275</sup> und weder im Widerspruch zu der in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommenen noch zu der vorliegend angewandten Marktabgrenzung steht. Wiederum korrekt ist zwar, dass der sachlich relevante Markt in der ursprünglichen Verfügung als mechanische Swiss made Uhrwerke aller (Kaliber und) Preisklassen abgegrenzt wurde. Swatch Group und insbesondere ihr Gutachten lassen jedoch unerwähnt, dass – wie in Fussnote 287 ausgeführt – die WEKO in der ursprünglichen Untersuchung eine Segmentierung des Marktes nach Preis und Industrialisierungsgrad nicht ausschloss und offengelassen hat, ob der Markt in einen Markt für die Herstellung industrieller Basiskaliber bis ungefähr 500 CHF sowie einen Markt für die Herstellung von «haut-de-gamme»-Kaliber ab ungefähr 700–1'000 CHF unterteilt werden muss, da eine allfällige engere Marktabgrenzung am Ergebnis nichts zu verändern vermochte. Eine entsprechende Segmentierung des relevanten Marktes nahm die WEKO einzig deshalb nicht vor, weil ETA sowohl im weit definierten Markt als auch in entsprechend segmentierten

<sup>268</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 209 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>269</sup> Act. [...], Rz 94 f., Rz 100 sowie Beilage 1, S. 14 f.

<sup>270</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 96, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>271</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>272</sup> Vgl. dazu BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 117), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff.

<sup>273</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95 mit Tabelle 1, 235 Rz 166 und Rz 168, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>274</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 21 sowie 23, Tabelle 2.

<sup>275</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 99, *Swatch Group Lieferstopp*.

Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügte.<sup>276</sup> Die Tatsache, dass für Uhren in tieferen Preissegmenten hochpreisige Uhrwerke keine Alternative zu günstigeren Kalibern sind, in der Analyse des aktuellen Wettbewerbs komplett zu ignorieren, wäre aus dem bereits oben ausgeführten Grund nicht sachgerecht. Dementsprechend wurde diese Tatsache auch bereits in der ursprünglichen Verfügung berücksichtigt.<sup>277</sup>

216. Sellita rügt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 44 f.) im Gegensatz zu Swatch Group, dass die im Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) vorgenommene Marktabgrenzung zu weit sei, was sich schon daraus ergebe, dass an verschiedenen Stellen, insbesondere in der nachfolgenden Analyse der Substituierbarkeit anerkannt werde, dass damit Produkte dem gleichen Markt zugewiesen würden, die absolut keine Substitute zu ETA-Werken seien. Es seien einzelne Kaliberfamilien separaten sachlichen Märkten zuzuweisen und zumindest Basiskaliber von höherpreisigen Kalibern zu unterscheiden.<sup>278</sup> Hierzu sei wiederholt, dass der vorliegenden Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse die in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommene Marktabgrenzung (vgl. Rz 81) zugrunde gelegt ist, d.h. der Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen analysiert wird.<sup>279</sup> Die WEKO hat, wie bereits erwähnt, in ihrem ursprünglichen Entscheid den sachlich relevanten Markt aufgrund der bestehenden Angebotssubstituierbarkeit als mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber (und Preisklassen) abgegrenzt, eine Segmentierung des Marktes nach Kaliber oder Kaliberfamilien aber nicht ausgeschlossen.<sup>280</sup> Die Tatsache, dass einzelne Kaliber aus Nachfragesicht untereinander kaum substituierbar sind – wie Sellita betont –, wurde somit bereits in der ursprünglichen Verfügung festgestellt und festgehalten<sup>281</sup> und analog auch in der vorliegenden Beurteilung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt, indem die nachfolgende Analyse der Substituierbarkeit vorgenommen wurde. Gleiches gilt für die Forderung von Sellita, Basiskaliber seien von höherpreisigen Kalibern zu unterscheiden. Auch eine Segmentierung des Marktes nach Preis und Industrialisierungsgrad hat die WEKO in ihrem ursprünglichen Entscheid nicht ausgeschlossen<sup>282</sup> und entsprechend wurde die Tatsache, dass für Uhren in tieferen Preissegmenten hochpreisige Uhrwerke keine Alternative zu günstigeren Kalibern sind, bereits im ursprünglichen Entscheid<sup>283</sup> sowie in der vorliegenden Analyse berücksichtigt (vgl. hierzu auch Rz 402).

#### Vorbemerkungen

217. Vor der Analyse der Substituierbarkeit der angebotenen mechanischen Uhrwerke ist darauf hinzuweisen, dass – wie in der ursprünglichen Verfügung festgehalten – sich verschiedene Typen von mechanischen Uhrwerken, so genannte Kaliber, nach Durchmesser und in technischer Hinsicht unterscheiden. Jede mechanische Uhr ist mit einem passenden mechanischen Uhrwerk/Kaliber ausgestattet. Da die einzelnen Kaliber untereinander für die Marktgegenseite punkto Abmessung und Funktionalität kaum substituierbar sind, kann daher nur ein bestimmtes Kaliber für ein bereits existierendes Uhrenmodell verwendet werden. Wäre ein solches Kaliber nicht mehr erhältlich, könnte das Uhrenmodell nicht

mehr in der bisherigen Form hergestellt werden: Mit einem anderen Uhrwerk wäre es nicht mehr dieselbe Uhr.<sup>284</sup>

218. Neben den technischen Eigenschaften spielen jedoch auch die Qualität und der Preis eines Uhrwerks eine wichtige Rolle. In Bezug auf den Qualitätsaspekt wurde in der ursprünglichen Verfügung festgehalten, dass mechanische ETA-Uhrwerke einen ausgezeichneten Ruf punkto Qualität und Zuverlässigkeit geniessen. Neben messbaren Qualitätseigenschaften wie Ganggenauigkeit oder Gangreserve<sup>285</sup> ist insbesondere auch die Zuverlässigkeit im Gebrauch, welche erst über Jahre feststellbar ist, von grosser Bedeutung für die Kunden und damit die Uhrenhersteller. Letztere vertrauen im Zweifelsfall lieber auf bewährte Produkte als ein neues Werk, dessen Zuverlässigkeit nicht bekannt ist, in ihre Uhren einzubauen (vgl. auch Rz 96).<sup>286</sup>

219. In Bezug auf den Preisaspekt wurde in der ursprünglichen Verfügung festgehalten, dass sich der Preis (und auch die Qualität) eines mechanischen Uhrwerks in der Regel proportional zum Endverkaufspreis der Uhr verhalten: Je teurer die Uhr, desto komplexer und teurer das Uhrwerk. Je nach Preissegment macht das Uhrwerk ca. 20–40 % des ex-factory Preises der fertigen Uhr aus. Weiter wurde festgehalten, dass für Uhren in höheren Preissegmenten günstigere Uhrwerke bis zu einem gewissen Grad als (imperfekte) Substitute für teurere Uhrwerke angesehen werden können, da gelegentlich vergleichsweise günstige Uhrwerke in hochpreisige Uhren eingebaut werden. Für Uhren in tieferen Preissegmenten sind hochpreisige Uhrwerke jedoch keine Alternative zu günstigeren Kalibern, da dies Auswirkungen auf den Verkaufspreis der Uhr hat. Dies

<sup>276</sup> Vgl. RPW 2014/1, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>277</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 100, 234 Rz 164, 235 Rz 166 sowie Rz 168, 239 Rz 202, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>278</sup> Act. [...], Rz 31 ff.

<sup>279</sup> Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., 227 Rz 115 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>280</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>281</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 96, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>282</sup> Vgl. RPW 2014/1, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>283</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 100, 234 Rz 164, 235 Rz 166 sowie Rz 168, 239 Rz 202, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>284</sup> Gegen die Definition eines eigenen Marktes für jedes einzelne Kaliber spricht die Angebotssubstituierbarkeit, denn die einzelnen Kaliber lassen sich in Kaliberfamilien einteilen. Innerhalb einer Familie basieren alle Kaliber auf derselben Platine, der Grundplatte des Uhrwerks, auf welcher die anderen Teile des Uhrwerks montiert werden. Die Umstellung der Produktion von einem Kaliber einer Kaliberfamilie derselben Preiskategorie auf ein anderes Kaliber derselben Kaliberfamilie derselben Preiskategorie ist technisch durchaus möglich und der Kosten- und Zeitaufwand für die Umrüstung können insgesamt als nicht übermässig erachtet werden. Ob der Markt je nach Kaliber oder Kaliberfamilie unterteilt werden müsste, wurde in der ursprünglichen Untersuchung aber offengelassen, da es auf das Resultat keinen Einfluss hatte. Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>285</sup> Die Ganggenauigkeit einer Uhr ist die Angabe der Gangabweichung zwischen der von der Uhr angezeigten Zeit und einem sog. Zeitnormal, das als Vergleichsmaßstab dient. Als Gangreserve bezeichnet man die Zeit, die eine Uhr nach einem Aufziehen läuft, bis sie erneut aufgezo-gen werden muss.

<sup>286</sup> Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 193, *Swatch Group Lieferstopp*.

gilt insbesondere für «haut-de-gamme»-Uhrwerke, welche in der Regel einen anderen Aufbau als industriell hergestellte Uhrwerke haben, mit besonderen Funktionen und höherwertigen Dekorationen ausgestattet sind, in geringen Stückzahlen hergestellt werden und ab 700–1'000 bis über 10'000 CHF verkauft werden.<sup>287</sup>

#### Analyse der Substituierbarkeit

220. In der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) wurden die Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke bei Dritten beziehen, u.a. danach gefragt, ob aus Ihrer Sicht mechanische Uhrwerke von alternativen Bezugsquellen bezüglich Qualität, Preis und Sortiment mit mechanischen Uhrwerken von ETA austauschbar sind. Von insgesamt 113 Unternehmen, die mechanische Uhrwerke bei Dritten beziehen (vgl. Rz 130),<sup>288</sup> haben 82 Unternehmen (73 %) die Frage beantwortet und sich in Bezug auf die *Austauschbarkeit* von mechanischen Uhrwerken von Sellita und/oder anderen alternativen Bezugsquellen geäußert.<sup>289</sup> Auch die Hersteller, die ihre mechanischen Uhrwerke an Dritte verkaufen, wurden zur Austauschbarkeit ihrer Uhrwerke mit Uhrwerken von ETA und Sellita aus Kundensicht befragt.<sup>290</sup>

221. Vorab ist ergänzend festzuhalten, dass sich fünf Unternehmen nur allgemein zu mechanischen Uhrwerken von ETA äussern. So halten diese Folgendes fest: Bei den Kunden bestehe ein Vorzug für ETA-Produkte, auch wenn die mechanischen Uhrwerke rein technisch äquivalent seien. Es gebe einen qualitativen Unterschied zwischen mechanischen Uhrwerken von ETA und anderen Bezugsquellen. Die Qualität von ETA sei besser sowie das Sortiment von ETA grösser als von anderen Bezugsquellen und die Preise von alternativen Bezugsquellen seien höher als von ETA. Die mechanischen Uhrwerke alternativer Bezugsquellen seien in Bezug auf Qualität und Sortiment mit Uhrwerken von ETA substituierbar, die Preise seien nicht vergleichbar. Die mechanischen Uhrwerke seien nicht austauschbar, weil ETA die Referenz betreffend Qualität, Lieferfrist und Preis sei.<sup>291</sup>

222. In Bezug auf die Qualität mechanischer Uhrwerke von [...] sind die Ansichten der Unternehmen, die sich zu diesem Kriterium äussern (57 Unternehmen), geteilt. Knapp die Hälfte der Unternehmen sind der Ansicht, dass die Qualität der mechanischen Uhrwerke von [...] (leicht) schlechter sei als diejenige von ETA-Uhrwerken. Etwas mehr als die Hälfte der Unternehmen sind der Ansicht, dass mechanische Uhrwerke von [...] von vergleichbarer Qualität seien. In Zusammenhang mit den obigen Ausführungen betreffend Qualität (vgl. Rz 218) sind insbesondere folgende Punkte hervorzuheben: Gemäss Einschätzungen der Unternehmen habe sich die Qualität mechanischer Uhrwerke von [...] verbessert, jedoch noch nicht ganz in Bezug auf die Zuverlässigkeit, [...] habe erst für das Kaliber [...], das 2005 auf den Markt kam, den Qualitätsstandard von ETA erreicht und die Qualität hänge vom verwendeten Assortiment ab.<sup>293</sup>

223. Auch betreffend das Kriterium Preis (vgl. auch Rz 248 ff.) sind die Unternehmen, die sich dazu äussern (47 Unternehmen), geteilter Ansicht. Die Hälfte der Unternehmen gibt an, dass die Preise für mechanische Uhrwerke von Sellita (leicht) höher seien als diejenigen von ETA. Die Angaben für die Preisunterschiede belau-

fen sich auf 5–10 %. Die andere Hälfte der Unternehmen gibt an, dass die Preise von Sellita und ETA vergleichbar sind. Ein Unternehmen gibt an, dass die Preise von Sellita tiefer seien.<sup>294</sup>

224. Zwei Drittel der Unternehmen, die sich zum Kriterium Sortiment äussern (33 Unternehmen), sind der Ansicht, dass dasjenige von Sellita kleiner sei als dasjenige von ETA bzw. das Sortiment von Sellita nicht komplett sei. Insbesondere wird hier angeführt, dass es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA keine Substitute gebe; erwähnt werden bspw. die Kaliber 6497, 6498, 7001 und 2671 (Damenkaliber). Rund ein Drittel der Unternehmen, die sich dazu äussern, sind der Ansicht, dass das Sortiment von ETA mit demjenigen von ETA vergleichbar sei.<sup>295</sup>

225. Zudem äussern sich manche Unternehmen nur allgemein zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von Sellita mit denjenigen von ETA. 14 Unternehmen führen aus, dass die mechanischen (Basis-)Uhrwerke von ETA mit Uhrwerken von Sellita austauschbar seien. Acht Unternehmen äussern sich dahingehend, dass Sellita die einzige Alternative mit zu ETA substituierbaren mechanischen Uhrwerken sei.<sup>296</sup>

226. [...] hält [...] fest, dass sich die Qualität ihrer mechanischen Uhrwerke über die Jahre hinweg verbessert habe und mittlerweile ein mit ETA vergleichbares Niveau erreicht habe. Allerdings sei die Wahrnehmung im Markt noch anders und die Reputation von [...] noch nicht mit derjenigen von ETA vergleichbar, [...] (vgl. Rz 307 ff.). Ihre Preise seien mehr oder weniger äquivalent zu den Preisen von ETA. [...] hält hierzu ergänzend fest, dass [...]. Zum Sortiment führt [...] aus, dass ihr Angebot weniger gross sei als dasjenige von ETA, weil sie nicht alle von ETA produzierten Kaliberfamilien herstellen würden.<sup>297</sup>

<sup>287</sup> Im ursprünglichen Entscheid liess die WEKO die Frage, ob der Markt basierend auf dem Preissegment (und dem Industrialisierungsgrad; vgl. Fn 124) in einen Markt für die Herstellung industrieller Basiskaliber bis ungefähr 500 CHF sowie einen Markt für die Herstellung von «haut-de-gamme»-Kaliber ab ungefähr 700–1'000 CHF unterteilt werden muss, offen, da eine allfällige engere Marktabgrenzung am Ergebnis nichts zu verändern vermochte. Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 98 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>288</sup> Insgesamt beziehen 114 Unternehmen mechanische Uhrwerke bei Dritten (vgl. Rz 130), diese Frage wurde jedoch Sellita, welche in der Periode 2014 bis 2019 auch mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen hat (vgl. Rz 307 ff.), nicht gestellt.

<sup>289</sup> 17 Unternehmen (15 %) haben diese Frage nicht beantwortet, fünf Unternehmen (4 %) äussern sich nur allgemein zu dieser Frage (vgl. Rz 221) und die Antworten von neun Unternehmen (8 %) waren keiner Bezugsquelle zuzuordnen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich nicht alle Unternehmen zu allen drei abgefragten Kriterien äussern. Vgl. Fn 39.

<sup>290</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>291</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>292</sup> 74 Unternehmen haben sich zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von [...] mit ETA-Uhrwerken geäußert.

<sup>293</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>294</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>295</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>296</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>297</sup> Act. [...].

227. In Bezug auf die Qualität mechanischer Uhrwerke von *Soprod*<sup>298</sup> ist die Mehrheit der befragten Unternehmen, die sich zu diesem Kriterium äussern (fünf Unternehmen), der Ansicht, dass diese schlechter sei als diejenige von ETA. Ein zur gleichen Gruppe wie Soprod gehörendes Unternehmen bezeichnet die Qualität als vergleichbar. Betreffend das Kriterium Preis (vgl. auch Rz 248 ff.) sind die Unternehmen, die sich dazu äussern (fünf Unternehmen), geteilter Ansicht. Jeweils zwei Unternehmen geben an, dass die Preise für mechanische Uhrwerke von Soprod höher als diejenigen von ETA bzw. mit den Preisen von ETA vergleichbar seien. Ein Unternehmen hält fest, dass die Preise von Soprod tiefer seien als diejenigen von ETA. Alle Unternehmen, die sich zum Kriterium Sortiment äussern (sieben Unternehmen), geben an, dass das Sortiment von Soprod kleiner sei als dasjenige von ETA bzw. nicht komplett sei.<sup>299</sup> Soprod hält bezüglich Austauschbarkeit ihrer mechanischen Uhrwerke fest, dass diese zu 100 % auf die Uhrwerke von ETA abgestimmt seien, d.h. die gleichen Abmessungen aufweisen würden.<sup>300</sup>

228. Zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von STP äussern sich lediglich drei Unternehmen. Diese sprechen von mit ETA vergleichbarer Qualität und konkurrenzfähigen Preisen.<sup>301</sup> STP selbst sagt, dass ihre mechanischen Uhrwerke mit denjenigen von ETA substituierbar seien und die gleichen äusseren Dimensionen aufweisen, jedoch [...].<sup>302</sup>

229. Auch zu *Ronda* machen lediglich drei Unternehmen Ausführungen und halten fest, dass mechanische Uhrwerke von Ronda eins zu eins mit ETA-Uhrwerken austauschbar seien, die Qualität jedoch noch nicht erreicht sei, der Preis vergleichbar sei und das Sortiment kleiner.<sup>303</sup> Ronda selbst führt an, dass ihre mechanischen Uhrwerke mit denjenigen von ETA austauschbar seien, die Qualität gleich sei und der Preis sich im gleichen Range bewege, das Sortiment von Ronda jedoch tiefer sei, da nur ein Standardmodell verfügbar sei.<sup>304</sup>

230. Zu *Concepto* äussern sich ebenfalls drei der befragten Unternehmen. Die Unternehmen führen aus, dass diese mechanischen Uhrwerke Nischenprodukte seien mit gleicher oder besserer Qualität, die Preise aber höher seien.<sup>305</sup> Concepto selbst führt aus, dass ihre mechanischen Uhrwerke 100 % auf Uhrwerke von ETA abgestimmt seien und ihre meistverkauften Uhrwerke äquivalent zu den Chronographen-Uhrwerken von ETA (7750, 7751, 7753) seien.<sup>306</sup>

231. Ebenfalls drei Unternehmen äussern sich zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von *Vaucher* und führen dazu aus, dass diese mechanischen Uhrwerke Nischenprodukte seien mit besserer Qualität und einem viel höheren Preis.<sup>307</sup> Vaucher selbst gibt an, dass ihre mechanischen Uhrwerke mit denjenigen von ETA bezüglich der Aspekte Dimensionen und Assortiment substituierbar seien, jedoch deren Verarbeitung überlegen sei.<sup>308</sup>

232. Zu *LJP* äussern sich auch drei Unternehmen, welche diesen als Nischenproduzent von wertvolleren Kalibern mit Komplikationen bezeichnen, deren Qualität gleich oder besser sei und deren Preise höher seien.<sup>309</sup> LJP selbst hält fest, dass ein grosser Teil ihrer Produkte mit Uhrwerken von ETA oder Sellita substituierbar sei,

die Zuverlässigkeit ihrer Uhrwerke jedoch besser sei als diejenige von Sellita und die technische Performance besser sei als diejenige von ETA und Sellita.<sup>310</sup>

233. Zu *Sowind* äussert sich einzig ein Unternehmen, welches festhält, dass die mechanischen Uhrwerke von Sowind eine bessere Qualität und einen höheren Preis als diejenigen von ETA aufweisen würden sowie dass das Angebot von Sowind nicht mit demjenigen von ETA identisch sei.<sup>311</sup> Sowind selbst hält fest, dass sich ihre Produkte in den Kriterien Qualität, Preis und Sortiment sehr von denjenigen von ETA unterscheiden würden.<sup>312</sup>

234. Zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von *Kenissi* äussert sich ein Unternehmen, nämlich [...], welches bei Kenissi [...] bezieht (vgl. Rz [...]). Gemäss [...] seien die von Kenissi bezogenen mechanischen Uhrwerke ein Nischenprodukt mit besserer Qualität und ca. zweimal so teuer wie Uhrwerke von ETA oder Sellita und deshalb nicht mit diesen industriell hergestellten Uhrwerken vergleichbar.<sup>313</sup> Kenissi selbst führt aus, dass ihre mechanischen Uhrwerke [...] nicht mit denjenigen von ETA oder Sellita substituierbar seien. [...] In Bezug auf das von Swatch Group als Substitut für das ETA-Uhrwerk 2824-2 bezeichnete Uhrwerk (MK5612; vgl. Rz 242), hält Kenissi fest, dass dieses kein Substitut sei, weil der Durchmesser dieser beiden Kaliber unterschiedlich sei, das Uhrwerk von ETA in viel grösseren Mengen produziert werde, was die Produktionskosten senke, und das Qualitätsniveau nicht identisch sei.<sup>315</sup>

235. Zu *Breitling* macht ebenfalls lediglich ein Unternehmen Ausführungen, nämlich [...]. Gemäss [...] sei das bei Breitling bezogene Uhrwerk [...] Breitling selbst führt aus, dass die von ihnen an [...] verkaufte Spezialausführung auf Basis ihres eigenen Chronographen-Uhrwerks (B01) wertvoller und [...] % teurer sei als die Uhrwerke von ETA und Sellita und diese [...].<sup>317</sup>

236. Schliesslich äussern sich zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke folgender Unternehmen einzig die Hersteller selbst: *Schild* gibt an, dass die Aussenmasse seiner mechanischen Uhrwerke identisch seien, der Preis und die Qualität vergleichbar. Die mechanischen Uhrwerke S280 und S300 seien substituierbar mit den ETA-Uhrwerken 2824 bzw. 2829.<sup>318</sup> *Eterna Movement* gibt an, dass ihre mechanischen Uhrwerke nicht

<sup>298</sup> Zehn Unternehmen haben sich zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von Soprod mit ETA-Uhrwerken geäussert.

<sup>299</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>300</sup> Act. [...].

<sup>301</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>302</sup> Act. [...].

<sup>303</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>304</sup> Act. [...].

<sup>305</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>306</sup> Act. [...].

<sup>307</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>308</sup> Act. [...].

<sup>309</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>310</sup> Act. [...].

<sup>311</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>312</sup> Act. [...].

<sup>313</sup> [...].

<sup>314</sup> Act. [...].

<sup>315</sup> Act. [...].

<sup>316</sup> [...].

<sup>317</sup> Act. [...].

<sup>318</sup> Act. [...].

mit ETA-Uhrwerken austauschbar seien, die Qualität der Uhrwerke sei höher und die Uhrwerke seien teurer.<sup>319</sup> *Christopher Ward* hält fest, dass sein mechanisches Uhrwerk auf keinen Fall mit ETA-Uhrwerken austauschbar sei, sein Uhrwerk sei eine Spezialität. Die Qualität sei vergleichbar, der Preis jedoch sechs Mal so hoch.<sup>320</sup> *Cendres+Métaux Microtech* gibt an, dass ihr Uhrwerk nicht mit Werken von ETA oder Sellita austauschbar sei, da dies andere Dimensionen aufweise, was die Entwicklung eines neuen Uhrengehäuses erfordere. Preislich sei ihr Uhrwerk aufgrund der kleinen Produktionsmengen teurer als ETA-Uhrwerke, qualitativ könne es mit ETA-Uhrwerken mithalten.<sup>321</sup>

237. Ergänzend ist zu erwähnen, dass sich 15 Unternehmen allgemein zur Austauschbarkeit mechanischer Uhrwerke von alternativen Herstellern (neben ETA und Sellita) äussern. Die Ausführungen dieser Unternehmen

sind dahingehend zusammenzufassen, dass die Qualität der mechanischen Uhrwerke von alternativen Herstellern (neben ETA und Sellita) schlechter sei, die Preise höher und das Sortiment viel kleiner.<sup>322</sup>

238. Die nachfolgende Tabelle 7 gibt – basierend auf den Angaben von Swatch Group<sup>323</sup> und den jeweiligen Herstellern (vgl. Rz 220 ff.) – einen Überblick über die in der Periode 2013 bis 2018 zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (vgl. auch Rz 88) und der von alternativen Herstellern angebotenen Uhrwerke, welche mit den genannten Uhrwerken von ETA substituierbar sind.<sup>324</sup>

239. Die zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA machen in den Jahren 2013 bis 2018 jeweils einen Anteil von [...] % bis [...] % an der von ETA in den jeweiligen Jahren verkauften Menge an mechanischen Uhrwerke aus. [...] (vgl. Tabelle A 6 im Anhang).

Tabelle 7: Meistverkaufte mechanische Uhrwerke von ETA 2013 bis 2018 und deren Substitute.

Mech. Uhrwerk ETA	Mechanische Uhrwerke alternativer Hersteller								
	Sellita	Soprod	STP	Ronda	Concepto	Vaucher	Schild	Intelligence Movement	Valanvron
2895-2	SW360-1								
2824-2	SW 200-1	Newton (M800)	STP1-11	R150			S280	GIPS24	Val24
2836-2	SW220-1								Val36
2681									
2000-1		M200							
2671	SW100								
2834-2	SW240-1		STP4-13						
7750	SW500				C2822				
2894-2									
2892A2	SW300-1	M100 (A10)				VMF3002 HMSCD			Val92
2893-2	SW330-1	C125							
7751					C2821				

Quelle: Darstellung des Sekretariats.

Hinweise: In zufälliger Reihenfolge. Mechanische Uhrwerke, deren Produktion wieder eingestellt ist, sind grau markiert.

240. Die Tabelle 7 zeigt auf, dass es für [...], das Kaliber 2824-2, sieben substituierbare Uhrwerke gibt, wobei die Produktion zweier Uhrwerke mittlerweile wieder eingestellt wurde (vgl. Rz 202), ein Uhrwerk erst Anfang 2020 produziert wurde (vgl. Rz 188) und [...]. Für [...], das Kaliber 2671, gab es in der Periode 2013 bis 2019 kein Substitut. Das Substitut von Sellita, das Kaliber SW100, [...] (vgl. Rz 184). Unter Berücksichtigung der nicht mehr produzierten Uhrwerke, existieren 2019 für eines der von ETA meistverkauften mechanischen Uhrwerke (2892A2) drei Substitute und für drei (7750, 2834-2, 2893-2) jeweils zwei äquivalente mechanische Uhrwerke von alternativen Herstellern. Für drei weitere der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (2836-2, 2895-2,

<sup>319</sup> Act. [...].

<sup>320</sup> Act. [...].

<sup>321</sup> Act. [...].

<sup>322</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>323</sup> Act. [...].

<sup>324</sup> Der Vollständigkeit halber wird hierzu auf die Ausführungen in Rz 214 verwiesen. Vor diesem Hintergrund ist zu präzisieren, dass der Begriff «substituierbar» hier im Hinblick auf eine Substituierbarkeit aus Nachfragesicht verwendet wird und nicht im Hinblick auf die Zugehörigkeit zum relevanten Markt, welcher im ursprünglichen Entscheid aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit als Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber (und Preisklassen) abgegrenzt wurde, wobei eine Segmentierung nach Kaliber oder Kaliberfamilien nicht ausgeschlossen wurde.



7751) gibt es je ein Substitut. Schliesslich gibt es für weitere drei der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (2894-2, 2681, 2000-1)<sup>325</sup> bis 2019 kein Substitut anderer Hersteller.

241. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es für weitere von ETA verkaufte mechanische Uhrwerke, die nicht zu den zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerken gehören und ca. einen Anteil von [...] % bis [...] % an der von ETA verkauften Menge an mechanischen Uhrwerke ausmachen, austauschbare Uhrwerke von alternativen Herstellern gibt (vgl. hierzu die Tabelle A 7 im Anhang).

242. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass Swatch Group in ihrer Antwort auf den Fragebogen angegeben hat, dass es auch für das Kaliber 2000-1 ein Substitut von Sellita gebe (SW1000-1).<sup>326</sup> Sellita verneint eine Substituierbarkeit ihres Uhrwerkes SW1000-1 mit dem von Swatch Group genannten Uhrwerk.<sup>327</sup> Zudem hat Swatch Group angegeben, dass noch weitere Uhrwerkshersteller Substitute für die von ihnen in der Periode 2013 bis 2018 zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke anbieten: Cendres+Métaux Microtech (CMK1-24 für 2824-2 und K1-25 für 2895-2), Eterna Movement (3916A für 2824-2, 3903A für 2895-2 und 3945A für 2893-2), Kenissi (MK5612 für 2824-2), Breitling (B01 für 7750) und Christopher Ward (SH21 für 2824-2).<sup>328</sup> Hierzu ist zu sagen, dass die genannten Hersteller selbst eine Substituierbarkeit ihrer Uhrwerke mit denjenigen von ETA verneinen (vgl. Rz 220 ff.). Zudem wurde die Produktion von Cendres+Métaux Microtech zwischenzeitlich wieder eingestellt (vgl. Rz 200). Ein weiteres Unternehmen, die Catena SA (nachfolgend: Catena), welches gemäss Swatch Group Substitute zu zwei der zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (2824-2 und 2895-2) produziere und verkaufe, hat angegeben, dass es die eigenproduzierten Uhrwerke nicht an Dritte verkauft.<sup>329</sup> Schliesslich stellt Dubois Dépraz SA, welcher gemäss Swatch Group ein Substitut zu einem der zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (2894-2) produziere und verkaufe, nach eigenen Angaben gar keine eigenen Uhrwerke her, sondern ergänzt Basiskaliber von ETA, Sellita oder anderen Herstellern mit zusätzlichen Modulen<sup>330</sup> und ist somit als sog. Modifizierer<sup>331</sup> einzuordnen.

243. Swatch Group bezeichnet in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 42 f.) die vorgenommene Analyse der Substituierbarkeit, insbesondere die Übersicht zur Substituierbarkeit in Tabelle 7 als irreführend, unrichtig und sachlich unhaltbar.<sup>332</sup>

244. Die Aussage von Swatch Group, die Übersicht zur Substituierbarkeit in Tabelle 7 sei irreführend, da Nischenkaliber ohne kommerzielle Relevanz gleich behandelt würden wie die meistverkauften Massenuhrwerke, ist zurückzuweisen. Die Übersicht in Tabelle 7 berücksichtigt die in den Jahren 2013 bis 2018 zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA (vgl. Rz 238 f.). Zusammen mit Tabelle A 6 im Anhang, welche die zehn meistverkauften mechanischen Uhrwerke mit den jeweiligen Rängen nach Verkaufsmengen und den jeweiligen Anteilen an der von ETA insgesamt verkauften Menge mechanischer Uhrwerke in den Jahren 2013 bis 2018 ausweist, ist klar nachvollziehbar, welche

Relevanz die betrachteten von ETA angebotenen mechanischen Uhrwerke im Markt aufweisen. So sind die von Swatch Group als Massenuhrwerke bezeichneten Kaliber [...] die [...]<sup>333</sup> und die von Swatch Group als Nischenuhrwerke bezeichneten Kaliber [...] sind die [...] (vgl. Tabelle A 6 im Anhang).

245. In Bezug auf die Kritik von Swatch Group, die Übersicht zur Substituierbarkeit in Tabelle 7 sei unrichtig, weil Substitute von Sellita und Kenissi unterschlagen worden seien, ist zu wiederholen, dass Tabelle 7 basierend auf den Angaben von Swatch Group und den jeweiligen Herstellern, also u.a. Sellita und Kenissi,<sup>334</sup> zusammengestellt wurde (vgl. Rz 238). Die Argumentation von Swatch Group, weshalb die Übersicht in Tabelle 7 sachlich unhaltbar sei und weshalb diese um die Uhrwerke von Sellita und Kenissi erweitert werden müsste, basiert darauf, dass ein Uhrenhersteller durch einfache Modifikationen an der Uhrenschale den Einbau alternativer Uhrwerke ermöglichen könne und insbesondere «kleine» Uhrwerke durch die Verwendung von Schalenringen bei «grossen» Uhregehäusen verwendet werden können, weshalb die Substituierbarkeit vor allem anhand der Uhrengrosse zu beurteilen sei. Ob solche «einfache Modifikationen» der Uhrenschale dazu führen, dass Uhrenhersteller tatsächlich gleichwertige Uhren mit alternativen Uhrwerken herstellen können – wie Swatch Group behauptet – und somit eine weitergehende Substituierbarkeit vorläge, ist fraglich, kann jedoch vor dem Hintergrund, dass die WEKO – wie nachfolgend dargelegt wird (vgl. Rz 382 ff.) – zum Schluss kommt, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht gegeben sind und Swatch Group folglich keine weiteren Massnahmen im Zusammenhang mit der Lieferung mechanischer Uhrwerke an Drittkunden auferlegt werden, dahinstehen.

246. Swatch Group kritisiert zudem, dass zu Unrecht festgestellt werde, dass die von ETA-Wettbewerbern hergestellten mechanischen Uhrwerke in puncto Qualität nicht mit jenen von ETA ebenbürtig seien, weil die tatsächlichen Marktentwicklungen dies widerlegen würden. Dies zeige auch der starke Bestellrückgang bei ETA vor

<sup>325</sup> Swatch Group hält zum Uhrwerk [...] fest, dass dieses in den letzten Jahren kaum noch verkauft worden sei (vgl. auch Tabelle A 6 im Anhang). Dieses sei jedoch in technischer Hinsicht vergleichbar mit ihrem Uhrwerk [...], womit Kunden ohne Weiteres auf dieses [...] Uhrwerk ausweichen könnten (vgl. Act. [...]). Hierzu ist festzuhalten, dass bis Ende 2019 allerdings kein Substitut für das ETA-Uhrwerk [...] existierte.

<sup>326</sup> Act. [...].

<sup>327</sup> Act. [...].

<sup>328</sup> Act. [...].

<sup>329</sup> Act. [...].

<sup>330</sup> Act. [...].

<sup>331</sup> Vgl. Fn 242.

<sup>332</sup> Act. [...], Rz 102 ff. sowie Beilage 1, S. 15 f.

<sup>333</sup> Weshalb Swatch Group gerade das Kaliber [...] ebenfalls als Massenuhrwerk bezeichnet (und andere nicht), ist anhand der Verkaufsmengen in den Jahren 2013 bis 2018 nicht nachvollziehbar (vgl. Tabelle A 6 im Anhang).

<sup>334</sup> Sellita verneint eine Substituierbarkeit ihres Uhrwerkes SW1000-1 mit dem von Swatch Group genannten Uhrwerk 2000-1 von ETA. Das von Swatch Group für das Kaliber 2681 genannte Substitut von Sellita, das SW100, [...] (Act. [...]). Kenissi hält fest, dass ihr Uhrwerk MK5612 kein Substitut für das Kaliber 2824-2 von ETA sei, weil u.a. der Durchmesser unterschiedlich sei (vgl. Rz 234 und Act. [...]).

Ablauf der evR, der nur damit zu erklären sei, dass alternative mechanische Uhrwerk für ebenbürtig betrachtet würden.<sup>335</sup> Zunächst ist richtigzustellen, dass im Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 38 f.) nicht festgestellt wurde, dass die mechanischen Uhrwerke von alternativen Herstellern bezüglich Qualität nicht mit jenen von ETA ebenbürtig seien, sondern in differenzierter Weise festgehalten wurde und wird (vgl. Rz 255, Rz 285 sowie Rz 374), dass die mechanischen Uhrwerke von [...] in qualitativer Hinsicht als leicht schlechter bis vergleichbar eingeschätzt werden, jedoch die Reputation von [...] noch nicht mit derjenigen von ETA vergleichbar sei, die Qualität der mechanischen Uhrwerke von Soprod mehrheitlich als tiefer eingeschätzt werde, diejenige der mechanischen Uhrwerke von STP als vergleichbar und diejenige der mechanischen Uhrwerke von Ronda als noch nicht vergleichbar. Aus einem Bestellrückgang bei ETA auf die qualitative Ebenbürtigkeit von mechanischen Uhrwerken anderer Hersteller zu schliessen, ist spekulativ und nicht eindeutig. So zeigt die nachfolgende Analyse des Bezugsverhaltens der Kunden von ETA (vgl. Rz 290 ff.) bspw., dass nicht nur die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA, sondern auch die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA (wie auch deren Bezugsmengen bei [...] und anderen Herstellern) von 2014 bis 2019 infolge der rückläufigen Uhrenexporte und damit sinkenden Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken abnimmt (vgl. Rz 300 ff.). Die Analyse des Bezugsverhaltens zeigt auch, dass ein Grossteil der Kunden von ETA ihren Bezug mechanischer Uhrwerke bereits ab 2014 diversifizierte, indem diese Kunden von ETA mehrere Bezugsquellen nutzten, wobei die meisten Kunden von ETA bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke bezogen. Der Bezugsanteil der Kunden von ETA bei anderen Herstellern verblieb in der Periode 2014 bis 2019 jedoch weitgehend unverändert (vgl. Rz 305 und Rz 312). Aus dem Bezugsverhalten der Kunden von ETA kann wie gesagt nicht eindeutig auf eine gleiche Qualität mechanischer Uhrwerke alternativer Hersteller geschlossen werden. Immerhin ist jedoch festzuhalten, dass das beobachtete Bezugsverhalten der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 konsistent ist mit deren Aussagen zur Qualität mechanischer Uhrwerke alternativer Hersteller. Die Glaubwürdigkeit dieser Aussa-

gen kann zumindest in dieser Hinsicht nicht in Frage gestellt werden, wie Swatch Group dies tut.

247. Schliesslich kritisiert Swatch Group die nachfolgenden Ausführungen betreffend den Preisaspekt dahingehend, dass die Preise der ETA-Uhrwerke während der Dauer der evR reguliert gewesen seien und für die Beurteilung der Substituierbarkeit keine Rolle spielen dürfe, dass diese regulierten Preise tiefer als jene der Wettbewerber gewesen seien.<sup>336</sup> Hierzu ist zu präzisieren, dass gemäss Ziff. 5 evR die von ETA verlangten Preise so gestaltet werden sollten, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten (vgl. Rz 5). Preisanpassungen waren für ETA somit durchaus zulässig und möglich und ETA hat während der Dauer der evR ihre Preise auch jährlich – mit Ausnahme des Jahres 2018 – erhöht.<sup>337</sup> Zudem soll mit den nachfolgenden Ausführungen nicht die Preisentwicklung im Detail analysiert werden, sondern in erster Linie aufgezeigt werden, welche alternativen Hersteller mechanische Uhrwerke in ähnlichen Preissegmenten anbieten wie ETA – so bspw. Sellita, Soprod, STP und Ronda – und welche mechanischen Uhrwerke aufgrund der teils massiven Preisunterschiede einem *anderen Preissegment* zuzuordnen und daher als «haut-de-gamme»-Uhrwerke einzustufen sind (vgl. Rz 219). Ergänzend sei auf die Ausführungen in Rz 215 verwiesen.

248. Betreffend den *Preisaspekt* wurden die Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, in der Marktbefragung des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens gebeten, für jede Kaliberfamilie, in der sie mechanische Uhrwerke an Dritte verkaufen, den jeweils tiefsten und höchsten Verkaufspreis (in CHF) für ein mechanisches Uhrwerk für das Jahr 2018 anzugeben.

249. Die nachfolgende Tabelle 8 gibt basierend auf den Antworten der befragten Hersteller einen Überblick über die Preisspannen ihres Angebots an mechanischen Uhrwerken.<sup>338</sup> In der Tabelle 8 sind diejenigen Hersteller mechanischer Uhrwerke genannt, die im Jahr 2019 einen Marktanteil von mindestens 1 % im Jahr 2019 aufweisen (vgl. Rz 163 f.) und deren mechanische Uhrwerke mit denjenigen von ETA substituierbar sind (vgl. Rz 238 ff.).

Tabelle 8: Preisspannen mechanische Uhrwerke (in CHF) im Jahr 2018.

Unternehmen	Tiefster Verkaufspreis	Höchster Verkaufspreis
ETA	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]
Soprod	[...]	[...]
STP	[...]	[...]
Ronda	[...]	[...]
Concepto	[...]	[...]
Vaucher	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

<sup>335</sup> Act. [...], Rz 107.

<sup>336</sup> Act. [...], Rz 106.

<sup>337</sup> Act. [...].

<sup>338</sup> Die Tabelle 8 weist den jeweils höchsten und tiefsten Verkaufspreis über alle Kaliberfamilien (vgl. Rz 248) aus.

250. Die Tabelle 8 zeigt, dass sich die mechanischen Uhrwerke, die ETA an Dritte verkauft, in einem Preissegment von [...] bis [...] CHF bewegen.<sup>339</sup> Die Preise von Sellita bewegen sich in einer ähnlichen Preisspanne.<sup>340</sup> Auch die Preise von STP<sup>341</sup> und Ronda<sup>342</sup>, wobei Ronda nur ein Kaliber anbietet, sind in einem ähnlichen Preissegment angesiedelt. Die Preise von Soprod, welche zurzeit zwei Kaliber anbietet, sind leicht höher als die Preise von ETA.<sup>343</sup> Die mechanischen Uhrwerke von Concepto bewegen sich in einer höheren Preisspanne als diejenigen von ETA. Die sehr weite Preisspanne der mechanischen Uhrwerke von Concepto zeigt, dass deren Uhrwerke teilweise als «haut-de-gamme»-Uhrwerke einzuordnen sind (vgl. Rz 219).<sup>344</sup> Die Preise von Vaucher bewegen sich unzweifelhaft in einem anderen Preissegment; die mechanischen Uhrwerke von Vaucher sind daher als «haut-de-gamme»-Uhrwerke einzuordnen.<sup>345</sup>

251. Der Vollständigkeit halber seien an dieser Stelle ergänzend die folgenden Punkte erwähnt. Die Preise der Uhrenhersteller, die mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herstellen und diese auch an Dritte verkaufen, bewegen sich alle in einem ähnlichen Preissegment, einem höheren als demjenigen von ETA (vgl. Tabelle A 8 im Anhang), weil die Uhrenhersteller tendenziell eher Uhrwerke für teurere Uhrenmodelle selbst herstellen und in kleineren Mengen produzieren, was die Produktionskosten erhöht. Neben Kenissi, welche Uhrwerke für Montres Tudor produziert, sind dies Eterna Movement, Breitling und Christopher Ward (vgl. Rz 194 ff.). Die mechanischen Uhrwerke von anderen Anbietern im «haut-de-gamme»-Bereich, wie MHC, Le Cercle des Horlogers, Schwarz Etienne, oder Sowind (vgl. Rz 198) weisen Einstiegspreise von knapp [...] bis [...] CHF auf (vgl. Tabelle A 8 im Anhang).

252. Die Preise der mechanischen Uhrwerke variieren je nach Funktion, Materialien und Dekor des Werkes. Die meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA, für welche Substitute auf dem Markt erhältlich sind (vgl. Tabelle 7), kosteten im Jahr 2018 durchschnittlich zwischen rund [...] bis [...] CHF.<sup>346</sup> Die entsprechenden sieben von Sellita verkauften Substitute kosteten im Jahr 2018 durchschnittlich zwischen rund [...] bis [...] CHF (vgl. Rz 184, Rz 240 und Tabelle A 9 im Anhang).<sup>347</sup> Während sechs der von Sellita verkauften Substitute zu Uhrwerken von ETA im Jahr 2018 durchschnittlich zu [...] Preisen verkauft wurden, wies ein Substitut von Sellita 2018 einen [...] durchschnittlichen Verkaufspreis auf.<sup>348</sup> Die zwei von Soprod angebotenen Substitute zu Uhrwerken von ETA kosteten 2018 durchschnittlich [...] bzw. [...] CHF und waren dementsprechend [...].<sup>349</sup> Das von Ronda angebotene Substitut kostete 2018 durchschnittlich [...] CHF und war damit [...] als das entsprechende Uhrwerk von ETA.<sup>350</sup> Schliesslich kosteten die zwei von STP angebotenen Substitute im Jahr 2018 durchschnittlich [...] bzw. [...] CHF, womit [...] war als das jeweilige entsprechende Uhrwerk von ETA.<sup>351</sup> <sup>352</sup> Betreffend die Preisentwicklung der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA, für welche Substitute auf dem Markt erhältlich sind, in den Jahren 2013 bis 2018 sei auf die Abbildung A 1 bis Abbildung A 7 im Anhang verwiesen.

### Zwischenfazit

253. In Bezug auf die Substituierbarkeit ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass Ende 2019 für acht der von ETA in der Periode 2013 bis 2018 meistverkauften mechanischen Uhrwerke Substitute auf dem Markt erhältlich sind (vgl. Rz 238 ff.). Allerdings ist die Auswahl an vorhandenen Substituten – insbesondere an Substituten in einem ähnlichen Preissegment – eingeschränkt und nicht so umfangreich, wie dies Swatch Group darstellt (vgl. Rz 242). Einzig Sellita bietet Ende 2019 für eine grössere Zahl, nämlich sieben, der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA Substitute an (vgl. Rz 184 und Rz 240). Für das in der Periode 2013 bis 2018 [...] mechanische Uhrwerk von ETA existieren drei mögliche Alternativen; für das [...] Uhrwerk gab es bis jetzt keine Alternative. Ergänzend sei wiederholt, dass die mechanischen Uhrwerke von Kenissi, dem einzigen (mit einem Marktanteil von über 1 % im Jahr 2019) neu im Markt aktiven Unternehmen, nicht mit denjenigen von ETA austauschbar sind.

254. Die von Sellita angebotenen Substitute bewegen sich preislich im gleichen Segment wie diejenigen von ETA. Ronda und STP bieten ihre Substitute zu vergleichbaren Preisen an wie ETA, während die Preise der Substitute von Soprod höher sind. Die mechanischen Uhrwerke von Concepto und zweifelsfrei von Vaucher bewegen sich in höheren Preissegmenten, so dass diese insbesondere bei Uhren in unteren Preissegmenten nur schwer bis gar keine Alternative darstellen.

255. Betreffend das Kriterium der Qualität (vgl. Rz 220 ff.) werden die mechanischen Uhrwerke von Sellita als leicht schlechter bis vergleichbar eingeschätzt. Sellita selbst bemerkt, dass, trotz verbesserter Qualität die Wahrnehmung im Markt noch anders und die Reputation von Sellita noch nicht mit derjenigen von ETA vergleichbar sei. Die Qualität der mechanischen Uhrwerke von Soprod wird mehrheitlich als tiefer eingeschätzt, diejenige der mechanischen Uhrwerke von STP als vergleichbar und diejenige der mechanischen Uhrwerke von Ronda als noch nicht vergleichbar.

256. Ergänzend sei schliesslich auf die Ausführungen in Rz 259 ff. betreffend die von den befragten Unternehmen eingeschätzten Auswirkungen der Markteintritte von Sellita, Soprod, STP, Ronda, Concepto und Vaucher verwiesen.

<sup>339</sup> Act. [...].

<sup>340</sup> Act. [...].

<sup>341</sup> Act. [...].

<sup>342</sup> Act. [...].

<sup>343</sup> Act. [...].

<sup>344</sup> Act. [...].

<sup>345</sup> Act. [...].

<sup>346</sup> Act. [...].

<sup>347</sup> Bei den Verkaufspreisen handelt es sich um nach Menge (an Dritte gelieferte Menge) gewichtete durchschnittlichen Verkaufspreise.

<sup>348</sup> Act. [...].

<sup>349</sup> Act. [...].

<sup>350</sup> Act. [...].

<sup>351</sup> Act. [...].

<sup>352</sup> Entsprechende Preisangaben von Concepto liegen dem Sekretariat nicht vor (vgl. Rz 20).

### B.3.4.2.4 Einschätzung der Marktteilnehmer

#### Markteintritte

257. In der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) wurden die Unternehmen u.a. nach (i) den in den letzten fünf Jahren erfolgten sowie (ii) den noch erwarteten Markteintritten im Bereich mechanischer Uhrwerke und deren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse gefragt. Nachfolgende Ausführungen geben die Ergebnisse dazu wieder.<sup>353</sup>

258. Von den insgesamt 162 Unternehmen, deren Fragebogen verwertbar war (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119), geben 78 Unternehmen (48 %) an, dass es in den letzten fünf Jahren *Markteintritte* im Bereich mechanischer Uhrwerke gegeben habe. 50 Unternehmen (31 %) sind der Ansicht, dass es in dieser Periode keine Markteintritte gegeben habe.<sup>354</sup> Elf dieser 50 Unternehmen präzisieren ihre Antwort dahingehend, dass es keine neuen Marktakteure gebe, die mit ETA in Bezug auf Qualität, Preis und Menge vergleichbar seien, oder dass es keine neuen Marktakteure gebe, die grosse Mengen mechanischer Uhrwerke herstellen.<sup>355</sup>

259. Von den 78 Unternehmen, welche angeben, dass es Markteintritte gegeben habe, nennen 75 Unternehmen konkrete Unternehmen, die in den Markt eingetreten seien. Mit Abstand am meisten genannt wird dabei Ronda (44 Nennungen). Gemäss Einschätzung der Mehrheit der befragten Unternehmen, die Ronda nennen, habe dieser Markteintritt bis jetzt keine Auswirkungen auf die Marktverhältnisse gehabt, da Ronda bisher kaum oder nicht (in grossen Mengen) liefern könne, ein eingeschränktes Angebot habe (ein mechanisches Uhrwerk) und die Qualität noch nicht genüge bzw. dieser noch nicht vertraut werde. Einzig vier Unternehmen sehen durch den Markteintritt von Ronda eine leichte Wettbewerbszunahme.<sup>356</sup> Ronda selbst hält zu den Auswirkungen ihres Markteintritts fest, dass ihr Eintritt vom Markt zwar sehr positiv aufgenommen worden sei, dieser jedoch noch keine substantielle Auswirkung gehabt habe, weil sie noch nicht in der Lage seien, substantielle Mengen zu liefern (vgl. Rz 192).<sup>357</sup>

260. Am zweithäufigsten genannt wird Kenissi bzw. Montres Tudor (21 Nennungen).<sup>358</sup> Die befragten Unternehmen, die Kenissi bzw. Montres Tudor nennen, führen zu diesem Markteintritt aus, dass es sich dabei um eine limitierte Produktion eines 2–3 mal teureren «haut-de-gamme»-Werkes in einem anderen Segment handle.<sup>359</sup> Kenissi selbst hält zu ihrem Markteintritt fest, dass dessen Auswirkungen im Markt schwach seien, weil ihre mechanischen Uhrwerke aufgrund der höheren Performance und Zuverlässigkeit teurer seien als diejenigen der Konkurrenz (vgl. Rz 164 und Rz 194).<sup>360</sup>

261. Auch die seit 2010 bereits aktiven Marktakteure werden von den befragten Unternehmen genannt, namentlich Soprod (19 Nennungen), Sellita (17 Nennungen), STP (13 Nennungen), Concepto (6 Nennungen) und Vaucher (4 Nennungen). Die Einschätzungen der befragten Unternehmen, welche Soprod als Markteintritter nennen, zu den Auswirkungen des Markteintritts von Soprod im Markt sind geteilt. Einerseits wird Soprod als zusätzliche Alternative mit zu ETA kompatiblen Uhrwerken angesehen, andererseits seien die Auswirkungen

des Markteintritts von Soprod gering, da dessen Uhrwerke qualitativ schlechter und teurer seien und keine grosse Auswahl bestehe (vgl. Rz 187 ff.). In Bezug auf Sellita halten die befragten Unternehmen, welche Sellita nennen, hauptsächlich fest, dass Sellita eine Alternative zu ETA im gleichen Preissegment sei und somit mehr Konkurrenz bei bestimmten Uhrwerksmodellen bestehe (vgl. Rz 184 ff.). Die Aussagen der befragten Unternehmen zu STP sind dahingehend zusammenzufassen, dass die Auswirkungen im Markt als vernachlässigbar eingeschätzt werden, weil das Angebot von STP zu eingeschränkt, die Qualität ungenügend sei und die Preise zu hoch seien (vgl. Rz 190 f.). In Bezug auf Concepto führen die befragten Unternehmen, welche dieses Unternehmen nennen, aus, dass Concepto eine limitierte spezifische Produktion eines «haut-de-gamme»-Uhrwerkes, eines Nischenproduktes, habe, welches preislich keine Alternative zu ETA und Sellita darstelle (vgl. Rz 250). Gemäss den befragten Unternehmen, die Vaucher nennen, sei dieser Uhrwerkshersteller ein kleiner Lieferant im oberen Segment, dessen Uhrwerk unerschwinglich und teilweise qualitativ schlechter sei (vgl. Rz 250).<sup>361</sup>

262. Auch die in der Marktbefragung des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens identifizierten, in den Markt eingetretenen Unternehmen, Eterna Movement und Schild (vgl. Rz 196 f.) werden genannt. Eterna Movement (6 Nennungen) wird einerseits als zusätzliche Alternative zu den bisherigen Anbietern bezeichnet, andererseits als Hersteller eines Nischenproduktes.<sup>362</sup> Eterna Movement selbst hält zu ihrem Markteintritt fest, dass ihr Einfluss auf die Marktverhältnisse gering sei, weil die von ihr produzierten Stückzahlen sehr klein seien.<sup>363</sup> Auch Schild (4 Nennungen) wird einerseits als zusätzliche Alternative zu den bisherigen Anbietern bezeichnet, andererseits seien deren mechanische Uhrwerke noch nicht marktreif und würden nicht die nötige Qualität für Swiss made Uhrwerke aufweisen. Schliesslich wird auch Breitling (5 Nennungen), welche ihr eigenproduziertes Uhrwerk [...] verkauft (vgl. Rz 195), genannt. Zu Breitling wird festgehalten, dass diese «haut-de-gamme»-Uhrwerke für den Eigengebrauch entwickle.<sup>364</sup>

<sup>353</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>354</sup> 34 Unternehmen (21 %) haben diese Frage nicht beantwortet.

<sup>355</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>356</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>357</sup> Act. [...].

<sup>358</sup> Hierzu ist richtigzustellen, dass Montres Tudor die Uhren der Marke Tudor produziert und verkauft und selbst keine mechanischen Uhrwerke herstellt und an Dritte verkauft, sondern Kenissi für Montres Tudor und Dritte mechanische Uhrwerke produziert (vgl. Rz 164).

<sup>359</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>360</sup> Act. [...].

<sup>361</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>362</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>363</sup> Act. [...].

<sup>364</sup> Vgl. Fn 39.

263. Weiter werden Anbieter mechanischer Uhrwerke genannt, die im «haut-de-gamme»-Bereich anzusiedeln sind, in preislicher Hinsicht keine Alternative zu ETA oder Sellita darstellen und marginale Stückzahlen pro Jahr produzieren, namentlich Schwarz Etienne (2 Nennungen), MHC (1 Nennung; vgl. Rz 198) und die Timeless Manufacture SA (2 Nennungen; nachfolgend: Timeless).<sup>365</sup> Auch LJP, deren eigenproduzierte mechanische Uhrwerke aufgrund ihrer weiten Preisspanne teilweise als «haut-de-gamme»-Uhrwerke einzuordnen sind (vgl. Rz 198), wird genannt. Zu LJP (1 Nennung) wird festgehalten, dass diese keine industrielle Produktion habe, sondern in einem anderen Segment tätig sei und die Preise 1,5-2 mal so hoch seien.<sup>366</sup>

264. Schliesslich werden auch Unternehmen genannt, die ihre Produktion mechanischer Uhrwerke wieder eingestellt haben, namentlich Cendres+Métaux Microtech (5 Nennungen) und Valanvron (2 Nennungen; vgl. Rz 200 und Rz 202).<sup>367</sup>

265. Ergänzend ist zu erwähnen, dass acht von den 75 Unternehmen, die konkrete Unternehmen als Markteintriter nennen (vgl. Rz 259), zusätzlich allgemeine Ausführungen zu den Auswirkungen der Markteintritte auf die Marktverhältnisse machen. Die Ausführungen dieser Unternehmen sind einerseits dahingehend zusammenzufassen, dass die neuen Lieferanten keine Auswirkungen haben, es keine Markteintritte im Bereich industrieller Uhrwerke gegeben habe bzw. niemand ETA ersetzen könne, und andererseits, dass Unternehmen wie Sellita ihr Angebot und ihre Kapazitäten erhöht haben. Die Preise neuer Marktteilnehmer seien meistens höher, doch gerade im unteren Preissegment der Uhren sei der Uhrwerkpreis entscheidend. Schliesslich wurde auch auf die Markteintrittshürden hingewiesen, nämlich, dass Markteintritte hohe Investitionen benötigen würden, die Entwicklung lange daure und sich neue Uhrwerke zudem erst am Markt etablieren müssten.<sup>368</sup>

266. In Bezug auf die *erwarteten Markteintritte* im Bereich mechanischer Uhrwerke und deren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse gibt der Grossteil der befragten 162 Unternehmen, deren Fragebogen verwertbar war (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119), an, dass sie keine weiteren Markteintritte erwarten, nämlich 90 Unternehmen (56 %). Einige wenige Unternehmen präzisieren ihre Antwort dahingehend, dass sie keine bedeutenden oder mit ETA vergleichbaren Markteintritte erwarten. Einige wenige Unternehmen begründen ihre Antwort damit, dass die bestehenden Marktzutrittschranken zu hoch seien oder dass die fehlenden Erfolge andere Unternehmen nicht zu einem Markteintritt bewegen würden. Einige wenige Unternehmen begründen ihre Antwort aber auch damit, dass kein Bedarf für zusätzliche Anbieter mehr bestehe.<sup>369</sup>

267. 34 Unternehmen (21 %) erwarten weitere Markteintritte, wobei 24 von diesen konkrete Unternehmen nennen.<sup>370</sup> Die als erwartete Markteintriter genannten Unternehmen sind jedoch bereits seit 2010 aktive Anbieter mechanischer Uhrwerke (Sellita, Soprod, LJP), Unternehmen, deren Markteintritt schon mehrere Jahre zurückliegt oder kürzlich erfolgte (Ronda, Eterna Movement, Kenissi, Schild), oder Unternehmen, deren Markt-

eintritt nicht erfolgreich war (Cendres+Métaux Microtech, Technotime).<sup>371</sup>

268. Auch Swatch Group wurde einerseits zu ihren aktuellen Konkurrenten und andererseits nach (i) den in den letzten fünf Jahren erfolgten sowie (ii) den noch erwarteten Markteintritten im Bereich mechanischer Uhrwerke und deren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse befragt.<sup>372</sup> Als aktuelle Konkurrenten benennt Swatch Group Sellita, Soprod, Ronda, Concepto, LJP, Cendres+Métaux Microtech, Vaucher, STP, Schild, Intelligence Movement und Valanvron. Hierzu sei auf die obigen Ausführungen betreffend die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 143 ff.), die Analyse der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.) sowie die Analyse der Substituierbarkeit (vgl. Rz 212 ff.) verwiesen. Als Markteintriter seit dem Jahr 2013 nennt die Swatch Group Ronda, Cendres+Métaux Microtech, Christopher Ward, die Festina-Gruppe bzw. Soprod mit dem Aufkauf der Aktiven von Technotime sowie Catena und Timeless. Auch bezüglich dieser Unternehmen sei auf die obigen Ausführungen betreffend die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 143 ff.), die Analyse der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.) und die Analyse der Substituierbarkeit (vgl. Rz 212 ff.) sowie Rz 263 verwiesen. Des Weiteren bezeichnet Swatch Group die Lebeau Courally Genève SA und die Leschot S.A. als Markteintriter. Das erst genannte Unternehmen produzierte gemäss eigenen Angaben [...] Stück und verkauft ihre mechanischen Uhrwerke nicht an Dritte.<sup>373</sup> Das zweite genannte Unternehmen war gemäss eigenen Angaben [...] in der Produktion mechanischer Uhrwerke tätig, aber seit Anfang 2019 geschlossen.<sup>374</sup> Unter den erwarteten Markteintritern nennt Swatch Group Kenissi und Manufacture 2824 sowie die Brevin SA (nachfolgend: Brevin) bzw. Schild.<sup>375</sup> Auch hierzu ist auf die obigen Ausführungen betreffend die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 143 ff.), die Analyse der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.) sowie die Analyse der Substituierbarkeit (vgl.

<sup>365</sup> Betreffend Timeless sei ergänzt, dass auch dieser im «haut-de-gamme»-Bereich anzusiedelnde Anbieter mechanische Uhrwerke in marginalen Mengen pro Jahr produziert [...] und diese in preislicher Hinsicht keine Alternative zu ETA oder Sellita darstellen (vgl. Tabelle A 8 im Anhang).

<sup>366</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>367</sup> Der Vollständigkeit halber sei ergänzend darauf hingewiesen, dass die befragten Unternehmen auch vier Unternehmen nannten, die mechanische Uhrwerke nur für die Eigenproduktion herstellen (Baume & Mercier sowie Valflourier, beides Unternehmen der Richemont-Gruppe [vgl. Fn 112], die Oris SA [vgl. Rz 340] und die Titoni AG [vgl. Rz 340]), sowie drei Uhren- und ein Assortimentshersteller, die keine mechanische Uhrwerke produzieren. Vgl. Fn 39.

<sup>368</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>369</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>370</sup> 37 Unternehmen (23 %) haben diese Frage nicht beantwortet. Die Antwort eines Unternehmens (1 %) war nicht verständlich.

<sup>371</sup> Der Vollständigkeit halber sei ergänzend darauf hingewiesen, dass die befragten Unternehmen auch ein Unternehmen nannten, das mechanischer Uhrwerke nur für die Eigenproduktion herstellt (Montres Chouriet; vgl. Rz 342), und eine Uhrenmarke der Richemont-Gruppe (Baume; vgl. Fn 112). Vgl. Fn 39.

<sup>372</sup> Act. [...].

<sup>373</sup> Act. [...].

<sup>374</sup> Act. [...].

<sup>375</sup> Act. [...].

Rz 212 ff.) zu verweisen. Betreffend Brevin sei ergänzt, dass Brevin eine Kooperation mit Schild (vgl. Rz 197) eingegangen ist, [...]. Brevin selbst hat während der Periode 2013 bis 2019 keine mechanischen Uhrwerke produziert.<sup>376</sup>

#### Beurteilung der Entwicklung der Wettbewerbsintensität seit 2013

269. In der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung wurden die Unternehmen u.a. gefragt, wie sie die

Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke im Vergleich zu 2013 beurteilen. Von den insgesamt 162 Unternehmen, deren Fragebogen verwertbar war (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119), haben 148 Unternehmen (91 %) diese Frage beantwortet.<sup>377</sup> Nachfolgende Ausführungen geben die Ergebnisse dazu wieder.<sup>378</sup>

270. Die Antworten der 148 Unternehmen, welche die Frage beantwortet haben, sind in folgender Tabelle 9 in Übersicht dargestellt.

Tabelle 9: Beurteilung der heutigen Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013.

Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013	Anz. Unternehmen	Anteil (in %)
Zugenommen	47	29
Vergleichbar	76	47
Vergleichbar/abgenommen	1	1
Abgenommen	24	15
Keine Angabe	14	9
<b>Total</b>	<b>162</b>	<b>100</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

271. Die Tabelle 9 zeigt auf, dass rund ein Drittel der befragten Unternehmen der Meinung ist, dass die Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 zugenommen hat. Knapp die Hälfte der befragten Unternehmen vertritt die Ansicht, dass die heutige Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke mit derjenigen im Jahr 2013 vergleichbar ist. Ein Unternehmen gibt an, dass die Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 vergleichbar bzw. abgenommen hat. Schliesslich sind 15 % der befragten Unternehmen der Meinung, dass die Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 abgenommen hat.<sup>379</sup>

272. Die 47 Unternehmen, welche eine *erhöhte Wettbewerbsintensität* wahrnehmen, begründen dies einerseits mit einer Zunahme an Marktakteuren (16 Nennungen), die neue mechanische Uhrwerke anbieten (5 Nennungen), und andererseits mit der Erhöhung der Produktionskapazitäten (9 Nennungen), insbesondere von Sellita. So werden auch die Entwicklung bzw. Vergrösserung von Sellita und die Existenz von alternativen Anbietern neben ETA (jeweils 3 Nennungen) als Grund für die erhöhte Wettbewerbsintensität genannt. Des Weiteren wird festgehalten, dass Marktakteure ihre Produktion industrialisiert haben und grössere Mengen liefern (3 Nennungen) sowie dass vermehrt Marktakteure mechanische Uhrwerke zu kompetitiven Preisen (2 Nennungen) und vergleichbarer Qualität (1 Nennung) anbieten. Zudem wird auch der Aufbau von Eigenproduktionen (4 Nennungen) genannt. Anzuführen gilt es, dass drei Unternehmen zwar eine erhöhte Wettbewerbsintensität wahrnehmen, aber auch festhalten, dass es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA bisher keine Substitute gebe, die bestehende Monopolsituation von ETA und Sellita weitere Investitionen und damit eine Weiterentwicklung der bestehenden Unternehmen verhindere bzw. die Preise der industrialisierten Anbieter den Einstieg kleinerer Unternehmen verhindere. Des Weiteren halten vier Unternehmen fest, dass die Nach-

frage nach mechanischen Uhrwerken angestiegen sei, aber das Angebot bzw. die vorhandenen Kapazitäten neben ETA nicht ausreichen würden.<sup>380</sup>

273. Unter den 47 Unternehmen, gemäss welchen die Wettbewerbsintensität seit 2013 zugenommen hat, ist auch Sellita. Sellita begründet ihre Einschätzung im Detail damit, dass die Menge an verfügbaren mechanischen Uhrwerken insgesamt zugenommen habe. Neue Anbieter seien in den Markt eingetreten oder scheinen ihre Präsenz verstärkt zu haben, namentlich Concepto, Eterna Movement, LJP, Ronda, STP, Soprod, Vaucher. Zusätzlich sei Kenissi zu erwähnen, welche auch Dritte wie Breitling beliefere. Schliesslich seien die Kapazitäten der Uhrenmarken zur Herstellung eigener Uhrwerke stark aufgebaut worden, bspw. von Breitling oder Richemont, was dazu geführt habe, dass die Nachfrage nach generischen Uhrwerken (von ETA oder Sellita) dieser Uhrenmarken abgenommen bzw. zumindest nicht zugenommen habe.<sup>381</sup>

274. Die 76 Unternehmen, welche die heutige Wettbewerbsintensität auf dem Schweizer Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke als vergleichbar mit derjenigen 2013 beurteilen, begründen ihre Einschätzung wie folgt: 14 Unternehmen halten fest, dass sich der Markt seit 2013 nicht verändert habe; zwei davon präzisieren, dass sich der Markt im unteren Segment nicht verändert habe. Zwölf Unternehmen geben an, dass es neben ETA und Sellita keine Alternative gebe, wobei zwei Unternehmen präzisieren, dass es keine betreffend Menge, Preis, Qualität und Sortiment vergleichbaren Alternativen

<sup>376</sup> Act. [...].

<sup>377</sup> 14 Unternehmen (9 %) haben diese Frage nicht beantwortet.

<sup>378</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>379</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>380</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich. Vgl. Fn 39.

<sup>381</sup> Act. [...].

gebe. Sechs Unternehmen bezeichnen Sellita als weiterhin einzige Alternative zu ETA. Weitere zehn Unternehmen führen aus, dass es keine neuen Anbieter auf dem Markt gebe, wobei drei Unternehmen präzisieren, dass es keine neuen Anbieter mit konkurrenzfähigen Preisen bzw. vergleichbarer Qualität gebe. Sieben Unternehmen geben an, dass es zwar neue Wettbewerber im Markt gebe, dies jedoch nur im Hochpreissegment (3 Nennungen) bzw. diese neuen Wettbewerber aber betreffend Qualität, Menge, Auswahl und Preis nicht mit ETA vergleichbar seien (4 Nennungen). Die Einschätzung einer unveränderten Wettbewerbsintensität seit 2013 wird ferner damit begründet, dass ETA in Bezug auf Qualität und damit Reputation immer noch die erste Wahl sei (6 Nennungen), es für bestimmte Kaliber keine Alternative zu ETA gebe (6 Nennungen) und die Preise von ETA weiterhin die tiefsten seien (1 Nennung). Schliesslich wird als Begründung auch aufgeführt, dass die Beschaffung der benötigten Uhrwerke kein Problem sei (5 Nennungen).<sup>382</sup>

275. Die 24 Unternehmen, welche angeben, dass die Wettbewerbsintensität seit 2013 *abgenommen* habe, begründen dies mehrheitlich damit, dass Neueintritte in den Markt bzw. Ausbauprojekte nicht erfolgreich waren (4 Nennungen). In diesem Sinne führen fünf Unternehmen aus, dass es keine Alternative zu ETA gebe (2 Nennungen), Sellita die einzige Alternative sei, es weniger Angebote an mechanischen Uhrwerken und weniger Konkurrenten gebe (jeweils 1 Nennung). Zwei weitere Unternehmen begründen ihre Einschätzung einer abgenommenen Wettbewerbsintensität mit der allgemeinen Wirtschaftsentwicklung. Während zwei Unternehmen angeben, dass die Beschaffung von mechanischen Uhrwerken schwieriger geworden sei, weil weniger Uhrwerke verfügbar seien, geben zwei andere Unternehmen an, dass die Beschaffung von mechanischen Uhrwerken (aufgrund der tieferen Nachfrage nach Schweizer Uhren) einfacher geworden sei. Schliesslich schätzen drei Unternehmen die Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 zwar als tiefer ein, halten aber fest, dass neue Anbieter auf dem Markt tätig seien und Uhrenhersteller eigene Uhrwerke produzieren.<sup>383</sup>

276. Swatch Group, welche ebenfalls nach ihrer Beurteilung der heutigen Wettbewerbsintensität im Vergleich zu 2013 gefragt wurde, gibt an, dass diese zugenommen habe. Die Zunahme der Wettbewerbsintensität sei gemäss Swatch Group auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Es bestehe heute eine deutlich grössere Vielfalt an mechanischen Swiss made Uhrwerken als 2013. Sellita habe die Kapazitäten enorm ausgebaut sowie das Produktangebot erheblich vergrössert, was zu einer Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita und einer mächtigen Position von Sellita geführt habe. Gemäss Swatch Group haben sich neue Anbieter auf dem Markt etabliert, deren Produktion sich infolge des Ausbaus der Produktionskapazitäten um rund [...] % erhöht habe. Durch die neuen Akteure im Markt sowie die verstärkten Innovationsbemühungen habe sich der Wettbewerb deutlich intensiviert. Zudem haben laut Swatch Group sowohl grosse als auch mittelgrosse und kleine Uhrenmarken ihre Eigenproduktion um ca. 50 % erhöht, was den relevanten Markt erheblich beeinflusse. Zusammenfassend würden die Entwicklungen, insbesondere die

erhöhte Konkurrenz und die starke Position von Sellita, eine disziplinierende Wirkung auf ETA entfalten und für Drittkunden von ETA würden Ausweichmöglichkeiten bestehen.<sup>384</sup>

#### *Beurteilung der Entwicklung des Angebots alternativer Bezugsquellen seit 2013*

277. Diejenigen Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke bei Dritten beziehen, wurden zudem danach gefragt, wie sich das *Angebot alternativer Bezugsquellen* (neben ETA und Sellita), die mechanische Uhrwerke in vergleichbarer Qualität und ausreichender Menge anbieten, seit 2013 entwickelt hat.<sup>385</sup> Von insgesamt 114 Unternehmen, die mechanische Uhrwerke bei Dritten beziehen (vgl. Rz 130), haben 102 Unternehmen (89 %) die Frage beantwortet.<sup>386</sup>

278. Insgesamt 43 Unternehmen geben bei dieser Frage an, dass es neben ETA und Sellita bzw. neben ETA keine Alternative gebe. Zwei Unternehmen äussern sich dahingehend, dass die einzige Alternative neben ETA Sellita sei, und drei Unternehmen führen aus, dass nur Soprod eine Alternative darstelle. Neun Unternehmen halten fest, dass es seit 2013 keine Änderung gegeben habe und weitere sechs Unternehmen geben an, dass die Marktentwicklung schwach gewesen sei. Zwei Unternehmen antworten dahingehend, dass es keine Markteintriter gegeben habe bzw. die Markteintriter nicht akzeptiert seien. Ein Unternehmen antwortet damit, dass die Beschaffung von Uhrwerken weiterhin schwierig sei. Eine Reihe von Unternehmen äussern sich betreffend die Eigenschaften des Angebots alternativer Bezugsquellen: 27 Unternehmen halten fest, dass die Qualität der alternativen Bezugsquellen zu tief sei. 19 Unternehmen geben an, dass deren Preise zu hoch seien. 14 Unternehmen führen aus, dass diese keine ausreichenden Mengen anbieten würden. Fünf Unternehmen führen aus, dass deren Angebot zu klein sei. Ebenfalls fünf Unternehmen geben an, dass es keinen Anbieter mit ähnlichen Konditionen gebe wie ETA. Schliesslich äussern sich vier Unternehmen dahingehend, dass die Kundschaft ETA-Uhrwerke aufgrund deren Reputation vorziehe.<sup>387</sup>

279. 19 Unternehmen haben diese Frage dahingehend beantwortet, dass es Markteintritte gegeben habe. Vier Unternehmen geben an, dass es genügend Bezugsquellen zur Befriedigung der Nachfrage gebe und zwei Unternehmen führen aus, dass ein Marktwandel im Gange sei. Ein Unternehmen hält fest, dass sich die Qualität der alternativen Bezugsquellen verbessert habe. Zwei Unternehmen beantworten die Frage damit, dass Markteintriter für höhere Preissegmente produzieren würden, und ein Unternehmen führt aus, dass es keine Beschaffungsprobleme bei Chronographen gebe. Ein Unternehmen weist auf die seit 2013 gesteigerte Eigenproduktion hin.<sup>388</sup>

<sup>382</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich. Vgl. Fn 39.

<sup>383</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich. Vgl. Fn 39.

<sup>384</sup> Act. [...].

<sup>385</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich.

<sup>386</sup> 12 Unternehmen (11 %) haben diese Frage nicht beantwortet. Vgl. Fn 39.

<sup>387</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>388</sup> Vgl. Fn 39.

280. Schliesslich äussern sich neun Unternehmen dahin, dass sie keine Aussage betreffend die Entwicklung des Angebots alternativer Bezugsquellen seit 2013 machen können, da sie keine Erfahrung mit alternativen Herstellern haben.<sup>389</sup>

#### Zwischenfazit

281. Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass sich die Ausführungen der befragten Unternehmen betreffend den erfolgten und erwarteten Markteintritten sowie deren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse (vgl. Rz 257 ff.) mit der vom Sekretariat vorgenommenen Analyse deckt. Hierzu ist auch festzuhalten, dass das Sekretariat alle von Swatch Group oder von befragten Unternehmen genannten (aktuellen oder potentiellen) Konkurrenten von ETA geprüft hat bzw. diesen ebenfalls einen Fragebogen zugestellt hat (vgl. Fn 37). Was die Nennung von aktuellen Konkurrenten bzw. Markteintretern von Swatch Group betrifft, so ist festzustellen, dass sich diese nur teilweise mit der Analyse des Sekretariats deckt. So benennt Swatch Group Unternehmen als aktuelle Konkurrenten bzw. Markteintreter, die ihre Produktion mechanischer Uhrwerke – teilweise seit längerem – wieder eingestellt haben, die ihre eigenproduzierten Uhrwerke nicht an Dritte verkaufen oder die eindeutig als «haut-de-gamme»-Anbieter einzustufen sind und somit kaum eine Alternative zu ETA darstellen. In Bezug auf die Einschätzung der heutigen Wettbewerbsintensität der befragten Unternehmen (vgl. Rz 269 ff.) ist festzuhalten, dass die Mehrheit der Ansicht ist, dass diese im Vergleich zu 2013 unverändert ist bzw. zugenommen hat.

#### B.3.4.2.5 Zwischenfazit

282. Basierend auf den Ausführungen zur Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 143 ff.), der Analyse der Markteintritte (vgl. Rz 182 ff.), der Analyse der Substituierbarkeit (vgl. Rz 212 ff.) sowie der Einschätzung der befragten Marktteilnehmer (vgl. Rz 257 ff.) lässt sich folgendes Zwischenfazit ziehen.

283. Die insgesamt in der Schweiz produzierte Menge mechanischer Uhrwerke wie auch die Produktionskapazitäten aller Schweizer Hersteller mechanischer Uhrwerke haben sich seit 2011 erhöht, obwohl die Gesamtproduktionsmenge wie auch die gesamten Produktionskapazitäten in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund der in den vorangehenden Jahren rückläufigen Uhrenexporte und der damit sinkenden Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken abnahmen. Das Marktvolumen, d.h. die insgesamt an Dritte verkaufte Menge mechanischer Uhrwerke, nahm in den Jahren 2011 bis 2019 – insbesondere in den Jahren 2016 und 2017 als Folge der sinkenden Nachfrage – stark ab.

284. Der aktuelle Wettbewerb hat sich von 2010 bis 2019 insofern geändert, als dass im Wesentlichen eine Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita stattfand. Dabei zu berücksichtigen ist jedoch einerseits, dass der starken Marktanteilsabnahme von ETA im Jahr 2019 eine grundlegende Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR-Kriterien zugrunde lag. Andererseits führte eine relativ geringe Erhöhung der Verkaufsmenge von Sellita zusammen mit der Abnahme des Marktvolumens und gleichzeitig starker Abnahme der Verkaufsmenge mechanischer Uhr-

werke von ETA zu einer erheblichen Marktanteilszunahme von Sellita. Die Produktionsanteile wie auch die Kapazitätsanteile dieser beiden wichtigsten Marktakteure haben sich seit 2011 nicht in gleichem Ausmasse verändert. Der Produktionsanteil, wie auch der Kapazitätsanteil von ETA sind gesunken, betragen aber 2019 immer noch [...] der von Sellita produzierten Menge bzw. der Produktionskapazitäten von Sellita. Soprod und STP konnten ihre Marktanteile leicht erhöhen; alle anderen damals bereits aktiven Marktteilnehmer, wie Concepto oder Vaucher, verfügten auch 2019 noch über Marktanteile von maximal [0–5] %. Das gilt insbesondere für Ronda, die ihren Markteintritt 2016 plante. Mit Kenissi ist ein Unternehmen (mit einem Marktanteil von über 1 % im Jahr 2019) neu im Markt aktiv.

285. Basierend auf der vorgenommenen Analyse der Substituierbarkeit ist festzuhalten, dass Ende 2019 für acht der von ETA in der Periode 2013 bis 2018 meistverkauften mechanischen Uhrwerke Substitute auf dem Markt erhältlich sind. Für [...] existieren drei mögliche Alternativen (von Sellita, STP und Ronda); für [...] gab es bis jetzt keine Alternative. Sellita bietet Ende 2019 für eine grössere Zahl der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA Substitute an. Die von Sellita angebotenen Substitute bewegen sich preislich im gleichen Segment wie diejenigen von ETA. Auch Ronda, welche ein Kaliber produziert und verkauft, sowie STP, welche hauptsächlich ein Basisuhrwerk verkauft, bieten ihre Substitute zu vergleichbaren Preisen an wie ETA. Die Preise von Soprod, welche auch heute noch hauptsächlich ein Kaliber verkauft, sind höher. Die mechanischen Uhrwerke von Concepto und zweifelsfrei von Vaucher stellen insbesondere bei Uhren in unteren Preissegmenten nur schwer bis gar keine Alternative dar, da sich deren Preise in höheren Preissegmenten bewegen. In qualitativer Hinsicht scheinen die mechanischen Uhrwerke von [...] mittlerweile mit denjenigen von ETA gleichzusetzen sein, auch wenn deren Reputation noch nicht diejenige von ETA-Uhrwerken erreicht hat. Die Qualität der mechanischen Uhrwerke von Soprod wird mehrheitlich als tiefer eingeschätzt, diejenige der mechanischen Uhrwerke von STP als vergleichbar und diejenige der mechanischen Uhrwerke von Ronda als noch nicht vergleichbar. Wiederholt sei, dass die mechanischen Uhrwerke von Kenissi nicht mit denjenigen von ETA austauschbar sind.

286. Die Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Markteintritte zeigte auf, dass sich die Produktion der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) wie auch deren Produktionskapazitäten in der Periode 2011 bis 2019 erhöht haben, wobei der grösste Teil der Produktions- und Kapazitätssteigerung auf Sellita entfällt. Sowohl die Produktions- wie auch die Kapazitätssteigerung erfolgte aufgrund der ab 2015 sinkenden Nachfrage im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014.

<sup>389</sup> Vgl. Fn 39.



287. Die Expansionsabsichten damals bestehender Anbieter sowie die Aufbaupläne neuer Anbieter waren nur teilweise erfolgreich. Sellita erhöhte ihre Produktionskapazitäten sowie ihre Produktionsmenge seit 2011, erreichte aber nicht das damals geplante Ziel [...]. Soprod verfügt bereits seit 2011 über [...] jährliche Produktionskapazitäten, konnte eine geplante Kapazitätserhöhung [...] und die bestehenden Kapazitäten [...] auslasten. STP konnte ihre Produktionskapazitäten wie geplant [...], diese [...] auslasten. Ein wesentlicher Grund – der auch von den genannten Herstellern mechanischer Uhrwerke vorgebracht wird – für die nicht erreichten Kapazitäts- bzw. Produktionserhöhungen dürfte die in der Umsetzungsphase der evR ab 2015 sinkende Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken gewesen sein. In Bezug auf neue Anbieter ist festzuhalten, dass die Pläne von Ronda zum jetzigen Zeitpunkt nur ansatzweise umgesetzt sind und dass Kenissi, welche hauptsächlich für ihre Schwestergesellschaft produziert, [...] Zudem sind, wie bereits erwähnt, die von Kenissi produzierten mechanischen Uhrwerke nicht mit Uhrwerken von ETA oder Sellita substituierbar. Die wenigen anderen Unternehmen, welche in der relevanten Periode mit der Produktion und dem Verkauf mechanischer Uhrwerke begonnen haben, produzieren nur marginale Mengen an mechanischen Uhrwerken und teilweise in erster Linie für den Eigengebrauch. Schliesslich haben auch einige Unternehmen ohne Erfolg versucht, eine Produktion mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte aufzubauen.

#### **B.3.4.3 Analyse des Verhaltens der Kunden von ETA**

288. In ihrem ursprünglichen Entscheid kam die WEKO basierend auf der damaligen Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zum Schluss, dass ein Grossteil der Schweizer Uhrenproduzenten auf mechanische Uhrwerke von ETA angewiesen war, um auf dem nachgelagerten Markt der mechanischen Uhren Wettbewerbsdruck auf Swatch Group auszuüben (vgl. Rz 100 f.). Die WEKO ging jedoch auch davon aus, dass mittel- bis langfristig neue Anbieter sowie bestehende Anbieter durch Kapazitätsausbau die Nachfrage, welche ETA damals nicht mehr bedienen wollte, auffangen können. Zudem ging die WEKO davon aus, dass Abnehmer von ETA ihre Eigenversorgung an mechanischen Uhrwerken erhöhen und so die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken unter sonst gleichbleibenden Bedingungen abnimmt.<sup>390</sup> Die Kunden von ETA sollten nach damaliger Einschätzung somit ihren Bedarf an mechanischen Uhrwerken nach dem 31. Dezember 2019 einerseits bei alternativen Anbietern und andererseits durch Eigenproduktion decken können.

289. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, das Verhalten der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019, in welcher die evR umgesetzt wurde, zu analysieren. Dazu wird erstens das Bezugsverhalten der Kunden von ETA und zweitens die Entwicklung der Eigenversorgung der Kunden von ETA einer Analyse unterzogen.

#### **B.3.4.3.1 Bezugsverhalten der Kunden von ETA**

##### *Vorbemerkungen*

290. Die Basis der nachfolgenden Analyse bilden die Angaben der [...] Unternehmen, welche Kunden im Sin-

ne von Ziff. 2 lit. c evR und somit anspruchsberechtigt waren, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden (vgl. Rz 131). Nachfolgend wird der Terminus «Kunde von ETA» in diesem Sinne verwendet.<sup>391</sup> Ergänzend sei an dieser Stelle wiederholt, dass zusätzlich zu diesen [...] Unternehmen [...] Unternehmen eigentlich Kunden von ETA waren, d.h. anspruchsberechtigt waren, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden, diese jedoch angegeben haben, keine mechanischen Uhrwerke bei Dritten zu beziehen (vgl. Rz 131).<sup>392</sup>

291. An dieser Stelle festzuhalten ist, dass fünf Unternehmen, die Kunden von ETA waren und in der Periode 2014 bis 2019 bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben, gleichzeitig auch eigenproduzierte mechanische Uhrwerke an Dritte verkaufen. Dabei handelt es sich einerseits um die beiden Konkurrenten von ETA, Sellita und [...] (vgl. Rz 184 ff., Rz [...] und Rz 307 ff.), und andererseits um LJP, welcher als sog. Modifizierer<sup>393</sup> tätig ist (vgl. Rz 198). Zudem sind die Uhrenhersteller, die eine Eigenproduktion mechanischer Uhrwerke aufgebaut haben und ihre eigenproduzierten Uhrwerke zusätzlich an Dritte verkaufen, namentlich Breitling und Christopher Ward, zu nennen (vgl. Rz 195 und Rz 335 sowie Rz 342).<sup>394</sup>

292. Der überaus grösste Teil der Kunden von ETA sind Uhrenhersteller, die Uhren unter eigenen Marken verkaufen. Einige Kunden von ETA sind Uhrenhersteller, die Uhren im Auftrag von Kunden fertigen, oder in der Assemblage sowie Emboitage von Uhren tätig sind.<sup>395</sup>

293. Festzuhalten ist, dass die allermeisten Kunden von ETA kleine Mengen bei ETA beziehen. So bezogen 2014 90 % der Kunden von ETA, die in diesem Jahr mechanische Uhrwerke bezogen, ca. [...] Uhrwerke oder weniger bei ETA. 60 % der Kunden von ETA, die 2014 mechanische Uhrwerke bezogen, wiesen eine Bezugsmenge von maximal [...] auf und 40 % der Kunden von ETA, die 2014 mechanische Uhrwerke bezogen, tätigten einen Bezug im Umfang von [...] Stück oder weniger bei ETA. Zu den 10 % der Kunden von ETA, die eine Bezugsmenge von über [...] Stück im Jahr 2014 aufwiesen, gehören Konzerne wie Richemont (vgl. Rz 85 und Rz 332) bzw. Konzerngesellschaften wie Montres Tudor der Rolex-Gruppe (vgl. Rz 164 und Rz 334) oder TAG Heuer der LVMH-Gruppe (vgl. Rz 85 und Rz 333), aber auch mittlere und kleine Uhrenmarken wie die Le petit-fils de L. U. Chopard & Cie S.A. (nachfolgend: Chopard; vgl. Rz 337) oder die Titoni AG (nachfolgend: Titoni; vgl. Rz 340) sowie die Uhrwerksproduzentin Sellita (vgl. Rz 184 ff. und Rz 307 ff.).<sup>396</sup>

<sup>390</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 209 ff., 257 Rz 323, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>391</sup> Gemäss Swatch Group waren bei Inkrafttreten der evR [...] Unternehmen Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR und somit anspruchsberechtigt, gemäss Ziff. 2 lit. a evR von ETA beliefert zu werden. Act. [...].

<sup>392</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>393</sup> Vgl. Fn 242.

<sup>394</sup> Act. [...].

<sup>395</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>396</sup> Vgl. Fn 39.

294. Ergänzend ist anzufügen, dass von [...] Kunden von ETA (ohne Sellita und [...]) mindestens [...] Unternehmen KMUs im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 7) sind.<sup>397</sup>

#### Analyse des Bezugsverhaltens der Kunden von ETA

295. Die nachfolgende Tabelle 10 gibt eine erste Übersicht über das Bezugsverhalten der Kunden von ETA,

indem sie aufzeigt, wie viele Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 welche der drei Bezugsmöglichkeiten (ETA, Sellita und andere Hersteller mechanischer Uhrwerke [nachfolgend gemeinsam: Andere]) genutzt haben, um ihren Bedarf an mechanischen Uhrwerken zu decken.

Tabelle 10: Übersicht Bezugsverhalten der Kunden von ETA 2014 bis 2019.

Bezug bei	Anz. Unternehmen	Anteil (in %)
ETA, Sellita & Anderen	[...]	[...]
ETA & Sellita	[...]	[...]
ETA & Anderen	[...]	[...]
ETA	[...]	[...]
ETA & k.A.	[...]	[...]
Sellita & Anderen	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]
Anderen	[...]	[...]
<b>Total</b>	<b>[...]</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

Hinweis: Fünf Unternehmen haben keine Angaben dazu gemacht, ob sie in der Periode 2014 bis 2019 neben ETA weitere Bezugsmöglichkeiten genutzt haben («ETA & k.A.»).

296. Die Tabelle 10 zeigt, dass rund ein Drittel der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 alle drei Bezugsmöglichkeiten genutzt hat. Ein Viertel der Kunden von ETA hat in der Periode 2014 bis 2019 bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke bezogen. Eine Minderheit der Kunden von ETA, nämlich 2 %, hat in der Periode 2014 bis 2019 bei ETA und Anderen mechanische Uhrwerke bezogen. 17 Kunden von ETA haben ihren Bedarf an mechanischen Uhrwerken in der gesamten Periode 2014 bis 2019 ausschliesslich bei ETA gedeckt, darunter Sellita. Schliesslich haben 19 Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 nie mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen. Davon haben sieben Unternehmen mechanische Uhrwerke bei Sellita und Anderen bezogen, fünf Unternehmen ausschliesslich bei Sellita und sieben Unternehmen ausschliesslich bei Anderen.<sup>398</sup>

297. Ein Vergleich der *Anzahl Kunden* von ETA (d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR), die in den Jahren 2014 und 2019 tatsächlich mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen und somit ihren Belieferungsanspruch bei ETA eingefordert haben, zeigt, dass diese gesunken ist.<sup>399</sup> Während 2014 [...] Kunden von ETA bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben, waren dies 2019 noch [...] Kunden von ETA, wie in Abbildung 10 ersichtlich ist. Die Abbildung 10 nennt einerseits die Anzahl Kunden von ETA, die 2014 bzw. 2019 mechanische Uhrwerke bezogen haben, und zeigt andererseits, wie viele davon ihren Bezug bei ETA, Sellita und Anderen tätigten. So haben 2014 insgesamt [...] Kunden von ETA mechanische Uhrwerke bezogen; davon [...] bei ETA, 55 bei Sellita und 34 bei Anderen. Ein Vergleich mit der Anzahl Kunden von ETA, die im Jahr 2019 mechanische Uhrwerke bezogen haben, zeigt, dass auch die Anzahl der Kunden von ETA, die in diesem Jahr mechanische Uhrwerke bezogen haben, insgesamt sinkt, nämlich auf

[...]. Ebenfalls abgenommen hat die Anzahl der Kunden von ETA, die bei Sellita mechanische Uhrwerke bezogen haben, nämlich auf 46.<sup>400</sup>

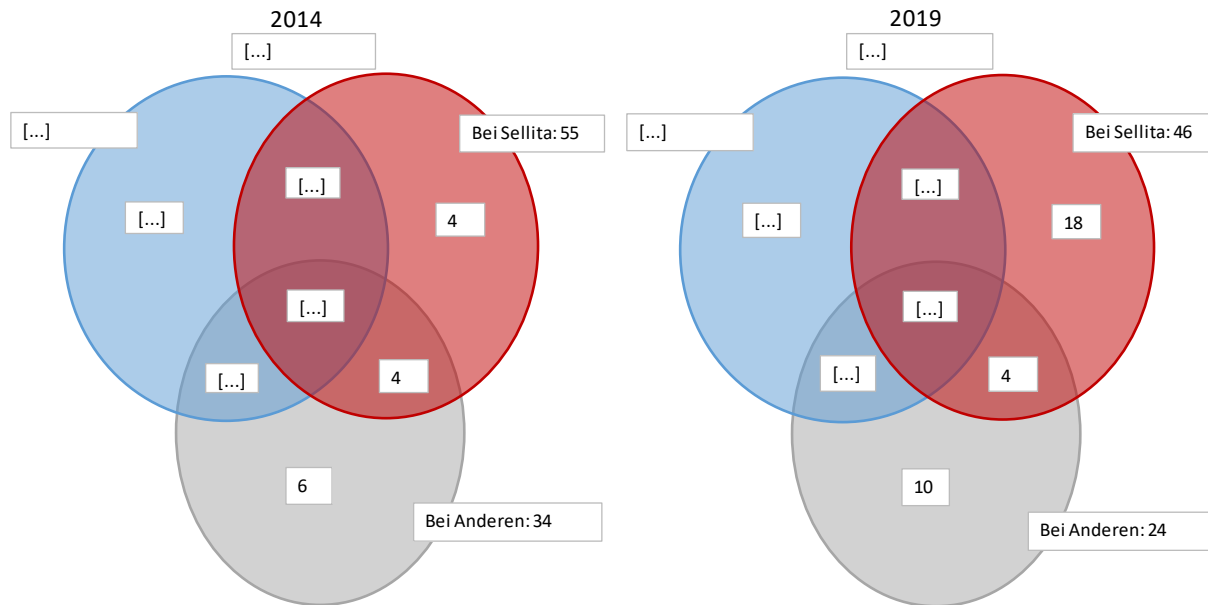
<sup>397</sup> [...].

<sup>398</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>399</sup> Die hier und nachfolgend genannten Anzahlen Kunden von ETA basieren auf Angaben der Kunden von ETA, welche im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) erhoben wurden.

<sup>400</sup> Vgl. Fn 39.

Abbildung 10: Anzahl Kunden von ETA mit Bezug 2014 und 2019.



Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

298. In Abbildung 10 ist auch ersichtlich, dass sowohl 2014 wie auch 2019 ein Grossteil der Kunden von ETA ihren Bezug diversifizierte, indem diese Kunden von ETA mehrere Bezugsquellen nutzten. Im Jahr 2014 tätigten knapp zwei Drittel der [...] Kunden von ETA, die in diesem Jahr mechanische Uhrwerke bezogen, ihren Bezug bei mehreren Bezugsquellen. Die Mehrheit ([...]) davon bezog bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke, ein grosser Teil ([...]) bei ETA, Sellita und Anderen und eine Minderheit (je [...] jeweils bei ETA und Anderen bzw. bei Sellita und Anderen. Im Jahr 2019 tätigten [...] der [...] Kunden von ETA, die in diesem Jahr mechanische Uhrwerke bezogen, ihren Bezug bei mehreren Bezugsquellen. Die Mehrheit ([...]) davon bezog wiederum bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke, ein grösserer Teil ([...]) bei ETA, Sellita und Anderen und eine Minderheit ([...] bzw. 4) jeweils bei ETA und Anderen bzw. bei Sellita und Anderen.<sup>401</sup>

299. Schliesslich zeigt sich, dass die Anzahl der Kunden von ETA, die mechanische Uhrwerke in den jeweiligen Jahren einzig bei ETA bezogen, von 2014 bis 2019 leicht sank, nämlich von [...] auf [...]. Währenddessen nahm die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Sellita tätigten, wie auch die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Anderen tätigten, von 2014 bis 2019 zu, nämlich von vier auf 18 Unternehmen bzw. von sechs auf zehn Unternehmen.<sup>402</sup> Ergänzend sei für die Entwicklung der Anzahl Kunden von ETA, die 2014 bis 2019 jeweils mechanische Uhrwerke bezogen haben – und wie viele davon ihren Bezug bei ETA, Sellita und Anderen tätigten –, auf die Tabelle A 10 im Anhang verwiesen.

300. Betrachtet man die *Bezugsmengen* der Kunden von ETA (d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR), so ist ersichtlich, dass die Kunden von ETA im Jahr 2014 insgesamt ca. [...] Mio. mechanische Uhrwerke bezogen haben, während dies im Jahr 2019 noch ca. [...] Mio.

mechanische Uhrwerke waren (vgl. Tabelle A 11 im Anhang).<sup>403</sup> Wie auch die insgesamt in der Schweiz produzierte Menge mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 143) und die gesamte Verkaufsmenge mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 173) hat die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 abgenommen, und zwar um [...] %. Dies ist wiederum hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA in den Jahren 2016 und 2017 im Vergleich zum jeweiligen Vorjahr eine starke Abnahme aufwies (–[...] % bzw. –[...] %), nachdem die Uhrenexporte im Jahr 2015 erstmals wieder rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.).

301. Die Abbildung 11 zeigt die Entwicklung der Bezugsmengen mechanischer Uhrwerke der Kunden von ETA insgesamt, bei ETA, bei Sellita und bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke in der Periode 2014 bis 2019. Sowohl die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA als auch deren Bezugsmengen bei ETA, bei Sellita und bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke nahmen in den Jahren 2016 und 2017 ab (vgl. auch Tabelle A 11 im Anhang).

Abbildung 11: Bezugsmengen mechanischer Uhrwerke der Kunden von ETA 2014 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

302. Während die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA von ca. [...] Mio. mechanischen Uhrwerken im Jahr 2015 auf ca. [...] Stück im Jahr 2017 sank (2016:

<sup>401</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>402</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>403</sup> Die hier und nachfolgend genannten Bezugsmengen der Kunden von ETA basieren auf Angaben der Kunden von ETA, welche im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) erhoben wurden.

-[...] %; 2017: -[...] %), nahm die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei Sellita von ca. [...] mechanischen Uhrwerken im Jahr 2015 auf knapp [...] Stück im Jahr 2017 [...] (2016: [...] %; 2017: [...] %). Nachdem die Uhrenexporte 2017 wieder anstiegen (vgl. Rz 132 ff.), nahmen die Bezugsmengen der Kunden von ETA sowohl bei ETA als auch bei Sellita im Jahr 2018 [...] ([...] % bzw. [...] %). Zu diesem Zeitpunkt bezogen die Kunden von ETA mechanische Uhrwerke praktisch zu gleichen Teilen bei ETA und Sellita, nämlich ca. [...] bzw. [...] Stück (vgl. auch Tabelle A 11 im Anhang sowie Rz 167).

303. Auch die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke veränderte sich von 2014 bis 2018 in der gleichen Weise. Diese sank in den Jahren 2016 und 2017 um [...] % bzw. [...] % und nahm 2018 um [...] % zu. Dies allerdings auf vergleichsweise tiefem Niveau. Die Kunden von ETA bezogen in den Jahren 2016 und 2017 knapp [...] bzw. [...] mechanische Uhrwerke weniger und 2018 [...] mechanische Uhrwerke mehr bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke (vgl. Abbildung 11 wie auch Tabelle A 11 im Anhang).

304. Im Jahr 2019 ist zu beobachten, dass die Bezugsmenge der Kunden von ETA sowohl bei Sellita als auch bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke – wie im Jahr 2018 zuvor – (leicht) [...] ([...] % bzw. [...] %; vgl.

auch Tabelle A 11 im Anhang). Die Bezugsmenge bei ETA nimmt allerdings stark ab (-[...] %), obwohl von 2018 auf 2019 kein Reduktionsschritt der gemäss Ziff. 3 evR von ETA zu liefernden Mengen erfolgte (vgl. Rz 136). Dies führte dazu, dass auch die gesamte Bezugsmenge aller Kunden von ETA im Jahr 2019 abnahm (-[...] %).

305. Die gleiche Entwicklung zeigt die Betrachtung der Bezugsaufteilung der Kunden von ETA auf die drei möglichen Bezugsquellen, ETA, Sellita oder andere Hersteller mechanischer Uhrwerke. In der nachfolgender Tabelle 11 sind die Bezugsanteile der Kunden von ETA in den Jahren 2014 bis 2019 dargestellt. Während die Kunden von ETA 2014 bis 2016 zwischen [50–60] % bis [50–60] % ihres Bezugs mechanischer Uhrwerke bei ETA und [30–40] % bis [30–40] % ihres Bezugs bei Sellita tätigten, teilten diese 2017 und 2018 ihren Bezug mechanischer Uhrwerke zu [40–50] % bzw. [40–50] % auf ETA und zu [40–50] % auf Sellita auf. Im Jahr 2019 tätigten die Kunden von ETA ihren Bezug mechanischer Uhrwerke dann überwiegend bei Sellita, nämlich zu [50–60] %. Bei ETA tätigten sie noch einen Anteil von [30–40] % ihres Bezugs mechanischer Uhrwerke. Einzig ca. [0–10] % bis [10–20] % ihres Bezugs mechanischer Uhrwerke tätigten die Kunden von ETA in der relevanten Zeitperiode bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke.

Tabelle 11: Bezugsanteile der Kunden von ETA 2014 bis 2019.

Bezug bei	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%
Sellita	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%
Anderen	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
<b>Gesamt</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

306. Zusammenfassend lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass sich der Bezug der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 insofern geändert hat, als dass sie ihren Bezug anteilmässig bei ETA reduzierten und bei Sellita erhöhten, wobei sich ihre Bezugsanteile bei ETA und bei [...] insbesondere 2017 und 2019 reduzierten bzw. erhöhten. Der Bezugsanteil der Kunden von ETA bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke verblieb relativ unverändert. Dies widerspiegelt die bereits beschriebene Entwicklung der Marktanteile von ETA, Sellita und anderer Hersteller mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 164 ff.). Auch hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass von 2015 bis 2017 einerseits die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA abnahm (vgl. Rz 300) und sich andererseits ihre Bezugsmenge bei ETA mehr als halbierte (vgl. Rz 302). Dies führt zu einer erheblichen Zunahme des Bezugsanteils bei Sellita im Jahr 2017, [...] auch die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei Sellita in dieser Periode [...] (vgl. Rz 302). Auch im Jahr 2019 führte eine starke Abnahme der Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA – welcher eine grundlegende Verhaltensänderung der Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR-Kriterien zugrunde lag (vgl. Rz 175 ff. und Rz 319 ff.) – dazu,

dass die gesamte Bezugsmenge abnahm und eine [...] der Bezugsmenge bei Sellita (um rund [...] Stück; vgl. Rz 304 sowie Tabelle A 11 im Anhang) eine [...] des Bezugsanteils bei Sellita bewirkte.

307. Bei der Betrachtung der Bezugsmengen der Kunden von ETA ist zu berücksichtigen, dass Sellita ebenfalls Kundin von ETA ist (vgl. Rz 291) und in der Periode 2014 bis 2019 mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen und diese als ETA-Uhrwerke an ihre Kunden weiterverkauft hat. Sellita begründet den Bezug von mechanischen Uhrwerken bei ETA damit, dass Sellita nicht die Kapazität habe, die Menge mechanischer Uhrwerke herzustellen, die sie benötige, um die Nachfrage zu bedienen. Dies läge insbesondere an den von Nivarox festgelegten Verkaufsquoten an Assortiments.<sup>404</sup> [...].<sup>405</sup>

<sup>404</sup> Auf die von Sellita gestellten Anträge, welche auf eine Regelung des Verhaltens der Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind, wird nicht eingetreten, da sie ausserhalb des Gegenstandes des vorliegenden Verfahrens liegen (vgl. dazu Rz 56 ff.).

<sup>405</sup> Act. [...]. Vgl. hierzu auch RPW 2014/1, 239 Rz 199, *Swatch Group Lieferstopp*.

308. Die nachfolgende Tabelle 12 weist die von Sellita bei ETA bezogenen Mengen mechanischer Uhrwerke in den Jahren 2014 bis 2019 aus.

Tabelle 12: Bezugsmengen von Sellita bei ETA 2014 bis 2019.

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Bezugsmenge Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Δ in %	-	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ant. an Gesamtbezugsmenge bei ETA in %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Act. [...].

309. Sellita war bis und mit 2016 [...] Kunde von ETA.<sup>406</sup> Sellita bezog 2014 bis 2016 mehr als [...] mechanische Uhrwerke bei ETA und [...] dabei die ihr gemäss Ziff. 3 evR zustehende Menge an mechanischen Uhrwerke [...]. Damit machte der Bezug von Sellita bei ETA in diesen Jahren einen Anteil von [...] % bzw. [...] % der gesamten Bezugsmenge aller Kunden von ETA bei ETA aus. Im Jahr 2017 reduzierte Sellita ihre Bezugsmenge um [...] % auf [...] mechanische Uhrwerke und bezog damit [...] ca. [...] % der ihr gemäss Ziff. 3 evR zustehenden Menge. Auch im darauffolgenden Jahr 2018 bezog Sellita [...] einen Bruchteil der ihr zustehenden Menge mechanischer Uhrwerke ([...] %) bei ETA, nämlich [...] Stück. 2017 und 2018 machte der Bezug von Sellita bei ETA [...] einen Anteil von [...] % bzw. [...] % an der gesamten Bezugsmenge aller Kunden von ETA bei ETA aus. Sellita [...].<sup>407</sup>

310. Die nachfolgende Abbildung 12 zeigt wiederum die Entwicklung der Bezugsmengen mechanischer Uhrwerke der Kunden von ETA insgesamt, bei ETA, bei Sellita und bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke in der Periode 2014 bis 2019, wobei die Bezugsmengen von Sellita und allen anderen Kunden von ETA bei ETA separat ausgewiesen werden.

311. In Abbildung 12 ist ersichtlich, dass die überaus starke Abnahme der Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA im Jahr 2017 (vgl. Rz 302) im Wesentli-

chen auf die [...] reduzierte Bezugsmenge von Sellita bei ETA zurückzuführen ist. Betrachtet man die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA ohne Sellita, so nimmt diese von 2016 auf 2017 nur noch um [...] % ab (vgl. auch Tabelle A 12 im Anhang). Nachdem die Uhrenexporte ab dem Jahr 2015 rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.) und die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken in der Folge sank, nahmen somit insbesondere die indirekten Bezüge von ETA-Uhrwerken über Sellita ab.

Abbildung 12: Bezugsmengen mechanischer Uhrwerke der Kunden von ETA (Sellita und Rest) 2014 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

312. Betrachtet man die Bezugsaufteilung der Kunden von ETA (ohne Sellita) auf die drei möglichen Bezugsquellen (ETA, Sellita oder andere Hersteller mechanischer Uhrwerke) in Tabelle 13, so zeigt sich denn auch, dass die Kunden von ETA (ohne Sellita) 2014 bis 2018 zwischen [40–50] % bis [40–50] % ihres Bezugs mechanischer Uhrwerke bei ETA und [40–50] % bis [40–50] % ihres Bezugs bei Sellita tätigten. Die Kunden von ETA (ohne Sellita) teilten somit ihren Bezug mechanischer Uhrwerke mehr oder weniger häufig auf die zwei Bezugsquellen ETA und Sellita auf.

Tabelle 13: Bezugsanteile der Kunden von ETA (ohne Sellita) 2014 bis 2019.

Bezug bei	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%
Sellita	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%
Anderen	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
<b>Gesamt</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

313. Die relative Stabilität dieser Bezugsaufteilung der Kunden von ETA auf ETA und Sellita bestätigt sich auch, wenn man diese mit der Lieferverpflichtung von ETA sowie der daraus folgenden bestellbaren Menge bei ETA (vgl. Abbildung 4 sowie Tabelle A 13 im Anhang) vergleicht (vgl. Abbildung 13). Wie bereits erwähnt, umfasste die Lieferverpflichtung von ETA gemäss Ziff. 3

<sup>406</sup> Act. [...].

<sup>407</sup> Act. [...].

evR die Lieferung von mechanischen Uhrwerken an bisherige Drittkunden im Umfang von 75 % der Referenzmenge in den Jahren 2014 und 2015, 65 % in den Jahren 2016 und 2017 sowie 55 % in den Jahren 2018 und 2019. Die bestellbare Menge entspricht der Lieferverpflichtung abzüglich allfälliger Kürzungen gemäss Ziff. 2 lit. d evR (vgl. Rz 136 f.).

Abbildung 13: Bezugsmenge der Kunden von ETA und Lieferverpflichtung 2014 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 39.

314. So ist in Abbildung 13 ersichtlich, dass die Kunden von ETA im Jahre 2017 ihren Gesamtbezug mechanischer Uhrwerke (im Umfang von ca. [...]; vgl. Tabelle A 11) zu [...] % bei ETA hätten tätigen können, denn die bei ETA gemäss evR bestellbare Menge umfasste im Jahr 2017 [...] mechanische Uhrwerke (vgl. Tabelle A 13 im Anhang). Nichtsdestotrotz teilten die Kunden ihren Bezug mechanischer Uhrwerke weiterhin mehr oder weniger hälftig auf ETA und Sellita sowie zu einem kleinen Teil auf andere Uhrwerkshersteller auf (vgl. Tabelle 11). Auch 2018 hätten die Kunden von ETA ihren Bezug zu einem weitaus grösseren Teil bei ETA tätigen können als sie es denn tatsächlich taten. So betrug die Gesamtbezugsmenge der Kunden von ETA im Jahr 2018 [...] mechanische Uhrwerke und die bestellbare Menge bei ETA [...] Stück, was bedeutet, dass die Kunden von ETA ihren Gesamtbezug zu [...] % bei ETA hätten tätigen können, sie indes tatsächlich [...] % ihres Bezuges bei ETA tätigten.<sup>408</sup>

315. Nichtsdestotrotz möchte die Mehrheit der Kunden von ETA auch nach dem 31. Dezember 2019 weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, wenn dies möglich ist. So gaben [...] von den insgesamt [...] (befragten) Kunden von ETA (69 %; vgl. Rz 290) an, weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen zu wollen. [...] Kunden von ETA (13 %) gaben an, nach dem 31. Dezember 2019 nicht mehr bei ETA beziehen zu wollen.<sup>409</sup>

316. Die [...] Kunden von ETA, die weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen möchten, begründen dies wie folgt.<sup>410</sup> 13 Kunden führen Eigenschaften von ETA als Begründung an, nämlich die Qualität von ETA-Uhrwerken, das grosse Sortiment von ETA, den Ruf von ETA und die ausreichende Menge. Zehn Kunden benennen die tieferen Preise von ETA bzw. das bessere Preis-/Leistungsverhältnis von ETA. Sieben Kunden begründen ihre Absicht, weiterhin bei ETA zu beziehen, mit den Präferenzen ihrer Kunden. Weitere sieben Kunden nennen als Grund die Bezugsdiversifizierung. Ebenfalls sieben Kunden führen als Begründung die Tatsache an, dass es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA keine Substitute gebe. In ähnlicher Weise führen zwei weitere Kunden aus, dass sie spezifische Uhrwerke von ETA benötigen. Fünf Unternehmen geben als Begründung für ihre Absicht, weiterhin bei ETA zu beziehen, an, dass ihre Uhren bzw. ihre Modifikationen auf ETA-Uhrwerken basieren. Vier Kunden führen aus, dass ETA ein wichtiger bzw. strategischer Partner sei, seit langem eine gute Beziehung zu ETA bestehe bzw. man mit ETA zufrieden sei. Drei Kunden begründen ihre Ant-

wort damit, dass sie abhängig von den ETA-Uhrwerken bzw. die Basisuhrwerke von ETA unentbehrlich seien. Weitere drei Kunden nennen die mangelnden Alternativen als Grund. Ein Kunde führt aus, dass die eigenproduzierten mechanischen Uhrwerke sowie der Bezug bei Alternativen den Bedarf nicht decken. Schliesslich gibt ein Kunde als Grund an, zukünftig auch mechanische Uhrwerke neueren Standards, d.h. mit Siliziumtechnologie, kaufen zu können. Sechs Unternehmen begründen ihre Antwort nicht.<sup>411</sup>

317. Unter den [...] Kunden, die weiterhin bei ETA beziehen wollen, ist auch Sellita. [...]. Ihre Uhrwerksproduktion sei limitiert durch die Anzahl Assortiments, die Nivarox liefere. Sellita werde dann unabhängig von Nivarox sein, wenn diese bereit sei, eine ausreichende Menge an und auch neuere Typen von Assortiments an Sellita zu liefern. [...] (vgl. Rz 186 und Rz 368 f.).<sup>412</sup>

318. Die [...] Kunden von ETA, die in Zukunft keine mechanische Uhrwerke mehr bei ETA beziehen möchten, begründen dies wie folgt.<sup>413</sup> Drei Kunden nennen als Grund ihre alternativen Bezugsquellen und ein Kunde führt aus, dass er den Bezug bei ETA eingestellt habe. Ein Kunde gibt als Begründung an, dass die Bezugsquelle ETA zu unsicher sei und er deshalb auf Sellita setze. Ein Kunde schliesst einen Weiterbezug bei ETA aufgrund der Verhaltensweise von ETA aus und ein Kunde möchte nicht mehr bei ETA beziehen, weil der Service schlecht sei. Vier Unternehmen begründen ihre Antwort nicht.<sup>414</sup>

319. Abschliessend soll an dieser Stelle noch auf die Tatsache eingegangen werden, dass die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA insbesondere im Jahr 2019 stark abnahm (-[...] %; vgl. Rz 304, Abbildung 11 wie auch Tabelle A 11 im Anhang). Die gleiche Entwicklung wurde bereits beim Marktanteil von ETA festgestellt (vgl. Rz 175 ff.). Wie an dortiger Stelle bereits erläutert, änderte Swatch Group bzw. ETA ihr Verhalten bei der Umsetzung der evR im Jahr 2019.

320. Die nachfolgende Abbildung 14 zeigt die Entwicklung der Bezugsmenge mechanischer Uhrwerke der Kunden von ETA bei ETA (basierend auf den Angabe der Kunden) in den Jahren 2014 bis 2019, kombiniert mit der Lieferverpflichtung von ETA sowie der daraus folgenden bestellbaren Menge bei ETA (vgl. Abbildung 4 sowie Tabelle A 13 im Anhang). Wie bereits erwähnt, umfasste die Lieferverpflichtung von ETA gemäss Ziff. 3 evR die Lieferung von mechanischen Uhrwerken an bisherige Drittkunden im Umfang von 75 % der Referenzmenge in den Jahren 2014 und 2015, 65 % in den Jahren 2016 und 2017 sowie 55 % in den Jahren 2018 und 2019. Die bestellbare Menge entspricht der Lieferverpflichtung abzüglich allfälliger Kürzungen gemäss Ziff. 2 lit. d evR (vgl. Rz 136 f.).

<sup>408</sup> Act. [...].

<sup>409</sup> [...] Kunden von ETA (18 %) haben diese Frage nicht beantwortet. Vgl. Fn 39.

<sup>410</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich.

<sup>411</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>412</sup> Act. [...].

<sup>413</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich.

<sup>414</sup> Vgl. Fn 39.

Abbildung 14: Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA und Lieferverpflichtung 2014 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweise: Die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA basiert auf den Angaben der Kunden von ETA. Die total bestellte Menge der Kunden von ETA bei ETA basiert auf den Angaben von Swatch Group. Vgl. auch Fn 415.

321. Ebenfalls abgebildet ist in Abbildung 14 die von den Kunden bei ETA total bestellte Menge mechanischer Uhrwerke (basierend auf den Angaben von Swatch Group; vgl. Tabelle A 13 im Anhang).<sup>415</sup> Die total bestellte Menge bei ETA enthält einerseits die von den Kunden bei ETA bestellten Mengen der ihnen gemäss Ziff. 3 evR zustehenden Mengen sowie die sog. KMU-Mengen, d.h. Mehrlieferungen im Rahmen der abweichenden Vereinbarungen mit KMUs gemäss Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 137). Die Abbildung 15 zeigt die Aufteilung der total bestellten Menge bei ETA in die im Rahmen von Ziff. 3 evR bestellten Mengen und die KMU-Mengen der Kunden von ETA.

Abbildung 15: Aufteilung der total bestellten Menge bei ETA 2014 bis 2019.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

322. In Abbildung 15 ist ersichtlich, dass die von den Kunden im Rahmen von Ziff. 3 evR bestellten Mengen in den Jahren 2017 und 2018 zurückgingen. Während die Kunden von ETA 2014 bis 2016 über [...] % der Ihnen gemäss Ziff. 3 evR zustehenden Mengen bei ETA bestellten, riefen diese 2017 und 2018 nur noch [...] % bzw. [...] % der ihnen zustehenden Mengen ab (vgl. auch Tabelle A 13 im Anhang). Dieser Rückgang der Bestellungen im Rahmen von Ziff. 3 evR ist im Kontext der Entwicklung der Uhrenexporte in der betrachteten Periode zu sehen; so erfolgt die Abnahme der bei ETA im Rahmen von Ziff. 3 evR bestellten Mengen (zeitverzögert), nachdem die Uhrenexporte in den vorangehenden Jahren 2015 und 2016 rückläufig waren (vgl. Rz 132 ff.).

323. Der Rückgang der Bestellungen im Rahmen von Ziff. 3 evR in den Jahren 2017 und 2018 führte dazu, dass das Kürzungsrecht gemäss Ziff. 2 lit. d evR im Jahr 2019 erstmals zum Tragen kam und ETA die bestellbare Menge insgesamt um [...] Stück kürzte (vgl. Abbildung 14 wie auch Rz 176 f.). Wie in Abbildung 15 ersichtlich, nahmen die von den Kunden im Rahmen von Ziff. 3 evR bestellten Mengen 2019 wieder zu und bestellten die Kunden von ETA 2019 die Ihnen gemäss Ziff. 3 evR zustehenden Mengen bei ETA zu [...] %, was wiederum auch im Kontext der Entwicklung der Uhrenexporte zu sehen ist, welche ab 2017 wieder anstiegen.

324. In Abbildung 15 ist ebenfalls ersichtlich, dass in der gleichen Zeit, in der die Bestellungen im Rahmen von Ziff. 3 evR zurückgingen, die KMU-Mengen zunahmen (vgl. auch Tabelle A 13 im Anhang). Während 2015 die KMU-Mengen noch einen Anteil von [...] % an der total bestellten Menge der Kunden von ETA ausmachten ([...] Stück), waren 2018 [...] % der total bestellten Menge

mechanische Uhrwerke, die im Rahmen von abweichenden Vereinbarungen gemäss Ziff. 4 lit. b evR bestellt und geliefert wurden (ca. [...] Stück).<sup>416</sup> Dazu ist anzufügen, dass Swatch Group bzw. ETA 2019 [...] keine abweichenden Vereinbarungen mit KMUs im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR abgeschlossen hat. Swatch Group bzw. ETA verzichtete auf den Abschluss von abweichenden Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR im Umfang von [...] Stück (vgl. Rz 176 f.).

325. Die Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA nahm im Jahr 2019 stark ab, was ausschlaggebend dafür ist, dass auch die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA abnahm (vgl. Rz 304). Der Grund dieser starken Abnahme ist allerdings nicht eine sinkende Nachfrage nach mechanischen ETA-Uhrwerken aufgrund eines allgemeinen Rückgangs der Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken – denn die Uhrenexporte und damit auch die Nachfrage stiegen ab 2017 wieder an – oder eine Substitution mit mechanischen Uhrwerken anderer Hersteller oder eigenproduzierten mechanischen Uhrwerken. Diese starke Abnahme ist vielmehr einerseits eine Spätfolge des Nachfragerückgangs in den Jahren 2015 und 2016, welche aufgrund des evR-Mechanismus erst 2019 Wirkung entfaltete, nachdem die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken wieder angestiegen war, und andererseits Ausdruck des Verzichts von Swatch Group bzw. ETA, abweichende Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR abzuschliessen.

#### Zwischenfazit

326. Betreffend das Bezugsverhalten der Kunden von ETA lässt sich an dieser Stelle das folgende Zwischenfazit ziehen. Die Anzahl Kunden von ETA (d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR), die tatsächlich bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben, ist zwischen 2014 und 2019 gesunken. In der gleichen Periode sank auch die Gesamtzahl der Kunden von ETA, die mechanische Uhrwerke beziehen, wie auch die Zahl der Kunden von ETA, die bei Sellita mechanische Uhrwerke beziehen. Ein Grossteil der Kunden von ETA diversifizierte ihren Bezug bereits 2014, indem diese Kunden von ETA mehrere Bezugsquellen nutzten, wobei die meisten Kunden von ETA bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke bezogen. Während sich die Anzahl der Kunden von ETA, welche in den jeweiligen Jahren einzig bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen, von 2014 bis 2019 leicht reduzierte, nahm die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Sellita tätigten, wie auch die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug

<sup>415</sup> Die Differenz zwischen der Bezugsmenge der Kunden von ETA bei ETA (basierend auf Angaben der Kunden) und der total bestellten Menge (basierend auf Angaben von Swatch Group) ist darin begründet, dass erstens ausschliesslich Schweizer Kunden von ETA befragt wurden, zweitens nicht alle Kunden den Fragebogen des Sekretariats beantworteten (vgl. Rz 18 ff.) und drittens einige wenige Unternehmen keine oder nur teilweise Angaben zu den in den Jahren 2014 bis 2019 bezogenen Mengen an mechanischen Uhrwerken machten.

<sup>416</sup> Act. [...]; Gemäss Angaben von Swatch Group wurden 2015 [...] abweichende Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR mit KMUs abgeschlossen, während dies 2018 [...] solche Vereinbarungen waren.

jeweils nur bei Anderen tätigten, von 2014 bis 2019 zu. Über die gesamte Periode hinweg haben 17 Kunden von ETA ihren Bedarf ausschliesslich bei ETA gedeckt, darunter Sellita. Schliesslich haben 19 Kunden von ETA in der gesamten Periode keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bezogen (vgl. Rz 295 ff.).

327. Die Analyse der Entwicklung der Bezugsmengen (vgl. Rz 300 ff.) zeigte, dass sich die Bezugsanteile der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 insofern geändert haben, als dass sich die Bezugsanteile bei ETA reduzierten und diejenigen bei Sellita erhöhten. Der Bezugsanteil der Kunden von ETA bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke verblieb relativ unverändert auf tiefem Niveau. Dies widerspiegelt die bereits beschriebene Entwicklung der Marktanteile von ETA, Sellita und anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 164 ff.). Zu berücksichtigen ist bei der Bezugsanteilsentwicklung allerdings auch, dass von 2015 bis 2017 einerseits die gesamte Bezugsmenge der Kunden von ETA abnahm und sich andererseits ihre Bezugsmenge bei ETA [...], was trotz abnehmender Bezugsmenge bei Sellita zu einer erheblichen Zunahme des Bezugsanteils bei Sellita im Jahr 2017 führte. Auch 2019 führte eine starke Abnahme der Bezugsmenge bei ETA infolge der grundlegenden Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR-Kriterien (vgl. Rz 319 ff.) dazu, dass die gesamte Bezugsmenge abnahm und eine überaus geringe Zunahme der Bezugsmenge bei Sellita eine erhebliche Zunahme des Bezugsanteils bei Sellita bewirkte.

328. Die überaus starke Abnahme der Bezugsmenge bei ETA im Jahr 2017 ist im Wesentlichen auf die [...] reduzierte Bezugsmenge von [...]. Nachdem die Uhrenexporte ab dem Jahr 2015 rückläufig waren und die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken in der Folge sank, nahmen somit insbesondere die indirekten Bezüge von ETA-Uhrwerken über [...] ab. Betrachtet man die Bezugsaufteilung der Kunden von ETA (ohne [...]) auf die drei möglichen Bezugsquellen, so zeigt sich denn auch ein zwischen 2014 bis 2018 relativ stabiles Bezugsmuster (vgl. Rz 307 ff.). Nichtsdestotrotz möchte die Mehrheit der Kunden von ETA auch nach dem 31. Dezember 2019 weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, wenn dies möglich ist.

#### **B.3.4.3.2 Entwicklung der Eigenversorgung der Kunden von ETA**

329. Wie bereits erwähnt, wurden im Rahmen der Analyse des potentiellen Wettbewerbs im ursprünglichen Entscheid u.a. vergangene und damals aktuelle *Expansionsprojekte* geprüft (vgl. Rz 97 f.). Neben den damals erfolgten Markteintritten (vgl. hierzu Rz 182 ff.) wurden auch Projekte von Uhrenherstellern analysiert, welche damit begonnen hatten, mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen. Die damalige Analyse zeigte auf, dass verschiedene (auch grosse) Abnehmer von ETA ihre Eigenversorgung an mechanischen Uhrwerken erhöhen würden, was nach damaliger Einschätzung der WEKO die Knappheit an mechanischen Uhrwerken über die nächsten Jahre unter sonst gleichbleibenden Bedingungen entschärfe.<sup>417</sup> Im ersten Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.) wurde eine erste Überprüfung dieser damals analysierten Aufbau- bzw. Ausbauprojekte

von Uhrenherstellern für den Eigengebrauch durchgeführt und eine Analyse von zu diesem Zeitpunkt neuen bzw. geplanten Aufbau- bzw. Ausbauprojekten gemacht.<sup>418</sup>

330. Nachfolgende Ausführungen geben einen Überblick einerseits über die in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren analysierten und andererseits über die in der Zwischenzeit neu initiierten Aufbau- bzw. Ausbauprojekte von Kunden von ETA (Uhrenherstellern) für den Eigengebrauch und ziehen ein erstes Zwischenfazit.

#### *Analyse der Entwicklung der Eigenversorgung der Kunden von ETA*

331. Eine Reihe von Uhrenherstellern hatte bereits 2013, zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids, in den Aufbau einer eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke investiert, wobei kein Verkauf an Dritte geplant war. Dazu gehörten u.a. die Richemont-Gruppe, LVMH, Breitling, die Bucherer AG (nachfolgend: Bucherer), Chopard und die Eterna Uhrenfabrik SA (nachfolgend: Eterna).<sup>419</sup>

332. Die Richemont-Gruppe (vgl. Rz 85) plante zur Zeit der ursprünglichen Untersuchung mehr als 100 Mio. CHF in die zur Gruppe gehörende Uhrwerk- und Komponentenherstellerin Valflourier zu investieren. Zudem investierten einzelne Gruppengesellschaften wie bspw. Vacheron Constantin, Cartier, Piaget oder Panerai in den Ausbau der eigenen Kapazitäten. [...] <sup>420</sup> [...] Im Jahr 2015 produzierte Richemont [...] und im Jahr 2019 ca. [...] eigene mechanische Uhrwerke. Richemont konnte somit ihre Eigenversorgung mechanischer Uhrwerke [...]. Gemäss eigenen Angaben ist der Eigenversorgungsgrad von Richemont von [...] % im Jahr 2014 auf [...] % im Jahr 2019 [...] [...] die mechanischen Uhrwerke anderer Hersteller als ETA teurer und/oder teilweise von schlechterer Qualität seien. Die Richemont-Gruppe bezog [...] mechanische Uhrwerke von Dritten – [...] – und zwar im Umfang von [...] Stück. [...]. In diesem Zusammenhang betont Richemont auch, dass es wichtig sei, zwischen der Lieferung mechanischer Uhrwerke für die Herstellung und den Verkauf neuer Uhren und der Lieferung mechanischer Uhrwerke sowie von Ersatzteilen für den Service *Après-Vente* zu unterscheiden. [...] <sup>421</sup> Hierzu sei auf die Ausführungen in Rz 60 ff. verwiesen.

333. Auch die zur LVMH-Gruppe gehörenden Gesellschaften (vgl. Rz 85) investierten teilweise in den Aufbau einer eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke.<sup>422</sup> Zenith war bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids Eigenversorger [...].<sup>423</sup> Zenith bestätigt dies

<sup>417</sup> Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 210 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>418</sup> RPW 2016/4, 1047 Rz 77 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>419</sup> Vgl. RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>420</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>421</sup> Act. [...].

<sup>422</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>423</sup> [...].



in der nun durchgeführten Befragung. Zenith ist zu 100 % Eigenversorger und beliefert bspw. die Gruppengesellschaft Hublot.<sup>424</sup> [...] <sup>425</sup> Mit einer Produktion von [...] Stück im Jahr 2015 und von [...] Stück im Jahr 2019 erreichte Hublot ihr damals gesetztes Ziel. Hublot wies gemäss eigenen Angaben 2014 wie auch 2019 einen Eigenversorgungsgrad von ca. [...] % auf. Dies bedeutet, dass Hublot ihren Bedarf [...] durch den Bezug von mechanischen Uhrwerken bei Dritten deckt, [...] bei Sellita und anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke, [...] bei ETA. Im Jahr 2019 bezog Hublot insgesamt [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten. In diesem Zusammenhang hält Hublot fest, dass sie planen auch weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke zu beziehen, insbesondere weil [...] <sup>426</sup> [...] <sup>427</sup> Bulgari produziert [...] eigene mechanische Uhrwerke und stellte im Jahr 2018 [...] Stück her. Bulgari erreichte nach eigenen Angaben im Jahr 2019 einen Eigenversorgungsgrad von [...] % (2014: [...] %). Auch Bulgari bezog in der Periode 2014 bis 2019 zur Bedarfsdeckung noch mechanische Uhrwerke bei ETA, Sellita sowie anderen Herstellern und beabsichtigt, weiterhin bei ETA zu beziehen, weil [...] <sup>428</sup> TAG Heuer kündigte damals an, die Kapazitäten ab 2013 auf 100'000 Stück pro Jahr zu verdoppeln. TAG Heuer produzierte 2013 [...] mechanische Uhrwerke. Im Jahr 2019 belief sich die Produktionsmenge [...] Stück. Gemäss eigenen Angaben wurde damit 2019 ein Eigenversorgungsgrad von [...] % erreicht (2014: [...] %). [...] Auch TAG Heuer deckt ihren Bedarf an mechanischen Uhrwerken [...] mit dem Bezug bei Dritten. Insgesamt bezog TAG Heuer 2019 [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, davon [...] [...] % bei Sellita, [...] % bei ETA und den Rest bei anderen Herstellern; dieses Bezugsmuster blieb 2014 bis 2019 [...] <sup>429</sup> Die beiden anderen Gruppengesellschaften von LVMH, Christian Dior und Louis Vuitton, produzieren selbst keine mechanische Uhrwerke bzw. stellen [...] her. <sup>430</sup> Insgesamt wies die LVMH-Gruppe 2011 eine Produktionsmenge von [...] mechanischen Uhrwerken auf und bezog [...] mechanische Uhrwerke von Dritten, davon rund [...] % bei ETA. Im Jahr 2019 produzierte die LVMH-Gruppe gesamthaft [...] mechanische Uhrwerke und bezog [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, davon [...] % bei ETA. Die LVMH-Gruppe wies 2019 einen durchschnittlichen Eigenversorgungsgrad von [...] % auf (2014: [...] %).

334. *Rolex*, welche mechanische Uhrwerke einzig für ihre Uhrenmarke Rolex produziert, war bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids praktisch zu 100 % vertikal integriert.<sup>431</sup> Heute ist Rolex komplett unabhängig und bezieht weder mechanische Uhrwerke noch Assortiments von Dritten.<sup>432</sup> Montres Tudor, Tochtergesellschaft von Rolex, verwendete zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids für ihre Uhren der Marke Tudor ETA-Uhrwerke. Dem Sekretariat war damals nicht bekannt, ob Rolex in Zukunft eigene Uhrwerke in die Uhren der Marke Tudor einbauen wird.<sup>433</sup> Die nun durchgeführte Befragung zeigte, dass Montres Tudor ihren Bedarf [...] mit dem Bezug mechanischer Uhrwerke bei ETA deckte und [...] gruppenintern zu decken, nämlich bei Kenissi, welche [...] mechanische Uhrwerke für Montres Tudor produziert (vgl. Rz 194). Zudem [...] Montres Tudor [...] mechanische Uhrwerke bei Sellita und [...] zu beziehen, stellte [...] den Bezug mechani-

scher Uhrwerke bei ETA ein und beabsichtigt auch nicht, weiter bei ETA zu beziehen.<sup>434</sup>

335. *Breitling* hat mit dem Aufbau der eigenen Produktion bereits 2009 begonnen und ein Chronographen-Kaliber (B01) mit Assortiments von Nivarox entwickelt. Breitling strebte zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung einen Ausbau der eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke auf 50'000 Stück pro Jahr an. Breitling, deren Produktionsmenge 2013 [...] Stück betrug, konnte ihre Produktion bis 2019 [...] (2019: [...]). Gemäss eigenen Angaben kann die interne Produktion den Bedarf an mechanischen Uhrwerken zu ca. [...] decken. Breitling hält fest, dass sie nicht in der Lage sei, mechanische Uhrwerke auf industrieller Ebene zu fertigen und ihre interne Produktion ihren Bedarf an industriellen mechanischen Uhrwerken nicht decken könne. [...] <sup>435</sup> Breitling bezieht [...] im Jahr 2019 [...] ca. [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, wovon sie mittlerweile [...], rund [...] bei [...] und ca. [...] % bei ETA bezieht.<sup>436</sup> Zudem möchte Breitling weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, [...] <sup>437</sup>

336. *Bucherer* begann bereits 2005 mit der Entwicklung eines eigenen Uhrwerks für ihre Uhrenmarke Carl F. Bucherer. Zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung war der Produktionsaufbau jedoch noch nicht abgeschlossen. Bucherer [...] <sup>438</sup> Bucherer [...] ihre Produktion von ca. [...] im Jahr 2011 [...] ca. [...] mechanische Uhrwerke im Jahr 2019.<sup>439</sup> Wie Bucherer bereits damals klarstellte, umfasst die eigene Produktion jedoch ausschliesslich Uhrwerke im «Haute-Horlogerie»-Segment, welche in Uhren eingebaut würden, die in einem deutlich teureren Marktsegment seien als die Uhren mit ETA-Uhrwerken. Mit den eigenen mechanischen Uhrwerken können gemäss Bucherer die von ETA bezogenen Uhrwerke nicht ersetzt werden. Bucherer bezog denn auch 2019 noch rund [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, d.h. bei Sellita, ETA und diversen anderen Herstellern, und möchte weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen. Gemäss eigenen Angaben erreicht Bucherer mit ihrer Eigenproduktion im Jahr 2019 einen Eigenversorgungsgrad von [...] % (2014: [...] %).<sup>440</sup>

<sup>424</sup> Act. [...].

<sup>425</sup> [...].

<sup>426</sup> Act. [...].

<sup>427</sup> [...].

<sup>428</sup> Act. [...].

<sup>429</sup> Act. [...].

<sup>430</sup> Act. [...].

<sup>431</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>432</sup> [...]. Act. [...].

<sup>433</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>434</sup> Act. [...].

<sup>435</sup> [...]. Act. [...].

<sup>436</sup> Im Jahr 2014 bezog Breitling ihre mechanischen Uhrwerke [...] bei ETA und [...]. [...] Breitling bei [...] mechanische Uhrwerke zu beziehen.

<sup>437</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...].

<sup>438</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>439</sup> Act. [...].

<sup>440</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...].

337. *Chopard*, welche zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung plante, ihre Eigenproduktion von einigen tausend Stück bis 2015 auf 15'000–20'000 mechanische Uhrwerke pro Jahr zu erhöhen, [...] ihre Produktion bis 2019 [...] knapp [...] mechanische Uhrwerke.<sup>441</sup> Gemäss eigener Aussage erreichte Chopard damit einen Eigenversorgungsgrad von [...] % im Jahr 2019. Auch Chopard bezieht noch mechanische Uhrwerke bei Dritten (ETA und Sellita); die gesamthafte Bezugsmenge [...] sich von ca. [...] im Jahr 2014 auf knapp [...] im Jahr 2019. [...].<sup>442</sup>

338. Auch kleinere und mittelgrosse Uhrenmarken planten zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung den Auf- bzw. Ausbau einer eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke.<sup>443</sup> So plante die *Frédérique Constant SA* (nachfolgend: FC) eine Erhöhung ihrer Produktionskapazitäten. FC [...] und deckte damit gemäss eigenen Angaben seinen Bedarf zu [...].<sup>444</sup> Auch die [...] plante einen Ausbau ihrer Produktion auf [...] mechanische Uhrwerke im Jahr 2015.<sup>445</sup> [...] erhöhte ihre Produktion von [...] im Jahr 2011 auf [...] mechanische Uhrwerke im Jahr 2019. Gemäss eigenen Angaben konnte [...] ihren Eigenversorgungsgrad auf [...] % steigern. Trotzdem gibt [...] an, weiterhin bei ETA beziehen zu wollen.<sup>446</sup>

339. Ebenfalls Aufbaupläne hatten Uhrenhersteller, die zur City Champ-Gruppe gehören. Die *Montres Corum SARL* (nachfolgend: Corum) [...].<sup>447</sup> In der durchgeführten Befragung verwies Corum nun auf die zur gleichen Gruppe gehörende Eterna Movement, welche [...] für Corum mechanische Uhrwerke entwickle und produziere (vgl. Rz 196). Ob ein zukünftiger Bezug bei ETA in Erwägung gezogen werde, hänge laut Corum davon ab, ob sie das Kaliber 2894 (für welches es kein Substitut gibt) benötigen werden.<sup>448</sup> [...].<sup>449</sup> [...] <sup>450</sup> Auch die Uhrenmarke *Eterna* entwickelte gemäss damaligen Presseberichten seit 2007 ein eigenes Chronographen-Kaliber, die geplante Produktionsmenge war dem Sekretariat jedoch nicht bekannt.<sup>451</sup> In der nun durchgeführten Marktbefragung gibt Eterna an, eine Produktion für «haut-de-gamme»-Uhrwerke aufgebaut zu haben und verweist dazu auf die gruppenzugehörige Eterna Movement (vgl. Rz 196). [...] hält Eterna [...] fest, dass [...] und möchte deshalb auch weiterhin bei ETA beziehen.<sup>452</sup>

340. Im ersten Wiederwägungsverfahren wurden weitere Projekte zum Aufbau einer eigenen Uhrwerksproduktion genannt.<sup>453</sup> *Titoni* hatte sich [...]. Diese Beteiligung führte nach Aussage von Titoni zu [...]. Seit 2013 entwickelte Titoni ein eigenes Uhrwerk und plante für das Jahr 2019 eine Produktion von [...] Stück. In der aktuellen Marktbefragung gibt Titoni an, [...] und sich erst in den nächsten Jahren zeigen werde, ob dieses erfolgreich sei. Titoni hat [...]. Allerdings sei das eigene Uhrwerk [...].<sup>454</sup> Erst ab einer Produktion von ca. [...] mechanischen Uhrwerken sei ein Uhrwerkspreis ähnlich zu den Preisen von ETA oder Sellita (ca. [...]) zu erreichen. Ob und allenfalls mit welchen Produktionsmengen das Projekt weitergeführt werde, ist gemäss Titoni zum jetzigen Zeitpunkt nicht bekannt. Titoni deckt deshalb ihren Bedarf [...] [...] durch den Bezug bei Dritten, namentlich bei ETA und Sellita.<sup>455</sup> Zudem möchte auch Titoni weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, insbesondere da es keine Alternative zu den von ETA angebotenen Damenuhrwerken (bspw. 2671) gebe. Gemäss Titoni

haben sie mit Sellita eine (fast) äquivalente Bezugsquelle für mechanische Herrenuhrwerke gefunden, für Damenuhrwerke bleibe jedoch ETA die einzige Bezugsquelle.<sup>456</sup> Die Oris SA (nachfolgend: Oris) [...].<sup>457</sup> Im Jahr 2019 produzierte Oris [...] mechanische Uhrwerke, mit welchen ihr Bedarf an Uhrwerken für die Spitze ihres Uhrensegments gedeckt sei. Gemäss eigenen Angaben erreicht Oris damit einen Eigenversorgungsgrad von [...] [...] %. [...] ihres Bedarfes an mechanischen Uhrwerken deckt Oris [...] mit dem Bezug bei Dritten, namentlich bei ETA und Sellita, [...]. Oris hält denn auch fest, dass Oris kein Interesse an einer Weiterbelieferung durch ETA habe, da ihre Versorgung mit mechanischen Uhrwerken durch den Bezug bei Sellita gesichert sei.<sup>458</sup>

341. Auch in der Marktbefragung im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens wurden Uhrenhersteller gefragt, ob sie selbst mechanische Uhrwerke produzieren sowie ob sie versucht haben, seit 2013 eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke aufzubauen.

342. So haben auch die folgenden Kunden von ETA eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke aufgebaut. *Christopher Ward* produziert [...] ein eigenes Kaliber (SH21), dessen Assortiment [...], für den Eigengebrauch sowie den Verkauf an Dritte (vgl. Rz 195) im Umfang von ca. [...] Stück pro Jahr. Diese Produktion deckt den Eigenbedarf [...], gemäss eigenen Angaben zu ca. [...] %. So bezog Christopher Ward im Jahr 2019 ca. [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, namentlich ETA und Sellita. [...].<sup>459</sup> Die *Franck Muller Watchland SA* (nachfolgend: Franck Muller) hat eine Produktion für Tourbillon-Uhrwerke aufgebaut, wobei diese gemäss eigenen Angaben [...] ungefähr [...] % ihres gesamten Bedarfs an mechanischen Uhrwerken abdeckt. Franck Muller bezog im Jahr 2018 [...] auch ca. [...] mechanische Uhrwerke bei Dritten, d.h. bei ETA, Sellita und anderen Herstellern. Franck Muller beabsichtigt, weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke zu beziehen, falls dies möglich ist.<sup>460</sup> Die *Montres Chouriet SA* ist nach eigenen

<sup>441</sup> Für Chopard produzieren die Schwestergesellschaften Chopard Manufacture SA, welche mechanische Uhrwerke im «haut-de-gamme»-Bereich herstellt, und Fleurier Ebauches SA, welche mechanische Uhrwerke auf industriellem Niveau produziert.

<sup>442</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...].

<sup>443</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>444</sup> Act. [...].

<sup>445</sup> [...].

<sup>446</sup> [...].

<sup>447</sup> Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>448</sup> Act. [...].

<sup>449</sup> [...].

<sup>450</sup> [...].

<sup>451</sup> RPW 2014/1, 239 Rz 204, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>452</sup> Act. [...].

<sup>453</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1048 Rz 84, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>454</sup> Gemäss Titoni belaufen sich alleine die variablen Produktionskosten auf ca. [...] CHF. Um im Uhrenmarkt überhaupt konkurrenzfähig zu sein, könne in der Kalkulation der neuen Uhr nur ein Betrag von [...] CHF eingerechnet werden.

<sup>455</sup> Titoni hat zusätzlich einen mehrjährigen Versuch der Zusammenarbeit mit Soprod als Alternativlieferant versucht, [...].

<sup>456</sup> Act. [...].

<sup>457</sup> Act. [...] AV erstes Wiedererwägungsverfahren.

<sup>458</sup> Act. [...].

<sup>459</sup> Act. [...].

<sup>460</sup> Act. [...].

Angaben [...] zu produzieren, was gemäss eigenen Angaben ca. [...] % des Bedarfs an mechanischen Uhrwerken abdecken würde. Montres Chouriet möchte weiterhin mechanische Uhrwerke bei ETA beziehen.<sup>461</sup> *G. et F. Châtelain Sarl* (nachfolgend: Châtelain) produziert die Uhren für die Marke Chanel und bezieht u.a. für diese mechanische Uhrwerke. Châtelain begann [...] mechanische Uhrwerke (für Chanel) in kleinen Mengen zu produzieren ([...] Stück), was ihren Bedarf [...] zu [...] % deckte. Châtelain bezog somit [...] bei Dritten, [...] bei ETA, [...] bei Sellita und ab [...]. Châtelain möchte weiterhin bei ETA beziehen, [...] und weil ETA der beste Anbieter sei.<sup>462</sup> Auch *LJP* hat angegeben, eine eigene Produktion von Basisuhrwerken für seine Tätigkeit als Modifizierer aufgebaut zu haben (vgl. Rz 198), welche [...] [...] % seines Bedarfs deckte. LJP hat in der Periode 2014 bis 2019 [...] auch mechanische Uhrwerke bei ETA und Sellita bezogen und möchte auch weiterhin bei ETA beziehen, weil seine Modifikationen teilweise auf Uhrwerken von ETA basieren.<sup>463</sup> Schliesslich produzierte *Maurice Lacroix SA* (nachfolgend: Maurice Lacroix; vgl. Rz [...]) bereits während der ursprünglichen Untersuchung selbst mechanische Uhrwerke,<sup>464</sup> dessen Produktionsmenge [...] von 2011 bis 2019 von ca. [...] auf [...] Stück, was gemäss eigenen Angaben [...] [...] % ihres Bedarfes deckte. Maurice Lacroix bezog [...] mechanische Uhrwerke im Umfang von bis zu [...] Stück bei Dritten, [...] bei Sellita. Maurice Lacroix möchte weiterhin bei ETA beziehen, um eine Monopolsituation von Sellita zu verhindern.<sup>465</sup>

343. Zusammenfassend verfügen von insgesamt [...] befragten Kunden von ETA (vgl. Rz 131)<sup>466</sup> 21 über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke<sup>467</sup> bzw. lassen ihre Uhrwerke durch eine gruppenzugehöriges Unternehmen herstellen.<sup>468</sup>

344. Die Kunden von ETA, welche über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke verfügen, haben ihre Eigenproduktion seit 2011 um 48 % bzw. ca. [...] Stück erhöht. So produzierten sie 2011 ca. [...] mechanische Uhrwerke und 2019 ca. [...] Stück. Betrachtet man die Periode von 2014 bis 2019, so nahm die Eigenproduktion um [...] % bzw. knapp [...] Stück zu (vgl. Tabelle A 14 im Anhang).<sup>469</sup> Die Kunden von ETA mit Eigenproduktion konnten so ihren Eigenversorgungsgrad insgesamt von 12 % auf 22 % erhöhen.<sup>470</sup> Relativierend sei angefügt, dass bei diesen Angaben zur Eigenproduktion drei der Unternehmen, die ihre mechanischen Uhrwerke durch gruppenzugehörige Unternehmen herstellen lassen, nicht mitberücksichtigt wurden, da dem Sekretariat keine Informationen über gruppeninterne Bezüge vorliegen: Montres Corum<sup>471</sup> und Eterna<sup>472</sup> beziehen mechanische Uhrwerke bei ihrer Schwestergesellschaft Eterna Movement. Angesichts ihrer eher geringen Gesamtbezugsmengen ([...]) dürfte dies allerdings die obigen Angaben nicht wesentlich ändern (vgl. Rz 339). Montres Tudor bezieht [...] nicht mehr bei ETA und beabsichtigt dies auch in Zukunft nicht zu tun, da sie ihren Bedarf gemäss eigenen Angaben durch den gruppeninternen Bezug (sowie den Bezug bei alternativen Bezugsquellen) decken kann (vgl. Rz 334).<sup>473</sup>

345. Die Marktbefragung zeigte jedoch auch, dass der grösste Teil der (befragten) Kunden von ETA in der Periode 2013 bis 2019 keinen Versuch unternommen hat,

eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke aufzubauen. Von [...] befragten Kunden von ETA<sup>474</sup> haben [...] Unternehmen (76 %) angegeben, dass sie nicht versucht haben, eine eigene Uhrwerksproduktion aufzubauen.<sup>475</sup> Die Begründungen dieser Unternehmen für den fehlenden Versuch, eine eigene Uhrwerksproduktion aufzubauen, widerspiegeln zu grossen Teilen die in der ursprünglichen Untersuchung identifizierten Markteintrittshürden (vgl. Rz 96).<sup>476</sup> So begründen [...] Unternehmen (56 %) den fehlenden Versuch, eine eigene Produktion aufzubauen, mit den damit verbundenen hohen Kosten bzw. gaben an, nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel für einen solchen Aufbau zu verfügen. [...] Unternehmen präzisieren dabei, dass die für den Aufbau einer eigenen Produktion mechanischer Uhrwerke erforderlichen Investitionen im Vergleich mit ihrem Bedarf an mechanischen Uhrwerken zu hoch seien. [...] Unternehmen (17 %) nennen als Grund für den fehlenden Versuch die Grösse ihres Unternehmens (die kritische Grösse für eine Entwicklung und Eigenproduktion sei nicht gegeben). [...] Unternehmen (12 %) begründen den fehlenden Versuch mit fehlendem Know-How bzw. Fachwissen. In einem ähnlichen Sinn geben [...] Unternehmen (7 %) an, dass die Produktion mechanischer Uhrwerke nicht ihr Tätigkeitsbereich sei. [...] Unternehmen (5 %) begründen den fehlenden Versuch damit, dass die Auswirkung auf den Retailpreis dramatisch bzw. der finale Preis zu hoch wäre. Der Preis für eigenproduzierte mechanische Uhrwerke wäre nicht mit der Positionierung der von diesen Kunden hergestellten Uhren im «entrée/moyen-de-gamme»-Bereich kompatibel. [...] Unternehmen (3 %) nennen als Grund für den fehlenden Versuch die lange Zeit für die Entwicklung und die Beherrschung der Fabrikation bzw. die lange Entwicklungs- und Implementationsperiode. Auch andere Gründe wurden für den fehlenden Versuch, eine eigene Produktion aufzubauen, angebracht. So nennen [...] Unternehmen (3 %) als Grund alternative Möglichkeiten, ihren Bedarf zu decken, nämlich gruppenintern oder durch differenzierten Bezug, und ebenfalls [...] Unternehmen (3 %) geben als Begründung an, dass es genügend Akteure auf dem Markt gebe. Weitere [...]

<sup>461</sup> Act. [...].

<sup>462</sup> Act. [...].

<sup>463</sup> Act. [...].

<sup>464</sup> Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>465</sup> Act. [...].

<sup>466</sup> Sellita und [...] als reine Uhrwerkshersteller, welche in der genannten Periode ebenfalls bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben (vgl. Rz 291 und Rz 307 ff.), werden nicht mitgerechnet.

<sup>467</sup> Vier Unternehmen gehören dabei zum gleichen Konzern.

<sup>468</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>469</sup> Im Jahr 2014 produzierten die Kunden von ETA mit eigener Produktion mechanischer Uhrwerke ca. [...] mechanische Uhrwerke.

<sup>470</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>471</sup> Act. [...].

<sup>472</sup> Act. [...].

<sup>473</sup> Act. [...].

<sup>474</sup> Vgl. Fn 466.

<sup>475</sup> [...] Kunden von ETA (22 %) haben angegeben, versucht zu haben, eine eigene Uhrwerksproduktion aufzubauen. [...] Kunden von ETA (2 %) haben keine Angaben gemacht (vgl. Rz 347). Vgl. Fn 39.

<sup>476</sup> Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich. [...] Kunden von ETA (2 %) begründen ihre Antwort nicht. Vgl. Fn 39.

Unternehmen (3 %) begründen den fehlenden Versuch damit, dass kein Bedarf bestehe. Schliesslich begründet [...] ([...] %) den fehlenden Versuch damit, dass alle wichtigen Komponenten von Swatch Group kontrolliert werden.

346. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass drei von den [...] Kunden von ETA, die angegeben haben, keinen Versuch eines Produktionsaufbaus unternehmen zu haben, eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke haben, diese aber nicht ausgebaut haben, und zwei Kunden von ETA, die diese Frage nicht beantwortet haben, bereits vor 2013 über eine Eigenproduktion verfügten.<sup>477</sup>

347. Zudem zeigte die Marktbefragung auch, dass von 22 Kunden von ETA, die versucht haben, eine eigene Uhrwerksproduktion aufzubauen (vgl. Fn 475), vier Unternehmen damit gescheitert sind.<sup>478</sup> Als Gründe für das Scheitern wurden unzuverlässige Kooperationspartner, aber auch die Ankündigung von Swatch Group im Jahr 2016, Dritte nach Ablauf der Lieferverpflichtung zu beliefern, genannt.<sup>479</sup>

#### Zwischenfazit

348. Als Zwischenfazit betreffend die Eigenversorgung der Kunden von ETA ist festzuhalten, dass knapp ein Fünftel der Kunden von ETA über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke verfügt. Diese Kunden von ETA hatten im Jahr 2019 einen aggregierten Eigenversorgungsgrad von 22 %.

349. Die Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Aufbau- oder Ausbauprojekte von Eigenproduktionen zeigte auf, dass diese nur teilweise erfolgreich waren. Die Unternehmen mit eigenen Produktionen mechanischer Uhrwerke erreichten keinen Selbstversorgungsgrad von 100 %, was die meisten auch nicht angestrebt haben.<sup>480</sup> Der kleinere Uhrenhersteller [...] erreichte einen höheren Selbstversorgungsgrad von 75 %. Konzerne und einige mittelgrosse Uhrenhersteller, namentlich [...] konnten 2019 einen Eigenversorgungsgrad zwischen 25 bis 50 % aufweisen. Kleinere Uhrenhersteller erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %, die meisten davon unter 10 %. Von den Uhrenherstellern, deren Aufbaupläne in der ursprünglichen Untersuchung analysiert wurden, haben nur einige ihr angestrebtes Ziel erreicht, so [...]. Die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren identifizierten Kunden von ETA, die Eigenproduktionen realisierten, erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %. So haben die Kunden von ETA mit Eigenproduktion in der Periode 2014 bis 2019 denn auch bis auf wenige Ausnahmen bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen und möchten weiterhin bei ETA beziehen, falls dies möglich ist. Dies gilt auch für Konzerne wie [...] oder grössere Uhrenhersteller wie Breitling, die explizit festhalten, dass ihre Eigenproduktion den Bedarf an mechanischen Uhrwerken nicht abdecke. Festzustellen ist auch, dass viele Uhrenhersteller weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen möchten, weil es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA keine Substitute gibt. Zudem ist festzustellen, dass die Uhrenhersteller mehrheitlich mechanische Uhrwerke für Uhren in höheren Preissegmenten selbst

produzieren, im Basissegment jedoch noch auf industriell hergestellte Uhrwerke angewiesen sind.

350. Schliesslich verfügt der grösste Teil der Kunden von ETA auch 2019 über keine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke. Die Gründe für das Ausbleiben weiterer Versuche, eine Eigenproduktion aufzubauen, dürften wohl die hohen Markteintrittsbarrieren – insbesondere der hohe Investitionsbedarf – sein, die es insbesondere kleinen Uhrenherstellern, die Uhren in unteren Preissegmenten anbieten, erheblich erschweren, eine eigene rentable Uhrwerksproduktion aufzubauen.

#### B.3.4.3.3 Zwischenfazit

351. Basierend auf den Ausführungen zum Bezugsverhalten der Kunden von ETA (vgl. Rz 290 ff.) sowie den Ausführungen zur Entwicklung der Eigenversorgung der Kunden von ETA (vgl. Rz 329 ff.) lässt sich folgendes Zwischenfazit ziehen.

352. Die Anzahl Kunden von ETA (d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR), die tatsächlich bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben, ist zwischen 2014 und 2019 gesunken. In der gleichen Zeit sank auch die Gesamtzahl der Kunden von ETA, die mechanische Uhrwerke beziehen, wie auch die Zahl der Kunden von ETA, die bei Sellita mechanische Uhrwerke beziehen. Ein Grossteil der Kunden von ETA diversifizierte ihren Bezug bereits 2014, indem diese Kunden von ETA mehrere Bezugsquellen nutzten, wobei die meisten Kunden von ETA bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke bezogen. Während sich die Anzahl der Kunden von ETA, welche in den jeweiligen Jahren einzig bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen, von 2014 bis 2019 leicht reduzierte, nahm die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Sellita tätigten, wie auch die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Anderen tätigten, von 2014 bis 2019 zu. Über die gesamte Periode hinweg haben 17 Kunden von ETA ihren Bedarf ausschliesslich bei ETA gedeckt. Schliesslich haben 19 Kunden von ETA in der gesamten Periode keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bezogen.

353. Die Analyse der Entwicklung der Bezugsmengen zeigte, dass sich die Bezugsanteile der Kunden von ETA in der Periode 2014 bis 2019 insofern geändert haben, als dass sich die Bezugsanteile bei ETA reduzierten und diejenigen bei Sellita erhöhten. Der Bezugsanteil der Kunden von ETA bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke verblieb relativ unverändert. Dies widerspiegelt die bereits beschriebene Entwicklung der Marktanteile von ETA, Sellita und anderer Hersteller mechanischer Uhrwerke. Dabei zu berücksichtigen ist jedoch einerseits, dass der starken Abnahme der Bezugsmenge bei ETA im Jahr 2019 eine grundlegende Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung

<sup>477</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>478</sup> 16 Unternehmen haben angegeben, eine eigene Uhrwerksproduktion aufgebaut zu haben. Ein Unternehmen hat dazu keine Angaben gemacht und ein Unternehmen befindet sich im Stadium der Prototypenentwicklung.

<sup>479</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>480</sup> Vgl. RPW 2014/1, 240 Rz 206, *Swatch Group Lieferstopp*.

der evR-Kriterien zugrunde lag. Andererseits kommt die erhebliche Zunahme des Bezugsanteils bei Sellita im Jahr 2017 [...] zustande, weil die Gesamtbezugsmenge der Kunden von ETA abnahm und sich ihre Bezugsmenge bei ETA mehr als halbierte. Die überaus starke Abnahme der Bezugsmenge bei ETA im Jahr 2017 ist im Wesentlichen auf die erheblich reduzierte Bezugsmenge von [...] bei ETA zurückzuführen. Nachdem die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken ab dem Jahr 2015 sank, nahmen somit insbesondere die indirekten Bezüge von ETA-Uhrwerken über [...] ab. Betrachtet man die Bezugsaufteilung der Kunden von ETA (ohne [...]) auf die drei möglichen Bezugsquellen, so zeigt sich denn auch ein zwischen 2014 bis 2018 relativ stabiles Bezugsmuster. Die Kunden von ETA (ohne [...]) teilten ihren Bezug mechanischer Uhrwerke mehr oder weniger hälftig auf die zwei Bezugsquellen ETA und Sellita auf. Die relative Stabilität dieser Bezugsaufteilung der Kunden von ETA auf ETA und Sellita bestätigt sich auch bei einem Vergleich mit der Lieferverpflichtung von ETA. Dieser zeigt auf, dass die Kunden ihren Bezug mechanischer Uhrwerke auch während des Nachfragerückgangs mehr oder weniger hälftig auf ETA und Sellita sowie zu einem kleinen Teil auf andere Uhrwerkshersteller aufteilen, obwohl sie ihren Bedarf zu weitaus grösseren Anteilen bei ETA hätten decken können. Nichtsdestotrotz möchte die Mehrheit der Kunden von ETA auch nach dem 31. Dezember 2019 weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, wenn dies möglich ist.

354. Betreffend die Eigenversorgung der Kunden von ETA ist festzuhalten, dass rund ein Fünftel der Kunden von ETA über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke verfügt und diese Kunden über einen aggregierten Eigenversorgungsgrad von 22 % im Jahr 2019 verfügen.

355. Die Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Aufbau- oder Ausbauprojekte von Eigenproduktionen zeigte auf, dass diese nur teilweise erfolgreich waren. Die Unternehmen mit eigenen Produktionen mechanischer Uhrwerke erreichten keinen Selbstversorgungsgrad von 100 %, was die meisten auch nicht angestrebt haben. Konzerne und einige mittlere Uhrenhersteller konnten 2019 einen Eigenversorgungsgrad zwischen 25 % bis 50 % aufweisen. Kleinere Uhrenhersteller erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %, die meisten davon unter 10 %. Von den Uhrenherstellern, deren Aufbaupläne in der ursprünglichen Untersuchung analysiert wurden, haben nur einige ihr angestrebtes Ziel erreicht. Die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren identifizierten Kunden von ETA, die Eigenproduktionen realisierten, erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %. So haben die Kunden von ETA mit Eigenproduktion in der Periode 2014 bis 2019 denn auch bis auf wenige Ausnahmen bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen und möchten weiterhin bei ETA beziehen, falls dies möglich ist. Ein Weiterbezug bei ETA wird insbesondere in Betracht gezogen, weil es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA keine Substitute gibt. Zudem ist festzustellen, dass die Uhrenhersteller mehrheitlich mechanische Uhrwerke für Uhren in höheren Preissegmenten selbst produzieren, im Ba-

sissegment jedoch noch auf industriell hergestellte Uhrwerke angewiesen sind. Schliesslich verfügt der grösste Teil der Kunden von ETA auch 2019 über keine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke. Die Gründe für das Ausbleiben weiterer Versuche, eine Eigenproduktion aufzubauen, dürften wohl die hohen Markteintrittsbarrieren sein, die es insbesondere kleinen Uhrenherstellern, die Uhren in unteren Preissegmenten anbieten, erheblich erschweren, eine eigene rentable Uhrwerksproduktion aufzubauen.

#### B.3.4.4 Ausführungen zu Assortiments

356. Das Assortiment, welches benötigt wird, um aus einem sog. Ebauche (Bausatz eines mechanischen Uhrwerks) ein funktionierendes mechanisches Uhrwerk herzustellen<sup>481</sup>, ist der wichtigste Input für die Herstellung eines mechanischen Uhrwerks.<sup>482</sup> So stellte die WEKO in der ursprünglichen Untersuchung fest, dass die Beschaffung von Assortiments aufgrund der starken Marktstellung von Nivarox (vgl. Rz 360) eine wesentliche Markteintrittshürde darstellt und Expansionsprojekte von bestehenden Anbietern sowie etliche Aufbauprojekte für den Eigengebrauch kurz- bis mittelfristig noch auf Assortiments von Nivarox angewiesen sein würden (vgl. Rz 96 ff.).<sup>483</sup>

357. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, auch den Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments und den ursprünglichen Entscheid in dieser Hinsicht in der gebotenen Kürze zu thematisieren.

358. Einleitend sei jedoch angefügt, dass die nachfolgenden Ausführungen betreffend Assortiments einzig unter dem oben genannten Aspekt (Assortiment als Input für mechanische Uhrwerke) erfolgen und nicht zum Ziel haben, eine Gesamtbetrachtung der Entwicklungen in diesem Markt seit dem ursprünglichen Entscheid im Jahr 2013 darzulegen, um die von Sellita vorgebrachten Vorwürfe betreffend Assortiments und Nivarox zu prüfen und die entsprechenden Anträge von Sellita zu behandeln. Wie bereits ausgeführt, liegen die Anträge von Sellita, welche auf eine Regelung des Verhaltens von Swatch Group bzw. Nivarox im Bereich Assortiments gerichtet sind, ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Verfahrens (vgl. Rz 28 ff. und Rz 56 ff.).

359. In ihrem ursprünglichen Entscheid stellte die WEKO nicht nur fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, sondern auch Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments. Auch die Einstellung der Lieferungen von Assortiments bis 2014 wurde von der WEKO als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG qualifiziert. Für die WEKO stand fest, dass der von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische

<sup>481</sup> Vgl. Fn 10.

<sup>482</sup> Vgl. auch RPW 2014/1, 258 Rz 327, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>483</sup> RPW 2014/1, 238 Rz 191, 241 Rz 210, *Swatch Group Lieferstopp*.

Fertiguhren stark behindert, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen sind (vgl. Rz 4).<sup>484</sup>

360. Bei der Beurteilung der Frage, ob ETA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments einnimmt<sup>485</sup>, hielt die WEKO betreffend den *aktuellen Wettbewerb* fest, dass Nivarox im Jahr 2010 [80–90] % aller in der Schweiz hergestellten Assortiments produzierte. Einzig Rolex stellte neben Nivarox noch grössere Mengen Assortiments her und wies einen Produktionsanteil von [5–10] % im Jahr 2010 auf. Bei Betrachtung der Mengen, welche Hersteller von Assortiments an Dritte lieferten<sup>486</sup>, ergab sich für Nivarox einen Marktanteil von [90–100] % im Jahr 2010. Als weitere Hersteller, welche sehr geringe Mengen Assortiments an Dritte verkauften, wurden MHVJ der Festina-Gruppe (vgl. Rz 187), die zur Sandoz-Stiftung gehörende Atokalpa, die seit 2017 zur Acrotec-Gruppe gehörende Sigatec SA (nachfolgend: Sigatec)<sup>487</sup>, Technotime (vgl. Rz 201), die Precision Engineering AG (nachfolgend: Precision Engineering) und Concepto genannt. Die WEKO hielt fest, dass Nivarox über ein Quasi-Monopol auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfüge und sich deshalb weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten könne.<sup>488</sup>

361. Mangels der disziplinierenden Wirkung des aktuellen Wettbewerbs auf Nivarox, wurde in der ursprünglichen Untersuchung auch der Einfluss des *potentiellen Wettbewerbs* geprüft. Die Analyse möglicher Marktzutrittsschranken wie Know-How und Kostenvorteile, Investitionsbedarf und Gewinnaussichten, Beschaffung von Produktionsinputs, Reputation und Switching Costs zeigte, dass diese als sehr hoch einzustufen sind.<sup>489</sup> Zudem wurde eine Analyse vergangener und damals aktueller Expansionsprojekte durchgeführt, wobei einerseits die Markteintritte der letzten Jahre und andererseits Projekte von Uhrenherstellern bzw. Uhrwerksherstellern, welche damit begonnen hatten, Assortiments für den Eigengebrauch herzustellen, herangezogen wurden.<sup>490</sup> Die Analyse zeigte, dass vergangene Markteintritte für den Aufbau von Produktionskapazitäten, welche einem Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox entsprechen, ungefähr fünf bis acht Jahre benötigten, die Realisierung weiterer Projekte zum Kapazitätsausbau teilweise unsicher war und die ausgebauten Kapazitäten noch immer deutlich unter jenen von Nivarox zu liegen kämen. Allfällige neue Markteintritte bräuchten dementsprechend sehr lange, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox anbieten könnten. Zusätzlich wurde festgestellt, dass aufgrund immaterialgüterrechtlicher Streitigkeiten betreffend die Herstellung von Siliziumspiralen für Assortiments<sup>491</sup> Markteintritte, welche auf der Siliziumtechnologie basieren, wohl auszuschliessen sind. Kurz- bis mittelfristig werde es keine neuen Anbieter auf dem Markt geben, die in puncto Menge, Qualität und Preis mit Nivarox konkurrieren können. Weiter würden verschiedene Abnehmer von Nivarox ihren Eigenversorgungsgrad an Assortiments erhöhen, wobei es sich jedoch um relativ geringe Kapazitäten handle, welche erst längerfristig ins Gewicht fallen dürften. Zu beachten sei auch, dass die erhöhte Eigenproduktion an Uhrwerken zu einem grösseren Bedarf nach Assortiments führen

werde und die Nachfrage nach Assortiments tendenziell zunehmen werde. Zusammenfassend hielt die WEKO fest, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern zwar vorhanden sei und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch kurz- bis mittelfristig nicht ausreiche, um Nivarox disziplinieren zu können.<sup>492</sup>

362. Eine erste einvernehmliche Regelung (evR I)<sup>493</sup>, welche nicht nur die schrittweise Lieferreduktion für mechanische Uhrwerke, sondern auch für Assortiments regelte, wurde von der WEKO jedoch nicht genehmigt (vgl. Rz 102). Die WEKO betrachtete ein Phasing-Out für Assortiments als verfrüht. Es sei zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, doch wies die WEKO darauf hin, dass die Aufnahme von Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments von der Marktentwicklung sowie vom weiteren Verlauf des hängigen Patentrechtsstreits betreffend Siliziumspiralen abhängen. Nach Rückweisung der Sache an das Sekretariat durch die WEKO und Neuverhandlungen mit Swatch Group gemäss Anweisung der WEKO, wurde die in Rz 5 wiedergegebene evR im ursprünglichen Entscheid genehmigt.<sup>494</sup> Die WEKO stellte ergänzend klar, dass Nivarox ihre Kunden im Rahmen ihrer Produktionskapazitäten mit Assortiments beliefern muss.<sup>495</sup>

363. Wie bereits erwähnt wurden mittels der durchgeführten Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff.) auch Daten zum Bereich Assortiments – dem wichtigsten Input eines mechanischen Uhrwerks – erhoben (vgl. Rz 119). In diesem Zusammenhang wurden den Marktteilnehmern in erster Linie Fragen zur Produktion und zum Bezug von Assortiments gestellt.

364. Die Auswertung der erfolgten Antworten zeigte auf, dass von den insgesamt 162 befragten Unternehmen mit verwertbarem Fragebogen (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) nur acht Unternehmen (5 %) angegeben haben, Assortiments herzustellen und an Dritte zu verkaufen.<sup>496</sup> Dazu gehören die im ursprünglichen Entscheid genannten Unternehmen Atokalpa, Precision Engineering und Sigatec wie auch die zur Acrotec-Gruppe gehörenden Unternehmen Mimotec SA und mu-Dec SA<sup>497</sup>, welche bereits

<sup>484</sup> RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>485</sup> Bezüglich der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung sei auf die Ausführungen in der ursprünglichen Verfügung verwiesen. RPW 2014/1, 228 Rz 121 ff. und 229 Rz 128 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>486</sup> Auch bei der Analyse des aktuellen Wettbewerbs im Bereich Assortiments ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen Herstellern von Assortiments, welche an Drittkunden liefern, und solchen, welche Assortiments ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen. RPW 2014/1, 241 Rz 218, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>487</sup> Sigatec SA ist eine gemeinsame Tochtergesellschaft der Mimotec SA und Ulysse Nardin.

<sup>488</sup> RPW 2014/1, 241 Rz 218 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>489</sup> RPW 2014/1, 243 Rz 226 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>490</sup> RPW 2014/1, 247 Rz 259 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>491</sup> RPW 2014/1, 244 Rz 236 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>492</sup> RPW 2014/1, 249 Rz 266 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>493</sup> RPW 2014/1, 266 Rz 402 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>494</sup> RPW 2014/1, 280 Rz 476 f. und 285 Dispositiv, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>495</sup> RPW 2014/1, 283 Rz 484, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>496</sup> Vgl. Fn 39.

<sup>497</sup> Vgl. <https://www.acrotec.ch/#> (13.7.2020).

zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung aktiv waren.<sup>498</sup> MHVJ (vgl. Rz 187)<sup>499</sup> und Concepto<sup>500</sup> haben hingegen angegeben, keine Assortiments an Dritte zu verkaufen, und Technotime ging 2016 Konkurs (vgl. Rz 201). Neu im Markt aktiv sind seit 2015 die Feller Pivotages SA<sup>501</sup>, Schwarz Etienne mit ihrer Tochtergesellschaft E2O innovations SA<sup>502</sup> und seit [...] die zur Rolex-Gruppe gehörende Kenitec SA<sup>503</sup>.

365. Eine detaillierte Analyse der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse (analog zu derjenigen bei den mechanischen Uhrwerken; vgl. Rz 143 ff.) wird an dieser Stelle aus folgenden Gründen nicht vorgenommen. Erstens sind die mittels der im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren durchgeführten Marktbefragung eingeholten Daten nicht zu diesem Zwecke erhoben worden und deshalb auch nicht ausreichend, um eine umfassende Beurteilung der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Assortiments vorzunehmen. So produzieren bzw. verkaufen bspw. nicht alle oben genannten Hersteller komplette Assortiments, sondern stellen nur einzelne oder mehrere Bestandteile von Assortiments her. Dies hat sich auch in der Marktbefragung im Rahmen des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens bestätigt. So stellen bspw. Mimotec oder mudec nur Bestandteile des Assortiments (Anker, Anker-rad und Sicherheitsstift des Ankers bzw. Unruh und An-

kerrad) her.<sup>504</sup> Inwieweit diese Anbieter als tatsächliche Alternativen zu Nivarox eingeordnet werden können, ist ohne zusätzliche vertiefte Abklärungen nicht möglich. Zweitens ist eine solche umfassende Beurteilung der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Assortiments nicht notwendig, da im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren primär geprüft werden soll, ob die evR, welche ausschliesslich das Verhalten von Swatch Group und ETA im Bereich mechanische Uhrwerke regelt, zum 31. Dezember 2019 auslaufen darf (vgl. Rz 14 f. und Rz 56 ff.).

366. Für das vorliegende Wiedererwägungsverfahren relevant ist jedoch, dass die Marktbefragung gezeigt hat, dass von den 54 Unternehmen, die angegeben haben, in der Periode 2011 bis 2019 mechanische Uhrwerke produziert zu haben (vgl. Rz 128), 35 Unternehmen (65 %) Assortiments nicht selbst herstellen, sondern bei Dritten beziehen. Davon wiederum hat mehr als die Hälfte der Unternehmen, nämlich 20 Unternehmen (57 %), angegeben, bei Nivarox Assortiments zu beziehen.<sup>505</sup> Die nachfolgende Tabelle 14 zeigt im Detail, wie viele Uhrwerkshersteller in der Periode 2014 bis 2019 welche der zwei Bezugsmöglichkeiten (Nivarox und andere Hersteller Assortiments [gemeinsam: Andere]) genutzt haben, um ihren Bedarf an Assortiments zu decken.

Tabelle 14: Übersicht Bezug Assortiments Uhrwerkshersteller 2014 bis 2019.

Bezug bei	Anz. Unternehmen	Anteil (in %)
Nivarox & Anderen	12	34
Nivarox	8	23
Anderen	14	40
Keine Angabe	1	3
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>100</b>

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

367. Die Tabelle 14 zeigt, dass rund ein Drittel der Uhrwerkshersteller in der Periode 2014 bis 2019 sowohl bei Nivarox als auch bei Anderen Assortiments bezogen haben. Knapp ein Viertel der Uhrwerkshersteller hat in der Periode 2014 bis 2019 Assortiments einzig bei Nivarox bezogen.

368. Unter den Unternehmen, die Assortiments in der Periode 2014 bis 2019 einzig bei Nivarox beziehen, ist auch Sellita, die mit Abstand wichtigste Konkurrentin von ETA (vgl. Rz 139 ff.).

369. Im ursprünglichen Entscheid wurde festgehalten, dass Sellita auf die Produkte von Nivarox angewiesen sei und ihre zukünftige Produktionskapazität (für mechanische Uhrwerke) insbesondere davon abhängt, ob die Versorgung mit Assortiments sichergestellt werden könne. Sellita hat deshalb zum Zeitpunkt der ursprünglichen Untersuchung damit begonnen, eine eigene Produktion von Assortiments aufzubauen, wobei der Produktionsaufbau damals noch am Anfang stand. Sellita plante, im Jahr [...] zu produzieren.<sup>506</sup> Sellita begann [...] mit der Assortimentsproduktion, [...].<sup>507</sup> Während Sellita im Jahr 2016 [...] Assortiments produzierte, waren dies 2017 [...] und 2018 [...] Stück.<sup>508</sup> [...].<sup>509</sup>

370. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass ein Grossteil der Uhrwerkshersteller bei ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke – sei es für den Verkauf an Dritte oder den Eigengebrauch – und insbesondere Sellita nach wie vor auf Assortiments von Nivarox angewiesen sind und sich damit die in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommene Beurteilung<sup>510</sup> nicht verändert hat.

<sup>498</sup> Act. [...]; ein Unternehmen hat diese Frage nicht beantwortet.

<sup>499</sup> Auch die 2014 von der Festina-Gruppe neu gegründete MSE hat angegeben, keine Assortiments an Dritte zu verkaufen. Act. [...].

<sup>500</sup> Act. [...].

<sup>501</sup> Act. [...].

<sup>502</sup> Act. [...].

<sup>503</sup> Act. [...].

<sup>504</sup> Act. [...].

<sup>505</sup> Vgl. Fn 39; 14 Unternehmen haben angegeben, keine Assortiments bei Nivarox zu beziehen. Ein Unternehmen hat diese Frage nicht beantwortet.

<sup>506</sup> RPW 2014/1, 238 Rz 197 f., 248 Rz 262, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. [...] ursprüngliches AV.

<sup>507</sup> [...].

<sup>508</sup> Act. [...].

<sup>509</sup> Act. [...].

<sup>510</sup> RPW 2014/1, 240 f. Rz 207 und Rz 210, *Swatch Group Lieferstopp*.

### B.3.4.5 Fazit

371. Basierend auf den Ausführungen zur Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 139 ff.) sowie der Analyse des Verhaltens der Kunden von ETA (vgl. Rz 288 ff.) lässt sich folgendes Fazit ziehen.

372. Die Analyse der Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse zeigte auf, dass sich die insgesamt in der Schweiz produzierte Menge mechanischer Uhrwerke wie auch die Produktionskapazitäten aller Schweizer Hersteller mechanischer Uhrwerke seit 2011 erhöht haben, obwohl die Gesamtproduktionsmenge wie auch die gesamten Produktionskapazitäten in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund der in den vorangehenden Jahren rückläufigen Uhrenexporte und der damit sinkenden Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken abnahmen. Das Marktvolumen, d.h. die insgesamt an Dritte verkaufte Menge mechanischer Uhrwerke, nahm in den Jahren 2011 bis 2019 – insbesondere in den Jahren 2016 und 2017 als Folge der sinkenden Nachfrage – stark ab.

373. Der aktuelle Wettbewerb hat sich von 2010 bis 2019 insofern geändert, als dass im Wesentlichen eine Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita stattfand. Dabei zu berücksichtigen ist jedoch, dass der starken Marktanteilsabnahme von ETA im Jahr 2019 eine grundlegende Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR-Kriterien zugrunde lag und die daraus folgende starke Abnahme der Verkaufsmenge von ETA zusammen mit der Abnahme des Marktvolumens dazu führte, dass eine relativ geringe Verkaufsmengenerhöhung eine erhebliche Marktanteilszunahme von Sellita bewirkte. Der Produktionsanteil, wie auch der Kapazitätsanteil von ETA sind seit 2011 gesunken, betragen aber 2019 immer noch [...] der von Sellita produzierten Menge bzw. der Produktionskapazitäten von Sellita. Soprod und STP konnten ihre Marktanteile leicht erhöhen; alle anderen damals bereits aktiven Marktteilnehmer, wie Concepto oder Vaucher, verfügten auch 2019 noch über Marktanteile von maximal [0–5] %. Das gilt insbesondere für Ronda, die ihren Markteintritt 2016 plante. Mit Kenissi ist einzig ein Unternehmen (mit einem Marktanteil von über 1 % im Jahr 2019) neu im Markt aktiv, deren mechanischen Uhrwerke allerdings nicht mit denjenigen von ETA austauschbar sind.

374. Basierend auf der vorgenommenen Analyse der Substituierbarkeit ist festzuhalten, dass Ende 2019 für acht der von ETA in der Periode 2013 bis 2018 meistverkauften mechanischen Uhrwerke Substitute auf dem Markt erhältlich sind. Für [...] existieren drei mögliche Alternativen; für [...] gab es bis jetzt keine Alternative. Sellita bietet Ende 2019 für eine grössere Zahl der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA Substitute an. Die von Sellita angebotenen Substitute bewegen sich preislich im gleichen Segment wie diejenigen von ETA. Auch Ronda, welche ein Kaliber produziert und verkauft, sowie STP, welche hauptsächlich ein Basisuhrwerk verkauft, bieten ihre Substitute zu vergleichbaren Preisen an wie ETA. Die Preise von Soprod, welche auch heute noch hauptsächlich ein Kaliber verkauft, sind höher. Die mechanischen Uhrwerke von Concepto und zweifelsfrei von Vaucher bewegen sich in höheren Preissegmenten. In qualitativer Hinsicht scheinen die mechanischen Uhrwerke von [...] mittlerweile mit denje-

nigen von ETA gleichzusetzen sein, auch wenn deren Reputation noch nicht diejenige von ETA-Uhrwerken erreicht hat. Die Qualität der mechanischen Uhrwerke von Soprod wird mehrheitlich als tiefer eingeschätzt, diejenige der mechanischen Uhrwerke von STP als vergleichbar und diejenige der mechanischen Uhrwerke von Ronda als noch nicht vergleichbar.

375. Die Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Markteintritte zeigte auf, dass sich die Produktion der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) wie auch deren Produktionskapazitäten in der Periode 2011 bis 2019 erhöht haben, wobei der grösste Teil der Produktions- und Kapazitätssteigerung auf Sellita entfällt. Sowohl die Produktions- wie auch die Kapazitätssteigerung erfolgte aufgrund der ab 2015 sinkenden Nachfrage im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014.

376. Auch ist festzuhalten, dass die Expansionsabsichten damals bestehender Anbieter sowie die Aufbaupläne neuer Anbieter nur teilweise erfolgreich waren. Sellita erhöhte ihre Produktionskapazitäten sowie ihre Produktionsmenge seit 2011, erreichte aber nicht das damals geplante Ziel [...]. Soprod verfügt bereits seit 2011 über [...] jährliche Produktionskapazitäten, konnte eine geplante Kapazitätserhöhung [...] und die bestehenden Kapazitäten [...] auslasten. STP konnte ihre Produktionskapazitäten wie geplant [...], diese [...] auslasten. Ein wesentlicher Grund für die nicht erreichten Kapazitäts- bzw. Produktionserhöhungen dürfte die in der Umsetzungsphase der evR ab 2015 sinkende Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken gewesen sein. In Bezug auf neue Anbieter ist festzuhalten, dass die Pläne von Ronda zum jetzigen Zeitpunkt nur ansatzweise umgesetzt sind und dass, wie bereits erwähnt, die von Kenissi produzierten mechanischen Uhrwerke nicht mit Uhrwerken von ETA oder Sellita substituierbar sind. Die wenigen anderen Unternehmen, welche in der relevanten Periode mit der Produktion und dem Verkauf mechanischer Uhrwerke begonnen haben, produzieren nur marginale Mengen an mechanischen Uhrwerken und teilweise in erster Linie für den Eigengebrauch. Schliesslich haben auch einige Unternehmen ohne Erfolg versucht, eine Produktion mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte aufzubauen.

377. Die Analyse des Bezugsverhaltens der Kunden von ETA (d.h. Kunden im Sinne von Ziff. 2 lit. c evR) zeigte auf, dass die Anzahl Kunden von ETA, die tatsächlich bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben, zwischen 2014 und 2019 gesunken ist. In der gleichen Zeit – entsprechend dem gesunkenen Marktvolumen, d.h. der insgesamt an Dritte verkauften Menge mechanischer Uhrwerke – sank auch die Gesamtzahl der Kunden von ETA, die mechanische Uhrwerke beziehen, wie auch die Zahl der Kunden von ETA, die bei Sellita mechanische Uhrwerke beziehen. Ein Grossteil der Kunden von ETA diversifizierte ihren Bezug bereits 2014, indem diese Kunden von ETA mehrere Bezugsquellen nutzten, wobei die meisten Kunden von ETA bei ETA und Sellita mechanische Uhrwerke bezogen. Die Anzahl der Kunden von ETA, welche in den jeweiligen Jahren einzig bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen, reduzierte sich



von 2014 bis 2019 leicht; die Anzahl der Kunden von ETA, die ihren Bezug jeweils nur bei Sellita oder nur bei Alternativen tätigten, nahm zu. Über die gesamte Periode hinweg haben 17 Kunden von ETA ihren Bedarf ausschliesslich bei ETA gedeckt, darunter Sellita. Schliesslich haben 19 Kunden von ETA in der gesamten Periode keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bezogen.

378. Die Bezugsanteile der Kunden von ETA haben sich in der Periode 2014 bis 2019 insofern geändert, als dass sich die Bezugsanteile bei ETA reduzierten und diejenigen bei Sellita erhöhten. Der Bezugsanteil der Kunden von ETA bei anderen Herstellern mechanischer Uhrwerke verblieb relativ unverändert. Dies widerspiegelt die Entwicklung der Marktanteile von ETA, Sellita und anderer Hersteller mechanischer Uhrwerke. Gleichermassen wie bei der Marktanteilsentwicklung ist die grundlegende Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA bei der Umsetzung der evR-Kriterien bei der Bezugsanteilsentwicklung zu berücksichtigen. Betrachtet man die Bezugsaufteilung der Kunden von ETA (ohne Sellita, der bis 2016 grössten Kundin von ETA) auf die drei möglichen Bezugsquellen, so zeigt sich ein zwischen 2014 bis 2018 relativ stabiles Bezugsmuster, d.h. die Kunden von ETA (ohne Sellita) teilten ihren Bezug mechanischer Uhrwerke mehr oder weniger hälftig auf die zwei Bezugsquellen ETA und Sellita auf. Die Kunden von ETA teilten ihren Bezug mechanischer Uhrwerke auch während des Nachfragerückgangs mehr oder weniger hälftig auf ETA und Sellita sowie zu einem kleinen Teil auf andere Uhrwerkshersteller auf, obwohl sie ihren Bedarf in dieser Phase zu weitaus grösseren Anteilen bei ETA hätten decken können. Nichtsdestotrotz möchte die Mehrheit der Kunden von ETA auch nach dem 31. Dezember 2019 weiterhin bei ETA mechanische Uhrwerke beziehen, wenn dies möglich ist.

379. Betreffend die Eigenversorgung der Kunden von ETA ist festzuhalten, dass rund ein Fünftel der Kunden von ETA über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke verfügt, welche über einen aggregierten Eigenversorgungsgrad von 22 % im Jahr 2019 verfügen.

380. Die Analyse der in der ursprünglichen Untersuchung sowie im ersten Wiedererwägungsverfahren identifizierten und der in der Zwischenzeit neu erfolgten Aufbau- oder Ausbauprojekte von Eigenproduktionen zeigte auf, dass diese nur teilweise erfolgreich waren. Die Unternehmen mit eigenen Produktionen mechanischer Uhrwerke erreichten keinen Selbstversorgungsgrad von 100 %, was die meisten auch nicht angestrebt haben. Konzerne und einige mittlere Uhrwerkshersteller konnten 2019 einen Eigenversorgungsgrad zwischen 25 bis 50 % aufweisen. Kleinere Uhrwerkshersteller erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %, die meisten davon unter 10 %. Von den Uhrwerkherstellern, deren Aufbauplane in der ursprünglichen Untersuchung analysiert wurden, haben nur einige ihr angestrebtes Ziel erreicht. Die im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren identifizierten Kunden von ETA, die Eigenproduktionen realisierten, erreichten maximal einen Eigenversorgungsgrad von 15 %. So haben die Kunden von ETA mit Eigenproduktion in der Periode 2014 bis 2019 denn auch bis auf wenige Ausnahmen bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen und möchten weiterhin bei ETA beziehen, falls dies möglich ist. Ein Weiterbezug bei ETA

wird insbesondere in Betracht gezogen, weil es für bestimmte mechanische Uhrwerke von ETA keine Substitute gibt. Zudem ist festzustellen, dass die Uhrenhersteller mehrheitlich mechanische Uhrwerke für Uhren in höheren Preissegmenten selbst produzieren, im Basissegment jedoch noch auf industriell hergestellte Uhrwerke angewiesen sind. Schliesslich verfügt der grösste Teil der Kunden von ETA auch 2019 über keine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke. Die Gründe für das Ausbleiben weiterer Versuche, eine Eigenproduktion aufzubauen, dürften wohl die hohen Markteintrittsbarrieren sein, die es insbesondere kleinen Uhrenherstellern, die Uhren in unteren Preissegmenten anbieten, erheblich erschweren, eine eigene rentable Uhrwerksproduktion aufzubauen.

381. In Bezug auf die Beschaffung von Assortiments ist festzuhalten, dass ein Grossteil der Uhrwerkshersteller und insbesondere Sellita bei ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke – sei es für den Verkauf an Dritte oder den Eigengebrauch – nach wie vor auf Assortiments von Nivarox angewiesen sind und sich damit die in der ursprünglichen Untersuchung vorgenommene Beurteilung nicht verändert hat.

### **B.3.5 Voraussetzung für Widerruf oder Änderung des Genehmigungsentscheids nicht gegeben**

382. Voraussetzung für die Wiedererwägung eines Entscheids im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid der WEKO zugetragen hat (vgl. Rz 70 ff.). Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass die Prüfung, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem ursprünglichen Entscheid wesentlich verändert haben<sup>511</sup>, vorliegend die Frage zum Gegenstand hat, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind. Denn die WEKO genehmigte die evR in Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung gestützt auf die Erwartung, dass sich die Marktverhältnisse so entwickeln, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete. Die WEKO ging somit von einer Veränderung der Marktverhältnisse aus. Eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG liegt hier somit vor, wenn sich die Marktverhältnisse nicht wie erwartet entwickelt haben (vgl. Rz 74 ff.). Ferner können die Bestimmungen der evR auch nur dann im Rahmen einer Wiedererwägung über die ursprüngliche Befristung hinaus verlängert werden, wenn neben der Marktbeherrschung nach wie vor ein konkret drohendes missbräuchliches Verhalten abzuwenden ist.

<sup>511</sup> Eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse gemäss Art. 30 Abs. 3 KG ist vorliegend nicht ersichtlich (vgl. Rz 74).

383. Die vorangehenden Erwägungen (vgl. Rz 117–381) zeigen, dass sich die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke seit dem ursprünglichen Entscheid<sup>512</sup> in die erwartete Richtung verändert haben.<sup>513</sup> Aus der vorliegenden Analyse ergeben sich indes auch einzelne Sachverhaltselemente (vgl. Rz 371 ff.), welche in Frage stellen könnten, ob sich die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in dem Ausmass entwickelt haben, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete. In Anbetracht dessen stellt sich vorliegend die Frage, ob die festgestellten Veränderungen im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke ausreichend sind, damit die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids von der WEKO vorausgesetzten Marktentwicklungen als eingetreten zu betrachten sind.

384. Wie erläutert, erfolgt die Prüfung, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand der aus den Erwägungen der ursprünglichen Verfügung hergeleiteten und in Rz 104 ff. dargelegten Kriterien, gemessen an der Zielsetzung der evR und unter Einbezug der wirtschaftlichen Entwicklung (vgl. Rz 110). In diesem Zusammenhang sei wiederholt, dass die WEKO mit der Genehmigung der evR im ursprünglichen Entscheid nicht beabsichtigte, die marktbeherrschende Stellung von ETA zu beseitigen. Mit der Genehmigung der evR legte die WEKO vielmehr fest, wie verhindert werden sollte, dass sich Swatch Group bzw. ETA mit einem kurzfristigen Lieferstopp im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG missbräuchlich verhält<sup>514</sup>. Die evR sollte i) die Lieferung mechanischer Uhrwerke durch ETA sicherstellen (mittels Lieferverpflichtung für ETA) bis weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sind und ii) alternativen Anbietern die Möglichkeit geben, sich zu etablieren bzw. ihre Produktionskapazitäten zu erhöhen (mittels Lieferbeschränkung für ETA; vgl. Rz 6 f.). Mit der Genehmigung der evR durch die WEKO verfügte Swatch Group bzw. ETA über die Gewissheit, dass sie bei Einhaltung der evR mit ihrem Phasing-out nicht gegen Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG verstossen würde. Ferner war zu erwarten, dass sich als Folge der Umsetzung der evR die Konkurrenz für ETA verstärken und die Knappheitsproblematik entschärft würde. Hingegen vermittelt die evR offenkundig keine Gewähr, dass ETA nach Ablauf der evR nicht mehr als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gelten würde (vgl. auch Rz 432).

385. Vor diesem Hintergrund sind für die WEKO vorliegend die folgenden Umstände der Marktentwicklung entscheidend (vgl. dazu auch Rz 117–381):

- Die insgesamt in der Schweiz produzierte Menge mechanischer Uhrwerke wie auch die Produktionskapazitäten aller Schweizer Hersteller mechanischer Uhrwerke haben sich seit 2011 erhöht (+14 % bzw. +16 %), obwohl die Gesamtproduktionsmenge wie auch die gesamten Produktionskapazitäten in den Jahren 2016 und 2017 aufgrund der in den vorangehenden Jahren rückläufigen Uhrenexporte und der damit sinkenden Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken abnahmen (vgl. Rz 143 und Rz 155).
- Die insgesamt an Dritte verkaufte Menge mechanischer Uhrwerke nahm in den Jahren 2011 bis 2019 – insbesondere in den Jahren 2016 und 2017 als Folge der sinkenden Nachfrage – stark ab (-41 %; vgl. Rz 173).
- Die Produktion der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) hat sich im Zeitraum 2011 bis 2019 um 68 % erhöht, wobei der grösste Teil der Produktionssteigerung, nämlich [...] %, auf Sellita entfällt. Die Produktionskapazitäten der Hersteller mechanischer Uhrwerke, die diese an Dritte verkaufen, erhöhte sich in diesem Zeitraum um 84 %, wobei rund [...] dieser Kapazitätssteigerung auf Sellita entfällt (vgl. Rz 204 und Rz 206). Einzelne Expansionsabsichten von bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids aktiver Anbieter (insbesondere von Soprod und STP, aber auch Sellita) und Aufbaupläne neuer Anbieter wurden allerdings nur teilweise erfolgreich umgesetzt (vgl. Rz 184 ff. und Rz 257 ff.). Ein wesentlicher Grund für die nicht erreichten Kapazitäts- bzw. Produktionserhöhungen waren die in der Umsetzungsphase der evR ab 2015 rückläufigen Uhrenexporte und die daraus folgende sinkende Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken. So erfolgte sowohl die Produktionssteigerung wie auch die Kapazitätssteigerung der Hersteller mit Verkauf an Dritte im Wesentlichen zwischen 2011 und 2014. In der Periode 2011 bis 2019 ist somit eine Produktions- und Kapazitätssteigerung der Hersteller mechanischer Uhrwerke für den Verkauf an Dritte (ohne ETA) festzustellen, auch wenn einzelne Ausbau- und Aufbaupläne nur teilweise erfolgreich waren.
- Die Marktanteilsentwicklung seit 2010 zeigt, dass sich Sellita, die bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids tätig war, als Alternative zu ETA auf dem Markt etablieren konnte. Während der Marktanteil von ETA im Zeitraum 2010 bis 2019 von [80–90] % auf [30–40] % sank, nahm derjenige von Sellita von [10–20] % auf [50–60] % zu. Sellita bietet zudem für eine grössere Zahl der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA in preislicher und qualitativer Hinsicht vergleichbare Substitute an. Dass Sellita mittlerweile eine Alternative zu ETA darstellt, zeigt sich auch im Bezugsverhalten der Kunden von ETA, welche ihren Bezug mechanischer Uhrwerke in der Periode 2014 bis 2019 relativ stabil auf ETA und Sellita (und zu einem kleinen Teil auf andere Uhrwerkshersteller) aufteilten (vgl. Rz 295 ff.). Gegen die Etablierung von Sellita als Alternative zu ETA spricht auch

<sup>512</sup> Zu erinnern ist, dass die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in der ursprünglichen Untersuchung auf Zahlen des Jahres 2010 basierten (vgl. Rz 120) und die Lieferverpflichtung von ETA gemäss evR bis am 31. Dezember 2019 befristet war (vgl. Rz 9). Die vorliegende Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse betrifft somit den Zeitraum 2011 bis 2019.

<sup>513</sup> Dies stellte die WEKO bereits im ersten Wiedererwägungsverfahren (vgl. Rz 11 f.) fest. Vgl. RPW 2016/4, 1051 Rz 105, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>514</sup> Gegenstand der damaligen Beurteilung war ein vollständiger Stopp der Belieferung von Drittkunden mit den damals von ETA produzierten mechanischen Swiss made Uhrwerken auf Ende 2012; vgl. oben Rz 3 und Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

nicht, dass die starke Abnahme des Marktanteils von ETA im Jahr 2019 um [...] Prozentpunkte nicht in erster Linie das Ergebnis eines (gesteigerten) Wettbewerbs ist, sondern hauptsächlich aus einer einseitigen Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA resultiert (vgl. Rz 175 ff. sowie Rz 319 ff.). So wies ETA im Jahr 2018 einen Marktanteil von [40–50] % und Sellita einen solchen von [40–50] % auf (vgl. Rz 165).

- Neben Sellita verkaufen hauptsächlich die gleichen Unternehmen wie zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids mechanische Uhrwerke an Dritte. Soprod und STP konnten ihre Marktanteile seit 2010 bzw. 2011 leicht erhöhen (Soprod 2019: [0–5] %; STP 2019: [0–5] %); alle anderen damals bereits aktiven Marktteilnehmer verfügten indes auch 2019 noch über Marktanteile von maximal [0–5] % (vgl. Rz 162 ff.). Das gilt insbesondere für Ronda, die ihren Markteintritt 2016 plante. Mit Kenissi (vgl. Rz 148 ff. und Rz 154) ist zudem ein neues Unternehmen im Markt aktiv (vgl. zur Substituierbarkeit der mechanischen Uhrwerke von Kenissi Rz 234). Kenissi wies 2019 einen Marktanteil von [0–5] % und einen Produktionsanteil von rund [0–5] % auf.
- In der Periode 2011 bis 2019 gab es zwar für bestimmte Kaliber von ETA keine Substitute, allerdings gibt es aktuell – insbesondere für mengen- und umsatzstarke mechanische Uhrwerke von ETA – mehr Substitute von anderen Anbietern als noch 2010 (vgl. dazu Rz 212 ff.). So sind für acht der von ETA in der Periode 2013 bis 2018 meistverkauften mechanischen Uhrwerke nun Substitute auf dem Markt erhältlich (vgl. dazu Rz 238 ff.).
- Auch wenn die Aufbau- oder Ausbauprojekte von Eigenproduktionen der Kunden von ETA nur teilweise erfolgreich waren (vgl. Rz 329 ff.) und bestehende Eigenproduktionen mehrheitlich auf Uhrwerke für Uhren in höheren Preissegmenten ausgerichtet sind, konnten die Kunden von ETA im Zeitraum 2011 bis 2019 ihre Eigenproduktion von mechanischen Uhrwerken ausbauen bzw. etablieren. Im Jahr 2019 verfügte rund ein Fünftel der Kunden von ETA über eine eigene Produktion mechanischer Uhrwerke. Die Eigenproduktion der Kunden von ETA erhöhte sich seit 2011 um 48 % und deren aggregierter Eigenversorgungsgrad steigerte sich von 12 % auf 22 % (vgl. dazu Rz 344), was die Abhängigkeit der Kunden von ETA teilweise verringert

386. Soweit die Marktanalyse einzelne Sachverhaltselemente hervorgebracht hat, welche gegen eine Entwicklung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse entsprechend den Erwartungen im ursprünglichen Entscheid sprechen könnten, vermögen diese die eingetretenen Veränderungen im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke in die erwartete Richtung nicht zu überwiegen. Vielmehr sind die eingetretenen Veränderungen ausreichend, damit die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids von der WEKO vorausgesetzten Marktentwicklungen als eingetreten zu betrachten sind. Insbesondere ist zu betonen, dass der Umstand, dass einzelne Expansionsabsichten von Anbietern sowie Aufbau- oder Ausbaupro-

jekte von Eigenproduktionen nicht oder nur teilweise erfolgreich waren (vgl. dazu oben Rz 182 ff. und Rz 329 ff.), nicht hinreichend gewichtig ist. Denn diese Aspekte sind vor dem Hintergrund der Entwicklungen in der Uhrenindustrie zu beurteilen. So waren die Uhrenexporte 2015 und 2016 rückläufig und die Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken nahm ab (vgl. Rz 143 ff.). Während die evR somit in einer Phase mit hoher Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken ausgearbeitet und genehmigt wurde, entschärfte sich bis 2019 die Knappheit von mechanischen Uhrwerken aufgrund der sinkenden Nachfrage. Infolgedessen besteht die damals vorliegende Knappheit an mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken Ende 2019 nicht mehr. Es ist in der Gesamtbetrachtung deshalb auch davon auszugehen, dass ein Stopp der Lieferung mechanischer Uhrwerke nicht mehr dieselbe wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung hätte wie zum Zeitpunkt des Abschlusses der evR. Es war auch aus heutiger Sicht und in Kenntnis der heutigen Marktsituation angezeigt, die evR und damit die Lieferverpflichtung und die Lieferbeschränkung von ETA bis zum 31. Dezember 2019 zu befristen. Die Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Umstände zeigt folglich, dass die eingetretene Marktentwicklung ausreichend ist, damit die Lieferverpflichtung sowie die Lieferbeschränkung gemäss evR bis zum 31. Dezember 2019 auslaufen dürfen.

387. Sellita vertritt demgegenüber eine andere Ansicht und macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 44 f.) geltend, dass sich die Marktverhältnisse wesentlich schlechter entwickelt hätten, als dies die WEKO 2013 erwarte hatte (vgl. auch oben Rz 109 ff.). Das mit der evR verfolgte Ziel (Etablierung der alternativen Anbieter und Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs im Bereich der mechanischen Uhrwerke) sei keinesfalls erreicht worden.<sup>515</sup> Im Antrag des Sekretariats würden die Marktverhältnisse viel zu positiv dargestellt, u.a. berücksichtige der Antrag die neusten Marktentwicklungen (Rezession) und das damit nochmals dramatisch geschrumpfte Volumen für Drittlieferungen von Werken nicht. Zudem sei das Sekretariat über die Verdrängungsstrategie von Swatch Group nicht im Bilde, weil Swatch Group diese gegenüber dem Sekretariat verheimliche. Der Antrag des Sekretariats gehe auch nicht genügend auf die Problematik ein, dass die Mehrheit der alternativen Anbieter wieder vom Markt verschwunden seien oder sich nie hätten richtig etablieren können und angesichts fehlender Profitabilität mittelfristig ebenfalls vom Markt verschwinden würden. Schliesslich unterscheide der Antrag auch nicht zwischen den (vorliegend wesentlichen) Basiskalibern und den höherpreisigen Kalibern.<sup>516</sup>

388. Diese Einwände überzeugen nicht oder sind jedenfalls nicht hinreichend gewichtig, als dass vorliegend von einer wesentlichen Änderung der Tatsachen im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG auszugehen wäre. Dies schon deshalb, da Sellita die Bedeutung der in Rz 385 genannten positiven Aspekte verkennet, wonach sich die Konkurrenzsituation ausreichend verbessert und sich die

<sup>515</sup> Act. [...], Rz 11.

<sup>516</sup> Act. [...], Rz 12.

Knappeitsproblematik, namentlich infolge der Produktions- und Kapazitätssteigerungen von Wettbewerbern wie Sellita sowie der abnehmenden Gesamtnachfrage, entschärft hat. Kommt hinzu, dass Sellita mit ihren Einwänden insgesamt überspannte Anforderungen an das Vorliegen einer hinreichenden Marktentwicklung stellt (vgl. dazu auch oben Rz 109 ff.): Es ging der WEKO mit dem ursprünglichen Entscheid eben nicht darum, einzelne Wettbewerber wie Sellita von ETA vor Konkurrenz oder einer ungünstigen Gesamtmarktentwicklung zu schützen oder gar ETA die Belieferung von Drittkunden per se zu verbieten, sondern einzig darum, die kartellrechtswidrigen Folgen eines kurzfristigen Lieferstopps durch ETA zu verhindern.<sup>517</sup> Soweit Sellita zur Begründung ihrer Sichtweise also auf die negative Gesamtmarktentwicklung oder mangelnde Profitabilität von Konkurrenten von ETA verweist, zielt dies mithin an der Sache vorbei. Zudem sind die tatsächlichen Entwicklungen nach dem 31. Dezember 2019 nicht Gegenstand des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens und bleiben damit unberücksichtigt (vgl. nur oben Rz 66 f.). Soweit Sellita ihre Argumentation darauf stützt, dass nicht zwischen den (vorliegend wesentlichen) Basiskalibern und den höherpreisigen Kalibern differenziert werde, ist dieses Vorbringen nicht mit der vorliegenden Marktabgrenzung vereinbar und deshalb abzuweisen (vgl. oben Rz 212 ff.). Schliesslich sei zur angeblichen, von Swatch Group verheimlichten, Verdrängungsstrategie festzuhalten, dass die von Sellita vorgetragene Beispiele in erster Linie Verhalten von zur Swatch Group zugehörigen Unternehmen betreffen, die andere Produkte als mechanische Uhrwerke herstellen. Da diese Vorbringen von Sellita nicht den Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke betreffen, liegen sie ausserhalb des Verfahrensgegenstandes (vgl. dazu oben Rz 66 f.). Die WEKO kann sich daher dazu im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht äussern. Dasselbe gilt für den von Sellita vorgetragene (angebliche) Plan von Swatch Group, alternative Anbieter nach dem Ende der vorsorglichen Massnahmen aus dem Markt verdrängen zu wollen.

389. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die eingetretenen Marktentwicklungen als ausreichend anzusehen sind, damit die Lieferverpflichtung sowie die Lieferbeschränkung von ETA gemäss evR zum 31. Dezember 2019 auslaufen dürfen. In der Gesamtschau liegt mithin im Hinblick auf den ursprünglichen Entscheid der WEKO, die evR zu genehmigen (Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung), keine wesentliche Veränderung der Tatsachen im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor. Auf den damaligen Genehmigungsentscheid der WEKO ist also nicht zurückzukommen. Mit dem Auslaufen der evR liegt es in Zukunft in der Verantwortung der Swatch Group, ihre marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 413 ff.) nicht im Sinne von Art. 7 KG zu missbrauchen (vgl. auch Rz 439).

### **B.3.6 Abweisung der Anträge von Sellita betreffend mechanische Uhrwerke**

390. Sellita stellte im Laufe des Verfahrens verschiedene Anträge, welche auf eine Verpflichtung von ETA zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen im Bereich mechanischer Uhrwerke gerichtet sind, d.h. von der WEKO den Erlass gewisser Massnahmen gegen

ETA bzw. Swatch Group verlangen (Anträge 1.2 und 2.2 sowie Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6, soweit sie ETA betreffen, gemäss Schreiben von Sellita vom 22. März 2019 und vom 19. Juni 2019 [vgl. oben Rz 29] sowie Anträge 1.2 und 1.2.1 sowie Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, soweit sie ETA betreffen, gemäss Stellungnahme von Sellita zum Antrag des Sekretariats [vgl. oben Rz 44 f.]). Anders als auf die Anträge betreffend Nivarox-Assortiments und SAV tritt die WEKO auf diese Anträge ein. Denn sie betreffen den Bereich mechanischer Uhrwerke und stehen damit in unmittelbarem Zusammenhang zum Verfahrensgegenstand (vgl. auch oben Rz 2 f., Rz 56 ff., Rz 60 ff.).

391. Soweit Sellita mit diesen Anträgen eine entsprechende Änderung des ursprünglichen Entscheids begehrt, sind diese Anträge mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen abzuweisen. Denn es liegt in casu keine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor, weshalb die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht gegeben sind (vgl. Rz 382 ff.). Unter diesen Umständen kann die WEKO also den ursprünglichen Genehmigungsentscheid betreffend die evR (Ziff. 3 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung) nicht in Wiedererwägung ziehen und keine weitergehenden Massnahmen erlassen.

392. Da Sellita die vorgenannten Anträge insbesondere auch mit Tatsachenvorbringen zu angeblichen künftigen missbräuchlichen Verhaltensweisen von ETA (Beliieferung einzig von bestimmten Drittkunden mit höherwertigen und teureren Produktion ab Ablauf der evR bzw. dem Geltungsende der vorsorglichen Massnahmen; vgl. dazu auch Rz 21, Rz 24, Rz 27)<sup>518</sup> begründet, ist nochmals an Folgendes zu erinnern: Die WEKO hat im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren primär die Frage zu beantworten, ob die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids der WEKO abzeichnenden Marktentwicklungen eingetreten sind, damit die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung tatsächlich zum 31. Dezember 2019 auslaufen dürfen; «Stichtag» für die Sachverhaltsermittlungen ist somit der 31. Dezember 2019. Das künftige Verhalten von Swatch Group bzw. ETA im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke, ist, sofern es nicht Gegenstand des ursprünglichen Entscheids war,<sup>519</sup> im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren nicht zu beachten. Es kann aber Gegenstand künftiger anderer kartellrechtlicher Verfahren und Massnahmen sein, sofern hierfür die Voraussetzungen gegeben sind (vgl. dazu auch oben Rz 66 und Rz 439).

<sup>517</sup> Gegenstand der damaligen Beurteilung war ein vollständiger Stopp der Belieferung von Drittkunden mit den damals von ETA produzierten mechanischen Swiss made Uhrwerken auf Ende 2012; vgl. oben Rz 3 und Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>518</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 47.

<sup>519</sup> Gegenstand der damaligen Beurteilung war ein vollständiger Stopp der Belieferung von Drittkunden mit den damals von ETA produzierten mechanischen Swiss made Uhrwerken auf Ende 2012; vgl. oben Rz 3 und Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

## B.3.7 Marktbeherrschende Stellung von ETA

### B.3.7.1 Vorbemerkungen

393. Gemäss den vorangehenden Erwägungen besteht in Bezug auf eine allfällige Wiedererwägung von Ziff. 3 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids keine wesentliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG. Der ursprüngliche Entscheid kann damit insoweit nicht geändert oder widerrufen werden. Swatch Group hat ferner den Antrag gestellt, Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids, wonach ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist, aufzuheben sowie festzustellen, dass ETA nicht mehr marktbeherrschend sei (vgl. Rz 25, Rz 42). Aus den bereits dargelegten Gründen tritt die WEKO auf diesen Antrag ein (vgl. oben Rz 54 f.).

394. Es ist damit zu prüfen, ob bezüglich der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA im damaligen Entscheid, die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 3 KG gegeben sind. Es ist also zu entscheiden, ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung entscheidend waren, wesentlich im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG geändert haben. Eine wesentliche Änderung der Rechtslage gemäss Art. 30 Abs. 3 KG ist von vorneherein nicht ersichtlich und wird auch von Swatch Group nicht geltend gemacht.

395. Bei der Prüfung, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im ursprünglichen Entscheid wesentlich geändert haben, ist Folgendes zu beachten:

- 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 gewisse Bedeutung für die Zukunft. Für die Zukunft bewirkt die rechtskräftige Feststellung zum einen eine besondere fusionsrechtliche Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.<sup>520</sup> Die rechtskräftige Feststellung ist insoweit ein Aufgreifkriterium, ohne dabei für die materielle Zusammenschlusskontrolle eine Fiktion der marktbeherrschenden Stellung zu begründen. Zum anderen hat die Feststellung für die Zukunft eine gewisse 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,<sup>521</sup> ohne dabei indes von der Pflicht befreit zu sein, die Marktbeherrschung im konkreten Entscheidzeitpunkt abklären zu müssen<sup>522</sup>. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung hat dementsprechend generell und in casu – im beschriebenen Ausmass – den Charakter einer Dauerverfügung.
- Bei Dauerverfügungen ist im Rahmen von Art. 30 Abs. 3 KG zu prüfen, ab welchem Zeitpunkt sie nicht mehr gelten oder geändert werden sollen. Denkbar ist grundsätzlich ein Widerruf oder eine Änderung der Verfügung zu jedem beliebigen Zeitpunkt ab ihrem Geltungsbeginn. Swatch Group begehrt vorliegend

nicht die Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA mit Wirkung ex-tunc, sondern einzig mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020 (vgl. oben Rz 40). Es ist fraglich, ob für dieses Begehren überhaupt ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse besteht. Denn erstens macht Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats zugleich geltend, die damalige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung habe einzig eine Wirkung zum Entscheidzeitpunkt;<sup>523</sup> wenn dem tatsächlich so wäre, dann bedürfte es überhaupt keiner Aufhebung des damaligen Dispositivs. Und zweitens macht sie kein besonderes Feststellungsinteresse an der Feststellung des angeblichen Endes der marktbeherrschenden Stellung zum 1. Januar 2020 geltend.<sup>524</sup> Ob für das Begehren von Swatch Group, Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids aufzuheben und festzustellen, dass ETA ab dem 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend sei, ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse besteht, kann aber dahinstehen, da die WEKO ohnehin zum Ergebnis kommt, dass ETA auch zum Zeitpunkt des Ablaufs der evR marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG war und nach wie vor ist. Dies wird nachfolgend aufgezeigt.

### B.3.7.2 Vorbringen von Swatch Group

396. Zur Begründung, weshalb Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids aufgehoben und festgestellt werden müsse, dass ETA ab dem 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend sei, machte Swatch Group die folgenden Tatsachen- und Rechtsvorbringen.<sup>525</sup>

<sup>520</sup> Die marktbeherrschende Stellung muss dabei nicht ausdrücklich im Dispositiv einer WEKO-Verfügung festgestellt sein. Es genügt vielmehr, wenn sich diese aus der Begründung einer WEKO-Verfügung bzw. implizit aus ihrem Dispositiv ergibt. Dies folgt letztlich aus der auch von Swatch Group zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die marktbeherrschende Stellung nicht explizit im Dispositiv einer Verfügung festgestellt werden darf, wenn die WEKO gegen das betroffene Unternehmen konkrete Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG verfügt oder eine Sanktion im Sinne von Art. 49a KG verhängt; vgl. insbesondere Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 (=BGE 139 I 72), E. 14, *Publigroupe*; s. dazu auch BGE 137 II 199, E. 6, *Mobilfunkterminierung*, und BGE 135 II 60, E. 3, *Domestic Interchange Fee (DMIF)*. Damit muss für Art. 9 Abs. 4 KG schon eine implizite Feststellung genügen, andernfalls hätte Art. 9 Abs. 4 KG keinerlei Bedeutung, obwohl der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 4 KG ein eindeutiges Aufgreifkriterium schaffen wollte.

<sup>521</sup> 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.

<sup>522</sup> Diese Pflicht folgt aus der in Fn 520 erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. insbesondere BGE 137 II 199, E. 6.5.1, *Mobilfunkterminierung*.

<sup>523</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 69.

<sup>524</sup> Ein solches besonderes Feststellungsinteresse könnte etwa aus der Bedeutung der damaligen Feststellung für Zusammenschlusskontrollverfahren resultieren (Art. 9 Abs. 4 KG).

<sup>525</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 29–125.

397. In sachverhältnismässiger Hinsicht begründete Swatch Group ihr Begehren insbesondere damit, dass sich der Anteil von ETA am Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke auf unter [20–30] %, nämlich rund [20–30] % reduziert habe. ETA habe im Jahr 2019 nur noch [...] mechanische Uhrwerke an Dritte verkauft, während vor 2013 jährlich noch über [...] Stück geliefert worden seien. Zudem habe der Eigenversorgungsgrad der Uhrenhersteller, welche nicht zur Swatch Group gehören, im Zeitraum 2013 bis 2019 um [...] % (von rund [...] Mio. Stück auf ca. [...] Mio. Stück) zugenommen. Gleichzeitig sei ein signifikanter Ausbau der Kapazitäten bzw. der Produktion anderer Werkhersteller, insbesondere von Sellita erfolgt. Im Zeitraum zwischen 2011 und 2019 seien die Gesamtkapazität und die Gesamtproduktion aller Uhrwerkshersteller um 15 % bzw. 16 % gestiegen. Diese Steigerungen seien ausschliesslich von Konkurrenten von ETA bewirkt worden, da ETA weder ihre Produktionsmenge noch ihre Kapazität gesteigert habe. Im Jahr 2019 habe die Produktion der Werkhersteller ohne ETA sogar die gesamte Nachfrage durch Drittkunden gedeckt. Auch wenn die Anzahl der Konkurrenten nicht entscheidend und zudem zweifelhaft sei, ob das Marktvolumen für eine Vielzahl industrieller Anbieter mit grossen Volumen überhaupt hinreichend gross sei, gebe es aktuell mindestens sieben alternative Uhrwerkshersteller. Hervorzuheben sei Kenissi, eine neue, gewichtige Konkurrentin im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke. Des Weiteren wies Swatch Group darauf hin, dass in Bezug auf die meistverkauften mechanischen ETA-Uhrwerke jeweils mindestens ein Substitut bestehe. Insgesamt stünden also genügend Alternativen zur Verfügung. Eine Knappheit an mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken sei mit Blick auf die aktuellen Entwicklungen (insbesondere die COVID19-Pandemie) auch künftig nicht zu erwarten.

398. In rechtlicher Hinsicht machte Swatch Group geltend, die WEKO müsse – soweit sie die marktbeherrschende Stellung von ETA feststellen wolle – eine umfassende Prüfung von Art. 4 Abs. 2 KG vornehmen. Bei dieser Prüfung sei der Marktanteil von ETA in Höhe von [30–40] % bzw. [20–30] %<sup>526</sup> im Jahr 2019 entscheidend. Es sei «noch nie» die Marktbeherrschung eines Wettbewerbers mit einem Marktanteil von [30–40] % bejaht worden. Auch sei Ziff. 7 evR zu berücksichtigen, wonach Swatch Group ab einem Marktanteil von unter 35 % nicht mehr marktbeherrschend sei. Soweit das Sekretariat in seinem Antrag (vgl. Rz 39 f.) neben dem Marktanteil weitere Umstände für die Beurteilung der Marktstellung heranziehe, sei dies unzulässig, oder aber diese Umstände seien aufgrund methodischer Mängel bei der Marktuntersuchung gar nicht bewiesen. So dürfe bei der Wettbewerbsanalyse etwa nicht zwischen Uhrwerken verschiedener Preisklassen oder verschiedener Kaliberfamilien differenziert werden, da dies mit Blick auf die geltende Markttabgrenzung der WEKO aus dem Jahr 2013 unzulässig sei. Aus demselben Grund dürfe z.B. der konzerninterne Absatz von ETA keine Berücksichtigung finden; zumindest wäre mit einem SSNIP<sup>527</sup>-Test zu prüfen, ob Swatch Group tatsächlich ein Interesse an der Umstellung der Produktionskapazitäten auf Dreittlieferungen hätte, was im Übrigen nicht der Fall sei. Ausserdem würde eine allfällige Feststellung der marktbeherr-

schenden Stellung durch die WEKO ganz generell gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Publigroupe verstossen.

### B.3.7.3 Keine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

399. Nachfolgend wird mit Blick auf die vorgenannten Vorbringen von Swatch Group sowie die entsprechenden Erwägungen im ursprünglichen Entscheid der WEKO darauf eingegangen, ob sich die entscheidungsmassgebenden Umstände tatsächlich geändert haben (Rz 400 ff.) und ob allfällige Änderungen «wesentlich» im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG sind (Rz 413 ff.). Nur wenn in casu eine *wesentliche* Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegen würde und ETA aktuell nicht mehr marktbeherrschend wäre, könnte – so wie es Swatch Group beantragt – Ziff. 1 des Dispositivs der ursprünglichen Verfügung mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020 aufgehoben werden.

#### B.3.7.3.1 Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse

400. Für die Prüfung, ob ETA eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG inne hat, hat die WEKO im ursprünglichen Entscheid praxisgemäss zunächst den relevanten Markt abgegrenzt und sodann die Marktstellung von ETA auf diesem Markt beleuchtet.<sup>528</sup> Dabei kam sie zum Ergebnis, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist.

#### *Relevanter Markt*

401. Wie bereits erläutert, legte die WEKO in ihrem ursprünglichen Entscheid in sachlicher Hinsicht einen Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen zugrunde (vgl. Rz 81 ff., Rz 152 f.). Dass der relevante Markt auch nach Kalibern und Preisklassen segmentiert werden könnte, schloss die WEKO nicht aus.<sup>529</sup> Die WEKO grenzte zwar den sachlich relevanten Markt aufgrund der bestehenden Angebotssubstituierbarkeit als mechanische Swiss made Uhrwerke aller Kaliber (und Preisklassen) ab, liess jedoch explizit offen, ob der Markt je nach Kaliber oder Kaliberfamilie unterteilt werden müsste.<sup>530</sup> In Bezug auf Preisunterschiede führte sie aus, es spreche viel dafür, basierend auf dem Preis und dem Industrialisierungsgrad zwei Märkte abzugrenzen: Einen Markt für die Herstellung industrieller Basiskaliber bis ungefähr 500 CHF sowie einen Markt für die Herstellung von «haut-de-gamme»-Kaliber ab ungefähr 700–1'000 CHF.<sup>531</sup> Eine entsprechende Segmentierung des relevanten Markts nahm die

<sup>526</sup> Swatch Group macht auf Grundlage ihrer eigenen Berechnungen geltend, ETA habe im Jahr 2019 einen Marktanteil von lediglich [20–30] % gehabt. Dies trifft nicht zu. Die Wettbewerbsbehörden gehen auf der Grundlage ihrer eigenen Datenerhebung davon aus, dass ETA im Jahr 2019 einen Marktanteil von [30–40] % hatte (vgl. Rz 162 ff.).

<sup>527</sup> Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

<sup>528</sup> RPW 2014/1, 224 Rz 90–120, 233 Rz 160–216, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>529</sup> RPW 2014/1, 225 Rz 97, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>530</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>531</sup> RPW 2014/1, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

WEKO einzig deshalb nicht vor, weil ETA sowohl im weit definierten Markt als auch in entsprechend segmentierten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügte.<sup>532</sup> In räumlicher Hinsicht grenzte die WEKO die Schweiz als Markt für die Herstellung mechanischer Uhrwerke ab (vgl. Rz 81 ff.).<sup>533</sup>

402. Wie bereits dargelegt, kann die vorgenannte Markt- abgrenzung auch für die nachfolgende Prüfung zugrunde gelegt werden (vgl. auch oben Rz 140 f., 152 ff.). Denn weder sind neue Umstände ersichtlich, welche vorliegend eine andere Markt- abgrenzung rechtfertigen würden, noch werden solche neuen Sachverhaltselemente von Swatch Group oder Sellita geltend gemacht. Im Gegenteil: Swatch Group betont eigentlich selbst ausdrücklich, dass die Markt- abgrenzung gemäss dem ursprünglichen Entscheid für den vorliegenden Entscheid zugrunde gelegt werden solle und keine andere Markt- abgrenzung vorgenommen werden dürfe.<sup>534</sup> Soweit Sellita aus rechtlichen Gründen gleichwohl eine andere Markt- abgrenzung fordert, nämlich eine Segmentierung des Marktes nach Kaliber(-familien),<sup>535</sup> ist dieses Vorbringen für die nachfolgende Prüfung irrelevant. Denn selbst wenn der nachfolgenden Prüfung eine solche Segmentierung zugrunde gelegt würde, wäre von einer marktbeherrschenden Stellung von ETA auszugehen. Denn ETA würde in diesem Fall z. B. über noch höhere Markt-, Produktions- und Kapazitätsanteile in vielen «Kalibermärkten» verfügen; auch die übrigen für die Annahme der marktbeherrschenden Stellung relevanten Umstände (vgl. unten Rz 415, Rz 420–423, Rz 426 f.) lägen dann gleichermassen vor. Ob vorliegend eine Engerfassung des relevanten Marktes geboten ist, kann damit ohnehin offenbleiben.

#### *Neue Umstände in Bezug auf die Marktstellung von ETA*

403. Bei der Beurteilung der Frage, ob ETA eine marktbeherrschende Stellung auf dem genannten Markt einnimmt, analysierte die WEKO im ursprünglichen Entscheid praxisgemäss die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken und die vergangenen und damals aktuellen Expansionsprojekte (potentieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite (Nachfragemacht).<sup>536</sup> Diesbezüglich werden nachfolgend allfällige neue Entwicklungen der tatsächlichen Verhältnisse aufgeführt.

##### (i) Aktueller Wettbewerb

404. In Bezug auf die aktuellen Konkurrenten von ETA hielt die WEKO im ursprünglichen Entscheid fest, dass diese kaum eine disziplinierende Wirkung auf ETA ausüben können. Die folgenden Gründe sprachen für die WEKO gegen eine disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz von ETA: Einerseits die sehr hohen Marktanteile von ETA und andererseits die Tatsache, dass kaum Konkurrenten existierten. Die vorhandenen wenigen Konkurrenten verfügten zudem über deutlich geringere Kapazitäten und hatten eine (stark) eingeschränkte Produktpalette, so dass es für bestimmte Kaliber von ETA überhaupt keine Substitute gab. Des Weiteren sei Sellita beim wichtigsten Input (Assortiments) auf Nivarox, ebenfalls Tochtergesellschaft der Swatch Group, angewiesen (vgl. Rz 82 ff.).<sup>537</sup>

405. Wie sich aus den Ausführungen in den vorangehenden Abschnitten ergibt (vgl. insbesondere Rz 139–381), haben sich die für den aktuellen Wettbewerb massgebenden Umstände seit 2010<sup>538</sup> in einem gewissen Masse geändert. Folgendes sei hier wiederholt und betont, in Bezug auf Details wird auf die Ausführungen oben in Rz 139–381 verwiesen:

- Im Wesentlichen hat eine Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita stattgefunden. ETA hat ihren Anteil an der an Dritte gelieferten Menge im Zeitraum 2010 bis 2019 wesentlich gesenkt, auf zuletzt [30–40] %, während Sellita im Jahr 2019 einen Marktanteil von [50–60] % aufwies (vgl. Rz 163 ff.).
- Auch die Produktionsanteile der beiden wichtigsten Marktakteure ETA und Sellita haben sich im Zeitraum 2010 bis 2019 verändert, wenn auch nicht im gleichen Masse wie die Marktanteile (vgl. dazu Rz 143 ff.): Während ETA im Jahr 2010 über einen Anteil an der Gesamtproduktion mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke in Höhe von [70–80] % verfügte, betrug die jeweiligen Produktionsanteile im Jahr 2019 [60–70] % (ETA) bzw. [10–20] % (Sellita). Vergleichbares gilt für die Kapazitätsanteile (vgl. Rz 155 ff.).
- Neben Sellita existieren im Wesentlichen die gleichen Konkurrenten wie zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids. Ihre Marktstellung hat sich indes leicht verändert: So konnten die Uhrwerkshersteller Soprod und STP ihre Marktanteile seit 2010 bzw. 2011 leicht erhöhen (Marktanteile Soprod: [0–5] % [2019] bzw. [0–5] % [2010]; Marktanteile STP: [0–5] % [2019], [0–5] % [2010]; alle anderen damals bereits aktiven Marktteilnehmer verfügten indes auch 2019 noch über Marktanteile von maximal [0–5] % (vgl. Rz 163 ff.). Das gilt insbesondere für Ronda, die ihren Markteintritt 2016 plante. Mit Kenissi (vgl. Rz 148) ist ein neues Unternehmen im Markt aktiv. Im Jahr 2019 hatte Kenissi einen Marktanteil von [0–5] % und einem Anteil an der Gesamtproduktion mechanischer Uhrwerke in der Schweiz in Höhe von rund [0–5] % (Produktionsmenge von Kenissi im Jahr 2019: [...]; vgl. auch Tabelle A.1 im Anhang).
- Es gibt aktuell für bestimmte Kaliber von ETA – insbesondere für mengen- und umsatzstarke mechanische Uhrwerke – mehr Substitute von anderen Anbietern als noch 2010 (vgl. dazu Rz 212 ff.).

<sup>532</sup> Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>533</sup> Vgl. RPW 2014/1, 227 f., Rz 118 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>534</sup> Vgl. insbesondere Act. [...], Rz 9, 94 f.

<sup>535</sup> Act. [...], Rz 31–35.

<sup>536</sup> RPW 2014/1, 233 Rz 158 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>537</sup> RPW 2014/1, 236 Rz 174, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>538</sup> Im ursprünglichen Entscheid wurde auf Zahlen von 2010 abgestellt; vgl. Rz 120.

- Die Kunden von ETA konnten im Zeitraum 2011 bis und mit 2019 ihre Eigenproduktion von mechanischen Uhrwerken ausbauen bzw. etablieren; so erhöhte sich deren Eigenproduktion seit 2011 um 48 % bzw. ca. [...] Stück<sup>539</sup> und steigerte sich deren aggregierter Eigenversorgungsgrad von 12 % auf 22 %, was ihre Abhängigkeit von ETA verringerte (vgl. dazu Rz 343 ff.).

(ii) Potentieller Wettbewerb

406. In Bezug auf den potentiellen Wettbewerb haben sich die massgebenden Umstände hingegen nicht geändert:<sup>540</sup> Dies wäre nur der Fall, wenn auf Ende 2019 gegenüber der Beurteilung im Jahr 2013 neue potentielle Konkurrenz bis zu einem gewissen Grad vorhanden wäre, etwa weil – dies machen die Parteigutachter von Swatch Group geltend<sup>541</sup> – keine relevanten Markteintrittshürden vorlägen. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist dies nicht der Fall.

407. In casu haben zwar immerhin 12 % aller 162 Schweizer Unternehmen, deren Fragebögen auswertbar waren, angegeben, dass sie ab 2020 Ausbau- oder Aufbaupläne in Bezug auf die Produktion von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken haben.<sup>542</sup> Allerdings gehen vor allem die expansionswilligen Uhrwerkshersteller, welche eine industrielle Massenproduktion betreiben (wollen), d. h. Sellita, Soprod und Concepto davon aus, dass die Realisierbarkeit der Ausbau- und Aufbaupläne bedingt sei durch das Verhalten von ETA. So ergibt sich aus den Antworten dieser Unternehmen auf den Fragebogen des Sekretariats, dass die Pläne vor allem dann realisierbar seien, wenn sich ETA ganz oder in ausreichendem Masse von der Belieferung von Drittkunden zurückziehe. Die WEKO ist überzeugt, dass diese Angaben nicht bloss strategisch gefärbte Ausführungen der Konkurrenten von ETA sind. Denn Swatch Group führt selbst aus, dass das Marktvolumen in der Schweiz zu klein sei, um eine Vielzahl von industriellen Anbietern mit grossen Volumen verkraften zu können,<sup>543</sup> und zudem der Marktanteilsge Gewinn von Sellita auf den freiwilligen bzw. durch die evR bedingten Rückzug von ETA aus der Belieferung von Drittkunden zurückzuführen sei.<sup>544</sup> Dies zeigt, dass allfällige künftige Konkurrenz zu ETA vom Verhalten von ETA abhängig ist und nicht umgekehrt. Schon darin manifestiert sich die fehlende disziplinierende Wirkung der potentiellen Konkurrenz.

408. Dass sich derzeit Aus- und Aufbaupläne unabhängig vom Verhalten von ETA innert kurzer Zeit realisieren liessen, ist auch angesichts der derzeitigen Situation im Gesamtmarkt (Abnahme der Gesamtnachfrage [vor allem im unteren und mittleren Preissegment], auch infolge der Unruhen in Hong Kong sowie der pandemischen Ausbreitung des COVID19-Virus)<sup>545</sup>, wenig erfolgversprechend. Denn infolge der Gesamtsituation bestehen oder drohen Überkapazitäten, welche die ohnehin bestehende Problematik der hohen Eintrittshürden für die Etablierung einer profitablen industriellen Produktion von mechanischen Uhrwerken in der Schweiz (Know-How, hoher Investitionsbedarf)<sup>546</sup> noch verschärft.

409. Swatch Group macht diesbezüglich neu geltend, für den relevanten Markt bestünden (neu) keine hohen Markteintrittshürden.<sup>547</sup> Dabei bringt Swatch Group indes

keine neuen Tatsachen vor, sondern würdigt die bekannten und von der WEKO im ursprünglichen Entscheid berücksichtigten Aspekte des Marktes anders als es die WEKO im ursprünglichen Entscheid tat:<sup>548</sup> Insbesondere seien die Grössenvorteile (je grösser die Menge, desto geringer die Kosten und der Preis pro Stück) nicht derart umfassend, dass über den gesamten relevanten Bereich der Nachfrage lediglich ein Unternehmen effizient produzieren könne, und es drohten einer allfälligen potentiellen Konkurrenz keine irreversiblen bzw. versunkenen Kosten.<sup>549</sup> Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Begründung hierfür ergibt sich aus dem ursprünglichen Entscheid, an welcher die WEKO festhält und auf welche sie verweist.<sup>550</sup> An dieser Stelle sei lediglich betont, dass das Vorhandensein von Markteintrittsbarrieren kein natürliches Monopol erfordert, wie es die Vorbringen von Swatch Group suggerieren. Stattdessen reichen in der vorliegenden Marktsituation, insbesondere bei der vorliegend sinkenden Gesamtnachfrage, Grössenvorteile aus, um neue Markteintritte zu erschweren. Damit besteht insoweit eine Marktzutrittsschranke. Davon geht Swatch Group im Übrigen auch selbst aus, da sie an anderen Stellen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats anerkennt, dass «der Markt [...] nur für drei bis maximal vier industrielle Hersteller gross genug» sei.<sup>551</sup> Der Verweis von Swatch Group auf angeblich fehlende irreversible Kosten leuchtet ebenfalls nicht ein, da potentielle Konkurrenz im Falle eines Misserfolgs der Investition Personalkosten umsonst aufgewendet haben würde und Anlagen – soweit sie nicht anderweitig genutzt werden können – abschreiben müsste. Die WEKO geht daher davon aus, dass im vorliegenden Markt die im ursprünglichen Entscheid beschriebenen Markteintrittshürden bestehen.

<sup>539</sup> Die Kunden von ETA mit Eigenproduktion produzierten 2011 ca. [...] mechanische Uhrwerke und 2019 ca. [...] Stück.

<sup>540</sup> Vgl. zur ursprünglichen Situation: RPW 2014/1, 241 Rz 209 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>541</sup> Act. [...], Rz 118, Beilage 1, S. 45 ff.

<sup>542</sup> Darunter sind sowohl Uhrenhersteller mit Eigenproduktion als auch reine Uhrwerkshersteller. Insgesamt 159 Unternehmen (98 %) haben die Frage nach Ausbau- oder Aufbauplänen in Bezug auf die Produktion mechanischer Uhrwerke ab 2020 beantwortet; drei Unternehmen (2 %) haben diese Frage nicht beantwortet. Vgl. Fn 39.

<sup>543</sup> Act. [...], Rz 44, Beilage 1, S. 28 f.

<sup>544</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 28 f.

<sup>545</sup> So sind die Exporte der Uhrenhersteller im März 2020 gemäss Statistiken des Verbands der Schweizerischen Uhrenindustrie FH im Vergleich zum Vorjahr mengenmässig um über 40 % eingebrochen; vgl. [https://www.fhs.swiss/scripts/getstat.php?file=a\\_200303\\_f.pdf](https://www.fhs.swiss/scripts/getstat.php?file=a_200303_f.pdf) (13.7.2020). Im Vergleich zum ersten Semester des Jahres 2019

reduzierten sich die Exporte der Uhrenhersteller im ersten Semester des Jahres 2020 um 35 %; im unteren Preissegment (Exportpreis zwischen 200 und 500 CHF) betrug der mengenmässige Rückgang sogar 55 % gegenüber dem Vergleichszeitraum des Jahres 2020; vgl. *revuef* vom 20.8.2020, S. 4 f. Vgl. z.B. auch <https://www.nzz.ch/wirtschaft/corona-hongkong-smartwatches-ingredienten-einer-uhren-krise-ld.1542425> (13.7.2020).

<sup>546</sup> Vgl. oben Rz 95 f. sowie RPW 2014/1, 236 Rz 179 ff., 237 Rz 186 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>547</sup> Act. [...], Rz 118, Beilage 1, S. 45 ff.

<sup>548</sup> Vgl. dazu RPW 2014/1, 236 Rz 179 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>549</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 47 ff.

<sup>550</sup> RPW 2014/1, 236 Rz 179 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>551</sup> Vgl. zu dieser Argumentation etwa Act. [...], Rz 82, Beilage 1, S. 28 f.



410. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass allfällige alternative Uhrwerkshersteller auch aktuell – wie auch im Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids<sup>552</sup> – beim wichtigsten Input (Assortiments) auf Belieferungen durch die marktbeherrschende Swatch Group-Tochter Nivarox angewiesen sind; nach wie vor besteht insoweit also eine grosse Abhängigkeit von der Swatch Group (vgl. Rz 356–370). Swatch Group macht diesbezüglich auch keine Änderung der Tatsachen geltend (vgl. Rz 396 ff.).

(iii) Nachfragemacht

411. Auch im Hinblick auf die Nachfragemacht haben sich die massgeblichen Umstände nicht geändert (vgl. zur ursprünglichen Beurteilung oben Rz 99). Es sind keine neuen Umstände ersichtlich, und werden auch von Swatch Group nicht vorgebracht (vgl. Rz 396), wonach die Nachfrager ihre Verhandlungsmacht gegenüber 2011 gesteigert hätten: Auch heute noch vermag ETA sich ihre Kunden selbst auszusuchen bzw. die Belieferung einzustellen.<sup>553</sup> Zudem verfügt ETA bei der Produktion von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken über einen Produktionsanteil von [60–70] % (vgl. Rz 143 ff.). Auch können die Abnehmer nur im oben skizzierten Ausmass auf alternative Abnehmer ausweichen, etwa weil es für gewisse Kaliber kaum Substitute gibt (vgl. dazu Rz 212 ff.). Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Nachfrager Ende 2019 über eine erhöhte disziplinierende Nachfragemacht verfügten.

(iv) Zwischenfazit

412. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass sich einzig die für den aktuellen Wettbewerb massgebenden Umstände im dargelegten Masse geändert haben: Zu nennen ist insbesondere der gesunkene Marktanteil von ETA bei der Belieferung von Drittkunden, der Markteintritt von Kenissi sowie der gestiegene Eigenversorgungsgrad der Kunden von ETA, zumindest im oberen Preissegment. Unzutreffend ist die Behauptung von Swatch Group, die Nachfrage durch Drittkunden habe im Jahr 2019 ausschliesslich von Uhrwerksherstellern ohne ETA gedeckt werden können. Zu dieser Aussage gelangt die Swatch Group einzig, weil sie annimmt, dass im Jahr 2019 gelieferte Uhrwerke, welche nicht im selben Jahr (als Bestandteil einer Fertiguhr) weiterverkauft werden, nicht zur nachgefragten Menge zu rechnen seien.<sup>554</sup> Für eine solche «Herausrechnung» eines Teils der Nachfrage aus der tatsächlichen Nachfrage besteht aus ökonomischer Sicht keinerlei Grundlage. Dementsprechend ist festzuhalten, dass die Nachfrage nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Uhrwerken auch im Jahr 2019 nicht allein von Uhrwerksherstellern ohne ETA gedeckt wurde (vgl. dazu auch Rz 162 ff.).

### B.3.7.3.2 Keine «wesentliche» Änderung

413. Wie erläutert, führt nicht jede Änderung des Sachverhalts dazu, dass eine rechtskräftige Verfügung widerrufen oder geändert werden kann. Dies ist nur möglich, wenn die Änderung wesentlich im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG ist. Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhalts nur dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben kann.<sup>555</sup> Mit Blick auf den Aufhebungsantrag von Swatch Group ist damit nachfolgend darauf einzugehen, ob die vorge-

nannten Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse zur Beendigung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke führen könnten, mithin anzunehmen ist, dass sich ETA aktuell nicht mehr in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG). Für diese Prüfung ist praxismässig die Marktstellung von ETA mit Blick auf den aktuellen und potentiellen Wettbewerb sowie die disziplinierende Wirkung der Nachfrage zu analysieren. Diese Prüfung ist eine umfassende Einzelfallprüfung anhand einer Vielzahl von Kriterien (vgl. dazu auch unten Rz 415).<sup>556</sup>

### Aktueller Wettbewerb

414. Für die Beurteilung der aktuellen Marktstellung von ETA ist zunächst ihre Stellung bei der Belieferung von Drittkunden in den Blick zu nehmen: Wie erwähnt und von Swatch Group betont, hat eine Marktanteilsverschiebung von ETA zu Sellita stattgefunden. ETA hat ihren Marktanteil im Zeitraum 2010 bis 2019 wesentlich gesenkt, auf zuletzt [30–40] %, während Sellita im Jahr 2019 einen Marktanteil von [50–60] % aufwies. Isoliert betrachtet, indiziert ein Marktanteil von rund [30–40] % eher das Nichtbestehen einer marktbeherrschenden Stellung,<sup>557</sup> wobei die WEKO auch schon bei einem Marktanteil in Höhe von 20–30 % eine marktbeherrschende Stellung bejaht hat<sup>558</sup> und vorliegend zudem zu berücksichtigen ist, dass neben Sellita keine alternativen Uhrwerkshersteller über Marktanteile von über [0–5] % verfügen (vgl. oben Rz 404). Die *Indizienwirkung*, wonach der Marktanteil von weniger als einem Drittel für das Nichtbestehen der marktbeherrschenden Stellung sprechen könnte, findet im Übrigen auch ihren Ausdruck in der von Swatch Group vorgebrachten Ziff. 7 evR (vgl. oben Rz 5, 398). Entgegen dem Vorbringen von Swatch Group begründet Ziff. 7 evR aber keine rechtliche Fiktion des Wegfalls der marktbeherrschenden Stellung von ETA.<sup>559</sup> Vielmehr folgte für Swatch Group aus Ziff. 7 evR einzig die Gewissheit, dass die WEKO auf einen allfälligen Antrag betreffend die Änderung der *Lieferverpflichtung* gemäss evR (vgl. dazu oben Rz 6) – nicht aber bezüglich Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids – eintreten würde, insbesondere sofern der

<sup>552</sup> Vgl. etwa RPW 2014/1, 238 Rz 191 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>553</sup> Das ergibt sich implizit aus dem Vorbringen von Swatch Group, wonach sie künftig nur bestimmte Dritte unter freier Gestaltung der Geschäftsbeziehungen beliefern wolle; vgl. oben Rz 24.

<sup>554</sup> Vgl. Act. [...].

<sup>555</sup> BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 133.

<sup>556</sup> Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468, 548; BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 117), Art. 4 Abs. 2 N 268, 270 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.

<sup>557</sup> Vgl. den Überblick bei LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: *DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler* (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 2 N 226 ff.

<sup>558</sup> RPW 2018/4, 952 Rz 125 ff., *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>559</sup> Die WEKO hat im ursprünglichen Entscheid eine Befristung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich abgelehnt, vgl. RPW 2014/1, 283 f. Rz 490, *Swatch Group Lieferstopp*. Damit hat die WEKO zum Ausdruck gebracht, dass die Einhaltung und der Ablauf der evR nicht zwingend zum Ende der marktbeherrschenden Stellung von ETA führen.

Marktanteil vor Ende 2019 auf unter 35 % gefallen wäre.<sup>560</sup> Wie die WEKO über einen entsprechenden Antrag in der Sache zu entscheiden gehabt hätte, war durch die evR also nicht festgelegt.

415. Der Marktanteil ist für die Prüfung von Art. 4 Abs. 2 KG bzw. die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs jedoch nur eines von mehreren entscheidungsmassgebenden Kriterien: Wie Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eigentlich selbst wiederholt betont,<sup>561</sup> kommt es für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf eine umfassende Prüfung der Marktstellung an.<sup>562</sup> Bei dieser umfassenden Prüfung mag ein hoher Marktanteil für sich betrachtet immerhin ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sein<sup>563</sup> – ein niedriger hingegen ein Indiz gegen das Vorliegen einer solchen Stellung. Zu beachten sind daneben aber sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.<sup>564</sup> Als solche entscheidungsmassgebenden Aspekte sind neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb (vgl. dazu oben Rz 406 ff. und unten Rz 426) und der Nachfragemacht (vgl. dazu oben Rz 411 und unten Rz 427) etwa folgende Kriterien zu nennen: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur, Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.<sup>565</sup> Da es für die Prüfung, ob sich ein Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann, auf eine Vielzahl von Aspekten ankommt, hat die WEKO in der Vergangenheit auch schon bei hohen Marktanteilen die marktbeherrschende Stellung verneint<sup>566</sup> und bei tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung bejaht<sup>567</sup>.

416. Vorliegend ist folglich eine umfassende Einzelfallprüfung der Marktstellung von ETA durchzuführen. Zum Erfordernis einer solchen umfassenden Einzelfallprüfung macht Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 42 f.) widersprüchliche Ausführungen: Einerseits fordert Swatch Group an verschiedenen Stellen ihrer Stellungnahme genau eine solche umfassende Einzelfallprüfung ein.<sup>568</sup> Andererseits begründet sie das angebliche Nichtbestehen der marktbeherrschenden Stellung von ETA im Wesentlichen mit dem Marktanteil von ETA in der Höhe von [30–40] % im Jahr 2019; andere Aspekte wie insbesondere Produktions- und Kapazitätsanteile und damit der Eigengebrauch der Uhrenhersteller sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs seien hingegen nicht zu berücksichtigen (vgl. oben Rz 396 ff.). Dies überzeugt indes mit Blick auf die in Rz 415 genannte Praxis nicht: Wie gezeigt, ist die Marktstellung eines Unternehmens aufgrund einer Vielzahl von Kriterien dahingehend zu prüfen, ob das Unternehmen sich im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Damit sind insbesondere auch Produktions- und Kapazitätsanteile und das Ausmass des Substitutionswettbewerbs zu berücksichtigen. Dass dies vorliegend geboten ist, ist entgegen dem Vorbrin-

gen von Swatch Group gerade mit wettbewerbsökonomischen Überlegungen zu begründen. Denn hat ein Unternehmen aufgrund seiner Produktion oder Kapazitäten singuläre Grössen- und damit Kostenvorteile (Skaleneffekte) gegenüber seinen Konkurrenten, so hat dies unabhängig vom Marktanteil Auswirkungen auf die Marktstellung. Dieser Zusammenhang ergibt sich bei genauerem Hinsehen sogar aus dem von Swatch Group eingereichten ökonomischen Gutachten. Denn dieses führt selbst aus, dass Vorleistungen zum Eigengebrauch eine disziplinierende Wirkung für andere Unternehmen, welche solche Leistungen gegenüber Dritten erbringen, haben.<sup>569</sup> Vergleichbares gilt für das Kriterium «Substituierbarkeit» bzw. Ausmass des Substitutionswettbewerbs: Der Wettbewerbsdruck zwischen Produktion eines Marktes kann je nach Konstellation unterschiedlich ausfallen. Sind etwa Produkte des relevanten Marktes aus Nachfragersicht nur eingeschränkt substituierbar, so hat dies ebenfalls Auswirkung auf die Marktstellung der im Markt tätigen Unternehmen (vgl. auch Rz 214).<sup>570</sup>

417. Dementsprechend wird nachfolgend die Marktstellung von ETA im aktuellen Wettbewerb anhand der in Rz 415 genannten Kriterien und unter Berücksichtigung des in Rz 416 Ausgeführten beleuchtet.

418. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass die erwähnte relativ hohe Marktanteilsverschiebung zugunsten von Sellita im Jahr 2019 bzw. die starke Abnahme des Marktanteils von ETA auf [30–40] % im Jahr 2019 nicht in erster Linie das Ergebnis eines (gesteigerten) Wettbewerbs ist, sondern im Wesentlichen aus einer einseitigen Verhaltensänderung von Swatch Group bzw. ETA resultiert. So hat sich Swatch Group mit der evR freiwillig dazu verpflichtet, ihre Lieferungen zu reduzieren bzw. sich dazu entschieden, von bestimmten aus der evR folgenden Rechten zur Belieferung keinen Gebrauch zu machen (Rz 175 ff. sowie Rz 319 ff.). Mit anderen Worten ist die relativ hohe

<sup>560</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>561</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 119 f.

<sup>562</sup> Vgl. Nachweise in Fn 556.

<sup>563</sup> Vgl. nur BGE 130 II 459, E. 5.7.2.

<sup>564</sup> Vgl. nur CR CONCURRENCE-CLERC/KËLLEZI (Fn 556), Art. 4 II LCart N 131.

<sup>565</sup> Vgl. etwa Nachweise bei BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 117), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff., 345 ff.

<sup>566</sup> Vgl. RPW 2002/1, 124 Rz 116 ff., *Mobilfunkmarkt*: Trotz Marktanteil von 69 % keine marktbeherrschende Stellung. RPW 2003/2, 245 Rz 25 ff., *Vertrieb Nahtmaterial Johnson & Johnson*: Trotz Marktanteil von 50–70 % keine marktbeherrschende Stellung.

<sup>567</sup> Vgl. RPW 2008/4, 573 Rz 155 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*: Marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil in Höhe von 45 %. RPW 2011/3, 470 Rz 85 ff., *Gutachten betr. TB-Gebiet Ostschweiz*: Marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil von 45 %. RPW 2018/4, 952 Rz 125 ff., *Tamedia/Basler Zeitung*: Marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil von 20–30 %.

<sup>568</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 119 f.

<sup>569</sup> Act. [...], Beilage 1, S. 43 f. Das Gutachten behandelt dies einzig unter umgekehrten Vorzeichen und führt aus, die Eigenproduktion eines Unternehmens könne die Marktstellung eines anderen Unternehmens, welches eine vergleichbare Leistung gegenüber Dritten erbringt, relativieren. Dem ist zuzustimmen. Daraus folgt zwingend eine disziplinierende Bedeutung der Eigenproduktion für solche Unternehmen, welche diese Produktion für Drittkunden erbringen.

<sup>570</sup> Vgl. dazu BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 117), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff.

Marktanteilsverschiebung zugunsten von Sellita im Jahr 2019 sowie die Abnahme der Marktanteile in den Jahren zuvor nicht allein Ausdruck der Stärke der Konkurrentin Sellita, sondern auch das Resultat einer autonomen Entscheidung von Swatch Group bzw. ETA, die bestehende Nachfrage nach ihren mechanischen Uhrwerken nicht mehr zu bedienen und sich entsprechend zurückzuziehen.<sup>571</sup> Wenn sich ein Unternehmen freiwillig dazu entscheidet (zumal in einem Bereich mit Skaleneffekten), auf die Bedienung der Nachfrage zu verzichten, so indiziert dies stark, dass sich dieses Unternehmen im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.<sup>572</sup>

419. Neben den genannten Marktanteilen (vgl. oben Rz 414) sind zusätzlich – wie auch schon im ursprünglichen Entscheid (vgl. auch oben Rz 153)<sup>573</sup> – die Produktions- und Kapazitätsanteile im relevanten Markt in den Blick zu nehmen. Wie erläutert (vgl. Rz 405), ist der Produktionsanteil von ETA gesunken, betrug aber im Jahr 2019 immer noch [...] der von Sellita produzierten Menge. In absoluten Zahlen ausgedrückt, produzierte ETA 2019 [...] Mio. mechanische Uhrwerke, wobei der überwiegende Anteil der Produktionsmenge für die konzerninterne Nachfrage hergestellt wurde, nämlich [...] % der im Jahr 2019 produzierten Menge (vgl. Tabelle A 15 im Anhang). Sellita stellte 2019 währenddessen ungefähr [...] mechanische Uhrwerke her (vgl. Rz 143 ff.). Gleiches gilt für die Kapazitätsanteile von ETA und Sellita. Während ETA im Jahr 2019 eine Produktionskapazität von [...] Mio. mechanischen Uhrwerken aufwies (Kapazitätsanteil: [60–70] %), wies Sellita eine Produktionskapazität von rund [...] Stück auf (Kapazitätsanteil: [5–10] %) auf (vgl. Rz 155 ff.). Über vergleichbare Produktions- bzw. Kapazitätsanteile wie Sellita verfügte einzig Rolex (Anteil von [10–20] %; gemeinsam mit ihrer Tochtergesellschaft Kenissi: [10–20] %). Daneben verfügte einzig Richemont über Anteile von über [0–5] %. Ihr Produktions- und ihr Kapazitätsanteil betrug im Jahr 2019 [0–5] %. Die übrige Produktion bzw. übrigen Kapazitäten verteilten sich auf Unternehmen mit Anteilen von [0–5] % oder darunter. Im Zusammenhang mit den genannten Produktions- und Kapazitätsanteilen ist vorliegend bedeutsam, dass bei der Produktion von mechanischen Uhrwerken Skaleneffekte bestehen (vgl. auch oben Rz 96) – dies wurde von den Verfahrensparteien sowie Dritten auch übereinstimmend ausgeführt.<sup>574</sup> ETA verfügt damit infolge der Grösse ihrer Eigenproduktion über singuläre Grössen- und Kosten- sowie Kapazitätsvorteile gegenüber ihren Konkurrentinnen (vgl. auch Rz 409).<sup>575</sup> Die Grössen- und Kostenvorteile zeigen sich etwa darin, dass ETA-Uhrwerke als qualitativ hochwertiger, zugleich aber auch günstiger als allfällige technisch vergleichbare Uhrwerke anderer Hersteller gelten (vgl. etwa Rz 220 ff.). Diese Grössen- und Kostenvorteile sowie die Kapazitäten, ermöglichen ETA, insbesondere bei sinkender Gesamtnachfrage, Drittkunden nach ihrem Belieben mit mechanischen Swiss made Uhrwerken zu beliefern und geben ihr einen erheblichen Spielraum bei der Preissetzung. An diesen Umständen ändern auch die allfälligen, von Swatch Group betonten Produktions- und Kapazitätssteigerungen der alternativen Uhrwerkshersteller nichts. Die Verteilung der Produktions- und die Kapazitätsanteile im relevanten Markt sowie der Umstand, dass bei der Produktion von mechanischen Uhr-

werken Skaleneffekte bestehen, indizieren daher stark, dass sich ETA im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

420. Neben den Marktanteilen, den Produktions- und Kapazitätsanteilen sowie den aus den Skaleneffekten resultierenden Folgen ist des Weiteren das Ausmass des Substitutionswettbewerbs zu analysieren (vgl. dazu oben auch Rz 212 ff.). Es gibt aktuell für bestimmte Kaliber von ETA – insbesondere für mengen- und umsatzstarke mechanische Uhrwerke – mehr Substitute von anderen Anbietern als noch 2010 (vgl. dazu Rz 212 ff.). Damit hat sich insoweit das Ausmass des Substitutionswettbewerbs erhöht. Indes ist zu beachten, dass sich die Produktpalette der Konkurrenten von ETA nicht wesentlich geändert hat: Bis 2019 verfügte ETA über die umfassendste Produktpalette im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke. Damit kann ETA die Interessen der Uhrenhersteller nach wie vor am besten befriedigen. Dies zeigt sich auch darin, dass die meisten Kunden weiterhin bei ETA beziehen möchten (vgl. Rz 315 ff.). Kommt hinzu, dass es für bestimmte Kaliber von ETA nach wie vor keine oder kaum technisch vergleichbare Kaliber gibt, so dass Uhrenhersteller in diesem Bereich ihre Uhren anders konstruieren müssen, wenn sie ein Kaliber von alternativen Herstellern verwenden wollen (vgl. dazu Rz 212 ff.). Insoweit ist der Substitutionswettbewerb nach wie vor verringert, was ebenfalls indiziert, dass sich ETA im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. In diesem Zusammenhang ist erneut klarzustellen, dass der Einwand von Swatch Group, es dürften aufgrund der Marktabgrenzung keine kaliber- bzw. kaliberfamilienbezogenen Überlegungen angestellt werden, nicht überzeugt. Denn auch innerhalb eines Marktes dürfen die bestehenden Wettbewerbskräfte analysiert werden (vgl. dazu auch Rz 212 ff. sowie Rz 415).

421. Die Abhängigkeit der Uhrenhersteller von ETA wird auch nur teilweise durch den Ausbau der Eigenproduktion verringert. Zwar konnten die Kunden von ETA im Zeitraum 2011 bis und mit 2019 ihre Eigenproduktion von mechanischen Uhrwerken ausbauen bzw. etablieren: Deren Eigenproduktion erhöhte sich seit 2011 um 48 % bzw. ca. [...] Stück, womit sich deren aggregierter Eigenversorgungsgrad von 12 % auf 22 % steigerte (vgl. dazu Rz 343 ff.). Zu beachten ist jedoch, dass die Uh-

<sup>571</sup> Das bringt Swatch Group selbst vor. Vgl. dazu insbesondere das von Swatch Group eingereichte Gutachten; Act [...], Beilage 1, S. 28 ff.

<sup>572</sup> Insoweit stösst der Einwand von Swatch Group, aus der Einhaltung der evR dürften für die Swatch Group keine negativen Folgen resultieren (vgl. Act [...], Rz 84 ff.), ins Leere. Denn der Umstand, dass ETA infolge der evR ihre Liefermengen reduziert hat und sich zudem dazu entschieden hat, von bestimmten aus der evR folgenden Rechten zur Belieferung keinen Gebrauch zu machen, ändert nichts an der Tatsache, dass der Marktanteilsgewinn von alternativen Werksherstellern im Jahr 2019 nicht nur auf die Stärke dieser Hersteller zurückgeht, sondern vor allem in der freiwilligen Reduktion der Lieferungen von Seiten ETA begründet liegt.

<sup>573</sup> Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 158 ff. und insbesondere bspw. Rz 159 sowie Rz 166, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>574</sup> Vgl. nur Act [...], Rz 8, 27, 44, Act [...], Rz 39 ff.

<sup>575</sup> Hinzu kommt, dass der Maschinenpark von ETA aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit längst amortisiert ist; RPW 2014/1, 237 Rz 184, 186 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

renhersteller im Basissegment nach wie vor auf industriell hergestellte Uhrwerke angewiesen sind, da es den Uhrenherstellern wegen fehlender Skaleneffekte nicht ohne Weiteres möglich ist, mit ETA- oder Sellita-Basiskalibern vergleichbare Basiskaliber zu einem hinreichend tiefen Preis zu produzieren. Dies gilt selbst für Konzerne wie [...] oder grössere Uhrenhersteller wie Breitling, die explizit festhalten, dass ihre Eigenproduktion den Bedarf an mechanischen Uhrwerken nicht abdecke (vgl. Rz 329 ff.). In diesem Zusammenhang ist erneut klarzustellen, dass der Einwand von Swatch Group, es dürften aufgrund der Marktabgrenzung keine preis-klassenbezogenen Überlegungen angestellt werden, nicht überzeugt (vgl. dazu Rz 416). Auch diese Abhängigkeit indiziert, dass sich ETA im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

422. Neben den vorgenannten Aspekten kann für die Beurteilung der aktuellen Marktstellung ausserdem die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur, Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kunden in den Blick genommen werden (vgl. Rz 415). In Bezug auf Swatch Group bzw. ETA wurden diese Aspekte in den vorangehenden Randziffern bereits teilweise behandelt. Zu nennen sind hier insbesondere die vertikale Integration von Swatch Group bzw. ETA sowie die singulären Grössen- und Kostenvorteile im Bereich der Produktion von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken. Dem ist hinzuzufügen, dass Swatch Group bzw. ETA, auch infolge ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer vertikalen Integration und ihrer Finanzkraft,<sup>576</sup> über umfassendes Wissen und grösste Fähigkeiten im Bereich der industriellen Produktion von mechanischen Uhrwerken verfügt.<sup>577</sup> ETA ist dementsprechend ein sehr innovatives Unternehmen, dessen mechanische Uhrwerke im Hinblick auf den Preis und die Qualität den Industriestandard definieren.<sup>578</sup> Dementsprechend hoch ist auch das Ansehen von mechanischen Uhrwerken von ETA. Dies zeigt sich auch darin, dass die meisten Kunden weiterhin bei ETA beziehen möchten (vgl. Rz 315 ff.). In dieser Kumulation trifft dies auf keine Konkurrentin von ETA zu. Insbesondere ist kein alternativer Uhrwerkshersteller (gleichermassen) vertikal integriert oder verfügt über vergleichbare Grössen- und Kostenvorteile. Auch das Wissen und die Fähigkeiten von ETA betreffend die industrielle Produktion von Basiskalibern sind bei anderen Unternehmen nicht gleichermassen vorhanden. Dies zeigt sich wiederum etwa darin, dass ETA-Uhrwerke als qualitativ hochwertiger, zugleich aber auch günstiger als allfällige technisch vergleichbare Uhrwerke anderer Hersteller gelten (vgl. etwa Rz 220 ff.). Der von Swatch Group betonte Umstand, dass es neu sieben alternative Uhrwerkshersteller gebe,<sup>579</sup> ist vor diesem Hintergrund nicht von Bedeutung. Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen, deren Fähigkeiten und ihr Ansehen bei den Kunden indizieren daher ebenfalls, dass sich ETA im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

423. Zuletzt ist auf die Abhängigkeit von alternativen Uhrwerksherstellern von Nivarox-Assortiments einzugehen. Alternative Uhrwerkshersteller waren im Zeitpunkt

des ursprünglichen Entscheids beim wichtigsten Input (Assortiments) auf Belieferungen durch die marktbeherrschende Swatch Group-Tochter Nivarox angewiesen.<sup>580</sup> An dieser Abhängigkeit hat sich aus Sicht der WEKO nichts geändert (vgl. Rz 356–370); Swatch Group macht diesbezüglich auch keine Änderung der Tatsachen geltend (vgl. Rz 396 ff.). Swatch Group kann damit den Output von alternativen Uhrwerksherstellern nach wie vor indirekt kontrollieren bzw. plafonieren. Dies indiziert ebenfalls, dass sich ETA, die als Unternehmen der Swatch Group nicht einem solchen Verhalten ausgesetzt sein wird, im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

424. Soweit Swatch Group vorbringt, die vorgenannten Umständen seien nicht erstellt, da ihr Beweis auf einer fehlerhaften Datenauswertung bzw. methodischen Mängel bei der Marktuntersuchung beruhen würden,<sup>581</sup> überzeugt dies nicht bzw. stösst dies ins Leere. Denn wie bereits an mehreren Stellen dieser Verfügung ausgeführt, ergeben sich die vorgenannten Umstände aus der Gesamtheit der vorliegenden Beweismittel. Soweit zum Nachweis dieser Umstände auch auf Ausführungen der Verfahrensparteien oder von Dritten zu ihrer Einschätzung der Marktverhältnisse abgestellt wurde, prüfte die WEKO anhand anderer Beweismittel, ob diese Ausführungen stichhaltig sind (vgl. zum Ganzen auch Rz 122 ff., 140 f., 152 ff., 243 ff.).

425. Die vorgenannten Aspekte zeigen, dass der aktuelle Wettbewerb ETA auf dem relevanten Markt nicht zu disziplinieren vermag. In der Gesamtschau folgt damit aus ihnen, dass sich ETA auf dem relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

#### *Potentieller Wettbewerb*

426. Wie dargelegt, liegen im Vergleich zum ursprünglichen Entscheid keine neuen Tatsachen vor, aus welchen sich auf eine Verstärkung des potentiellen Wettbewerbs im relevanten Markt schliessen liesse (vgl. oben Rz 406 ff.). Dies gilt insbesondere mit Blick auf die bestehenden Markteintrittshürden und die aktuelle Gesamtsituation, weshalb Aus- und Aufbaupläne unabhängig vom Verhalten von ETA wenig erfolgsversprechend sind. Damit vermag auch kein potentieller Wettbewerb ETA zu disziplinieren.

<sup>576</sup> RPW 2014/1, 254 ff. Rz 292 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>577</sup> Vgl. nur <https://www.eta.ch/de/motorist-time> (13.7.2020).

<sup>578</sup> Vgl. nur <https://www.swatchgroup.com/de/swatch-group/innovation-powerhouse/industry-40/eta-watchmaking-excellence> (13.7.2020). Dort heisst es: «ETA has full expertise in the production and assembly of movements and watches that are considered global benchmarks for their reliability and performance.» Vgl. auch oben Rz 218 f., 220 ff.

<sup>579</sup> Act. [...], Rz 35, Beilage 1, S. 21 und S. 23, Tabelle 2. Im Sinne einer Richtigstellung ist darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Behauptung von Swatch Group – im Jahr 2019 nicht neu sieben Wettbewerber von ETA im Markt aktiv sind. Betrachtet man die Entwicklung der Marktanteile seit 2011 in Tabelle 3 so ist ersichtlich, dass von den sieben namentlich genannten Unternehmen sechs bereits mindestens seit 2011 mechanische Uhrwerke an Dritte verkaufen. Einzig Kenissi ist [...] neu in den Markt eingetreten (vgl. Rz 181).

<sup>580</sup> Vgl. etwa RPW 2014/1, 238 Rz 191 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>581</sup> Vgl. etwa Act. [...], Beilage 1, S. 10 ff.

### Nachfragemacht

427. Wie dargelegt, haben sich auch im Hinblick auf die Nachfragemacht die massgeblichen Umstände nicht geändert (vgl. oben Rz 411). Die Nachfrager können damit nur im beschriebenen Ausmass auf alternative Abnehmer ausweichen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Möglichkeit ETA zu disziplinieren vermag.

### Zwischenfazit

428. Die in Rz 404 f. und Rz 412 genannten Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse führen nicht dazu, dass die aktuelle oder potentielle Konkurrenz bzw. die Nachfrager ETA nunmehr auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke disziplinieren könnten. ETA kann sich mithin auch aktuell im relevanten Markt im wesentlichen Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Es fehlt damit an der «Wesentlichkeit» der eingetretenen Änderungen im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG, da ETA auf dem relevanten Markt nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist.

### Ad Stellungnahmen der Verfahrensparteien

429. Gegen das Ergebnis, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, hat Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verschiedene Tatsachen- und Rechtseinwände erhoben (vgl. Rz 396 ff.). Sellita hat dagegen keine Einwände erhoben, weshalb sich die WEKO nachfolgend auf Ausführungen zur Stellungnahme von Swatch Group beschränkt.

430. Auf die Einwände von Swatch Group gegen das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ist die WEKO weitgehend in den vorangehenden Ausführungen eingegangen und hat dargelegt, weshalb diese nicht überzeugen (vgl. insbesondere Rz 395, Rz 402, Rz 406, Rz 414, Rz 416, Rz 420, Rz 424 und Fn 526, Fn 559, Fn 569, Fn 572, Fn 579). Nur insoweit Einwände von Swatch Group noch nicht thematisiert wurden, sind diese – soweit rechtlich geboten<sup>582</sup> – nachfolgend separat zu behandeln.

431. Soweit Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats geltend macht, der Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 42 f.) verstosse gegen Art. 30 Abs. 3 KG, da das Sekretariat keine umfassende Prüfung von Art. 4 Abs. 2 KG vorgenommen habe,<sup>583</sup> zielt dies aus den folgenden Gründen ins Leere. Die Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass mit Blick auf den konkreten Antrag von Swatch Group vorliegend geprüft werden muss, ob ETA aktuell marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist (vgl. insbesondere Rz 395). Die Wettbewerbsbehörden haben mithin die von Swatch Group geforderte umfassende Einzelfallprüfung vorgenommen. Sie sind dabei zum Ergebnis gekommen, dass ETA nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist (vgl. Rz 413 ff.), weshalb die eingetretenen Änderungen nicht wesentlich im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG sind (vgl. Rz 428).

432. Soweit Swatch Group des Weiteren in rechtlicher Hinsicht vorbringt, aus dem Ablauf der evR bzw. dem Umstand, dass die Erwartungen von 2013 erfüllt sind,

folge zwingend, dass die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids aufgehoben werden müsse,<sup>584</sup> überzeugt dies aus den folgenden Gründen nicht. Dies schon deshalb, weil ein solcher «Automatismus» gegen das Erfordernis der – von Swatch Group selbst geforderten – umfassenden Einzelfallprüfung der Marktstellung von ETA (vgl. nur Rz 431 und insbesondere Rz 395 m.w.N.) verstossen würde. Eine solche Prüfung würde durch den «Automatismus» obsolet werden, was abzulehnen ist. Darüber hinaus hatte die evR einzig zum Ziel, zu verhindern, dass Swatch Group durch die angedrohte Einstellung der Belieferung von Dritten mit mechanischen Uhrwerken einen Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 KG begeht, hingegen nicht, die marktbeherrschende Stellung von ETA zu beseitigen. Dies zeigt sich schon darin, dass lediglich die Lieferverpflichtung und die Lieferbeschränkung gemäss evR bis zum 31. Dezember 2019 befristet waren, nicht aber das Feststellungsdispositiv gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids.<sup>585</sup> Kommt hinzu, dass aus der von Swatch Group zum Beleg ihrer Auffassung angeführten Ziff. 7 evR ein solcher «Automatismus» nicht folgt. Wie erläutert (vgl. Rz 414), begründet die Bestimmung der evR keine rechtliche Fiktion des Wegfalls der marktbeherrschenden Stellung von ETA. Vielmehr folgte für Swatch Group aus Ziff. 7 evR einzig die Gewissheit, dass die WEKO auf einen allfälligen Antrag betreffend die Änderung der *Lieferverpflichtung* gemäss evR (vgl. dazu oben Rz 6) – nicht aber bezüglich Ziff. 1 des Dispositivs des ursprünglichen Entscheids – eintreten würde, insbesondere sofern der Marktanteil vor Ende 2019 auf unter 35 % gefallen wäre.<sup>586</sup> Wie die WEKO über einen entsprechenden Antrag in der Sache zu entscheiden gehabt hätte, war durch die evR also nicht festgelegt.

433. Der Rechtseinwand von Swatch Group, die WEKO habe noch nie eine marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil in Höhe von [20–30] % bejaht,<sup>587</sup> stösst ebenfalls ins Leere. Dies schon deshalb, da die Behauptung nicht korrekt ist. Denn die WEKO hat im Zusammenschlussverfahren Tamedia/Basler Zeitung eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens mit einem Marktanteil in Höhe von 20–30 % bejaht.<sup>588</sup> Entscheidend ist aber ohnehin, dass die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung eine Einzelfallprüfung anhand einer Vielzahl von Kriterien ist (vgl. nur Rz 395).

<sup>582</sup> Vgl. dazu Fn 51.

<sup>583</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 119 ff.

<sup>584</sup> Vgl. etwa Act. [...], Rz 84 ff.

<sup>585</sup> Die WEKO hat im ursprünglichen Entscheid eine Befristung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich abgelehnt, da sich aus der Einhaltung und dem Ablauf der evR nicht zwingend das Ende der marktbeherrschenden Stellung ergibt; vgl. RPW 2014/1, 283 f. Rz 490 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>586</sup> Vgl. RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>587</sup> Vgl. Act. [...], Rz 77.

<sup>588</sup> Vgl. RPW 2018/4, 952 Rz 125 ff., *Tamedia/Basler Zeitung*.

Damit kann aus anders gelagerten anderen Fällen ohnehin nichts für die Einzelfallbeurteilung der vorliegenden Sache gefolgert werden. Vorliegend ist die WEKO aufgrund der dargelegten Umstände zum Ergebnis gekommen, dass ETA auf dem relevanten Markt nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist (vgl. dazu Rz 413 ff.).

434. Schliesslich ist darauf einzugehen, dass Swatch Group gegen die Feststellung der Wettbewerbsbehörden, dass ETA aktuell noch marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, das Urteil des Bundesgerichts im Fall *Publigroupe*<sup>589</sup> ins Feld führt.<sup>590</sup> Gemäss Swatch Group verbiete das Urteil die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung bzw. die Entscheidung darüber, ob ETA aktuell marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG sei. Auch dies überzeugt indes nicht. Ein solches Vorbringen ist mit Blick auf die sonstigen Ausführungen von Swatch Group schon als widersprüchlich abzuweisen. Denn Swatch Group begehrt mit ihrem Antrag, die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im ursprünglichen Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ETA aktuell nicht mehr marktbeherrschend sei (vgl. Antrag 2 gemäss der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats; vgl. oben Rz 25 und Rz 42), gerade eine Entscheidung über die marktbeherrschende Stellung von ETA – und dies infolge einer umfassenden Einzelfallprüfung. Wie die WEKO über diesen Antrag entscheiden soll, ohne dass die WEKO eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der marktbeherrschenden Stellung von ETA fällen soll, ist für sie nicht nachvollziehbar. Kommt hinzu, dass aus dem von Swatch Group angeführten *Publigroupe*-Urteil einzig folgt, dass die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Dispositiv einer WEKO-Verfügung aus verfahrensrechtlichen Gründen dann unzulässig ist, wenn die WEKO gegen ein Unternehmen wegen eines Verstosses gegen Art. 7 KG ohnehin konkrete Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG verfügt oder eine Sanktion im Sinne von Art. 49a KG verhängt. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor bzw. eine solche Konstellation ist in casu gar nicht gegeben. Gleichwohl ist vorliegend eine neuerliche Feststellung der nach wie vor bestehenden marktbeherrschenden Stellung von ETA im Dispositiv dieser Verfügung nicht notwendig, da sich ihr Fortbestehen ohnehin aus der obigen Begründung sowie – implizit – aus der Abweisung des Antrags 2 von Swatch Group ergibt.

435. Insgesamt überzeugen mithin die Einwände von Swatch Group gegen das Ergebnis, dass ETA auf dem relevanten Markt nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, nicht.

#### B.3.7.4 Fazit

436. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse, welche für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA entscheidend waren, nicht wesentlich im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG geändert haben. Denn ETA ist auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Damit ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht auf die Feststellung gemäss Ziff. 1 des Dispositivs der rechtskräftigen ursprünglichen Verfügung,

wonach ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke marktbeherrschend ist, zurückzukommen. Der gegenteilige Antrag von Swatch Group (vgl. Rz 25, Rz 42) ist demzufolge abzuweisen. Eine neuerliche Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Dispositiv der vorliegenden Verfügung ist nicht erforderlich.

#### B.3.8 Ergebnis

437. Gestützt auf die Ergebnisse der Marktbefragung und unter Berücksichtigung sämtlicher für die Beurteilung des vorliegenden Falls relevanten Aspekte kommt die WEKO zum Schluss, dass die im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke in die erwartete Richtung eingetretenen Veränderungen ausreichend sind, damit die sich zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids von der WEKO vorausgesetzten Marktentwicklungen als eingetreten zu betrachten sind. Während die evR in einer Phase mit hoher Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken ausgearbeitet und genehmigt wurde, besteht die Knappheit an mechanischen Uhrwerken per Ende 2019 aufgrund der gesunkenen Nachfrage nicht mehr. Es ist in der Gesamtbetrachtung deshalb davon auszugehen, dass ein Stopp der Lieferung mechanischer Uhrwerke nicht mehr dieselbe wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung hätte wie zum Zeitpunkt des Abschlusses der evR. Es war auch aus heutiger Sicht und in Kenntnis der heutigen Marktsituation angezeigt, die evR und damit die Lieferverpflichtung und die Lieferbeschränkung von ETA bis zum 31. Dezember 2019 zu befristen. Damit liegt gegenüber dem ursprünglichen Entscheid keine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor (vgl. Rz 382 ff.). Die Lieferverpflichtung sowie die Lieferbeschränkung von ETA gemäss evR dürfen aus kartellrechtlicher Sicht mithin auslaufen und Swatch Group bzw. ETA darf ihren ursprünglichen Plan, die Belieferung von Drittkunden einzustellen, nunmehr umsetzen.<sup>591</sup>

438. Die eingetretenen Veränderungen der Marktverhältnisse gehen indes nicht so weit, als dass ETA als nicht mehr marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG angesehen werden könnte. Eine solche Entwicklung war durch die evR bzw. den ursprünglichen Entscheid im Übrigen auch nicht intendiert. Auch insoweit liegt mithin keine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG vor. Der Antrag von Swatch Group, die mit dem ursprünglichen Entscheid verfügte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke aufzuheben und festzustellen, dass ETA ab 1. Januar 2020 nicht mehr marktbeherrschend sei, ist daher abzuweisen (vgl. zum Ganzen Rz 393 ff.).

<sup>589</sup> BGE 139 I 72.

<sup>590</sup> Act. [...], Rz 63 ff.

<sup>591</sup> Vgl. oben Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*. Trotz der Aufhebung der Lieferpflicht gemäss evR kann im Einzelfall ein Missbrauch im Verhältnis zu einem abhängigen Uhrenhersteller vorliegen. Ein solcher wäre auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen.

439. Aus dem Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung von ETA ergeben sich keine unmittelbaren kartellrechtlichen Rechtsfolgen, da eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG kartellrechtlich nicht unzulässig ist. Unzulässig ist einzig der Missbrauch einer solchen Stellung gemäss Art. 7 KG. Das künftige Verhalten von ETA im Bereich mechanischer, in der Schweiz hergestellter Swiss made Uhrwerke wird damit auch künftig am Massstab von Art. 7 KG zu messen sein, zumindest soweit die marktbeherrschende Stellung von ETA dann noch besteht und das fragliche Verhalten von ETA nicht Gegenstand des ursprünglichen Entscheids war.<sup>592</sup> Unzulässig wären beispielsweise eine missbräuchliche Koppelung des Bezugs von mechanischen Uhrwerken bei ETA an den Bezug anderer Produkte von Swatch Group (z.B. Quarzwerke von ETA oder Assortiments von Nivarox) oder eine missbräuchliche Verdrängungsstrategie gegen Konkurrenten. Die Überprüfung des künftigen Verhaltens von ETA kann im Rahmen von wettbewerbsbehördlichen sowie kartellzivilrechtlichen Verfahren<sup>593</sup> erfolgen.

### B.3.9 Vorsorgliche Massnahmen gelten nicht mehr und Entzug der aufschiebenden Wirkung

440. Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass die ursprüngliche Verfügung nicht in Wiedererwägung zu ziehen ist. Damit sind in Bezug auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand keine neuen Massnahmen gegen die Swatch Group bzw. ETA zu ergreifen. Da keine Massnahmen zu ergreifen sind, ist sicherzustellen, dass die vorsorglichen Massnahmen der WEKO vom 16. Dezember 2019, mit denen Swatch Group bzw. ETA in der Belieferung von Drittkunden übergangsweise beschränkt wird (vgl. oben Rz 32 ff.), ab sofort und mit Wirkung ex-nunc nicht mehr gelten.

441. Gemäss Ziff. 4 des Dispositivs der Verfügung vom 16. Dezember 2019 gelten die vorsorglichen Massnahmen längstens für die Dauer des vorliegenden Verfahrens, d.h. bis zum Erlass des Hauptsacheentscheids der WEKO, höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020. Durch den Erlass der vorliegenden Hauptsacheentscheidung fallen die vorsorglichen Massnahmen folglich mit Wirkung ex-nunc dahin.<sup>594</sup> Dies ist im Dispositiv der Verfügung festzuhalten (vgl. unten C, Ziff. 6.).

442. Abzuweisen ist in diesem Zusammenhang der Antrag von Swatch Group, wonach die vorsorglichen Massnahmen von der WEKO in Wiedererwägung zu ziehen und aufzuheben seien (vgl. oben Rz 42, Antrag 3 von Swatch Group).<sup>595</sup> Denn für eine solche Wiedererwägung besteht vorliegend kein Anlass. Dies deshalb, da die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2020 ohnehin mit dem Vorliegen des Hauptsacheentscheids ihre Geltung verliert (vgl. oben Rz 441) und zudem eine rückwirkende Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen gegen den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung verstossen würde. Eine Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen mit Wirkung ex-tunc würde voraussetzen, dass die vorsorglichen Massnahmen zum Erlasszeitpunkt rechtswidrig waren. Dies ist jedoch nicht der Fall: Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der vorsorglichen Massnahmen ist eine ex-ante Betrachtung massgebend, da es bei vorsorglichen Massnahmen um eine vorläufige Beurteilung von gegensätzlichen Interes-

sen mit Kenntnisstand zu einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt geht. Vorliegend waren die vorsorglichen Massnahmen gemäss der Verfügung vom 16. Dezember 2019 auf die in der damaligen Verfügung genannten Gründen zu stützen. Auf diese Begründung kann verwiesen werden.<sup>596</sup> Wiederholt sei an dieser Stelle einzig, dass die vorsorglichen Massnahmen notwendig waren, um den aktuellen Wettbewerbszustand bis zum Abschluss der Ermittlungen vorläufig zu sichern und so die WEKO in die Lage zu versetzen, in Kenntnis des ausermittelten Sachverhalts über die Frage zu entscheiden, ob die aus der evR von 2013 resultierenden Verpflichtungen und Beschränkungen von ETA enden können; die damit einhergehende vorläufige Beschränkung der Lieferfreiheit von ETA war demgegenüber hinzunehmen.<sup>597</sup> Die vorsorglichen Massnahmen sind aus ex-ante Sicht mithin rechtmässig und verhältnismässig und damit nicht rückwirkend aufzuheben.

443. Wie eingangs erwähnt, möchte die WEKO sicherstellen, dass die vorsorglichen Massnahmen ab sofort, d. h. ab Wirksamkeit der vorliegenden Verfügung nicht mehr gelten. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG käme einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 6 des Dispositivs aufschiebende Wirkung zu. Die Behörde kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Dabei ist eine Interessensabwägung vorzunehmen. Es ist abzuwägen, ob die Gründe für die sofortige Geltung einer Anordnung höher zu gewichten sind als ein Aussetzungsinteresse. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.<sup>598</sup>

444. Vorliegend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass zum derzeitigen Zeitpunkt in Bezug auf ETA bzw. mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke keine Massnahmen zum Schutz des Wettbewerbs zu erlassen sind (vgl. insbesondere oben Rz 382 ff.). Könnten demgegenüber die mittels der vorsorglichen Massnahmen angeordneten Beschränkungen für Swatch Group bzw. ETA durch die Einlegung

<sup>592</sup> Gegenstand der damaligen Beurteilung war ein vollständiger Stopp der Belieferung von Drittkunden mit den damals von ETA produzierten mechanischen Swiss made Uhrwerken auf Ende 2012; vgl. oben Rz 100 f. sowie RPW 2014/1, 257 Rz 316 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>593</sup> Wenn z.B. ein Missbrauch gegenüber einzelnen Unternehmen vorliegen könnte (vgl. auch Fn 591).

<sup>594</sup> Vgl. zum Geltungsende von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG bei Vorliegen des Hauptsacheentscheids z.B. REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 56 N 7 m.w.N.

<sup>595</sup> Act. [...], Rz 21 f.

<sup>596</sup> Vgl. Act. [...], Rz 94–165.

<sup>597</sup> Dies hat auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt; vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-409/2020 vom 24.1.2020 sowie Zwischenverfügung des BVGer B-409/2020 vom 13.5.2020, E. 5.

<sup>598</sup> Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKO/WEF, RPW 2004/1, 200, *Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking*; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff., *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.



von Rechtsmitteln gegen die vorliegende Verfügung verlängert werden, so wäre es einzelnen Unternehmen möglich, hierdurch den Wettbewerb im Markt zu ihren Gunsten zu verfälschen: Einzelne Marktteilnehmer könnten dadurch die Swatch Group bzw. ETA längstens bis zum 31. Dezember 2020 vom Markt «aussperren», obwohl Derartiges aktuell gerade nicht angezeigt ist (vgl. Rz 382 ff.). Mit anderen Worten müsste im Fall der Einlegung von Rechtsmitteln das Institut «Wettbewerb» hinter Individualinteressen zurücktreten. Kommt hinzu, dass für die Marktteilnehmer von Anfang ersichtlich war, dass die vorsorglichen Massnahmen nur übergangsweise gelten sollen und unter der auflösenden Bedingung des Verfahrensabschlusses stehen. Auch ist zu berücksichtigen, dass beschwerdeführende Unternehmen vor den Rechtsmittelinstanzen ohne weiteres vorsorgliche Massnahmen beantragen könnten (Art. 56 VwVG). Diese Marktteilnehmer sind folglich auch beim Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht schutzlos gestellt. Damit sind allfällige Individualinteressen an der Fortgeltung der vorsorglichen Massnahmen als nicht allzu hoch zu gewichten. Ein allfälliges individuelles Aussetzungsinteresse einer Beschwerdeführerin ist daher hinter das öffentliche Interesse am Schutz des Wettbewerbs bzw. am sofortigen Geltungsende der vorsorglichen Massnahmen zurückzutreten.

445. Im Ergebnis ist daher zur Sicherung des sofortigen Geltungsendes der vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 6 des Dispositivs der vorliegenden Verfügung zu entziehen (vgl. unten C, Ziff. 7).

### B.3.10 Kosten

446. Gemäss Art. 53a KG i.V.m. Art. 1 Gebührenverordnung KG<sup>599</sup> erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Verfügungen nach den Art. 26–31 KG. Damit sind namentlich für Endverfügungen betreffend ein Wiedererwägungsverfahren gemäss Art. 30 Abs. 3 KG Gebühren zu erheben,<sup>600</sup> sofern die Verfahrensparteien gebührenpflichtig im Sinne des Gebührenrechts sind (vgl. dazu sogleich).

447. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>601</sup> ist gebührenpflichtig, wer «Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen veranlasst». Damit ist im Grundsatz für die Gebührenpflichtigkeit das Verursacherprinzip massgebend, wonach diejenige Person, welche eine Verwaltungshandlung bzw. vorliegend eine bestimmte Verfügung verursacht hat, Gebühren zu zahlen hat.<sup>602</sup> Daneben ist gleichzeitig dem Unterliegerprinzip Rechnung zu tragen, womit nur denjenigen Personen Gebühren auferlegt werden können, welche mit ihren Begehren unterliegen.<sup>603</sup>

448. Konkret folgt aus den beiden vorgenannten gebührenrechtlichen Grundsätzen nicht nur, dass jedenfalls Verfahrensparteien, welche in Bezug auf den untersuchten Kartellrechtsverstoss unterliegen, gebührenpflichtig sind. Vielmehr können gemäss diesen gebührenrechtlichen Grundsätzen je nach Einzelfall allen Verfahrensparteien, welche in einem Verfahren konkrete (Gestaltungs-)Anträge stellen und mit diesen Anträgen unterliegen, Gebühren auferlegt werden.<sup>604</sup> Denn in einer solchen Konstellation haben die Verfahrensbeteiligten –

sofern über den Antrag mit Verfügung entschieden wird – für die Wettbewerbsbehörden einen besonderen Aufwand generiert, die konkrete Verfügung (mit-)verursacht und es liegt ein Unterliegen vor. Gebührenfreiheit besteht indes in jedem Fall, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 GebV-KG gegeben sind, namentlich für Anzeiger von mutmasslichen Wettbewerbsverstössen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a GebV-KG).

449. Das Sekretariat ging in seinem Antrag von einer Gebührenpflicht der Verfahrensparteien aus (vgl. oben Rz 39).<sup>605</sup> Es begründete dies damit, dass eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gemäss Art. 30 Abs. 3 KG gegeben sei, weshalb die WEKO die ursprüngliche Verfügung hätte ändern können, und dass die beiden Verfahrensparteien mit ihren konkreten Anträgen betreffend die Änderung der ursprünglichen Verfügung unterliegen würden.<sup>606</sup> Die WEKO ist in Abweichung zum Antrag des Sekretariats indes zum Schluss gekommen, dass keine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, womit eine Änderung oder ein Widerruf der ursprünglichen Verfügung ausgeschlossen ist (vgl. insbesondere oben Rz 382 ff.). Das Verfahren ist daher einzustellen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten zu Lasten der Bundeskasse.

### C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» wegen allfälliger Wiedererwägung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» wird eingestellt. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» wird nicht widerrufen oder geändert.

<sup>599</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2).

<sup>600</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1035 Rz 131 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2013/2, 210 Rz 106, *Tele2/Swisscom*.

<sup>601</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>602</sup> Vgl. dazu DAVID BRUCH/TOBIAS JAAG, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 53a N 33.

<sup>603</sup> Vgl. dazu BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a N 7 ff.; JEAN-FRÉDÉRIC MARAIA, in: *Droit de la Concurrence*, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition 2013, Art. 53a LCart N 21 f.; BRUCH/JAAG, in: DIKE-KG (Fn 602), Art. 53a N 34.

<sup>604</sup> So werden in kartellrechtlichen Verfahren z.B. unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens Kosten für Zwischenverfügungen auferlegt, bei denen der Antragsteller unterliegt; vgl. BRUCH/JAAG, in: DIKE-KG (Fn 602), Art. 53a N 12 f.. In verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren ist jede Person kostenpflichtig, welche sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt; MARCEL MAILLARD, in: *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, Hrsg: BERNHARD WALDMANN / PHILIPPE WEISSENBERGER, 2. Auflage 2016, VwVG 63 N 13. S.a. BGE 132 II 47, E. 3.3: «Dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen ist, entspricht [...] einem allgemeinen prozessualen Grundsatz».

<sup>605</sup> Act. [...], Rz 486 ff.

<sup>606</sup> Act. [...], Rz 490.



2. Der Antrag der The Swatch Group AG auf Aufhebung der Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 betreffend die Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» wird abgewiesen.
  3. Die Anträge der Sellita Watch Co S.A. betreffend Lieferung von mechanischen Uhrwerken (Anträge 1.2 und 2.2 sowie Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6, soweit sie ETA SA Manufacture Horlogère Suisse betreffen, gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 22. März 2019 und vom 19. Juni 2019; Anträge 1.2 und 1.2.1 sowie Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, soweit sie ETA SA Manufacture Horlogère Suisse betreffen, gemäss Stellungnahme der Sellita Watch Co S.A. vom 11. Juni 2020) werden abgewiesen.
  4. Auf die Anträge der Sellita Watch Co S.A. betreffend Belieferung mit Assortiments (Anträge 1.1 und 2.1, Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6, soweit sie Nivarox-FAR S.A. betreffen, gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 22. März 2019 und vom 19. Juni 2019; Antrag 1.1 und Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, soweit sie Nivarox-FAR S.A. betreffen, gemäss Stellungnahme der Sellita Watch Co S.A. vom 11. Juni 2020) sowie Belieferung im Bereich Nachverkaufsservice/Service Après-Vente (Anträge 1.5a und 2.5a gemäss Schreiben der Sellita Watch Co S.A. vom 16. Juli 2019) wird nicht eingetreten.
  5. Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten der Bundeskasse.
  6. Die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2019 in Sachen Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen» gilt mit sofortiger Wirkung nicht mehr.
  7. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 6 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
- [Rechtsmittelbelehrung]
- Beilage: Anhang zur Verfügung vom 13. Juli 2020 i.S. «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung»

## Anhang zur Verfügung vom 13. Juli 2020 i.S. «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung»

Tabelle A 1: Produktionsmengen mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rolex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Richemont	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Soprod	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Patek Philippe	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
LVMH	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
STP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kenissi	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anderere	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: In der Tabelle A 1 einzeln aufgeführt werden die im ursprünglichen Entscheid bereits genannten Hersteller mechanischer Uhrwerke (vgl. Rz 84) sowie Hersteller mechanischer Uhrwerke, die im Jahr 2019 einen Produktionsanteil von mindestens 1 % aufwiesen (vgl. Rz 147). Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke werden unter der Kategorie «Anderere» zusammengefasst.

Tabelle A 2: Produktionskapazitäten mechanische Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rolex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Richemont	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Soprod	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
LVMH	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
STP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kenissi	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anderere	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: In der Tabelle A 2 einzeln aufgeführt werden Hersteller mechanischer Uhrwerke, die im Jahr 2019 einen Kapazitätsanteil von mindestens 1 % aufwiesen (vgl. Rz 158). Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke werden unter der Kategorie «Anderere» zusammengefasst.

Tabelle A 3: Verkaufsmengen mechanischer Uhrwerke 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Soprod	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
STP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kenissi	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Concepto	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vaucher	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anderere	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweise: In der Tabelle A 3 einzeln aufgeführt werden die im ursprünglichen Entscheid bereits genannten Marktteilnehmer (vgl. Rz 87) sowie Marktteilnehmer mit einem Marktanteil von mindestens 1 % im Jahr 2019 (vgl. Rz 163). Alle anderen Hersteller mechanischer Uhrwerke, die ihre Uhrwerke an Dritte verkaufen, werden unter der Kategorie «Anderere» zusammengefasst. Die Verkaufsmengen von ETA entsprechen den in den jeweiligen Jahren effektiv an Dritte gelieferten Mengen mechanischer Uhrwerke, d.h. diese beinhalten auch Lieferungen von Rückständen aus dem jeweiligen Vorjahr.

Tabelle A 4: Produktionsmengen von Herstellern mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte (ohne ETA) 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Andere	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: Die Differenz zwischen der hier angegebenen totalen Produktionsmenge und der in Tabelle A 3 ausgewiesenen totalen Verkaufsmenge (ohne ETA) entspricht der Eigenproduktion derjenigen Herstellern mechanischer Uhrwerke, die mechanische Uhrwerke für den Verkauf an Dritte als auch den Eigengebrauch produzieren (vgl. bspw. Rz 194 ff.)

Tabelle A 5: Produktionskapazitäten von Herstellern mechanischer Uhrwerke mit Verkauf an Dritte (ohne ETA) 2011 bis 2019.

Unternehmen	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Andere	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Tabelle A 6: Zehn meistverkaufte mechanische Uhrwerke von ETA 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Hinweis: Die Verkaufsmengen von ETA entsprechen den in den jeweiligen Jahren effektiv an Dritte gelieferten Mengen mechanischer Uhrwerke, d.h. diese beinhalten auch Lieferungen von Rückständen aus dem jeweiligen Vorjahr.

Tabelle A 7: Weitere von ETA verkaufte mechanischer Uhrwerke mit Substituten.

Mech. Uhrwerk ETA	Mechanische Uhrwerke alternativer Hersteller					
	Sellita	Concepto	Vaucher	Schild	Intelligence Movement	LJP
2804-2	SW215-1					
2801-2	SW210-1					
7753	SW510	C2120	VMF6710			LJP8120
2895			VMF300 2 HMs6h			
6497-1					GIPS97	
6497-2					GIPS98	
2829				S300		

Quelle: Darstellung des Sekretariats.

Hinweise: Mechanische Uhrwerke, deren Produktion eingestellt ist, sind grau markiert. Swatch Group hat in ihrer Antwort auf den Fragebogen angegeben, dass neben den in der Tabelle genannten noch weitere Uhrwerkshersteller Substitute für ETA-Uhrwerke, die nicht zu den zehn meistverkauften Uhrwerke gehören, anbieten: Cendres+Métaux Microtech (CMK1 für 6497) und Eterna Movement (6037 für 2893-3 und 3030 für 2896).<sup>1</sup> Hierzu sei auf die Ausführungen in Rz 242 verwiesen.

<sup>1</sup> Act. [...].

Tabelle A 8: Preisspannen mechanischer Uhrwerke (in CHF) 2018.

Unternehmen	Tiefster Verkaufspreis	Höchster Verkaufspreis
Schild	[...]	[...]
Eterna Movement	[...]	[...]
Kenissi	[...]	[...]
Breitling	[...]	[...]
Christopher Ward	[...]	[...]
Sowind	[...]	[...]
LJP	[...]	[...]
Schwarz Etienne	[...]	[...]
Le Cercle des Horlogers	[...]	[...]
MHC	[...]	[...]
Timeless	[...]	[...]
<i>Cendres + Métaux Microtech</i>	[...]	[...]
<i>Valanvron</i>	[...]	[...]
<i>Intelligence Movement</i>	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Hinweise: Hersteller, deren mechanische Uhrwerke gemäss Angaben der Hersteller nicht mit ETA-Uhrwerken substituierbar sind (vgl. Rz 212 ff.), sind grau markiert. Hersteller, welche ihre Produktion mittlerweile wieder eingestellt haben, sind kursiv gesetzt. [...].

Tabelle A 9: Minimale, durchschnittliche &amp; maximale Verkaufspreise (in CHF) im Jahr 2018 der meistverkauften mechanischen Uhrwerke von ETA und deren Substitute.

Unternehmen	Mech. Uhrwerk	Min. Verkaufspreis	Durchschnittl. Verkaufspreis	Max. Verkaufspreis
ETA	ETA 2824-2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW200-1	[...]	[...]	[...]
STP	STP1-11	[...]	[...]	[...]
Ronda	R150	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 7750	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW500	[...]	[...]	[...]
Concepto	C2822	k.A.	k.A.	k.A.
ETA	ETA 2836-2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW220-1	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 2892A2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW300-1	[...]	[...]	[...]
Soprod	M100 (A10)	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 2893-2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW330-1	[...]	[...]	[...]
Soprod	C125	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 2834-2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW240-1	[...]	[...]	[...]
STP	STP4-13	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 2895-2	[...]	[...]	[...]
Sellita	SW360-1	[...]	[...]	[...]
ETA	ETA 7751	[...]	[...]	[...]
Concepto	C2821	k.A.	k.A.	k.A.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Hinweise: Bei den durchschnittlichen Verkaufspreisen handelt es sich um nach Menge (an Dritte gelieferte Menge) gewichtete durchschnittlichen Verkaufspreise. Entsprechende Preisangaben von Concepto liegen dem Sekretariat nicht vor (vgl. Rz 20).

Abbildung A 1: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2824-2 und Substitute 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 2: Entwicklung Verkaufspreise ETA-7750 und Substitut 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 3: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2836-2 und Substitut 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 4: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2892-A2 und Substitute 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 5: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2834-2 und Substitute 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 6: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2895-2 und Substitute 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Abbildung A 7: Entwicklung Verkaufspreise ETA-2895-2 und Substitut 2013 bis 2018.

[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Act. [...].

Tabelle A 10: Anzahl Kunden von ETA mit Bezug 2014 bis 2019 sowie Bezugsquellen.

Jahr	Insgesamt	Bezug bei			Bezug einzig bei			Bezug bei			Allen
		ETA	Sellita	Anderen	ETA	Sellita	Anderen	ETA & Sellita	ETA & Anderen	Sellita & Anderen	
2014	[...]	[...]	55	34	[...]	4	6	[...]	[...]	4	[...]
2015	[...]	[...]	54	33	[...]	6	6	[...]	[...]	2	[...]
2016	[...]	[...]	48	30	[...]	5	8	[...]	[...]	3	[...]
2017	[...]	[...]	44	30	[...]	11	11	[...]	[...]	2	[...]
2018	[...]	[...]	44	34	[...]	12	14	[...]	[...]	3	[...]
2019	[...]	[...]	46	24	[...]	18	10	[...]	[...]	4	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: Die genannten Anzahlen Kunden von ETA basieren auf Angaben der Kunden von ETA, welche im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) erhoben wurden.

Tabelle A 11: Bezugsmengen der Kunden von ETA 2014 bis 2019.

Bezug bei	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anderen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Gesamt</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: Die genannten Bezugsmengen der Kunden von ETA basieren auf Angaben der Kunden von ETA, welche im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) erhoben wurden.

Tabelle A 12: Bezugsmengen der Kunden von ETA (Sellita und Rest) 2014 bis 2019.

Bezug bei	2014	2015	2016	2017	2018	2019
ETA (alle)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ETA (Rest)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ETA (Sellita)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sellita	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anderen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Gesamt</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: Die genannten Bezugsmengen der Kunden von ETA basieren auf Angaben der Kunden von ETA, welche im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 18 ff. und Rz 119) erhoben wurden.

Tabelle A 13: Übersicht Lieferverpflichtung von ETA 2014 bis 2019.

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Referenzmenge (Ziff. 2b evR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Lieferverpflichtung (Ziff. 3 evR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bestellbare Menge (Ziff. 3 evR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bestellte Menge (Ziff. 3 evR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
KMU-Menge (Ziff. 4b evR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total bestellte Menge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. [...].

Hinweis: Vgl. Rz 136 f. für die Erklärung der hier verwendeten Begriffe.

Tabelle A 14: Eigenproduktion Kunden von ETA 2011 bis 2019.

2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Vgl. Fn 38.

Hinweis: Sellita und [...] als Uhrwerkshersteller, welche in der genannten Periode ebenfalls bei ETA mechanische Uhrwerke bezogen haben (vgl. Rz 291 und Rz 307), werden nicht mitgerechnet.

Tabelle A 15: Produktionsmengen und Eigenbedarf Swatch Group bzw. ETA 2011 bis 2019.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Produktionsmenge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Eigenbedarf	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anteil	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. [...].

B 2.2

## 2. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen

*Verfügung vom 16. Dezember 2019 in Sachen Untersuchung 32-0224 gemäss Art. 27 KG betreffend Swatch Lieferstopp Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung - vorsorgliche Massnahmen gegen The Swatch Group AG, in Biel*

### A Sachverhalt

#### A.1 Vorgeschichte

##### A.1.1 Ursprüngliche Untersuchung

1. Die Untersuchung «32-0224: Swatch Group Lieferstopp» (nachfolgend: ursprüngliche Untersuchung) hatte die kartellrechtliche Beurteilung des von der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) geplanten Lieferstopps von Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerken<sup>1</sup> der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (100%-ige Tochtergesellschaft von Swatch Group; nachfolgend: ETA) und Assortiments von Nivarox-FAR SA (ebenfalls 100%-ige Tochtergesellschaft von Swatch Group; nachfolgend: Nivarox), zum Gegenstand. Swatch Group plante damals, die Lieferungen von ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenigen von Nivarox-Produkten bis Ende des Jahres 2014 vollständig einzustellen, wobei erste Reduktionsschritte auf Ende 2011 umgesetzt werden sollten. Ziel der ursprünglichen Untersuchung war es abzuklären, ob der von Swatch Group angekündigte Lieferstopp gegen das Kartellgesetz<sup>2</sup> verstösst, wobei insbesondere die Behinderung von Mitbewerbern im Bereich mechanischer Uhrwerke und/oder mechanischer Fertighuhren im Fokus stand. In der ursprünglichen Untersuchung wurde in erster Linie geprüft, ob alternative Bezugsquellen zu ETA bzw. Nivarox bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten.<sup>3</sup>

2. In der ursprünglichen Untersuchung wurde eine Marktbefragung durchgeführt. Es wurden sowohl Konkurrenten als auch Kunden von ETA und Nivarox befragt.<sup>4</sup> Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) stellte dabei fest, dass sowohl ETA (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke) als auch Nivarox (auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments) marktbeherrschend sind im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.<sup>5</sup>

3. In ihrer Beurteilung kam die WEKO zum Schluss, dass die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken bis 2012 bzw. von Assortiments bis 2014 als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren ist. Für die WEKO stand fest, dass der von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertighuhren stark behindert, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen sind.<sup>6</sup>

4. Die WEKO hielt 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 sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke an Drittkunden liefere. Andernfalls käme es zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und höchst wahrscheinlich zu Marktaustritten.<sup>7</sup>

5. Nach Verhandlungen zwischen dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) und Swatch Group wurde am 11. Februar 2013 eine (erste) einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR I) abgeschlossen.<sup>8</sup> Diese regelte die schrittweise Lieferreduktion für mechanische Uhrwerke und Assortiments. Die WEKO genehmigte die evR I nicht und wies die Sache an das Sekretariat zurück, verbunden mit der Anweisung, Neuverhandlungen mit Swatch Group über den Abschluss einer neuen einvernehmlichen Regelung aufzunehmen.<sup>9</sup> Das Sekretariat nahm daraufhin mit Swatch Group entsprechende Verhandlungen auf und schloss am 9. September 2013 die nachfolgend wiedergegebene (zweite) einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR) ab. Mit Genehmigung dieser evR durch die WEKO am 21. Oktober 2013 wurde die ursprüngliche Untersuchung mittels Verfügung abgeschlossen (nachfolgend: ursprünglicher Entscheid).<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Vgl. für eine Übersicht zu den mechanischen Uhrwerken RPW 2014/1, 224 Rz 90 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> RPW 2014/1, 215 Rz 1 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>4</sup> RPW 2014/1, 217 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>5</sup> RPW 2014/1, 252 Rz 281 und 285 Dispositiv Ziff. 1 und 2, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>6</sup> RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>7</sup> Langfristig sei auch auf dem Markt für Assortiments aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass die marktbeherrschende Stellung von Nivarox geschwächt werde. Siehe dazu jedoch Rz 5 und Fn 9. Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>8</sup> RPW 2014/1, 266 Rz 404 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>9</sup> Die WEKO vertrat die Ansicht, dass ein Phasing-Out für Assortiments als verfrüht zu betrachten sei. Die WEKO war zudem der Meinung, dass sich die Ungleichbehandlung der Sellita Watch Co S.A. beim Bezug von mechanischen Uhrwerken nicht rechtfertigen lasse, wonach die zu liefernden Mindestmengen stärker gekürzt und in zeitlicher Hinsicht schneller eingestellt werden sollten als bei den übrigen Kunden von ETA. Schliesslich beurteilte die WEKO die vorgesehenen Reduktionsschritte für mechanische Uhrwerke im Vergleich zu denjenigen, welche im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen bereits umgesetzt wurden, im Lichte der sich abzeichnenden Entwicklungen im Markt für mechanische Uhrwerke als zu einschneidend. RPW 2014/1, 280 Rz 476 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>10</sup> RPW 2014/1, 281 Rz 479 ff., Dispositiv Ziff. 3, *Swatch Group Lieferstopp*.

«Vereinbarungen:

1) Geltungsbereich

Die vorliegende Regelung gilt ausschliesslich für mechanische Uhrwerke, welche von ETA hergestellt werden, und an Kunden ausserhalb der Swatch Group geliefert werden (Drittkunden; nachfolgend: Kunden).

2) Grundsätzliches

- a ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.
- b Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restliefermengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.
- c Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009–2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.
- d Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80 % der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50 % der ihm zustehenden Mengen, darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50 % kürzen.
- e Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.
- f Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.
- g Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.

3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an ihre bisherigen Kunden:

2014 und 2015: 75 % der Referenzmenge

2016 und 2017: 65 % der Referenzmenge

2018 und 2019: 55 % der Referenzmenge

Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.

4) Abweichende Vereinbarungen

- a Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu. Diese Abweichungen sind durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu genehmigen.
- b Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen, welche sich aufgrund der Lieferkürzungen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.

5) Preise

Die Lieferverpflichtungen von ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten.

6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

- a Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorgenommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA verbindlich.

Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>494</sup> verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

- b. Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA ist ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht<sup>399</sup>.
- c. Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, hat ETA die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.
- d. Bestellbestätigungen haben von ETA spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestellungseingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Un-



terzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.

- e. Kunden geben ETA ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.
- f. Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begründeter Form bekannt zu geben. Gleichzeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.
- g. ETA kann ihre heute gültigen AGB's während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen.

Bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Zusammenarbeit mit einem Kunden objektiv unzumutbar machen, kann ETA den Liefervertrag vorzeitig auflösen. Swatch Group informiert die Wettbewerbsbehörden gleichzeitig wie den Kunden über einen derartigen Schritt und die Gründe, die dazu geführt haben.

- h. Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA bleiben vorbehalten.

#### 7) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

Sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WEKO die Abänderung der Ziffer 3 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

- a. der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt,
- b. alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,
- c. sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.

#### 8) Überprüfung der Auflagen

Eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung dieser Vereinbarung betraut. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkenntnissetzen von Swatch Group jährlich. Die Kosten für die Revisionsgesellschaft werden von Swatch Group bezahlt.

#### 9) Verfahrensschluss

Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Swatch Group abgeschlossen. Die Bestimmungen von Artikel 30 Absatz 3

Kartellgesetz bleiben vorbehalten.»

6. Dem bestehenden Zustand zufolge obliegt ETA einerseits eine *Lieferverpflichtung*. Gemäss Ziff. 2 lit. a evR ist ETA verpflichtet, Drittkunden, d.h. Kunden ausserhalb der Swatch Group (vgl. Ziff. 1 evR), mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern, wobei die jeweils zu liefernden Mengen in Ziff. 3 evR festgelegt sind. Anzuführen ist, dass die gemäss evR zu beliefernden Drittkunden von ETA nicht frei gewählt werden können. Einen Anspruch auf Belieferung haben sämtliche Drittkunden, die in den Jahren 2009–2011 mechanische Uhrwerke bei ETA bezogen haben (vgl. Ziff. 2 lit. c evR; ausgenommen bestimmte Sonderfälle, vgl. Ziff. 2 lit. d und e evR). Diesen bisherigen Drittkunden muss ETA die gemäss Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken liefern.

7. ETA obliegt andererseits auch eine *Lieferbeschränkung*. Ziff. 4 lit. b evR (sog. *KMU Klausel*) sieht vor, dass ETA grundsätzlich nicht mehr mechanische Uhrwerke an bisherige Drittkunden liefern darf, als die in Ziff. 3 evR festgelegten Mengen. Ausgenommen davon sind jedoch KMUs, mit denen ETA sog. abweichende Vereinbarungen abschliessen darf (aber nicht muss). In diesem Kontext gilt es darauf hinzuweisen, dass die WEKO die KMU Klausel gemäss Ziff. 4 lit. b evR so auslegt, dass ETA bzw. Swatch Group eine absolute Gleichbehandlung von KMUs zu beachten hat, d.h. macht ETA von der Möglichkeit der Mehrlieferung von mechanischen Uhrwerken zu Gunsten eines KMUs Gebrauch und liegen weitere Anfragen von KMUs für Mehrlieferungen vor, so hat ETA auch zweitgenannten KMUs die von ihnen gewünschten Mehrmengen an mechanischen Uhrwerken zu liefern (und kann diese nicht beschränken). M.a.W. ausgedrückt, sieht die herrschende Praxis vor, dass ETA, wenn sie einem KMU mehr als die in Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken liefert, sie dies auch für sämtliche anderen KMUs tun muss, die ein entsprechendes Gesuch an ETA gestellt haben.<sup>11</sup>

8. Mit der Genehmigung der vorstehenden evR (vgl. Rz 5) legte die WEKO die Art und Weise zur Beseitigung der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung – der im Sinne von Art. 7 KG missbräuchliche kurzfristige Lieferstopp, den Swatch Group plante (vgl. Rz 1) – fest. Die in der evR vereinbarte *Lieferverpflichtung* soll sicherstellen, dass ETA weiterhin mechanische Uhrwerke liefert bis weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sind.<sup>12</sup> Der Mechanismus der evR sieht vor, dass sich die von ETA an Drittkunden zu liefernden Mengen an mechanischen Uhrwerken graduell reduzieren. ETA zog bzw. zieht sich gewissermassen als Anbieter mechanischer Uhrwerke für Drittkunden schrittweise bis zu einem bestimmten Grad aus dem Markt zurück, damit sich alternative Bezugsquellen zu ETA etablieren bzw. bestehende alternative Anbieter zu ETA ihre Produktions-

<sup>11</sup> [...].

<sup>12</sup> RPW 2014/1, 266 Rz 402, Swatch Group Lieferstopp.

kapazitäten erhöhen können. Um diese Marktentwicklung, die sich gemäss der in der ursprünglichen Untersuchung durchgeführten Marktbefragung und Analysen abzeichnete, nicht zu gefährden, wurde in der evR mit der Lieferverpflichtung eine *Lieferbeschränkung* zu Lasten von ETA verbunden.

9. Die ETA obliegende Lieferverpflichtung – und somit auch die damit verbundene Lieferbeschränkung – ist bis am 31. Dezember 2019 befristet (vgl. Ziff. 3 evR). Der Grund der Befristung lag für das Sekretariat bzw. die WEKO darin, dass sofern sich die Marktverhältnisse wie gemäss dem Erkenntnisstand zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids entwickeln sollten, es ab Anfang des Jahres 2020 genügend alternative Angebote zu den mechanischen Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben werde, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller befriedigen können. Im Lichte der sich abzeichnenden Marktentwicklungen im Bereich mechanischer Uhrwerke kam die WEKO zum Schluss, dass sich ab dem 1. Januar 2020 die Frage einer Lieferpflicht von ETA nicht mehr stellen würde.<sup>13</sup>

### A.1.2 Wiedererwägungsverfahren

10. Am 4. März 2016 gelangte Swatch Group an das Sekretariat und stellte den Antrag, dass ETA bis zum Ablauf der evR Ende 2019 zu erlauben sei, über die von den gemäss Ziff. 3 evR zu liefernden, aber von den Drittkunden nicht bestellten Mengen an mechanischen Uhrwerken frei verfügen zu können, was einer Anpassung der evR bedurft hätte. Dieser Antrag wurde als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von von Art. 30 Abs. 3 KG von der WEKO behandelt (nachfolgend: Wiedererwägungsverfahren).<sup>14</sup>

11. Zur Beurteilung der Frage, ob diesem Antrag stattzugeben war, wurde auch im Wiedererwägungsverfahren eine Marktbefragung durchgeführt, in welcher sowohl Konkurrenten als auch Kunden von ETA befragt wurden.<sup>15</sup> Die WEKO hielt damals fest, dass sich die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer Swiss made Uhrwerke zwar seit dem ursprünglichen Entscheid der WEKO im Sinne der evR bzw. des Phasing-Outs entwickelt haben, dies jedoch in weit weniger grossem Umfang als von Swatch Group dargestellt. Diese Entwicklung sei somit als vorhersehbare und erwartete Entwicklung zu qualifizieren. Die WEKO hielt weiter fest, dass sich seit der Genehmigung der evR durch die WEKO indes keine unvorhersehbaren oder unerwarteten Ereignisse ergeben haben, welche den ursprünglichen Entscheid der WEKO wesentlich beeinflussen würden und damit nicht von einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse auszugehen war. Zudem zeigte eine Interessenabwägung, dass das öffentliche Interesse (der Marktteilnehmer) an der unveränderten Beibehaltung der evR gegenüber den individuellen Interessen von Swatch Group bzw. ETA stärker zu gewichten war. Die WEKO kam daher zum Schluss, dass die Voraussetzung für eine Wiedererwägung des ursprünglichen Entscheids der WEKO nicht gegeben und entsprechend das Gesuch von Swatch Group abzulehnen war.<sup>16</sup>

### A.2 Vorliegendes Verfahren

12. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 genehmigte die WEKO die zwischen Swatch Group und dem Sekretariat

abgeschlossene evR betreffend die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken (vgl. Rz 1 ff.).

13. Die WEKO behielt sich im ursprünglichen Entscheid jedoch explizit vor, auf ihren Entscheid im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG zurückzukommen, d.h. diesen zu widerrufen oder zu ändern, falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab dem Jahr 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären. Die massgebende Randziffer im ursprünglichen Entscheid lautet wie folgt:

*«Sofern sich die Marktverhältnisse wie gemäss derzeitigem Erkenntnisstand entwickeln, wird es ab Anfang 2020 genügend alternative Angebote zu den Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller zu befriedigen vermögen. In diesem Sinne und im Lichte der sich abzeichnenden Marktentwicklungen im Bereich mechanischer Uhrwerke [...] stellt sich ab dem 1. Januar 2020 die Frage einer Lieferpflicht nicht mehr. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG [...], falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären. Ein Widerruf oder eine Änderung der evR II<sup>17</sup> wären aber dann nicht angezeigt, wenn sich die betroffenen Uhrenhersteller nicht in genügendem Ausmass um alternative Lösungen bemüht hätten.»<sup>18</sup>*

14. Am 13. November 2018 wurde ein Verfahren nach Art. 30 Abs. 3 KG (nachfolgend: vorliegendes Verfahren) eröffnet. Anlass für die Verfahrenseröffnung gaben Anhaltspunkte, welche darauf hindeuten, dass sich die Marktverhältnisse nicht in dem Sinne entwickelt haben, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete und ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Prüfung der Frage, ob sich die beschriebenen Anhaltspunkte erhärten und gegebenenfalls ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids in Erwägung zu ziehen ist. Zu diesem Zweck wird im vorliegenden Verfahren eine Analyse der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen.<sup>19</sup>

## B Verfahren

### B.1 Verfahrensverlauf

15. Am 13. November 2018 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO das vorliegende Verfahren, auf welches die Bestimmungen von Art. 27 ff. KG analog Anwendung fin-

<sup>13</sup> RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>14</sup> RPW 2016/4, 1035 Rz 2 und 9 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>15</sup> RPW 2016/4, 1036 Rz 11, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>16</sup> RPW 2016/4, 1051 Rz 105, 1056 Rz 129, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>17</sup> Anmerkung: Bei der evR II handelt es sich um die evR (vgl. Rz 5).

<sup>18</sup> RPW 2014/1, 284 Rz 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>19</sup> Act. [...].

den.<sup>20</sup> Die Verfahrenseröffnung wurde am 20. November 2018 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBl) veröffentlicht.<sup>21</sup>

16. Am 15. November 2018 stellte das Sekretariat Swatch Group im Hinblick auf die durchzuführende Marktbefragung ein Auskunftsbegehren zu, mit welchem um die Vorabzustellung einer Drittkundenliste von ETA gebeten wurde.<sup>22</sup> Diese wurde von Swatch Group innert erstreckter Frist am 29. November 2018 eingereicht und nach entsprechender Nachfrage des Sekretariats<sup>23</sup> mit Eingabe vom 7. Dezember 2018 ergänzt.<sup>24</sup>

17. Am 29. November 2018 ging beim Sekretariat eine Stellungnahme ein, mit welcher Swatch Group u.a. darum ersuchte, im Rahmen der Marktbefragung bestimmte Themenkreise abzufragen (nachfolgend: Stellungnahme SG).<sup>25</sup> Zusätzlich wies Swatch Group mit E-Mail vom 3. Dezember 2018 darauf hin, dass sämtliche relevanten Marktteilnehmer sowohl in der Schweiz als auch im Ausland befragt werden sollten, um ein ausgewogenes Bild der Marktbefragung zu erhalten, wobei Swatch Group zufolge insbesondere auch Unternehmungen von der Befragung erfasst werden müssten, welche nie Kunden von ETA waren (z.B. andere Hersteller von mechanischen Uhrwerken).<sup>26</sup> Mit Schreiben vom 7. Dezember 2018 wies Swatch Group weiter auf die Wichtigkeit einer umfassenden und repräsentativen Erhebung von Marktdaten und entsprechend einer Wiedergabe der Marktsituation bis Ende 2019 hin und wiederholte ihr Anliegen, nebst aktuellen und früheren Kunden von ETA auch solche, die nie Kunde waren, sowie aktuelle und potentielle Wettbewerber und Anbieter von Alternativlösungen in die Befragung miteinzubeziehen.<sup>27</sup>

18. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2018 teilte das Sekretariat Swatch Group u.a. mit, dass es die angeregten Themenkreise bei den zu befragenden Marktteilnehmern abfragen werde und bat Swatch Group gleichzeitig um eine Konkretisierung der in der E-Mail vom 3. Dezember 2018 und im Schreiben vom 7. Dezember 2018 enthaltenen Hinweise (vgl. Rz 17). Namentlich wollte das Sekretariat von Swatch Group wissen, ob deren Hinweise als Beweisanträge im Sinne von Art. 33 Abs. 1 VwVG<sup>28</sup> zu verstehen seien. Innert erstreckter Frist hielt Swatch Group fest, dass es von zentraler Bedeutung sei, die tatsächlichen Marktverhältnisse zum massgebenden Zeitpunkt korrekt zu reflektieren, was bedinge, dass sämtliche relevanten Marktteilnehmer aller Marktstufen sowohl in der Schweiz als auch im Ausland in die Ermittlungen einbezogen würden. So müssten Swatch Group zufolge auch diejenigen relevanten Marktteilnehmer befragt werden, welche ETA nicht bekannt seien oder zu welchen ETA keine Geschäftsbeziehungen pflege. Swatch Group hielt ergänzend fest, dass weder sie noch ETA nähere Angaben zur Identifikation der von ihr genannten, zu befragenden Unternehmen geben könne und wies stattdessen auf die behördliche Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsabklärung hin. Die Frage, ob die Hinweise von Swatch Group als Beweisanträge zu verstehen seien, könne ihrer Ansicht nach offenbleiben.<sup>29</sup>

19. Das Sekretariat teilte Swatch Group mit Schreiben vom 18. Februar 2019 mit, dass es sämtlichen von ihr namentlich genannten Unternehmen einen Fragebogen

zugestellt habe sowie sämtlichen Unternehmen, die dem Sekretariat von befragten Marktteilnehmern (als aktuelle oder potentielle Konkurrenten von ETA oder Nivarox) genannt worden seien oder genannt würden, ebenfalls einen Fragebogen zugestellt habe bzw. zustellen werde. In Bezug auf ausländische Marktteilnehmer hielt das Sekretariat fest, dass Swatch Group keine Begründung geliefert habe, ob und welche ausländischen Marktteilnehmer zu befragen seien und es daher den ihm bereits bekannten ausländischen Herstellern von mechanischen Uhrwerken oder Assortiments einen Fragebogen zustellen werde, es jedoch nicht auszuschliessen sei, dass im weiteren Verlauf des Verfahrens noch weitere ausländische Unternehmen dazukommen würden, sofern dies für die Zwecke des Verfahrens als geboten erscheine.<sup>30</sup>

20. Am 4. Dezember 2018 meldeten die Semag Manufacture AG und die G.J. VON BURG AG ihre Beteiligung am vorliegenden Verfahren an.<sup>31</sup>

21. Am 10. und 11. Dezember 2018 verschickte das Sekretariat insgesamt 152 Fragebogen an Marktteilnehmer, u.a. auch an Swatch Group bzw. ETA. Bis zum 5. September 2019 wurden zusätzlich 39 Fragebogen an Unternehmen verschickt, die dem Sekretariat von bereits befragten Marktteilnehmern als aktuelle oder potentielle Konkurrenten von ETA oder Nivarox genannt wurden oder die sich beim Sekretariat gemeldet haben.<sup>32</sup> Bis Ende September 2019 haben 185 (von insgesamt 191) Marktteilnehmer (inkl. Swatch Group bzw. ETA) geantwortet. Die ersten Antworten der befragten Marktteilnehmer gingen beim Sekretariat ab dem 11. Dezember 2018 ein<sup>33</sup>, die letzten stehen noch aus (Stand: 30. September 2019). Bezüglich der eingegangenen Antworten der befragten Marktteilnehmer musste das Sekretariat beinahe sämtlichen Unternehmen schriftliche Nachfragen stellen (rund 150), da gestellte Fragen nicht oder nicht vollständig beantwortet wurden oder sich aufgrund bestimmter Aussagen Anschlussfragen ergaben.<sup>34</sup> Die Mehrheit der Nachfragen wurde bis dato beantwortet, einige Antworten stehen noch aus (Stand: 30. September 2019). Insgesamt verschickte das Sekretariat mehr als 130 Erinnerungs- und Mahnschreiben an Marktteilnehmer, welche den Fragebogen oder Nachfragen nicht fristgerecht beantwortet haben.<sup>35</sup>

<sup>20</sup> Act. [...].

<sup>21</sup> Act. [...].

<sup>22</sup> Act. [...].

<sup>23</sup> Act. [...].

<sup>24</sup> Act. [...].

<sup>25</sup> Act. [...].

<sup>26</sup> Act. [...].

<sup>27</sup> Act. [...].

<sup>28</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>29</sup> Act. [...].

<sup>30</sup> Act. [...].

<sup>31</sup> Act. [...].

<sup>32</sup> Act. [...].

<sup>33</sup> Act. [...].

<sup>34</sup> Act. [...].

<sup>35</sup> Act. [...].

22. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2018 meldete die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) Parteistellung an im Sinne von Art. 6 VwVG; diese wurde Sellita vom Sekretariat mit Schreiben vom 11. Januar 2019 eingeräumt.<sup>36</sup>

23. Mit Schreiben vom 15. Januar 2019 bat das Sekretariat Swatch Group, die gesamte bis zum 31. Dezember 2018 geführte Korrespondenz zwischen ihr und dem Sekretariat entsprechend dem Merkblatt «Geschäftsgeheimnisse» (nachfolgend: Merkblatt) um Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen.<sup>37</sup> Am 6. Februar 2019 reichte Swatch Group die erwähnte Korrespondenz in um Geschäftsgeheimnisse bereinigter Form ein.<sup>38</sup> Diese Dokumente wurden vom Sekretariat geprüft und es teilte Swatch Group mit Schreiben vom 20. Februar 2019 mit, dass es mit den von Swatch Group vorgenommenen Abdeckungen in weiten Teilen nicht einverstanden sei, das Sekretariat jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen vorläufig darauf verzichte, die Geschäftsgeheimnisbereinigung abschliessend zu klären. Das Sekretariat hielt im erwähnten Schreiben weiter fest, dass es sich ausdrücklich vorbehalte, bei Bedarf auf die Geschäftsgeheimnisbereinigung zurückzukommen.<sup>39</sup>

24. Am 28. Februar 2019 gingen die Antworten von Swatch Group auf den Fragebogen an ETA ein (nachfolgend: Antworten SG). Diese waren begleitet von einer weiteren Eingabe, in welcher Swatch Group ihre Sichtweise zu verschiedenen Aspekten darlegte (u.a. zur Frage des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung von ETA und zu einer allfälligen Verlängerung der Lieferverpflichtung). Gleichzeitig stellte Swatch Group einen Antrag auf Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA (nachfolgend: Eingabe SG).<sup>40</sup> Am 6. März 2019, am 13. März 2019 und am 19. März 2019 gingen Präzisierungen und Ergänzungen zu den Antworten SG ein.<sup>41</sup>

25. Ebenfalls am 28. Februar 2019 gingen die Antworten von Sellita auf den Fragebogen ein (nachfolgend: Antworten Sellita).<sup>42</sup>

26. Am 22. März 2019 reichte Sellita eine Eingabe ein, mit welcher dem Sekretariat bestimmte Sachverhalte zur Kenntnis gebracht wurden und im Rahmen derer Sellita mehrere Anträge stellte (nachfolgend: Eingabe Sellita).<sup>43</sup>

27. Mit Schreiben vom 5. April 2019 stellte das Sekretariat Swatch Group die Eingabe Sellita zur Kenntnisnahme zu, verbunden mit der Einladung, dazu und insbesondere zu den von Sellita gestellten Anträgen Stellung zu nehmen.<sup>44</sup> Gleichentags stellte das Sekretariat Sellita die Eingabe SG zur Kenntnisnahme zu, verbunden mit der Einladung, dazu und insbesondere zu dem von Swatch Group gestellten Antrag Stellung zu nehmen (vgl. Rz 24).<sup>45</sup> Bis zum 30. September 2019 ist die Stellungnahme von Sellita noch nicht eingegangen und der Geschäftsgeheimnisbereinigungsprozess mit beiden Verfahrensparteien noch nicht abgeschlossen (vgl. Rz 66).

28. Mit Schreiben vom 8. April 2019 bat das Sekretariat Sellita, die gesamte bis am 5. April 2019 geführte Korrespondenz zwischen ihr und dem Sekretariat entsprechend dem Merkblatt um Geschäftsgeheimnisse zu be-

reinigen.<sup>46</sup> Die entsprechenden Dokumente gingen am 7. Mai 2019 beim Sekretariat ein.<sup>47</sup>

29. Mit Schreiben vom 9. April 2019 forderte das Sekretariat Swatch Group unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 20. Februar 2019 dazu auf, die Stellungnahme SG, die Eingabe SG sowie die Antworten SG entsprechend dem Merkblatt zu bereinigen und dem Sekretariat zukommen zu lassen. Zudem behielt sich das Sekretariat auch hinsichtlich der von Swatch Group eingereichten, um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Korrespondenz, die zwischen dem 31. Dezember 2019 und dem 18. Februar 2019 ergangen ist, explizit vor, auf diese zurückzukommen, da das Sekretariat mit dem Vorschlag der Geschäftsgeheimnisbereinigung von Swatch Group nicht einverstanden war (vgl. Rz 23).<sup>48</sup>

30. Am 23. April 2019 sowie am 24. April 2019 fanden Betriebsbesichtigungen bei Sellita und der Ronda AG (nachfolgend: Ronda) statt.<sup>49</sup>

31. Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 bat das Sekretariat Swatch Group um die Beantwortung von Unklarheiten bezüglich der Antworten SG (vgl. Rz 24).<sup>50</sup>

32. Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 ersuchte das Sekretariat auch Sellita um die Beantwortung von zusätzlichen Fragen im Zusammenhang mit den Antworten Sellita (vgl. Rz 25).<sup>51</sup>

33. Mit E-Mail vom 11. Juni 2019 ersuchte Swatch Group um eine Erstreckung der Frist für die Beantwortung der Zusatzfragen zu den Antworten SG (vgl. Rz 31)<sup>52</sup>; diesem Gesuch gab das Sekretariat mit E-Mail vom gleichen Tag statt.<sup>53</sup>

34. Mit Schreiben vom 12. Juni 2019 ging ein Fristerstreckungsgesuch von Sellita für die Beantwortung der Zusatzfragen zu den Antworten Sellita (vgl. Rz 32) beim Sekretariat ein.<sup>54</sup> Diesem Gesuch gab das Sekretariat mit Schreiben vom 13. Juni 2019 statt.<sup>55</sup>

35. Am 19. Juni 2019 reichte Sellita beim Sekretariat eine Anzeige wegen missbräuchlicher Lieferverweigerung von Assortiments gegen Nivarox und Swatch Group ein (nachfolgend: Anzeige Sellita), im Rahmen derer dieselben Anträge gestellt wurden wie in der Eingabe Sellita (vgl. Rz 26).<sup>56</sup>

<sup>36</sup> Act. [...].

<sup>37</sup> Act. [...].

<sup>38</sup> Act. [...].

<sup>39</sup> Act. [...].

<sup>40</sup> Act. [...].

<sup>41</sup> Act. [...].

<sup>42</sup> Act. [...].

<sup>43</sup> Act. [...].

<sup>44</sup> Act. [...].

<sup>45</sup> Act. [...].

<sup>46</sup> Act. [...].

<sup>47</sup> Act. [...].

<sup>48</sup> Act. [...].

<sup>49</sup> Act. [...].

<sup>50</sup> Act. [...].

<sup>51</sup> Act. [...].

<sup>52</sup> Act. [...].

<sup>53</sup> Act. [...].

<sup>54</sup> Act. [...].

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

<sup>56</sup> Act. [...].

36. Am 1. Juli 2019 reichte Swatch Group dem Sekretariat die Antworten auf die Zusatzfragen zu den Antworten SG (vgl. Rz 31) ein.<sup>57</sup>

37. Am 8. Juli 2019 gingen beim Sekretariat die Antworten von Sellita auf die Zusatzfragen zu den Antworten Sellita (vgl. Rz 32) ein.<sup>58</sup>

38. Am 10. Juli 2019 stellte das Sekretariat Sellita die Stellungnahme SG, die Eingabe SG sowie die Antworten SG und Swatch Group die Eingabe Sellita sowie die Antworten Sellita zum zweiten Mal zu und lud beide Parteien unter Ansetzung einer neuen Frist ein, zu den Eingaben und insbesondere zu den gestellten Anträgen Stellung zu nehmen (vgl. Rz 27).<sup>59</sup>

39. Mit Schreiben vom 16. Juli 2019 stellte Sellita unter Bezugnahme auf die Eingabe Sellita und die Anzeige Sellita zusätzliche Anträge sowie Verfahrensanträge. Mit letztgenannten beantragte Sellita, Swatch Group einen Katalog von Fragen zu stellen, insbesondere zum beabsichtigten Geschäftsverhalten nach dem 31. Dezember 2019.<sup>60</sup> Das Sekretariat bat Sellita gleichentags, ihm eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version ihres Schreibens vom 16. Juli 2019 zukommen zu lassen<sup>61</sup>; das entsprechende Schreiben ging beim Sekretariat gleichentags ein.<sup>62</sup>

40. Am 18. Juli 2019 nahm das Sekretariat mit Swatch Group telefonisch Kontakt auf und teilte ihr mit, dass es über den aktuellen Stand des Verfahrens sowie den weiteren Verfahrensverlauf informieren möchte.<sup>63</sup>

41. Am 19. Juli 2019 unterbreitete das Sekretariat Swatch Group die von Sellita im Rahmen ihres Schreibens vom 16. Juli 2019 formulierten Fragen (vgl. Rz 39) zur Beantwortung.<sup>64</sup> Mit E-Mail vom 19. August 2019 ersuchte Swatch Group um eine Erstreckung der Frist für die Beantwortung der Fragen<sup>65</sup>; diesem Gesuch gab das Sekretariat mit E-Mail vom 20. August 2019 statt.<sup>66</sup>

42. Mit Schreiben vom 31. Juli 2019 wandte sich Sellita an das Sekretariat und monierte, dass sie mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung der Stellungnahme SG, der Eingabe SG sowie der Antworten SG nicht einverstanden sei. Sellita ersuchte das Sekretariat darum, die erwähnten Dokumente gemäss dem Merkblatt selber zu bereinigen. Sellita ersuchte das Sekretariat zudem darum, die ihr gesetzte Frist abzunehmen (vgl. Rz 38) und eine neue Frist anzusetzen, sobald die bereinigten Versionen der erwähnten Dokumente vorliegen würden.<sup>67</sup> Mit Schreiben vom 7. August 2019 nahm das Sekretariat die Sellita gesetzte Frist zur Stellungnahme ab und forderte diese auf, diejenigen Passagen zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach zu weitgehend geschwärzt seien und einzeln und substantiiert zu begründen, inwiefern die Aufdeckung der entsprechenden Passagen für eine wirksame Stellungnahme erforderlich sei.<sup>68</sup> Darauf antwortete Sellita mit Schreiben vom 16. August 2019 und wiederholte ihren Antrag, dass das Sekretariat die Geschäftsgeheimnisbereinigung der Eingaben von Swatch Group anhand des Merkblatts selbst vornehmen bzw. die Schwärzungen durch Swatch Group gemäss den Vorgaben des Merkblatts prüfen und beanstanden solle.<sup>69</sup>

43. Mit Schreiben vom 9. August 2019 teilte das Sekretariat Sellita mit, dass es auf diejenigen Anträge, welche

sich auf Nivarox bzw. ihre Lieferverpflichtung betreffend Assortiments beziehen, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht eintreten werde. Gleichzeitig kündigte das Sekretariat Sellita an, zu einem späteren Zeitpunkt die Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26 ff. KG gegen Nivarox in Erwägung zu ziehen.<sup>70</sup>

44. Am 12. August 2019 ging die Stellungnahme von Swatch Group zur Eingabe Sellita ein (vgl. Rz 38).<sup>71</sup>

45. Am 13. August 2019 ging beim Sekretariat die geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Anzeige Sellita ein.<sup>72</sup> Diese wurde mit E-Mail vom 15. August 2019 an Swatch Group zur Kenntnisnahme zugestellt.<sup>73</sup>

46. Am 22. August 2019 ging eine weitere Eingabe der Swatch Group zu den Anträgen von Sellita ein.<sup>74</sup>

47. Am 27. August 2019 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und Swatch Group statt, anlässlich dessen das Sekretariat über den aktuellen Stand des Verfahrens und den weiteren Verfahrensverlauf informierte (vgl. Rz 40). Das Sekretariat informierte Swatch Group darüber, dass ein Entscheid der WEKO im vorliegenden Verfahren vor dem 31. Dezember 2019 aufgrund von Verzögerungen nicht möglich sei und es beabsichtige, bei der WEKO den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen.<sup>75</sup>

48. Am 27. August 2019 kontaktierte Sellita das Sekretariat telefonisch und kündigte u.a. an, gegen das Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019 (vgl. Rz 43) Beschwerde zu führen sowie dem Sekretariat gleichzeitig ein Wiedererwägungsgesuch einzureichen.<sup>76</sup> Am 30. August 2019 ging eine Eingabe von Sellita beim Sekretariat ein, in welcher sie schriftlich festhielt, was sie bereits telefonisch mitgeteilt hatte. Zusätzlich lieferte Sellita eine Präzisierung zu einem von ihr gestellten Antrag.<sup>77</sup>

49. Am 4. September 2019 nahm das Sekretariat auf Wunsch von Swatch Group mit dieser telefonisch Kontakt auf betreffend die zu beantragenden vorsorglichen Massnahmen.<sup>78</sup>

<sup>57</sup> Act. [...].

<sup>58</sup> Act. [...].

<sup>59</sup> Act. [...].

<sup>60</sup> Act. [...].

<sup>61</sup> Act. [...].

<sup>62</sup> Act. [...].

<sup>63</sup> Act. [...].

<sup>64</sup> Act. [...].

<sup>65</sup> Act. [...].

<sup>66</sup> Act. [...].

<sup>67</sup> Act. [...].

<sup>68</sup> Act. [...].

<sup>69</sup> Act. [...].

<sup>70</sup> Act. [...].

<sup>71</sup> Act. [...].

<sup>72</sup> Act. [...].

<sup>73</sup> Act. [...].

<sup>74</sup> Act. [...].

<sup>75</sup> Act. [...].

<sup>76</sup> Act. [...].

<sup>77</sup> Act. [...].

<sup>78</sup> Act. [...].

50. Mit E-Mail vom 12. September 2019 bat Swatch Group das Sekretariat u.a. darum, Sellita zu ersuchen, in den Antworten Sellita und den übrigen Eingaben namentlich bei geschwärzten Passagen eine Umschreibung des wesentlichen Inhalts vornehmen zu lassen.<sup>79</sup>

51. Am 16. September bzw. 18. September 2019 gingen beim Sekretariat das Wiedererwägungsgesuch von Sellita sowie die Mitteilung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend den Eingang der Beschwerde von Sellita ein (vgl. Rz 48).<sup>80</sup> Am 4. Dezember 2019 reichte das Sekretariat innert erstreckter Frist seine Vernehmlassung zur Beschwerde von Sellita beim Bundesverwaltungsgericht ein.<sup>81</sup>

52. Am 18. September 2019 fand auf entsprechenden Wunsch von Sellita ein Treffen zwischen ihr und dem Sekretariat statt, anlässlich dessen das Sekretariat über den aktuellen Stand des Verfahrens und dessen weiteren Verlauf informierte. Das Sekretariat informierte Sellita darüber, dass ein Entscheid der WEKO im vorliegenden Verfahren vor dem 31. Dezember 2019 aufgrund von Verfahrensverzögerungen nicht möglich sei und es beabsichtige, bei der WEKO den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen. Zudem orientierte das Sekretariat Sellita über die Bitte von Swatch Group in Bezug auf die Geschäftsgeheimnisbereinigung (vgl. Rz 50) und klärte einige Verständnisfragen in Bezug auf die Anträge von Sellita.<sup>82</sup>

53. Am 9. Oktober 2019 stellte das Sekretariat Swatch Group und Sellita dessen Antrag i.S. vorsorgliche Massnahmen zu und lud diese ein, bis am 30. Oktober 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats zu nehmen.<sup>83</sup> Eine aktuelle Version des Aktenverzeichnisses sowie der bis dato geschäftsgeheimnisbereinigten Akten wurde Swatch Group und Sellita mit separater E-Mail zugestellt.<sup>84</sup>

54. Die Stellungnahmen von Swatch Group und Sellita gingen am 30. Oktober 2019<sup>85</sup> bzw. innert erstreckter Frist<sup>86</sup> am 11. November 2019<sup>87</sup> beim Sekretariat ein (vgl. Rz 72 ff.). Am 13. November 2019 stellte das Sekretariat Swatch Group die geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Stellungnahme von Sellita und Sellita die entsprechende geschäftsgeheimnisbereinigte Stellungnahme von Swatch Group zur Kenntnisnahme zu.<sup>88</sup>

55. Mit Schreiben vom 18. November 2019 stellte das Sekretariat Sellita die Stellungnahme SG, die Eingabe SG sowie die Antworten SG und Swatch Group die Eingabe Sellita sowie die Antworten Sellita zum dritten Mal zur Kenntnisnahme zu (vgl. Rz 24 ff. und Rz 38).<sup>89</sup>

56. Am 2. Dezember 2019 informierte das Sekretariat Swatch Group und Sellita darüber, dass der Entscheid der WEKO in Sachen vorsorgliche Massnahmen für den 16. Dezember 2019 traktandiert sei.<sup>90</sup>

## B.2 Verfahrensverzögerungen

57. Zwecks Vornahme einer Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse initiierte das Sekretariat im Dezember 2018 eine Marktbefragung (vgl. Rz 21) und versandte Fragebogen an verschiedene Unternehmen, die in der Produktion von Uhrwerkskomponenten (d.h. mechanische Uhrwerke und/oder mechanische Assortiments) oder in der Produktion von Uhren tätig sind.

Marktbefragungen führte das Sekretariat zwecks Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich mechanischer Uhrwerke und Assortiments in der Vergangenheit sowohl in der ursprünglichen Untersuchung<sup>91</sup> als auch im Rahmen des damit im Zusammenhang stehenden Wiedererwägungsverfahrens<sup>92</sup> durch (vgl. Rz 11 und Rz 21).

58. Aus den nachstehenden Gründen erfuhr und erfährt das vorliegende Verfahren in zeitlicher Hinsicht jedoch Verzögerungen.

59. Im vorliegenden Verfahren wurde eine Marktbefragung in grossem Umfang durchgeführt. So wurden insgesamt 191 Unternehmen befragt (vgl. Rz 21). Zur Veranschaulichung des Umfangs der Marktbefragung im vorliegenden Verfahren sei darauf hingewiesen, dass in der ursprünglichen, drei Jahre dauernden Untersuchung für die Beurteilung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse die Antworten von insgesamt 58 Marktteilnehmern analysiert wurden.<sup>93</sup> Nicht nur steigt der administrative Aufwand für den Versand und die Einholung von Marktinformationen mit zunehmender Anzahl befragter Unternehmen an, sondern wird auch die Datenauswertung und deren Analyse in ökonomischer und juristischer Hinsicht mehr Zeit in Anspruch nehmen.

60. Der grosse Umfang der befragten Marktteilnehmer ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass Swatch Group zu Beginn des vorliegenden Verfahrens – vor dem Versand der ersten Fragebögen an Marktteilnehmer – auf die Wichtigkeit einer umfassenden und repräsentativen Erhebung von Marktdaten hingewiesen hat, wobei insbesondere auch Unternehmungen von der Befragung erfasst werden müssten, welche nie Kunden von ETA waren (vgl. Rz 17 f.). In Bezug auf das Anliegen von Swatch Group, nebst aktuellen und potentiellen Kunden von ETA auch Unternehmungen zu befragen, die nie Kunden waren, nannte Swatch Group jedoch keine Namen von Unternehmen, die ihrer Ansicht nach zu befragen wären, weswegen sich das Sekretariat dazu entschloss, neben den von Swatch Group genannten aktiven und früheren Kunden von ETA auch sämtlichen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten von ETA oder Nivarox einen Fragebogen zuzustellen, welche von befragten Marktteilnehmern genannt wurden oder werden (vgl. Rz 19). Folglich entspricht die Tatsache, dass im vorliegenden Verfahren mehr als dreimal so viele Marktteilnehmer in die Marktbefragung miteinbezogen wurden

<sup>79</sup> Act. [...].

<sup>80</sup> Act. [...].

<sup>81</sup> Act. [...].

<sup>82</sup> Act. [...].

<sup>83</sup> Act. [...].

<sup>84</sup> Act. [...].

<sup>85</sup> Act. [...].

<sup>86</sup> Act. [...].

<sup>87</sup> Act. [...].

<sup>88</sup> Act. [...].

<sup>89</sup> Act. [...].

<sup>90</sup> Act. [...].

<sup>91</sup> Vgl. RPW 2014/1, 217 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1036 Rz 11, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>93</sup> Vgl. RPW 2014/1, 217 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

als in der ursprünglichen Untersuchung, vollumfänglich dem Anliegen von Swatch Group, eine umfassende und repräsentative Erhebung von Marktdaten durchzuführen. Auch in Bezug auf den Inhalt der den befragten Marktteilnehmern gestellten Fragen entsprach das Sekretariat den Anträgen von Swatch Group, indem es die Themenkreise, welche ihr zufolge abzufragen seien, abgefragt hat (vgl. Rz 17 f.).

61. Das Sekretariat musste zudem im vorliegenden Verfahren beinahe jedem Unternehmen (rund 150), welches den Fragebogen beantwortete, schriftliche Nachfragen stellen, weil für die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse relevante Fragen nicht oder nicht vollständig beantwortet wurden oder sich aufgrund der Antworten Anschlussfragen ergaben (vgl. Rz 21). So musste das Sekretariat bei zahlreichen Marktteilnehmern nachhaken, um Informationen zu zentralen Aspekten des vorliegenden Verfahrens einzuholen, mit dem Ziel, im Aggregat verlässliche Aussagen (insbesondere zu den Marktanteilen und den Produktionskapazitäten) machen zu können. Zusätzlich haben zahlreiche Unternehmen, denen ein Fragebogen oder Nachfragen gestellt wurden, diese erst nach teilweise mehrmaligem Nachfragen beantwortet. Zur Veranschaulichung sei darauf hingewiesen, dass das Sekretariat mehr als 130 Erinnerungs- und Mahnschreiben verschickt hat (vgl. Rz 21). Dies erhöhte den zeitlichen Aufwand der Erhebung der Marktdaten zusätzlich.

62. Neben dem Umstand, dass bereits die Einholung von Marktdaten bei der grossen Anzahl befragter Unternehmen im vorliegenden Fall zu Verzögerungen führte, verursacht die Bereinigung der von den befragten Marktteilnehmern gelieferten Informationen erheblichen administrativen Aufwand. Gemäss Art. 25 Abs. 1 KG haben die Wettbewerbsbehörden Geschäftsgeheimnisse zu wahren und dürfen nach Art. 25 Abs. 4 KG die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen beinhaltet die Pflicht der Wettbewerbsbehörden, jede Möglichkeit auszuschliessen, dass Dritte an geheimhaltungswürdige Informationen gelangen können. Dies gilt u.a. auch für Akten, welche Dritte im Rahmen der Akteneinsicht einsehen können.<sup>94</sup>

63. In casu umfasst das Aktenverzeichnis aktuell mehr als 1'300 Dokumente (Stand: 30. September 2019). Diese sind, den vorstehend genannten Bestimmungen entsprechend, einzeln um Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen. M.a.W. bedeutet dies, dass das Sekretariat mit jedem Marktteilnehmer, der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Informationen geliefert hat, einzeln klären muss, ob die von ihm gelieferten Informationen Geschäftsgeheimnisse enthalten, und diese gegebenenfalls zu bereinigen hat, d.h. die entsprechenden Tatsachen schwarz abzudecken. Dabei handelt es sich weitgehend um sensible Daten der befragten Marktteilnehmer. Dieser Bereinigungsprozess ist im vorliegenden Verfahren nach wie vor im Gang. Der Prozess dauert(e) im vorliegenden Verfahren – je nach Umfang der gelieferten Informationen – pro Marktteilnehmer zwischen einigen Wochen bis hin zu einigen Monaten. Hinzu kommt, dass laufend neue Dokumente zu den Verfahrensakten ge-

nommen werden, welche wiederum den Geschäftsgeheimnisbereinigungsprozess durchlaufen müssen.

64. Die Verfahrensparteien haben nach Art. 26 Abs. 1 VwVG Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten, was im Lichte der vorstehenden Ausführungen zur Geschäftsgeheimnisbereinigung bedingt, dass sämtliche Dokumente der Verfahrensakten um Geschäftsgeheimnisse bereinigt sein müssen. Die grosse Anzahl der sich in den Verfahrensakten befindlichen Dokumente sowie und insbesondere der zeitaufwändige Bereinigungsprozess führten und führen daher zu weiteren zeitlichen Verzögerungen des vorliegenden Verfahrens. Ein Abschluss der Geschäftsgeheimnisbereinigungsarbeiten bis zum 31. Dezember 2019 ist aufgrund des aktuellen Standes (30. September 2019) nicht möglich.

65. Neben der erwähnten, umfangreichen und zeitaufwändigen Marktbefragung sowie des damit verbundenen Geschäftsgeheimnisbereinigungsprozesses wird das vorliegende Verfahren weiter durch mehrere Eingaben der Verfahrensparteien verzögert<sup>95</sup>. Nicht nur werden in den Eingaben (insbesondere in denjenigen von Sellita) umfangreiche Ausführungen zu Sachverhalten geliefert (die teilweise in der Vergangenheit liegen), sondern mit diesen auch zahlreiche Dokumente eingereicht. Die Prüfung der Frage, ob und inwiefern die Eingaben der Verfahrensparteien im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu berücksichtigen sind, ist mit einem erheblichen Zeitaufwand verbunden. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Anzeige von Sellita gegen Nivarox und Swatch Group (vgl. Rz 35), mit welcher eine mögliche missbräuchliche Lieferverweigerung von Assortiments zur Anzeige gebracht wird.

66. Ferner und in zeitlicher Hinsicht besonders erschwerend kommt hinzu, dass sich der Geschäftsgeheimnisbereinigungsprozess der Eingaben der Verfahrensparteien (vgl. Rz 27, 42 und 50) über Monate hinweg zog. Zur Veranschaulichung vorstehender Problematik wird an dieser Stelle der zeitliche Ablauf des Geschäftsgeheimnisbereinigungsprozesses der Eingaben der Verfahrensparteien aufgezeigt: Am 5. April 2019 hat das Sekretariat beiden Verfahrensparteien die jeweiligen Eingaben der anderen Partei zugestellt, verbunden mit der Einladung, dazu und insbesondere zu den gestellten Anträgen Stellung zu nehmen (zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs; vgl. Rz 27). Sellita ist mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung der Eingaben von Swatch Group nach mehrmaligen Nachbereinigungen<sup>96</sup> nach wie vor nicht einverstanden<sup>97</sup> und führt ins Feld, dass sie ihr rechtliches Gehör nicht wahrnehmen könne<sup>98</sup>. Die Stellungnahme von Sellita ist nach wie vor nicht eingegangen (Stand: 16. Dezember 2019). Die Stellungnahme von Swatch Group ging am 12. August 2019 ein.<sup>99</sup> Am 12. September 2019 machte Swatch Group dann aber

<sup>94</sup> Vgl. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 45 ff.

<sup>95</sup> Act. [...].

<sup>96</sup> Vgl. act. [...].

<sup>97</sup> Vgl. act. [...].

<sup>98</sup> Act. [...].

<sup>99</sup> Act. [...].

geltend, mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung der Eingaben von Sellita nicht einverstanden zu sein<sup>100</sup>, sodass auch diese noch einmal um Geschäftsgeheimnisse bereinigt werden musste. Die vom Sekretariat um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Versionen der jeweils erwähnten Eingaben von Swatch Group und Sellita konnten der jeweils anderen Partei erst im November 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt werden (vgl. Rz 55).

67. Zu weiteren Verfahrensverzögerungen wird voraussichtlich auch der Umstand führen, dass Sellita gegen das Schreiben vom 9. August 2019, mit welchem Sellita mitgeteilt wurde, dass auf die Anträge betreffend Nivarox nicht eingetreten würde (vgl. Rz 43), Beschwerde führt und gleichzeitig ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht hat (vgl. Rz 51).

68. Aus den vorstehend genannten Gründen ist das Sekretariat neben der Datenbeschaffung seit Monaten mit administrativen Arbeiten und verfahrensrechtlichen Fragen sowie der Geschäftsgeheimnisbereinigung beschäftigt, was zur Folge hat, dass die Aufbereitung und Auswertung der vorhandenen Marktdaten noch nicht abgeschlossen und dementsprechend die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse noch ausstehend ist. Selbst wenn die Analyse bis zum 31. Dezember 2019 noch vorgenommen werden könnte und eine Beurteilung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse (und damit ein Entscheid der WEKO bis zum 31. Dezember 2019 in der Hauptsache [theoretisch] noch möglich wäre, so würde noch immer das Problem bestehen, dass die Akteneinsicht nicht gewährt werden könnte. Dies wäre jedoch erforderlich, damit die Verfahrensparteien ihr Recht auf Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG wahrnehmen können. Der dafür nötige Geschäftsgeheimnisprozess wurde und wird – wie vorstehend aufgezeigt wurde – jedoch erheblich verzögert. Es ist daher nicht möglich, dass den Verfahrensparteien die Einsicht in die Verfahrensakten und damit das rechtliche Gehör bis zum 31. Dezember 2019 gewährt werden kann.

69. Ein Entscheid der WEKO in der Hauptsache ist daher angesichts der geschilderten Verfahrensverzögerungen vor dem Ablauf der Lieferverpflichtung am 31. Dezember 2019 nicht möglich.

70. Swatch Group hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 9. Oktober 2019 (nachfolgend: Antrag des Sekretariats; vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) bezüglich den Verfahrensverzögerungen fest, dass die übermässig lange Verfahrensdauer nicht von Swatch Group verursacht sei. Die Aussage, «dass die Durchführung einer sehr umfassenden Marktbefragung dem Anliegen der Swatch Group entspreche» (vgl. Rz 60), würde nicht den Tatsachen entsprechen und sei falsch. Swatch Group habe sich zur Idee einer Marktbefragung von Beginn weg sehr ablehnend geäussert und erst in Reaktion auf den Entscheid der WEKO zur Durchführung einer Marktbefragung darauf hingewiesen, dass «eine solche Analyse wensschon umfassend erfolgen müsse, um ein unangemessenes oder nicht sachgerechtes Resultat zu vermeiden».<sup>101</sup>

71. Die von Swatch Group vorgebrachten Argumente betreffend das Zustandekommen der Verfahrensverzögerungen sind für den Entscheid, ob vorsorgliche Mass-

nahmen zu erlassen sind, irrelevant. Wie an dieser Stelle und nachfolgend aufgezeigt wird, ist ein Hauptsachenentscheid aufgrund von Verfahrensverzögerungen vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.) und sind sowohl die formellen als auch die materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt (vgl. Rz 81 ff. und Rz 94 ff.). Tatsache ist zudem, dass der Umfang der abgefragten Themenkreise und die Anzahl der befragten Marktteilnehmer massgeblich durch die damals geäusserten Anliegen von Swatch Group mitbestimmt wurden.

### B.3 Stellungnahmen und Anträge der Verfahrensparteien

72. Innert der (teilweise erstreckten) Stellungnahmefristen nahmen die Verfahrensparteien schriftlich Stellung zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54). Im Folgenden werden die Rechtsbegehren der Verfahrensparteien gemäss ihren Stellungnahmen wiedergegeben. Die einzelnen Vorbringen der Parteien werden nur zusammengefasst wiedergegeben. Auf sie wird – soweit geboten<sup>102</sup> – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

#### B.3.1 Stellungnahme und Anträge Swatch Group

73. Swatch Group hält in ihrer Stellungnahme fest, dass der Antrag des Sekretariats nicht ihrer Position entspricht. Swatch Group moniert, dass ein Entscheid betreffend den Ablauf der evR per 31. Dezember 2019 bereits aufgrund des heutigen Kenntnisstandes möglich sei, da ETA bereits seit mehreren Monaten nicht mehr marktbeherrschend sei. Swatch Group kritisiert sodann die «überschiessende Marktbefragung» des Sekretariats und hält fest, dass die Darstellung in Rz 15 ff. sowie Rz 56 des Antrags des Sekretariats<sup>103</sup>, «dass die Durchführung einer sehr umfassenden Marktbefragung dem Anliegen der Swatch Group entspreche», nicht den Tatsachen entsprechen würde und falsch sei. Swatch Group beurteilt zudem die Verfahrensleitung als ungenügend. Die Ziff. 1 lit. d im vom Sekretariat beantragten Dispositiv<sup>104</sup> betreffend die freie Produktwahl der Kunden beanstandet Swatch Group als unzulässige Ausweitung der evR. Laut Swatch Group würde die WEKO mit den vom Sekretariat beantragten vorsorglichen Massnahmen den Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke mit einem stark regulierenden Eingriff gestalten, was einen Regulierungsfehler erster Ordnung darstelle, zum Schaden der gesamten Schweizer Uhrenindustrie. Ein solcher Eingriff entspreche nicht der Aufgabe und

<sup>100</sup> Act. [...].

<sup>101</sup> Act. [...].

<sup>102</sup> Vgl. dazu etwa BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); Urteil des BGer 4A\_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, SFS *unimarket AG/WEKO*; BERNHARD WALDMANN/JÜRGEN BICKEL, in: *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, AUER/MÜLLER/SCHINDLER, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, 187 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*), N 530.

<sup>103</sup> Act. [...].

<sup>104</sup> Act. [...].



Zuständigkeit der WEKO und gehe weit über den Auftrag und die Kompetenzen hinaus, welche die WEKO gemäss Bundesverfassung und KG habe, weshalb die WEKO mit diesen vorsorglichen Massnahmen eine unzulässige Regulierung vornehme. Gemäss Swatch Group diene die vom Sekretariat beantragte vorsorgliche Massnahme zudem nicht dem Schutze des Wettbewerbs, sondern einzig den Interessen eines Wettbewerbers, nämlich Sellita. Weiter hält Swatch Group in ihrer Stellungnahme fest, dass die Bedenken, dass ETA nach Ablauf der evR Ummengen von Werken an Kunden ausserhalb der Swatch Group verkaufen wolle und damit anderen Werkherstellern die Kunden wegnehmen würde, komplett unbegründet seien. ETA solle frei sein, ihre Kunden ausserhalb der Swatch Group auszuwählen und die Bedingungen für diese Geschäftsbeziehungen zu vereinbaren. Swatch Group führt zudem aus, dass im Antrag des Sekretariats richtig festgehalten sei, dass es für ETA faktisch unmöglich ist, ab dem 1. Januar 2020 mechanische Uhrwerke an die Kunden gemäss evR zu liefern. Lieferungen von mechanischen Uhrwerken im Jahr 2020 an Kunden gemäss evR seien aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich. Schliesslich kritisiert Swatch Group, dass ETA die Belieferung von ausgewählten Kunden ausserhalb der Swatch Group mit mechanischen Uhrwerken für das Jahr 2020 vorgesehen habe, diese Lieferungen jedoch durch die Verzögerungen verunmöglicht und durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen für das ganze Jahr 2020 und mutmasslich weit darüber hinaus vereitelt würden. ETA gehe von [...] aus.<sup>105</sup>

74. Swatch beantragt, «dass die WEKO noch vor Ende Jahr bzw. so schnell wie möglich entscheidet, dass die evR nicht über den 31. Dezember 2019 hinaus verlängert wird. Bis zum Erlass dieses Entscheides wird zudem beantragt, dass ETA keiner Verpflichtung oder Einschränkung für die Belieferung von Kunden ausserhalb der Swatch Group unterworfen wird. Die früheren Anträge der Swatch Group (insbesondere der Antrag auf Aufhebung der Ziffer 1 im Dispositiv der Verfügung vom 21.10.2013 i.S. Untersuchung 32-0224) bleiben bestehen.» (vgl. Rz 24).<sup>106</sup>

### B.3.2 Stellungnahme und Anträge Sellita

75. Sellita begrüsst in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, dass ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens ein Lieferverbot auferlegt werden soll, da ETA nach wie vor marktbeherrschend sei und ein Lieferverbot die einzige Möglichkeit sei, um den mit den Verfügungen vom 8. November 2004<sup>107</sup> und 21. Oktober 2013<sup>108</sup> durch die WEKO eingeschlagenen Weg, Wettbewerbsstrukturen im Bereich der Produktion mechanischer Uhrwerke zu schaffen, konsequent zu Ende zu gehen. Das vom Sekretariat beantragte Lieferverbot sei notwendig, damit sich alternative Anbieter von mechanischen Uhrwerken etablieren und auf dem Markt verbleiben können. Ein Lieferverbot sei auch notwendig, da ETA inhärente Interessenkonflikte habe. Es sei ferner unabdingbar, um zu verhindern, dass ETA die Uhrenindustrie weiter von sich abhängig halte, um diese so weiter disziplinieren zu können. Ein Lieferverbot greife nicht in legitime Interessen von ETA ein und sei überdies einfach durchzusetzen. Mit ihrer Stellungnahme hat Sellita ein Parteigutachten eingereicht.<sup>109</sup>

76. Sellita moniert, dass die im Antrag des Sekretariats verwendete Formulierung in Ziffer 1 des Dispositivs missverständlich sei. Gemäss Sellita sollte das Dispositiv indessen so formuliert werden, dass es möglichst klar sei und nicht zu Missverständnissen oder Auslegungsfragen Anlass gebe. Das Lieferverbot sei klar als solches in Ziffer 1 zu formulieren und Ziffer 2 des Dispositivs sei anzupassen.<sup>110</sup>

77. Sellita stellt in ihrer Stellungnahme dementsprechend die folgenden Anträge:

«1. Ziffer 1 des Dispositivs sei wie folgt zu fassen:

*"ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) wird verboten, für die Dauer des Verfahrens 32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung mechanische Uhrwerke an Kunden ausserhalb der Swatch Group (Drittkunden) zu liefern."*

2. Ziffer 2 des Dispositivs sei wie folgt zu fassen:

*"Von Ziffer 1 abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen ("KMU-Kunden"). Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden. Die maximale Menge an mechanischen Uhrwerken, welche im Rahmen von abweichenden Vereinbarungen im Sinne dieser Ziffer 2 an KMUs geliefert werden können, darf die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge im Sinne von Ziffer 4 lit. b evR vom 9. September 2013 (RPW 2014/1, 285, Swatch Group Lieferstopp) nicht übersteigen. Dabei gilt Folgendes:*

- a) *Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMUs in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4] verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.*
- b) *Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.*
- c) *Jeder KMU-Kunde bleibt in der Wahl der Produkte frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.*
- d) *Bestellt ein KMU-Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox-FAR S.A., dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.*

<sup>105</sup> Act. [...].

<sup>106</sup> Act. [...].

<sup>107</sup> RPW 2005/1, 128, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

<sup>108</sup> RPW 2014/1, 215, Swatch Group Lieferstopp.

<sup>109</sup> Act. [...].

<sup>110</sup> Act. [...].

e) *Die Lieferverpflichtungen von ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten.*»<sup>111</sup>

78. Sellita beantragt des Weiteren, dass in den vorsorglichen Massnahmen zusätzlich eine Lieferpflicht von Nivarox für Assortiments statuiert wird. Nivarox sei ausdrücklich zu verpflichten, Sellita unbeschränkt mit Assortiments zu angemessenen Konditionen zu beliefern. Sellita begründet diesen Antrag damit, dass die Erhältlichkeit von mechanischen Uhrwerken seitens alternativer Anbieter zu ETA zentral davon abhängt, ob die Monopolistin Nivarox genügend Assortiments für die Produktion mechanischer Uhrwerke liefert. Sellita zufolge könne nicht argumentiert werden, wie dies das Sekretariat in einem Schreiben vom 9. August 2019 getan habe, dass die Thematik der Assortiments nicht vom vorliegenden Verfahren erfasst sei. Die Thematik der Assortiments sei im Gegenteil ein zentrales, wenn nicht das zentrale, Problem des vorliegenden Verfahrens. Sellita zufolge seien die Voraussetzungen, dass in den vorsorglichen Massnahmen zusätzlich eine Lieferpflicht von Nivarox für Assortiments statuiert werde, erfüllt. Sellita führt dabei insbesondere aus, dass das vorliegende Verfahren entscheidend sei für die Zukunft der Schweizer Uhrenindustrie und es in diesem Verfahren für sie im Speziellen um ihre Existenz und Zukunft gehe. Von den vorsorglichen Massnahmen und dem Entscheid über die Anträge von Sellita werde es abhängen, ob sie in Zukunft noch auf dem Markt verbleiben könne.<sup>112</sup>

79. Sellita stellt in ihrer Stellungnahme dementsprechend den folgenden Antrag:

«3. *Nivarox-FAR SA sei zu verpflichten, Sellita für die Dauer des Verfahrens uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz zu beliefern; dies beinhaltet insbesondere auch die Annahme und Durchführung neuer Entwicklungsaufträge von Sellita sowie die Belieferung zu angemessenen Konditionen.*»<sup>113</sup>

80. Da das vorliegende Verfahren und die beantragten vorsorglichen Massnahmen für die Schweizer Uhrenindustrie und das Überleben von Sellita zentral seien, stellt Sellita zusätzlich den folgenden Verfahrens Antrag:

«*Es sei eine Anhörung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG durchzuführen und Sellita sei an dieser anzuhören.*»<sup>114</sup>

## C Erwägungen

### C.1 Formelle Voraussetzungen

#### C.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

81. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 23 KG i.V.m. Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.<sup>115</sup>

82. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.<sup>116</sup> Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO am 13. November 2018 ein Verfahren nach Art. 30 Abs. 3 KG eröffnet, auf welches die Bestimmungen der Untersuchung im Sinne von Art. 27 ff. KG analog Anwendung finden (vgl. Rz 12 ff. sowie Rz 15). Diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist somit gegeben.

#### C.1.2 Zuständigkeit

83. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO. Im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sowohl auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) als auch auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlichrechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. ZPO<sup>117</sup> ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.<sup>118</sup>

84. Im vorliegenden Fall soll mit den vorsorglichen Massnahmen der bestehende Zustand gesichert werden, bis die WEKO über die Frage entschieden hat, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA ablaufen können. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen wird der Wettbewerb vor möglichen Gefahren, die von einer allfälligen Befreiung von ETA von ihrer Lieferverpflichtung und ihrer Lieferbeschränkung ausgehen können, geschützt. Namentlich soll bis zum Entscheid der WEKO in der Hauptsache verhindert werden, dass konkurrierende Anbieter von mechanischen Uhrwerken substantiell wichtige Kunden verlieren, wenn ETA infolge des Ablaufs der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung nach freiem Ermessen ausgewählte Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken beliefert. Die drohende Gefahr für den Wettbewerb, die von dem eben beschriebenen Verhalten von ETA ausgehen könnte, ist darin zu

<sup>111</sup> Act. [...].

<sup>112</sup> Act. [...].

<sup>113</sup> Act. [...].

<sup>114</sup> Act. [...].

<sup>115</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149, 154 f. E. 2.1 (= RPW 2004/2, 644 f. E. 2.1), *Sellita/ETA*, m.w.H.; Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2017/3, 412 Rz 21, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 387 f. Rz 7 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

<sup>116</sup> RPW 2017/3, 412 Rz 22 *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 388 Rz 8, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

<sup>117</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

<sup>118</sup> Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 23, *Eishockey im Pay-TV* sowie RPW 2014/2, 388 Rz 9, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

sehen, dass konkurrierende Anbieter im Auf- oder Ausbau ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke beeinträchtigt werden könnten (vgl. dazu Rz 103 ff.). Die aktuell herrschenden Markt- und Wettbewerbsverhältnisse könnten im eben beschriebenen Szenario Schaden nehmen.

85. Die vorsorglichen Massnahmen erfolgen daher mit dem klaren Zweck, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens mögliche Gefahren für den Wettbewerb zu verhindern. Es geht im vorliegenden Fall nicht um den Schutz einzelner Wettbewerber, welcher allenfalls auch auf zivilrechtlichem Weg erreicht werden könnte. Die Zuständigkeit der WEKO kann daher im vorliegenden Fall bejaht werden.

## C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

87. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien des vorliegenden Verfahrens (Swatch Group und Sellita) auch nicht geltend gemacht.

## C.3 Anträge der Verfahrensparteien

### C.3.1 Anträge Sellita

88. Sellita stellt in ihrer Stellungnahme den Verfahrensantrag, es sei eine Anhörung durchzuführen und Sellita sei an dieser anzuhören (vgl. Rz 77). In analoger Anwendung von Art. 30 Abs. 2 KG kann die WEKO eine Anhörung der Verfahrensparteien beschliessen, wobei diese keinen Anspruch auf eine solche haben. Die WEKO kommt zum Schluss, auf eine Anhörung von Sellita zu verzichten, da sie eine solche für die Beurteilung der Frage, ob vorsorgliche Massnahmen zu erlassen sind, nicht erforderlich erachtet. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil Sellita sowie auch Swatch Group ihre jeweiligen schriftlichen Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats abgegeben haben (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.).

89. Der Antrag 1 von Sellita betreffend die Umformulierung der Ziff. 1 des Dispositivs im Antrag des Sekretariats in ein klares Lieferverbot (vgl. Rz 77) wird abgelehnt. Dies, weil mit den vorsorglichen Massnahmen kein Lieferverbot statuiert wird, sondern der bestehende Zustand gesichert wird, wie er gemäss der noch geltenden evR gilt. Dies bedeutet, dass die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung vorläufig fortgeführt werden. Das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden ist einzig auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellablaufs (faktisch) nicht möglich sind (vgl. Rz 135 ff.). Die Auferlegung eines

expliziten Lieferverbots, wie dies Sellita beantragt, erachtet die WEKO als für die Sicherung des bestehenden Zustands nicht erforderlich (vgl. ebenso Rz 139). Vor diesem Hintergrund wird auch der Antrag 2 von Sellita betreffend die Umformulierung der Ziff. 2 des Dispositivs im Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 77) abgelehnt.

90. Sellita beantragt des Weiteren, dass in den vorsorglichen Massnahmen zusätzlich eine Lieferverpflichtung von Nivarox für Assortiments statuiert werde (Antrag 3; vgl. Rz 78 f.). Zur Frage, ob die Lieferung von Assortiments durch Nivarox vom Gegenstand des vorliegenden Verfahrens erfasst wird, hat sich das Sekretariat gegenüber Sellita bereits in einem Schreiben geäussert (vgl. Rz 43). Dieses wurde von Sellita beim Bundesverwaltungsgericht mittels Beschwerde angefochten (vgl. Rz 48 und Rz 51). Da das entsprechende Rechtsmittelverfahren noch hängig ist, tritt die WEKO auf den Antrag 3 von Sellita nicht ein.

### C.3.2 Anträge Swatch Group

91. Der Antrag von Swatch Group, dass die WEKO noch vor Ende Jahr (d.h. 2019) bzw. so schnell wie möglich entscheide, dass die evR nicht über den 31. Dezember 2019 hinaus verlängert werde (vgl. Rz 74), wird abgelehnt. Die WEKO hat sich zur Sicherung des bestehenden Zustands dafür entschieden, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (vgl. Rz 135 ff.). Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass ein Entscheid über die Frage, ob die evR – bzw. die darin enthaltenen Verpflichtungen zu Lasten von ETA – über den 31. Dezember 2019 hinaus verlängert werden müssen oder nicht, einer Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bedarf. Diese Analyse ist jedoch, wie aufgezeigt wurde, aufgrund der Verfahrensverzögerungen noch ausstehend (vgl. Rz 57 ff.); eine entsprechende Beurteilung kann somit erst im Rahmen des Hauptsachenentscheids vorgenommen werden (vgl. Rz 152).

92. Der Antrag von Swatch Group, dass bis zum Erlass dieses Entscheides ETA keiner Verpflichtung oder Einschränkung für die Belieferung von Kunden ausserhalb der Swatch Group unterworfen wird (vgl. Rz 74), wird abgelehnt. Wie vorstehend dargelegt wurde, ist für die WEKO glaubhaft, dass dem seit 2013 (möglicherweise) entstandenen Wettbewerb im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke ohne die vorsorglichen Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Rz 103 ff.). Dieser Umstand ist ausschlaggebend dafür, dass sich die WEKO für den Erlass vorsorglicher Massnahmen entschieden hat.

93. Der Antrag von Swatch Group auf Aufhebung der Ziff. 1 im Dispositiv der Verfügung vom 21. Oktober 2013 (Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke; vgl. Rz 74), tritt die WEKO nicht ein. Grund dafür ist, dass eine Aufhebung der Ziff. 1 im Dispositiv der Verfügung vom 21. Oktober 2013 basierend auf einer Analyse der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen werden müsste. Diese Analyse ist – wie aufgezeigt wurde (vgl. Rz 57 ff.) – zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Dementsprechend kann über den Antrag von Swatch Group nicht im Rahmen dieser Verfügung, sondern erst im

Rahmen des Hauptsachenentscheids der WEKO entschieden werden.

#### C.4 Materielle Voraussetzungen

94. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.<sup>119</sup>

95. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung.<sup>120</sup>

96. Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen.<sup>121</sup> Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme.<sup>122</sup>

##### C.4.1 Keine Entscheidungsprognose

97. Wie oben dargelegt, ist die Aufbereitung und Auswertung der vorhandenen Marktdaten aufgrund der Verfahrensverzögerungen noch nicht abgeschlossen und dementsprechend die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse noch ausstehend (vgl. Rz 57 ff.). Eine Entscheidungsprognose in der Hauptsache ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

98. Eine ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des vorliegenden Verfahrens rechtfertigt sich nach Ansicht der WEKO somit nicht. Die Anhaltspunkte, welche zur Eröffnung des vorliegenden Verfahrens geführt haben (vgl. Rz 12 ff.), können zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgeräumt werden. Das Resultat des vorliegenden Verfahrens ist dementsprechend offen. Sollte die durchgeführte Marktbefragung und die darauf basierende – aber zum jetzigen Zeitpunkt noch ausstehende – Prüfung der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 21 sowie Rz 57 ff.) zeigen, dass sich die Marktverhältnisse nicht in dem Sinne entwickelt haben, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete, und dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können, so ist ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids in Erwägung

zu ziehen. Andernfalls stellt sich die Frage eines Widerrufs oder einer Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht.

99. Swatch Group moniert in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.), dass ein Entscheid betreffend den Ablauf der evR per 31. Dezember 2019 schon aufgrund des heutigen Kenntnisstandes bzw. schon seit mehreren Monaten möglich sei. In diesem Zusammenhang bringt Swatch Group mehrere Aspekte vor, welche ihrer Ansicht nach die klar ersichtlichen Entwicklungen auf dem Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aufzeigen würden. Als Resultat dieser Entwicklungen verfüge ETA nicht mehr über einen Marktanteil, welcher auf eine marktbeherrschende Stellung schliessen lasse. Ein Bedarf für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht gegeben.<sup>123</sup> Auf die von Swatch Group vorgebrachten Aspekte betreffend die Marktentwicklung einzeln einzugehen, erübrigt sich bereits deshalb, weil dafür eine Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen werden müsste. Dies ist, wie vorstehend aufgezeigt wurde (vgl. Rz 57 ff.), zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich.

100. Präzisierend festzuhalten ist allerdings, dass es nicht zutrifft, dass gemäss evR die Vermutung bestehe, wonach ETA auf dem relevanten Markt dann nicht mehr marktbeherrschend sei, wenn ihr Marktanteil unter 35 % fällt. Ziff. 7 evR sieht lediglich vor, dass Swatch Group das Recht hat, bei der WEKO die Abänderung der Ziff. 3 und 4 evR begründet zu beantragen, sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, wovon u.a. auszugehen ist, wenn der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt. Es handelt sich somit nicht um eine Vermutung, dass ETA dann nicht mehr marktbeherrschend ist, wenn ihr Marktanteil unter 35 % fällt, sondern lediglich um eines von mehreren Indizien, welche es Swatch Group erlaubt (hätte), eine Abänderung der evR zu beantragen, wovon Swatch Group in der Zeitspanne vom 21. Oktober 2013 bis zur Eröffnung des vorliegenden Verfahrens nicht Gebrauch gemacht hat.

101. Ins Leere stösst die Behauptung von Swatch Group, dass der Antrag des Sekretariats auf Erlass vorsorglicher Massnahmen erst recht den Umstand bestätige, dass sich ETA in keiner marktbeherrschenden Stellung befinde, da ETA gemäss den vorsorglichen Massnahmen im Jahr 2020 keinerlei Uhrwerke mehr an Kunden ausserhalb der Swatch Group liefern und damit am

<sup>119</sup> RPW 2017/3, 412 Rz 28, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 388 Rz 14, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

<sup>120</sup> RPW 2017/3, 412 Rz 29, *Eishockey im Pay-TV*; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, m.w.H.

<sup>121</sup> RPW 2017/3, 413 Rz 30, *Eishockey im Pay-TV*; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2., *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

<sup>122</sup> RPW 2017/3, 413 Rz 30, *Eishockey im Pay-TV*, Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, m.w.H.

<sup>123</sup> Act. [...].

Drittmarkt nicht mehr auftreten würde. Der Entscheid, dass die Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ausgesetzt werden (vgl. Rz 146 ff.), ist indes nicht auf eine Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zurückzuführen, sondern im Sinne der Verhältnismässigkeit alleine darauf, dass Lieferungen an Drittkunden ab dem 1. Januar 2020 aus zeitlichen Gründen (faktisch) nicht möglich sind.

102. Schliesslich ist auch die Behauptung von Swatch Group zurückzuweisen, dass mangels marktbeherrschender Stellung von ETA keine rechtliche Grundlage bestehe, die evR zu verlängern. Einerseits wird mit den vorsorglichen Massnahmen nicht die evR verlängert, sondern (angepasst an den Bestellablauf bei ETA) der bestehende Zustand gesichert (vgl. Rz 135 ff.), und andererseits ist die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA nach wie vor rechtskräftig (vgl. Rz 2 und Rz 100), womit eine hinreichende rechtliche Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

#### **C.4.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)**

103. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.<sup>124</sup> Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines «nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils». Gemäss der Lehre genügt es, wenn ein «schwerer Nachteil» für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d.h. im kartellrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.<sup>125</sup> Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.<sup>126</sup>

104. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die in Ziff. 2 lit. a evR festgelegte Verpflichtung zu Lasten von ETA, ihre bisherigen Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern, in zeitlicher Hinsicht beschränkt ist. Ziff. 3 evR sieht den Ablauf der Lieferverpflichtung für den 31. Dezember 2019 vor, d.h. nach besagtem Datum besteht für ETA keine Lieferverpflichtung im erwähnten Sinn mehr. Gleichsam befristet ist die mit der Lieferverpflichtung verbundene, ETA obliegende Lieferbeschränkung gemäss Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 9).

105. Aufgrund der dargelegten Verfahrensverzögerungen ist ein Hauptsachenentscheid vor dem Datum des Ablaufs der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung (am 31. Dezember 2019) nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.). Würde der Entscheid der WEKO in der Hauptsache somit nach dem Ablaufdatum fallen, so wäre ETA ab dem 1. Januar 2020 frei zu entscheiden, ob sie weiterhin mechanische Uhrwerke an Drittkunden liefert. ETA wäre zudem frei in der Auswahl ihrer Kunden sowie in der Bestimmung darüber, welche Mengen an mechanischen Uhrwerken sie an ausgewählte Drittkunden liefert.

106. Sellita merkt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) an, dass die Aussage, «ETA [wäre] ab dem 1. Januar 2020 frei zu entscheiden, ob sie weiterhin mechanische Uhrwerk an Drittkunden liefert», unrichtig sei. Ebenso unrichtig sei die Aussage, «ETA wäre zudem frei in der Auswahl ihrer Kunden sowie in der Bestimmung darüber, welche Mengen an mechanischen Uhrwerken sie an ausgewählte Drittkunden liefere». ETA sei weiterhin marktbeherrschend, auch wenn ETA kein einziges mechanisches Uhrwerk mehr an Dritte liefere. ETA unterstehe deshalb nach wie vor den Verhaltenspflichten von Art. 7 KG. Sellita zufolge stehe es ETA deshalb nicht frei, zu beliefern wen und wieviel sie wolle.<sup>127</sup> Dazu ist anzumerken, dass mit vorliegender Verfügung einzig vorsorgliche Massnahmen erlassen werden. Die Fragen, ob ETA Verhaltenspflichten untersteht und, falls ja, welchen, sind somit nicht im Rahmen dieser Verfügung zu beurteilen. Festgehalten werden kann der Vollständigkeit halber jedoch, dass die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor rechtskräftig ist (vgl. Rz 2 und Rz 100).

107. Mit der evR verfolgte ETA von Beginn an das erklärte Ziel, ihre Drittkunden frei auswählen zu können. ETA plant, auch nach dem 31. Dezember 2019 mechanische Uhrwerke an ausgewählte Drittkunden zu verkaufen.<sup>128</sup> Gewissen Drittkunden sei von ETA mitgeteilt worden, dass die Standardkaliber nicht mehr geliefert würden, weil diese nicht mehr hergestellt würden. Anderen Drittkunden sei offenbar versprochen worden, sie mit moderneren mechanischen Uhrwerken zu beliefern.<sup>129</sup> Swatch Group zufolge bestünden auf Wunsch der entsprechenden Kunden Vereinbarungen für eine Lieferbeziehung ab 2020 mit [...]. Daneben liefen konkrete Gespräche mit folgenden Kunden: [...].<sup>130</sup> Unklar ist, ob noch weitere Kunden hinzu kommen und ab wann diese mit mechanischen Uhrwerken beliefert werden sollen.

108. Damit stellt sich vorliegend die Frage, ob es glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO und daraus folgend durch den Ablauf der Lieferverpflichtung sowie der damit verbundenen Lieferbeschränkung dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

<sup>124</sup> Vgl. BGE 130 II 149, 155 ff. E. 2.4 und 3.4.1 (RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648 3.4.1), RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 389 Rz 18 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

<sup>125</sup> Vgl. RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 389 Rz 18 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

<sup>126</sup> RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2 389 Rz 18, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

<sup>127</sup> Act. [...].

<sup>128</sup> Act. [...].

<sup>129</sup> Act. [...].

<sup>130</sup> Act. [...].

109. Ziel der evR war die Wiederherstellung eines wirklichen Wettbewerbs. Die ETA obliegende Lieferverpflichtung soll vorübergehend sicherstellen, dass ETA weiterhin mechanische Uhrwerke liefert, bis weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke tätig sind. Die mit der Lieferverpflichtung verbundene Lieferbeschränkung soll im Zeitraum 2013 bis heute die Entstehung und Etablierung neuer bzw. bestehender Anbieter mechanischer Uhrwerke ermöglichen (vgl. Rz 8).

110. Die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse basierend auf der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Marktbefragung ist wie beschrieben (vgl. Rz 57 ff.) noch ausstehend und eine Entscheidprognose in der Hauptsache zum jetzigen Zeitpunkt dementsprechend nicht möglich (vgl. Rz 97 f.). Die vergangenen Analysen der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich mechanischer Uhrwerke basierend auf den Marktbefragungen in der ursprünglichen Untersuchung<sup>131</sup> und im Wiedererwägungsverfahren<sup>132</sup> (vgl. Rz 11 und Rz 21) zeigten jedoch folgende Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke<sup>133</sup> auf.

111. *Zum Zeitpunkt des ursprünglichen Verfahrens* zeigte die durchgeführte Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, dass ETA im Jahr 2010 [80–90] % aller an Drittkunden verkaufte mechanischen Uhrwerke herstellte.<sup>134</sup> Sellita stellte damals mit einem Marktanteil von [10–20] % die einzige echte Alternative neben ETA dar, welche ebenfalls Uhrwerke in industriellen Mengen produziert. Soprod SA (nachfolgend: Soprod) mit einem Marktanteil von [0–5] % war bzw. ist eine weitere Herstellerin mechanischer Uhrwerke. Eine Reihe von weiteren Herstellern produzierte relativ kleine Stückzahlen (> 5'000 Stück) von haut-de-gamme Werken<sup>135</sup>, welche kaum mit den industriell gefertigten Uhrwerken von ETA oder Sellita ausgetauscht werden können.<sup>136</sup>

112. In der ursprünglichen Untersuchung wurde die Eigenproduktion für die Berechnung der Marktanteile praxismässig nicht berücksichtigt; die Marktanteilsberechnung wurde im Wiedererwägungsverfahren analog vorgenommen. Dies, weil grundsätzlich zu unterscheiden ist zwischen Herstellern mechanischer Uhrwerke, welche an Drittkunden liefern (z.B. ETA oder Sellita), und solchen, welche mechanische Uhrwerke ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (z.B. die Rolex SA). Die Uhrenhersteller, die nur für den Eigengebrauch produzieren, stellen für die Marktgegenseite keine Alternativen dar und stehen somit nicht in Konkurrenz zu ETA. Die Betrachtung der Gesamtheit aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke (inklusive Eigenproduktion) ergab damals für das Jahr 2010, dass ETA [70–80] % aller in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke produzierte. Neben den Herstellern, welche mechanische Uhrwerke nur für den Eigengebrauch produzierten (Rolex SA mit [10–20] %, die Richemont-Gruppe mit [0–5] %, Patek Philippe SA mit [0–5] % und Louis Vuitton Moët Hennessy mit [0–5] %), wiesen Sellita und Soprod Produktionsanteile von [5–10] % bzw. [0–5] % auf.<sup>137</sup>

113. Da der aktuelle Wettbewerb damals keine ausreichend disziplinierende Wirkung auf ETA zu entfalten

vermochte, wurde in der ursprünglichen Untersuchung auch der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs geprüft. Eine Analyse vergangener und damals aktueller Expansionsprojekte zeigte auf, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden war und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcierten, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreichte, um ETA disziplinieren zu können.<sup>138</sup>

114. Die im *Wiedererwägungsverfahren* durchgeführte Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zeigte, dass sich der aktuelle Wettbewerb im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke bis 2015 insofern änderte, als dass ETA an Marktanteilen verloren hatte (2015: [60–70] %) und Sellita als zweitgrösste Marktteilnehmerin ihren Marktanteil merklich erhöhen konnte (2015: [30–40] %). Soprod wies einen Marktanteil von [0–5] % auf. In dieser Periode war mit der Swiss Technology Production (nachfolgend: STP; 2015: [0–5] %) einzig ein neuer Teilnehmer in den Markt eingetreten. Die Konzentration im Markt war dementsprechend immer noch äusserst hoch.<sup>139</sup> In Bezug auf die Produktionsanteile zeigte sich, dass in der Gesamtproduktion mechanischer Uhrwerke bis 2015 nur leichte Anteilsverschiebungen entstanden. Im Jahr 2015 wies ETA [...] einen Produktionsanteil von [70–80] % auf, während Sellita und Soprod über einen Produktionsanteil von [10–20] % bzw. [0–5] % verfügten.<sup>140</sup>

115. Im Wiedererwägungsverfahren zeigte ein Überblick über den Stand der 2013 analysierten sowie der über 2015 neu geplanten Expansionsprojekte (Markteintritte von neuen Anbietern mechanischer Uhrwerke, Auf- und Ausbau Eigenproduktion von Uhrenherstellern) Folgendes: Seit dem ursprünglichen Entscheid der WEKO

<sup>131</sup> Vgl. RPW 2014/1, 217 Rz 17, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>132</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1036 Rz 11, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>133</sup> Betreffend Marktangrenzungen sei auf die Ausführungen im ursprünglichen Entscheid verwiesen. RPW 2014/1, 215 Rz 90 ff. und 115 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>134</sup> Die ausgewiesenen Anteile basieren auf Zahlen des Jahres 2010, weil diese zum Zeitpunkt der Befragung durch das Sekretariat im Juli 2011 im Rahmen der ursprünglichen Untersuchung von den Unternehmen angegeben werden konnten. RPW 2014/1, 234 Rz 164, *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>135</sup> Haut-de-gamme Werke haben in der Regel einen anderen Aufbau als industriell hergestellte Werke, sind mit besonderen Funktionen und höherwertigen Dekorationen ausgestattet und bewegen sich in einem höheren Preissegment. RPW 2014/1, 226 Rz 98 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>136</sup> Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Marktanteile. RPW 2014/1, 234 Rz 164, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2016/4, 1043 Rz 53, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>137</sup> Die ausgewiesenen Produktionsanteile sind mengenbasiert. RPW 2014/1, 233 Rz 162, *Swatch Group Lieferstopp*. RPW 2016/4, 1041 Rz 45, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>138</sup> RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., 241 Rz 209 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>139</sup> Die ausgewiesenen Marktanteile sind mengenbasierte Marktanteile. RPW 2016/4, 1042 Rz 54 ff. und 1045 Rz 60, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>140</sup> RPW 2016/4, 1043 Rz 51, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp*.

konnte einzig eine, damals bereits aktive Konkurrentin von ETA, nämlich Sellita, ihre Kapazitäten erhöhen. Einzig ein neues Projekt, dasjenige von STP, wurde erfolgreich umgesetzt. Und ein Unternehmen, Ronda, plante, in die Herstellung mechanischer Uhrwerke einzusteigen. Verschiedene Abnehmer von ETA haben seit dem ursprünglichen Entscheid der WEKO 2013 in den Aufbau eigener Uhrwerke investiert, wobei kein Verkauf an Dritte geplant war, und ihren Eigenversorgungsgrad wie geplant erhöht. Zusammenfassend hielt die WEKO 2015 fest, dass sich die Kapazitäten im Markt erhöht haben und die Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen wollte, somit teilweise aufgefangen wurde bzw. abgenommen hatte.<sup>141</sup>

116. Im Wiedererwägungsverfahren 2015 kam die WEKO zum Schluss, dass sich die Marktverhältnisse im Bereich mechanischer Swiss made Uhrwerke seit dem ursprünglichen Entscheid im Jahre 2013 im Sinne der evR bzw. des Phasing-Outs entwickelt hatten und die evR in puncto Regelungsgehalt und zeitlicher Staffelung nach wie vor geeignet ist, die erhofften Markteintritte und -entwicklungen zu begünstigen bzw. zu fördern.<sup>142</sup>

117. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 12 ff. sowie Rz 15), wurde am 13. November 2018 das vorliegende Verfahren eröffnet. Anlass für die Verfahrenseröffnung gaben Anhaltspunkte, welche darauf hindeuteten, dass sich die Marktverhältnisse nicht in dem Sinne entwickelt haben, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete, und ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen für mechanische Uhrwerke vorhanden sein könnten.<sup>143</sup> Da die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse basierend auf der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Marktbefragung wie beschrieben (vgl. Rz 57 ff.) noch ausstehend ist, kann derzeit keine Aussage darüber gemacht werden, ob sich die Anhaltspunkte, welche zur Eröffnung des vorliegenden Verfahrens geführt haben, erhärten werden oder nicht.

118. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend die bis 2015 beobachtete und dokumentierte positive Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke sowie eine allfällige Weiterentwicklung dieser Verhältnisse in die gleiche Richtung zu schützen. Es ist zu verhindern, dass diesem (möglicherweise) entstandenen Wettbewerb bei einem Zuwarten bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO im vorliegenden Verfahren ein Schaden droht. Würde bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO zugewartet, was wie oben geschildert bedeutet, dass die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen, könnte dies die beschriebene (positive) Marktentwicklung gefährden.

119. Die oben erwähnten aktuellen Konkurrenten, namentlich Sellita, Soprod, STP und Ronda haben seit dem ursprünglichen Entscheid nennenswerte Investitionen in die Produktion mechanischer Uhrwerke getätigt und liefern bis heute solche an Drittkunden.<sup>144</sup> Sellita, Soprod und Ronda tätigen nach wie vor Investitionen in den Ausbau der Produktion mechanischer Uhrwerke.<sup>145</sup> Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in der ursprünglichen Untersuchung festgehalten wurde, dass die Markteintrittsbarrieren als hoch einzustufen sind sowie

die industrielle Produktion mechanischer Uhrwerke sehr viel Fachwissen und sehr hohe Investitionen<sup>146</sup> erfordert, gleichzeitig die zukünftigen Profite eines Markteintreters mit diversen Unsicherheiten behaftet sind und höchstens langfristig anfallen.<sup>147</sup>

120. Würde ETA nun ab dem 1. Januar 2020 nach freiem Ermessen ausgewählte Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken beliefern (vgl. Rz 105 und Rz 107), so ist nicht auszuschliessen, dass ETA Drittkunden beliefern würde, welche derzeit mechanische Uhrwerke bei Sellita, Soprod, STP oder Ronda beziehen. Dies könnte zur Folge haben, dass die genannten alternativen Anbieter von mechanischen Uhrwerken

- Mühe haben, ihre mechanischen Uhrwerke an Drittkunden zu verkaufen, wenn für letztgenannte die Möglichkeit besteht, mechanische Uhrwerke in frei verfügbaren Mengen bei ETA zu beziehen, und damit
- Kunden und Umsätze verlieren, was den Auf- oder Ausbau von Produktionskapazitäten verlangsamen oder gar in Frage stellen könnte.

121. In diesem Kontext wies namentlich Sellita darauf hin, dass falls ETA wieder grössere Kunden von Sellita selektiv beliefern würde, [...].<sup>148</sup>

122. Für die WEKO ist glaubhaft, dass der Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019, ohne dass die WEKO über die entsprechende Frage entschieden hat (vgl. Rz 57 ff.), für die aktuellen Konkurrenten von ETA negative Auswirkungen haben könnte. Es ist glaubhaft, dass Drittkunden, die in den letzten Jahren auf alternative Bezugsquellen ausgewichen sind, ihre Bezugsstrategie ändern und inskünftig ihren Bedarf (wieder) bei ETA decken würden, wenn sich ETA ab dem 1. Januar 2020 neu als Anbieterin für mechanische Uhrwerke für ausgewählte Drittkunden positioniert (was Swatch Group entsprechend geäussert hat, vgl. Rz 107). Dies könnte wiederum zur Folge haben, dass die alternativen Bezugsquellen, die sich während der Dauer der evR am Markt etabliert haben oder daran sind, sich zu etablieren, dahingehend bedroht würden, als sie den Auf- oder Ausbau ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke mangels Nachfrage nicht im geplanten Umfang realisieren könnten und im schlimmsten Fall gar einstellen müssten. Für die WEKO ist es zudem glaubhaft, dass bereits die von einer solchen Neupositionierung

<sup>141</sup> RPW 2016/4, 1046 Rz 65 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.*

<sup>142</sup> RPW 2016/4, 1051 Rz 105, *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.*

<sup>143</sup> Act. [...].

<sup>144</sup> RPW 2014/1, 238 Rz 196 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2016/4, 1046 Rz 66 ff., *Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp.*

<sup>145</sup> Vgl. bspw. act. [...].

<sup>146</sup> Es wurde festgehalten, dass insgesamt von einem Kapitalbedarf von ungefähr CHF 10-40 Mio. für den Aufbau einer Produktion mechanischer Uhrwerke mit einer Kapazität von ca. 5'000 bis ca. 50'000 Stück jährlich ausgegangen werden kann. RPW 2014/1, 238 Rz 186, *Swatch Group Lieferstopp.*

<sup>147</sup> RPW 2014/1, 237 Rz 195, *Swatch Group Lieferstopp.*

<sup>148</sup> Act. [...].



von ETA ausgehende Signalwirkung auf die Uhrenhersteller und ihre Bezugsstrategien, zu einer Gefährdung der alternativen Bezugsquellen führen kann. Denn bereits das Wissen von Drittkunden darum, dass ETA grundsätzlich daran interessiert ist, Lieferbeziehungen mit Drittkunden zu unterhalten (insbesondere langfristige), ist nach Ansicht der WEKO dazu geeignet, die Bezugsstrategien solcher Drittkunden nachhaltig zu beeinflussen.

123. Das beschriebene Szenario könnte den Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke insofern strukturell verändern, als dass die bisherige (positive) Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse seit 2013 (vgl. Rz 109 ff.) gebremst oder sogar wieder rückgängig gemacht würde. Die Strukturveränderung im Markt, die durch einen Hauptsachenentscheid der WEKO nach dem 31. Dezember 2019 eintreten könnte, ist daher in einer Schwächung der alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke, die während der Dauer der evR entstanden sind bzw. sich etabliert haben oder daran sind, sich zu etablieren, zu sehen, da erfolgte Markteintritte gebremst oder rückgängig gemacht oder sich allfällig noch abzeichnende Markteintritte verhindert werden könnten.

124. Den Auswirkungen für aktuelle und potentielle Konkurrenten kommt im Zusammenhang mit den Vereinbarungen der evR zwar eine vorrangige Bedeutung zu, denn mit diesen wurden die Voraussetzungen für die Entstehung von alternativen Bezugsquellen geschaffen. Würden nun aber die alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke geschwächt, so hätte dies zumindest mittelfristig auch Auswirkungen auf die Kunden, die Abnehmer von mechanischen Uhrwerken (Uhrenhersteller), da diesen alternative Bezugsquellen neben ETA fehlen würden.

125. Die vorstehend beschriebene Strukturveränderung, die eintreten könnte, wenn ETA ab dem 1. Januar 2020 nach freiem Ermessen ausgewählte Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken beliefert, ist glaubhaft, da zwischen ETA und ausgewählten Drittkunden bereits Vereinbarungen für eine Lieferbeziehung ab dem Jahr 2020 bestehen und ETA ausgewählten Drittkunden offenbar versprochen hat, sie ab 2020 mit moderneren mechanischen Uhrwerken (als den Standardkalibern) zu beliefern (vgl. Rz 105 und Rz 107).

126. Diese Strukturveränderung ist auch als gravierend einzustufen, weil sie eintreten würde, ohne dass die Frage geklärt wäre, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA überhaupt ablaufen können, da ein Hauptsachenentscheid der WEKO vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich ist (vgl. Rz 57 ff.). Veranschaulichend sei das folgende mögliche Szenario aufgezeigt: Falls alternative Anbieter den Auf- oder Ausbau ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke nicht im geplanten Umfang realisieren könnten oder im schlimmsten Fall gar einstellen würden, wenn sich ETA ausgewählte Drittkunden frei aussuchen und diese allenfalls bereits nach freiem Ermessen mit mechanischen Uhrwerken beliefern könnte, die WEKO dann aber in ihrem Hauptsachenentscheid zum Schluss kommen würde, dass ETA zur Weiterbelieferung ihrer bisherigen Drittkunden zu verpflichten wäre, wäre die Strukturveränderung bereits eingetreten.

127. Angesichts der hohen Investitionen (vgl. Rz 119)<sup>149</sup>, die mit der industriellen Produktion mechanischer Uhrwerke verbunden sind, ist es als glaubhaft zu betrachten, dass der beschriebene drohende Schaden für den wirksamen Wettbewerb, der eintreten würde, wenn die Lieferverpflichtung sowie die damit zusammenhängende Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 ablaufen würden, ohne dass über die Frage, ob die entsprechenden Verpflichtungen ablaufen können, entschieden wurde, nicht leicht wieder gutgemacht werden könnten.

128. Das Zuwarten bis zum Hauptsachenentscheid käme zudem nach Ansicht der WEKO einer Vorwegnahme desselben gleich, da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gerade die Frage ist, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA wie ursprünglich vorgesehen am 31. Dezember 2019 ablaufen können (vgl. Rz 12 ff.).<sup>150</sup> Fällt der Hauptsachenentscheid der WEKO nach dem genannten Datum, so läuft die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA – wenn auch allenfalls nur für einen befristeten Zeitraum – ab. Und dies, wie oben dargelegt, ohne dass eine Entscheidungsprognose zum jetzigen Zeitpunkt möglich ist (vgl. Rz 97 f.).

129. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem seit 2013 (möglicherweise) entstandenen Wettbewerb im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke ohne die vorsorglichen Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Dieser Nachteil ist, wie aus obigen Ausführungen ersichtlich wird, direkt kausal mit der Frage verbunden, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen kann, und gerade bezüglich dieser Frage ist, wie dargelegt (vgl. Rz 97 f.), eine Entscheidungsprognose zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

#### C.4.3 Dringlichkeit

130. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptsachenentscheides eintreten wird.<sup>151</sup>

131. Aus den vorstehend genannten Gründen ist es nicht möglich, dass ein Hauptsachenentscheid der WEKO vor dem Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung getroffen sein wird (vgl. Rz 57 ff.). Dies hätte zur Folge, dass die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 ablaufen würden und ETA ab dem 1. Januar 2020 (mindestens bis zum Hauptsachenentscheid) frei im Entscheid darüber wäre, ob und welche Drittkunden sie mit mechanischen Uhrwerken beliefern möchte und insbesondere auch in welchem

<sup>149</sup> RPW 2014/1, 237 Rz 186 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

<sup>150</sup> Act. [...].

<sup>151</sup> RPW 2004/1, 123 Rz 70, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet*.



Umfang. Dieser Umstand könnte die aktuellen alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke direkt und nachhaltig beeinträchtigen (vgl. Rz 103 ff.). Es ist daher glaubhaft, dass dieser Nachteil vor dem Hauptsachenentscheid eintreten wird, da es ETA nicht verwehrt wäre, ab dem 1. Januar 2020 ausgewählte Drittkunden zu beliefern und dies ETA bzw. Swatch Group gemäss des bisherigen Kenntnisstandes der WEKO auch beabsichtigt (vgl. Rz 107). Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

#### C.4.4 Verhältnismässigkeit

132. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden bzw. eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.<sup>152</sup>

133. Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens besteht darin, zu prüfen, ob sich die Anhaltspunkte, die zur Verfahrenseröffnung geführt haben, erhärten und sich ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids aufdrängt (vgl. Rz 12 ff.). Mithin besteht der Kern des vorliegenden Verfahrens darin, die Entscheidungsgrundlagen für die WEKO zu schaffen, um beurteilen zu können, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen können. Ein Entscheid der WEKO im vorliegenden Verfahren ist jedoch aufgrund der Verzögerungen vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.).

134. Ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen würden die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen. Es ist daher glaubhaft, dass der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil eintreten könnte. Zudem wäre ein Entscheid nach besagtem Zeitpunkt insofern vorweggenommen, als ETA – wenn auch allenfalls nur vorübergehend – von ihrer Lieferverpflichtung und ihrer Lieferbeschränkung befreit wäre. M.a.W. heisst das, dass der Entscheid der WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung sowie die Lieferbeschränkung für ETA überhaupt ablaufen können, durch das Unterlassen von vorsorglichen Massnahmen faktisch getroffen wäre.

##### C.4.4.1 Vorsorgliche Massnahmen

135. Um das Eintreten des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils abzuwenden wie auch eine Vorwegnahme des Hauptsachenentscheids zu verhindern, sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, mit denen der bestehende Zustand gesichert wird.

136. Wie bereits beschrieben, obliegt ETA im bestehenden Zustand einerseits eine Lieferverpflichtung gemäss Ziff. 2 lit. a evR und andererseits eine damit verbundene Lieferbeschränkung gemäss Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 6 ff.). Zur Sicherung des bestehenden Zustandes sind somit grundsätzlich folgende vorsorgliche Massnahmen zu erlassen:

- Die Lieferverpflichtung von ETA ist über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen.<sup>153</sup> Dem bestehen-

den Zustand zufolge muss ETA ihren bisherigen Drittkunden die gemäss Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken liefern. In den Jahren 2018 und 2019 war bzw. ist ETA verpflichtet, ihren bisherigen Kunden (ausgenommen bestimmte Sonderfälle, vgl. Ziff. 2 lit. d und e evR) 55 % der Referenzmenge an mechanischen Uhrwerken zu liefern.

- Die Lieferbeschränkung, die gemäss evR mit der Lieferverpflichtung verbunden ist, ist für ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen. Dem bestehenden Zustand zufolge ist gemäss Ziff. 4 lit. b evR die Lieferung von mehr als nach Ziff. 3 evR zu liefernden Mengen an mechanischen Uhrwerken nur für KMUs möglich.<sup>154</sup>

137. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, werden die oben genannten vorsorglichen Massnahmen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 141 ff.) wie folgt präzisiert:

- Es ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass faktische Lieferungen von mechanischen Uhrwerken gestützt auf die Lieferverpflichtung von ETA ab dem 1. Januar 2020 aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich sind. Deshalb werden die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt (vgl. Rz 148).
- Um die grundsätzliche Gefahr zu verhindern, dass ETA KMUs mengenmässig uneingeschränkt mit mechanischen Uhrwerken beliefert (vgl. Rz 103 ff.), ist die gesamte Menge an mechanischen Uhrwerken, die an KMUs geliefert werden kann, zu beschränken (vgl. Rz 142 f.).
- Da mit einem Entscheid der WEKO in der Hauptsache bis voraussichtlich im Sommer 2020 zu rechnen ist und in Anbetracht sämtlicher Umstände des vorliegenden Falls, erscheint es als angemessen, die maximale Dauer der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen (vgl. Rz 147).

138. Swatch Group macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) geltend, dass eine Verlängerung der Lieferverpflichtung gemäss evR über den 31. Dezember 2019 hinaus mangels marktbeherrschender Stellung unzulässig und faktisch auch gar nicht möglich wären.<sup>155</sup> Hierzu sei auf die obigen Ausführungen in Rz 102 verwiesen.

*Parking*; RPW 2002/4, 601 Rz 28, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

<sup>152</sup> RPW 2004/1, 124 Rz 73, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 601 Rz 29, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

<sup>153</sup> Infolgedessen werden die Ziff. 1, 2 lit. a–c, f und g und 5 evR berücksichtigt. Präzisierend anzufügen gilt es, dass wenn ETA keine Standardkaliber mehr herstellen sollte (vgl. Rz 107), dies als ausserordentlicher, produktionsbedingter Grund im Sinne von Ziff. 2 lit. f evR betrachtet wird.

<sup>154</sup> Entsprechend der bestehenden Praxis der WEKO zur Auslegung von Ziff. 4 lit. b evR unterliegt ETA dabei einer absoluten Gleichbehandlungspflicht (vgl. Rz 7).

<sup>155</sup> Act. [...].

139. Sellita begrüsst in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, dass für die Dauer des laufenden Verfahrens ETA ein Lieferverbot auferlegt werden solle (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff., insbesondere Rz 75).<sup>156</sup> Diese Aussage von Sellita ist dahingehend zu relativieren, als mit den vorsorglichen Massnahmen kein Lieferverbot statuiert wird, sondern der bestehende Zustand gesichert wird, d.h. die gemäss der evR ETA auferlegte Lieferverpflichtung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens fortgeführt wird und davon abweichende Vereinbarungen zu Gunsten von einzelnen Kunden nur für KMUs möglich sind. Das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden ist einzig auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellablaufs (faktisch) nicht möglich sind. Die Auferlegung eines expliziten Lieferverbots, wie dies Sellita beantragt, erachtet die WEKO als für die Sicherung des bestehenden Zustands nicht erforderlich (vgl. Rz 89).

140. Dies gilt auch für das von Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) vorgebrachte Argument, dass mit dem Antrag des Sekretariats, welcher ETA zum kompletten Rückzug vom relevanten Markt zwingt, bestätigt werde, dass eine Verlängerung der evR sowieso nicht in Frage kommen könne. Diesbezüglich gilt es zu präzisieren, dass von einem Zwang zum Rückzug vom relevanten Markt keine Rede sein kann. Denn das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Kunden ist alleine auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellablaufs (faktisch) nicht möglich sind. Zudem steht es ETA frei, gestützt auf die vorsorglichen Massnahmen bis zum Entscheid der WEKO in der Hauptsache KMUs diskriminierungsfrei mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern, solange die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge nicht überschritten wird (vgl. Rz 142 f.). Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet (vgl. Rz 147).

#### C.4.4.2 Geeignetheit

141. Mit den genannten vorsorglichen Massnahmen wird einerseits der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und andererseits der in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung insofern verhindert, als diese für die Dauer des vorliegenden Verfahrens dem Grundsatz nach fortgeführt werden, bis die WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung ablaufen können, im Hauptsachenentscheid entschieden hat. Mit diesen Massnahmen wird der derzeit bestehende Zustand gesichert, wie er gemäss der noch geltenden evR gilt (vgl. Rz 6 f.).

142. Hält man sich den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil vor Augen (vgl. Rz 103 ff.), so ist der wesentliche Punkt darin zu sehen, dass ETA nach Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 frei darüber bestimmen könnte, ob sie weiterhin Drittkunden mit mechanischen Uhrwerke beliefert, welche Drittkunden sie beliefert und welche Mengen an mechanischen Uhrwerken sie diesen ausgewählten Drittkunden liefern würde (vgl. Rz 105). Dem drohenden, nicht leicht wieder gut-

zumachenden Nachteil kann nach Ansicht der WEKO begegnet werden, indem ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens entsprechend dem bestehenden Zustand weiterhin eine Lieferbeschränkung auferlegt wird (vgl. Rz 136).

143. In Bezug auf die gemäss ETA auferlegten Lieferbeschränkung, der zufolge Mehrlieferungen nur für KMUs möglich sind (vgl. Rz 136) und im Lichte des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils ist die gesamthaft an KMUs zu liefernde Menge an mechanischen Uhrwerken zu regeln. Um die grundsätzliche Gefahr zu verhindern, dass ETA KMUs mengenmässig uneingeschränkt mit mechanischen Uhrwerken beliefert und dadurch der Auf- oder Ausbau der Produktion mechanischer Uhrwerke von alternativen Bezugsquellen gefährdet wird, ist die gesamte Menge an mechanischen Uhrwerken, die an KMUs geliefert werden kann, zu beschränken.<sup>157</sup> Dabei macht es in quantitativer Hinsicht Sinn und erscheint es als verhältnismässig, auf die gesamte Menge abzustellen, die im Jahr 2018 an KMUs geliefert wurde. Erklärend anzufügen ist dazu, dass das Abstellen auf das Jahr 2019 deshalb nicht sinnvoll ist, weil Swatch Group für das Jahr 2019 [...] keine abweichenden Vereinbarungen betreffend Mehrlieferungen an KMUs abgeschlossen hat.<sup>158</sup>

144. Swatch Group bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) in diesem Zusammenhang vor, dass die Besorgnis, dass ETA nach Ablauf der evR Unmengen von Werken an Kunden ausserhalb der Swatch Group verkaufen wolle und damit anderen Werkherstellern die Kunden wegnehmen würde, komplett unbegründet sei. Die langjährige Haltung der Swatch Group bestehe darin, dass ETA frei sein solle, ihre Kunden ausserhalb der Swatch Group auszuwählen und die Bedingungen für diese Geschäftsbeziehungen zu vereinbaren. Dabei habe ETA aufgrund der gemachten Erfahrungen der letzten Jahre [...] dazu ist zunächst der guten Ordnung halber festzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor rechtskräftig ist (vgl. Rz 102). Daneben hat die WEKO die Argumente zur Kenntnis genommen, hält diesen jedoch entgegen, dass gerade das beabsichtigte Verhalten von ETA am Markt nach dem 31. Dezember 2019 unklar ist.

145. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit geeignet, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden.

#### C.4.4.3 Erforderlichkeit

146. In Bezug auf die Erforderlichkeit der vorsorglichen Massnahmen gilt es den folgenden zwei Umständen Rechnung zu tragen.

<sup>156</sup> Act. [...].

<sup>157</sup> Dies entspricht der herrschenden Praxis zu den abweichenden Vereinbarungen im Sinne von Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 7).

<sup>158</sup> Vgl. act. [...].

<sup>159</sup> Act. [...].

147. Wie oben dargelegt, sind die Lieferverpflichtung von ETA sowie die Lieferbeschränkung für ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen. Da mit einem Entscheid der WEKO in der Hauptsache – vorbehältlich unerwarteter verfahrensverzögernder Umstände (insbesondere verursacht durch die Verfahrensparteien oder Marktteilnehmer) – bis voraussichtlich im Sommer 2020 gerechnet werden kann, erscheint es als angemessen, die maximale Dauer der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Im Sinne sämtlicher Umstände des vorliegenden Falls erachtet es die WEKO als nicht erforderlich, dass die vorsorglichen Massnahmen über den 31. Dezember 2020 hinaus verfügt werden.

148. Dem bestehenden Zustand zufolge muss ETA ihren bisherigen Drittkunden gemäss Ziff. 3 evR zur Zeit 55 % der Referenzmenge an mechanischen Uhrwerken liefern (vgl. Rz 6 f. sowie Rz 136). Bei der Festlegung der zu liefernden Mengen ist jedoch auch die Frage des Bestellablaufs zu berücksichtigen. Denn aus der ursprünglichen Untersuchung bekannt ist (und in der evR festgelegt wurde), dass Drittkunden ETA für die Produktionsplanung ihren Mengenbedarf für das Folgejahr sechs Monate im Voraus bekannt geben müssen.<sup>160</sup> Betrachtet man nun die Zeitspanne, die ab dem Zeitpunkt des Entscheids der WEKO über den Erlass vorsorglicher Massnahmen bis zum Entscheid der WEKO in der Hauptsache voraussichtlich verbleibt, so wird ersichtlich, dass eine Regelung des Bestellablaufs (und damit der Produktionsplanung von ETA) nicht möglich ist. Es wäre in zeitlicher Hinsicht für ETA nicht möglich, die Produktionsplanung für Lieferungen von mechanischen Uhrwerken ab dem 1. Januar 2020 an Drittkunden vorzunehmen. ETA wäre faktisch nicht in der Lage, mechanische Uhrwerke ab dem 1. Januar 2020 im bisherigen Umfang an bisherige Drittkunden zu liefern. Diese Tatsache war bereits vor dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen bekannt. Daher werden die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Selbst wenn der Bestellablauf am 1. Januar 2020 bei ETA initiiert würde und Lieferungen mechanischer Uhrwerke im Juli 2020 (gemäss des aus der ursprünglichen Untersuchung bekannten und in der evR festgelegten Vorlaufs) ausgeliefert werden könnten, erachtet es die WEKO vorliegend als nicht verhältnismässig, die Lieferverpflichtung von ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen, ohne die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden auszusetzen. Denn wie oben dargelegt, ist die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse noch ausstehend und ein Entscheid der WEKO in der Hauptsache vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.). Das Resultat des vorliegenden Verfahrens ist dementsprechend offen und somit ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids möglicherweise nicht gerechtfertigt (vgl. Rz 98). Der Hauptsachenentscheid ist zum Zeitpunkt geplant, zu dem ETA frühestmöglich allenfalls mechanische Uhrwerke ausliefern könnte. Würde der Hauptsachenentscheid keine Lieferverpflichtung von ETA mehr vorsehen, wären die vorher getätigten Aufwände bei ETA und ihren Kunden vergeblich und die Planung müsste auf beiden Seiten kurzfristig geändert werden. Diese Situation soll aus Verhältnismässigkeitsgründen

vermieden werden. Aus diesem Grund sehen die vorsorglichen Massnahmen keine faktische Lieferverpflichtung ab Juli 2020 vor. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 bei den gemäss evR zu liefernden Mengen sind davon ausgenommen. Diese müssen unabhängig von der hier verfügbaren Regelung an die entsprechenden bisherigen Kunden geliefert werden.

149. Swatch Group führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) denn auch aus, dass richtig festgehalten sei, dass es für ETA faktisch unmöglich sei, ab dem 1. Januar 2020 mechanische Uhrwerke an die Kunden gemäss evR zu liefern. Lieferungen von mechanischen Uhrwerken im Jahr 2020 an Kunden gemäss evR seien aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich. Die Verpflichtung zu einer Belieferung von Kunden gemäss evR für das Jahr 2020 würde einer Verpflichtung zu einer faktischen Unmöglichkeit entsprechen und wäre damit sinnlos. Dies gelte nicht nur für den Anfang des Jahres 2020, sondern stets für einen Zeitraum von [...].<sup>161</sup> Dazu ist festzuhalten, dass als anerkannt betrachtet wird, dass der Bestellablauf bzw. die damit zusammenhängende Produktionsplanung bei ETA einen zeitlichen Vorlauf von sechs Monaten bedarf (vgl. Rz 148).

150. Mit den beschriebenen vorsorglichen Massnahmen wird einerseits der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und andererseits der in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung insofern verhindert, als die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens dem Grundsatz nach fortgeführt werden, bis die WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung ablaufen kann, im Hauptsachenentscheid entschieden hat. Mit der Aussetzung der Lieferungen mechanischer Uhrwerke wird dabei alleine dem Umstand Rechnung getragen, dass faktische Lieferungen von mechanischen Uhrwerken gestützt auf die Lieferverpflichtung von ETA ab dem 1. Januar 2020 aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich wären. Gleichzeitig wird jedoch der Grundsatz, dass ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens eine Lieferverpflichtung obliegt, bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO aufrechterhalten.

151. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit auch erforderlich, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegten Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden.

152. Swatch Group trug in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) vor, dass vorsorgliche Massnahmen nicht notwendig seien, da die WEKO schon seit mehreren Monaten über alle notwendigen Informationen verfüge, um den Entscheid zu fällen, dass die evR nicht zu verlängern sei.<sup>162</sup> Diesem Vorbringen von Swatch Group ist entgegen zu halten, dass ein Entscheid über die Frage, ob die Lieferverpflichtung von ETA (wie in der evR verankert) ablaufen

<sup>160</sup> Dies wurde in Ziff. 6 lit. evR entsprechend festgehalten (vgl. Rz 12).

<sup>161</sup> Act. [...].

<sup>162</sup> Act. [...].

kann, mangels Vorliegen der Analyse zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen gerade nicht möglich ist (vgl. Rz 57 ff. und Rz 99) und die vorsorglichen Massnahmen deshalb geeignet und erforderlich sind, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegten Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden (vgl. Rz 141 ff.).

#### C.4.4.4 Überwiegende öffentliche Interessen

153. Wie vorstehend aufgezeigt wurde, sind die vorsorglichen Massnahmen sowohl geeignet als auch erforderlich, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Wettbewerb abzuwenden (vgl. Rz 141 ff. sowie Rz 146 ff.). Diesem öffentlichen Interesse stehen die Interessen der Verfahrensparteien entgegen, in erster Linie diejenigen der *Swatch Group*. Ihre Interessen liegen darin, die evR per Ende 2019 (wie in Ziff. 3 evR festgehalten wurde) ablaufen zu lassen. *Swatch Group* zufolge müsste ETA im Fall einer Verlängerung der Lieferverpflichtung Kapazitäten aufbauen, was einen grossen zeitlichen und finanziellen Aufwand mit sich ziehen würde. *Swatch Group* gab an, sich einer Anpassung oder einem Widerruf der evR zu widersetzen und lehnt eine Verlängerung der Lieferverpflichtung entschieden ab.<sup>163</sup> Diesen Argumenten kann entgegen gehalten werden, dass mit den vorsorglichen Massnahmen zwar grundsätzlich die Lieferverpflichtung von ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens verlängert wird, jedoch ETA während dieser Dauer keine mechanischen Uhrwerke an ihre bisherigen Drittkunden liefern muss.

154. Die vorsorglichen Massnahmen schränken *Swatch Group* bzw. ETA in ihrer Handlungsfreiheit in Bezug auf Kunden ein, mit welchen *Swatch Group* für den Zeitraum nach dem 31. Dezember 2019 Verhandlungen über eine Belieferung mit mechanischen Uhrwerken führt bzw. Lieferungen bereits beschlossen sind (vgl. Rz 107).

155. Sofern es sich bei diesen Unternehmen nicht um KMUs handelt, ist während der Dauer des vorliegenden Verfahrens eine Belieferung mit mechanischen Uhrwerken ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass eine absolute Gleichbehandlung zu beachten ist (was der bisherigen Praxis der WEKO entspricht, vgl. Rz 7), falls es sich bei diesen Unternehmen um KMUs handelt. Dies hat zur Folge, dass *Swatch Group* nicht frei darüber bestimmen kann, welches KMU sie mit mechanischen Uhrwerken beliefert, sondern wenn ETA ein KMU beliefert, dann muss sie allen anderen, die eine entsprechende Anfrage gestellt haben, ebenfalls mechanische Uhrwerke liefern.

156. Zu den genannten Einschränkungen kann Zweierlei festgehalten werden: Erstens, dass die Einschränkungen bis anhin galten, d.h. keine neuen Einschränkungen auferlegt werden, sondern lediglich der bestehende Zustand fortgeführt wird. Zweitens sind die Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht befristet, sodass die damit verbundenen Umtriebe, die *Swatch Group* hinnehmen müsste, von zeitlich beschränkter Dauer sind. Dies ist – im Vergleich zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil – als weniger einschneidend einzustufen. Sollte es unter den Kunden, mit denen *Swatch Group* bereits zum jetzigen Zeitpunkt Lieferungen von mechanischen Uhrwerken nach dem 31. Dezember 2019 vereinbart hat, solche geben, die durch eine Nichtbelieferung infol-

ge der vorsorglichen Massnahmen in objektiver Hinsicht übermässig betroffen wären, so könnten Ausnahmen von der verfügbaren Lieferbeschränkung zumindest in Betracht gezogen werden. Voraussetzung wäre jedoch, dass Kunden und nicht ETA übermässig betroffen wären.

157. *Swatch Group* hält zu den vorsorglichen Massnahmen insgesamt fest, dass diese ihre Pläne, ausgewählte Kunden ausserhalb der *Swatch Group* [...] zu beliefern, verunmöglichen würden. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen würde solche Lieferungen für das ganze Jahr 2020 und mutmasslich weit darüber hinaus vereiteln.<sup>164</sup> Diesen Vorwürfen von *Swatch Group* ist entgegen zu halten, dass Lieferungen an ausgewählte Kunden ausserhalb der *Swatch Group* [...] ohnehin nur im Rahmen der evR (welche bis zum 31. Dezember 2019 Bestand hat) möglich gewesen wären. Was Lieferungen für das Jahr 2020 angeht, so ist festzuhalten, dass die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet sind und den bestehenden Zustand vorübergehend sichern. Die in Rede stehenden öffentlichen Interessen überwiegen die mit den vorsorglichen Massnahmen einhergehenden Einschränkungen, mit denen *Swatch Group* konfrontiert sein könnte.

158. Die Interessen von *Sellita* liegen darin, die evR auf unbestimmte Zeit zu verlängern und darin zusätzliche Verpflichtungen aufzunehmen, die hauptsächlich darin bestehen, dass ETA zu verbieten sei, Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches zu beliefern. Im vorliegenden Verfahren beantragt *Sellita*, ETA zu verpflichten, für die Zeit ab dem 1. Januar 2020 eine bindende Erklärung abzugeben, wonach ETA wahlweise nur mit *Swatch Group* verbundene Gesellschaften mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches oder Dritte bis zu einer Gesamtmenge von maximal insgesamt 200'000 mechanischen Uhrwerken (einschliesslich Ebauches) beliefere.<sup>165</sup> Diesen Interessen von *Sellita* wird insoweit Rechnung getragen, als die Lieferverpflichtung gemäss evR zwar verlängert wird, jedoch eine faktische Lieferung von mechanischen Uhrwerken ausbleibt (vgl. Rz 148), und die allfällig an KMUs gelieferte Menge an mechanischen Uhrwerken (vgl. Rz 143) nach oben begrenzt wird. Hinsichtlich der spezifischen Interessen von *Sellita* im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen kann auf ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verwiesen werden (vgl. Rz 75 ff.).

159. Neben den Interessen der Verfahrensparteien sind auch die Interessen anderer aktueller Konkurrenten von ETA zu betrachten. Genannt werden kann zunächst einmal *Soprod*, welche bereits während der ursprünglichen Untersuchung in der Produktion mechanischer Uhrwerke tätig war.<sup>166</sup> *Soprod* führt ins Feld, dass wenn die Lieferverpflichtung wie vorgesehen am 31. Dezember 2019 auslaufen würde, dies *Soprod* erlauben würde, neue Kunden zu akquirieren und dadurch ihre Geschäfte

<sup>163</sup> Vgl. act. [...].

<sup>164</sup> Act. [...].

<sup>165</sup> Vgl. act. [...].

<sup>166</sup> Vgl. RPW 2014/1, 239 Rz 200, *Swatch Group Lieferstopp*.

auszubauen. Im gegenteiligen Fall würde dies laut Soprod bedeuten, dass potentielle Kunden keine alternativen Lieferanten suchen würden und Soprod ihre Aktivitäten in den Bereichen mechanische Uhrwerke und Assortiments einstellen müsste.<sup>167</sup> Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass die Lieferverpflichtung gemäss evR zwar verlängert wird, jedoch eine faktische Lieferung von mechanischen Uhrwerken ausbleibt (vgl. Rz 148). Zudem sind die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet. Ausserdem wird mit den vorsorglichen Massnahmen der Hauptsachenentscheid der WEKO nicht vorweggenommen.

160. Eine weitere Konkurrentin ist *Ronda*, eine Herstellerin von Quarzuhren, die (wieder) in die Produktion von mechanischen Uhrwerken eingestiegen ist und im Jahr 2016 ein mechanisches Uhrwerk lanciert hat. Ronda führt aus, dass es dem Wettbewerb schaden würde, wenn keine Lieferverpflichtung für ETA mehr bestehen würde. Ronda begründet dies damit, dass ihr gradueller Markteintritt durch den Ablauf der Lieferverpflichtung noch weiter erschwert würde, weil die Nachfrage nach Sellitawerken deren Kapazität übersteige und Ronda zum jetzigen Zeitpunkt nicht in der Lage sei, grössere Volumen zu liefern, um die erhöhte Nachfrage zu decken. Eine Erweiterung der Lieferverpflichtung würde Ronda mehr Zeit geben, die Industrialisierung voranzutreiben und ihr Know-How sowie ihre Kapazitäten zu erhöhen.<sup>168</sup> Diesem Anliegen von Ronda wird mit den vorsorglichen Massnahmen insofern Rechnung getragen, als die Lieferverpflichtung im Grundsatz verlängert wird. Zwar muss ETA faktisch für die Dauer des vorliegenden Verfahrens keine mechanischen Uhrwerke an Drittkunden liefern (vgl. Rz 148), jedoch gilt diese Regelung – vorbehältlich unerwarteter Verzögerungen – nur für wenige Monate, nämlich bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO.

161. Hinsichtlich bisheriger Drittkunden, die nach den vorsorglichen Massnahmen keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bestellen könnten bzw. solche von ETA nicht geliefert bekämen, gilt es festzuhalten, dass es glaubhaft erscheint, dass solche Drittkunden selbst bei der Festsetzung der zu liefernden Mengen auf 55 % der Referenzmenge (wie bisher) keine mechanischen Uhrwerke geliefert bekämen, weil ETA faktisch nicht in der Lage wäre, ab dem 1. Januar 2020 mechanische Uhrwerke an bisherige Drittkunden zu liefern. M.a.W. ausgedrückt würde es im Ergebnis keine Rolle spielen, wie hoch die zu liefernde Menge an bisherige Drittkunden festgesetzt wird.

162. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig zu betrachten sind. Dies, weil sie den Interessen der Verfahrensparteien sowie weiteren Marktteilnehmern mindestens teilweise entsprechen bzw. andere Lösungen im Ergebnis nichts ändern würden. Hinzu kommt, dass das öffentliche Interesse – die Abwendung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils – die individuellen Interessen der Marktteilnehmer überwiegt. Schliesslich ist noch einmal hervorzuheben, dass die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet sind, d.h. allfällige Einschränkungen für bestimmte Marktteilnehmer von beschränkter zeitlicher Dauer sind.

#### C.4.5 Ergebnis

163. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Es handelt sich um sichernde Massnahmen. Ohne die vorsorglichen Massnahmen droht dem Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig einzustufen.

164. Die vorsorglichen Massnahmen stellen nur eine Übergangslösung dar, welche den Hauptsachenentscheid nicht präjudizieren. Sie sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens «32 0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» vorgesehen.

165. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>169</sup>

#### C.4.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

166. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.<sup>170</sup>

167. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Rz 94 ff.).<sup>171</sup>

<sup>167</sup> Vgl. act. [...].

<sup>168</sup> Vgl. act. [...].

<sup>169</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

<sup>170</sup> Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKO/WEF, RPW 2004/1, 200, *Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking*; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

<sup>171</sup> RPW 2004/1, 126 Rz 82, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 602 Rz 31, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

168. Wie oben im Abschnitt C.3.5 zusammenfassend festgehalten, sind im vorliegenden Fall alle diese Erfordernisse gegeben. In Abschnitt C.4.3 wurde insbesondere dargelegt, dass im vorliegenden Fall glaubhaft ist, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

## D Kosten

169. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache der WEKO entschieden.

### Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. *Die Ziffern 1, 2 a)–c), f) und g) und 5 der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 gelten ab dem 1. Januar 2020 vorläufig und vorbehaltlich der Ziffern 2 bis 4 dieses Dispositivs fort.*
2. *Die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse an ihre bisherigen Kunden gestützt auf die Ziffer 1 dieses Dispositivs werden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 sind davon ausgenommen.*
3. *Abweichend von Ziffer 2 dieses Dispositivs dürfen Lieferungen mechanischer Uhrwerke nur an KMUs erfolgen. Die maximale Menge an mechanischen Uhrwerken, welche an KMUs geliefert werden können, darf die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge im Sinne von Ziffer 4 lit. b der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 nicht übersteigen. Solche Lieferungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis gebracht werden.*  
*Als KMU gelten unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss VKU<sup>172</sup> verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.*
4. *Die Ziffern 1 bis 3 dieses Dispositivs gelten längstens für die Dauer des Verfahrens «32 0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020.*
5. *Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1–4 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*
6. *Auf den Antrag 3 der Sellita Watch Co S.A. in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2019 zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2019 in Sachen 32 0224 Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten.*
7. *Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.*

Die Verfügung ist zu eröffnen an: *The Swatch Group AG, in Biel und Sellita Watch Co S.A., in La Chaux-de-Fonds, vertreten durch [...].*

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>172</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4.

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. SPAR Holding AG/Store Service AG</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Februar 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 15. Februar 2021*

## **A Sachverhalt**

1. Am 15. Januar 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die SPAR Holding AG (nachfolgend: SPAR Holding) 100 % der Aktien und Stimmrechte der Store Service AG (nachfolgend: Store Service) zu erwerben.

2. Die SPAR Holding mit Sitz in Gossau (SG) hält jeweils 100 % der Aktien und Stimmrechte der SPAR Handels AG, der TopCC AG (nachfolgend: TopCC) und der SPAR Management AG (nachfolgend zusammen: SPAR Gruppe Schweiz) und wird indirekt ([...]) von The Spar Group Ltd. mit Sitz in Pinetown, Südafrika, kontrolliert. Insgesamt gibt es in der Schweiz 193 SPAR-Verkaufsstellen, über 2/3 davon werden dabei von Franchisenehmern betrieben, mit welchen die SPAR Handels AG einen Partnervertrag abschliesst.<sup>3</sup> 154 der SPAR-Verkaufsstellen in der Schweiz sind sog. SPAR Supermärkte, 33 SPAR express-Läden und 6 SPAR mini-Läden. Zur SPAR Gruppe Schweiz gehören auch 11 TopCC-Abholgrossmärkte.

3. Die Store Service mit Sitz in Schönenwerd (SO) betreibt 60 Tankstellenshops in der Deutsch- und Westschweiz, davon 58 an AVIA-Tankstellen.<sup>4</sup> Das veräussernde Unternehmen ist die Store Service Holding AG (nachfolgend: Store Service Holding) mit Sitz in Frauenfeld (TG). Sie hält 100 % der Aktien der Store Service und kontrolliert dieselbe. Mehrere Gesellschaften halten Beteiligungen an der Store Service Holding.<sup>5</sup>

4. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann die SPAR Gruppe Schweiz ihre Position im Convenience-Shop-Bereich stärken und die Bekanntheit des SPAR express-Formats in der Deutsch- und Westschweiz erhöhen. Das Vorhaben ermöglicht ihr zudem die Nutzung von Synergien in den Bereichen Einkauf, Logistik und IT.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

5. Das 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).

6. Wie bereits in Rz 1 erwähnt, beabsichtigt die SPAR Holding, 100 % der Aktien und Stimmrechte der Store Service zu erwerben. Nach Abschluss des Zusammenschlusses soll die Store Service in die SPAR Handels AG fusioniert werden. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

### **B.2 Meldepflicht**

7. Die SPAR Gruppe Schweiz und die Store Service erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen schweizweiten Umsatz von mindestens CHF 100 Mio., zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens CHF 500 Mio. und einen weltweiten von mindestens CHF 2 Mrd.<sup>6</sup> Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> [...].

<sup>4</sup> Zudem betreibt sie einen Tankstellenshop an einer Migrol-Tankstelle und einen an einer Ruedi Rüssel-Tankstelle.

<sup>5</sup> Es sind dies die Osterwalder St. Gallen Holding AG, die Fritz Meyer Holding AG, die Schätzle Holding AG, die Elag Holding AG, die Ernst Hürlimann AG und die Arnold Osterwalder Holding AG. Nach dem Vollzug des Zusammenschlusses soll die Store Service Holding liquidiert werden.

<sup>6</sup> Diese Berechnungen basieren für die SPAR Gruppe Schweiz auf dem Geschäftsjahr, welches vom 1.10.2019–30.9.2020 dauerte, und für die Store Service auf dem Geschäftsjahr vom 1.1.2019–31.12.2019.

### B.3 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.

#### B.3.1 Relevante Märkte

##### B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

10. 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).

##### B.3.1.1.1 Absatzmärkte

11. Der Convenience-Shop ist gemäss der WEKO eine Verkaufsstelle im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich durch längere Öffnungszeiten sowie die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit des Einkaufs von klassischen Detailhandelsgeschäften abhebt.<sup>7</sup> Insbesondere die längeren Öffnungszeiten sind dabei als spezielle Eigenschaft hervorzuheben.<sup>8</sup>

12. In mehreren Entscheiden ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops aus, wobei sie die genaue sachliche Marktabgrenzung teilweise offenliess.<sup>9</sup> Läden des Lebensmitteldetailhandels ohne längere als den im jeweiligem Kanton üblichen Öffnungszeiten für diese Branche sind nicht zu einem Markt für Convenience-Shops hinzuzurechnen, sie üben aber zusammen mit anderen Unternehmen wie z.B. Take-Aways eine disziplinierende Wirkung auf die Betreiber von Convenience-Shops aus.<sup>10</sup> Eine engere Marktabgrenzung bezüglich Convenience-Shops könnte durch eine Unterteilung des Convenience-Shop-Markts entsprechend den Eigenschaften der Standorte und der angesprochenen Kunden vorgenommen werden.<sup>11</sup> So erwog die WEKO z.B. einen eigenen sachlich relevanten Markt für Tankstellenshops, dies allerdings ohne eine endgültige Marktabgrenzung vorzunehmen.<sup>12</sup> Die meldende Partei ist der Ansicht, Tankstellenshops seien aufgrund der anhaltenden Erweiterung der Sortimente im heutigen Umfeld aus Sicht der Konsumenten weitgehend mit anderen Convenience-Shops substituierbar.

13. Für nachfolgende Analyse wird sowohl von einem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops als auch für einen solchen, der nur Tankstellenshops beinhaltet, ausgegangen. Schliesslich kann die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung aber offengelassen werden, das Ergebnis der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

14. Dem Markt für Convenience-Shops benachbart ist der Lebensmitteldetailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken (Konzept des «One-Stop-Shopping»<sup>13</sup>). Dem Lebensmitteldetailhandel gehören Detailhändler an, welche ein Vollsortiment anbieten, nicht aber der Spezial-/Fachhandel, Convenience-Shops und der Einkaufstourismus.<sup>14</sup> Von dieser sachlichen Abgrenzung wird auch für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben ausgegangen, ohne eine abschliessende Abgrenzung vorzunehmen.

15. Der Grossverbrauchermarkt<sup>15</sup> versorgt die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Vertriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime), die Zusatzgastronomie sowie unabhängige (Klein-)Detailisten mit Gütern des täglichen Bedarfs.<sup>16</sup> Zum Grossverbrauchermarkt gehören Zustellgrosshändler, Abholgrosshändler und Direktbelieferer.<sup>17</sup> In mehreren neueren Entscheiden hat die WEKO offengelassen, ob der Grosshandelsmarkt absatzseitig in verschiedene Warengruppen und/oder nach Vertriebskanälen zu segmentieren ist.<sup>18</sup> Für die nachfolgende Analyse kann dies ebenfalls offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

##### B.3.1.1.2 Beschaffungsmärkte

16. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Food- und Near-Food-Produkten von Convenience-Shops, des Lebensmitteldetailhandels und des Grossverbrauchermarkts, insbesondere des Abholgrosshandels, die Marktgegenseite. Lieferanten einzelner Absatzkanäle stehen in der Regel auch andere Absatzkanäle zur Verfügung, so nennt die WEKO in ihrem Entscheid *Coop/Carrefour* als Beispiele anderer möglicher Absatzkanäle der Hersteller und Lieferanten von Detailhandelsprodukten den Spezial-/Fachhandel, den Grosshandel, die Gastronomie, den Export, den Direktvertrieb und

<sup>7</sup> RPW 2005/3, 477 Rz 12, *Migros/Valora*.

<sup>8</sup> RPW 2000/1, 38, «avec.».

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2017/3, 495 Rz 7 f., *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*, mit weiteren Verweisen.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2005/3, 478 Rz 19, *Migros/Valora*.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2005/3, 477 Rz 14, *Migros/Valora*.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2017/3, 495 Rz 7 f., *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*, mit weiteren Verweisen.

<sup>13</sup> RPW 2008/4, 598 Rz 55, *Coop/Carrefour*, mit Verweis auf RPW 2003/3, 559 ff., *Coop/Waro*.

<sup>14</sup> RPW 2008/4, 601 Rz 79, *Coop/Carrefour*.

<sup>15</sup> In der Praxis der WEKO wird dieser auch Lebensmittelgrosshandel genannt.

<sup>16</sup> Vgl. u.a. RPW 2016/2, 555 Rz 7, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2015/4, 794 Rz 23, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*.

<sup>17</sup> RPW 2019/3b, 1022 Rz 13, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*.

<sup>18</sup> RPW 2019/3b, 1022 Rz 11 und 13, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*, mit Verweis auf weitere Praxis in dortigen Fn 17 und 18.



den Internethandel.<sup>19</sup> Vorliegend kann die diesbezügliche sachliche Abgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

### B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

17. 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.3.1.2.1 Absatzmärkte

18. Aus Sicht der Konsumenten ist der Markt für Convenience-Shops lokal.<sup>20</sup> Im Entscheid *Valora AG/cevanova AG* ging die WEKO für Convenience-Shops bezüglich der lokalen Dimension von Marktradien aus, welche im Bereich derjenigen kleiner Supermärkte liegen, wobei auf den Entscheid *Migros/Denner* verwiesen wurde, in welchem für diese Marktradien 10 Minuten angenommen wurde.<sup>21</sup> In einem jüngeren Entscheid ging die WEKO davon aus, dass sowohl für den räumlich relevanten Markt für Tankstellenshops als auch für den räumlich relevanten Markt eines sachlichen Markts, der nebst Tankstellenshops auch Convenience-Shops an anderen Standorten als Tankstellen beinhaltet, lokale, kantonale (bei allfälligen unterschiedlichen kantonalen Ladenöffnungszeiten) und nationale Charakteristika zu berücksichtigen sind; die räumliche Abgrenzung wurde schliesslich aber offengelassen.<sup>22</sup> Lediglich von einem lokalen Marktradius um die jeweilige Verkaufsstelle von fünf Gehminuten bzw. 400 Meter Distanz für Convenience-Shops als auch für einen Markt für Kioske exkl. und inkl. Convenience-Shops) ging die WEKO in ihrem Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* aus.<sup>23</sup>

19. Gemäss der britischen Competition & Markets Authority (CMA) grenzten mehrere Entscheide der Office of Fair Trading (OFT)<sup>24</sup> den räumlichen Markt für Lebensmittelläden an Tankstellen gleich ab wie denjenigen für Lebensmittelläden. Dabei wies die CMA darauf hin, dass die OFT in früheren Entscheiden und die britische Competition Commission im Groceries Report die relevante räumliche Abgrenzung als in erster Linie lokal bestimmte, aber auch vom Bestehen einer nationalen Wettbewerbssituation ausging. Dabei grenzte die OFT den Markt für Convenience-Shops für sämtliche Regionen mit einem Radius von 5-Fahrminuten und einer Meile ab.<sup>25</sup> Sie erwog zudem für einen Convenience-Einkauf einen lokalen Markt mit Radien von einer Meile und einer halben Meile, mit Hinweis darauf, dass in dichtbesiedelten Gebieten der Radius enger als eine Meile sein könnte.<sup>26</sup>

20. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass sie [...] % resp. [...] % ihres Tankstellenshopumsatzes mit Kunden erzielen, welche gleichzeitig einkaufen und tanken. Weiter gehen sie davon aus, dass [...] ihrer Kunden mit einem (privaten) Motorfahrzeug zu ihren Tankstellenshops kommen.

21. Die genaue räumliche Abgrenzung eines möglichen sachlich relevanten Marktes für Convenience-Shops und eines solchen für Tankstellenshops kann vorliegend offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des

vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt. Für eine erste Einschätzung werden aber in Anlehnung an die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Grossbritannien Marktradien von 2 km zu Fuss und 5 Autofahrminuten betrachtet.

22. Der Lebensmitteldetailhandel ist gemäss Praxis der WEKO sowohl national als auch lokal, wobei die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen je nach Grösse der Verkaufsstelle ca. 10 bis 20 Minuten betragen.<sup>27</sup> Bei homogenen Wettbewerbsbedingungen kann sich die Analyse gemäss *Coop/Carrefour* auf die nationale Ebene konzentrieren.<sup>28</sup> Vorliegend ist es nicht notwendig, eine genaue diesbezügliche Marktabgrenzung vorzunehmen, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

23. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt absatzseitig von einem nationalen Markt ausgegangen, wobei sie für einen eigenen sachlich relevanten Abholgrosshandelsmarkt eine engere räumliche Marktabgrenzung in Erwägung zog.<sup>29</sup> Nachfolgend kann sowohl die genaue räumliche Abgrenzung bezüglich den Grossverbrauchermarkt offengelassen werden als auch die Frage, ob bei einem allfälligen eigenständigen Markt für den Abholgrosshandel der räumliche Markt enger als national abzugrenzen ist, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

<sup>19</sup> RPW 2008/4, 601 f. Rz 80 und 84, *Coop/Carrefour*. Vgl. auch RPW 2019/3b, 1022 Rz 14; *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 556 Rz 13, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen; RPW 2005/3, 478 Rz 22, *Migros/Valora*.

<sup>20</sup> RPW 2014/2, 419 Rz 8, *Coop/Marché*.

<sup>21</sup> RPW 2009/1, 79 Rz 24, *Valora AG/cevanova AG*, mit Verweis auf RPW 2008/1, 156 f. Rz 329 ff., *Migros/Denner*.

<sup>22</sup> RPW 2017/3, 496 Rz 12, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

<sup>23</sup> RPW 2015/1, 112 Rz 54, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

<sup>24</sup> Die OFT ist die Vorgängerbehörde der CMA bezüglich u.a. der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben.

<sup>25</sup> CMA, ME/6471/14 vom 22.12.2014, Rz 46, *Completed acquisition by Motor Fuel Limited of 228 petrol stations and other assets from Murco Petroleum Limited*, mit Verweisen auf OFT, ME/5139/11 vom 20.10.2011, *Rontec/Total Downstream UK/Total UK Ltd*, und Competition Commission, *The Supply of groceries in the UK market investigation*, 30.4.2008.

<sup>26</sup> CMA, ME/1582/04 vom 5.3.2004, 4 Rz 12 und 15, *Tesco Plc/Adminstore Ltd*.

<sup>27</sup> RPW 2008/4, 607 Rz 116, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 158 Rz 247, *Migros/Denner*.

<sup>28</sup> RPW 2008/4, 606 Rz 112, *Coop/Carrefour*.

<sup>29</sup> RPW 2016/2, 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

### B.3.1.2.2. Beschaffungsmärkte

24. Die WEKO grenzte die Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops als auch des Lebensmitteldetailhandels in ihrer bisherigen Praxis als mindestens schweizweit ab, liess die diesbezügliche räumliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen.<sup>30</sup> In der Vergangenheit ging die WEKO beschaffungsseitig bezüglich den Grosshandelsmarkt von nationalen Märkten aus, liess die genaue räumliche Abgrenzung aber ebenfalls offen.<sup>31</sup> Auch vorliegend wird auf eine abschliessende diesbezügliche Marktabgrenzung verzichtet, da eine solche für die Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht notwendig ist.

### B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. 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 von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

26. Vorab ist anzumerken, dass es weder bei den vorgängig genannten Beschaffungsmärkten noch im absatzseitigen Lebensmitteldetailhandel zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt.<sup>32</sup> Im Abholgrosshandel, in welchem von den Zusammenschlussparteien lediglich die SPAR Gruppe Schweiz tätig ist, kommt es allenfalls auf lokaler Ebene zu betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, nicht jedoch auf nationaler Ebene.<sup>33</sup> Auf diesen Märkten ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse durch das Zusammenschlussvorhaben nicht. Somit bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieser lokalen Märkte im Abholgrosshandel eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Deshalb wird auf diese Märkte nachfolgend nicht weiter eingegangen.

27. Sowohl die SPAR Gruppe Schweiz als auch die Store Service sind in der Schweiz im Markt für Convenience-Shops resp. im gegebenenfalls enger abzugrenzenden Markt für Tankstellenshops tätig. So gibt es schweizweit aktuell 23 SPAR express-Tankstellenshops (5 hiervon von der SPAR Gruppe Schweiz selbst betrieben<sup>34</sup>), 8 SPAR express-Shops an Standorten ohne Tankstelle (von Franchisenehmern betrieben) und 7 SPAR-Supermärkte an Tamoil-Tankstellen<sup>35</sup>. Schweizweit werden aktuell 60 Tankstellenshops von Store Service betrieben, die meisten davon als AVIA-Shops (vgl. Rz 3).

28. Für die Schweiz zählt die GfK Switzerland AG (nachfolgend: GfK) für das Jahr 2019 2'462 Convenience-Shops<sup>36</sup> und die Avenergy Suisse per Anfang 2020 1'338 Tankstellenshops.<sup>37</sup> Setzt man die Anzahl Convenience-Shops resp. Tankstellenshops der Zusammen-

schlussparteien in Relation zu diesen Gesamtmarktdaten, so ist offensichtlich, dass sich bei einer schweizweiten Abgrenzung keine betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bezüglich Convenience-Shops resp. Tankstellenshops ergeben. Im Markt für Convenience-Shops resp. im Markt für Tankstellenshops ergeben sich allerdings bei einer lokalen Marktabgrenzung betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

29. Zu den grössten Konkurrenten der Zusammenschlussparteien im Bereich Convenience-Shops gehören die fenaco Genossenschaft mit 107 TopShops an AG-ROLA-Tankstellen,<sup>38</sup> die Coop Genossenschaft mit 314 Coop Pronto-Verkaufsstellen (davon 244 mit Tankstellen)<sup>39</sup> und 20 coop to go-Shops<sup>40</sup> sowie die Migros-Genossenschaftsbund mit 369 Convenience-Shops der Marke migrolino und Migrol-Shops.<sup>41</sup> Daneben gibt es eine Reihe weiterer Convenience-Shop-Brands resp. -betreiber, so u.a. die Valora Holding AG, welche per Ende 2019 148 avec-Convenience-Shops in der Schweiz hatte.<sup>42</sup>

<sup>30</sup> RPW 2014/2, 419 Rz 11, *Coop/Marché*, mit weiteren Verweisen.

<sup>31</sup> RPW 2019/3b, 1023 Rz 17, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*.

<sup>32</sup> Von den Zusammenschlussparteien ist lediglich die SPAR Gruppe Schweiz im Lebensmitteldetailhandel tätig. Ihr diesbezüglicher schweizweiter Marktanteil beträgt gemäss der Einschätzung der meldenden Partei [0–10] %. Gestützt auf die Standorte der SPAR-Supermärkte und Marktradien von 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte und dem von ihr geschätzten nationalen Marktanteil schliesst die SPAR Gruppe Schweiz aus, dass es zu einem oder mehreren betroffenen, lokalen Märkten im Lebensmitteldetailhandel kommt.

<sup>33</sup> Mit seinen elf Standorten hat die TopCC in der Schweiz im Abholgrosshandel, berechnet anhand der Anzahl Verkaufsstellen, einen Marktanteil von [10–20] %. Ihre Konkurrenten in diesem Bereich sind die zur Transgourmet Schweiz AG (und damit zur Coop-Gruppe) gehörende Protega mit 31 Verkaufsstellen und die zur Demaurex & Cie S.A. gehörende Aligro mit deren 14 (vgl. <[www.transgourmet.ch/de/abholen/maerkte](http://www.transgourmet.ch/de/abholen/maerkte)> (22.1.2021) und <[www.aligro.ch/de/markt](http://www.aligro.ch/de/markt)> (2.2.2021)).

<sup>34</sup> Es sind dies der der SPAR express an der Bernstr. 209 in Zollikofen (mit AVIA-Tankstelle), der SPAR express an der Milchstr. 2–8 in Ostermundigen (mit hänggi-Tankstelle), der SPAR express an der Zürcherstr. 475 in St. Gallen (mit AVIA-Tankstelle), der SPAR express an der St. Gallerstr. 97 in Gossau (mit AVIA-Tankstelle) und der SPAR express an der Hottingerstr. 2 beim Schauspielhaus Zürich.

<sup>35</sup> Es sind dies SPAR-Supermärkte in Amriswil (TG), Baden-Dättwil (AG), Gerlafingen (SO), Heimberg (BE), Hochdorf (LU), Kreuzlingen (TG) und Schmerikon (SG). Vgl. <[www.spar.ch](http://www.spar.ch)> (28.1.2021).

<sup>36</sup> GfK Switzerland AG, Detailhandel Schweiz 2020, S. 275.

<sup>37</sup> Davon waren 1125 grösser als 50 m<sup>2</sup>. Vgl. Avenergy Suisse, Jahresbericht, S. 19, 16 und 47.

<sup>38</sup> Vgl. Homepage der Volg Konsumwaren AG (nachfolgend: Volg): <[www.volg.ch/ueber-volg/wer-wir-sind/](http://www.volg.ch/ueber-volg/wer-wir-sind/)> (2.2.2021).

<sup>39</sup> GfK Switzerland AG, Detailhandel Schweiz 2020, S. 275.

<sup>40</sup> Vgl. Coop Homepage: <[www.coop.ch/de/unternehmen/standorte-und-oeffnungszeiten.togo.html](http://www.coop.ch/de/unternehmen/standorte-und-oeffnungszeiten.togo.html)> (2.2.2021).

<sup>41</sup> GfK Switzerland AG, Detailhandel Schweiz 2020, S. 275. Von den aktuell 321 migrolino-Shops sind deren 258 Tankstellenshops (<[www.migrolino.ch/de/standorte-liste/](http://www.migrolino.ch/de/standorte-liste/)> (2.2.2021)).

<sup>42</sup> Vgl. Valora Holding AG, Geschäftsbericht 2019, S. 27, <[www.valora.com/media/investors/publications/de/reports/2019/2019\\_valora\\_geschaeftsbericht\\_de.pdf](http://www.valora.com/media/investors/publications/de/reports/2019/2019_valora_geschaeftsbericht_de.pdf)> (2.2.2021).

30. Im Folgenden werden für die Bewertung der Konkurrenzsituation nebst Convenience-Shops auch Lebensmittel-detailhandelsläden berücksichtigt, die sonntags geöffnet haben. Letztere Läden haben oft auch abends unter der Woche länger geöffnet als Lebensmittel-detailhandelsläden, welche sonntags geschlossen haben. Anzumerken ist auch, dass sich Convenience-Shops einem gewissen Wettbewerbsdruck durch Lebensmittel-detailhändler, die sonntags geschlossen haben, Take-aways, E-Commerce und Restaurationsbetrieben ausgesetzt sehen.<sup>43</sup>

### B.3.2.1 Convenience-Shops: Gebiet St. Gallen Winkeln

31. Gemäss der meldenden Partei liegen in mehreren städtischen Gebieten die Convenience-Shops der Zusammenschlussparteien innerhalb einer Fusswegdistanz von 2 km zueinander, aber nur in einem einzigen solchen Markt, nämlich im Raum St. Gallen Winkeln, kommt es zu einem betroffenen Markt (auf Basis eines Radius von 2 km Fussweg). Betroffene Convenience-Shop-Märkte ohne Marktanteilsaddition im städtischen Gebiet gebe nicht. Im Gebiet St. Gallen Winkeln liegen der von SPAR

selbst betriebene SPAR express-Tankstellenshop an der Zürcherstrasse 475 in St. Gallen und der von Store Service betriebene TAMOIL-Tankstellenshop an der Ikarusstrasse 2 in St. Gallen gemäss der meldenden Partei zu Fuss 580 m (vgl. nachfolgende Tabelle 1) und in Luftlinie 390 m auseinander.<sup>44</sup> In Autofahrminuten beträgt die Distanz zwischen den beiden vorgenannten Shops rund 3–4 Minuten.<sup>45</sup>

32. Wie aus nachfolgender Tabelle 1 hervorgeht, liegen zwei weitere Convenience-Shops im jeweiligen Radius von 2 km Fussweg: der Pionier-Shop und ein Agrola-Shop. Dabei liegt der geschätzte Marktanteil bei Anwendung eines solchen 2-km-Radius um die vorgenannten Standorte der Zusammenschlussparteien für die SPAR Gruppe Schweiz bei rund [30–40] % und für die Store Service bei rund [20–30] %, kumuliert also bei rund [60–70] % (vgl. Tabelle 2).<sup>46</sup> Betrachtet man nur Tankstellenshops, so haben die Zusammenschlussparteien mit dem vorgenannten Agrola-Shop jeweils einen Wettbewerber im Gebiet St. Gallen Winkeln. Anzumerken ist, dass ein zweiter Agrola-Shop nur wenig ausserhalb dieser Radien liegt.

Tabelle 1: Konkurrenzsituation im Convenience-Shop-Markt im Gebiet St. Gallen Winkeln

Wettbewerber im Gebiet St. Gallen Winkeln	Distanz von ...			
	SPAR express, Zürcherstr. 475		Store Service, Ikarusstr. 2	
	zu Fuss [km]	per Auto [min]	zu Fuss [km]	per Auto [min]
nach ...				
SPAR express, Zürcherstrasse 475, St. Gallen (BP-Tankstelle)	0	0	0,58	4
Store Service, Ikarusstrasse 2, St. Gallen (AVIA-Tankstelle)	0,58	3	0	0
Pionier Shop, Letzistrasse 2, St. Gallen	0,75	2	0,3	2
Agrola, Bildstrasse 1, St. Gallen	1,1	4	1,7	5
Agrola, Zürcherstrasse 268, St. Gallen	2,1	4	2,3	5
Coop Pronto, St. Gallerstrasse 238, Gossau	2,6	4	3,1	6
avec, Fürstenlandstrasse 175, St. Gallen (Tamoil-Tankstelle)	2,4	4	2,6	5
migrolino, Zürcherstrasse 205, St. Gallen	2,7	4	2,9	5

Bemerkungen: Fusswegdistanz zwischen Standorten der Zusammenschlussparteien gemäss Angaben der meldenden Partei gestützt auf Google Maps; sämtliche weiteren Angaben gemäss Google Maps, geschätzt für Sonntag, 14.2.2021, um 12 Uhr (8.2.2021).

<sup>43</sup> RPW 2005/3 478 Rz 19, *Migros/Valora*.

<sup>44</sup> Die meldende Partei stützt sich bei ihrer Fusswegdistanz gemäss eigenen Angaben auf eine Google-Maps-Abfrage.

<sup>45</sup> Autofahrminuten gemessen mit Google Maps für Sonntag, 14.2.2021, 12 Uhr (8.2.2021).

<sup>46</sup> Von der meldenden Partei wird der durchschnittliche Umsatz eines SPAR express-Shops auf rund CHF 2,4 Mio. und der durchschnittliche

Umsatz eines Store Service-Shops auf rund CHF 2 Mio. geschätzt. Weiter schätzt die meldende Partei den Umsatz des Pionier-Shops auf CHF 0,5 Mio. und eines Agrola-Shops auf durchschnittlich rund CHF 2,3 Mio. Ihre Schätzungen zu den SPAR express- und den Agrola-Shops sowie weiterer Convenience-Shops stützt sie dabei auf Daten der GfK Switzerland AG aus «Detailhandel Schweiz 2020».

33. Werden Radien von 5 Autofahrminuten um die Tankstellen der beteiligten Unternehmen im Raum St. Gallen Winkeln angewandt, so nimmt der Wettbewerb verglichen mit einem Radius von 2 km Fussweg im Markt für Convenience-Shops in St. Gallen Winkeln um drei resp. vier Tankstellenshops zu. Damit ergibt sich, wie aus Tabelle 2 hervorgeht, für den Markt für Convenience-Shops in St. Gallen Winkeln basierend auf einem Radius von 5 Autofahrminuten ein kumulierter Marktanteil von [20–30] % mit dem SPAR express-Shops als Mittelpunkt und ein solcher von [20–30] % mit dem Store Service-Shop als Mittelpunkt. Betrachtet man nur Tankstellenshops, beträgt der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien in St. Gallen Winkeln [20–30] % resp. [20–30] %.

34. Die meldende Partei weist bezüglich das Gebiet St. Gallen Winkeln auf die vollständige Einbindung des lokalen Marktes in das öffentliche Verkehrsnetz der Stadt St. Gallen hin und darauf, dass sich die Standorte

der Zusammenschlussparteien in diesem Gebiet in einem weniger dicht besiedelten Gebiet befinden. So schätzt sie den Anteil der Kunden, die mit dem öffentlichen Verkehr zu diesen Verkaufsstellen kommen, etwas höher als von den beteiligten Unternehmen durchschnittlich geschätzt, dagegen den Anteil der Kunden, der zu Fuss und ohne öffentlichen Verkehr kommt, als tiefer. Als typischen Kunden sieht die meldende Partei diejenigen Kunden, die sich mit dem Motorfahrzeug zur Verkaufsstelle begeben. Berücksichtigt man die ländlichen Aspekte dieses als städtisch eingestuftes Gebiets sowie die Konkurrenten, die den Kunden der Zusammenschlussparteien im Bereich Convenience-Shops im Allgemeinen und Tankstellenshops im Speziellen im Gebiet St. Gallen Winkeln bei einer Fussdistanz von etwas über 2 km und im Rahmen von 5 Autofahrminuten zurückgelegt werden kann, so ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieser Märkte eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Gebiet St. Gallen Winkeln bezüglich Convenience-Shops und Tankstellenshop für 2019

	St. Gallen Winkeln: Marktanteil [%]					
	Convenience-Shops			Tankstellenshops		
	SPAR Gruppe Schweiz	Store Service	kumuliert	SPAR Gruppe Schweiz	Store Service	kumuliert
<b>Radius von 2 km Fusswegdistanz um ...</b>						
SPAR express-Shop	[30–40]	[20–30]	[60–70]	[30–40]	[20–30]	[60–70]
Store Service-Shop	[30–40]	[20–30]	[60–70]	[30–40]	[20–30]	[60–70]
<b>Radius von 5-Autofahrminuten um ...</b>						
SPAR express-Shop	[10–20]	[10–20]	[20–30]	[10–20]	[10–20]	[20–30]
Store Service-Shop	[10–20]	[10–20]	[20–30]	[10–20]	[10–20]	[20–30]

Bemerkungen: Eigene Berechnungen gestützt auf Schätzungen der meldenden Partei zu den Umsätzen der einzelnen Shops sowie geschätzte Distanzen gemäss Google Maps für Sonntag, 14.2.2021, 12 Uhr (8.2.2021).

35. Gemäss der meldenden Partei kommt es in ländlichen Gebieten ausgehend von einem Marktradius von 5 km Fussweg durch das Zusammenschlussvorhaben in drei lokalen Märkten zu Überlappungen: in Balgach/Widnau, Richterswil/Wädenswil und Uznach/Schmerikon. Nur in einem Markt kommt es jedoch zu einem betroffenen Markt. Im Gebiet Uznach/Schmerikon liegen der von einem Franchisenehmer betriebene

SPAR express-Tankstellenshop an der Zürcherstrasse 71 in Uznach und der von Store Service betriebene AVIA-Tankstellenshop an der Zürcherstrasse 29 in Uznach gemäss der meldenden Partei zu Fuss rund 650 m (vgl. nachfolgende Tabelle) und in Luftlinie rund 610 m voneinander entfernt. In Autofahrminuten beträgt die Distanz zwischen den beiden vorgenannten Shops rund 1 Minute (vgl. nachfolgende Tabelle 3).

Tabelle 3: Konkurrenzsituation im Gebiet Uznach/Schmerikon

Wettbewerber im Gebiet Uznach/Schmerikon	Distanz von ...			
	SPAR express, Zürcherstr. 71		Store Service, Zürcherstr. 29	
	zu Fuss [km]	per Auto [min]	zu Fuss [km]	per Auto [min]
nach ...				
SPAR express, Zürcherstrasse 71, Uznach (BP-Tankstelle)	0	0	0,65	1
Store Service, Zürcherstrasse 29, Uznach (AVIA-Tankstelle)	0,65	1	0	0
SPAR Supermarkt, Seegartenstr. 2, Schmerikon <sup>47</sup> (Tamoil-Tankstelle)	2,1	4	2,8	5
k kiosk, Bahnhof, Uznach	1,1	2	0,75	1
migrolino, St. Gallerstrasse 75a, Schmerikon (Shell-Tankstelle)	0,9	2	1,5	3
Agrola, Uznacherstrasse, Neuhaus (Eschen- bach)	2,7	5	3,4	6
Eschi Kiosk & Shop GmbH, Dorfstrasse 17, Eschenbach (Agrola-Tankstelle)	5	9	5,5	9

Bemerkungen: Fusswegdistanz zwischen Standorten der Zusammenschlussparteien gemäss Angaben der meldenden Partei gestützt auf Google Maps; sämtliche weiteren Angaben gemäss Google Maps, geschätzt für Sonntag, 14.2.2021, um 12 Uhr (8.2.2021, 10.2.2021 und 11.2.2021).

36. Es gibt zwei Convenience-Shops, die auch sonntags geöffnet haben, und nicht weiter als 2 km zu Fuss von den vorgenannten Standorten der Zusammenschlussparteien entfernt sind, nämlich ein k kiosk am Bahnhof in Uznach und ein migrolino an einer Shell-Tankstelle in Schmerikon (vgl. Tabelle 3). Gestützt auf einen Radius von 2 km Fussweg ergibt sich somit ein kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien bezüglich Convenience-Shops von [40–50] % und Tankstellenshops von [40–50] %. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich beim Gebiet Uznach/Schmerikon um (eine) eher ländliche Region handelt und darum Autofahrer stärker zu berücksichtigen sind.

37. Bei einer Erweiterung vorgenannter Radien auf 5 km sind als Wettbewerber neu auch ein Agrola-Shop in Neuhaus (Eschenbach) und für den SPAR express-Shop an der Zürcherstrasse 71 in Uznach zudem der Tankstellenshop der Eschi Kiosk & Shop GmbH (nachfolgend: Eschi) zu berücksichtigen. Im Weiteren liegt auch der an einer Tamoil-Tankstelle gelegene SPAR-Supermarkt in Schmerikon innerhalb dieser Radien.<sup>48</sup> Sämtliche der vorgenannten Shops mit Ausnahme des Eschi-Shops sind von den Standorten der Zusammenschlussparteien an der Zürcherstrasse in Uznach aus innerhalb von 6 Minuten zu erreichen. Nebst einem k kiosk, einem migrolino und einem Agrola-Shop gibt es dabei auch einen gemäss der meldenden Partei von der SPAR Gruppe Schweiz betriebenen SPAR-Supermarkt

an einer Tamoil-Tankstelle, der sonntags geöffnet hat. In diesem derart räumlich abgegrenzten Markt für Convenience-Shops beträgt der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien [40–50] % (vgl. Tabelle 4). Wird der Convenience-Shop-Markt auf Radien von 5 Minuten begrenzt, steigt der kumulierte Marktanteil mit dem Store Service-Shop an der Zürcherstrasse 29 in Uznach als Mittelpunkt auf [50–60] %. Als Wettbewerber verbleiben in einem derart räumlich abgegrenzten Markt ein k kiosk und ein migrolino. Betrachtet man nur Tankstellenshops, sind die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien etwas höher, da der vorgenannte k kiosk als Wettbewerber wegfällt.

<sup>47</sup> Abends und sonntags geöffnet, vgl. <www.spar.ch/spar-maerkte/spar-express-uznach/> (3.2.2021).

<sup>48</sup> Auf eine Betrachtung der Wettbewerbssituation bei einem solchen Radius um den SPAR-Supermarkt an der Tamoil-Tankstelle in Schmerikon wird vorliegend verzichtet.

Tabelle 4: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Gebiet Uznach/Schmerikon bezüglich Convenience-Shops und Tankstellenshops für 2019

	Uznach/Schmerikon: Marktanteil [%]					
	Convenience-Shops			Tankstellenshops		
	SPAR Gruppe Schweiz	Store Service	kumuliert	SPAR Gruppe Schweiz	Store Service	kumuliert
<b>Radius von 2 km Fusswegdistanz um ...</b>						
SPAR express-Shop	[20–30]	[10–20]	[40–50]	[20–30]	[20–30]	[40–50]
Store Service-Shop	[20–30]	[10–20]	[40–50]	[20–30]	[20–30]	[40–50]
<b>Radius von 5-Autofahrminuten um ...</b>						
SPAR express-Shop	[30–40]	[10–20]	[40–50]	[30–40]	[10–20]	[50–60]
Store Service-Shop	[40–50]	[10–20]	[50–60]	[40–50]	[10–20]	[60–70]
<b>Radius von 6-Autofahrminuten und 5 km Fusswegdistanz um ...</b>						
SPAR express-Shop	[30–40]	[10–20]	[40–50]	[30–40]	[10–20]	[50–60]
Store Service-Shop	[30–40]	[10–20]	[40–50]	[30–40]	[10–20]	[50–60]

Bemerkungen: Eigene Berechnungen gestützt auf Schätzungen der meldenden Partei zu den Umsätzen der einzelnen Shops, sowie geschätzte Distanzen gemäss Google Maps für Sonntag, 14.2.2021, 12 Uhr (8.2.2021).

38. Wie bereits in Rz 35 bemerkt, handelt es sich beim vorgängig erwähnten SPAR express-Shop in Uznach um einen von einem Franchisenehmer betriebenen Shop. So stellt sich die Frage, inwieweit dieser Franchisenehmer und die von den Zusammenschlussparteien betriebenen Shops miteinander im Wettbewerb stehen. Gemäss dem Entscheid Migros/Valora können Franchisenehmer trotz einheitlichem Auftritt unter der gleichen Marke zueinander in einem gewissen Wettbewerb stehen.<sup>49</sup>

39. Im vorliegenden Fall unterbreitet die SPAR Gruppe Schweiz ihren Franchisenehmern von SPAR express-Shops gemäss der meldenden Partei in Bezug auf das SPAR-Grundsortiment unverbindliche Höchstpreisempfehlungen. Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese Franchisenehmer einen gewissen Preissetzungsspielraum haben. In Berücksichtigung vorgenannter Argumente sind die Marktanteile der Zusammenschlussvorhaben im Bereich Convenience-Shops im Gebiet Uznach/Schmerikon zu relativieren.

40. In Berücksichtigung vorgehender Erläuterungen ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Bereich Convenience-Shops im Gebiet Uznach/Schmerikon eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

### B.3.2.3 Convenience-Shops: Gebiete bei Zermatt, Arosa und Schluen (Ilanz)

41. Von den Märkten, in welchen es durch das Zusammenschlussvorhaben bei der Abgrenzung lokaler Märkte bezüglich Convenience-Shops nicht zu Überlappungen der Radien um die Standorte der Zusammenschlussparteien kommt, erachtet es die meldende Partei nur für drei Märkte als möglich, dass es sich dabei um betroffene Märkte handeln könnte: Zermatt (VS), Arosa (GR) und Schluen (GR) in der Nähe von Ilanz (GR). In **Zermatt** verfügt die SPAR Gruppe Schweiz über einen von einem Franchisegeber betriebenen SPAR express-Shop an der Schlumattstrasse 1. Tankstellenshops gibt es in diesem für den Privatverkehr gesperrten Dorf nicht. Mehrere Supermärkte in Zermatt haben sonntags geöffnet, so einer von Coop, einer von der Migros und ein Denner Partner.<sup>50</sup> Auch drei Kioske von k kiosk haben

<sup>49</sup> RPW 2005/3, 480 Rz 40, *Migros/Valora*. Zur Frage des Wettbewerbs zwischen einem Franchisegeber mit selbst betriebenen Filialen und seinen Franchisenehmern, vgl. auch RPW 2008/1, 163 Rz 279, *Migros/Denner*.

<sup>50</sup> Vgl. Suche nach «Zermatt» auf <[www.coop.ch/de/store-finder](http://www.coop.ch/de/store-finder)>, <[filialen.migros.ch/de/migros-supermarkt-zermatt](http://filialen.migros.ch/de/migros-supermarkt-zermatt)>, <[www.zermatt.ch/Media/Attraktionen/Denner-Partner](http://www.zermatt.ch/Media/Attraktionen/Denner-Partner)> (9.2.2021).

sonntags in Zermatt geöffnet.<sup>51</sup> Werden Läden des Lebensmitteldetailhandels, die sonntags geöffnet haben, zum Convenience-Shop-Markt hinzugerechnet, so ist davon auszugehen, dass es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben im Gebiet Zermatt nicht zu einem betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition bezüglich Convenience-Shops kommt.

42. In **Arosa** betreibt die Store Service einen AVIA-Tankstellenshop an der Alteinstrasse 4. Weitere Tankstellenshops gibt es in Arosa nicht, dafür aber zwei Coop-Supermärkte und einen k kiosk, die sonntags geöffnet haben.<sup>52</sup> Berücksichtigt man diese als Konkurrenz des Store Service-Shops in diesem räumlich relevanten Markt, so ergibt sich vermutlich kein oder nur ein relativ knapp betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition bezüglich Convenience-Shops durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben.<sup>53</sup> Ein betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition ergibt sich aber bezüglich Tankstellenshops, wenn man davon ausgeht, dass der Radius eines lokalen Marktes bezüglich Tankstellenshops auch in peripheren Gebieten nicht grösser als etwa 10 km per Auto oder etwa 20 Autofahrminuten ist. So befindet sich der Tankstellenshop, der per Auto am Nächsten zum Tankstellenshop in Arosa liegt, im Raum Chur und somit ausserhalb vorgenannter in km und Minuten definierter Radien.

43. In **Schluein** bei Ilanz betreibt die Store Service einen AVIA-Tankstellenshop an der Via Principala 1A. Zu den nächstgelegenen Convenience-Shops, welche sonntags geöffnet haben, gehören ein k kiosk am Bahnhof in Ilanz (1,9 km zu Fuss), ein SOCAR-Tankstellenshop an der Via Crappa Grossa 22 in Ilanz, ein Volg-Supermarkt an der Via Principala 56 in Laax (GR) (5 min per Auto), ein Coop Pronto-Tankstellenshop an der Via Uletsch in Laax (7 min per Auto) und ein Volg-Supermarkt an der Via Murschetg 41b in Laax (8 min per Auto).<sup>54</sup> Weitere Tankstellenshops gibt es gemäss den verfügbaren Informationen keine im Umkreis von 10 km per Auto oder 20 Autofahrminuten. Je nach räumlicher Abgrenzung der Märkte für Convenience-Shops resp. Tankstellenshops mit der AVIA-Tankstellenshop in Schluein als Mittelpunkt ergibt sich durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben für dieses Gebiet ein betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition.

44. Anzumerken ist, dass die meldende Partei davon ausgeht, dass der Raum Chur bezüglich Convenience-Shops sowohl zum gleichen räumlichen Markt gehört, in welchem der von der Store Service betriebene Tankstellenshop in Arosa den Mittelpunkt bildet, als auch zum gleichen räumlichen Markt, in welchem der von der Store Service betriebene Tankstellenshop in Schluein (in der Nähe von Ilanz) den Mittelpunkt bildet, dies mit Hinweis darauf, dass ein Grossteil der Kunden des Tankstellenshops Autofahrer sein dürften, die sich zur Ausübung von Freizeitaktivitäten aus anderen Regionen der Schweiz via Chur in diese Bergregionen begeben und am gleichen Tag wieder zurückreisen.

45. Die Zusammenschlussparteien sehen sich im Bereich Tankstellenshops mehreren, grösseren, national oder zumindest überregional tätigen Tankstellenshopketten wie Coop, Migrol, Agrola und BP gegenüber (vgl. Rz 29). Zudem erfahren sie bezüglich ihrer Conve-

nience-Shops einen gewissen Wettbewerbsdruck insbesondere von Läden des Lebensmitteldetailhandels an Werktagen zu den üblichen Öffnungszeiten solcher Läden.<sup>55</sup>

46. Die betroffenen Märkte, zu denen es in den Gebieten Arosa und Schluein (Ilanz) je nach konkreter, lokaler Marktabgrenzung von Convenience-Shops resp. Tankstellenshops allenfalls kommt, sind solche ohne Marktanteilsaddition. Auf diesen Märkten ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse durch das Zusammenschlussvorhaben also nicht. Zudem sehen sich die Zusammenschlussparteien im Bereich Convenience-Shops resp. Tankstellenshops auf überregionaler Ebene einer Reihe grösserer Tankstellenketten gegenüber und erfahren einen gewissen Wettbewerbsdruck durch den Lebensmitteldetailhandel. So ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieser Märkte eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

### B.3.3 Nebenabreden

47. Die meldende Partei beantragt die Prüfung von Nebenabreden. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Zusammenschlussvorhaben erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>56</sup>

48. Bezüglich Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (EU-Bekanntmachung),<sup>57</sup> gerichtet.<sup>58</sup>

<sup>51</sup> Es sind dies der k kiosk Zermatt Riffelberg, der Bahnhofkiosk BVZ und der k kiosk Petit Cervin (vgl. Suche nach «Zermatt» auf <www.kkiosk.ch> standorte, 9.2.2021).

<sup>52</sup> Es sind dies die Coop-Supermärkte Arosa Valsana und Arosa Dorf (vgl. Suche nach «Arosa» auf <www.coop.ch/de/store-finder>, 9.2.2021) sowie der k kiosk Bahnhofkiosk (vgl. Suche nach «Zermatt» auf <www.kkiosk.ch> standorte, 9.2.2021).

<sup>53</sup> Für die Umsätze der Coop-Supermärkte in Arosa liegen keine Schätzungen vor.

<sup>54</sup> Vgl. Suche nach «Schluein» auf <avia.ch/tankstellen/tankstellenfinder> (9.2.2021), Suche nach «Ilanz» auf <www.kkiosk.ch> standorte (9.2.2021), Suche nach «Ilanz» auf <www.socarenergy.ch/de-ch/feuer-private/tankstellen.html> (10.2.2021), Suche nach «Laax» auf <www.volg.ch> Verkaufsstellen (9.2.2021), <www.coop-pronto.ch/de/standort/laax> (9.2.2021). Distanzen gemäss Google Maps für Sonntag, 14.2.2021, 12 Uhr (9.2.2021).

<sup>55</sup> Vgl. RPW 2005/3, 478 Rz 19, *Migros/Valora*.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m.w.H.

<sup>57</sup> ABl. C 56 vom 5.3.2005, S. 24 ff.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2012/1, 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

49. Wettbewerbsabreden können nur dann als «mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden» angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>59</sup>

50. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass der Zusammenschluss ohne die fragliche Abrede entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>60</sup>

51. Die meldende Partei beantragt die Prüfung eines Wettbewerbs- und eines Abwerbverbots als Nebenabreden: Mit dem Wettbewerbsverbot verpflichten sich die Store Service Holding und deren Aktionärinnen, während zweier Jahre ab Vollzugsdatum des Zusammenschlusses in keinen Organen von Konkurrenzunternehmen der Store Service vertreten zu sein und sich – abgesehen von nachfolgend beschriebener Ausnahme – weder unmittelbar noch mittelbar an Konkurrenzunternehmen der Store Service zu beteiligen. Als Konkurrenzunternehmen der Store Service gelten Unternehmen, die Tankstellenshops betreiben. Nicht von diesem Wettbewerbsverbot erfasst ist der Erwerb börsenkotierter Aktien an Konkurrenzunternehmen bis zu einer Beteiligung von 10 %, sofern dieser Erwerb eine Kapitalanlage bezweckt. Ferner wird ein [...] Abwerbverbot [...] im Hinblick auf die Mitarbeiter der Store Service vereinbart.

52. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.<sup>61</sup> Das Wettbewerbsverbot wird vorliegend für zwei Jahre vereinbart. In zeitlicher Hinsicht wird somit die Voraussetzung zur Qualifikation als Nebenabrede erfüllt.

53. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.<sup>62</sup>

Im vorliegenden Fall beschränkt sich das Wettbewerbsverbot auf Tankstellenshops, welche den Geschäftsgegenstand der Store Service bilden. Somit rechtfertigt sich das Wettbewerbsverbot auch in sachlicher Hinsicht.

54. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.<sup>63</sup> In räumlicher Hinsicht bezieht sich das Wettbewerbsverbot im Aktienkaufvertrag auf die ganze Schweiz. Die meldende Partei schreibt in der Meldung, dass die SPAR Holding einseitig auf die Einhaltung des Wettbewerbs- und Abwerbverbots im Kanton Tessin und im Berner Oberland verzichten wolle. Die Store Service ist jedoch noch in weiteren Gebieten der Schweiz nicht tätig. In räumlicher Hinsicht kann das Wettbewerbsverbot zulasten des Veräusserers nur für diejenigen Gebiete als mit dem Zusammenschluss notwendigerweise verbunden betrachtet werden, in denen Store Service bereits vor dem Zusammenschluss Tankstellenshops betrieb.<sup>64</sup> Das Wettbewerbsverbot geht in räumlicher Hinsicht somit über das hinaus, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist.

55. Abwerbverbote werden in gleicher Weise beurteilt wie Wettbewerbsverbote.<sup>65</sup> Dementsprechend erfüllt das Abwerbverbot in zeitlicher und sachlicher Hinsicht die Voraussetzungen zur Qualifikation als zulässige Nebenabrede, nicht jedoch in räumlicher Hinsicht. Auch das Abwerbverbot geht in räumlicher Hinsicht über das hinaus, was für die Durchführung des Zusammenschlusses erforderlich ist.

<sup>59</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12; RPW 2013/3, 388 Rz 66, *Tamedia/Starticket*.

<sup>60</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13; RPW 2013/3, 388 Rz 67, *Tamedia/Starticket*.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2013/3, S. 388, Rz 69, *Tamedia/Starticket*.

<sup>62</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23; RPW 2013/3, 388, Rz 71, *Tamedia/Starticket*.

<sup>63</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22; RPW 2013/3, 388, Rz 70, *Tamedia/Starticket*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2017/3, 498 Rz 21, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

<sup>65</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 26; RPW 2017/2, 309 Rz 168, *Post/SBB/SwissSign*; RPW 2015/3, 505 Rz 241, *Tamedia/ricardo.ch*.



56. Zusammengefasst entsprechen das Wettbewerbs- und das Abwerbeverbot nur in zeitlicher und sachlicher Hinsicht, nicht jedoch in räumlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der Wettbewerbskommission bzw. der EU-Kommission bezüglich Nebenabreden. Sie fallen nicht unter das Konzentrationsprivileg, soweit sie über die räumlich relevanten lokalen Märkte hinausgehen, auf welchen die Store Service tätig war. Allerdings ist die Beurteilung der WEKO nicht konstitutiv für die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede.<sup>66</sup> Die Abreden unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

#### **B.3.4 Ergebnis**

57. Die vorläufige Prüfung ergibt aus 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.

58. Die meldende Partei macht ein Wettbewerbs- und ein Abwerbeverbot geltend (vgl. Rz 47 ff.). Die genannten Vereinbarungen entsprechen aber nur in zeitlicher und sachlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der Wettbewerbskommission bzw. der EU-Kommission bezüglich Nebenabreden und fallen nicht unter das Konzentrationsprivileg (vgl. Rz 56).

---

<sup>66</sup> FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 216.

*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 28. Oktober 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. Oktober 2020*

## A Sachverhalt

1. Am 3. Oktober 2020 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Liberty Global plc (nachfolgend: Liberty Global) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Liberty Global den Erwerb sämtlicher Aktien und damit die Übernahme der alleinigen Kontrolle über die Sunrise Communications Group AG (nachfolgend: Sunrise).<sup>1</sup>

2. Bereits vor rund einem Jahr wurde ein nahezu identisches Zusammenschlussvorhaben von der WEKO beurteilt. Damals plante Sunrise die in der Schweiz tätigen Geschäftsteile von Liberty Global – im Wesentlichen die UPC Schweiz GmbH (nachfolgend: UPC) – zu übernehmen.<sup>2</sup> Die WEKO kam nach vertiefter Prüfung in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2019 zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne und liess den Zusammenschluss ohne Auflagen und Bedingungen zu.<sup>3</sup> Der Deal fand jedoch anschliessend keine Mehrheit bei den Aktionären und kam entsprechend nicht zustande.<sup>4</sup>

### A.1 Anträge der Zusammenschlussparteien

3. Die Zusammenschlussparteien beantragen:

«Das Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen und es sei von der Einleitung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 33 KG abzusehen.»

### A.2 Beteiligte Unternehmen

#### A.2.1 Liberty Global (erwerbendes Unternehmen)

4. Liberty Global ist ein börsenkotiertes Unternehmen, das am NASDAQ Global Selected Market kotiert ist. Sie hat ihren Sitz in London und ist nach dem Recht von England und Wales organisiert.<sup>5</sup>

5. Grösster Aktionär von Liberty Global ist John Malone, der Verwaltungsratspräsident von Liberty Global, der am 5. August 2020 wirtschaftlich Berechtigter an Stammaktion von Liberty Global war, die etwa [30-40] % der gesamten Stimmrechte des Unternehmens ausmachten. Nach Meinung des meldenden Unternehmens und mit

Verweis auf den Entscheid «M.7000 Liberty Global | Ziggo (2018)» ist Herr Malone nicht in der Lage, (de facto oder de iure) Kontrolle über Liberty Global auszuüben.<sup>6</sup>

6. Liberty Global ist in der Schweiz, Polen und der Slowakei durch verschiedene hundertprozentige Tochtergesellschaften unter der Marke UPC tätig.<sup>7</sup> Darüber hinaus ist Liberty Global im Vereinigten Königreich und Irland über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaften Virgin Media Inc. und in Belgien über die Telenet Group Holding N.V., eine 60.2 prozentige Tochtergesellschaft, tätig. Darüber hinaus besitzt Liberty Global eine 50 prozentige Beteiligung an einem 50:50 Joint Venture zwischen Vodafone Group plc und Liberty Global (VodafoneZiggo JV), das in den Niederlanden tätig ist.

7. UPC ist eine 100 prozentige Tochtergesellschaft von Liberty Global mit Sitz in Wallisellen, Schweiz (CHE-106.848.147).<sup>8</sup> UPC führt die Geschäfte von Liberty Global in der Schweiz. UPC bietet Festnetztelefonie-, Breitband, TV- und Mobilfunkdienste für Privat- und Geschäftskunden an.<sup>9</sup>

#### A.2.2 Sunrise (Kaufobjekt)

8. Sunrise ist ein börsenkotiertes Unternehmen ohne Mehrheitsaktionäre und bietet über ihre Tochtergesellschaften mobile Telefonie- und Datendienste für Privatkunden, Geschäftskunden und andere Netzbetreiber in der gesamten Schweiz über ihr eigenes Mobilfunknetz an.<sup>10</sup> Darüber hinaus ist Sunrise auf der Grundlage von Wholesale-Zugangsvereinbarungen, insbesondere mit Swisscom und Swiss Fibre Net AG (SFN), für Kunden in der gesamten Schweiz im Bereich Festnetzanschlüsse, kabelgebundenes Internet und Internet Protocol Television (IPTV)-Dienste tätig. Zur Erbringung ihrer Dienstleistungen betreibt Sunrise eine eigene Backbone-Infrastruktur und IP-Interkonnektion.

#### A.3 Das Zusammenschlussvorhaben

9. Am 12. August 2020 gab Liberty Global bekannt, dass sich Liberty Global gemäss den Bestimmungen einer Transaktionsvereinbarung zwischen Liberty Global und Sunrise vom 12. August 2020 (das Transaction Agreement) verpflichtet hat, ein öffentliches Kaufangebot in

<sup>1</sup> Vgl. act. 012, Rz 34 ff.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2020/2, 759 Rz 1, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2020/2, 808 Rz 346, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>4</sup> Vgl. < [www.sunrise.ch/de/corporate-communications/medien/medienmitteilungen-olf.html](http://www.sunrise.ch/de/corporate-communications/medien/medienmitteilungen-olf.html) > 2019 > 22.10.2019 «Sunrise annulliert mit Zustimmung von Liberty Global die AGV», zuletzt besucht am 15.10.2020.

<sup>5</sup> Vgl. act. 012, Rz 8.

<sup>6</sup> Vgl. act. 012, Rz 9.

<sup>7</sup> Vgl. act. 012, Rz 10.

<sup>8</sup> Vgl. act. 012, Rz 11.

<sup>9</sup> Vgl. act. 012, Rz 15 f.

<sup>10</sup> Vgl. act. 012, Rz 22 ff.

bar für alle sich im Umlauf befindlichen Aktien von Sunrise zu einem Preis von CHF 110 netto pro Aktie zu unterbreiten.<sup>11</sup> [...] Das Angebot entspricht einer Prämie von 32 % auf den volumengewichteten 60-Tage-Durchschnittskurs pro Aktie von CHF 83.17 während des Zeitraums bis (und mit) 11. August 2020 [...].

10. Das Angebot von Liberty Global ist u.a. an die Bedingungen geknüpft, dass am Ende der Angebotsfrist mindestens 66 2/3 % (zwei Drittel) aller Sunrise-Aktien auf Basis des vollständig verwässerten Aktienkapitals von Sunrise angedient werden, sowie, dass die WEKO und, im Hinblick auf die wirtschaftliche Übertragung der Funkkonzessionen von Sunrise nach dem Fernmeldegesetz, die Kommunikationskommission (ComCom) bzw. das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Freigabe erteilen.<sup>12</sup> Am 27. August 2020 wurde der Angebotsprospekt veröffentlicht. Die Angebotsfrist begann gemäss schweizerischem Übernahmerecht nach einer Karenzfrist von 10 Börsentagen gemäss Definition der SIX Swiss Exchange (SIX-Börsentage) und bleibt während mindestens zwanzig SIX-Börsentagen offen. Nach Ablauf dieser Angebotsfrist (und unter Vorbehalt von deren Verlängerung) und sofern das Angebot zu Stande gekommen ist, wird es eine zusätzliche Nachfrist von zehn SIX-Handelstagen geben. Danach wird das Endergebnis des öffentlichen Kaufangebots veröffentlicht, das Zusammenschlussvorhaben unterliegt vor dem Vollzug jedoch weiterhin den erforderlichen behördlichen Freigaben.

11. Liberty Global wird die Kontrolle über Sunrise erst erwerben, wenn das Angebot vollzogen wird, d. h. wenn das Eigentum an den angedienten Sunrise-Aktien gegen Zahlung des Angebotspreises auf Liberty Global übergeht (Verfügungsgeschäft). Während der Angebotsfrist dienen die Aktionäre ihre Aktien im Rahmen des Übernahmeangebots an (Verpflichtungsgeschäft), doch geht das Eigentum an den Aktien und damit die Kontrolle über Sunrise zu diesem Zeitpunkt noch nicht über. Stattdessen findet der Kontrollwechsel mit dem Vollzug des Angebots statt, der erst nach Erhalt aller behördlichen Genehmigungen stattfinden wird, wie im Angebotsprospekt näher ausgeführt wird. Insbesondere ist der Vollzug des Angebots an die Bedingung geknüpft, dass die Zustimmungen aller zuständigen Behörden vorliegen, einschliesslich der Genehmigung im Rahmen der Fusionskontrolle.<sup>13</sup>

12. Der Verwaltungsrat von Sunrise empfiehlt seinen Aktionären einstimmig, das Angebot anzunehmen. Zudem hat die Freenet AG, die grösste Aktionärin von Sunrise, die rund 24 % des Aktienkapitals von Sunrise hält, eine verbindliche, bedingungslose Verpflichtung unterzeichnet, ihre Aktien zum Angebotspreis anzudienen.<sup>14</sup>

13. Liberty Global beabsichtigt, nach Vollzug eines erfolgreichen Angebots, abhängig von der Annahmequote, ein Squeeze-out-Verfahren einzuleiten und die Sunrise-Aktien von der SIX zu dekotieren.<sup>15</sup> Es wird erwartet, dass Sunrise nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eine 100%-ige Tochtergesellschaft innerhalb der Liberty Global-Unternehmensgruppe wird.

#### A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

14. Gemäss Meldung sollen durch das Zusammenschlussvorhaben zwei komplementäre Unternehmen zusammengeführt werden, um ihre jeweiligen strategischen Ausrichtungen zu kombinieren und zu integrieren.<sup>16</sup> Dies umfasse zum einen die Stärke und Kompetenz von UPC in den Bereichen Festnetz, Breitbandinternet und TV-Dienstleistungen sowie die Erfahrung und Erfolgsbilanz von Liberty Global in der Schaffung starker, «disruptiver» Herausforderer durch die Umsetzung ihrer Strategie des Wachstums und der Technologie- und Service-Innovation für ihre europäischen operativen Einheiten. Zum anderen umfasse das Zusammenschlussvorhaben die Mobilfunkkompetenz von Sunrise und deren Mentalität und Erfolgsbilanz als Preisherausforderer und Innovator. Aufgrund des beträchtlichen Cross-Selling-Potenzials und der Kostensynergien, die durch das Zusammenschlussvorhaben entstehen würden, werde das zusammengeführte Unternehmen zu einem stärkeren Konkurrenten und zu einem Katalysator für weitere Infrastrukturinvestitionen, Produktinnovationen und verstärkten Wettbewerb auf den Einzelhandelsmärkten werden.

15. Die Kombination der Mobilfunk-Kompetenz von Sunrise und ihre Mentalität und Erfahrung als Preisherausforderer und Innovator mit der Festnetz-Kompetenz von UPC werde insbesondere die Wettbewerbsfähigkeit des zusammengeführten Unternehmens im Bereich Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich stärken.<sup>17</sup> Hierbei soll das Geschäftskundensegment von der erweiterten Reichweite des Sunrise-Kundenstamms profitieren, wodurch die Möglichkeiten zum Cross-Selling konvergenter Mobil- und Festnetzprodukte erhöht und die Bereitstellung innovativer integrierter Lösungen zur Unterstützung von Unternehmen aller Grössenordnungen ermöglicht werden soll, was zu einem verbesserten Kundenerlebnis führe. Nach Meinung der Zusammenschlussparteien werde damit der marktbeherrschende Akteur Swisscom – mit Marktanteilen im Bereich Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich von mehr als [80-90] % und anfällig dafür, seine marktbeherrschende Stellung auszunutzen – zum ersten Mal mit einem Unternehmen konfrontiert werden, das in der Lage und bestrebt sei, langfristig wettbewerbsfähig zu sein. Dies werde sich «disruptiv» auf die marktbeherrschende Stellung von Swisscom auswirken, einen wirksamen Wettbewerb [...] ermöglichen und die Wettbewerbsbedingungen auf diesen Märkten deutlich verbessern.<sup>18</sup>

16. Gemäss Meldung ermöglicht das Zusammenschlussvorhaben dem zusammengeschlossenen Unternehmen generell durch das Anbieten verbesserter Telekommunikationsdienstleistungen für die bestehenden Kunden der beiden Unternehmen Wachstum zu erzielen

<sup>11</sup> Vgl. act. 012, Rz 34.

<sup>12</sup> Vgl. act. 012, Rz 35.

<sup>13</sup> Vgl. act. 012, Rz 36.

<sup>14</sup> Vgl. act. 012, Rz 37.

<sup>15</sup> Vgl. act. 012, Rz 38.

<sup>16</sup> Vgl. act. 012, Rz 41.

<sup>17</sup> Vgl. act. 012, Rz 41.

<sup>18</sup> Vgl. act. 012, Rz 42.

und neue Kunden zu gewinnen. Das Zusammenschlussvorhaben werde es dem zusammengeschlossenen Unternehmen ermöglichen, die Mobilfunkdienstleistungen von Sunrise an die Festnetzkunden von UPC und die Festnetzdienstleistungen von UPC an die Kunden von Sunrise zu verkaufen, indem attraktivere Bündel und innovative konvergente Dienstleistungen angeboten würden. Angesichts des vergrösserten Kundenstamms könne das zusammengeschlossene Unternehmen seine Investitionen auf eine grössere Anzahl von ertragserzeugenden Einheiten (Revenue Generating Unit, RGU) verteilen. Dieser grössere Investitions- und Innovationspielraum könne zusammen mit der Integration der strategischen Ausrichtung und Denkweise von Sunrise als Herausforderer genutzt werden, um die Wachstumsstrategie von UPC weiter zu stärken.<sup>19</sup>

17. Schliesslich werde das Zusammenschlussvorhaben erhebliche Kostensynergien schaffen, insbesondere durch Einsparungen bei den Wholesale-Kosten sowohl für den mobilen als auch für den Festnetz-Zugang, wodurch die Fix- und Grenzkosten gesenkt werden würden. Auch diese Kostensenkung werde es dem zusammengeführten Unternehmen ermöglichen, hochwertigere Dienstleistungen zu wettbewerbsfähigen Preisen anzubieten und die Investitionen in Infrastruktur und Dienstleistungen auszuweiten.<sup>20</sup>

#### A.5 Das Verfahren

18. Mit elektronischer Eingabe vom 1. September 2020 reichte Liberty Global zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben einen Meldungsentwurf ein<sup>21</sup>, dessen Eingang das Sekretariat am 3. September 2020 bestätigte.<sup>22</sup>

19. Mit Schreiben vom 17. September 2020 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung und unterrichtete Liberty Global über die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfs und notwendige Ergänzungen bzw. Anpassungen.<sup>23</sup> Am 29. September 2020 reichte Liberty Global einen ergänzten Meldungsentwurf ein<sup>24</sup>, zu welchem das Sekretariat am 1. Oktober 2020 Stellung nahm.<sup>25</sup>

20. Am 2. Oktober 2020 reichte Liberty Global die Meldung ein,<sup>26</sup> deren Eingang das Sekretariat ebenfalls mit Schreiben 5. Oktober 2020 bestätigte.<sup>27</sup>

21. Mit Schreiben vom 3. Mai 2019 setzte das Sekretariat Liberty Global eine Frist zur Einreichung zusätzlicher Angaben gemäss Art. 15 VKU.<sup>28</sup> Gleichentags versandte das Sekretariat Fragebogen an Sunrise sowie an Salt Mobile SA (nachfolgend: Salt), Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN).<sup>29</sup>

22. Liberty Global reichte am 9. Oktober eine unaufgeforderte Stellungnahme betreffend die provisorischen Zwischenergebnisse und [...] ein.<sup>30</sup>

23. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.<sup>31</sup>

24. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 reichte Liberty Global fristgerecht die zusätzlichen Eingaben gemäss Art. 15 VKU ein.<sup>32</sup>

25. Ebenfalls mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 reichte Swisscom fristgerecht die verlangten Informationen und Daten ein.<sup>33</sup>

26. Nach gewährter Fristerstreckung antwortete SFN am 21. Oktober 2020 fristgerecht auf das Auskunftsbegehren.<sup>34</sup>

27. Nach gewährter Fristerstreckung antwortete Salt am 21. Oktober 2020 fristgerecht auf das Auskunftsbegehren.<sup>35</sup>

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

28. 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).

#### B.1.1 Unternehmen

29. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

30. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

31. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>36</sup>

<sup>19</sup> Vgl. act. 012, Rz 43.

<sup>20</sup> Vgl. act. 012, Rz 44.

<sup>21</sup> Vgl. act. 003.

<sup>22</sup> Vgl. act. 004.

<sup>23</sup> Vgl. act. 005 f.

<sup>24</sup> Vgl. act. 007.

<sup>25</sup> Vgl. act. 009 f.

<sup>26</sup> Vgl. act. 011 ff.

<sup>27</sup> Vgl. act. 015.

<sup>28</sup> Vgl. act. 020.

<sup>29</sup> Vgl. act. 016 - 019.

<sup>30</sup> Vgl. act. 025.

<sup>31</sup> Vgl. act. 028.

<sup>32</sup> Vgl. act. 034.

<sup>33</sup> Vgl. act. 032.

<sup>34</sup> Vgl. act. 037.

<sup>35</sup> Vgl. act. 038.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

32. Gemäss Meldung beabsichtigt Liberty Global, die alleinige Kontrolle über Sunrise zu erwerben (vgl. Rz 1). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## B.3 Meldepflicht

34. 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 und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

35. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2019 den nachfolgenden Umsatz:<sup>37</sup>

	Weltweit	Schweizweit
Liberty Global	11'468.8 Mio. CHF	1'250 Mio. CHF
Sunrise	1'887 Mio. CHF	1'887 Mio. CHF
<b>Gesamt</b>	<b>13'355.8 Mio. CHF</b>	<b>3'137 Mio. CHF</b>

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen

36. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG sind überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

37. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirk-samer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

38. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG ist zunächst zu untersuchen, ob Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

39. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

40. Hierzu sind untenstehend zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

### B.4.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

41. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ist die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

42. Liberty Global ist eine internationale Video-, Breitband- und Kommunikationsunternehmensgruppe mit konsolidierten Aktivitäten in Grossbritannien und Irland (unter der Marke Virgin Media), Belgien (unter der Marke Telenet, mit rund 60 % Eigentumsanteil) und der Schweiz, Polen und der Slowakei (unter der Marke UPC).<sup>38</sup> Liberty Global besitzt auch 50 % des Vodafone-Ziggo-Joint Ventures in den Niederlanden und hat in Unternehmen investiert, die audiovisuelle Inhalte produzieren, darunter All3Media Ltd, die sie gemeinsam mit Discovery, Inc. besitzt.

<sup>37</sup> Vgl. act. 12, Rz 46 ff.

<sup>38</sup> Vgl. act. 12, Rz 12.

43. Liberty Global erbringt ihre Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden über ihre eigenen Festnetze, die Breitbandinternet, Video, Telefonie und mobile Dienste umfassen.<sup>39</sup> Liberty Global bietet mobile Dienste als Mobilfunknetzbetreiber (Mobile Network Operator; MNO) über Telenet in Belgien und als Mobile Virtual Network Operator (MVNO) über Drittnetze in ihren anderen Tätigkeitsländern an. In den meisten Gebieten, in denen Liberty Global tätig ist, ist das Kernangebot von Liberty Global «Triple-Play», das gebündelt die Dienstleistungen Breitbandinternet, digitales Video und digitale Telefonie in einem Abonnement umfasst. Liberty Global erweitert ihre Dienstleistungen in den meisten ihrer Märkte um mobile Dienste für einen «Quad-Play» bzw. Fix/Mobile-Bündelangebote.

44. UPC bietet Telekommunikationsdienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden in der Schweiz an.<sup>40</sup> UPC betreibt das grösste Kabelnetz der Schweiz. Über dieses Netz bietet UPC Privat- und Geschäftskunden Festnetztelefonie-Dienste, Breitbandinternet und digitales Fernsehen an. Das Kabelnetz von UPC besteht aus Glasfaser- und Koaxialkabel, auch bekannt als Hybrid Fiber Coax (HFC). Die auf dem Internet-Protokoll basierenden Dienste werden über den Übertragungsstandard DOCSIS bereitgestellt. Per September 2019 wurden 100 % des UPC-Netzes auf den DOCSIS 3.1-Standard aufgerüstet, der es ermöglicht, im gesamten UPC-Netz eine Geschwindigkeit von 1 Gbit/s anzubieten. Ihre Dienstleistungen erbringt UPC zudem über HFC-Netze von Dritten (Partner-Netze) sowie in vereinzelt Fällen über das FTTH-Netz von Swisscom und in einem sehr begrenzten Umfang über andere Netzbetreiber (Gemeinde Dietlikon, Die Werke (Wallisellen) AG, EW Höfe AG; insgesamt weniger als ca. [...] Anschlüsse) auf der Grundlage von Wholesale-Zugangsvereinbarungen. Im Geschäftskundenbereich bietet UPC basierend auf dem regulierten Zugang zum Swisscom-Netz auch Breitbandanbindungen über das DSL-Netz von Swisscom an. Schliesslich verfügt UPC gestützt auf einen MVNO-Vertrag (seit 2019 mit Swisscom, zuvor mit Salt) über eigene Mobilfunk-, Telefonie- und Datendienstangebote.

45. Für Privatkunden bietet UPC Festnetztelefonie-, Breitband-, TV- und Mobilfunkdienste an.<sup>41</sup> Die Angebote sind als Einzelprodukte oder in variablen Bündeln erhältlich. Über eigene Shops, das Internet und weitere Vertriebspartner vertreibt UPC diese Dienstleistungen sowie Mobilfunkgeräte und entsprechendes Zubehör. Die Festnetztelefonie ist standardmässig Teil der UPC-Bündel-Angebote, und es sind verschiedene Abonnemente erhältlich. Die Breitbandinternet-Angebote von UPC decken eine breite Palette von Internet-Geschwindigkeiten ab, die von 100 Mbit/s bis 1 Gbit/s reichen. Darüber hinaus bietet UPC ihren Privatkunden UPC TV an, das mit verschiedenen Funktionen wie z.B. Add-ons für Netflix oder Sky und einer Wiederholungsfunktion ausgestattet ist. UPC bietet auch verschiedene Abonnemente für Mobiltelefonie an.

46. Für Geschäftskunden bietet UPC Festnetztelefonie-, Breitband-, TV- und Mobilfunkdienste an.<sup>42</sup> UPC bietet zudem Unternehmenslösungen im Bereich Konnektivität (Standortvernetzung und VPN, Datacenter und Cloud-Lösungen) und Netzwerkdienstleistungen (Hosting, LAN, Wifi) an. Die Dienstleistungen von UPC für Geschäfts-

kunden richten sich an die Bedürfnisse von Unternehmen aller Grössenordnungen und umfassen ein grosses Portfolio an massgeschneiderten und innovativen Lösungen.

47. Auf Wholesale-Stufe (Grosshandels- oder Agenturverhältnisse) bietet UPC Dienstleistungen für andere Netzbetreiber und Dienstleister an.<sup>43</sup> Das Angebot umfasst namentlich die Terminierung von Anrufen auf dem Fest- und Mobilfunknetz, internationales Roaming, Transitdienste für Sprachanrufe auf dem Festnetz, Mietleitungen, IP-Interkonnektion, Mehrwertnummern und Hubbing. Im Bereich des digitalen Fernsehens besitzt UPC Premium Content-Rechte. Diese bietet sie TV-Anbietern zur Verbreitung an Endkunden an.

48. Sunrise bietet für Privatkunden sowohl unter ihrem eigenen Namen als auch unter ihren Markennamen Yallo, Lebara und Swype Mobilfunk-, Festnetz-, Breitband- und TV-Dienste an.<sup>44</sup> Über ihre Shops, das Internet sowie weitere Vertriebspartner vertreibt Sunrise ausserdem Mobilfunkdienstleistungen sowie Mobilfunkgeräte und Zubehör. Darüber hinaus bietet Sunrise ihren Kunden unter der Bezeichnung «Sunrise Pay» an, über die Telefonrechnung oder das Pre-Paid-Guthaben bestimmte Einkäufe zu tätigen. Weiter betreibt Sunrise unter dem Namen «surf protect» eine Lösung für sicheres Surfen im Internet. Schliesslich bietet Sunrise ihren privaten TV-Kunden die Sunrise Smart TV App an, die mit diversen Features wie unbegrenzte Aufnahmen im Cloud-Speicher, Wiedergabefunktion etc. ausgestattet ist. Im Jahr 2020 hat Sunrise die OTTT-Anbieterin «Wilmaa» übernommen.

49. Für Geschäftskunden bietet Sunrise unter anderem mobile Angebote über Festnetz-, Sprach-, Internet- und Datenlösungen (inklusive Internet-Konnektivitätsdiensten) bis hin zur Systemintegration und dem Management der Dienste an, um namentlich etwa Telefonie- und/oder Multimedia-Kommunikation zu ermöglichen (Unified Communication).<sup>45</sup> Die spezifischen Kundenbedürfnisse von Unternehmen aller Grössen werden mit einem Portfolio aus standardisierten Produkten sowie massgeschneiderten, skalierbaren und besonders zuverlässigen Angeboten abgedeckt.

50. Auf Wholesale-Stufe bietet Sunrise Sprach-, Daten- und Internetdienste für andere nationale und internationale Netzbetreiber und Dienstleister an.<sup>46</sup> Das Angebot umfasst namentlich die Terminierung von Anrufen auf dem Fest- und Mobilfunknetz, internationales Roaming, Transitdienste für Sprachanrufe auf dem Festnetz, Mietleitungen, IP-Interkonnektion, Mehrwertdienste und -nummern sowie Zugang zum eigenen Mobilfunknetz. Ferner bietet Sunrise sog. Sprach-Hubbing-Dienste (Transit-Dienste für internationale Telefongespräche) an.

<sup>39</sup> Vgl. act. 12, Rz 13.

<sup>40</sup> Vgl. act. 12, Rz 15.

<sup>41</sup> Vgl. act. 12, Rz 16.

<sup>42</sup> Vgl. act. 12, Rz 17.

<sup>43</sup> Vgl. act. 12, Rz 18.

<sup>44</sup> Vgl. act. 12, Rz 25.

<sup>45</sup> Vgl. act. 12, Rz 26.

<sup>46</sup> Vgl. act. 12, Rz 27.

51. Aus der Geschäftstätigkeit der beiden Unternehmen kann daher abgeleitet werden, dass diese in den Märkten für Mobiltelefonie, Festnetztelefonie, Breitbandinternet, Breitbandanbindung, Fernsehen und Einzelhandel mit Telekommunikationsprodukten tätig sind.

52. Nachfolgend werden in diesen Bereichen die einzelnen Märkte abgegrenzt.

#### **B.4.1.1 Märkte im Bereich Mobiltelefonie**

53. Im Bereich Mobiltelefonie wird zwischen Endkunden- und Vorleistungsmärkten unterschieden. Da Sunrise auch Netzbetreiberin ist, sind entsprechend auch die Vorleistungsmärkte abzugrenzen.

##### **B.4.1.1.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen**

54. Im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden mobile Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten oder einen Internetzugang herzustellen.<sup>47</sup> Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw. ausgehende Sprachverbindungen demselben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann zwischen den Kommunikationspartnern, zwischen Anrufer und Angerufenem, unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. In der Schweiz gilt das so sogenannte cpp-Prinzip (calling party pays). Erhält also ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er dafür nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, die der Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.<sup>48</sup>

55. Auf dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen treffen auf der Nachfrageseite Endkunden, die Mobilfunkdienstleistungen (Sprache und Daten) nachfragen, mit Fernmeldedienstleistern zusammen, die solche Mobilfunkdienstleistungen anbieten. Hierbei werden in der Regel die mobilen Dienstleistungen Sprach-, SMS/MMS- und Datendienste sowie internationale Roamingdienste angeboten.<sup>49</sup>

56. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren bzw. Kurznachrichten zu senden und ist immer, wann und wo auch immer er sich gerade befindet, erreichbar. Zudem kann der Endkunde ortsunabhängig zu jeder Zeit eine Internetverbindung aufbauen. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entsprechender Weise von einem Festnetzanschluss bzw. Breitbandinternetanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meist ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses und in der Regel auch diejenigen eines Breitbandinternetanschlusses, geht aber gleichzeitig, was die Ortsunabhängigkeit anbelangt, darüber hinaus. Zudem sind die Anforderungen an Bandbreite in der Regel weniger hoch als bei Breitbandanschlüssen, da mobile Endgeräte, was die graphische Darstellung und die Rechenkraft anbelangt, oft weniger leistungsfähig

sind. In diesem Zusammenhang spricht man auch von begrenzter asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann in gewissen Situationen durch das Mobilfunknetz substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt.<sup>50</sup> Gemäss jüngster Praxis der WEKO wird nicht mehr zwischen dem Transfer von Daten und Sprachkommunikation unterschieden.<sup>51</sup>

57. Bezugnehmend auf die Meldung von Sunrise im Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global bringt Liberty Global vor, dass ihrer Meinung nach aufgrund weit verbreiteter unbegrenzter mobiler Datenpläne auch OTT-Dienste dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen zuzurechnen sind. Dies insbesondere, weil sich Mobilfunknetzbetreiber (MNOs) heute mit starken «disruptiven» Kräften konfrontiert sähen, die von ausserhalb der traditionellen Mobilfunkmärkte kommen würden, hauptsächlich in Form kostenloser OTT-Dienste und des mobilen Internetzugangs über WiFi-Hotspots. Während OTT-Dienste traditionelle mobile Dienste wie Sprach- und Kurznachrichtendienste (SMS) ersetzen würden, böten WiFi-Hotspots eine alternative Infrastruktur für den mobilen Internetzugang. Gemeinsam böten sie den Konsumenten die Möglichkeit, die derzeit von den MNOs angebotenen Hauptdienstleistungen zu ersetzen.<sup>52</sup>

58. Hierzu ist einzuwenden, dass Mobilfunkdienstleistungen heute als Plattformdienstleistungen für die Datenübertragung anzusehen sind. Dies spiegelt sich insbesondere in den derzeit vorherrschenden Flat-Rate-Angeboten wider. Ein Kunde fragt damit nicht mehr einfach nur Sprachdienste, SMS/MMS-Dienste und einen Internetzugang nach, sondern er fragt Datenübertragungsdienstleistungen nach, mittels welchen diese Dienste erbracht werden können. OTT-Dienste sind daher auf die Plattformdienstleistungen der Mobilfunkanbieter angewiesen. Sie sind daher nicht dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen als Plattformmarkt für die Datenübertragung zuzurechnen.<sup>53</sup>

59. Auch WiFi-Hotspots können nicht als adäquates Substitut für einen Mobilfunkanschluss angesehen werden, da WiFi-Hotspots in der Regel nur in einem räumlich eng begrenzten Raum angeboten werden (meist mit einem Radius, der wenige hundert Meter ausmacht). Mobilfunkdienste sind hingegen darauf ausgelegt in einer nationalen räumlichen Ausdehnung angeboten zu werden, weshalb eine Substituierbarkeit mit WiFi-Hotspots nicht gegeben ist. Auch WiFi-Hotspots sind daher nicht demselben Markt zuzurechnen.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Vgl. act. 12, Rz 50.

<sup>48</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 66, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 508, Rz 107, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 67, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 68, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 508, Rz 107, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 69, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>52</sup> Vgl. act. 12, Rz 53 und Beilage 1, Rz 250.

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 68, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2020/2, 764, Rz 68, *Sunrise/Liberty Global*.

60. Bezugnehmend auf die Meldung von Sunrise im Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global bringt Liberty Global weiter vor, dass der Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen weiter in je einen separaten Markt für Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Privatkunden und Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Geschäftskunden zu unterteilen sei. Dies insbesondere, weil sich die Nachfragestruktur und die nachgefragten Dienstleistungen zwischen Privat- und Geschäftskunden stark unterscheiden würden.<sup>55</sup> Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. In der Regel haben Geschäftskunden und Privatkunden, was Mobilfunkdienstleistungen anbelangt, unterschiedliche Bedürfnisse und die jeweils angebotenen Mobilfunkdienstleistungen werden in der Regel nicht als substituierbar angesehen. Dennoch sind diese Unterschiede für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht für die Beurteilung massgeblich, weshalb die beiden Märkte im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zusammen beurteilt werden können.

61. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkdienstleistungen schweizweit erbracht, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.<sup>56</sup>

#### **B.4.1.1.2. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen**

62. Um Mobilfunkverträge (oftmals einschliesslich separat verkaufter oder vom Mobilfunkanbieter quersubventionierter Mobilfunkgeräte) an Kunden verkaufen zu können, benötigen Mobilfunknetzbetreiber Vertriebswege. Sie etablieren diese entweder per Eigenvertrieb oder über Verkaufsstellen von Drittanbietern.<sup>57</sup>

63. In ihrer Praxis hat die WEKO zwischen sogenannten «Street Channels» und «Direct Channels» unterschieden. «Street Channels» umfassen Verkaufsstellen an stark frequentierten, meist innerstädtischen Standorten, an denen Fachpersonen Beratung anbieten. Swisscom, Sunrise, Salt und UPC verkaufen ihre Abonnemente in eigenen Filialen.<sup>58</sup> «Direct Channels» beinhalten hauptsächlich das Internet und, mit sinkender Bedeutung, Telefonvermarktung und auf dem Postweg oder direkt auf der Strasse abgeschlossene Verträge.<sup>59</sup>

64. Liberty Global geht davon aus, dass die oben genannten Vertriebskanäle vollständig substituierbar sind und machen mit Verweis auf die Ausführungen von Sunrise im Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global geltend, dass die genaue Marktabgrenzung offengelassen werden könne.<sup>60</sup>

65. Hierzu ist anzumerken, dass sicherlich für einen Teil der Kunden der Abschluss eines Vertrages über den «Direct Channel» mit dem über den «Street Channel» und umgekehrt substituierbar ist.<sup>61</sup> Dennoch sind diese Verkaufskanäle für den anderen Teil der Kunden nicht substituierbar. Dies zeigt sich alleine schon daran, dass die grossen Fernmeldedienstleister nicht auf den vergleichsweise teuren «Street Channel» verzichten und weiterhin ein Filialnetz aufrechterhalten. Alleine schon aus diesem Grund rechtfertigt es sich an der bisher etablierten Marktabgrenzung festzuhalten.

66. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkdienstleistungen auf Basis der Dienstleistungen eines Mobilfunk-

netzes in der ganzen Schweiz verkauft, weshalb von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.<sup>62</sup>

#### **B.4.1.1.3. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten**

67. Auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten unterscheidet die WEKO gemäss ihrer Praxis zwischen «Street Channel» und «Direct Channel».<sup>63</sup> Aufgrund der Komplementarität der Mobilfunkgeräte mit den Mobilfunkdienstleistungen kann im Wesentlichen auf die Marktabgrenzung in Abschnitt B.4.1.1.2 verwiesen werden.

68. Auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten treffen auf der Nachfrageseite Endkunden, die ein Mobilfunkgerät käuflich erwerben möchten und auf der Angebotsseite die entsprechenden Verkäufer aufeinander.<sup>64</sup>

69. Gemäss Meldung ist die Abgrenzung von separaten Märkten für «Street Channel» und «Direct Channel» nicht zutreffend.<sup>65</sup> Vielmehr seien die verschiedenen Vertriebskanäle vollständig substituierbar. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 65 verwiesen werden, die auf den Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten analog anwendbar sind.

70. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkgeräte grösstenteils in der ganzen Schweiz verkauft. Ein Bezug aus dem Ausland ist allerdings auch möglich, weshalb mindestens von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen ist.<sup>66</sup>

#### **B.4.1.1.4. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

71. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und «Mobile Virtual Network Operators» (nachfolgend: MVNO) bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.<sup>67</sup> Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.<sup>68</sup>

<sup>55</sup> Vgl. act. 12, Rz 53 und Beilage 1, Rz 251.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 73, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 508, Rz 111, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>57</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 74, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 75, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 507, Rz 98, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>59</sup> x Vgl. RPW 2010/3, 507, Rz 98, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>60</sup> Vgl. act. 12, Rz 59.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2020/2/765 Rz 77, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>62</sup> Vgl. RPW 2020/2 765 Rz 78, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 507, Rz 100, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>63</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 79, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 508, Rz 102, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 80, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>65</sup> Vgl. Act. 12, Rz 66.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2020/2, 765 Rz 82, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 508, Rz 104, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>67</sup> RPW 2020/2, 766 Rz 83, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 83, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2002/1, 119, Rz 94, *Mobilfunkmarkt*.



72. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Fernmeldediensten stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNOs, die den Zugang zu einem Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.<sup>69</sup>

73. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen (Terminierung) haben die Weiterverkäufer und MVNOs die Möglichkeit, die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.<sup>70</sup>

74. Eine Unterteilung in zwei separate Märkte für Sprach- und Datendienstleistungen erscheint nicht angebracht, da die meisten Verträge einen monatlichen Festpreis für beide Dienstleistungen vorsehen.<sup>71</sup>

75. In räumlicher Hinsicht verfügen die in der Schweiz tätigen Netzbetreiber je über ein schweizweites Mobilfunknetzwerk, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.<sup>72</sup>

#### **B.4.1.1.5. Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)**

76. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen.<sup>73</sup> Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann, unabhängig davon, bei welchem Anbieter er seinen Mobilfunkanschluss hat. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweils eigene Netz. In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.<sup>74</sup>

77. Auf dem Markt für Mobilfunkterminierung treffen daher auf der Anbieterseite der jeweilige Netzbetreiber, der die Terminierung zu seinen Endkunden anbietet und auf der Nachfrageseite Fernmeldedienstleister aufeinander, welche Anrufe ihrer Kunden an die jeweiligen Endkunden des terminierenden Netzbetreibers durchstellen wollen. Aufgrund der heute weit verbreiteten Flat-Rate-Angebote und der niedrigen Netzwerkkosten haben die Terminierungsgebühren als Bestandteil der Kosten eines Telefonanrufs, die geeignet sind, die Wettbewerbssituation zu beeinflussen, in den letzten Jahren an Bedeutung verloren.<sup>75</sup>

78. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich das Angebot auf die Netzabdeckung des jeweiligen Mobilfunknetzbetreibers. Da die in der Schweiz ansässigen Mobilfunknetzbetreiber über ein nationales Netz verfügen, ist von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen.<sup>76</sup>

#### **B.4.1.1.6. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

79. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch auf

ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound traffic und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.<sup>77</sup>

80. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistungen anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunkanbieters ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunkanbietern in einem Land ab.<sup>78</sup>

81. Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen auch im Ausland mobile Dienstleistungen zu nutzen, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der vorliegend abgegrenzte Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound traffic.<sup>79</sup> Der outbound traffic ist hingegen im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.<sup>80</sup>

82. In räumlicher Hinsicht ist vom Angebot des jeweiligen Netzbetreibers auszugehen. Die in der Schweiz ansässigen Netzbetreiber haben eine nationale Netzabdeckung, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.<sup>81</sup>

### **B.4.1.2 Märkte im Bereich Festnetztelefonie**

#### **B.4.1.2.1. Markt für Festnetztelefonie**

83. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt.<sup>82</sup> Auf dem Markt für Festnetztelefonie fragen Endkunden an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 84, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 509, Rz 113, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 85, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 509, Rz 114, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 86, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>72</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 87, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 509, Rz 117, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>73</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 88, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 509, Rz 118, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.

<sup>74</sup> Sog. Interoperabilitätsverpflichtung; vgl. Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

<sup>75</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 89, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 90, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 510, Rz 121, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 91, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 510, Rz 123, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>78</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 92, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 510, Rz 124, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>79</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 93, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>80</sup> Vgl. RPW 2020/2, 766 Rz 93, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 510, Rz 124, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>81</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 94, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 510, Rz 127, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>82</sup> RPW 2020/2, 767 Rz 95, *Sunrise/Liberty Global*.

Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.<sup>83</sup>

84. Sprachtelefoniedienstleistungen haben in den letzten Jahren zumindest im privaten Umfeld stark an Bedeutung verloren. Insbesondere entscheiden sich heute viele Endkunden aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden mobilen Telekommunikationsmöglichkeiten vollständig auf einen Festnetzanschluss zu verzichten. Selbst wenn in vielen Fällen im Rahmen von Breitbandinternetangeboten auch ein Festnetzanschluss enthalten ist, so wird dieser von den Endkunden aber oft nicht genutzt. Dennoch bestanden im Jahr 2018 immer noch über 3,3 Mio. Festnetzverträge, auch wenn deren Anzahl in den letzten Jahren – konkret seit 2014 um rund 960'000 Verträge – stark zurückgegangen ist.<sup>84</sup> Die Anzahl bestehender Mobilfunknutzer war in den Jahren 2014 bis 2018 ebenfalls – wenn auch nur leicht – sinkend und betrug im Jahr 2015 11'283'339 Nutzer, im Jahr 2016 11'240'971 Nutzer, im Jahr 2017 11'088'598 Nutzer und im Jahr 2018 10'788'602 Nutzer.<sup>85</sup> Dies zeigt, dass in den letzten Jahren keine Substitution von Festnetzanschlüssen hin zu mobilen Anschlüssen stattgefunden hat, sondern, dass offenbar nach wie vor eine Vielzahl von Endkunden sowohl einen Festnetzanschluss als auch einen Mobiltelefonanschluss haben. Daher rechtfertigt es sich, weiterhin einen eigenständigen Markt für Festnetztelefonie abzugrenzen.

85. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung zu eng sei und in den letzten Jahren die Tendenz bestehe, Festnetztelefoniedienstleistungen durch Mobilfunkdienstleistungen zu substituieren.<sup>86</sup> Festnetztelefonie werde nur noch selten als eigenständiges Produkt angeboten, sondern zunehmend als kostenlose Dienstleistung oder Option in Kombination mit TV-Dienstleistungen und Festnetz-Breitbandanschlüssen. Der Grund für diese Entwicklung sei der verstärkte Wettbewerb durch OTT-Dienste im Markt für Festnetztelefonie. Es erscheine daher plausibel, dass die Festnetz-Retail-Märkte in Zukunft wohl zu einem einzigen Markt zusammenwachsen würden, der verschiedene Festnetzdienstleistungen wie das Breitbandinternet, TV und Telefonie umfasse. Der Umstand, dass heute viele Endkunden aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden mobilen Telekommunikationsmöglichkeiten vollständig auf einen Festnetzanschluss verzichten oder in vielen Fällen den im Rahmen von Breitbandinternetangeboten enthaltenen Festnetzanschluss oft nicht nutzen würden, belege, dass aus Kundensicht auf einen Mobilfunkanschluss gewechselt oder nur noch dieser unterhalten werden könne. Damit seien sämtliche Wettbewerber im Bereich Mobilfunk (MNO und MVNO) als Wettbewerber im selben Markt zu betrachten.<sup>87</sup>

86. Hierzu ist anzumerken, dass die von den Zusammenschlussparteien beschriebenen Marktverhältnisse insbesondere auf Privatkunden zutreffen. Im Geschäftskundenbereich scheinen Telefondienstleistungen allerdings noch eine grössere Bedeutung zu haben. Trotz der immer grösser werdenden Anzahl an nachgefragten

Bündelangeboten, werden auch nach wie vor einfache Telefonanschlüsse verkauft und nachgefragt. Zudem geht es vielen Endkunden nicht nur um die Nutzung der Sprachtelefoniedienstleistungen, welche ohne weiteres über OTT-Angebote substituiert werden können, sondern auch darum, unter ihrer Festnetztelefonnummer erreichbar zu sein. Dies trifft im Privatkundenbereich insbesondere auf Familien zu, bei welchen das Festnetztelefon – im Gegensatz zum Handy als persönliches Gerät – allen Familienmitgliedern offensteht.<sup>88</sup> In diesem Zusammenhang wird in der Meldung geltend gemacht, die Erreichbarkeit unter einer Festnetznummer könne auch über OTT-Dienste wie z. B. Skype bezogen werden.<sup>89</sup> Ein solches Angebot wird wohl nur jemand wählen, welcher eben über keinen leitungsgebundenen Festnetzanschluss verfügt, da ansonsten – wie von den Zusammenschlussparteien geltend gemacht – Sprachtelefoniedienstleistungen als kostenlose Option zum Breitbandinternetanschluss genutzt werden können. Skype selbst bewirbt ihr Angebot zudem damit, dass eingehende Anrufe an praktisch jedem Ort per Skype-App entgegengenommen werden können.<sup>90</sup> Somit wird eine solche Skype Onlinenummer höchstens in Ausnahmefällen die genannte Funktion des Festnetzanschlusses – der Erreichbarkeit an einem bestimmten Ort – erfüllen können.

87. Aus diesen Gründen erscheint die separate Abgrenzung eines Marktes für Festnetztelefonie nach wie vor angebracht.<sup>91</sup> Hingegen wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen, ob OTT-Anbieter demselben relevanten Markt zuzuordnen sind.

88. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt das Abdeckungsgebiet des Netzwerks für drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind.<sup>92</sup>

89. Die beteiligten Unternehmen sind demgegenüber der Ansicht, der Markt sei national abzugrenzen.<sup>93</sup>

90. Da inzwischen eine weitgehende Umstellung sämtlicher Netze auf IP-Telefonie stattgefunden hat, sind Festnetztelefonanschlüsse grundsätzlich auf die Netzgebiete, über welche Breitbandinternet angeboten wird, beschränkt.

<sup>83</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 95, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3 506, Rz 81 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.

<sup>84</sup> Vgl. [www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/festnetz/anzahl-festnetz-kundinnen-und-kunden.html](http://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/festnetz/anzahl-festnetz-kundinnen-und-kunden.html) zuletzt besucht am 13.10.2020.

<sup>85</sup> Vgl. [www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/anzahl-mobilfunkkundinnen-und-kunden.html](http://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/anzahl-mobilfunkkundinnen-und-kunden.html), zuletzt besucht am 13.10.2020.

<sup>86</sup> Vgl. act. 12 Rz 94.

<sup>87</sup> Vgl. act. 12 Rz 94 mit Verweisen.

<sup>88</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 98.

<sup>89</sup> Vgl. act. 12, Rz. 95.

<sup>90</sup> Vgl. [www.skype.com/de/features/online-number/](http://www.skype.com/de/features/online-number/), zuletzt besucht am 13.10.2020.

<sup>91</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 99, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 100, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>93</sup> Vgl. act. 12, Rz 98.

91. Da die Marktabgrenzung immer aus Sicht der Marktgegenseite vorzunehmen ist, ist auf die Wahlmöglichkeiten des jeweiligen Endkunden zurückzugreifen.<sup>94</sup> Haben die Kunden regional verschiedene Wahlmöglichkeiten, kann sich hierdurch die Wettbewerbssituation regional unterscheiden. Dies ist auch im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben der Fall, weshalb neben einer nationalen Marktabgrenzung auch eine regionale Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens vollumfänglich beurteilen zu können, ist abzuklären wie sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern wird. Dabei ist im Rahmen der Darstellung der heutigen Situation notwendigerweise zu berücksichtigen, dass andere Kabelnetzbetreiber für einen UPC-Kunden mangels Netzzugangs keinen alternativen Wettbewerber darstellen können. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der genannten regionalen Abgrenzung. Der Einfachheit halber wurde dabei auf die Abdeckung des eigenen HFC-Netzes von UPC abgestellt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich unter der Berücksichtigung von UPC-Angeboten über Partnernetzwerke bei der Beschreibung der Wettbewerbssituation erhebliche Unterschiede ergeben würden. Die Zusammenschlussparteien widersprechen einer regionalen Marktabgrenzung und sind der Ansicht, dass aufgrund der national einheitlichen Preissetzung lediglich von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.<sup>95</sup> Dieser Meinung ist aufgrund der obigen Ausführungen nicht zu folgen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird für die regionale Marktabgrenzung auf die nachfolgende regionale Marktabgrenzung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet verwiesen, die analog für den Endkundenmarkt für Festnetztelefonie gilt (vgl. Rz 122 ff.).

92. Gleichzeitig muss für nationale Anbieter wie beispielsweise Swisscom oder Sunrise untersucht werden, welchen Einfluss möglicherweise regionale Anbieter, wie beispielsweise Quickline, auf die nationale Preisgestaltung und die Wettbewerbssituation haben. Dies insbesondere, wenn nationale Anbieter auf der einen Seite ihre Dienstleistungen nach den zur Verfügung stehenden Technologien ausrichten und gleichzeitig eine nationale Preissetzung anstreben.<sup>96</sup>

#### **B.4.1.2.2. Markt für die Terminierung von Anrufen in Festnetze**

93. Analog zur Terminierung von Mobilfunkanrufen, müssen Anrufe von fremden Netzen (Fest- und Mobilfunknetze) terminiert werden, wenn ein Anrufer einen Teilnehmer mit einem Festnetzanschluss anruft. Anrufterminierung ist die Dienstleistung, die ein Netzbetreiber auf der Angebotsseite für andere Netzbetreiber auf der Nachfrageseite bereitstellt. Dabei wird ein Anruf aus dem Netz eines Netzbetreibers auf der Nachfrageseite an einen Nutzer im Netz des Netzbetreibers auf der Angebotsseite zugestellt. Diese Dienstleistung wird von jedem Betreiber benötigt, damit dessen Kunden mit Kunden anderer Netzwerke kommunizieren können.<sup>97</sup>

94. Für die Terminierung von Anrufen in einzelne Festnetze gibt es keine Substitute, da der Betreiber, der den abgehenden Anruf übermittelt, den beabsichtigen Empfänger nur über den Netzbetreiber erreichen kann, mit dem der Empfänger verbunden ist. Daher ist in Bezug

auf die Terminierung von Anrufen in Festnetze von je einem einzelnen separaten sachlich relevanten Markt auszugehen.<sup>98</sup>

95. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt grundsätzlich auf das Netzgebiet. Daher sind die Märkte in räumlicher Hinsicht grundsätzlich auf das jeweilige Netzgebiet von Sunrise bzw. UPC beschränkt.<sup>99</sup>

#### **B.4.1.2.3. Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe**

96. Ein leitungsgebundener Telefonanruf kann, was die Nutzung der Übertragungsleitungen anbelangt, in Originierung, Transit und Terminierung unterteilt werden.<sup>100</sup> Originiert wird ein Anruf durch das Wählen einer Telefonnummer durch den Anrufenden auf dem Netz des Anbieters, bei welchem der Anrufer Kunde ist. Die Originierung findet daher in der Regel im Anschlussnetz statt. Terminiert wird ein Anruf bei der Herstellung der Verbindung beim Angerufenen. Auch die Terminierung findet in der Regel im Anschlussnetz statt. Wenn der Angerufene bei einem anderen Netzbetreiber Kunde ist, wird der Anruf in ein fremdes Netz terminiert. Besteht keine direkte Interkonnektion zwischen dem Netz des Anrufenden und dem Netz des Angerufenen, kann die Zwischenschaltung eines anderen Netzes notwendig werden. Dieses Dazwischenschalten eines Netzes oder mehrerer Netze wird als Transit bezeichnet.<sup>101</sup> Der Transit findet in der Regel auf dem Backbone-Netz und nicht im Anschlussnetz statt.

97. In ihren bisherigen Entscheiden hat die WEKO einen Markt für Transit-Dienste abgegrenzt, ohne eine Unterscheidung zwischen Festnetztelefonie und Mobilfunktelefonie vorzunehmen. Da sich Telefonanrufe vom Festnetz im Transit nicht von Telefonanrufen vom Mobilfunknetz unterscheiden, kann auf eine weitere Unterteilung des Marktes verzichtet werden.

98. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf die Abdeckung des Backbone-Netzes, weshalb für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.<sup>102</sup>

<sup>94</sup> Vgl. RPW 2020/2, 767 Rz 102, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>95</sup> Vgl. act. 12, Rz 98.

<sup>96</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 103, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>97</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 104, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 105, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>99</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 106, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>100</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 107 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>101</sup> Vgl. RPW 2020/2, 768 Rz 107, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2008/1, 235 Rz. 15 ff., *Transitdienste im Bereich "Transit to (...) Access Services"*; RPW 2001/2, 362 Rz 15 ff., *Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG*, vgl. auch act. 21 Rz 128 ff.

<sup>102</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 109, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2008/1, 236 Rz. 23 f., *Transitdienste im Bereich "Transit to (...) Access Services"*; RPW 2001/2, 364 f. Rz 35 ff., *Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG*.

#### B.4.1.2.4. Markt für Global Telecommunication Services

99. Die WEKO definiert GTS als Telekommunikationsdienstleistungen mit dem primären Zweck, eine Vielzahl von sich in verschiedenen Ländern befindlichen Niederlassungen eines Geschäftskunden zu verbinden. Gewöhnlich fragen multinational tätige Unternehmen, welche in verschiedenen Ländern vertreten sind, diese Art Dienstleistungen nach. Bei den zu erbringenden Dienstleistungen handelt es sich um über blossen Telefon- und Faxverkehr hinausgehende, auf den Kunden zugeschnittene Lösungen für Sprach- und Datenverkehr, virtuelle private Netzwerke oder Ähnliches. Zweckentsprechend sind Nachfrager dieser Dienstleistung vorwiegend multinational tätige Unternehmen (MNC) mit entsprechender Niederlassungsstruktur.<sup>103</sup> GTS werden auf Retail- und Wholesale-Ebene angeboten. Allenfalls wäre dieser Markt entsprechend weiter zu unterteilen. Die genaue Definition kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens allerdings offenbleiben. [...] Internationale Carriers würden Hubbing nachfragen, wenn diese ihren internationalen Traffic anstatt direkt, über ein Drittland terminieren lassen möchten. In diesem Fall trete der terminierende FDA im Drittland als Hub auf und übernehme die Weiterleitung des «Traffics» ins Destinationsland. Hubbing werde nachgefragt, wenn zwischen den internationalen Carriers keine Verträge bestehen würden, sei es aus kommerziellen Gründen oder weil keine direkte Interkonnektion vorhanden sei. Im Hubbing positioniere sich Sunrise somit als «Transit Carrier» auf Wholesale-Stufe. Es handele sich hierbei also um einen Transit- bzw. Terminierungsmarkt.<sup>104</sup>

100. Die WEKO hat die räumliche Abgrenzung bisher offengelassen. Unter der Prämisse, dass die meisten GTS-Anbieter über ein internationales Kundenportfolio verfügen und grundsätzlich die GTS weltweit erbringen können, erscheint eine internationale Abgrenzung für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung als sachgerecht.<sup>105</sup>

#### B.4.1.3 Märkte für Mehrwertdienste

101. Mehrwertnummern werden verwendet, um unter anderem für Unternehmen, die kostenlose oder durch Anrufgebühren bezahlte Mehrwertdienstleistungen anbieten, Kontaktpunkte bereitzustellen.<sup>106</sup> Die WEKO hat in der Vergangenheit TV-Werbe- und sonstige Mehrwertdienstleistungsplattformen beschrieben, es aber letztendlich offengelassen, ob es sich hierbei um zwei getrennte Märkte handelt.<sup>107</sup> Mehrwertdienste können über Festnetz, Mobilfunknetz, beispielsweise per SMS oder MMS, angeboten werden.

102. Hiervon sind allerdings mobile Mehrwertdienste zu unterscheiden, mittels welchen im Wesentlichen Text (SMS) oder Bildnachrichten (MMS) vertrieben werden.<sup>108</sup> Diese Dienstleistungen sind in einem separaten Markt abzugrenzen. Die Zusammenschlussparteien bringt hierzu vor, dass in der bisherigen Praxis der WEKO keine Unterscheidung zwischen Mehrwertdiensten über Dienstnummern sowie über SMS/MMS stattgefunden habe.<sup>109</sup> Zudem würden aus Sicht der beteiligten Unternehmen aufgrund einer hohen Angebotsumstellungsflexibilität Mehrwertdienste per SMS/MMS sowie über Rufnummern keine separaten Märkte darstellen.<sup>110</sup> Dem kann nicht gefolgt werden, da zum einen die Nachfrage

nach Mehrwert SMS/MMS und nach Mehrwertnummern vollkommen unterschiedlich ist und zum anderen die Nutzung der jeweiligen Dienstleistungen vollkommen anderen Zwecken dient bzw. dienen kann. Entsprechend sind ein Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern und ein Markt für mobile Mehrwertdienste abzugrenzen.<sup>111</sup>

103. In räumlicher Hinsicht wurden Mehrwertdienste jeweils sprachregional abgegrenzt.<sup>112</sup> Da die Mehrwertdienste jedoch überwiegend schweizweit angeboten werden und sich die sprachregionalen Angebote vom schweizweiten Angebot daher nicht gross unterscheiden, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von schweizweiten Märkten ausgegangen werden.

#### B.4.1.4 Märkte im Bereich Breitbandinternet und Breitbandanbindung

##### B.4.1.4.1. Vorbemerkungen

104. Breitbandinternetdienstleistungen werden heute über verschiedene leitungsgebundene Technologien angeboten. Diese sind neben der Kupferkabeltechnologie die Koaxialkabeltechnologie und die Glasfasertechnologie. Da das zur Datenübertragung verwendete Medium einen limitierenden Faktor darstellen kann, kann es sich rechtfertigen einzelne Breitbandinternetmärkte hinsichtlich der maximalen Bandbreite des verwendeten Mediums und hinsichtlich der den jeweiligen Kunden zur Verfügung stehenden Übertragungstechnologien abzugrenzen.<sup>113</sup>

105. Die Breitbandinternetmärkte umfassen sämtliche Endkunden (Geschäfts- und Privatkunden), welche eine breitbandige Verbindung zur elektronischen Datenübertragung über das Internet nachfragen und sämtliche Anbieter, die eine solche Datenübertragungsverbindung anbieten.<sup>114</sup>

106. Da private Endkunden im Hinblick auf Symmetrie bei den Up- und Downloadraten sowie Service Levels andere Anforderungen haben als Unternehmen und diese daher mit ganz anderen Datenübertragungsdienstleistungen bedient werden können, rechtfertigt sich eine weitere Marktunterteilung in Märkte im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden und in Märkte im Bereich für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden.<sup>115</sup>

<sup>103</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 110, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2008/3, 418 Rz 37, *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

<sup>104</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 110, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>105</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 111, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2008/3, 419 Rz 44 f., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

<sup>106</sup> RPW 2020/2, 769 Rz 112, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>107</sup> Vgl. RPW 2012/1, 130 Rz 56, *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/3 507, Rz 95, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>108</sup> RPW 2020/2, 769 Rz 114, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>109</sup> Vgl. Meldung Rz 125.

<sup>110</sup> Vgl. Meldung Rz 126.

<sup>111</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 114, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>112</sup> Vgl. RPW 2020/2, 769 Rz 115, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/1, 131 Rz 57, *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/3 507, Rz 96, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>113</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 116, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/2 192, Rz 225 ff., *FTTH Freiburg*.

<sup>114</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 117, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/2 195, Rz 255., *FTTH Freiburg*.

<sup>115</sup> RPW 2020/2, 770 Rz 118, *Sunrise/Liberty Global*.

#### B.4.1.4.2. Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden

##### B.4.1.4.2.1. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

107. Im Privatkundenbereich werden meist asymmetrische Verbindungen ins Internet angeboten und nachgefragt. Hierbei werden in der Regel keine speziellen Anforderungen an die Service Levels gestellt. Aus diesem Grund sind die an eine Breitbandinternetverbindung gestellten Anforderungen im Privatkundenbereich in der Regel weniger hoch.<sup>116</sup>

108. Zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten greifen Anbieter auf leitungsgebundene Technologien zurück, auf welchen ihr Übertragungsnetz beruht. Gegenüber dem Endkunden werden allerdings lediglich Dienstleistungen in einer bestimmten Servicequalität und Bandbreite erbracht.<sup>117</sup> Solange die vom Endkunden nachgefragte Bandbreite und Servicequalität erbracht werden können, spielt es für ihn in der Regel keine Rolle, über welche Technologie die Dienstleistungen erbracht werden.<sup>118</sup> Dennoch spielen für den Endkunden die ihm an seinem Standort zur Wahl stehenden Übertragungstechnologien als limitierende Faktoren hinsichtlich der Bandbreite und Servicequalität eine wichtige Rolle. So kann ein Kunde, der keinen Anschluss zum Glasfasernetz hat, auch keine entsprechenden Angebote (z.B. Salt Fiber) nachfragen. Da sich die Marktabgrenzung immer an der Nachfrageseite orientiert, ist die Auswahlmöglichkeit der Endkunden ein für die Marktabgrenzung zentrales Element.

109. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dem Markt für Breitbandinternet für Privatkunden ist die Anzahl an FDA und deren Handlungsmöglichkeiten bei der Preis- und Leistungsgestaltung von zentraler Bedeutung. Grundsätzlich haben diejenigen FDA die grössten Freiräume bei der Preis- und Leistungsgestaltung und können mit anderen FDA in wirksamen Wettbewerb treten, welche über ein eigenes, bis zum Endkunden reichendes Kommunikationsnetzwerk verfügen, da diese nicht auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind. Ähnliche Freiheiten haben auch Anbieter, die für den Zugang zum Kupfernetz ein reguliertes Produkt zu kostenorientierten Preisen in Anspruch nehmen können.<sup>119</sup> Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass die Nachfrage nach der Kupferkabeltechnologie aufgrund deren eingeschränkter Kapazität und der gleichzeitig stetig wachsenden Ansprüche an Bandbreite zwischen einer Anschlusszentrale und dem Endkundenanschluss rückläufig ist. Insbesondere das regulierte Vorleistungsprodukt des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses kann immer weniger oft eingesetzt werden. In der Schweiz stehen derzeit für Breitbandinternet für Privatkunden vorwiegend Kupferkabelnetzwerke, Koaxialkabelnetzwerke und Glasfasernetzwerke zur Verfügung. Von geringerer Bedeutung sind hingegen Powerline-Netzwerke, Satellitentechnologie und Mobilfunknetzwerke.<sup>120</sup>

110. Die Zusammenschlussparteien machen wie bereits im Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global geltend, dass Breitbandinternetzugänge für kleinere und mittlere Unternehmen (KMUs) und kleine Büros bzw. Heimbüros (Small Offices/Home Offices; SOHO) dem

relevanten Markt zuzuordnen seien.<sup>121</sup> Hierzu ist anzumerken, dass KMU nur dann dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet zuzurechnen wären, wenn diese einen für Endkunden bestimmten Breitbandinternetanschluss nachfragen würden. Zudem sind sie der Meinung, dass mobilfunkbasierte Technologien Teil des relevanten Endkundenmarktes für Festnetz-Internetdienste (Breitband) seien.<sup>122</sup>

111. Dass dies unzutreffend ist, obwohl dies bereits im Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global vorgebracht wurde, kann dem kurz nach dem damaligen Entscheid durch die WEKO veröffentlichten Interview des damaligen Präsidenten des Verwaltungsrates Peter Kurer entnommen werden.<sup>123</sup> Darin führt Peter Kurer ausweichend zum Stichwort «Glasfaser durch die Luft» aus:

*Kurer: «Wir haben vielleicht das beste 5G-Management Europas. Unsere Leute kennen die 5G-Technologie in- und auswendig. Sie sind überzeugt, dass 5G nicht überall mit der gleichen Kapazität und Leistungsfähigkeit einsetzbar ist wie das Festnetz. Der Verwaltungsrat hat das überprüft. Auch wir sind der Meinung, dass die Zukunft einer gut ausgebauten und raffinierten Telekom-Infrastruktur gehört. Für die Schweiz heisst das: im urbanen Bereich Glasfaser- oder Kabelanschlüsse, die heute übrigens fast gleichwertig sind. Und in Agglomerationen und ländlichen Gebieten ohne Glasfaser-Infrastruktur ist das Koaxialkabel die beste Technologie. Das UPC-Festnetz deckt etwa 65% der Bevölkerung ab und ist dem Kupferkabel und den hybriden Glasfasernetzen (FTTS) von Swisscom deutlich überlegen.»*

112. Auf das Nachhaken des Journalisten, was mit «Glasfaser durch die Luft» gemeint sei, führte Peter Kurer aus:

*Kurer: «Diese eignet sich für abgelegene Gebiete oder generell Regionen, in denen es weder Glasfaser- noch Kabelanschlüsse gibt. Im städtischen Bereich kann 5G hingegen das Festnetz nicht ersetzen. Dazu müssten wir unendlich viele Antennen bauen. Angesichts des politischen Widerstands ist das unmöglich.»*

113. Auf die weitere Bemerkung des Journalisten, dass 5G und Internet via Kabel bis zu einem gewissen Grad Substitute seien, führt Kurer widersprechend aus:

*Kurer: «Wer Breitband-Internet braucht und nicht mobil sein muss, benutzt dafür im Normalfall eine fixe Infrastruktur. Die Verbindung über das Festnetz ist stabiler und bietet höhere Kapazitäten.»*

<sup>116</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 119, Sunrise/Liberty Global; RPW 2012/2, 196 Rz 271., FTTH Freiburg.

<sup>117</sup> RPW 2020/2, 770 Rz 119, Sunrise/Liberty Global.

<sup>118</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 118, Sunrise/Liberty Global; RPW 2012/2, 195 Rz 256., FTTH Freiburg.

<sup>119</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 120, Sunrise/Liberty Global; RPW 2012/2, 195 Rz 257., FTTH Freiburg.

<sup>120</sup> Vgl. RPW 2020/2, 770 Rz 121, Sunrise/Liberty Global.

<sup>121</sup> Vgl. act. 12, Rz 133.

<sup>122</sup> Meldung Rz 132.

<sup>123</sup> <https://www.nzz.ch/wirtschaft/sunrise-praesident-kurer-alleingang-riskanter-als-upc-deal-ld.1514527>; zuletzt besucht am 9.9.2020.

114. Auch die Zusammenschlussparteien selbst bringen in ihrer Meldung vor, dass [...] und dass die 5G Technologie wohl insbesondere in ländlichen Gebieten Anwendung finden wird.<sup>124</sup>

115. Damit ist erwiesen, dass die Zusammenschlussparteien selbst davon ausgehen, dass mobile Technologien generell kein Substitut zum leitungsgebundenen Breitband-Internet darstellen und höchstens in Randregionen, in denen es weder Glasfaser- noch Kabelanschlüsse gibt, in Einzelfällen zur Anwendung gelangen könnte.

116. Bisher hat die WEKO die mobilen Technologien aufgrund fehlender Abdeckung und mangelnder Qualität der Datenübertragung sowie zu geringer Bandbreite nicht als Substitute zum drahtgebundenen Breitbandinternet angesehen.<sup>125</sup> Demzufolge wurden bei der Abgren-

zung der Märkte für Breitbandinternet und Breitbandanbindung bisher grundsätzlich nur leitungsgebundene Technologien berücksichtigt. Daran ist auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses festzuhalten. Dies insbesondere, weil im Markt keine bedeutenden Substituierungstendenzen weg vom leitungsgebundenen Breitbandinternet hin zu mobilen Breitbandinternetlösungen erkennbar und bisher im Markt keine Reaktionen der Anbieter von leitungsgebundenen Breitbandinternetanschlüssen auf das Aufkommen vom möglichen mobilen Internetanschlüssen zu beobachten sind. So ist die Anzahl leitungsgebundener Breitbandinternetnutzer in den letzten Jahren gestiegen. Betrachtet man aufgrund der Zahlen des BAKOM die Anzahl Breitbandinternetnutzer nach Anschlussart auf jährlicher Basis so ergeben sich die nachfolgenden Zahlen:

Jahr	PSTN/ ISDN	Breitband Internet						Total
		Kabel	DSL	Glasfaser	Feste WiMax	Andere	Total	
2014	11'698	1'150'215	2'200'699	182'629	102	2'341	3'535'986	3'547'684
2015	13'425	1'219'271	2'176'653	301'518	155	2'966	3'700'563	3'713'988
2016	13'712	1'244'142	2'077'012	449'151	332	2'888	3'773'525	3'787'237
2017	7'717	1'258'594	1'961'335	692'225	207	3'164	3'915'525	3'923'242
	4'839	1'131'234	2'020'790	720'289	199	9'691	3'882'203	3'887'042

Tabelle 2: Entwicklung Anzahl Internetnutzer/innen

117. Die Anzahl Verträge, die den Zugang zum Breitband-Internet ermöglichen, ist in den letzten Jahren nahezu unverändert geblieben und um die 8.4 Mio. Marke gependelt.<sup>126</sup>

118. Diese Zahlen zeigen eindeutig auf, dass die Technologien 4G/4G+ nicht zu einer Ablösung von drahtgebundenem Internet geführt haben: Die Anzahl von drahtgebundenen Breitbandanschlüssen ist insgesamt nach wie vor steigend.<sup>127</sup> Von einer für die Marktabgrenzung relevanten Substituierbarkeit von mobilen und drahtgebundenen Technologien ist denn auch mit der Einführung von 5G nicht auszugehen. Die grundlegenden «Schwächen» der mobilen Technologie bleiben auch mit 5G bestehen. Salt führt in diesem Zusammenhang etwa aus, dass es aufgrund der beschränkten Kapazität der Mobilnetze nicht möglich sein werde, diese Technologie grossflächig (im Sinne einer ähnlichen Nutzungsintensität, wie bei leitungsgebundenen Breitbandinternetanschlüssen) auszurollen. Auch die sogenannte Dienste-Qualität könne auf einem Mobilnetz nicht garantiert werden, denn diese sei abhängig von der Anzahl Nutzer auf der Antenne. Wenn es auf die Dienste-Qualität bei Retailkunden ankomme, sei und bleibe ein moderner Festnetzanschluss über Glasfaser das Mass aller Dinge.<sup>128</sup> GGA Maur führt in diesem Zusammenhang ebenfalls aus, es sei im Bereich Breitbandinternet noch keine Austauschbarkeit von Fest- und Mobilfunknetzen zu erkennen. Sie würden während der letzten

Jahrzehnten, in denen nun bereits 4 Generationen Mobilfunktechnologie realisiert worden seien, immer ähnliche Muster beobachten. Jedes Mal sei die jeweils neue Mobilfunk Generation als DIE Technologie zur Ablösung der festnetzbasierter Dienste angekündigt worden. In Tat und Wahrheit habe dieses «Versprechen» nirgends auf der Welt auch nur annähernd in die Realität umgesetzt werden können. Die Wachstumsraten der über die Mobilfunknetze zu übertragenden Daten seien den technischen Möglichkeiten immer vorausgeeilt. Auch die 5te Generation Mobilfunktechnologie werde mit denselben Verheissungen am Markt eingeführt. Wie aber nur schon die entsprechende Anzahl Mobilfunkstandorte speziell in der Schweiz bereitgestellt werden soll, oder als Alternative dazu die entsprechenden Grenzwerte angepasst werden sollen/könnten, sei derzeit unklar.<sup>129</sup>

<sup>124</sup> Vgl. act. 12, Rz 134.

<sup>125</sup> Vgl. RPW 2020/2, 771 Rz 124, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>126</sup> Vgl. [www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/uebertragungs-dienste-und-breitbandinternet-auf-mobilfunknetzen.html](http://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/uebertragungs-dienste-und-breitbandinternet-auf-mobilfunknetzen.html), zuletzt besucht am 9.9.2020.

<sup>127</sup> Vgl. [www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/breitband/breitbandinfrastruktur.html](http://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/breitband/breitbandinfrastruktur.html), zuletzt besucht am 9.9.2020.

<sup>128</sup> Vgl. RPW 2020/2, 771 Rz 125, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>129</sup> Vgl. RPW 2020/2, 771 Rz 125, *Sunrise/Liberty Global*.

119. Wenn 5G künftig tatsächlich in grösserem Ausmass ein Substitut für festnetzbasierendes Breitbandinternet darstellen würde, wäre es nicht einleuchtend, weshalb Mobilfunknetzbetreiber weiterhin in die Glasfasertechnologie investieren sollten.<sup>130</sup> Genau dies ist aber nach wie vor der Fall, wie das Beispiel von Salt zeigt. Das Festnetzprodukt Salt Fiber ist im März 2018 mit Vereinbarungen mit Infrastrukturanbietern für FTTH mit einer Abdeckung von 1'300'000 Haushalten lanciert worden. Gemäss den Angaben von Salt bietet das Produkt einen ultraschnellen Internetanschluss mit symmetrischen 10 Gbit/s, Festnetztelefonie, TV und Video-on-Demand (VoD) unter Verwendung von Apple TV als Set-Top-Box. Aufgrund der beschränkten Abdeckung mit FTTH könnten aktuell jedoch nur ein Drittel der Haushalte von diesem Angebot profitieren. Salt sei deswegen bestrebt, die Abdeckung der Schweiz mit FTTH zu vergrössern. Seit der Lancierung des Festnetzproduktes seien über 100'000 zusätzliche Haushalte mit FTTH erschlossen worden. Swiss Fiber Net, Sunrise und Salt hätten zusammen ein Programm vereinbart, um den Ausbau mit FTTH zu beschleunigen.<sup>131</sup> Zudem hatten Salt und Sunrise öffentlich angekündigt eine strategische Partnerschaft zum Ausbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur eingehen zu wollen.<sup>132</sup>

120. Lediglich Quickline und Swisscom sahen eine gewisse Austauschbarkeit von mobilfunkbasiertem und festnetzbasierendem Breitbandinternet.<sup>133</sup> Dabei wird allerdings übersehen, dass auch mit 5G die mobile Technologie ein Shared Medium ist und bleibt. Dies bedeutet, dass ohne genügend Kapazität keine Verbindung aufgebaut und kein Datenpaket verschickt werden kann. Init7 weist in diesem Zusammenhang auch auf das stetig zunehmende Datenvolumen hin und gibt darüber hinaus die Skepsis der Bevölkerung gegenüber 5G und damit die erschwerte politische Durchsetzbarkeit einer Erweiterung der 5G Frequenzen zu bedenken.

121. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass mit der Einführung von 5G in gewissen, vor allem ländlichen Gebieten, allenfalls punktuell und für eine beschränkte Anzahl von Endkunden eine Substitutionsmöglichkeit von festnetzbasierendem Internet durch mobilfunkbasiertes Internet zu erwarten ist.<sup>134</sup> Die Substitutionsmöglichkeiten sind jedoch insbesondere aufgrund der limitierten Kapazitäten der Antennen und der fehlenden flächendeckenden Versorgung gering, weshalb insgesamt nicht von einer für die Marktabgrenzung relevanten Substituierbarkeit ausgegangen werden kann (vgl. Rz 111 ff.). Auch das derzeitige Nutzungsverhalten der Kunden zeigt, dass mobile Datendienste nach wie vor grösstenteils als Komplemente und nicht als Substitute angesehen werden. So ist beispielsweise die Anzahl der Mobilfunkverträge, die den Zugang zu Breitband-Internet ermöglichen, in den Jahren 2015 bis 2017 kontinuierlich gefallen, im Jahr 2018 hat die Zahl leicht zugenommen, während die Anzahl leitungsgebundener Breitbandinternetanschlüsse im gleichen Zeitraum gestiegen ist, wobei die Zahlen im Jahr 2018 leicht zurückgegangen sind.<sup>135</sup> Insgesamt sind damit die Zahlen weitgehend stabil geblieben. Damit zeigt sich eben gerade nicht das von den Zusammenschlussparteien postulierte Substitutionsverhalten. Dementsprechend umfassen die Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden (und auch jene für

Breitbandanbindung für Geschäftskunden) lediglich leitungsgebundene Technologien.

122. Zur räumlichen Abgrenzung machen die Zusammenschlussparteien geltend, es sei von einem nationalen Markt auszugehen. Der Markt sei daher nicht weiter zu unterteilen.<sup>136</sup>

123. Ein Privatkunde fragt leitungsgebundenes Breitbandinternet an seinem Standort nach. Daher sind für einen Privatkunden die Auswahlmöglichkeiten an dem Standort, an welchem er seinen leitungsgebundenen Internetanschluss bezieht, massgeblich. Dies spricht grundsätzlich für eine lokale Marktabgrenzung an den einzelnen Kundenstandorten. Allerdings können diejenigen lokalen Kundenstandorte, in denen sich die Privatkunden in gleichartigen Situationen hinsichtlich ihrer Auswahlmöglichkeiten befinden, zusammengenommen werden, da sich die Wettbewerbssituationen nicht wesentlich voneinander unterscheiden.<sup>137</sup>

124. Welche leitungsgebundenen Datenübertragungstechnologien einem Privatkunden letztendlich zur Verfügung stehen, hängt von der jeweiligen Netzausdehnung der Fernmeldediensteanbieter ab. Hierbei können in der Schweiz grundsätzlich drei verschiedene leitungsgebundene Technologien unterschieden werden. Diese sind die Kupferkabeltechnologie von Swisscom, die Kabelnetztechnologie der Kabelnetzbetreiber sowie die Glasfasertechnologie.<sup>138</sup>

125. In denjenigen Gebieten, in denen den Endkunden neben den anderen Technologien (Kupferkabel und Kabelnetz) die von Swisscom in Kooperation mit den Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgebaute Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, haben die Privatkunden die grössten Wahlmöglichkeiten. So bietet beispielsweise Salt lediglich Breitbandinternetprodukte in denjenigen Gebieten an, in denen eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht. Die in diesen lokalen Gebieten angebotenen Fernmeldedienste unterscheiden sich von denjenigen in anderen lokalen Gebieten hinsichtlich Preis-Leistungs-Verhältnis deutlich.<sup>139</sup>

126. In denjenigen Gebieten, in denen Endkunden lediglich die Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur von Swisscom sowie die Koaxialkabelinfrastruktur von UPC zur Verfügung steht, haben die Privatkunden eine eingeschränktere Wahlmöglichkeit. Fernmeldediensteanbieter, die in

<sup>130</sup> Vgl. RPW 2020/2, 772 Rz 126, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>131</sup> RPW 2020/2, 772 Rz 126, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>132</sup> Vgl. [www.salt.ch/media/press/files/2020/5/19/fa4d82d9-b36a-487d-8a78-004eedf28686/446/20200519\\_PR%20Swiss%20Open%20Fiber\\_DE.PDF](http://www.salt.ch/media/press/files/2020/5/19/fa4d82d9-b36a-487d-8a78-004eedf28686/446/20200519_PR%20Swiss%20Open%20Fiber_DE.PDF), zuletzt besucht am 9.9.2020.

<sup>133</sup> RPW 2020/2, 772 Rz 127, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>134</sup> RPW 2020/2, 772 Rz 130, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu insbesondere Zahlen des BAKOM: [www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provider.html](http://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provider.html) und <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/uebertragungsdienste-und-breitband-internet-auf-mobilfunknetzen.html>, zuletzt besucht am 9.9.2019

<sup>136</sup> Vgl. act. 12, Rz 136.

<sup>137</sup> Vgl. RPW 2020/2, 773 Rz 135, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>138</sup> Vgl. RPW 2020/2, 773 Rz 136, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>139</sup> Vgl. RPW 2020/2, 773 Rz 137, *Sunrise/Liberty Global*.

diesen lokalen Gebieten keine eigene leitungsgebundene Infrastruktur betreiben, sind auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen und damit von Swisscom abhängig. Dies zeigt sich in einem – im Vergleich zu den lokalen Gebieten, in denen Privatkunden eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht – deutlich schlechteren Preis-Leistungs-Verhältnis. Aufgrund dieser lokalen Gegebenheit ist der Markt für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht auf das Netzgebiet von UPC zu beschränken, in welchem keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht.

127. Insbesondere Sunrise (via Vorleistungsprodukte) und Swisscom bieten schweizweit Breitbandinternetdienstleistungen an. Sie verfolgen hierbei eine Strategie von schweizweit einheitlichen Preisen für die von ihnen angebotenen Nutzungsprofile. Allerdings unterscheiden sich die mit den Profilen angebotenen Leistungen (insbesondere die Bandbreite) entsprechend den zur Verfügung stehenden Technologien (Glasfaser, G.Fast, VDSL etc.). Derzeit ist nicht bekannt, dass Sunrise oder Swisscom eine über die technologischen Restriktionen hinausgehende regionale Preisdifferenzierung bei den von ihnen angebotenen Profilen vornehmen. Um den Einfluss von kleineren Fernmeldedienstleistern (z. B. lokale Kabelnetzbetreiber) auf die nationalen Preise für die jeweiligen Profile untersuchen zu können, ist zudem eine nationale Abgrenzung vorzunehmen.<sup>140</sup>

128. Grundsätzlich wird daher ein nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, welcher sich auf diejenigen Gebiete erstreckt, in welchem eine Kupferkabelinfrastruktur besteht (nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden) abgegrenzt. Aufgrund der lokal unterschiedlich zur Verfügung stehenden Infrastrukturen und den damit einhergehenden verschiedenen Wahlmöglichkeiten der Endkunden ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zudem ein regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, welcher sich auf diejenigen Gebiete erstreckt, in denen UPC eine HFC-Netzwerkinfrastruktur betreibt und eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht (regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden), sowie ein regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, welcher sich auf diejenigen Gebiete erstreckt, in denen UPC eine HFC-Netzwerkinfrastruktur betreibt und keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht (regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit koaxialkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden), abzugrenzen.<sup>141</sup>

#### **Nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden**

129. Der nationale Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden entspricht dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet. Auf diesem stehen sich Fernmeldedienstleister, die in der Schweiz Breitbandinternetprodukte verkaufen und Nachfrager solcher

Breitbandinternetanbieter gegenüber. Hierbei ist entscheidend, dass schweizweit dieselben Breitbandinternetprodukte auf diesem Markt verkauft werden, wobei sich ein Breitbandinternetprodukt als Bündel aus Preis, Breitbandprofil und Servicequalität zusammensetzt. In diesem Markt steht den Endkunden mindestens ein kupferkabelbasierter Breitbandinternetanschluss zur Verfügung.

#### **Regionale Endkundenmärkte für Breitbandinternet mit koaxialkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden**

130. Auf den regionalen Endkundenmärkten für Breitbandinternet mit koaxialkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden stehen sich Fernmeldedienstleister, die Breitbandinternetprodukte verkaufen und Nachfrager solcher Breitbandinternetprodukte gegenüber. Hierbei ist entscheidend, welche Bündel aus Preis, Breitbandprofil und Servicequalität zur Verfügung stehen. Diese sind in der Regel durch die dahinterliegende Breitbandtechnologie (Glasfaser, HFC, Kupfer) vorgegeben. In diesen Märkten stehen den Endkunden mindestens ein HFC-basierter Breitbandinternetanschluss und in der Regel auch ein kupferkabelbasierter Breitbandinternetanschluss zur Verfügung. Da UPC keine regionale Preisdifferenzierung betreibt, die sich an den zur Verfügung stehenden alternativen Übertragungsnetzen orientiert, kann auf eine weitere räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden.

131. Da ein Endkunde, der sich im Netzabdeckungsgebiet von UPC befindet, in der Regel kein Kabelnetzangebot eines anderen Kabelnetzbetreibers nachfragen kann, ist pro Netzabdeckungsgebiet jeweils ein separater Markt abzugrenzen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann sich die räumliche Marktabgrenzung auf denjenigen Markt beschränken, der der Netzabdeckung von UPC entspricht.

#### **Regionale Endkundenmärkte für Breitbandinternet mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden**

132. Auf den regionalen Endkundenmärkten für Breitbandinternet mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden stehen sich Fernmeldedienstleister, die Breitbandinternetprodukte verkaufen und Nachfrager solcher Breitbandinternetprodukte gegenüber. Hierbei ist entscheidend, welche Bündel aus Preis, Breitbandprofil und Servicequalität zur Verfügung stehen. Diese sind in der Regel durch die dahinterliegende Breitbandtechnologie (Glasfaser, HFC, Kupfer) vorgegeben. In diesen Märkten stehen den Endkunden mindestens ein glasfaserbasierter Breitbandinternetanschluss und in der Regel auch ein kupferkabelbasierter und ein HFC-basierter Breitbandinternetanschluss zur Verfügung. In der Schweiz bieten neben Swisscom auch Swiss Fibre Net via FDAs eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu einheitlichen Preisen an. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann daher auf eine weitere räumliche Unterteilung des Marktes verzichtet werden.

<sup>140</sup> Vgl. RPW 2020/2, 773 Rz 139, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>141</sup> Vgl. RPW 2020/2, 774 Rz 145, *Sunrise/Liberty Global*.



133. Da für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens insbesondere die Wettbewerbswirkung auf UPC von Relevanz ist, wird vorliegend eine räumliche Marktabgrenzung vorgenommen, welche eine Überschneidung zwischen den zur Verfügung stehenden regionalen Glasfasernetzen und der Netzwerkabdeckung von UPC aufweist. Das bedeutet, dass für den vorliegenden Zusammenschluss das Gebiet relevant ist, auf welchem UPC über eine Kabelnetzwerkinfrastruktur verfügt, unabhängig davon, ob lokal gleichzeitig eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht. Dies deshalb, weil UPC schweizweit einheitliche Preise anbietet, ohne zwischen Regionen mit und ohne Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu unterscheiden.

#### **B.4.1.4.2.2. Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)**

134. Die WEKO hat die Wholesale-Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden als Vorleistungsmärkte für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.<sup>142</sup> Diese Märkte umfassen die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen leitungsgebundenen Breitbandzugänge unabhängig von dem darunter liegenden Übertragungsmedium (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel etc.).<sup>143</sup>

135. Derzeit bieten Swisscom und regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen Vorleistungsprodukte auf den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet für Privatkunden an. Kabelnetzbetreiber wären theoretisch ebenfalls in der Lage Wholesale-Produkte anzubieten. Solche Dienste wurden in den letzten Jahren allerdings nicht von den Kabelnetzbetreibern angeboten.<sup>144</sup>

136. Im Privatkundenbereich sind die Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels nicht von gleicher Bedeutung wie im Geschäftskundenbereich. Zudem konsumieren Privatkunden vorwiegend Inhalte, welche sie im Internet suchen, oder Fernsehprogramme. Aus diesem Grund sind gegenwärtig die Downloadgeschwindigkeiten für Endkunden von grösserer Bedeutung als die Uploadgeschwindigkeiten, weshalb im Privatkundenbereich oft nur asymmetrische Breitbandinternetverbindungen angeboten werden. Die im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden angebotenen Profile unterscheiden sich daher stark von denjenigen im Geschäftskundenbereich.<sup>145</sup>

137. In räumlicher Hinsicht bietet Swisscom ihre Vorleistungsprodukte schweizweit zu einheitlichen Preisen an, weshalb von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen werden kann.<sup>146</sup>

#### **B.4.1.4.2.3. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten**

138. Der vollständig entbündelte Zugang zur TAL wird in Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung definiert. Die TAL ermöglicht den physischen Zugang zum Kupfernetz.<sup>147</sup>

139. Der Anschluss erfolgt in der Regel in der Swisscom Anschlusszentrale, in welcher FDA einen Anschluss an diese nachfragen.<sup>148</sup>

140. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf das Netzwerk von Swisscom, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.<sup>149</sup>

#### **B.4.1.4.2.4. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten**

141. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (Fiber Optic Transmission Speed) bieten Betreiber einer Glasfasernetzinfrastruktur einzelne Glasfaserleitungen im Anschlussbereich zur Miete an.<sup>150</sup> Kunden nutzen diese Glasfaserleitungen als Vorleistungsprodukt zur Erbringung eigener Datenübertragungsdienstleistungen gegenüber Endkunden und Nachfragern nach Vorleistungsprodukten. Gegenüber dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unterscheidet sich dieser Markt vorwiegend durch die Übertragungsgeschwindigkeit, die basierend auf der Glasfasertechnologie als Übertragungsmedium bedeutend höher ist. Das kommerzielle Analogprodukt zur TAL wird von Swisscom und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen als die Überlassung einer unbeleuchteten Glasfaserleitung im Markt unter dem Namen «Access Line Optical» (nachfolgend: ALO) angeboten. Die ALO ermöglicht in einer Anschlusszentrale von Swisscom oder derjenigen eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens einen solchen Glasfaseranschluss nachzufragen.<sup>151</sup>

142. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf das in der Schweiz bestehende Glasfasernetzwerk in den grösseren Agglomerationen.<sup>152</sup> Für die Zwecke des Zusammenschlussvorhabens und die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Regionen, in welchen eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, kann auf eine regionale Marktabgrenzung verzichtet werden. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist daher von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen.

<sup>142</sup> Vgl. RPW 2020/2, 774 Rz 146, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>143</sup> Vgl. RPW 2012/2, 193 Rz 241, *FTTH Freiburg*; vgl. auch act. 21 Rz 220 f.

<sup>144</sup> Vgl. RPW 2020/2, 774 Rz 147, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>145</sup> Vgl. RPW 2020/2, 774 Rz 148, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/2, 195 Rz 252, *FTTH Freiburg*.

<sup>146</sup> Vgl. RPW 2020/2, 774 Rz 149, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>147</sup> Vgl. RPW 2020/2, 775 Rz 150 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2014/3, 526 Rz 94, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; vgl. auch act. 21 Rz 234 f.

<sup>148</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 307.

<sup>149</sup> Vgl. RPW 2014/3, 526 Rz 95, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*.

<sup>150</sup> Vgl. act. 12, Rz 157.

<sup>151</sup> Vgl. RPW 2020/2, 775 Rz 153 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2012/2, 186 Rz 163, *FTTH Freiburg*.

<sup>152</sup> Vgl. RPW 2020/2, 775 Rz 154, *Sunrise/Liberty Global*.

#### **B.4.1.4.3. Märkte im Bereich Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich**

143. Mittels Breitbandanbindungen werden im Geschäftskundenbereich Unternehmensstandorte miteinander verbunden. Zwar fragen Unternehmen meist auch einen Zugang zum Internet nach. Da aber der unternehmensinterne Datenaustausch zwischen den Arbeitsstationen der Mitarbeiter und den Servern des Unternehmens eine grössere Bedeutung hat, als der eigentliche Zugang zum Internet, wird der Internetzugang im Geschäftskundenbereich in den meisten Fällen als zusätzliche Dienstleistung eingekauft.<sup>153</sup>

##### **B.4.1.4.3.1. Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich**

144. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung meist symmetrische Datenübertragungsdienstleistungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt.<sup>154</sup> Hierbei spielen insbesondere die garantierte Bandbreite und Service-Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandverbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche Fernmelde-diensteanbieter, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen und sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.<sup>155</sup>

145. Auf dem Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich treffen daher Anbieter von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Anforderungen von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche deren Angebote nachfragen, aufeinander.<sup>156</sup>

146. Da Breitbandanbindungen sowohl schweizweit angeboten als auch nachgefragt werden, ist der Markt national abzugrenzen.<sup>157</sup>

##### **B.4.1.4.3.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich**

147. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber Endkunden erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur oder ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungsdienstleistungen von FDA, die über eine solche Infrastruktur bzw. über einen Zugang zu einer solchen Infrastruktur verfügen, angewiesen.<sup>158</sup> Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf der Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Dienstleistungen, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.<sup>159</sup>

148. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer-2 und Layer-3 Produkten unterschieden werden. Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer-2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer-3 Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer-2 als auch Layer-3 Produkte an.<sup>160</sup> Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden.

149. FDA, welche gegenüber Endkunden entsprechende Dienstleistungen anbieten, fragen Vorleistungsprodukte zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten grundsätzlich schweizweit nach. Zwar existieren auch kleinere FDA, die nur bestimmte Regionen mit ihrem Service abdecken wollen bzw. können. In der Schweiz könnte auch Sunrise in denjenigen räumlich begrenzten Gebieten entsprechende Vorleistungsprodukte anbieten, welche über eine von ihr erschlossene Anschlusszentrale erreicht werden können. Für das schweizweite Anbieten von Breitbandangeboten im Geschäftskundenbereich gegenüber Endkunden stellen die regionalen Angebote von Sunrise allerdings keine Alternative dar. Es ist daher von einem schweizweiten Markt auszugehen.<sup>161</sup>

150. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass UPC in diesem Markt nicht tätig und Sunrise nur marginal präsent ist, so dass keine Bedenken hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Folge des Zusammenschlussvorhabens bestehen könnten.<sup>162</sup> Diese Auffassung basiert auf der Prämisse, dass eine marktbeherrschende Stellung zwingend bei den Zusammenschlussparteien begründet oder verstärkt werden müsse. Eine solche restriktive Auffassung lässt sich allerdings nicht aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 10 Abs. 1 KG entnehmen. Sie ist daher abzulehnen.

<sup>153</sup> Vgl. RPW 2020/2, 775 Rz 155, *Sunrise/Liberty Global*; Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 314; act. 21 Rz 227 ff.

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2020/2, 775 Rz 156 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>155</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 316.

<sup>156</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 317.

<sup>157</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 322.

<sup>158</sup> RPW 2020/2, 775 f. Rz 159 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>159</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 312.

<sup>160</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 313.

<sup>161</sup> Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 320 f.

<sup>162</sup> Vgl. act. 12, Rz 176.

#### B.4.1.4.3.3. Wholesale-Markt für Mietleitungen

151. Mietleitungen sind Teilleitungen, die es Telekommunikationsanbietern erlauben, ihre eigenen Netze an Standorte von Endkunden zur Bereitstellung von Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich anzuschliessen.<sup>163</sup> Darüber hinaus stellen Mietleitungen einen Input für die Zurverfügungstellung von Telekommunikationsdienstleistungen dar.

152. In der Vergangenheit hat die WEKO zwischen Mietleitungen im Anschlussnetz und Mietleitungen im Fernnetz unterschieden.<sup>164</sup> Auf dem Markt für Mietleitungen fragen FDA oder meist Unternehmen eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung zur Datenübertragung nach. In der Regel beinhaltet eine solche Punkt-zu-Punkt-Verbindung über Mietleitungen eine garantierte minimale Bandbreite. Häufig werden Mietleitungen zur Verbindung von Unternehmensstandorten verwendet. Grundsätzlich sind Märkte für Mietleitungen individuell abzugrenzen, da für die Marktgegenseite eine bestimmte Punkt-zu-Punkt-Verbindung nur dann durch eine andere Punkt-zu-Punkt-Verbindung substituiert werden kann, wenn zwischen denselben Punkten eine entsprechende Verbindung besteht. So kann es zwischen den einzelnen Punkt-zu-Punkt-Verbindungen sehr grosse Wettbewerbsunterschiede geben.<sup>165</sup> Gesichert ist hingegen, dass nur Swisscom über ein schweizweites mietleitungsfähiges Anschlussnetz verfügt. Dies insbesondere, weil die Angebote von Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Anschlussnetz nur regional verfügbar sind und über die Koaxialkabeltechnologie nur unter gewissen Voraussetzungen Bandbreiten garantiert werden können.

153. Die beteiligten Unternehmen machen zudem geltend, heute würde eine Vielzahl von Möglichkeiten bestehen, anderen FDA hochqualitative Punkt-zu-Punkt- sowie Multipunkt-Verbindungen bereitzustellen. Sunrise biete bspw. die Produkte Dark Fiber, traditionell Managed Leased Lines und Ethernet-Dienste mit einer garantierten Bandbreite als Mietleitungsprodukte an. Die beteiligten Unternehmen würden bei ihren Angeboten im Wholesale-Markt für Mietleitungen nicht zwischen verschiedenen Segmenten unterscheiden. Es bestehe daher ein einheitlicher Markt für Mietleitungsprodukte, in dem Punkt-zu-Punkt- sowie Multipunkt-Verbindungen je nach Bedürfnis der Abnehmerin über unterschiedliche Technologien und Übertragungsmedien bereitgestellt würden. Diese Ansicht werde auch durch die jeweilige Preissetzung der beteiligten Unternehmen bestätigt; die leicht unterschiedlichen Preise zwischen städtischen und eher ländlichen Regionen würden sich dabei aufgrund unterschiedlicher Skaleneffekte bei der Nutzung der aktiven Komponenten ergeben.<sup>166</sup>

154. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann ein einheitlicher Wholesale-Markt für Mietleitungen angenommen werden, da eine weitere Unterteilung in einzelne Märkte für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht als relevant erscheint.

155. In räumlicher Hinsicht ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.<sup>167</sup>

#### B.4.1.4.4. Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

156. Im Bereich IP-Interkonnektion ist die WEKO in ihrer Praxis von einem Netzzugangsmarkt zu dem jeweiligen Netz des Peering-Partners ausgegangen.<sup>168</sup> Mittels IP-Interkonnektion garantieren Fernmeldedienstleister den Zugang zum weltweiten Internet. Diesen Zugang können sie durch zwei grundlegend unterschiedliche Interkonnektionsvereinbarungen erreichen. Diese sind Transit und Peering. Beim Transit kauft der nachfragende Fernmeldedienstleister bei einem anderen Fernmeldedienstleister einen Zugang zum weltweiten Internet nach. Mittels Peering-Vereinbarung vereinbaren zwei Fernmeldedienstleister sich ihr Netz gegenseitig zugänglich zu machen.<sup>169</sup>

157. Bei den Interkonnektionsvereinbarungen legen die Vertragspartner jeweils die zur Verfügung gestellte Bandbreite an den Übergabepunkten fest.<sup>170</sup> Oft werden Peering-Vereinbarungen formlos abgeschlossen. In den letzten Jahren wurden allerdings die Peering-Policies insbesondere von Fernmeldedienstleistern, welche aufgrund ihrer verhältnismässig grossen Anzahl an Privatkunden mehr inbound-Traffic als outbound-Traffic aufwiesen, verschärft und es wurden entsprechende Peering-Ratios eingeführt.

158. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wären daher die Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Netzwerken von Sunrise und UPC sowie ein Markt für den IP-Interkonnektionszugang zum Netzwerk des kombinierten Unternehmens abzugrenzen.

159. Die Zusammenschlussparteien machen bezüglich der Marktabgrenzung geltend, die Märkte für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC seien in sachlicher Hinsicht dergestalt abzugrenzen, dass sie sowohl Interkonnektion mittels Peering als auch Interkonnektion mittels Transit umfassen.<sup>171</sup> Aus einer Angebotssicht sei Peering eine Unterkategorie von Transit. Peering sei eine IP-Interkonnektions-beziehung, bei der Traffic zu bestimmten Destinationen im Internet geleitet werde. Transit sei eine IP-Interkonnektionsbeziehung, bei der Zugang zum gesamten Internet angeboten werde.

<sup>163</sup> Vgl. RPW 2020/2, 776 Rz 162 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>164</sup> Vgl. RPW 2008/4 754 Rz 30 f., *Mietleitungen*.

<sup>165</sup> Vgl. RPW 2008/4 754 Rz 12 ff., *Mietleitungen*.

<sup>166</sup> Vgl. RPW 2020/2, 776 Rz 164, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>167</sup> Vgl. RPW 2020/2, 776 Rz 166, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2008/4 756 Rz 50 ff., *Mietleitungen*.

<sup>168</sup> Vgl. RPW 2020/2, 776 f. Rz 167 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2017/1 80 ff. Rz 79 ff., *Interconnect Peering*.

<sup>169</sup> Vgl. RPW 2017/1 73 ff. Rz 1 ff., *Interconnect Peering*.

<sup>170</sup> Vgl. [de.wikipedia.org/wiki/Peering](https://de.wikipedia.org/wiki/Peering).

<sup>171</sup> Vgl. act. 12, Rz 191.

160. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU ist die Marktabgrenzung immer aus Sicht der Marktgegenseite anzustellen, weshalb die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachte Angebotssicht wenig relevant ist.<sup>172</sup> Ob und inwiefern Peering grundsätzlich durch Transit substituiert werden kann, hängt von verschiedenen Faktoren und insbesondere von der Preisgestaltung ab. Für diejenigen FDA, welche (kostenfreies) Peering nachfragen, stellt Transit kein ausreichendes Substitut dar. Unabhängig davon hat der Netzbetreiber die vollständige Kontrolle über den Traffic auf sein Netzwerk und damit den Zugang zu seinen Endkunden. Der Netzbetreiber ist frei, mit wem er Peering- und Transit-Abkommen (sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager) schliesst.<sup>173</sup>

161. In räumlicher Hinsicht ist von einem nationalen Markt auszugehen.<sup>174</sup>

#### B.4.1.4.5. Wholesale-Markt für Transit-Zugang

162. Auf dem Markt für Transit-Zugang stehen sich auf der Anbieterseite Fernmeldediensteanbieter, welche für andere Fernmeldediensteanbieter einen Zugang zum weltweiten Internet sicherstellen, und auf der Nachfrageseite Fernmeldediensteanbieter, die zur Bereitstellung eines Internetzugangs für ihre Kunden einen solchen Zugang nachfragen, gegenüber.<sup>175</sup> In der Praxis wird hierbei oft zwischen unterschiedlichen Typen von Fernmeldediensteanbietern (im Bereich Internet spricht man von so genannten Autonomen Systemen oder AS) je nach ihrer Grösse und ihrer weltweiten Präsenz unterschieden. So werden grosse, weltweit tätige AS als «Tier-1» bezeichnet, wenn sie durch ihre Peering- und ihre als Anbieter gewährten Transitvereinbarungen bereits einen Zugang zu sämtlichen im Internet angeschlossenen Rechnern gewährleisten können und daher kein Transit nachfragen müssen. Tier-2 und Tier-3 sind entsprechend kleiner und eher national bzw. regional verankert. Bei der Einstufung als Tier-1, Tier-2 oder Tier-3 AS handelt es sich nicht um eine anhand objektiver Kriterien zugesprochene Qualifikation, sondern um eine Selbsteinschätzung der Fernmeldediensteanbieter bzw. deren Akzeptanz durch andere Fernmeldediensteanbieter.

163. In räumlicher Hinsicht können sich je nach Anforderungen an die Übertragungsgeschwindigkeiten und der damit verbundenen Einschränkungen hinsichtlich der Leitungsdistanzen unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten ergeben.<sup>176</sup> Insgesamt könnte in räumlicher Hinsicht für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem internationalen Markt ausgegangen werden. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung kann aber für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen werden.

#### B.4.1.5 Märkte im Bereich Fernsehen

164. Bei den TV-Märkten ist in erster Linie zwischen der Übertragung von TV-Inhalten (Plattformmärkte) und der Bereitstellung bzw. dem Bezug von TV-Inhalten zu unterscheiden.<sup>177</sup>

#### B.4.1.5.1. Vorbemerkungen zu den Plattformmärkten für die Übertragung von TV-Inhalten

165. Die ökonomische Literatur beschreibt TV-Plattformen als zweiseitige Märkte.<sup>178</sup> TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD-Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Dabei bieten Anbieter gegenüber Endkunden eine TV-Plattform für die Übertragung von verschiedenen Inhalten an. Gegenüber Content Anbietern bieten die Plattformbetreiber die Weiterverbreitung der TV-Inhalte an die Endkunden an. Es bestehen indirekte Netzwerkeffekte, da eine TV-Plattform aus Sicht der Programmveranstalter umso attraktiver ist, je mehr Fernsehzuschauer sie aufweist; gleichermassen ist eine TV-Plattform aus der Sicht der Fernsehzuschauer umso attraktiver je mehr Programme sie überträgt. Somit müssen die TV-Plattformanbieter bei ihrer Gewinnoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen.<sup>179</sup>

166. Dabei ist zu beachten, dass die Programmveranstalter starke Anreize haben, auf allen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing), da sie auf diese Weise die Anzahl der Fernsehzuschauer maximieren können. Die Fernsehzuschauer beziehen dagegen üblicherweise nur eine TV-Plattform (single-homing), da die zusätzlichen Kosten für den Bezug einer zweiten Plattform (die meist auch mit dem Bezug einer zweiten Infrastruktur einhergeht) in den meisten Fällen den zusätzlichen Nutzen übertreffen.<sup>180</sup>

167. Aufgrund der Digitalisierung im Rahmen des technologischen Wandels im Fernsbereich hat sich das Problem von Frequenzknappheit stark entschärft. Zudem bestehen heute verschiedene Möglichkeiten zum Empfang von Fernsehprogrammen. In der Folge ist es für die TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese den Endkunden mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können. Infolge dieser technologischen Entwicklung verschob sich der Fokus des Wettbewerbs im Bereich Fernsehen von knappen Distributionskanälen zu exklusiven (und somit ebenfalls knappen) Programminhalten, dem sogenannten Premium Content. Vor diesem Hintergrund kann sich die vorliegende Betrachtung auf die Zuschauerseite der Plattform beschränken.

168. Endkunden stehen heute – in Abgrenzung zur terrestrischen und satellitengestützten Übertragung – grundsätzlich zwei leitungsgebundene Übertragungstypen, also CATV (Cable Television) und IPTV (Internet Protocol Television) zur Verfügung. Daneben existiert das sog. OTT-TV Angebot, welches lediglich eine Internetverbindung voraussetzt.<sup>181</sup>

<sup>172</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 171, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>173</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 171, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>174</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 172, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>175</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 173 f., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>176</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 174, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>177</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 175, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>178</sup> Vgl. RPW 2020/2, 777 Rz 176, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>179</sup> Vgl. RPW 2016/4, 965 f., Rz 373 ff., *Sport im Pay-TV*.

<sup>180</sup> Vgl. RPW 2016/4, 966, Rz 376, *Sport im Pay-TV*.

<sup>181</sup> Vgl. RPW 2019/1 181, Rz 40, *Tamedia/ Zattoo International*.

169. Während Sunrise auf der Grundlage der Wholesale-Zugangsvereinbarung mit Swisscom TV-Programme per IPTV überträgt, greift UPC dazu auf ihr Kabelnetz zurück. Teilweise bietet UPC zudem Fernsehen auch über Netze Dritter an.<sup>182</sup>

170. Gemäss konstanter Praxis der WEKO wurde der Markt für die leitungsgebundene Übertragung jeweils gegenüber der terrestrischen Übertragung sowie der satellitengeschützten Übertragung von TV-Programmen abgegrenzt.<sup>183</sup> Aufgrund des nach wie vor fehlenden Wettbewerbsdrucks von diesen Übertragungsarten, rechtfertigt sich auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, die terrestrische und satellitengeschützte Übertragung nicht dem Markt für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV zuzurechnen.

171. Auch in Bezug auf OTT-TV ist die WEKO bisher davon ausgegangen, dass dies nicht zum Markt für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV gehört.<sup>184</sup> Über CATV und IPTV steht den Endkunden Digital-TV in der Regel nur gegen Entrichtung einer Abonnementgebühr zur Verfügung. Der Bezug des OTT-TV-Angebots setzt demgegenüber lediglich eine Internetverbindung voraus. Dies aber unabhängig vom Internet-Provider und der Übertragungsart (leitungsgebunden, W-LAN oder Mobilfunk).

172. Aufgrund der technischen Entwicklung und aufgrund der heutigen Angebote besteht die Möglichkeit, dass ein OTT-TV-Angebot (bezogen auf die Übertragungsart), ein Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung darstellt. Die genaue Abgrenzung kann an dieser Stelle allerdings offengelassen werden.<sup>185</sup>

173. Die Plattformmärkte für die Übertragung von TV-Inhalten sind sodann bezogen auf den Inhalt weiter zu unterteilen<sup>186</sup>. Dabei ist die Übertragung von linearem TV von der Übertragung von VoD abzugrenzen. VoD unterscheidet sich massgeblich vom linearem Fernsehen, da der Nutzer individuell auswählt, welche Inhalte er konsumieren möchte. Damit unterscheidet sich das Filmerlebnis massgeblich vom Konsum eines oder mehrerer linearer TV-Sender, zwischen welchen der Endkunde wechseln kann.

174. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien sollte der Plattformmarkt für die Übertragung von TV-Inhalten nicht weiter unterteilt werden.<sup>187</sup> Namentlich spiele es keine Rolle, ob die TV-Inhalte in Form von linearen oder nichtlinearen Dienstleistungen übertragen werden. Ausserdem gebe es keine Rechtfertigung für die Abgrenzung separater Teilmärkte für Plattformen, die (ausschliesslich oder unter anderem) lineares Fernsehen übertragen, und für Plattformen, die (ausschliesslich oder unter anderem) Video on Demand (VoD) übertragen. Zudem spiele es aus Sicht der beteiligten Unternehmen keine Rolle, ob TV-Inhalte als Pay-TV oder Free-TV, per Kabel oder IPTV übertragen werden.

175. VoD ermöglicht den Bezug eines bestimmten Videoinhalts zu einem beliebigen Zeitpunkt. Demgegenüber handelt es sich beim linearem Fernsehen um eine Folge von Sendungen, die im Rahmen einer festen Programmstruktur angeboten werden und zeitlich angesetzt sind.<sup>188</sup> Auch wenn mittels der Replay-Funktion Sendun-

gen zwar grundsätzlich zu einem beliebigen Zeitpunkt nach der Erstaussstrahlung in der ursprünglichen Programmstruktur gestartet werden können, lässt dies nicht automatisch auf die Substituierbarkeit von VoD-Angeboten mit linearen TV-Diensten schliessen. Zum einen setzt die Replay-Funktion überhaupt eine Erstaussstrahlung voraus und zum anderem kann sie in der Regel nur in einem limitierten Zeitfenster von max. 7 Tagen<sup>189</sup> gestartet werden. Dies hat zur Folge, dass auch die Replay-Funktion stark an die Programmstruktur des linearen Fernsehens gebunden ist. Umgekehrt bietet lediglich lineares Fernsehen dem Zuschauer die Möglichkeit des sog. Zappens innerhalb des aktuellen Programms an, während VoD die Auswahl einer bestimmten Sendung voraussetzt.

176. Insgesamt ist daher eine Substituierbarkeit zwischen linearem Fernsehen und VoD-Angeboten endkundenseitig aus Sicht der WEKO nicht gegeben, weshalb die Übertragung von linearem TV und die Übertragung von VoD separat abzugrenzen sind.<sup>190</sup>

#### **B.4.1.5.2. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV**

177. Auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV stehen zuschauerseitig die TV-Plattformen als Anbieter von Übertragungsdienstleistungen für Fernsehprogramme den TV-Zuschauern gegenüber, welche diese Übertragungsdienstleistungen nachfragen um die von ihnen gewünschten TV-Programme anschauen zu können.<sup>191</sup>

178. Aufgrund der heutigen technischen Entwicklung kann ein OTT-TV-Angebot, welches (auch) lineares Fernsehen überträgt wie dies etwa bei Zattoo, Teleboy und Sunrise (inkl. Wilmaa) der Fall ist, ein Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung von linearem Digital-TV darstellen. Dennoch erfordert dies ein gewisses technisches Verständnis, um die entsprechenden Programme auf einer eigenen Set-Top-Box zu installieren. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann an dieser Stelle allerdings offengelassen werden, ob OTT-TV-Angebote zum Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV hinzuzuzählen sind.

179. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis bezüglich CATV-Anbietern den Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV räumlich anhand des Gebiets des vom jeweiligen Plattformanbieter genutzten Leitungsnetzes abgegrenzt. Bei den IPTV-Anbietern entspricht dies der Ausdehnung

<sup>182</sup> Vgl. act. 12, Rz 208 i.V.m. Beilage 1, Rz 27.

<sup>183</sup> Ausführlich in RPW 2016/4, 981, Rz 481 f., *Sport im Pay-TV*.

<sup>184</sup> Vgl. RPW 2016/4, 980 f, Rz 480, *Sport im Pay-TV*.

<sup>185</sup> Vgl. RPW 2020/2, 778 Rz 185, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>186</sup> Vgl. RPW 2020/2, 778 Rz 186, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>187</sup> Vgl. act. 12, Rz 207.

<sup>188</sup> Vgl. RPW 2020/2, 779 Rz 188, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2016/4, 928 Rz 72, *Sport im Pay-TV*.

<sup>189</sup> Vgl. [www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/bundles.html](http://www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/bundles.html); [www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/](http://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/); [www.swisscom.ch/de/privatkunden/hilfe/swisscom-tv/swisscom-tv-funktionen.html#replay](http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/hilfe/swisscom-tv/swisscom-tv-funktionen.html#replay); zuletzt besucht am 9.9.2020.

<sup>190</sup> RPW 2020/2, 779 Rz 190, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>191</sup> RPW 2020/2, 779 Rz 191, *Sunrise/Liberty Global*.

des VDSL-Netzes von Swisscom beziehungsweise der Glasfasernetze, welche den IPTV-Anbietern zur Verfügung stehen.<sup>192</sup> In Bezug auf UPC wäre somit der Markt für die Übertragung von Digital-TV grundsätzlich auf die räumliche Ausdehnung der Netzwerkinfrastruktur von UPC zu begrenzen.

#### B.4.1.5.3. Plattformmarkt für die Übertragung von Video on Demand (VoD)

180. Auf dem Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten stehen TV- bzw. VoD-Plattformen anbieterseitig den Zuschauern nachfrageseitig gegenüber. Grundsätzlich kann auch dieser Markt als zweiseitig qualifiziert werden, unter Einbezug der VoD-Content-Lieferanten.<sup>193</sup>

181. Räumlich ist der Plattformmarkt für die Übertragung von VoD sowohl auf die räumliche Ausdehnung der Netzwerkinfrastruktur von UPC zu begrenzen als auch national abzugrenzen (vgl. dazu oben Rz 179 ff.).

#### B.4.1.5.4. Märkte für die Bereitstellung von Premium Content

182. Neben den Märkten für TV-Plattformen (für lineares Fernsehen und VoD) sind zudem Märkte für die Bereitstellung von TV-Inhalten abzugrenzen. Bei den Märkten

für die Bereitstellung von TV-Inhalten stehen sich jeweils TV-Programmveranstalter und TV-Plattformanbieter gegenüber.<sup>194</sup> Die Märkte werden sodann nach dem konkreten Inhalt weiter unterteilt, wobei vordergründig zwischen Premium Content und nicht Premium Content zu unterscheiden ist. Als Premium Content gelten Inhalte, welche exklusiv oder zeitlich aktuell verbreitet werden. Dies sind etwa attraktive Sport- und Kulturereignisse sowie Blockbuster-Filme, die einen «Superstar-Effekt» aufweisen.<sup>195</sup> Diese Inhalte weisen für den Konsumenten in der Regel einen erhöhten Mehrwert auf, weshalb die Zahlungsbereitschaft für diese Inhalte höher ist. Premium Content wird daher von Anbietern in der Regel als separates Produkt angeboten. Nicht Premium Inhalte sind demgegenüber in der Regel kostenlos verfügbar und können für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausser Acht gelassen werden.

183. Weiter stellen die einzelnen Kategorien von Premium Content jeweils separate Märkte dar, wobei sinnvolle Aggregationen vorgenommen werden können, wenn sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den einzelnen Märkten nicht wesentlich unterscheiden.

184. UPC verfügt gemäss Meldung über die nachfolgenden exklusiven Rechte im Bereich Premium Content:<sup>196</sup>

Übersicht über die Sportrechte			
Sportart	Anbieter	Beschreibung	Dauer
[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 3: Übersicht über die UPC Sportrechte

185. Nach Ansicht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist ein Markt für Premium Content abzugrenzen, welcher nicht weiter nach verschiedenen Kategorien zu unterteilen ist.<sup>197</sup> Gemäss aktueller Praxis der WEKO sind jedoch vor allem Sportinhalte nicht durch andere TV-Inhalte (Spielfilme etc.) substituierbar. Innerhalb der Sportarten liegen zumindest für Fussball und Eishockey getrennte Märkte vor, sodass Fussball und Eishockey weder untereinander noch durch andere Sportarten substituierbar sind. Es ist zudem danach zu unterscheiden, ob ein Einzelereignis oder ein Ligaprodukt, d.h. mehrere Einzelereignisse zu einer Meisterschaft über eine ganze Saison zusammengefasst, übertragen wird. Schliesslich ergab sich auch eine Abgrenzung zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Pay-TV und Free-TV.<sup>198</sup> Gemäss Meldung ist demgegenüber nicht zwischen Free-TV und Pay-TV zu unterscheiden. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Free-TV- und Pay-TV-Inhalten habe sich im Laufe der Zeit verwässert. Die SRG biete ein zunehmendes VoD-Angebot, auch in Bezug auf Premium Content, wie z.B. Fussballspiele der Super League oder Champions League an.<sup>199</sup> Für die Marktabgrenzung stellt sich nicht die Frage, ob beispielsweise bei einem einzelnen Eishockeyspiel, das sowohl im Free-TV als auch im Pay-TV live übertragen wird, diese Übertragungswege hinreichende Substitute darstellen (höchstwahrscheinlich wür-

den praktisch alle Zuschauer das Spiel im Free-TV schauen, wenn die Free-TV-Übertragung qualitativ der Pay-TV-Übertragung entspricht), sondern, ob von den dem Free-TV überlassenen Inhalten ein disziplinierender Effekt auf die Nachfrage nach Pay-TV-Inhalten ausgeht.<sup>200</sup> Eishockey wird beispielsweise grundsätzlich nur während den Playoffs im Free-TV übertragen. Ein solch begrenztes Free-TV Angebot kann kein Substitut zu einem umfassenden Sportpaket, welches sämtliche Spiele überträgt, darstellen.<sup>201</sup> Dies führt zur Abgrenzung separater Pay-TV-Märkte.

<sup>192</sup> Vgl. RPW 2020/2, 779 Rz 194, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2016/4, 982 Rz 494, *Sport im Pay-TV*.

<sup>193</sup> Vgl. RPW 2020/2, 780 Rz 196, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2019/1, 182 Rz 51, *Tamedia/Zattoo International*.

<sup>194</sup> Vgl. RPW 2020/2, 780 Rz 198, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2016/4, 970, Rz 402, *Sport im Pay-TV*.

<sup>195</sup> Vgl. RPW 2020/2, 780 Rz 198, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2016/4, 964, Rz 369, *Sport im Pay-TV*.

<sup>196</sup> Vgl. act. 12, Rz 231.

<sup>197</sup> Vgl. act. 12, Rz 224.

<sup>198</sup> Vgl. RPW 2020/2, 780 Rz 200, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2017/3, 413 Rz 34 f., *Eishockey im Pay-TV*, m.w.H.

<sup>199</sup> Vgl. act. 12, Rz 224.

<sup>200</sup> RPW 2020/2, 780 f. Rz 200, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>201</sup> Zum Ganzen vgl. RPW 2016/4, 975 f., Rz 439 ff., *Sport im Pay-TV*.

186. In räumlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass Content Rechte in der Regel landesabhängig vergeben werden. Bereitstellungsmärkte sind daher grundsätzlich national abzugrenzen.<sup>202</sup> Die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass eine weitere Marktabgrenzung möglich wäre, welche sprachlich homogene Gebiete einschliesst.<sup>203</sup>

#### **B.4.1.5.5. Märkte für den Bezug von Premium Content**

187. Auf den Märkten für den Bezug von TV-Inhalten stehen sich der TV-Plattformanbieter und Endkunden gegenüber (Endkundenmarkt).<sup>204</sup>

188. Der Bezug von Premium-Content ist die Voraussetzung für dessen Bereitstellung auf einer TV-Plattform.<sup>205</sup> Gemäss ihrer Praxis unterscheidet die WEKO zwischen dem Bezug und der Bereitstellung von Premium Content.<sup>206</sup>

189. Entgegen der Ansicht der beteiligten Unternehmen sind diese beiden Märkte nicht in jedem Fall deckungsgleich.<sup>207</sup> So beziehen die Plattformen den Content von verschiedenen Anbietern und die Anbieter werden in der Regel versuchen, den Content auf möglichst vielen Plattformen zur Verfügung zu stellen. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann jedoch in Bezug auf die hier in Rede stehenden Übertragungen von Sportinhalten aufgrund derer Exklusivität auf eine separate Darstellung der Märkte für den Bezug von Premium Content verzichtet werden.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

190. 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 von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

191. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die Praxis und Lehre in der Schweiz im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung.<sup>208</sup> Allerdings bildet ein Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>209</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung.

192. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt.

193. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von zwei bis drei Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren zu erwarten oder nur von geringer Bedeutung, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>210</sup> In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, in welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>211</sup>

#### **B.4.2.1 Bestimmung der betroffenen Märkte**

194. Gemäss den Angaben von Liberty Global ergeben sich die in den nachfolgenden Abschnitten ausgewiesenen Marktanteile für das Jahr 2019.

##### **B.4.2.1.1. Märkte im Bereich Mobiltelefonie**

###### **B.4.2.1.1.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen**

195. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen im Jahr 2019 auf [10-20 Mio.]<sup>212</sup>. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

<sup>202</sup> Vgl. RPW 2020/2, 782 Rz 207, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2017/3, 413 Rz 34, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2016/4, 982, Rz 491 ff., *Sport im Pay-TV*.

<sup>203</sup> Vgl. act. 12, Rz 227.

<sup>204</sup> RPW 2020/2, 782 Rz 208, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>205</sup> Vgl. RPW 2020/2, 782 Rz 209, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>206</sup> RPW 2020/2, 782 Rz 209, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>207</sup> Vgl. act. 12, Rz 234 und RPW 2020/2, 782 Rz 210, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>208</sup> Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RP-W 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>209</sup> Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, *Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccrossi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, *Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control*), S. 205.

<sup>210</sup> Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>211</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 72 (Fn 210).

<sup>212</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B1.

Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National (Basis Parteien)	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[20-30] %	[0-10] %		

Tabelle 4: Marktanteil im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (auf Basis von Zahlen Sunrise)

196. Die Zusammenschlussparteien weisen zudem die Zahlen für Geschäftskunden aus und schätzt den Gesamtmarktanteil im Geschäftskundenbereich auf insgesamt [2-3 Mio.] Anschlüsse. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:<sup>213</sup>

Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 5: Marktanteil im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (Geschäftskundenbereich)

197. In der bisherigen Praxis hat die WEKO den Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen nicht in einen Privatkunden- und Geschäftskunden-Markt aufgeteilt. An dieser Praxis wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens festgehalten. Aufgrund dieser Marktanteilszahlen ist beim Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (Privat- und Geschäftskunden zusammen) von einem betroffenen Markt auszugehen.

#### B.4.2.1.1.2. Märkte für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

198. Die Zusammenschlussparteien schätzen den Gesamtmarkt [3-4 Mio.] abgeschlossene Verträge im Jahr 2019. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:<sup>214</sup>

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 6: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

199. Im Jahr 2018 wurde die Anzahl abgeschlossener Verträge noch auf grösser [1'000'000-2'000'000] geschätzt.<sup>215</sup> Da sich die Gesamtanzahl an Verträgen nicht wesentlich verändert hat, erscheinen die Gesamtmarktzahlen als zu hoch.

<sup>213</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B1.

<sup>214</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B2.

<sup>215</sup> Vgl. act. 12, Beilage 1, Rz 264.



200. Praxisgemäss wird der Markt für Mobilfunkdienstleistungen weiter unterteilt in «Direct Channel» und «Street Channel» (vgl. Rz 63 ff.). Dazu hat Sunrise die in den nachfolgenden Tabellen angeführten Marktanteile bekanntgegeben.

201. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel) schätzen die Zusammenschlussparteien auf [1-2 Mio.] Kundenverträge im Jahr 2019. Hieraus ergeben sich die folgende Marktanteile:<sup>216</sup>

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 7: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direkt Channel)

202. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel) schätzen die Zusammenschlussparteien auf [1-2 Mio.] Kundenverträge für das Jahr 2019:<sup>217</sup>

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[...]	[...]		

Tabelle 8: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)

203. Aufgrund der von den Zusammenschlussparteien angegebenen Marktanteilszahlen liegen im Bereich für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### **B.4.2.1.1.3. Märkte für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten**

204. Auch auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten schätzen die Zusammenschlussparteien das Gesamtmarktvolumen für das Jahr 2019 von mindestens CHF [1-2 Mrd.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B2b.

<sup>217</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B2a.

<sup>218</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B3.

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 9: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten

205. Praxisgemäss wird der Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten weiter unterteilt in «Direct Channel» und «Street Channel» (vgl. Rz 67.).

206. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel) schätzen die Zusammenschlussparteien auf [500'000-1 Mio.] verkaufte Mobilfunkgeräte im Jahr 2019. Hieraus ergeben sich die folgenden Marktanteile:<sup>219</sup>

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 10: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direkt Channel)

207. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel) schätzen die Zusammenschlussparteien auf [2-3 Mio.] verkaufte Mobilfunkgeräte im Jahr 2019. Hieraus ergeben sich die folgenden Marktanteile:<sup>220</sup>

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 11: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)

208. Aufgrund der angegebenen Marktanteilszahlen liegen im Bereich für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

<sup>219</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B3b.

<sup>220</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B3a.

#### B.4.2.1.1.4. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

209. Auf dem Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze schätzen die Zusammenschlussparteien den Gesamtmarktumsatz für das Jahr auf mindestens CHF [50-100 Mio.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:<sup>221</sup>

Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Nein
	%	[20-30] %	[0] %		

Tabelle 12: Marktanteil im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

210. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteilen liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.1.5. Markt für Mobilfunkterminierung

211. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Mobilfunknetzbetreiber auf dem Markt für Mobilfunkterminierung einen Marktanteil von 100 %. Sunrise macht einen Mobilfunkterminierungsumsatz in Höhe von CHF [50-100 Mio.] und UPC macht einen solchen von CHF [0-10 Mio.] im Jahr 2019.<sup>222</sup> Es liegen somit zwei betroffene Märkte (Markt für Mobilfunkterminierung in das Mobilfunknetz von Sun-

rise und Markt für Mobilfunkterminierung in das Mobilfunknetz von UPC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.1.6. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

212. Für den Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) errechnen die Zusammenschlussparteien für das Jahr 2019 ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von mindestens CHF [200-300 Mio.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die beteiligten Unternehmen:<sup>223</sup>

Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Nein
	%	[10-20] %	[0] %		

Tabelle 13: Marktanteil im Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

213. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteile liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.2. Märkte im Bereich Festnetztelefonie

##### B.4.2.1.2.1. Markt für Festnetztelefonie

214. Die Zusammenschlussparteien schätzen das nationale Gesamtmarktvolumen für 2019 auf ungefähr [3-4 Mio.] Kunden. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>224</sup>

<sup>221</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B4.

<sup>222</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B5.

<sup>223</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B6.

<sup>224</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C1.

Markt für Festnetztelefonie		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[10-20] %		

Tabelle 14: Marktanteil im nationalen Markt

215. Bei einer räumlichen Ausdehnung auf das UPC-Netz schätzen die Zusammenschlussparteien ein Gesamtmarktvolumen von ungefähr [1-2 Mio.] Kunden. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>225</sup>

Markt für Festnetztelefonie		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[20-30] %	[20-30] %		

Tabelle 15: Marktanteil im Markt für Festnetztelefonie mit einer regionalen Ausdehnung auf das UPC Netz

216. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Markt für Festnetztelefonie ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.2.2. Markt für die Terminierung von Anrufen in Festnetze

217. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Festnetzbetreiber auf dem Markt für Terminierung von Anrufen in Festnetze einen Marktanteil von 100 %. Gemäss Meldung schätzt UPC ihr Marktvolumen in Höhe von ca. CHF [3-4 Mio.]. Sunrise selbst hingegen erhebe diese Daten nicht und könne die Gesamtumsätze für ihr Netzwerk dementsprechend nicht angeben.<sup>226</sup> Aufgrund der Marktanteile liegen jedoch ohnehin zwei betroffene Märkte (Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise und Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von UPC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.2.3. Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe

218. Gemäss Meldung sehen sich die Zusammenschlussparteien mangels öffentlich verfügbarer Daten zu den Umsätzen der Wettbewerber und dem Gesamtmarktvolumen ausser Stande, das Gesamtmarktvolumen und die Marktanteile für diesen Markt anhand von Umsätzen zu ermitteln (auch nicht näherungsweise). Bereits die niedrigen Umsätze der beteiligten Unternehmen für die Geschäftstätigkeit in diesem Markt (UPC CHF [0-10 Mio.] und Sunrise CHF [0-10 Mio.]) würden allerdings auf deren unbedeutende Stellung in diesem Markt hinweisen.<sup>227</sup>

219. Entsprechend diesen Ausführungen kann beim Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe davon ausgegangen werden, dass kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

#### B.4.2.1.2.4. Markt für Global Telecommunication Services (GTS)

220. Die Zusammenschlussparteien gehen von einem Gesamtmarktumsatz in der Höhe von mindestens CHF [5-10 Mrd.] aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>228</sup>

<sup>225</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C1.

<sup>226</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C2.

<sup>227</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C3.

<sup>228</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C4.

Markt für GTS		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
International	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 16: Marktanteil für GTS

221. Entsprechend diesen Ausführungen liegt beim Markt für Global Telecommunication Services kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.3. Märkte für Mehrwertdienste

##### B.4.2.1.3.1. Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

222. Im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern schätzen die Zusammenschlussparteien das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr [100-200 Mio.] Verbindungen. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>229</sup>

Markt für Mehrwertdienste bzw. nummern		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 17: Marktanteil im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

223. Aufgrund der Marktanteilszahlen von Sunrise ist beim Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern von keinem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auszugehen.

##### B.4.2.1.3.2. Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS)

224. Im Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS) schätzen die Zusammenschlussparteien die Marktanteile auf [50-100 Mio.] verrechneter SMS/MMS. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>230</sup>

<sup>229</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C5.

<sup>230</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C5.

Markt für mobile Mehrwertdienste		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Nein
	%	[40-50] %	[0] %		

Tabelle 18: Marktanteil im Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS)

225. Aufgrund der Marktanteilszahlen von Sunrise ist beim Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS) von einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auszugehen.

#### B.4.2.1.3.3. Markt für Mehrwertdienste (Gesamtmarkt)

226. Bei einer Gesamtmarktbetrachtung schätzen die Zusammenschlussparteien im Markt für Mehrwertdienste das gesamte Marktvolumen auf über CHF [50-100 Mio.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen.<sup>231</sup> Sie geht bei der Schätzung von ihren Marktanteilen aus und versuchen hieraus ein Gesamtmarktvolumen zu schätzen.

Markt für Mehrwertdienste		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 19: Marktanteil im Markt für Mehrwertdienste

227. Nach den Berechnungen von Sunrise läge bei der Abgrenzung eines Marktes für Mehrwertdienste kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. b VKU vor.

#### B.4.2.1.4. Märkte im Bereich Breitbandinternet im Privatkundenbereich

##### B.4.2.1.4.1. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

228. Die Zusammenschlussparteien schätzen ein Gesamtmarktvolumen von ungefähr [3-4 Mio.] Kunden. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>232</sup>

<sup>231</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C5.

<sup>232</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D1.

Endkundenmarkt für Breitbandinternet		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[10-20] %		

Tabelle 20: Marktanteil im nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

229. Zur Beurteilung ob ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, kann auf eine Unterscheidung zwischen denjenigen Regionen, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur vorhanden ist, und denjenigen Regionen, in denen keine solche vorhanden ist, verzichtet werden.

230. Bei einer räumlichen regionalen Ausdehnung, die auf das UPC-Netz beschränkt ist, schätzen die Zusammenschlussparteien ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr [2-3 Mio.] Kunden. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>233</sup>

Endkundenmarkt für Breitbandinternet		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[20-30] %		

Tabelle 21: Marktanteil im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

231. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### **B.4.2.1.4.2. Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)**

232. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr [0.5-1 Mio.] Anschlüsse. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:<sup>234</sup>

Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Nein
	%	[80-90] %	[0] %		

Tabelle 22: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)

233. Demgemäss würde es sich beim Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handeln.

<sup>233</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D1.

<sup>234</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D2.

#### B.4.2.1.4.3. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

234. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr [50'000-100'000] Anschlüsse. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:<sup>235</sup>

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[80-90] %	[10-20] %		

Tabelle 23: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

235. Demgemäss handelt es sich beim Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### B.4.2.1.4.4. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

236. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr [100'000-200'000] Anschlüsse. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:<sup>236</sup>

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[40-50] %	[0-10] %		

Tabelle 24: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

237. Demgemäss handelt es sich beim Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

<sup>235</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D3.

<sup>236</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D4.



#### B.4.2.1.5. Märkte für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

##### B.4.2.1.5.1. Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

238. Die Zusammenschlussparteien gehen von einem Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [1-2 Mrd.] aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die beteiligten Unternehmen:<sup>237</sup>

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 25: Marktanteil im nationalen Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

239. Bei einer räumlichen Ausdehnung auf das Netz von UPC schätzen die Zusammenschlussparteien ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [500 Mio.-1 Mrd.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>238</sup>

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 26: Marktanteil im Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (Netzwerk von UPC)

240. Gemäss den Schätzungen ergeben sich damit in den diversen Märkten für Breitbandanbindung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

##### B.4.2.1.5.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)

241. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr CHF [10-20 Mio.]. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:<sup>239</sup>

<sup>237</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D5.

<sup>238</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D5.

<sup>239</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D6.

Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[60-70] %	[0-10] %		

Tabelle 27: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)

242. Demgemäss handelt es sich beim Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### B.4.2.1.5.3. Markt für Mietleitungen

243. Auf dem Markt für Mietleitungen schätzen die Zusammenschlussparteien das Gesamtmarktvolumen auf über CHF [100-200 Mio.]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die Zusammenschlussparteien:<sup>240</sup>

Markt für Mietleitungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 28: Marktanteil im Markt für Mietleitungen

244. Demgemäss handelt es sich beim Markt für Mietleitungen nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### B.4.2.1.5.4. Märkte für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

245. Auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC haben die jeweiligen Akteure, wie auch in den Terminierungsmärkten, einen Marktanteil von 100 %. Es liegen daher bei den beiden Märkten für IP-Interkonnektionszugang zu

den Endkunden von Sunrise und für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von UPC betroffene Märkte vor.

#### B.4.2.1.5.5. Wholesale-Markt für Transit-Zugang

246. Auf dem Wholesale-Markt für Transit-Zugang gehen die Zusammenschlussparteien von einem weltweiten Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [200-500 Mio.] aus. In einem solchen Markt haben die beteiligten Unternehmen die nachfolgenden Marktanteile:<sup>241</sup>

Wholesale-Markt für Transit-Zugang		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
International	CHF	[...]	[...]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 29: Marktanteil im Wholesale-Markt für Transit-Zugang

247. Aufgrund der sehr geringen Marktanteile der Zusammenschlussparteien liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

<sup>240</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D7.

<sup>241</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D9.

### B.4.2.1.6. Märkte im Bereich Fernsehen

#### B.4.2.1.6.1. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

248. Die Zusammenschlussparteien schätzen das Gesamtmarktvolumen auf ungefähr [2-5 Mio.] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>242</sup>

Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[20-30] %		

Tabelle 30: Marktanteil im nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

249. Bei einer räumlichen Ausdehnung auf das Netz von UPC schätzen die Zusammenschlussparteien ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr [2-5 Mio.] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>243</sup>

Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[30-40] %		

Tabelle 31: Marktanteil im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

250. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.6.2. Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

251. Die Zusammenschlussparteien gehen von einem Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr [5-10 Mio.] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>244</sup>

<sup>242</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E1.

<sup>243</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E1.

<sup>244</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E2.

Plattformmarkt für die Übertragung von VoD		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[...]	[...]	Nein	<Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 32: Marktanteil im nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

252. Bei einer regionalen räumlichen Ausdehnung auf das Netz von UPC schätzen die Zusammenschlussparteien ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr [2-5 Mio.] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:<sup>245</sup>

Plattformmarkt für die Übertragung von VoD		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[...]	[...]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[20-30] %		

Tabelle 33: Marktanteil im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

253. Demnach handelt es sich beim regionalen (Netzwerk von UPC) Plattformmarkt für die Übertragung von VoD um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### **B.4.2.1.6.3. Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV**

254. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung stellen die verschiedenen Sportarten – jeweils aufgeteilt in in- und ausländische Ligen – separate Märkte dar. Entsprechend verfügt UPC bei sämtlichen diesen Märkten, bei denen sie über die exklusiven Übertragungsrechte verfügt, über einen Marktanteil von 100 %. Dementsprechend handelt es sich bei den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### **B.4.2.1.7. Zusammenfassung der betroffenen Märkte**

255. Aus den obigen Ausführungen lassen sich die Marktanteile wie folgt zusammenfassen:

<sup>245</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E2.

Märkte	Marktanteile		Betroffen	MA-Addition
	Sunrise	UPC		
Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen	[20-30] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (gesamt)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (gesamt)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	[10-20] %	[0] %	Nein	Nein
Markt für Mobilfunkterminierung auf das Netz von Sunrise	[100] %	[0] %	Ja	Nein
Markt für Mobilfunkterminierung auf das Netz von UPC	[0] %	[100] %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für internationales Roaming	[10-20] %	[0] %	Nein	Nein
Markt für Festnetztelefonie national	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Ja
Markt für Festnetztelefonie Netz von UPC	[20-30] %	[20-30] %	Ja	Ja
Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise	[100] %	[0] %	Ja	Nein
Markt für die Terminierung in das Festnetz von UPC	[0] %	[100] %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe	n/a	n/a	Nein	Ja
Markt für Global Telecommunication Services	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja

Markt für mobile Mehrwertdienste	[40-50] %	[0] %	Ja	Nein
Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden national	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden Netz von UPC	[10-20] %	[20-30] %	Ja	Ja
Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)	[80-90] %	[0] %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)	[60-70] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)	[80-90] %	[10-20] %	Ja	Ja
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)	[40-50] %	[0-10] %	Ja	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich national	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich Netz UPC	n/a	n/a		
Wholesale-Markt für Mietleitungen	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Wholesale-Markt für IP-Interkonnektion (Transitzugang)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden Sunrise	[100] %	[0] %	Ja	Nein
Markt für IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden UPC	[0] %	[100] %	Ja	Nein
Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV national	[0-10] %	[20-30] %	Ja	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV Netz UPC	[0-10] %	[30-40] %	Ja	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von VoD national	[0-10] %	[10-20] %	Nein	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von VoD Netz UPC	[0-10] %	[20-30] %	Ja	Ja
Märkte für die Bereitstellung von	[0] %	[100] %	Ja	Nein

Sportübertragungen im Pay-TV				
Anzahl betroffene Märkte				21
Davon mit Marktanteilsadditionen				12

256. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden betroffenen Märkte:

- Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen
- Markt für Mobilfunkterminierung in das Netz von Sunrise
- Markt für Mobilfunkterminierung in das Netz von UPC
- Markt für Festnetztelefonie national
- Markt für Festnetztelefonie Netz UPC
- Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise
- Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von UPC
- Markt für mobile Mehrwertdienste
- Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden national
- Endkundenmarkt für Breitbandinternet mit koaxialkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für Privatkunden Netz UPC
- Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise
- Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von UPC
- Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV national
- Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV Netz UPC
- Plattformmarkt für die Übertragung von VoD Netz UPC
- Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

257. Nachfrageseitig ergeben sich zudem die folgenden betroffenen Märkte:

- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich
- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

258. Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung analysiert.

259. Hinsichtlich einer möglichen Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung wird auf die Prüfung einer möglichen Nachfragemacht auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich, dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten verzichtet.

#### B.4.2.2 Einzelmarktbeherrschung

260. Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung analysiert. Dabei wird für die einzelnen betroffenen Märkte jeweils die Entwicklung der eigenen Marktanteile sowie die Entwicklung der Marktanteile der drei wichtigsten Konkurrenten ausgewiesen.

261. Wie einführend erwähnt wurde ein Zusammenschlussvorhaben der beiden Zusammenschlussparteien bereits im Herbst 2019 von der WEKO zugelassen (vgl. Rz 2). In der Meldung wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, es bestünden lediglich geringe Unterschiede zwischen dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben und dem Zusammenschlussvorhaben Sunrise / Liberty Global aus dem Jahr 2019 (nachfolgend: früheres Zusammenschlussvorhaben). Die genannten Differenzen haben auf die Beurteilung der Einzelmarktbeherrschung kaum einen Einfluss, weshalb diese bei der Beurteilung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung näher analysiert werden (vgl. Rz 320 ff.). Für die Beurteilung der Frage nach der Einzelmarktbeherrschung kann somit grundsätzlich auch auf die Ausführungen zum früheren Zusammenschlussvorhaben verwiesen werden.<sup>246</sup>

##### B.4.2.2.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

262. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>247</sup>

<sup>246</sup> Vgl. RPW 2020/2, 799 ff. Rz 292 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>247</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt B1.

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	Lycamobile
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[20-30] %	[0-10] %	[50-60] %	[10-20] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[20-30] %	[0-10] %	[50-60] %	[10-20] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[20-30] %	[0-10] %	[50-60] %	[10-20] %	[0-10] %

Tabelle 34: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

263. Im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen wird UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von [20-30] % verfügen. Der mit Abstand grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von über [50-60] %. Der dritte MNO – Salt – verfügt über einen leicht rückläufigen Marktanteil von [10-20] %. Daneben existieren zahlreiche MVNOs und Wiederverkäufer mit Marktanteilen von bis zu [0-10] %. Aufgrund dieser Ausgangslage und aufgrund des Umstandes, dass der Zusammenschluss lediglich zu einer marginalen Marktanteilsaddition von rund [0-10] % führt, bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von Sunrise durch UPC eine Einzelmarktbeherrschung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2.2. Märkte für Mobilfunkterminierung

264. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Mobilfunknetzbetreiber (auch virtuelle) auf dem Markt für Mobilfunkterminierung einen

Marktanteil von 100 % (vgl. Rz 211). Andere Anbieter können nicht in das Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist. Der Zusammenschluss ändert nichts an dieser grundsätzlichen Marktstruktur. So kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsverschiebungen. Zudem sind die Preise in den Märkten für Mobilfunkterminierung in den letzten Jahren gesunken.<sup>248</sup> Damit bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Mobilfunkterminierung zu einer Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung führt.

#### B.4.2.2.3. Markt für Festnetztelefonie

265. Im Markt für Festnetztelefonie (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>249</sup>

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	n/a
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	n/a	n/a

Tabelle 35: Marktanteilsentwicklung im Markt für Festnetztelefonie (Netzwerk UPC)

266. Im Markt für Festnetztelefonie (national) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>250</sup>

<sup>248</sup> Vgl. Vgl. RPW 2020/2, 799 f. Rz 295, *Sunrise/Liberty Global* mit Hinweis auf die Studie des BAKOM, *Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich*, S. 19.

<sup>249</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C1.

<sup>250</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C1.



		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Swissdigital	Salt
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a

Tabelle 36: Marktanteilsentwicklung im Markt für Festnetztelefonie (national)

267. Im regionalen (Netzwerk von UPC) Markt für Festnetztelefonie wird UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von rund [40-50] % verfügen. Der grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von über [50-60] %. Daneben existiert als weiterer Konkurrent Salt mit einem geschätzten Marktanteil von rund [0-10] %. Weitere Konkurrenten konnten von UPC nicht namentlich genannt werden.

268. Auf dem nationalen Markt für Festnetztelefonie präsentiert sich die Situation ähnlich: Hier wird UPC nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von rund [30-40] % und Swisscom über einen solchen von [40-50] % verfügen. Als erwähnenswerten Konkurrenten ist hier zudem Quickline mit einem Marktanteil von rund [0-10] % zu nennen.

269. Aufgrund dieser Ausgangslage und insbesondere aufgrund der starken Stellung von Swisscom bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von Sunrise durch UPC eine Einzelmarktbeherrschung im Markt für Festnetztelefonie begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2.4. Markt für Terminierung von Anrufen ins Festnetz

270. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Festnetzbetreiber auf dem Markt für Terminierung von Anrufen ins Festnetz einen Marktanteil von 100 %. Andere Anbieter können nicht in das Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist. Der Zusammenschluss ändert zudem nichts an dieser grundsätzlichen Marktstruktur. So kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsverschiebungen. Zudem sind die Preise in den Märkten für die Terminierung von Anrufen ins Festnetz reguliert.<sup>251</sup> Damit bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für die Terminierung von Anrufen ins Festnetz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### B.4.2.2.5. Markt für mobile Mehrwertdienste

271. Auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>252</sup>

		Total	Sunrise
		2019	#
	%	100	[40-50]
2018	#	[...]	[...]
	%	100	[50-60]
2017	#	[...]	[...]
	%	100	[50-60]

Tabelle 37: Marktanteilsentwicklung im Markt für mobile Mehrwertdienste

<sup>251</sup> Vgl. RPW 2020/2, 801 Rz 301, *Sunrise/Liberty Global*, m. w. H.

<sup>252</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt C5.

272. Aus Sicht der beteiligten Unternehmen erscheine der auf der Grundlage der Zahlen des BAKOM berechnete Marktanteil von Sunrise viel zu hoch und nicht plausibel. Mangels öffentlich zugänglicher Zahlen seien die beteiligten Unternehmen nicht in der Lage, die Marktanteile der anderen Marktteilnehmer zu schätzen.<sup>253</sup>

273. Gemäss Meldung seien auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste nach dem Kenntnisstand der beteiligten Unternehmen einzig Swisscom, Salt und Sunrise tätig. Grund hierfür sei, dass im eng abgegrenzten Markt für mobile Mehrwertdienste grundsätzlich ein Mobilfunknetz benötigt werde. UPC als MVNO biete entsprechend keine Mehrwertdienste per SMS/MMS an. Marktanteilsadditionen infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens seien daher im Vornherein ausgeschlossen.<sup>254</sup>

274. Gemäss den Ausführungen von Sunrise befindet sich der Markt für mobile Mehrwertdienste in einer rückläufigen Phase, was aber durch die aufgeführten Zahlen nicht bestätigt werden kann. Grund hierfür sei, dass viele

Mehrwertdienste, die bislang per SMS/MMS angefordert und/oder bezahlt worden seien, mittlerweile von den Endkunden direkt über das Internet sowie über andere Zahlungsmittel wie bspw. Kreditkarten bezogen würden.<sup>255</sup>

275. Da es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen kommt und zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich ist, dass durch den Zusammenschluss von UPC und Sunrise die Angebotspalette oder die Kundenbasis auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste in einem relevanten Umfang erweitert werden könnte, erscheint das Zusammenschlussvorhaben nicht ursächlich für eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung.

#### **B.4.2.2.6. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden**

276. Im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Endkundenverträge nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>256</sup>

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	n/a
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %	n/a
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	n/a
	%	100	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	n/a	n/a

Tabelle 38: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (Netzwerk UPC)

277. Auf eine Unterteilung der Regionen, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht bzw. nicht besteht, kann vorliegend verzichtet werden, da sich die Marktanteile nur unwesentlich unterscheiden.

278. Auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>257</sup>

<sup>253</sup> Vgl. act. 12, Rz 254 f.

<sup>254</sup> Vgl. act. 12, Rz 253.

<sup>255</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D1.

<sup>256</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D1.

<sup>257</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt D1.

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Swissdigital	Salt
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a

Tabelle 39: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (national)

279. Im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden wird UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben auf der räumlichen Ausdehnung des Netzgebiets von UPC über einen Marktanteil von rund [30-40] % verfügen. Der mit Abstand grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von aktuell [60-70] %. Daneben wird in der Meldung als weiterer Konkurrent Salt mit einem Marktanteil von rund [0-10] % angegeben.

280. Auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden präsentiert sich die Situation ähnlich: Hier wird UPC nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von knapp [30-40] % verfügen. Swisscom verfügt über einen Marktanteil von ca. [50-60] %. Als nächstgrösseren Konkurrenten gibt Sunrise zudem Quickline mit einem Marktanteil von etwas über [0-10] % an.<sup>258</sup> Aufgrund dieser Ausgangslage und insbesondere der starken Marktstellung von Swisscom bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von Sunrise durch UPC eine Einzelmarktbeherrschung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2.7. Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

281. Da die Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von UPC und denjenigen von Sunrise als jeweils eigenständige Märkte abgegrenzt werden, haben sowohl UPC als auch Sunrise einen Marktanteil von 100 % und wären daher grundsätzlich als marktbeherrschend anzusehen.

282. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird zudem die Kundenbasis von Sunrise und UPC zusammengelegt, so dass sie neu über einen Kundenstamm von [...] Endkunden (vgl. Tabelle 39) verfügen. Aufgrund der Ausweitung des Kundenstamms erhöht sich damit die Attraktivität des Netzes der Zusammenschlussparteien für Content-Lieferanten. Je nachdem, welche Bedeutung den Endkunden der Zusammenschlussparteien beigemessen wird, erhöht sich damit die Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien hinsichtlich des Zugangs zu den Endkunden in ihrem Netz. Dies könnte sich in

einer restriktiveren Peering-Policy und der verstärkten Nutzung von Paid-Peering zeigen.

283. In der Meldung wird geltend gemacht, dass für die Beurteilung der Wettbewerbssituation die auf der Nachfrageseite verfügbaren Interkonnektionsmöglichkeiten berücksichtigt werden müssten.<sup>259</sup>

284. Endpunkte des Internets befänden sich in bestimmten Netzwerken, die als autonome Systeme (AS) bezeichnet werden. Die Endnutzer von UPC befänden sich auf dem AS6830 von Liberty Global, einem AS, welches die «Heimat» aller Tochtergesellschaften von Liberty Global (mit Ausnahme von Virgin Media UK) sowie einiger ehemaliger Tochtergesellschaften (auf Übergangsbasis) sei. Die Praxis der Interkonnektion von AS sei als IP-Interkonnektion bekannt. Es gäbe verschiedene Modelle, wie z.B. Peering, Transit, bezahltes Peering und Settled Peering. Typischerweise hätten die meisten AS mehrere IP-Interkonnektionsbeziehungen. Liberty Global unterhalte IP-Interkonnektionsbeziehungen mit [...] von anderen AS. Dazu gehörten mehr als [...] grosse Netzwerke (Transit-Provider). Der gesamte Verkehr werde gleichbehandelt, unabhängig von seiner Quelle, seinem Ziel oder seinem Routing (direkt / indirekt). Parteien, die den Verkehr an die Endnutzer von UPC weiterleiten wollten (z.B. OTT-Videodienste, Online-Spiele, Webseiten), müssten dafür keine Beziehung zu UPC, Liberty Global oder einem anderen Partnerunternehmen eingehen. Sie könnten ihren Konnektivitätsbedarf mit einer Vielzahl potentieller Partner vereinbaren, die alle in der Lage seien, den Verkehr zu Liberty Global / UPC zu leiten. Der Marktplatz für IP-Interkonnektion sei hart umkämpft, wodurch die Preise für den Transit rasch sinken würden.<sup>260</sup>

<sup>258</sup> Swissdigital ist der Verbund der übrigen Kabelnetzbetreiber und kann nicht als ein einzelner Wettbewerber qualifiziert werden.

<sup>259</sup> Vgl. act. 12, Rz 263.

<sup>260</sup> Vgl. act. 12, Rz 264.

285. Aus Sicht der WEKO spielen verschiedene Faktoren eine Rolle, ob das Verschliessen oder die Einschränkung einer IP-Interkonnectionsbeziehung eine rationale Strategie darstellt. Wird beispielsweise eine durch eine eingeschränkte IP-Interkonnection schlechtere Internetverbindung zu einzelnen Internetseiten von den Kunden des Netzbetreibers nicht auf die Netzqualität, sondern auf die Qualität der Inhalte des Webseitenbetreibers zurückgeführt, kann es durchaus eine rationale und gewinnmaximierende Strategie sein, die IP-Interkonnection einzuschränken.

286. Durch das Zusammenschlussvorhaben kontrollieren die Zusammenschlussparteien gemeinsam den Zugang zu einer grösseren Anzahl Kunden, wodurch sich ihre relative Verhandlungsmacht gegenüber FDA, die einen Zugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien nachfragen vergrössert. Dennoch geht die WEKO davon aus, dass dies nur geringfügige Auswirkungen auf die Verhandlungsposition haben wird. Zudem hat das BAKOM den Zugang zu den Endkunden von Swisscom als einen Interkonnectionssachverhalt anerkannt, wodurch FDA, die einen Zugang zu den End-

kunden nachfragen, ein Interkonnectionsverfahren als Alternative zur Verfügung steht.<sup>261</sup>

287. Daher kann offengelassen werden, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Aufgrund der Möglichkeit, ein Interkonnectionsverfahren einzuleiten, besteht grundsätzlich für interessierte Fernmeldedienstleister eine Ausweichmöglichkeit, durch die einer Erzwungung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen vorgebeugt werden kann. Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass sich die Wettbewerbssituation durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für den IP-Interkonnectionszugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien verändern wird.<sup>262</sup>

#### B.4.2.2.8. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

288. Im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Abonnenten nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>263</sup>

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise (inkl. Wilmaa) <sup>264</sup>	UPC	Swisscom	Salt	Zattoo
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[30-40] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[30-40] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	[...]
	%	100	[0-10] %	[40-50] %	[40-50] %	n/a	[0-10] %

Tabelle 40: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC)

289. Auf dem nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>265</sup>

<sup>261</sup> Vgl. Zwischenverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 11. Juni 2013, S. 4 f., abrufbar unter: [https://www.comcom.admin.ch/dam/comcom/de/dokumente/entscheid\\_e/2013/Interconnect%20Peering%20\(vorsorgliche%20Massnahme\).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf.download.pdf/Interconnect%20Peering%20\(vorsorgliche%20Massnahme\).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf](https://www.comcom.admin.ch/dam/comcom/de/dokumente/entscheid_e/2013/Interconnect%20Peering%20(vorsorgliche%20Massnahme).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf.download.pdf/Interconnect%20Peering%20(vorsorgliche%20Massnahme).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf), zuletzt besucht am 2. Juli 2019.

<sup>262</sup> Vgl. RPW 2020/2, 804 Rz 320; 808 Rz 345, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>263</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E1.

<sup>264</sup> Sunrise hat Wilmaa im Jahr 2020 erworben, weshalb die Marktanteile von Wilmaa den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen zuzurechnen sind (vgl. Meldung, Fn 19).

<sup>265</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E1.

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise (inkl. Wilmaa)	UPC	Swisscom	Quickline	Salt
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[0-10] %	n/a

Tabelle 41: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (national)

290. Im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC) wird UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von [40-50] % verfügen. Der grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von aktuell [40-50] %. Als weitere Konkurrenten werden Salt und Zattoo mit einem Marktanteil von jeweils [0-10] % genannt.

291. Auf dem nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV wird UPC nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Als grössten Konkurrenten – nach Swisscom mit einem geschätzten Marktanteil von rund [30-40] % – nennen die Zusammenschlussparteien Quickline, welche über einen Marktanteil von [0-10] % verfügt. Als weitere Konkurrenten werden sodann Salt

und Zattoo mit einem Marktanteil von jeweils [0-10] % genannt. Obwohl UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben über beträchtliche Marktanteile verfügen wird, bestehen insbesondere aufgrund des Umstandes, dass Swisscom die stärkste Marktteilnehmerin bleibt, keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von Sunrise durch Liberty Global eine Einzelmarktbeherrschung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2.9. Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

292. Im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Abonnenten nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:<sup>266</sup>

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Netflix	YouTube
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100	[0-10] %	[30-40] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %

Tabelle 42: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC)

293. Im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC) wird UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Sie wird damit über den gleichen Marktanteil verfügen wie Swisscom, gefolgt von Netflix mit

<sup>266</sup> Vgl. act. 12, Beilage 9, Tabellenblatt E2.

rund [20-30] % und YouTube mit rund [0-10] % Marktanteil. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Nutzer nicht nur eine VoD-Plattform nutzen, sondern parallel verschiedene VoD-Plattformen (Multihoming), weshalb eine reine Marktanteilsbetrachtung zu falschen Schlussfolgerungen führen kann. In keinem Fall liefert allerdings die Analyse der Marktanteile liefert vorliegend keine Anhaltspunkte dafür, dass die Übernahme von Sunrise durch UPC eine Einzelmarktbeherrschung im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.2.10. Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

294. Auf den diversen Märkten für die Bereitstellung für Sportübertragungen im Pay-TV, auf welchen UPC über die exklusiven Übertragungsrechte verfügt, hat UPC einen Marktanteil von jeweils 100 %.

295. UPC macht in diesem Zusammenhang geltend, dass eine solche Einzelmarktbeherrschung von UPC – wenn überhaupt – schon vor und unabhängig vom Zusammenschluss bestehen würde. Die Frage der marktbeherrschenden Stellung von UPC werde in jedem Fall durch das Zusammenschlussvorhaben weder begründet noch verstärkt. Entsprechend sei ein Eingriff in diesen Markt im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses ausgeschlossen.<sup>267</sup>

296. Auf dem Bereitstellungs-Markt für Premium Content lassen sich gemäss Meldung eine Vielzahl an Innovationen beobachten, zum Beispiel in Bezug auf die Produktgestaltung und den Einsatz neuester Technologie. Ein gutes Beispiel für Innovationen in diesem Markt sei z. B. die Entwicklung und Bereitstellung einer TV-Dienstleistungs-App wie z. B. Sky Sport / MySports GO.<sup>268</sup>

297. Die Zusammenschlussparteien werden auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV sowohl vor als auch nach dem Zusammenschlussvorhaben über Marktanteile von jeweils 100 % verfügen. Dennoch muss berücksichtigt werden, dass der Marktanteil von 100 % der Zusammenschlussparteien eine grössere Kundenbasis repräsentiert. Durch den Zusammenschluss sind in diesen Märkten nur sehr geringe Wettbewerbswirkungen zu erwarten, da sich für diejenigen Kunden, die aufgrund des exklusiven Premium-Content von UPC bereits zu UPC gewechselt haben, keine Änderungen ergeben werden. Gleichzeitig hatte der Premium-Content auf diejenigen Kunden, die bisher bei Sunrise verblieben sind, keine entsprechende Anreizwirkung, welche diese Kunden zu einem Wechsel veranlasst hätte. Dementsprechend dürften die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Bereich vernachlässigbar sein. Insgesamt ist daher nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV führen wird.<sup>269</sup>

#### B.4.2.2.11. Zwischenergebnis zur Einzelmarktbeherrschung

298. Wie bereits beim früheren Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global ist auch vorliegend davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbssituation durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien kaum verändern wird (vgl. Rz 287). Auch im Bereich Sportübertragungen im Pay-TV dürften die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse vernachlässigbar sein, da die Zusammenschlussparteien hier sowohl vor als auch nach dem Zusammenschlussvorhaben über Marktanteile von jeweils 100 % verfügen (vgl. Rz 297).

299. Im früheren Zusammenschlussvorhaben Sunrise/Liberty Global kam die WEKO in ihrer Stellungnahme zum Schluss, dass aufgrund der bereits vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bestehenden allfälligen Marktbeherrschung und aufgrund der geringen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses in diesen Bereichen, zumindest die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC und auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV zu verneinen ist.<sup>270</sup>

300. Das Gleiche muss grundsätzlich auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben gelten (vgl. Rz 261). Dementsprechend kann vorliegend auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden (vgl. dazu hinten Rz 402).

### B.4.3 Kollektive Marktbeherrschung

#### B.4.3.1 Allgemeines

301. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu koordiniertem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die aus einem Zusammenschluss resultierenden Effekte, die zu einer solchen Anreizkonstellation führen können, werden nachfolgend als «koordinierte Effekte» bezeichnet. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> Vgl. act. 12, Rz 276.

<sup>268</sup> Vgl. act. 12, Rz 277.

<sup>269</sup> Vgl. RPW 2020/2, 806 Rz 330; 808 Rz 345, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>270</sup> Vgl. RPW 2020/2, 808 Rz 345, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>271</sup> Vgl. RPW 2020/2, 808 Rz 346, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/3, 483 Rz 132, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/4, 751 Rz 62, *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 Rz 158, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2013/4, 685 Rz 84, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 Rz 247, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

302. Das Bundeskartellamt beschreibt das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung im Oligopol als eine Marktsituation mit wenigen Unternehmen, die sich am Markt in einer Weise parallel verhalten, die wesentlichen Wettbewerb zwischen ihnen nicht erkennen lässt, obwohl sie individuell durchaus über ein erhebliches Potential für Wettbewerb verfügen.<sup>272</sup> Durch einen horizontalen Zusammenschluss können sich für die Unternehmen im betroffenen Markt Möglichkeiten und Anreize ergeben, ihr Verhalten (zukünftig) zu koordinieren (Entstehung einer gemeinsamen Marktbeherrschung) oder eine bestehende Verhaltenskoordination zu erleichtern bzw. zu stabilisieren (Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung).<sup>273</sup> Gemäss Bundeskartellamt liegt eine gemeinsame Marktbeherrschung vor, wenn es zum einen an wesentlichem Wettbewerb im Innenverhältnis der Oligopolisten und zum anderen an wesentlichem Wettbewerb durch Aussenseiter fehlt.<sup>274</sup> Zentral ist hierbei, dass sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen nicht weiterhin als Konkurrenten verhalten<sup>275</sup>, obwohl sie aufgrund ihrer Marktstellung unter Ausnutzung sämtlicher Wettbewerbsparameter Konkurrenzdruck aufbauen und sich gegenseitig disziplinieren könnten.

303. Auch das EuG geht im Fall *Airtours gegen Kommission* davon aus, dass eine kollektive marktbeherrschende Stellung entstehen kann, wenn jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es in Wahrung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne einer Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.<sup>276</sup> Das Gericht geht daher davon aus, dass zwischen den beteiligten Unternehmen ein gemeinsames Verständnis der wirtschaftlichen Machbarkeit und Vorteilhaftigkeit hinsichtlich eines koordinierten Verhaltens besteht. Damit ein solches gemeinsames Verständnis vorliegen kann müssen gemäss EuG drei Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>277</sup>

- **Transparenz:** Jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols muss das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht.
- **Innere Stabilität:** Die stillschweigende Koordinierung muss auf Dauer erfolgen können, d. h. es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen.
- **Äussere Stabilität:** Die voraussichtlichen Reaktionen der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher darf die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellen.

304. Koordiniertes Verhalten kann explizit unter Marktteilnehmern vereinbart werden oder es kann implizit bzw. stillschweigend stattfinden.<sup>278</sup> Aus ökonomischer Sicht ist es für die Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung irrelevant, ob koordiniertes Verhalten explizit begründet ist oder stillschweigend stattfindet; eine Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs findet in beiden Fällen statt. So kann sich ein Unternehmen explizit vehement gegen kollusives Verhalten aussprechen, wenn-

gleich es sich durch sein Marktverhalten unter der Antizipation des Verhaltens der anderen Marktteilnehmer an einem hierdurch koordinierten Verhalten aktiv beteiligt, insbesondere, wenn es sich trotz hohen Gewinnmargen an die Preissetzung eines im Markt führenden Unternehmens anpasst. Für das Zustandekommen von koordinierten Effekten ist nicht notwendig, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen vereinbaren, sich nicht mehr als Wettbewerber zu verhalten. Relevant ist vielmehr, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen ein Verhalten an den Tag legen, welches einem abgestimmten Verhalten gleichkommt.

305. Dabei können auch Konstellationen vorkommen, in welchen ein Unternehmen im Markt eine stärkere Marktstellung hat als andere im Markt tätige Unternehmen und sich dieses daher bis zu einem gewissen Grad unabhängig verhalten kann.<sup>279</sup> Dennoch muss nicht notwendigerweise eine Einzelmarktbeherrschung vorliegen, wenn das stärkere Unternehmen dennoch darauf achten muss, dass die Preisdifferenz zum weniger starken Marktteilnehmer nicht zu gross wird.

306. Wenn der weniger starke Marktteilnehmer in tatsächlicher Hinsicht keine oder kaum Möglichkeiten hat, über die ihm zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter Marktanteile zu Lasten des stärkeren Marktteilnehmers hinzuzugewinnen, weil letzterer aufgrund seiner Marktstärke auf jede mögliche Aktion des schwächeren Marktteilnehmers schnell und umfassend reagieren kann, werden dem schwächeren Marktteilnehmer die Möglichkeiten genommen, sich im Markt weiterhin als Wettbewerber zu verhalten.<sup>280</sup> Eine solche Fallkonstellation kann auch dann auftreten, wenn der stärkere Marktteilnehmer nicht einzelmarktbeherrschend ist, beispielsweise weil sich der stärkere Marktteilnehmer hinsichtlich der ihm zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter gegenüber dem schwächeren Marktteilnehmer nicht vollkommen unabhängig verhalten kann.

<sup>272</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz 81, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=12).

<sup>273</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn 272), Rz 81.

<sup>274</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn 272), Rz 82.

<sup>275</sup> Vgl. Urteil des BGER 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, in Sachen WEKO gegen Berner Zeitung AG und Tamedia, E. 6.4.

<sup>276</sup> Urteil des Europäischen Gerichts vom 6. Juni 2002 in der Rechtsache T-342/99 *Airtours gegen Kommission*, Rz 61.

<sup>277</sup> Urteil des Europäischen Gerichts vom 6. Juni 2002 in der Rechtsache T-342/99 *Airtours gegen Kommission*, Rz 62.

<sup>278</sup> RPW 2020/2, 809 Rz 348, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>279</sup> RPW 2020/2, 809 Rz 349, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>280</sup> Vgl. RPW 2010/3, S. 556 Rz 385 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*; MAS-COLELL, WHINSTON, GREEN, *Microeconomic Theory*, 1995, S. 426 f., Urteil des BGER vom 22. Februar 2007 i.S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG und Tamedia AG, E. 6.4.

307. Ein solches Verhalten kann durchaus unilateral erfolgen. Dies ist insbesondere immer dann der Fall, wenn ein dominantes aber nicht einzelmarktbeherrschendes Unternehmen im Markt als Preisführer unilateral einen Preis vorgibt, an den sich die anderen Marktteilnehmer dann unilateral anpassen.<sup>281</sup> Ein solches Verhalten wird in der ökonomischen Standardtheorie als Stackelberg-Oligopol bezeichnet.<sup>282</sup>

308. Dies bedeutet auch, dass der Umstand, dass der Marktanteil von Swisscom auch nach dem Zusammenschlussvorhaben in sämtlichen Bereichen über demjenigen der Zusammenschlussparteien bleiben wird (vgl. Rz 262, 265 f., 276 ff. 288 f.), nicht automatisch gegen die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung spricht.<sup>283</sup>

309. In der ökonomischen Literatur werden koordinierte Effekte, welche bei einer kollektiven Marktbeherrschung möglich sind, immer dann angenommen, wenn der zu erwartende Gewinn durch koordiniertes Verhalten grösser ist als die zu erwartenden Gewinne, gesetzt den Fall, dass der Konkurrent bzw. die Konkurrenten vom koordinierten Verhalten abweichen.<sup>284</sup> Aus ökonomischer Sicht ist relevant, ob Unternehmen durch koordiniertes Verhalten die Preise derart beeinflussen, dass sie gegenüber dem kompetitiven Gleichgewicht erhöht sind.<sup>285</sup>

310. Als stillschweigend koordiniertes Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordination und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken. Insbesondere wenn Unternehmen in einer Folge von Perioden im Markt aktiv sind, erhält die Konkurrenzsituation eine zeitliche Dimension, die eine dynamische Betrachtung des Wettbewerbs erfordert. Durch die zeitliche Dimension und die damit verbundenen Reaktionsmöglichkeiten des jeweiligen Konkurrenten ergeben sich Anreize, welche stillschweigend koordiniertes Verhaltensweisen stabilisieren können.<sup>286</sup>

311. Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf den relevanten Märkten. In diesem Zusammenhang sind die Koordinationshemmenden oder -fördernden Marktcharakteristika jeweils zu untersuchen.<sup>287</sup> Hierbei ist eine kollektive Marktbeherrschung und ein damit einhergehendes Parallelverhalten dann zu erwarten, wenn die Koordinierung aus sich selbst heraus hinreichend stabil ist.<sup>288</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Unternehmen keinen Anreiz haben, vom Koordinierungsergebnis einseitig abzuweichen. Zudem ist koordiniertes Verhalten nur möglich, wenn die Rahmenbedingungen dies zulassen.

312. Zentral bei der Analyse von koordinierten Effekten im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben ist, ob und inwiefern sich das Zusammenschlussvorhaben auf die Anreizbedingungen zu koordiniertem Verhalten auswirkt. Entscheidend ist hierbei, wie sich die Wettbewerbssituation verändert (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) und ob diese zur Möglichkeit führt, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.<sup>289</sup> So muss sich die Wettbewerbssituation so verändern, dass das bzw. die marktbeherrschenden Unternehmen wirksamen Wettbewerb dadurch beseitigen

können, dass beispielsweise vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb gedrängt werden oder verhindert wird, dass sich solche weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen.

313. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass im Einklang mit ökonomischen Erkenntnissen und der konsistenten europäischen Praxis die sogenannten «Airtours»-Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein Markt als für eine stillschweigende Kollusion anfällig angesehen werden kann. Diese sind gemäss den Zusammenschlussparteien Fokuspunkt, Transparenz, Abschreckung und externe Stabilität. Die Zusammenschlussparteien fordern, dass die von der WEKO bisher angewandten Kriterien den von ihnen genannten vier Kriterien bewertet werden müssten.<sup>290</sup>

314. Damit ein koordiniertes Verhalten überhaupt entstehen und aufrechterhalten werden kann, genügt es, wenn die Kollusionspartner ein gemeinsames Verständnis hinsichtlich des gemeinsamen zu erreichenden Kollusionsziels haben, um sich entsprechend koordinieren zu können.<sup>291</sup> In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung folgende Indikatoren herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.<sup>292</sup> Diese von der WEKO herangezogenen Kriterien

<sup>281</sup> RPW 2020/2, S. 809 Rz 350, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>282</sup> RPW 2020/2, S. 809 Rz 351, *Sunrise/Liberty Global*; ANDREU MAS-COLELL, MICHAEL D. WHINSTON, JERRY R. GREEN, *Microeconomic Theory*, 1995, S. 426 f., GEOFFREY A. JEHLE, PHILIP J. RENY, *Advanced Microeconomic Theory*, Third Edition, 2011, S. 189.

<sup>283</sup> RPW 2020/2, S. 809 Rz. 352, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>284</sup> RPW 2010/3, S. 529 Rz 230, *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*.

<sup>285</sup> Vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, pdf-Seite 8, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf>, zuletzt besucht am 21.05.2019.

<sup>286</sup> Vgl. RPW 2020/2, S. 810 Rz 354, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, S. 529 Rz 231, *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*.

<sup>287</sup> RPW 2020/2, S. 810 Rz 355, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>288</sup> Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz 84.

<sup>289</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, E. 6.4.

<sup>290</sup> Vgl. act.12, Rz 355 ff.

<sup>291</sup> Vgl. RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, S. 530 Rz 234, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>292</sup> RPW 2020/2, S. 810 Rz 357, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2018/4, 971 Rz 186, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, 530 Rz 233, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/3, 498 ff. Rz 198 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 186 ff. Rz 470 ff., *Migros/Denner*; KÜHN KAI-UWE, The Coordinated Effects of Mergers, in: *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccrossi Paolo, 2008 (zit.: KÜHN, The Coordinated Effects of Mergers), S. 105 – 144 oder MOTTA MASSIMO, *Competition Policy – Theory and Practice*, 2004 (zit. Motta, *Competition Policy*), S. 142 ff., wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung hindeuten können, diskutiert werden.



zur Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung konkretisieren die vom EuG (vgl. Rz 303) von der EU-Kommission<sup>293</sup> aufgeführten Bedingungen.<sup>294</sup>

315. Entscheidend ist, ob mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine Situation entsteht, in der es jedem Mitglied des beherrschenden Oligopols in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und damit ratsam erscheint, dauerhaft auf dem Markt so vorzugehen, dass höhere Preise als die Wettbewerbspreise erzielt werden, ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.

316. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind insbesondere die Auswirkungen auf den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste und mobile Fernmeldedienste zu analysieren. Die Zusammenschlussparteien und Swisscom verfügen jeweils über ein leitungsgebundenes Netzwerk und bieten hierüber Fernmeldedienste an. Zudem können bei mobilen Fernmeldediensten verschiedene Synergien entstehen, welche koordiniertes Verhalten erleichtern. Daher ist beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom zu prüfen.

317. Im Bereich mobile Fernmeldedienste sind allerdings nur marginale Wettbewerbsveränderungen zu erwarten, da UPC in diesem Bereich bis anhin nur in geringem Umfang tätig war und über keine eigene Infrastruktur verfügte. Dennoch können durch die Übernahme von Sunrise Wechselwirkungen entstehen, die einen Einfluss auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung haben können. Dies insbesondere, weil die Zusammenschlussparteien nach erfolgtem Zusammenschluss wie Swisscom sowohl über ein eigenes Mobilfunknetz als auch über ein eigenes Festnetz verfügen werden. Die Zusammenschlussparteien und Swisscom wären die einzigen beiden Marktteilnehmer, die beide Infrastrukturen besitzen.

318. Die Märkte für Fernmeldedienstleistungen im Bereich leitungsgebundener Fernmeldedienste weisen regional unterschiedliche Strukturen auf. So bestehen einige Regionen, in welchen Elektrizitätsversorgungsunternehmen alleine oder zusammen mit Swisscom eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufgebaut haben. In diesen Regionen bestehen sowohl ein Kupferkabelnetz, ein Koaxialkabelnetz als auch ein Glasfasernetz bis in die einzelnen Haushalte. Weiter bestehen Regionen, in welchen lediglich das Kupferkabelnetz von Swisscom und das Koaxialkabelnetz von UPC oder einem anderen Kabelnetzunternehmen zur Verfügung stehen. In wiederum anderen Regionen besteht nur das Kupferkabelnetz von Swisscom (vgl. Rz 123 ff.).

319. Über diese leitungsgebundenen Netzwerke werden insbesondere Breitbandinternetangebote (inklusive Festnetztelefonie) für Privatkunden, Breitbandanbindungen (ggf. inklusive Internetanbindung) für Geschäftskunden und TV-Angebote bereitgestellt. Im Bereich Breitbandanbindung für Geschäftskunden liegen aufgrund der überragenden Stellung von Swisscom vorliegend keine betroffenen Märkte vor (vgl. Rz 238 ff.). Auf den

Plattformmärkten für die Übertragung von VoD sind nebst den Zusammenschlussparteien und Swisscom noch weitere starke Wettbewerber vorhanden (vgl. Rz 292 f.), weshalb auch dieser Bereich bei der Prüfung einer allfällig bestehenden kollektiven Marktbeherrschung nicht im Vordergrund steht.<sup>295</sup> Eine kollektive Marktbeherrschung ist daher insbesondere in den Bereichen Breitbandinternetangebote (inklusive Festnetztelefonie) für Privatkunden und Übertragung von linearem TV zu prüfen.

#### **B.4.3.1 Differenzen zum Zusammenschlussvorhaben Sunrise / Liberty Global**

320. Wie einführend erwähnt wurde ein Zusammenschlussvorhaben der beiden Zusammenschlussparteien im Herbst 2019 von der WEKO zugelassen (vgl. Rz 2).

321. In der Meldung wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, es bestünden lediglich geringe Unterschiede zwischen dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben und dem früheren Zusammenschlussvorhaben Sunrise / Liberty Global aus dem Jahr 2019. Die Meldung führt dabei fünf Unterschiede ins Feld:<sup>296</sup>

- Die Rollen der Parteien sind vertauscht. Anstatt dass Sunrise die Kontrolle über UPC erwerbe, erwerbe Liberty Global die Kontrolle über Sunrise und werde nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens das kontrollierende Unternehmen sein.
- Die Marktdaten für 2019 seien verfügbar. Diese zeigten allerdings keine relevanten Veränderungen in der Marktstruktur.
- UPC und Swisscom hätten ihre Auseinandersetzungen bezüglich der TV-Übertragungsrechte für Sportveranstaltungen beigelegt und sich darauf geeinigt, sich ihre exklusiven Inhalte gegenseitig zugänglich zu machen.
- Sunrise habe die Over-the-top (OTT)-Anbieterin Wilmaa übernommen.
- Sunrise und Salt hätten angekündigt, ein Joint Venture im Bereich Fiber to the home (FTTH) zu planen, dieses aber weder verbindlich vereinbart noch umgesetzt.

322. Die beteiligten Unternehmen machen geltend, die genannten Differenzen seien für die vorliegende Beurteilung unerheblich. Es müssten vorliegend grundsätzlich die gleichen Schlussfolgerungen gezogen werden wie im früheren Zusammenschlussvorhaben.<sup>297</sup>

<sup>293</sup> Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), Rz 41.

<sup>294</sup> Vgl. Stellungnahme vom 23. März 2020 im Zusammenschlussvorhaben 41-0908: *SBB Cargo*, Rz 269; RPW 2020/2, 811 Rz 359, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>295</sup> Vgl. dazu ausführlich Vgl. RPW 2020/2, 821 ff. Rz 431 ff.; 820 ff. Rz 425 ff.; 836 Rz 543 f.; 840 Rz 572 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>296</sup> Vgl. act. 12, Rz 5.

<sup>297</sup> Vgl. act. 12, Rz 6 und 353.

323. Die genannten Differenzen werden nachfolgend näher ausgeführt und es wird geprüft, ob diese Unterschiede dazu führen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben anders beurteilt werden muss als das frühere Zusammenschlussvorhaben.

#### **B.4.3.1.1. Die Rollen der Parteien sind vertauscht**

324. Während im früheren Zusammenschlussvorhaben Sunrise von Liberty Global UPC übernehmen wollte, geht es vorliegend um die Beurteilung der Übernahme von Sunrise durch Liberty Global. Dies bedeutet, dass im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben vertauschte Käufer- und Verkäuferrollen vorliegen bzw. der frühere Käufer (Sunrise) heute das Kaufobjekt darstellt.

325. Bereits aus dem früheren Zusammenschlussvorhaben ist bekannt, dass Sunrise in der Vergangenheit grundsätzlich eine Wachstumsstrategie verfolgt hat, während UPC eher auf eine Renditestrategie setzte.<sup>298</sup>

326. In der Meldung wird diesbezüglich ausgeführt, dass trotz vertauschter Rollen der beteiligten Unternehmen der wirtschaftliche Zweck des Zusammenschlussvorhabens sowie die Geschäftstätigkeiten und Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Wesentlichen unverändert geblieben seien. Somit müsse die WEKO auch vorliegend zum Schluss gelangen, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe.<sup>299</sup>

327. Nach dem Zusammenschluss werden sowohl Swisscom als auch die Zusammenschlussparteien über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen. Da Swisscom über eine grössere Kundenbasis verfügt, sind die Reaktions- und damit die Retorsionsmöglichkeiten von Swisscom bedeutend grösser als diejenigen der Zusammenschlussparteien. Somit ist es Swisscom jederzeit möglich, auf Massnahmen der Zusammenschlussparteien reagieren zu können. In der Vergangenheit konnte beobachtet werden, dass Sunrise im Wesentlichen Marktanteile hinzugewinnen konnte und UPC Marktanteile verloren hat (vgl. Rz 276 ff.), während die Marktanteile von Swisscom relativ unverändert geblieben sind. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird neu Liberty Global und damit UPC die Kontrolle über Sunrise übernehmen.

328. Es kann daher festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom jederzeit auf aggressiven Preiswettbewerb des jeweils anderen sofort reagieren könnten, um mögliche Marktanteilsverschiebungen zu vermeiden. Gleichzeitig ist der Infrastrukturausbau eher ein langfristiges Projekt, welches gut beobachtbar ist und auf welches ebenfalls entsprechend zeitnah reagiert werden kann. Es wäre somit möglich, dass auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet die Einsicht herrscht, dass eine symmetrische Reaktion seitens der anderen Marktteilnehmer und damit eine entsprechende Bestrafung jederzeit erfolgen kann. Hierbei ist zu beachten, dass Swisscom über die grösseren Handlungsmöglichkeiten verfügt.

329. Im früheren Zusammenschlussvorhaben hatte Sunrise öffentlich angekündigt und auch gegenüber der WEKO bekräftigt, dass es mit der Übernahme von UPC

weiter auf eine Wachstumsstrategie durch innovative Angebote zu wettbewerbsfähigen Preisen setze.<sup>300</sup>

330. In der Meldung wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass Liberty Global über die Erfahrung und Erfolgsbilanz in der Schaffung starker, disruptiver Herausforderer durch die Umsetzung ihrer Strategie des Wachstums und der Technologie- und Service-Innovation für ihre europäischen operativen Einheiten verfüge. Zudem umfasse das Zusammenschlussvorhaben die Mobilfunkkompetenz von Sunrise und deren Mentalität und Erfolgsbilanz als Preishererausforderer und Innovator. Die Kombination dieser Stärken und strategischen Schwerpunkte würden einen stärkeren Herausforderer mit attraktiven Angeboten für Kunden in der Schweiz schaffen. Aufgrund des beträchtlichen Cross-Selling-Potenzials und der Kostensynergien, die durch das Zusammenschlussvorhaben entstehen würden, werde das zusammengeführte Unternehmen zu einem stärkeren Konkurrenten und zu einem Katalysator für weitere Infrastrukturinvestitionen, Produktinnovationen und verstärkten Wettbewerb auf den Einzelhandelsmärkten. Das Zusammenschlussvorhaben werde zwei komplementäre Unternehmen zusammenführen und ihre jeweiligen strategischen Ausrichtungen kombinieren und integrieren<sup>301</sup> und in eine aggressive Wachstumsstrategie kanalisieren.<sup>302</sup>

331. Grundsätzlich wird es vorliegend aufgrund des Umstandes, dass zwei komplementäre Unternehmen zusammengeführt werden, lediglich von untergeordneter Bedeutung sein, welche Rolle welches Unternehmen beim Zusammenschlussvorhaben gehabt hat. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die bisherige Unternehmensstrategie der Käuferin und damit die Renditestrategie von UPC einfach auf das zusammengeschlossene Unternehmen übertragen wird. Das neue zusammengeschlossene Unternehmen wird vielmehr gestützt auf die neuen Umstände, wie sie nach dem Zusammenschluss herrschen werden, die für sie grundsätzlich rationalste und gewinnmaximierende Strategie wählen. Davon war aber grundsätzlich auch schon im Rahmen der Prüfung des früheren Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

332. Im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben fehlt vorliegend die ausdrückliche Zusicherung und öffentliche Festlegung der Zusammenschlussparteien, durch die Wahl einer Wachstumsstrategie künftig Preissenkungen durchzuführen. Es war zwar auch in der vorliegenden Meldung von einer Wachstumsstrategie die Rede, doch wird gleichzeitig auch von einer «Kombination der Stärken und strategischen Schwerpunkte» gesprochen. Aufgrunddessen und aufgrund der bisherigen Renditestrategie von UPC erscheint es fraglich, ob das Zusammenschlussunternehmen künftig wirklich vollumfänglich auf eine Wachstumsstrategie setzen wird.

<sup>298</sup> Vgl. RPW 2020/2, 760, Rz 12 f. und 19; 811, Rz 368 ff.; 816, Rz 403; 831, Rz 502 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>299</sup> Vgl. act. 12, Rz 379.

<sup>300</sup> Vgl. RPW 2020/2, 831, Rz 502 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>301</sup> Vgl. act. 12, Rz 41.

<sup>302</sup> Vgl. act. 12, Rz 364.

333. Insgesamt dürfte aber der Umstand der vertauschten Rollen für sich alleine gesehen nicht dazu führen, dass die Beurteilung des Zusammenschlusses vorliegend in relevanter Weise anderes ausfallen kann als beim früheren Zusammenschlussvorhaben. Relevanter dürfte allerdings – unabhängig von der Rollenverteilung – die Frage sein, für welche Strategie sich das zusammengesessene Unternehmen entscheiden wird. Welche Strategie das Zusammenschlussunternehmen aber letztendlich wählen wird, wird sich zeigen.

#### **B.4.3.1.2. Neue Marktdaten von 2019**

334. Die Beurteilung des früheren Zusammenschlussvorhabens liegt rund ein Jahr zurück. Dementsprechend stehen heute neue Marktdaten – im Wesentlichen jene aus dem Jahr 2019 – zur Verfügung. In der Meldung wird diesbezüglich lediglich geltend gemacht, dass die neuen Daten keine relevanten Veränderungen in der Marktstruktur aufzeigen würden.<sup>303</sup>

335. Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. So hat sich der Trend der letzten Jahre grundsätzlich fortgesetzt, mit der Folge, dass UPC im vorliegend im Vordergrund stehenden Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (Netzwerk UPC) weiter an Marktanteilen verloren und Sunrise Marktanteile hinzugewonnen hat: Sunrise hat seit 2017 ihren Marktanteil von [10-20] % auf [10-20] % steigern können, während UPC rund [0-10] % Marktanteile verloren hat und heute über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügt. Der Marktanteil von Swisscom blieb demgegenüber konstant bei rund [60-70] % (vgl. oben Rz 276). Der gleiche fortschreitende Trend kann auch im Bereich TV beobachtet werden. So konnte Sunrise auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk UPC) ihren Marktanteil seit 2017 um [0-10] % auf [0-10] % erhöhen. UPC verlor demgegenüber rund [0-10] % an Marktanteil und verfügt im Jahr 2019 über einen Marktanteil von rund [30-40] %. Auch der Mobilfunkbereich weist eine konstante Marktanteilsentwicklung auf. Hier blieben die Marktanteile weitestgehend stabil bei [20-30] % für Sunrise und [0-10] % für UPC (vgl. Rz 262).

336. Daraus erhellt, dass die neuen Marktdaten die bisherige Entwicklung in den vorliegend relevanten Bereichen im Wesentlichen bestätigen. Somit ist nicht ersichtlich, inwiefern gestützt auf die neuen Marktdaten die Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von der Analyse des früheren Zusammenschlussvorhabens abweichen kann. Dies bedeutet, die diesbezüglich im früheren Zusammenschlussvorhaben gemachten Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die vorliegende Beurteilung.

#### **B.4.3.1.3. UPC und Swisscom haben ihre Auseinandersetzungen bezüglich der TV-Übertragungsrechte für Sportveranstaltungen beigelegt und sich darauf geeinigt, sich ihre exklusiven Inhalte gegenseitig zugänglich zu machen**

337. Am 9. Mai 2016 sprach die WEKO eine Sanktion gegen Swisscom aus, weil diese ihre marktbeherrschende Stellung im Zusammenhang mit Exklusivrechten für die Übertragung von Sportveranstaltungen miss-

braucht hatte. Im Sommer 2016 wurde der Erwerb verschiedener Rechte für die Übertragung von Sportanlässen in Schweizer Ligawettbewerben ausgeschrieben. Swisscom erwarb erneut umfassende Exklusivrechte für Live-Übertragungen, darunter auch für Fussball. UPC konnte sich ein neues Rechtspaket für Live-Übertragungen im Eishockey sichern.<sup>304</sup>

338. Gemäss Meldung [...]

339. Im Juli 2020 habe mit Swisscom schliesslich eine Verhandlungslösung erzielt werden können. Damit erhalte Swisscom Zugang zu den Sportinhalten von UPC und umgekehrt UPC zu jenen von Swisscom.<sup>305</sup> [...] Im Hinblick auf die an die Fernsehplattform von UPC und Swisscom angeschlossenen Konsumenten würden sich qualitative Verbesserungen ergeben, indem einerseits die Stellung der UPC-Kunden erheblich habe verbessert werden können und andererseits die Swisscom-Kunden Zugang zu MySports erhielten.<sup>306</sup> Damit werde die inhaltliche Attraktivität der beiden Plattformen erhöht.<sup>307</sup> Abgesehen davon wird das Zusammenschlussvorhaben die Situation hinsichtlich der Exklusivrechte nicht verändern. Sunrise verfügt nicht über entsprechende Exklusivrechte, die zu denen von UPC hinzukommen würden.<sup>308</sup>

340. Der Vertrag mit Swisscom ändert nach Ansicht der beteiligten Unternehmen demnach nichts an der Situation in Bezug auf den Erwerb von Rechten, den Umfang der Exklusivität und die Preisgestaltung für exklusive Inhalte. Es seien die jeweiligen Rechteinhaber und Inhalte-Anbieter, die autonom über die Aufbereitung der Inhalte und die Preisgestaltung ihrer Sportprogramme entscheiden und so versuchen würden, die Zuschauer durch ihre Attraktivität für ihre Sportprogramme zu gewinnen. Die Situation habe sich nur insofern geändert, als die Inhalte-Anbieter über ein breiteres Spektrum an Trägern verfügen würden, um die Zuschauer (Konsumenten) zu erreichen. Dies habe keinen Einfluss auf die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO.<sup>309</sup>

341. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung stellen die verschiedenen Sportarten – jeweils aufgeteilt in in- und ausländische Ligen – separate Märkte dar. Entsprechend verfügt UPC bei sämtlichen diesen Märkten, bei denen sie über die exklusiven Übertragungsrechte verfügt, über einen Marktanteil von 100 % (vgl. Rz 254). Die Zusammenschlussparteien werden auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV sowohl vor als auch nach dem Zusammenschlussvorhaben über Marktanteile von jeweils 100 % verfügen (vgl. Rz 297). Dies gilt unabhängig davon, ob UPC nun auch Swisscom Zugang zu ihren Sportrechten gewährt und umgekehrt. Das Zusammenschlussvorhaben hat in diesem Sinne kaum Auswirkungen auf die Übertragung der Sportrechte. Es könnte

<sup>303</sup> Vgl. act. 12, Rz 5.

<sup>304</sup> Vgl. act. 12, Rz 321 f.

<sup>305</sup> Vgl. act. 12, Rz 324.

<sup>306</sup> Vgl. act. 12, Rz 325.

<sup>307</sup> Vgl. act. 12, Rz 329.

<sup>308</sup> Vgl. act. 12, Rz 328.

<sup>309</sup> Vgl. act. 12, Rz 326.

einzig argumentiert werden, dass der Umstand, dass künftig sowohl Swisscom als auch das Zusammenschlussunternehmen sämtliche Sportarten übertragen können, sich die Symmetrie erhöhen würde (vgl. auch hinten Rz 369). Ansonsten rechtfertigt aber der Umstand, dass sich Swisscom und UPC darauf geeinigt haben sich ihre exklusiven Inhalte gegenseitig zugänglich zu machen, keine anderweitige Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gegenüber dem früheren Zusammenschlussvorhaben.

#### **B.4.3.1.4. Sunrise habe die Over-the-top (OTT)-Anbieterin Wilmaa übernommen**

342. Am 18. Juni 2020 kündigte Sunrise den Erwerb von 100 % der Aktien von Wilmaa an.<sup>310</sup>

343. Wilmaa wurde 2008 als das erste rein Browserbasierte Fernsehen weltweit lanciert. Wilmaa ist ein Web-TV und bietet digitales OTT-Fernsehen auf Smartphone, Tablet, PC und TV an. OTT umfasst die Zurverfügungstellung von Online-Video- und Audio-Inhalten ohne an einen bestimmten Internet-Provider gebunden zu sein. Gegenwärtig bietet Wilmaa Zugang zu über 260 TV-Kanälen. Für die kostenpflichtige Nutzung des Streaming-Dienstes ist eine Registrierung erforderlich. Jeder, der den Wilmaa-Dienst kostenlos nutzt, hat Zugang zum werbefinanzierten Live-Programm aller Sender. Bezahlende Nutzer müssen keine Werbung sehen und können auf die Programme der letzten sieben Tage zugreifen (Replay TV). Darüber hinaus erhalten zahlende Nutzer auch das komplette Programmangebot in höherer Auflösung und haben die Möglichkeit, Programme auf einem Gerät anzuhalten und auf einem anderen Gerät an der gleichen Stelle weiterzuschauen.<sup>311</sup>

344. Die Übernahme von Wilmaa werde es Sunrise ermöglichen, Wilmaas führende Technologie und Know-how zur Weiterentwicklung von Sunrises OTT-TV-Angeboten zu nutzen. Die zehn Mitarbeiter von Wilmaa würden von Sunrise übernommen. Die Marke «Wilmaa» und ihre werbefinanzierten Gratis- und kostenpflichtigen Premium-Angebote würden bestehen bleiben und die bestehenden Wilmaa-Nutzer würden die Dienstleistung wie gewohnt weiter nutzen können. Werbetreibende könnten weiterhin die Vorteile von In-Stream-Platzierungen, grossen Sonderwerbeformaten und Markenkanälen nutzen.<sup>312</sup>

345. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen ist Wilmaa nach der Abgrenzung der WEKO als Anbieterin von OTT-TV-Diensten und Teil des Plattformmarktes für die Übertragung von linearem Digital-TV anzusehen. Die Übernahme von Wilmaa durch Sunrise habe die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV nicht verändert, so dass die wettbewerbliche Beurteilung des früheren Zusammenschlussvorhabens nach wie vor gelte.<sup>313</sup>

346. Geht man davon aus, dass aufgrund der heutigen technischen Entwicklung auch ein OTT-TV-Angebot, welches (auch) lineares Fernsehen überträgt, wie dies etwa bei Zattoo, Teleboy und Wilmaa der Fall ist, ein Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung von linearem Digital-TV darstellt (vgl. Rz 178), fällt mit dem Kauf von Wilmaa durch Sunrise eine aktuelle Konkurrentin in

diesem Bereich weg. Der Wettbewerbsdruck, der von solchen OTT-Anbietern im Bereich des linearen Fernsehens ausgeht, ist allerdings derzeit noch eher als gering einzustufen.<sup>314</sup> Bereits in der Stellungnahme zum früheren Zusammenschlussvorhaben stellte die WEKO fest, dass es schwierig sei, mit einem OTT-Angebot auch tatsächlich genügend Nutzer zu gewinnen. Dies zeige etwa das Beispiel von Wilmaa. Wilmaa sei seit über zehn Jahren im Markt und verfüge aktuell über Marktanteile von [0-10 %].<sup>315</sup> Somit dürfte der Umstand, dass Sunrise Wilmaa übernommen hat, nur zu unwesentlichen Änderungen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben führen (vgl. dazu hinten Rz 367).

#### **B.4.3.1.5. Mögliches Glasfaser Joint Venture**

347. Am 19. Mai 2020 kündigten Sunrise und Salt Pläne zur Gründung eines Joint Ventures (Swiss Open Fiber, SOF) an, an welchem Salt und Sunrise jeweils zu gleichen Teilen und ein möglicher Eigenkapitalpartner beteiligt wären, um eine neue FTTP-Netzinfrastruktur aufzubauen. Liberty Global hat gemäss Meldung keinen Einblick in den bisherigen Stand der Verhandlungen zwischen Sunrise und Salt, Sunrise habe aber am 16. August 2020 angekündigt, dass sie die Gespräche unterbrechen würde. Es seien bisher weder zwischen Sunrise und Salt noch mit Drittinvestoren verbindliche Transaktionsvereinbarungen über die Gründung des Glasfaser Joint Ventures unterzeichnet worden.<sup>316</sup>

348. Die beteiligten Unternehmen sind der Ansicht, dass keine Gewissheit darüber bestehe, was ohne die Ankündigung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens geschehen wäre. Dies insbesondere, da keine verbindlichen Vereinbarungen über die Gründung des Glasfaser Joint Ventures getroffen worden seien. Liberty Global seien die kommerziellen Einzelheiten der Gespräche zwischen Sunrise und Salt oder mit anderen Interessengruppen über den Umfang oder die Wirtschaftlichkeit des Glasfaser Joint Ventures nicht bekannt. Daher habe sich Liberty Global keine Meinung darüber gebildet, wie ihre Strategie aussieht oder aussehen würde, falls Salt tatsächlich gewillt sein würde, zu einem späteren Zeitpunkt wieder in solche Gespräche einzutreten. Somit könne zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend vorausgesagt werden, ob eine solche Glasfaser-Kooperation letztendlich in der ursprünglich von Sunrise und Salt beabsichtigten Form, in einer anderen Form oder gar nicht realisiert werden wird.<sup>317</sup>

349. [...].<sup>318</sup>

<sup>310</sup> Vgl. act. 12, Rz 333.

<sup>311</sup> Vgl. act. 12, Rz 331, m. w. H.

<sup>312</sup> Vgl. act. 12, Rz 333.

<sup>313</sup> Vgl. act. 12, Rz 335 ff.

<sup>314</sup> Vgl. RPW 2020/2, 840, Rz 570, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>315</sup> Vgl. RPW 2020/2, 840, Rz 572, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>316</sup> Vgl. act. 12, Rz 316.

<sup>317</sup> Vgl. act. 12, Rz 317.

<sup>318</sup> Vgl. Fragebogen Salt, Vorbemerkungen zu Fragen II.

350. Daher sei nach Meinung von Liberty Global die kontrafaktische Fallkonstellation (Counterfactual) für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in dieser Hinsicht der gegenwärtige Status quo, d. h. eine Situation, in der das Glasfaser Joint Ventures nicht vereinbart und nicht verwirklicht worden sei. Jede Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens müsse auf der Grundlage der gegenwärtigen Marktverhältnisse erfolgen, nicht auf der Grundlage unsicherer möglicher Zukunftspläne. Diese Marktumstände hätten sich im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben nicht geändert. Da die Wettbewerbsbedingungen dieselben seien, bleibe auch die wettbewerbliche Beurteilung dieselbe, nämlich, dass das Zusammenschlussvorhaben weder zu einer Einzel- noch zu einer kollektiven Marktbeherrschung führe.

351. Weiter bringt Liberty Global vor, dass selbst wenn man gemäss Meldung davon ausgehen würde, dass die für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens relevante kontrafaktische Fallkonstellation darin bestehe, dass das Glasfaser Joint Ventures in irgendeiner Form realisiert würde, würde sich jedoch an der wettbewerblichen Beurteilung nichts ändern. Ungeachtet der Art und Weise, in der das Glasfaser Joint Ventures nach dem Zusammenschluss realisiert würde, oder auch nicht, werde durch das Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, die geeignet sei, den Wettbewerb zu beseitigen. Die WEKO habe in ihrer Überprüfung des früheren Zusammenschlussvorhabens festgehalten, dass weiterhin ausreichender Wettbewerb bestehe und dass auf keinem der betroffenen Märkte eine kollektive Marktbeherrschung begründet werde. Selbst wenn die beteiligten Unternehmen eine mögliche Beschränkung des Umfangs oder gar die Aufgabe des Glasfaser Joint Ventures als Folge des Zusammenschlussvorhabens in Erwägung ziehen würden, würde dies die vorherige Feststellung der WEKO nicht ändern, sondern bestätigen, da dadurch letztlich der Status quo ausreichenden Wettbewerbs bewahrt werde.<sup>319</sup>

352. Sunrise und Salt haben [...] Gespräche hinsichtlich eines gemeinsamen Ausbaus einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufgenommen.<sup>320</sup> Geplant war zusammen mit finanziellen Investoren ein gemeinsames Glasfasernetz in denjenigen Gebieten zu errichten, in welchen derzeit keine gemeinsame Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgebaut wird. [...] Am 19. Mai 2020 haben Sunrise und Salt ihre Kooperationsabsicht öffentlich bekanntgegeben.

353. Der zeitliche Ablauf der Geschehnisse zeigt, dass Sunrise und Salt eine Zusammenarbeit zum Aufbau einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur ernsthaft in Erwägung zogen [...].

354. Die Präsentationen im Verwaltungsrat von Liberty Global zeigen, dass Liberty Global erst ernsthafte Akquisitionspläne an Sunrise verfolgt hat, nachdem das Joint-Venture zwischen Sunrise und Salt bekannt gegeben wurde.<sup>321</sup> [...]

355. Unabhängig davon, ob durch die Übernahme von Sunrise durch Liberty Global ein möglicher potenzieller Wettbewerber nun vom Markt verschwindet, ist die WEKO im Zusammenschlussvorhaben 41-0892: Sunri-

se/Liberty Global auch ohne das neue Aufkommen eines potenziellen Wettbewerbs zum Schluss gekommen, dass durch das Zusammengehen von Sunrise und Liberty Global unter der Führung von Sunrise keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Unter sonst gleichen Voraussetzungen kann daher alleine das mögliche Aufkommen eines potenziellen Wettbewerbers im Markt nicht zu einer grundsätzlich anderen Einschätzung der Wettbewerbssituation führen.

356. Schliesslich bestünde für Salt auch die Möglichkeit, eine ähnliche Glasfaser Kooperation mit anderen FDA bzw. Finanzpartnern einzugehen. Für Salt alleine werde es allerdings viel schwieriger SOF weiterzuführen, da regulatorische Unterstützung nötig sei, um den Infrastrukturwettbewerb zu sichern. Zur Zeit evaluiert Salt ihre diesbezüglichen Optionen.<sup>322</sup>

#### **B.4.3.1.6. Fazit**

357. Insgesamt kann festgehalten werden, dass die genannten Differenzen zwischen dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben und dem früheren Zusammenschlussvorhaben nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben führen könnten. Geringfügige Änderungen könnten sich einerseits höchstens durch die Erhöhung der Symmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom – je nachdem für welche Strategie sich das zusammengeschlossene Unternehmen entscheiden wird – (vgl. Rz 371 ff.) und durch die gegenseitige Zurverfügungstellung der Sportrechte (vgl. Rz 341) sowie andererseits durch die Übernahme von Wilmaa durch Sunrise (vgl. Rz 346) ergeben (vgl. dazu hinten Rz 369 ff. und Rz 367).

#### **B.4.3.2 Indikatoren für eine kollektive Marktbeherrschung**

358. Entsprechend dem oben Ausgeführten kann für die Prüfung der Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom grundsätzlich auf die Ausführungen im Zusammenschlussvorhaben Sunrise / Liberty Global verwiesen werden.<sup>323</sup> Es werden daher nachfolgend lediglich die zentralen Elemente dargestellt, etwaige Differenzen erläutert und aktuelle Zahlen und Gegebenheiten ergänzt.

##### **B.4.3.2.1. Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration**

359. Nachfolgend werden die wesentlichen Elemente für den Indikator Marktanteile und Marktkonzentration für die Bereiche leitungsgebundene Fernmeldedienste und TV-Angebote hinsichtlich der Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung mit Swisscom, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, kurz dargestellt.

<sup>319</sup> Vgl. act. 12, Rz 319.

<sup>320</sup> Act. 34, Antworten zu Frage 35.

<sup>321</sup> Vgl. act. 12, Beilagen 13-22.

<sup>322</sup> Vgl. Fragebogen Salt, Antworten auf Frage 37 und 39.

<sup>323</sup> Vgl. RPW 2020/2, 708 ff., Rz 346 ff. *Sunrise/Liberty Global*.

360. Auf dem **Markt für Breitbandinternet für Privatkunden** bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

Nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden*									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Quick-line	Salt	Swiss-Digital
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	[...]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	n/a	[0-10] %

\* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 43: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

361. Bei einer räumlichen Marktausdehnung, welche dem Netzwerk von UPC entspricht, ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden - Netzwerk von UPC								
	Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
		Sunrise	UPC			Salt	Others	
#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	
%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[90-100] %	[0-10] %	n/a	
#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	
%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[90-100] %	[0-10] %	n/a	
#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a	n/a	
%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[60-70] %	[90-100] %	n/a	n/a	

Tabelle 44: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

362. Die Marktanteilsbetrachtung zeigt, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom im Falle eines Zusammenschlusses einen gemeinsamen Marktanteil von über [80-90] % auf sich vereinen würden. Auf dem regionalen Markt, welcher das Netz von UPC einschliesst, erreichen die Zusammenschlussparteien und

Swisscom gar einen gemeinsamen Marktanteil von über [90-100] %. Die Anzahl Marktteilnehmer sinkt damit grundsätzlich von drei auf zwei. Die Marktanteile und deren Entwicklung entsprechen grundsätzlich den Feststellungen im früheren Zusammenschlussvorhaben (vgl. Rz 334 ff.).

363. Allgemein kann in Bezug auf die aktuelle Konkurrenz festgehalten werden, dass in Gebieten, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, davon ausgegangen werden kann, dass ein gewisser Wettbewerb besteht. Da die Glasfasernetzwerkinfrastruktur hinsichtlich Übertragungsqualität und Bandbreiten einer HFC-Netzwerkinfrastruktur überlegen ist, ist insbesondere UPC einem starken Wettbewerbsdruck durch die Glasfasernetzwerkinfrastruktur ausgesetzt.<sup>324</sup> In Gebieten, in denen keine alternative Glasfaserinfra-

struktur besteht, spielt heute ebenfalls ein gewisser Wettbewerb, dieser würde aber durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bedeutet geschwächt.<sup>325</sup> Gleiches gilt grundsätzlich auch für den **Markt für Festnetztelefonie**.<sup>326</sup>

364. Auf dem **Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten** vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

Nationaler Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Kabler	Zattoo	Salt
2019	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2018	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	n/a

\* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 45: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten

365. Bei einer räumlichen Marktausdehnung, welche dem Netzwerk von UPC entspricht, ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Auf die Netzausdehnung von UPC beschränkter Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten								
	Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
		Sunrise	UPC			Zattoo	Salt	Teleboy
#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
%	100 %	[0-10] %	[30-40] %	[40-50] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 46: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

366. Da UPC nicht mit anderen Kabelnetzbetreibern konkurriert, weil sie in den Gebieten der anderen Kabelnetzbetreiber nicht tätig ist, ist eine schweizweite Markt-abgrenzung wenig aussagekräftig.<sup>327</sup> Hingegen ist der räumliche Markt, der die Netzausdehnung von UPC

<sup>324</sup> Vgl. RPW 2020/2, 815, Rz 393, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>325</sup> Vgl. RPW 2020/2, 817 f., Rz 412, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>326</sup> Vgl. RPW 2020/2, 818 Rz 413, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>327</sup> Vgl. RPW 2020/2, 819 Rz 420, *Sunrise/Liberty Global*.

umfasst, dahingehend aussagekräftiger, als nur diejenigen Unternehmen erscheinen, die tatsächlich mit den Zusammenschlussparteien und Swisscom in Wettbewerb treten können. Auf diesem Markt vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom einen Marktanteil von [80-90] % auf sich.

367. Für den Bereich der Übertragung von linearem TV ist in Bezug auf die aktuelle Konkurrenz zudem festzuhalten, dass Wilmaa als OTT-TV-Anbieterin von Sunrise übernommen wurde. Somit fällt hier im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben ein Konkurrent weg. Aufgrund der sehr geringen Marktanteile führt die Übernahme von Wilmaa aber nicht zu einer wesentlichen Änderung der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben (vgl. Rz 346).

368. Für weitere Ausführungen zu den Indikatoren Marktanteile und Marktkonzentration wird auf die Stellungnahme der WEKO zum früheren Zusammenschlussvorhaben verwiesen.<sup>328</sup>

#### B.4.3.2.2. Symmetrien

369. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die Zusammenschlussparteien und Swisscom symmetrischer.<sup>329</sup> Dies insbesondere aufgrund der Zusammenführung der Nummer zwei in den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste (UPC) mit der Nummer drei im Bereich Mobilfunk und gleichzeitig der Nummer zwei in den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste (Sunrise). Hinzu kommt, dass durch die Übernahme die Zusammenschlussparteien gemeinsam sowohl über ein Mobilfunknetzwerk als auch über ein weitreichendes leitungsgebundenes Fernmeldenetzwerk im Anschlussbereich verfügen werden. Heute verfügt lediglich Swisscom sowohl über ein eigenes Mobilfunknetz, als auch über ein weitreichendes leitungsgebundenes Fernmeldenetzwerk im Anschlussbereich. Im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben verfügen neu sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom über die Möglichkeit zur Übertragung der exklusiven Sportinhalte des jeweils anderen (vgl. Rz 341). Damit dürften künftig sowohl Swisscom als auch das Zusammenschlussunternehmen sämtliche relevanten Sportarten übertragen können. Dies deutet – im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben – auf eine leichte Erhöhung der Symmetrie hin.

370. In Bezug auf die Beurteilung der verschiedenen Arten von Symmetrien kann grundsätzlich auf die Stellungnahme der WEKO zum früheren Zusammenschlussvorhaben verwiesen werden.<sup>330</sup>

371. Wie im früheren Zusammenschlussvorhaben ist auch vorliegend insgesamt von einer stärker werdenden Symmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom auszugehen. Dies könnte einen Einfluss auf die Wettbewerbsstrategie der Zusammenschlussparteien haben. Insbesondere können die Zusammenschlussparteien allfällige Wettbewerbsnachteile, welche sie jeweils einzeln hatten<sup>331</sup>, durch die Stärken des jeweils anderen Wettbewerbers kompensieren. Dies führt aber auch zu einem geringeren Druck, die Schwächen (wie zum Beispiel die Tatsache, dass Sunrise über kein eigenes leitungsgebundenes Netz im Anschlussbereich

und UPC über kein Mobilfunknetzwerk verfügt) in den jeweils anderen Bereichen durch bessere Leistungen und Angebote in dem Bereich zu kompensieren, wo sie jeweils Stärken (Sunrise im Mobilfunkbereich und UPC im Bereich leitungsgebundenes Breitbandinternet gegenüber Endkunden) aufweisen.

372. In Bezug auf die Interessenssymmetrien wird in der Meldung geltend gemacht, es bestünden erhebliche Interessenunterschiede zwischen Swisscom als grossem staatlichen Telekommunikationsunternehmen auf der einen Seite und dem zusammengeführten Unternehmen als wesentlich kleinerem Herausforderer, der im Eigentum eines internationalen Telekommunikationsanbieters stehe, auf der anderen Seite. Das zusammengeführte Unternehmen könne die strategische Ausrichtung von Sunrise als Preisherausforderer und Innovator mit den Stärken der Plattformen und Netze von UPC und der Erfolgsbilanz und Erfahrung von Liberty Global bei der Schaffung starker disruptiver Akteure (die darauf basiert, ihre Strategie des Wachstums und der Technologie- und Dienstleistungsinnovation mit ihren europäischen Betreibern zu teilen) kombinieren und diese Kombination in eine aggressive Wachstumsstrategie kanalisieren, die sich deutlich von den Interessen und der Strategie von Swisscom als etablierter Betreiberin unterscheidet.<sup>332</sup>

373. Im früheren Zusammenschlussvorhaben hatte Sunrise öffentlich angekündigt und auch gegenüber der WEKO bekräftigt, dass sie mit der Übernahme von UPC weiter auf eine Wachstumsstrategie durch innovative Angebote zu wettbewerbsfähigen Preisen setze.<sup>333</sup> Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wurde weder gegenüber der Öffentlichkeit noch gegenüber der WEKO eine solch explizite Zusicherung abgegeben, durch die Wahl einer Wachstumsstrategie künftig Preissenkungen durchzuführen. In der vorliegenden Meldung wird stattdessen ausgeführt, dass aufgrund des beträchtlichen Cross-Selling-Potenzials und der Kostensynergien, die durch das Zusammenschlussvorhaben entstehen würden, das zusammengeführte Unternehmen zu einem stärkeren Konkurrenten und zu einem Katalysator für weitere Infrastrukturinvestitionen, Produktinnovationen und verstärkten Wettbewerb auf den Einzelhandelsmärkten werden würde. Das Zusammenschlussvorhaben werde zwei komplementäre Unternehmen zusammenführen und ihre jeweiligen strategischen Ausrichtungen kombinieren und integrieren.<sup>334</sup> Somit ist zwar auch vorliegend die Rede von einer Wachstumsstrategie, doch wird gleichzeitig auch von einer «Kombination der Stärken und strategischen Schwerpunkte» gesprochen. Aufgrunddessen und aufgrund der bisherigen Renditestrategie von UPC erscheint es insgesamt fraglich, ob das Zusammenschlussunternehmen künftig wirklich vollumfänglich auf eine Wachstumsstrategie setzen wird. Es

<sup>328</sup> Vgl. RPW 2020/2, 812 ff., Rz 369 ff. *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>329</sup> Vgl. ausführlich in RPW 2020/2, 823, Rz 449 ff. *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>330</sup> Vgl. RPW 2020/2, 824, Rz 452 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>331</sup> Sunrise hat kein eigenes leitungsgebundenes Festnetz im Anschlussbereich und UPC hat kein eigenes Mobilfunknetz.

<sup>332</sup> Vgl. act. 12, Rz 364.

<sup>333</sup> Vgl. RPW 2020/2, 831, Rz 502 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>334</sup> Vgl. act. 12, Rz 41.



wird sich zeigen, welche Geschäftsstrategie das Zusammenschlussunternehmen schliesslich wählen und wie sich diese auf den Wettbewerb auswirken wird (vgl. Rz 346 ff.). Je nachdem könnte die dadurch allenfalls entstehende Erhöhung der Symmetrie für die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung sprechen. Insgesamt kann aber zum heutigen Zeitpunkt zumindest nicht davon ausgegangen werden, dass eine allfällig entstehende kollektive Marktbeherrschung auch zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würde (vgl. hinten Rz 402).

#### **B.4.3.2.3. Multimarktbeziehungen und Sanktionsmöglichkeiten**

374. Sowohl Swisscom als auch Sunrise und UPC sind vorwiegend in der Schweiz auf den Telekommunikationsmärkten tätig. Die weiteren Geschäftsfelder sind im Vergleich zu ihren Tätigkeiten im Bereich der Telekommunikation vernachlässigbar. Dies führt aber auch dazu, dass sie sich quasi auf sämtlichen Telekommunikationsmärkten mit einer ähnlichen Ausgangslage gegenüberstehen. Insofern besteht die Möglichkeit, das Verhalten des jeweils anderen auf sämtlichen Märkten zu beobachten und auf Abweichungen von einem möglichen kollusiven Gleichgewicht zu reagieren.<sup>335</sup> Im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben handelt es sich bei der Käuferin vorliegend um eine internationale Video-, Breitband- und Kommunikationsunternehmensgruppe mit Aktivitäten in mehreren europäischen Ländern (vgl. Rz 4 ff.).

375. Die Multimarktbeziehungen bestehen darin, dass sich Swisscom und die beteiligten Unternehmen grundsätzlich auf sämtlichen Telekommunikationsmärkten gegenüberstehen. Dies war auch schon vor dem Zusammenschlussvorhaben der Fall. Durch den Zusammenschluss werden allerdings die Ausgangslagen von Swisscom und Sunrise/UPC ähnlicher, da neu beide sowohl über eine eigene Festnetzinfrastruktur als auch über eine eigene Mobilfunkinfrastruktur verfügen und nicht nur Swisscom wie bisher. Durch die Migration eines Teils der Kunden von Sunrise auf die Netzwerkinfrastruktur von UPC wird Sunrise sicherlich von Swisscom unabhängiger. Swisscom und die Zusammenschlussparteien stehen sich aber nach wie vor auf den gleichen Märkten als Konkurrenten gegenüber, so dass die Anzahl Multimarktkontakte nach wie vor hoch bleibt.<sup>336</sup>

376. In der Meldung wird dazu ausgeführt, dass eine Kollusion über mehrere Märkte im vorliegenden Fall angesichts des dynamischen externen Wettbewerbs äusserst schwierig, wenn nicht gar unmöglich wäre. Da zudem Sunrise und UPC weniger abhängig von den Wholesale Produkten von Swisscom werden würden, könne dieser naheliegende Mechanismus zur Sanktionierung einer Abweichung vom kollusiven Gleichgewicht ausgeschlossen werden. Darüber hinaus würden sich die Merkmale der Geschäftskundenmärkte (d.h. erhebliche Asymmetrien hinsichtlich Marktanteilen, Kosten, Interessen, geringe Transparenz, hohe Nachfragemacht) für sich genommen bereits in einem Masse auf die anderen Märkte auswirken, dass eine kollektive Marktbeherrschung äusserst unwahrscheinlich werde.<sup>337</sup>

377. Die Sanktionsmöglichkeiten würden in Form von Preissenkungen in erster Linie in den Infrastrukturmär-

ten, das heisst im Bereich der Mobilfunknetze und im Bereich der leitungsgebundenen Breitbandinternetinfrastrukturen ausgeübt werden. Diese Sanktionsmöglichkeiten stünden ausschliesslich Netzbetreibern zur Verfügung, so dass sich diese von anderen Marktteilnehmern hinsichtlich Wettbewerb entsprechend abkoppeln könnten. Eine darüberhinausgehende Sanktionierung und vor allem eine Sanktionierung über verschiedene Märkte hinweg erscheine insbesondere aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten (insbesondere über OTT-Angebote) als unwahrscheinlich. Vielmehr sei vorliegend davon auszugehen, dass die genannte Sanktionierung von abweichendem Verhalten in erster Linie auf den Breitbandinternetmärkten selbst stattfinden würde.

378. Hierzu ist anzumerken, dass Swisscom als Netzbetreiberin bereits seit vielen Jahren über solche Sanktionsmöglichkeiten verfügt und diese in der Vergangenheit gegenüber Sunrise, die eine konsequente Wachstumsstrategie verfolgte, bisher nicht angewendet hat. Dies insbesondere auch, weil Preissenkungen für Swisscom mit einem hohen Marktanteil vergleichsweise teuer wären. Somit bestehen zwar Sanktionsmöglichkeiten, die Swisscom und die Zusammenschlussparteien grundsätzlich anwenden könnten, um den jeweils anderen zu einem kollusiven Handeln zu bewegen. Dennoch sind diese Sanktionsmöglichkeiten als vergleichsweise teuer anzusehen, so dass diese wohl nur zur Anwendung kommen würden, um dem jeweils anderen Marktteilnehmer ein Signal auszusenden, wenn ohnehin bereits ein gemeinsames Verständnis betreffend die zu verfolgende Marktstrategie besteht. Da im Bereich der Telekommunikation Preisreduktionen nicht leicht wieder rückgängig gemacht werden können, ist es fraglich, ob die den Zusammenschlussparteien und Swisscom zur Verfügung stehenden Sanktionsmöglichkeiten ausreichend sind, um ein bestimmtes Verhalten des jeweils anderen entgegen seinen strategischen Zielen durchzusetzen.

#### **B.4.3.2.4. Marktwachstum und Innovation**

379. Die beteiligten Unternehmen machen geltend, dass die unterschiedliche Technologie, die sie im Vergleich zur Swisscom einsetzen würden und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Innovationszyklen weiterhin disruptive Auswirkungen haben werden. Das Zusammenschlussvorhaben selbst sowie die Einführung der 5G-Technologie seien ebenfalls disruptive Ereignisse. Auch neue OTT-Dienstleistungen seien eine weitere disruptive Kraft in verschiedenen Endkundenmärkten. Auf den Fernsehmärkten z.B. sei die disruptive Wirkung der neuen OTT-Angebote wie Netflix, iTunes und Amazon Prime bereits erkennbar.

<sup>335</sup> Vgl. RPW 2020/2, 834, Rz 528, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>336</sup> Vgl. RPW 2020/2, 835, Rz 530, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>337</sup> Vgl. act. 12, Rz 368.

380. Die geltend gemachten Innovationen betreffen vor allem den TV Bereich und hier vor allem die VoD-Angebote. Besonders die Märkte im Bereich Breitbandinternet und Festnetztelefonie bestehen demgegenüber seit Jahrzehnten und können als weitgehend gesättigt angesehen werden. Mit dem Aufkommen der Glasfasertechnologie stellen zudem Bandbreiten in technischer Hinsicht keine Unterscheidungsmerkmale mehr dar, da nach heutigem Nutzungsverhalten über die Glasfasertechnologie beliebige Bandbreiten realisiert werden können. Demnach bestehen im Markt im Wesentlichen nur noch über die Servicequalität und den Preis Differenzierungsmöglichkeiten. Dies hat aber auch zur Folge, dass bei einem gesättigten Markt Preiswettbewerb relativ teuer ist und zusätzliche Marktanteile grundsätzlich nicht über neu in den Markt eintretende Kunden, sondern durch Umverteilung schon im Markt bestehender Kunden gewonnen werden.<sup>338</sup> Im Übrigen kann auf die Ausführungen in der Stellungnahme zum früheren Zusammenschlussvorhaben verwiesen werden.<sup>339</sup>

#### B.4.3.2.5. Markttransparenz

381. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass die Transparenz ein sehr schwacher Indikator für kollusives Verhalten sei, da sie auch insofern wettbewerbsfördernde Wirkungen haben könne als sie es anderen Wettbewerbern ermögliche, ihre Preise ebenfalls zu senken. Darüber hinaus könnten die Preise zwar in der Tat öffentlich und über Konsumenten Websites vergleichbar sein, die schiere Anzahl von Kombinationen dies jedoch selbst für professionelle Marketingabteilungen zu einer Herausforderung mache. Schliesslich sei auch die Existenz von «under-the-counter»-Angeboten für bestehende Kunden ein bedeutender Faktor.<sup>340</sup>

382. Hierzu ist anzumerken, dass aus Sicht der WEKO Transparenz für sich alleine noch keinen Schluss auf ein mögliches kollusives Verhalten zulässt. Dennoch stellt Transparenz eine notwendige Bedingung dar, die kollusives Verhalten zwischen möglichen Oligopolisten zumindest wesentlich erleichtert, da ein Abweichen vom Oligopolgleichgewicht schneller erkannt und darauf reagiert werden kann.

383. In Bezug auf die Transparenz kann vollumfänglich auf die Ausführungen in der Stellungnahme der WEKO zum früheren Zusammenschlussvorhaben verwiesen werden.<sup>341</sup> Hervorzuheben ist, dass die Telekommunikationsmärkte aufgrund der verschiedenen Statistiken (Zahlen zum Fernmeldeverkehr des BAKOM) und der öffentlich bekannten Tarife im Privatkundenbereich grundsätzlich als sehr transparent qualifiziert werden können. Quasi sämtliche Preise und Rabattaktionen können auf den einzelnen Webseiten der Fernmeldedienstleister abgerufen werden. Gleiches gilt auch für die Fernsehangebote. Zudem bieten verschiedene Vergleichswebseiten, wie z.B. [comparis.ch](http://comparis.ch)<sup>342</sup> die Möglichkeit, Direktvergleiche zwischen den verschiedenen Fernmeldedienstleistern anzustellen.<sup>343</sup> Auch «under-the-counter»-Angebote, welche in der Branche üblich sind, können wohl aufgrund der eigenen Erfahrungswerte auch andeutungsweise bei der Konkurrenz eingeschätzt werden.<sup>344</sup>

384. Anders ist die Ausgangslage im Bereich der Märkte für Geschäftskunden. Zwar besteht weitgehende Transparenz hinsichtlich der Vorleistungsprodukte von Swisscom. Hingegen sind die einzelnen Angebote der Fernmeldedienstleister gegenüber den Geschäftskunden weitgehend unbekannt. Zwar können aufgrund der bekannten Vorleistungspreise gewisse Rückschlüsse auf das mögliche Bieterverhalten gezogen werden. Dennoch bleiben die Kalkulationen und damit die Preissetzung sowie der angebotene Mix an Konditionen für die einzelnen Anbindungen für die jeweiligen Wettbewerber oft weitgehend unbekannt.<sup>345</sup>

#### B.4.3.2.6. Stellung der Marktgegenseite

385. Im Privatkundenbereich steht eine atomistische Marktgegenseite ohne jegliche Verhandlungsmacht den einzelnen Fernmeldedienstleistern gegenüber. Die Marktgegenseite kann damit als äusserst schwach qualifiziert werden. Die Stellung der Marktgegenseite reicht im Privatkundenbereich in keinem Fall aus, um eine disziplinierende Wirkung auf allenfalls kollektiv marktbeherrschende Unternehmen auszuüben.<sup>346</sup>

386. Im Geschäftskundenbereich hat die Marktgegenseite eine etwas bessere Verhandlungsposition, da sie verschiedene Angebote von Fernmeldedienstleistern gegeneinander ausspielen kann. Dennoch muss alleine aufgrund der Grössenverhältnisse die Stellung der Marktgegenseite im Geschäftskundenbereich ebenfalls als schwach bezeichnet werden. Dies insbesondere, da viele Fernmeldedienstleister für die Bereitstellung von Fernmeldediensten gegenüber der Marktgegenseite auf Vorleistungsprodukte von Swisscom oder den Elektrizitätsversorgungsunternehmen angewiesen sind. Dies gilt umso mehr, als im Geschäftskundenbereich oft symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden, welche über die Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur, wie diejenige von UPC, nur in sehr begrenztem Umfang bereitgestellt werden können.<sup>347</sup>

#### B.4.3.2.7. Potentielle Konkurrenz

387. In der Meldung wird geltend gemacht, dass die Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten niedrig seien. Zusammen mit dem Wettbewerb auf den vorgelagerten Wholesale Märkten werde auf allen relevanten Märkten bereits ein erheblicher Druck ausgeübt, der eine monopolistische Preisbildung durch (stillschweigendes) kollusives Verhalten sehr unwahrscheinlich mache. Was den Breitbandinternetzugang anbelange, habe das Zusammenschlussvorhaben angesichts der

<sup>338</sup> Vgl. RPW 2020/2, 836, Rz 540 und 544, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>339</sup> Vgl. RPW 2020/2, 835 ff., Rz 538 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>340</sup> Vgl. act. 12, Rz 372.

<sup>341</sup> Vgl. RPW 2020/2, 837 f., Rz 545 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>342</sup> <https://www.comparis.ch/telecom/mobile> sowie <https://www.comparis.ch/telecom/adsl>, zuletzt besucht am 9. Mai 2019.

<sup>343</sup> Vgl. RPW 2020/2, 837, Rz 545, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>344</sup> Vgl. RPW 2020/2, 838, Rz 553, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>345</sup> Vgl. RPW 2020/2, 838, Rz 555, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>346</sup> Vgl. RPW 2020/2, 838, Rz 557, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>347</sup> Vgl. RPW 2020/2, 838, Rz 558, *Sunrise/Liberty Global*.

Tatsache, dass Sunrise über keine eigene Netzinfrastruktur verfüge, keine signifikanten Auswirkungen auf die Wholesale-Märkte. Umgekehrt besitze UPC keine eigene Infrastruktur im Bereich der Mobilfunkdienstleistungen, sondern sei nur als MVNO tätig, so dass die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens vernachlässigbar seien.<sup>348</sup>

388. Obwohl Sunrise bis anhin über keine eigene Festnetzinfrastruktur verfügt, war sie doch in der Lage, sich über die Jahre hinweg zu einer namhaften Konkurrentin in Bereich Breitbandinternet zu entwickeln (vgl. Rz 360 ff.). Insofern fällt durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einerseits ein Konkurrent auf dem Endkundenmarkt weg und andererseits ein Nachfrager auf der Wholesale-Ebene.<sup>349</sup>

389. Zum jetzigen Zeitpunkt ist nicht davon auszugehen, dass mit der fünften Generation der Mobilfunknetzübertragungen eine alternative Infrastruktur zur Verfügung steht, um flächendeckend Breitbandinternetangebote als Ersatz für eine grössere Anzahl von Nutzern leitungsgebundener Breitbandinternetzugänge zu lancieren (vgl. Rz 110 ff.).

390. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ein weiterer Infrastrukturanbieter neben Swisscom, den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den Kabelnetzbetreibern in den Markt eintreten wird.<sup>350</sup>

391. Als weitere potenzielle Wettbewerber kommen Fernmeldedienstleister ohne eigenes Netz in Frage. Solche sind bereits in den letzten Jahren mit dem Aufkommen der Glasfasernetzwerkinfrastruktur der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Markt eingetreten. Da Kooperationspartner von Swisscom in der Regel nicht auf den Endkundenmärkten tätig sind, haben diese grundsätzlich ein Interesse Vorleistungsprodukte so anzubieten, dass die Nachfrager nach Vorleistungsprodukten auf dem Endkundenmarkt Marktanteile hinzugewinnen können. Hierdurch kann Wettbewerbsdruck auf eine mögliche kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom entstehen. Dennoch sind ihre Möglichkeiten Wettbewerbsdruck auf die etablierten Fernmeldedienstleister auszuüben relativ gering. Insbesondere haben sie es in den letzten Jahren nicht vermocht, signifikant an Marktanteilen zu gewinnen, so dass keiner dieser alternativen Fernmeldedienstleister einen Marktanteil von über einem Prozent erreichen konnte.<sup>351</sup> Ausserhalb der FTTH-Regionen haben potenzielle Wettbewerber lediglich die Möglichkeit, über den Bezug von Vorleistungsprodukten bei Swisscom in den Endkundenmarkt für Breitbandinternet einzutreten. Diese Abhängigkeit von Swisscom macht es für potenzielle Wettbewerber schwierig, auf die anderen Wettbewerber substanziellen Wettbewerbsdruck zu erzeugen.<sup>352</sup>

392. Es ist derzeit auch nicht damit zu rechnen, dass sich eine weitere Glasfaserkooperation, analog der geplanten zwischen Sunrise und Salt bilden wird. Dennoch zeigt dieses Beispiel, dass unter bestimmten Umständen selbst der Eintritt eines neuen Infrastrukturwettbewerbers in den Markt möglich zu sein scheint.

393. Insgesamt muss aber davon ausgegangen werden, dass zumindest im Bereich Breitbandinternet und lineares

Fernsehen keine ausreichende potenzielle Konkurrenz ersichtlich ist, welche dahingehend eine disziplinierende Wirkung entfalten könnte, dass eine allfällige durch das Zusammenschlussvorhaben entstehende kollektive Marktbeherrschung diszipliniert würde.<sup>353</sup>

#### **B.4.3.2.8. Zwischenergebnis der kollektiven Marktbeherrschung**

394. Die einzelnen Prüfungspunkte zeigen, dass die gemeinsamen Marktanteile zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom sehr hoch sind. Insbesondere in den Märkten für Breitbandinternet, Festnetztelefonie und den TV-Märkten erreichen die Zusammenschlussparteien zusammen mit Swisscom Marktanteile von über [70-80] % bis über [90-100] %. Damit steigt auch der Konzentrationsgrad in den jeweiligen Märkten sehr stark an (vgl. Rz 360 ff.).

395. Durch den Zusammenschluss werden die Zusammenschlussparteien und Swisscom in verschiedener Hinsicht zudem bedeutend symmetrischer. Während vor dem Zusammenschluss lediglich Swisscom Quadruple-Play-Angebote auf der eigenen Netzwerkinfrastruktur anbieten kann, können dies nach dem Zusammenschluss auch die Zusammenschlussparteien tun. Zudem könnte die Einigung von Swisscom und UPC, sich ihre exklusiven Sportinhalte gegenseitig zugänglich zu machen, grundsätzlich dahingehend gedeutet werden, dass dadurch die Symmetrie zwischen dem Zusammenschlussunternehmen und Swisscom erhöht wird (vgl. Rz. 341 ff. und Rz 369).

396. Die Erhöhung der Symmetrie führt grundsätzlich dazu, dass die Zusammenschlussparteien ihre bisherigen Schwächen gegenüber Swisscom nicht mit günstigeren Angeboten in den Bereichen, in denen Stärken bestehen, ausgleichen müssen (vgl. Rz 369 ff.).

397. Im früheren Zusammenschlussvorhaben hatte Sunrise öffentlich angekündigt und auch gegenüber der WEKO bekräftigt, auch mit der Übernahme von UPC künftig auf eine Wachstumsstrategie zu setzen und Preissenkungen durchzuführen. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wurde weder gegenüber der Öffentlichkeit noch gegenüber der WEKO eine solche explizite Zusicherung abgegeben. In der vorliegenden Meldung ist zwar ebenfalls von einer Wachstumsstrategie die Rede, doch wird gleichzeitig auch von einer «Kombination der Stärken und strategischen Schwerpunkte» gesprochen. Aufgrund dessen und aufgrund der bisherigen Renditestrategie von UPC erscheint es insgesamt fraglich, auf welche Geschäftsstrategie das Zusammenschlussunternehmen in den verschiedenen Märkten letztlich setzen wird. Je nach dem könnte dies

<sup>348</sup> Vgl. act. 12, Rz 376.

<sup>349</sup> Vgl. dazu ausführlich RPW 2020/2, 821 ff., Rz 431 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>350</sup> Vgl. RPW 2020/2, 839, Rz 560, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>351</sup> Vgl. RPW 2020/2, 839, Rz 562, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>352</sup> Vgl. RPW 2020/2, 839, Rz 565, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>353</sup> Vgl. ausführlich in RPW 2020/2, 839 ff., Rz 559 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

zu einer weiteren Erhöhung der Interessenssymmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom führen (vgl. Rz 346 ff. und Rz 373). In der Vergangenheit hat sich jedenfalls die von Sunrise eingeschlagene Wachstumsstrategie im Bereich Breitbandinternet gegenüber Privatkunden als erfolgreich erwiesen und die von UPC verfolgte Renditestrategie hat bei ihr zu einem starken Kundenrückgang geführt. Vor diesem Hintergrund ist ein koordiniertes Verhalten zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom zumindest unsicher. Von einer kollektiven Marktbeherrschung kann allerdings nur dann ausgegangen werden, wenn die Interessen gleichgerichtet sind und zwischen den Beteiligten ein gemeinsames Verständnis besteht, dass es für beide lohnenswerter ist, sich gegenseitig keinen Wettbewerb zu liefern. Insbesondere der Erfolg von Sunrise mit der von ihr in der Vergangenheit verfolgten Wachstumsstrategie lässt ein koordiniertes Verhalten der Zusammenschlussparteien und Swisscom weniger wahrscheinlich erscheinen. Eine von den Zusammenschlussparteien verfolgte Wachstumsstrategie wäre für ein koordiniertes Verhalten zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom hinderlich.

398. Insgesamt ist in den Telekommunikationsmärkten insbesondere im Privatkundenbereich die Markttransparenz sehr hoch und es ist davon auszugehen, dass sämtliche Angebotsänderungen von den anderen Marktteilnehmern zeitnah beobachtet werden können und darauf reagiert werden kann (vgl. Rz 381 ff.). Das Marktwachstum ist inzwischen begrenzt und es handelt sich um weitgehend gesättigte Märkte, was die Anzahl Kunden anbelangt. Es sind auch keine Innovationen zu erwarten, welche geeignet sind, die Marktverhältnisse gravierend zu verändern. Vielmehr sind die zu erwartenden Änderungen der Marktverhältnisse gradueller Natur, so dass sich die einzelnen Fernmeldedienstanbieter anpassen können. Daher ist nicht zu erwarten, dass grössere Wettbewerbsvorteile durch technologische Entwicklungen nur durch einzelne Fernmeldedienstanbieter realisiert werden können und es so zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen wird (vgl. Rz 379 ff.). Auch die Stellung der Marktgegenseite ist im Privatkundenbereich als schwach anzusehen und es ist nicht damit zu rechnen, dass weitere Netzbetreiber in den Markt einsteigen, weshalb weder von der Marktgegenseite noch von potenziellen Wettbewerbern eine disziplinierende Wirkung ausgehen wird (vgl. Rz. 385 ff.).

399. Insgesamt ergibt sich daraus, dass das Zusammenschlussvorhaben grundsätzlich das Potenzial hätte, den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet, auf den Festnetztelefoniemärkten und den Plattformmärkten für lineares Digital-TV zu schwächen.<sup>354</sup>

400. Im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben fehlt vorliegend zudem die ausdrückliche Zusicherung und öffentliche Festlegung der Zusammenschlussparteien, durch die Wahl einer Wachstumsstrategie künftig Preissenkungen durchzuführen. In der vorliegenden Meldung ist aber von einer Wachstumsstrategie die Rede. Eine solche hat sich in der Vergangenheit für Sunrise auch als erfolgreich herausgestellt. Die von UPC in der Vergangenheit verfolgte Renditestrategie hat hingegen zu kontinuierlichen und spürbaren Kundenver-

lusten geführt. Auch wenn die zukünftige Strategiewahl noch nicht festgelegt ist, scheint vor dem Hintergrund der erfolgreichen Marktstrategie von Sunrise dennoch ein kollusives Verhalten zwischen Swisscom und den Zusammenschlussparteien weniger wahrscheinlich.

401. Insgesamt kann somit das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Dennoch ist für ein koordiniertes Verhalten zumindest zwischen den an einem möglichen Oligopol beteiligten Unternehmen ein implizites Verständnis über die zu verfolgende Marktstrategie notwendig. Sunrise hat in der Vergangenheit eine Wachstumsstrategie erfolgreich umgesetzt. Eine solche Wachstumsstrategie ist aber gerade mit einem koordinierten Verhalten nicht vereinbar. Solange diese Unsicherheiten bestehen bleibt und die Zusammenschlussparteien in der Zukunft auf eine Wachstumsstrategie setzen, ist eine Koordination zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom nicht zu erwarten.

402. Die vor rund einem Jahr von der WEKO durchgeführte Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG des Zusammenschlussvorhabens Sunrise/Liberty Global ergab, dass die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Zusammenschlussparteien und Swisscom unwahrscheinlich sei<sup>355</sup> und somit die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 KG für ein Verbot des Zusammenschlussvorhabens oder die Zulassung nur unter Auflagen oder Bedingungen, nicht gegeben waren.<sup>356</sup> Da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nur unwesentlich vom früheren Zusammenschlussvorhaben abweicht und das Ergebnis der Prüfung des früheren Zusammenschlussvorhabens nicht zu verändern vermag (vgl. Rz 320 ff.), besteht vorliegend kein zwingender Grund von dieser Einschätzung abzuweichen. Daher rechtfertigt es sich auch aus verfahrensökonomischen Gründen nicht, eine sowohl für die beteiligten Unternehmen als auch für die Behörden sehr aufwändige vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchzuführen. Aus diesem Grund kann – unabhängig davon, ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen – aufgrund dieser speziellen Ausgangslage auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden.<sup>357</sup>

#### B.4.4 Ergebnis

403. Hinsichtlich einer Einzelmarktbeherrschung auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC und auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV ist festzuhalten, dass aufgrund der bereits vor dem Vollzug

<sup>354</sup> Vgl. auch RPW 2020/2, 841, Rz 578, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>355</sup> Vgl. auch RPW 2020/2, 841, Rz 578, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>356</sup> Vgl. RPW 2020/2, 842, Rz 595, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>357</sup> Vgl. RPW 2016/1 283 f., Rz 166 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

des Zusammenschlussvorhabens bestehenden allfälligen Marktbeherrschung und aufgrund der geringen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses in diesen Bereichen, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, zu verneinen ist (vgl. Rz 299).

404. In Bezug auf die Beurteilung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung auf den Märkten für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, auf den Märkten für Festnetztelefonie und auf den Plattformmärkten für die Übertragung von linearem TV fehlt es vorliegend – im Gegensatz zum früheren Zusammenschlussvorhaben – an der ausdrücklichen Ankündigung von Liberty Global, künftig Preissenkungen durchsetzen zu wollen. Dies könnte – im Vergleich zum früheren Zusammenschlussvorhaben – eher auf eine Renditestrategie und damit auf eine Erhöhung der Interessenssymmetrie zwischen dem Zusammenschlussunternehmen und Swisscom hindeuten. Dennoch spricht der Erfolg, den Sunrise in der Vergangenheit mit dem strikten Verfolgen einer Wachstumsstrategie hatte, dafür, dieses Erfolgsrezept weiterzuführen. Es wird abzuwarten sein, für welche Strategie sich das zusammengeschlossene Unternehmen entscheiden wird und ob die vorliegend in der Meldung gewählte Formulierung der «aggressiven Wachstumsstrategie» lediglich für die Zwecke der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens vorgebracht wurde. Unab-

hängig davon ist aber darauf hinzuweisen, dass auch im Rahmen des gescheiterten Übernahmeversuchs von UPC durch Sunrise keine absolute Sicherheit bestand, dass die Zusammenschlussparteien eine konsequente Wachstumsstrategie verfolgen würden, da ein Strategiewechsel von einem Unternehmen jederzeit vollzogen werden kann. Dennoch ist die WEKO auch im Zusammenschlussvorhaben 41-0892 Sunrise/Liberty Global zum Schluss gekommen, dass keine kollektiv marktbeherrschende Stellung droht, durch die wirksamer Wettbewerb hätte beseitigt werden können.

405. Insgesamt ist festzuhalten, dass für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine zwingenden Gründe bestehen, welche eine abweichende Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens vom Zusammenschlussvorhaben 41-0892: Sunrise/Liberty Global rechtfertigen würden. Die bestehenden Differenzen wie die aktuellen Marktdaten, die vertauschten Rollen von Käufer, Verkäufer und Kaufobjekt sowie die geplante Glasfaser Kooperation zwischen Sunrise und Salt sind im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit, die Kontinuität und der willkürfreien Beurteilung des Sachverhalts nicht ausreichend, um eine diametral andere Beurteilung des nahezu identischen Sachverhalts durch dieselbe Behörde zu rechtfertigen.

406. Aufgrund der obenstehenden Analyse ist auf die Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG zu verzichten.

B 2.3

**3. Aventinus/Heidi Media**

*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 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Mai 2021*

**A Sachverhalt**

1. Am 16. April 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtige die Fondation Aventinus (nachfolgend: Aventinus) die Heidi Media SA (nachfolgend: Heidi Media) zu übernehmen. Aventinus werde gemäss Meldung über die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) mittels Aktienkaufvertrag insgesamt 79 % der Aktien der Heidi Media übernehmen. Nach dem Vollzug werde Aventinus via Le Temps die Heidi Media kontrollieren.

**A.1 Beteiligte Unternehmen****A.1.1 Fondation Aventinus (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)**

2. Gemäss Meldung bestehe unter dem Namen Fondation Aventinus eine Stiftung nach Schweizerischem Recht mit Sitz im Kanton Genf. Aventinus sei im Oktober 2019 gegründet worden. Sie werde von anderen Stiftungen wie der Fondation Leenaards, der Fondation Hans Wildorf und der Stiftung Jan Michalski pour l'écriture et la littérature sowie von privaten Geldgebern alimentiert. Aventinus agiere eigenständig und es bestünden keine personellen Verflechtungen zu anderen Stiftungen oder Unternehmen, welche eine (Mit-)Kontrolle dieser Stiftungen oder Unternehmen über Aventinus begründen würden. Aventinus lege grossen Wert auf Unabhängigkeit und sei auch finanziell nicht abhängig von einer bestimmten Stiftung, sondern finanziere sich sowohl von privaten Gönnern als auch von Stiftungen.

3. Bei Aventinus handle es sich um die «Konzernmuttergesellschaft». Aktuell halte Aventinus bereits eine Minderheitsbeteiligung von 5,81 % ohne Kontrollmöglichkeit an der Heidi Media. Aventinus halte eine Mehrheitsbeteiligung an Le Temps. Le Temps sei aktuell die einzige Gesellschaft, an welcher Aventinus eine kontrollierende Beteiligung halte.

4. Gemäss dem Entwurf des Aktienkaufvertrages werde Le Temps als Erwerberin der Aktien der Heidi Media auftreten.

5. Zu den Geschäftstätigkeiten von Aventinus gibt die Meldung an, sie sei eine gemeinnützige Stiftung, die hauptsächlich in der Westschweiz, insbesondere in der Region Genf aktiv sei. Ziel sei es, diversifizierte und

qualitativ hochwertige Presseerzeugnisse und Medien zu unterstützen und zu fördern. Aventinus verfolge keine Geschäftstätigkeit im kartellrechtlichen Sinne. Ihre Tätigkeit beschränke sich darauf, Förderungsgesuche zu prüfen und Medienunternehmen finanziell zu unterstützen. Die Zuwendungen von Aventinus erfolgten grundsätzlich ohne Gegenleistung.

6. Vor diesem Hintergrund sei auch der Erwerb von rund 92 % der Aktien an Le Temps durch Aventinus zu sehen. Wie mit Schreiben an das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) dargelegt, würde es sich (zumindest zu jenem Zeitpunkt, als die Beteiligung an Le Temps noch nicht erworben gewesen sei) mangels Unternehmenseigenschaft von Aventinus nicht um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gehandelt haben, weshalb keine Meldepflicht bestanden habe.

7. Aventinus nähme keinen Einfluss auf die kommerziellen und strategischen Entscheidungen von Le Temps und stelle auch keinen Verwaltungsrat.

8. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen würden gemäss Meldung Zweifel aufkommen können, ob es sich bei Aventinus tatsächlich um ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handle. Die Frage könne aber letztlich offengelassen werden. Würde Aventinus nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts angesehen, wäre Le Temps das meldende Unternehmen im zusammenschlusskontrollrechtlichen Sinne. In beiden Fällen sei somit von einer Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens auszugehen. Vorliegend müsse aufgrund der weiten Auslegung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs durch die Rechtsprechung<sup>1</sup> der vorsichtige Standpunkt eingenommen werden, dass Aventinus als Mehrheitsaktionärin von Le Temps die Möglichkeit habe, Einfluss auf Le Temps auszuüben (auch wenn dies seitens Aventinus in keiner Hinsicht beabsichtigt sei und ihren Prinzipien widerspreche). Daher werde für die vorliegende Meldung im Sinne einer Arbeitshypothese Aventinus Unternehmenseigenschaft im Sinne des Kartellrechts unterstellt. Meldendes Unternehmen sei demnach Aventinus (inkl. Le Temps SA).

9. Gemäss Meldung sei Le Temps eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf. Sie sei in der Redaktion, Publikation und Verbreitung von Informationen über verschiedene Medien, insbesondere über die Herausgabe der schweizerischen Tageszeitung «Le Temps» tätig. Die Tageszeitung erscheine jeweils von Montag bis Samstag. Le Temps betreibe auch die Webseite letemps.ch. Auf ihrer Webseite berichte Le Temps über das aktuelle Tagesgeschehen, daneben betreibe sie auch Blogs und produziere kurze Videos. Weiter seien Karikaturen und Multimedia-Beiträge abrufbar.

<sup>1</sup> Vgl. BVGer, B-3332/2012 vom 30.11.2015. E. 2.1.1, *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*.

### A.1.2 Heidi Media SA (kontrolliertes Unternehmen)

10. Gemäss Meldung sei Heidi Media eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf. Heidi Media sei im Jahr 2017 gegründet worden und verfüge über keine Tochtergesellschaften.

11. Zu den Geschäftstätigkeiten führt die Meldung aus, Heidi Media betreibe seit dem Jahr 2019 die Webseite Heidi News (www.heidi.news). Ausserdem publiziere sie vier Mal pro Jahr eine Print-Ausgabe. Heidi Media kenne auf ihrer Website zwei verschiedene Formate «Les Flux» und «Les Explorations». Einerseits würden thematische Newsfeeds angeboten («Les Flux»). Diese umfassten derzeit die Bereiche Gesundheit, Wissenschaft, Klima, Wirtschaft, Innovation, Kultur und Bildung. Leser könnten gratis wöchentliche Newsletters zu diesen Bereichen abonnieren («Les Newsletters»). Das Angebot «Les Newsletters» sei somit Teil von «Les Flux». Andererseits behandle Heidi News Themen vertieft mit grossen Multimedia-Reportagen, aufgeteilt in mehrere Episoden («Les Explorations»). Den Lesern sollten mit Heidi News präzise, verifizierte Hintergrundinformationen geliefert werden.

12. Bei Heidi Media handle es sich um ein vollständig von seinen Lesern und Leserinnen finanziertes und somit werbefreies Medium. Heidi Media biete verschiedene kostenpflichtige Abonnements sowie die erwähnten vier Mal jährlich erscheinenden Print-Ausgaben der «Les Explorations» an.

### A.2 Veräussernde Personen

13. Heidi Media SA sei im Oktober 2017 gegründet worden. Die zu verkaufenden Aktien von Heidi Media würden von den folgenden [...] natürlichen Personen gehalten: [...].

14. Diese [...] Personen hielten 79 % des Aktienkapitals von Heidi Media. 5,81 % der Aktien würden von Aventinus gehalten.

15. Die restlichen 15% der Aktien würden von den folgenden Personen gehalten: [...].

16. Bei den Personen, die die Aktien verkauften, handle es sich um natürliche Personen, welche gemeinsam 79 % der Aktien des zu übernehmenden Unternehmens hielten. Verschiedene Aktionäre arbeiteten zugleich bei Heidi News.

### A.3 Das Zusammenschlussvorhaben

17. Gemäss Meldung sehe der Transaktionsvertrag die Übertragung von 79 % der Aktien an der Heidi Media SA von den Verkäufern auf die Le Temps SA vor. Der Entwurf des Aktienkaufvertrags stehe unter dem Vorbehalt, dass die WEKO die Transaktion genehmige. Die Transaktion stelle einen klassischen Kontrollerwerb durch Aktienübertragung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

### A.4 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

18. Die Ertragslage in der Schweizer Medienbranche sei allgemein sehr angespannt. Corona habe die Situation zusätzlich verschlechtert. [...] Die Verkäuferschaft wolle mit dem Verkauf ihrer Beteiligung an Aventinus sicherstellen, dass Heidi News weitergeführt werden könne.

Aventinus wolle ihrem Zweck folgend Westschweizer Qualitätsmedien unterstützen und einen qualitativ hochwertigen Journalismus fördern. Aus diesem Grund möchte Aventinus bzw. Le Temps Heidi Media übernehmen und finanziell absichern. Das Stiftungsmodell habe sich bereits bei Qualitäts-Tagezeitungen in Frankreich («Libération») und Grossbritannien («the Guardian») bewährt. [...]

### A.5 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

19. Seitens der Verkäufer werde das Ziel verfolgt, das wirtschaftliche Überleben von Heidi News sicherzustellen. Mit der Übernahme solle gemäss den Verkäufern sichergestellt werden, dass die aktuell vorhandene journalistische Unabhängigkeit von Heidi Media weiterhin bestehen bleibe. Aventinus würde nämlich sowohl die wirtschaftliche Nachhaltigkeit von Heidi Media, als auch deren Unabhängigkeit in Bezug auf redaktionelle Beiträge garantieren. Aus Sicht von Aventinus bzw. Le Temps bereichere die Übernahme von Heidi Media das Angebot von Le Temps. Die beiden Medien seien komplementär. So solle Le Temps in Zukunft weiterhin den Massstab für eine qualitativ hohe Berichterstattung zu diversen Themen legen. Heidi News hingegen solle seinen journalistischen Stil und die damit verbundene Flexibilität auch zukünftig beibehalten und sich der Herausforderung stellen, auch in der Zukunft eine eigene Identität zu bewahren. Die Übernahme von Heidi Media solle die Innovation und die Unabhängigkeit im Journalismus in der Romandie fördern. Heidi Media bringe mit ihren Produkten «Flux» und «Explorations» ein neues Angebot auf den Markt. Dieses Angebot von Heidi Media als digital innovatives Medium ergänze jenes von Le Temps. [...] aber auch im Bereich der Marketingaktivitäten, technologischer Werkzeuge und Investitionen.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

21. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.

22. Hierzu hält die Meldung, wie bereits ausgeführt, fest, dass aufgrund der Ausführungen zu Aventinus und ihren Geschäftstätigkeiten (vgl. Rz 2 ff.) Zweifel aufkommen würden, ob es sich bei Aventinus tatsächlich um ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handle (vgl. Rz 8). Die Meldung unterstellt für die vorliegende Mel-

dung im Sinne einer Arbeitshypothese Aventinus Unternehmenseigenschaft im Sinne des Kartellrechts. Gehe man von der Annahme aus, dass es sich bei Aventinus um ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechtes handle, so sei aufgrund der Rechtsprechung im Fall Publigroupe und der Praxis der WEKO<sup>2</sup> Aventinus zusammen mit Le Temps als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

23. Zu diesen Ausführungen in der Meldung ist Folgendes festzuhalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern das Leitungsprinzip, das heisst die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, jedenfalls für eine kartellrechtliche Beurteilung, keine notwendige Voraussetzung dar. Vielmehr ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.<sup>3</sup>

24. Mit der Mehrheitsbeteiligung von 92 % an Le Temps geht gemäss Meldung eine Kontrolle von Aventinus über Le Temps einher (vgl. Rz 3 und 6). Jedenfalls besteht aufgrund der Angaben in der Meldung für Aventinus die blosse Möglichkeit zur Kontrolle über Le Temps. Bei Le Temps handelt es sich gemäss Meldung um ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien (vgl. Rz 9). Somit tritt Le Temps in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Analog zur Unternehmensqualifikation bei Konzernen ist deshalb Aventinus zusammen mit Le Temps (nachfolgend: Aventinus-Gruppe) als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

25. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist Heidi Media ebenfalls als ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien zu bezeichnen (vgl. Rz 11). Somit tritt auch Heidi Media in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Deshalb ist Heidi Media als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

26. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

27. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>4</sup>

28. Gemäss Meldung beabsichtigt die Aventinus-Gruppe das Unternehmen Heidi Media zu erwerben. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

29. 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

30. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

31. Aufgrund der Angaben der Meldung scheinen vorliegend die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht.

32. Allerdings liege gemäss Meldung aufgrund einer Marktbeherrschungsfeststellung eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG vor. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 habe die WEKO in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA auf dem «marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande» (Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>5</sup> Eine Meldepflicht bestehe demnach, wenn der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart sei (Art. 9 Abs. 4 KG).

33. Heidi Media sei u. a. auf dem Markt für News tätig. Dabei handle es sich um das Online-Angebot von Medienanbietern, welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufwiesen.<sup>6</sup> Le Temps betreibe ebenfalls eine News-Site. Nach der Praxis der WEKO gelte ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasse, die mit den Gütern des betroffenen Markts bis zu einem gewissen Grad substituierbar seien und deren Nachfrage parallel verlaufe. Gemäss der Praxis der WEKO sei der Markt für Nutzer von News-Sites ein gegenüber dem Markt für überregionale «analytische» Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz benachbarter Markt.<sup>7</sup> Damit bestehe eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

<sup>2</sup> Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe SA/WEKO*, bestätigt durch das Urteil BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, 114 ff., *Publigroupe SA/WEKO*. Vgl. auch Fn 14 des Merkblatts und Formulars «Meldung eines Zusammenschlussvorhabens» vom 8. September 2014.

<sup>3</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*.

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, *SBB Cargo*; RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 1998/1, 59 f. Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2019/2, 541 ff. Rz 19, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2019/2, 541 ff. Rz 15, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*.



34. Hierzu ist zu ergänzen, dass zur Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bzw. der Frage, ob dazu Märkte unmittelbar benachbart oder vor- oder nachgelagert sein müssen, ein Verfahren vor Bundesgericht hängig ist.<sup>8</sup> Im vor Bundesgericht angefochtenen Urteil gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Unmittelbarkeit benachbarter oder vor- oder nachgelagerter Märkte nicht Voraussetzung für eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG darstelle. Vielmehr richte sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nach der Frage, ob zwischen dem beherrschten Markt und dem vom Zusammenschlussvorhaben fraglichen Markt (somit auch den von einem Zusammenschlussvorhaben fraglichen Märkten) keine Wettbewerbseffekte entstehen würden. Vor dem Hintergrund dieses derzeitigen Standes der Rechtsprechung drängt sich ein Abweichen von der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf.<sup>9</sup>

35. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

36. 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).

37. 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.

38. Die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben erfolgt grundsätzlich auch für Bereiche, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind. Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte dort der Zusammenschluss durch den Wegfall potenzieller Konkurrenz gleichwohl einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft die WEKO je nachdem auch Bereiche, in denen keine Überlappungen in den Tätigkeiten der Beteiligten bestehen und keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.<sup>10</sup>

##### B.4.1 Relevante Märkte

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).

40. 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).

41. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Markt-abgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Markt-abgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Markt-abgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Markt-abgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.<sup>11</sup> Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>12</sup>

42. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich unter anderen zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzer von News-Sites, Hörmärkten, Zuschauermärkten, Werbemärkten (Unterscheidung Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten.<sup>13</sup>

43. Aufgrund der Angaben der Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stehen die folgenden relevanten Märkte im Vordergrund:

- Sprachregionale und WEMF-regionale Märkte für Nutzer von News-Sites (zusätzlich zu diesen räumlichen Abgrenzungen hat die WEKO ausgehend von der Tätigkeit der jeweils beteiligten Unternehmen die Märkte für News-Sites auch schon enger nach Stammgebiet einer Zeitung abgegrenzt<sup>14</sup>),<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6. Oktober 2020, *TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO* (mit dem Hinweis: «Entscheid angefochten beim BGer»).

<sup>9</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6. Oktober 2020, E. 2.46 f., *TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO*.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 68, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 68, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*; RPW 2015/3, 442 Rz 98, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2016/1, 268 Rz 68, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2017/4, 583 Rz 46, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

<sup>12</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2018/4, 874 Rz 69, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 26, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1, 117 Rz 53 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 254 Rz 73, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 606 f. Rz 29 ff., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2014/4, 711 Rz 45, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/1, 287 f. Rz 9, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*; RPW 2012/1 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 259 Rz 100 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 68, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 876 Rz 95, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 711 Rz 44, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 525 Rz 82, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2012/1, 118 Rz 56, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 609 Rz 54, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; sowie RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 16, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*.

- Lesermarkt für «Illustrierte, allgemeine Themen» in der französischen Schweiz (sprachregional). In der Meldung wird hier ein Markt für Zeitschriften zu Alltags- und Gesellschaftsthemen geltend gemacht. Allerdings gibt die Meldung in dieser Hinsicht die Praxis der WEKO unvollständig wieder. Nach Praxis der WEKO sind die Lesermärkte im Bereich der Märkte für Zeitschriften gemäss WEMF-Typologie (Special-Interest-Titel) einzuordnen. Hier ist daher der Lesermarkt für «Illustrierte, allgemeine Themen» gemäss WEMF-Typologie 2121 relevant. Bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt die Meldung indes auch Titel aus der Typologie 2123 «Grossverteiler» («Coopération» und «Migros Magazine») sowie 2131 «News- und Themenpresse» («Sept Mook»). Dazu ist festzuhalten, dass der Titel «Sept mook» aus der WEMF-Typologie 2130 bzw. 2131 der WEMF-Typologie 2120 bzw. 2121 nicht zugerechnet werden kann. Wie es sich bei der WEMF-Typologie 2120 mit einer weiteren Unterteilung verhält, kann offenbleiben, da selbst bei der Marktabgrenzung nur nach WEMF-Typologie 2121 kein betroffener Markt vorliegt.
- Markt für Presseabonnementsgeschäfte in der französischen Schweiz (sprachregional):<sup>16</sup> Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die Marktabgrenzung im Bereich Presseabonnementsgeschäfte und damit die Frage, ob der Markt weiter in einen Markt für eigene Abonnementsgeschäfte und einen Markt für Abonnementsdienstleistungen für Verlage zu unterteilen ist, offengelassen werden. Die Parteien haben in der Meldung plausibel dargelegt, dass das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der genauen Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt.<sup>17</sup>

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

##### B.4.2.1 Vorbemerkungen

44. 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 von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

45. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die bisherige schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.<sup>18</sup> Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>19</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % sogar von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.<sup>20</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und

mehr zumindest Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung.

46. In einem solchen Fall ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung daher grundsätzlich nur noch zu untersuchen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird. Ob sich die Anhaltspunkte erhärten lassen und tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, ist Gegenstand einer Prüfung gemäss Art. 33 KG.

47. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten («two-sided markets» oder «multi-sided business») aufgrund der Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.<sup>21</sup> Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.

48. Da insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertragsmöglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem über elektronische Medien realisierten Volumen (z. B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, spielen für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle. Daher sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) in den einzelnen Märkten zu berücksichtigen. Dies bedeutet beispielsweise bei Rubrikanzeigen, dass neben den Nutzerzahlen, der Anzahl Inserate auch der mit Inseraten und/oder Nutzern erzielte Umsatz zur Berechnung der Marktanteile heranzuziehen ist.<sup>22</sup>

49. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann.<sup>23</sup> Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2016/3, 785 Rz 51 ff. und 786 Rz 64 ff., *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2016/3, 785 Rz 51 ff., *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. Neven, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 128, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 587 Rz 68, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3 485 Rz 117, *Tamedia/Ricardo.ch*.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>24</sup> Vgl. Stellungnahme WEKO vom 27.5.2019, Rz 412, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

50. Es ist auch möglich, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf ein Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden kann.<sup>25</sup> Selbst wenn also ein kontrollierendes Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierendes Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem fraglichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.<sup>26</sup>

51. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender

Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesehnen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>27</sup> In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>28</sup>

#### B.4.2.2 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

52. Tabelle 1 enthält die Marktanteile der Aventinus-Gruppe und von Heidi Media zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gemäss Angaben der Meldung erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»).

Tabelle 1: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2020

Relevanter Markt	Aventinus-Gruppe	Heidi Media	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffener Markt
Markt für Nutzer von News-Sites in der französischen Schweiz (sprachregional)	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	nein
Markt für Nutzer von News-Sites im WEMF-Gebiet Genf (WEMF-regional)	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	nein
Markt für Nutzer von News-Sites im WEMF-Gebiet Vaud (WEMF-regional)	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	nein
Lesermarkt für «Illustrierte, allgemeine Themen» in der französischen Schweiz (sprachregional) (vgl. Rz 53)	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	nein
Markt für Presseabonnementsgeschäfte in der französischen Schweiz (sprachregional)	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%	nein

53. Bei den Marktanteilen für den Lesermarkt im Bereich der Zeitschriften in der französischen Schweiz wird in der Meldung, wie bereits erwähnt (vgl. Rz 43), für das Gesamtmarktvolumen auf die Jahresauflagen der Titel «Coopération», «L'illustré», «Migros Magazine», «Readers Digest Suisse» und «sept Mook» abgestellt. Diese Betrachtungsweise ist allerdings zu weit und entspricht nicht der Praxis der WEKO. Bei einer praxisgemässen Betrachtungsweise wäre nur auf die Titel «L'illustré» und «Readers Digest Suisse» abzustellen (vgl. vorne Rz 43). Zudem stellt die Meldung für Heidi Media nur auf die Anzahl der verkauften Exemplare ab, während die Meldung für den Gesamtmarkt bei den anderen Titeln auf die Auflagenzahl abstellt. Werden somit nur die Titel «L'illustré» und «Readers Digest Suisse» sowie für Heidi Media die Jahresgesamtauflage von 12 000 (vier Mal 3000 Exemplare) berücksichtigt, ergibt sich ein Gesamtmarktvolumen von 73 800 und damit ein Marktanteil von [10-20] % für Heidi Media.

54. Aus den in Tabelle 1 gemäss Meldung aufgeführten Marktanteilen folgt, dass es sich bei den dargestellten Märkten um keine betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. Für diese Märkte kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausge-

gangen werden. Eine weitergehende Analyse erübrigt sich.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 360 Rz 47, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2018/4, 948 Rz 116, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; EU-Horizontalleitlinien, Rz 72 (Fn 53).

### **B.4.3 Ergebnis**

55. Bei den vorliegend im Vordergrund stehenden Märkten liegen keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Die vorläufige Prüfung ergibt deshalb keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>4. TX Group/Immowelt Schweiz</b>
-------	-------------------------------------

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. April 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. April 2021*

## A Sachverhalt

1. Am 19. März 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX) einen Teil des Schweizer Geschäfts der immowelt AG (Teil Schweizer Geschäft immowelt AG nachfolgend: Immowelt Schweiz) zu erwerben.

### A.1 Beteiligte Unternehmen

#### A.1.1 TX-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)

2. TX sei Muttergesellschaft eines Medienunternehmens (nachfolgend: TX-Gruppe), das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Die TX-Gruppe gliedere sich in die vier Geschäftsbereiche Printmedien, Onlinemedien, Rubriken & Marktplätze und Werbung. Sie gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe digitale Marktplätze und vermarkte Werbung. Sie sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die TX-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz aktiv. Bei TX handelt es sich um die ehemalige Tamedia AG.

3. TX beabsichtige, das Geschäft der Immowelt Schweiz indirekt über die TX Markets AG (vormals Homegate AG, nachfolgend: TX Markets) zu übernehmen. TX Markets sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von TX. Unter ihrem Dach würden diverse Online-Aktivitäten der TX-Gruppe zusammengefasst. Dazu gehörten «Car For You», «jobs.ch», «jobup.ch», «JobCloud», «Ricardo», «tutti.ch» sowie «Immostreet» und «homegate.ch». Die beiden Letztgenannten seien Online-Marktplätze für Immobilien-Rubrikanzeigen. Immobilien-Rubrikanzeigen fänden sich ferner auf «tutti.ch» und in Ausnahmefällen auf «Ricardo».

Tabelle 1: Online-Marktplätze (Marken/Plattformen) von TX Markets<sup>1</sup>

Online-Aktivität (Marke)	Bemerkungen, Plattformen
Homegate	mit homegate.ch, alle-immobilien.ch <sup>2</sup> , anzeiger.ch <sup>3</sup> , home.ch, immo.ch <sup>4</sup> , ImmoStreet.ch (auf allen diesen Immobilien-Plattformen ist die Aufschaltung einer Immobilien-Rubrikanzeige kostenpflichtig)
Ricardo	bietet auch Immobilien-Anzeigen an. ricardo.ch
tutti.ch	bietet auch Immobilien-Anzeigen an.
Car For You	carforyou.ch
jobs.ch	Teil von JobCloud.
jobup.ch	Teil von JobCloud.
JobCloud <sup>5</sup>	mit alpha.ch, financejobs.ch, ictcareer.ch, ingjobs.ch, jobs.ch, jobs4sales.ch, jobscout24.ch, jobsuchmaschine.ch <sup>6</sup> , jobup.ch, jobwinner.ch, medtalents.ch, stellen.ch <sup>7</sup> , topjobs.ch.

#### A.1.2 Unternehmensteil von immowelt AG (kontrolliertes Unternehmen)

4. Immowelt Schweiz betreibe unter der Domain «immowelt.ch» einen Online-Marktplatz für Immobilien primär in der Deutschschweiz. Sowohl private als auch gewerbliche Anbieter könnten auf immowelt.ch Rubrikanzeigen für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien platzieren und suchen. Daneben enthalte die Webseite die branchentypischen Beiträge zum Thema Immobilien.

<sup>1</sup> Vgl. <<https://www.tx.markets/brands#Marketplace>> (22.3.2021).

<sup>2</sup> Die Angaben unter «Kontakt» zeigen, dass die Internetseite zur TX-Gruppe gehört, vgl. <<https://www.alle-immobilien.ch/de/kontakt/>> (22.3.2021).

<sup>3</sup> Die URL anzeiger.ch führt zu alle-immobilien.ch (22.3.2021).

<sup>4</sup> Die URL immo.ch führt zu alle-immobilien.ch (22.3.2021).

<sup>5</sup> Bei JobCloud handelt es sich um ein Joint Venture von TX Markets und der Ringier AG, <<https://www.tx.markets/brands#Marketplace>> (22.3.2021). Vgl. auch <<https://www.jobcloud.ch/c/de-ch/>> (22.3.2021).

<sup>6</sup> Die URL jobsuchmaschine.ch führt zu Jobscout24.ch (25.3.2021).

<sup>7</sup> Die URL stellen.ch führt zu Jobscout24.ch (22.3.2021).

5. immowelt.ch werde von Deutschland aus betrieben und bewirtschaftet. In der Schweiz verfüge Immowelt Schweiz über keine Niederlassung.

6. TX übernehme nicht den Online-Marktplatz an sich, also weder den Domain-Namen noch die Beziehungen zu den Werbekunden auf immowelt.ch (Bannerwerbung, Netzwerkwerbung). Den Umsatz, den die immowelt AG heute in der Schweiz mit Online-Werbung erziele, sei nicht Teil des vorliegend relevanten Unternehmensteils Immowelt Schweiz und nicht Teil der vorliegenden Transaktion. TX beabsichtige die Übernahme der Kundenverträge von Immowelt Schweiz mit Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen.

## A.2 Veräusserndes Unternehmen

### A.2.1 Axel Springer SE

7. Gemäss Meldung sei die immowelt AG Veräusserin von Immowelt Schweiz. Die immowelt AG betreibe einen Online-Marktplatz für Immobilien in Deutschland. In der Schweiz sei das Unternehmen mit dem Online-Immobilien-Marktplatz immowelt.ch tätig.

8. Die immowelt AG sei Teil eines europaweit tätigen Medienkonzerns, deren (mittelbare) Gesellschafterin die Axel Springer SE sei. Zum Medienportfolio von Axel Springer SE zählten etablierte Markenfamilien wie die der BILD- und WELT-Gruppe. Die Angebote der Verlagsgruppe umfassten digitale, Print- und TV-Produkte und richteten sich damit an Internetnutzer, Leser, Zuschauer und Werbekunden. Die Aktivitäten der Axel Springer SE in der Schweiz umfassten die Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen Ringier Axel Springer Schweiz AG, das Herausgeber diverser Print-Titel und Betreiber der damit verbundenen Online-Angebote sei.

9. Weil die immowelt AG nach Angaben der Meldung Teil eines europaweit tätigen Medienkonzerns sei, deren (mittelbare) Gesellschafterin die Axel Springer SE sei, ist für das veräussernde Unternehmen von der Axel Springer-Gruppe auszugehen.

## A.3 Das Zusammenschlussvorhaben

10. TX beabsichtige, die Kundenverträge von Immowelt Schweiz mit Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen zu übernehmen. Übernehmerin der Kundenverträge sei TX Markets. Dabei verpflichte sich die immowelt AG, auf die Übertragung der Verträge zu TX Markets hinzuwirken. Somit hänge es von der Zustimmung jedes einzelnen Kunden ab, ob die Vertragsbeziehung tatsächlich auf TX Markets übergehe. Es sei deshalb offen, wie viele Kunden von Immowelt Schweiz TX Markets werde übernehmen können.

11. [...]

12. [...]

13. Bei der Online-Werbung auf immowelt.ch handle es sich grösstenteils um Netzwerkwerbung (vor allem von Google). Die Online-Werbung sei nicht Teil der Geschäftsübertragung, d. h. TX übernehme keinen Werbebaum. Während der Übergangsfrist von [...] würde sie wie bisher auf immowelt.ch ausgeliefert werden. Danach werde die Website immowelt.ch eingestellt und sie werde dementsprechend auch nicht mehr Teil von Werbe-

netzwerken sein. Die zwischen den Werbekunden und dem entsprechenden Anbieter von Netzwerkwerbung (namentlich Google) bestehenden Werbeverträge würden dadurch aber nicht tangiert. Die Netzwerkwerbung der Werbekunden würde weiterhin auf allen anderen Websites der riesigen Werbenetzwerke ausgeliefert werden.

14. Die Parteien hätten eine entsprechende Vereinbarung zur Übertragung von Kundenverträgen abgeschlossen.

## A.4 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

15. Als Grund für das Zusammenschlussvorhaben gibt die Meldung an, die immowelt AG habe sich entschieden, sich aus dem Geschäft in der Schweiz zurückzuziehen.

16. Die Gründe für diesen Rückzug seien die folgenden: Der Fokus von immowelt AG liege auf dem deutschen Markt, wo die Gesellschaft mit immowelt.de und immonet.de zwei bedeutende Immobilienportale und zusätzlich Special-Interest-Portale wie umzugsauktion.de und bauen.de betreibe. Immowelt Schweiz sei bisher von Deutschland aus mit dem dortigen Personal betrieben worden. immowelt AG sei zur Auffassung gelangt, dass die Entwicklungsperspektiven im deutschen Markt besser seien und diese Ressourcen künftig deshalb effizienter für den weiteren Ausbau der Geschäftstätigkeiten in Deutschland eingesetzt würden. Deshalb und auch angesichts des relativ geringen Umsatzes, den Immowelt Schweiz erziele, habe immowelt AG entschieden, Immowelt Schweiz zu verkaufen.

## A.5 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

17. TX bezwecke mit der Übernahme, ihre Geschäftstätigkeit im Bereich der digitalen Marktplätze auszubauen und damit die Produktpalette der TX-Gruppe abzurunden.

18. Mit dem Verkauf wolle die immowelt AG den Wert ihres Schweizer Geschäfts realisieren.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

19. 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).

#### B.1.1 Unternehmen

20. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als

Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>8</sup>

21. Bei TX handelt es sich um die Muttergesellschaft der TX-Gruppe. Die TX-Gruppe ist gemäss Meldung ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien. Somit tritt die TX-Gruppe in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Die TX-Gruppe ist deshalb als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

22. Die TX-Gruppe werde gemäss Meldung die Kundenverträge von Immowelt Schweiz mit Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen übernehmen (vgl. Rz 10). Diesen Kundenbeziehungen könne ein Umsatz zugeordnet werden, weshalb Immowelt Schweiz als Unternehmensteil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU zu betrachten sei.

23. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann nicht nur ein ganzes Unternehmen, sondern auch ein Teil davon Gegenstand einer Kontrollerlangung sein. Ein solcher Unternehmensteil liegt im Allgemeinen vor, wenn dieser eine gewisse Marktpräsenz (allenfalls auch marktstrategische Bedeutung) hat und ihm ein eigener Umsatz zugerechnet werden kann.<sup>9</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu können neben technischer Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u. Ä. sowie der Übergang verschiedener Verträge wie Miet- oder Arbeitsverträge zählen.<sup>10</sup>

24. Im Fall «Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG»<sup>11</sup> wurden die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert. Im Fall «Swisscom AG/Verizon Switzerland»<sup>12</sup> wurde die Übertragung von Kundenverträgen sowie des vormals für die Betreuung dieser Kunden zuständigen Personals von Verizon und weitere Objekte (gewisse Mobilien und Verträge, «Know-how», Geschäftsbücher und Unterlagen) ebenfalls als Unternehmensteil betrachtet. Beim Zusammenschlussvorhaben «Emmi/Kellenberger» wurde ein Kundenstamm an Detailhändlern zusammen mit den betroffenen Mitarbeitern als Unternehmensteil angesehen.<sup>13</sup> Im Fall «Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA» hat die WEKO eine entgeltliche Übernahme von Abonnenten dreier Lokalzeitungen als Veräusserung von Kunden behandelt, die die Kriterien für einen Kontrollwechsel über einen Unternehmensteil erfüllt.<sup>14</sup>

25. Auch das Europäische Wettbewerbsrecht erfasst bei der Zusammenschlusskontrolle nebst Unternehmen auch bloss Teile von Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit oder das Unternehmensvermögen oder Teile davon. Die Erlangung der Kontrolle über Vermögenswerte kann gemäss EU-Kommission nur dann als Zusammenschluss angesehen werden, wenn diese die Gesamtheit oder einen Teil eines Unternehmens bilden, d. h. einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann. Die Übertragung des Kundenstamms eines Geschäftsbereichs kann diese Kriterien erfüllen, wenn dadurch ein Geschäftsbereich mit Marktumsatz übertragen wird.<sup>15</sup>

26. Im vorliegenden Fall beabsichtigt die TX-Gruppe die Übernahme eines Kundenstamms mit den bestehenden Vertragsverhältnissen gegen eine finanzielle Vergütung. Den übernommenen Vertragsverhältnissen kann eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden und sie stellen offensichtlich einen Vermögenswert dar. Somit kann der in diesem Zusammenschlussvorhaben zu übertragende Kundenstamm mit den bestehenden Vertragsverhältnissen als Unternehmensteil im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden. Es kann daher offenbleiben, ob die bloss Übertragung eines Kundenstamms ohne Vertragsverhältnisse auch bereits als Unternehmensteil zu qualifizieren wäre. Vorliegende Übertragung des Kundenstamms mit den bestehenden Vertragsverhältnissen stellt einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Der zu übernehmende Kundenstamm mit den bestehenden Kundenverträgen stellt als Unternehmensteil «Immowelt Schweiz» ein beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU dar.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

27. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

28. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 2 N 30 ff.; Samuel Jost, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2009/4, 452 Rz 16, *Emmi Interfrasis SA/Kellenberger Frisch Service SA*; JÜRIG BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht I – Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 29; SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, Art. 4 III N 20 ff.

<sup>10</sup> Vgl. RETO JACOBS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, in: IT-Outsourcing, 2003, 271-284, 275.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2001/1, 136 ff., *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG*.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2009/4, 452 f. Rz 16 ff., *Emmi Interfrasis SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2010/2, 235, 3 f., *Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA*.

<sup>15</sup> Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009, Rz 24; EU-KOMM, COMP/M2857 vom 23.12.2002, Rz 7 ff., *ECS/IEH*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, *SBB Cargo*; RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

29. Gemäss Meldung beabsichtigt die TX-Gruppe den Unternehmensteil Immowelt Schweiz zu erwerben. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

30. 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

31. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

32. Vorliegend werden die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG gemäss Meldung nicht erreicht. TX macht geltend, es liege richtigerweise auch keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG vor. TX halte nochmals fest, dass Art. 9 Abs. 4 KG eng auszulegen sei. Dabei könne es – entgegen der Auffassung der WEKO in früheren Entscheidungen – keine Rolle spielen, ob Art. 9 Abs. 4 KG im Zusammenhang mit der Abklärung der Meldepflicht vor Vollzug einer Transaktion oder im Zusammenhang mit einer Sanktion nach Art. 51 KG auszulegen sei. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>17</sup>, welches hierzu eine abweichende Rechtsposition einnehme, sei mittels Beschwerde an das Bundesgericht angefochten und sei damit nicht rechtskräftig. Für den Fall, dass die WEKO die Meldepflicht der vorliegenden Transaktion bejahe, beantrage TX, die vorliegende Eingabe als Meldung entgegenzunehmen.

33. Dem kann nicht beigespflichtet werden. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.<sup>18</sup>

34. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem «marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne» (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>19</sup> Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betrifft, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

35. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel ver-

läuft.<sup>20</sup> Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News an die Leserschaft, sondern bieten auch Insertionsmöglichkeiten für Immobilien-Rubrikanzeigen: Für den Verkauf oder die Vermietung einer Immobilie stünde gemäss Meldung die Insertionsmöglichkeit in einem Print-Titel oder auf einer Online-Plattform zur Verfügung. Natürlicherweise ist es dann bei Print-Titeln die Leserschaft, welche die Rubrikanzeigen liest. Ein Abweichen von der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts drängt sich nicht auf, auch wenn zu dieser Frage derzeit ein Verfahren vor Bundesgericht hängig ist. Der vorliegende Zusammenschluss betrifft insbesondere die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen und die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen. Es ist daher sowohl von einer Benachbarkeit als auch einer Vor- oder Nachgelagertheit (je nach Betrachtungsweise aufgrund der Natur der vorliegenden zweiseitigen Märkte oder Plattformmärkte) der vorliegend relevanten Märkte zu dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne auszugehen. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

36. 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).

37. 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.

38. Zu den relevanten Märkten bemerkt die Meldung, dass relevante Marktanteilsadditionen als Folge dieses Zusammenschlusses – wenn überhaupt – nur in denjenigen Märkten zu erwarten seien, in denen Immowelt Schweiz tätig sei. Entsprechend tangiere die geplante Transaktion ausschliesslich die Werbe- und Nutzermärkte für Immobilien-Rubrikanzeigen.

39. Diese Ansicht der Meldung ist unzutreffend. Grundsätzlich erfolgt die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auch für Bereiche, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind.

<sup>17</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6. Oktober 2020, *TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO*.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2018/4, S. 717, *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*; RPW 2006/4, 622, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>19</sup> Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E.2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2019/1, 180 Rz 28, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.



Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte dort der Zusammenschluss durch den Wegfall potenzieller Konkurrenz gleichwohl einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft die WEKO je nachdem auch Bereiche, in denen keine Überlappungen in den Tätigkeiten der Beteiligten bestehen und keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.<sup>21</sup>

#### B.4.1 Relevante Märkte

40. 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).

41. 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).

42. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.<sup>22</sup> Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>23</sup>

43. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich unter anderen zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzer von News-Sites, Hörermärkten, Zuschauermärkten, Werbemärkten (Unterscheidung Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten.<sup>24</sup>

44. Die WEKO grenzt praxisgemäss eigenständige Märkte für Rubrikanzeigen ab.<sup>25</sup> Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs hat die WEKO unlängst die Frage aufgeworfen, ob an der Zusammenfassung des Print- und Online-Bereichs in einem einheitlichen Markt festgehalten werden kann. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf die Rubrikanzeigemärkte nicht ändert.<sup>26</sup> Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend wird auch im vorliegenden Verfahren darauf verzichtet, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich allerdings weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwick-

lungen im Online-Bereich, die Marktabgrenzung anders vorzunehmen.<sup>27</sup>

45. Die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen unterteilt die WEKO zunächst anhand der Marktgegenseite in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt. Sodann unterteilt die WEKO diese Märkte jeweils nach Inhalt der Rubrikanzeigen weiter. Praxisgemäss unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen.<sup>28</sup>

46. Hinsichtlich der Frage, welche Arten von Rubrikanzeigen im jeweils sachlich relevanten Markt zu berücksichtigen sind, kann auf die Definition eines Marktes zurückgegriffen werden. Ein Markt wird als Ort definiert, auf dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen, um durch eine Transaktionsbeziehung eine für beide Seiten günstigere Allokation der Dienstleistungen und Güter zu erreichen. Fehlt eine der beiden Seiten (Anbieter oder Nachfrager) oder kommt keine Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zustande, liegt kein Markt vor.<sup>29</sup>

47. Basierend auf der Marktdefinition werden Metaportale bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt. Leser/Nutzer fragen als Dienstleistung eine Übersicht über Inserate nach, welche eine Plattform bereitstellt. Hierbei werden dem Nutzer sowohl eigene wie auch übernommene Inserate angezeigt.<sup>30</sup>

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 65, AZ Medien/NZZ.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 68, AZ Medien/NZZ; RPW 2014/4, 762 Rz 33, Tamedia/home.ch; RPW 2015/3, 442 Rz 98, Axel Springer Schweiz/Ringier; RPW 2016/1, 268 Rz 68, Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland; RPW 2017/4, 583 Rz 46, Tamedia/Tradono Switzerland.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2018/4, 874 Rz 69, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 438 Rz 94, Axel Springer Schweiz/Ringier; RPW 2014/4, 709 Rz 26, Ringier/Le Temps; RPW 2012/1, 117 Rz 53 f., Tamedia/Bilan/Tribune des Arts; RPW 2009/3, 254 Rz 73, Tamedia/PPSR; RPW 2007/4, 606 f. Rz 29 ff., Tamedia AG/Espace Media Groupe.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 72, Tamedia/Basler Zeitung; RPW 2018/4, 879 Rz 107, AZ Medien/NZZ; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., Tamedia/Tradono Switzerland; RPW 2014/4, 714 Rz 59, Ringier/Le Temps; RPW 2012/3, 672 Rz 37, Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet; RPW 2012/3, 684 Rz 55, Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO; RPW 2012/1, 118 Rz 57, Tamedia/Bilan/Tribune des Arts; RPW 2009/3, 259 f. Rz 103 ff., Tamedia/PPSR.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2018/4, 879 Rz 107, AZ Medien/NZZ; RPW 2017/4, 583 Rz 47 f., Tamedia/Tradono Switzerland; RPW 2015/3, 482 Rz 111, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2015/3, 517 Rz 99, JobCloud/JobScout24; 2014/4, 761 Rz 41, Tamedia/home.ch; RPW 2013/1, 82 Rz 14, Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup; RPW 2012/3, 673 Rz 42, Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet; RPW 2011/3 411 Rz 6, Tamedia/car4you; RPW 2013/1, 83 Rz 10, Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine; RPW 2012/3, 673 Rz 42, Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet; RPW 2009/3 262 Rz 104, Tamedia/PPSR; vgl. auch RPW 2006/2 382 E 8.3.2, Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 72, Tamedia/Basler Zeitung; RPW 2018/4, 879 Rz 107, AZ Medien/NZZ.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 73, Tamedia/Basler Zeitung; RPW 2018/4, 879 Rz 108, AZ Medien/NZZ; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., Tamedia/Tradono Switzerland; RPW 2014/4, 714 Rz 59, Ringier/Le Temps; RPW 2013/3, 361 Rz 54 ff., 715 Rz 61 und 63, Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you; RPW 2012/3, 684 Rz 56, Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO; RPW 2009/3, 259 Rz 103, Tamedia/PPSR.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 74, Tamedia/Basler Zeitung.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 75, Tamedia/Basler Zeitung; RPW 2009/4, 396 Rz 165, Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia; RPW 2009/3, 260 Rz 108 ff., Tamedia/PPSR.

48. Inserentenseitig gehören Metaportale bzw. gespider-  
te<sup>31</sup> Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da  
in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den die  
Rubrikanzeige Ausschreibenden geschaltet werden.  
Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Websei-  
ten übernommen. Somit kommt es zu keinem Vertrags-  
verhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwi-  
schen dem Inserenten als Nachfrager nach Raum für die  
Schaltung eines Inserats und dem Portalbetreiber als  
Anbieter von Raum für die Schaltung eines Inserats.<sup>32</sup>

49. Ähnliches gilt auch für Rubrikanzeigen, welche auf  
einer Unternehmenswebseite geschaltet werden (vgl.  
auch Rz 51 f.). Auch hier kommt es zu keinem Vertrags-  
verhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwi-  
schen dem Betreiber der Webseite und dem Nachfrager  
nach Raum für die Schaltung eines Inserats, da diese in  
einer Person zusammenfallen und daher nicht von einer  
Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zwischen An-  
bieter und Nachfrager gesprochen werden kann.<sup>33</sup>

50. Trotzdem bringt die Meldung im Rahmen der Be-  
schreibung der Vertriebs- und Nachfragestrukturen bei  
Immobilien-Rubrikanzeigen für alle drei Sprachregionen  
vor, die Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen (An-  
bieter von Immobilien) seien dank Suchmaschinen (insb.  
Google) immer weniger auf Immobilien-Plattformen an-  
gewiesen. Insbesondere die grösseren Immobilienver-  
walter (z. B. wincasa.ch) würden auf ihren Websites  
eigentliche Immobilien-Plattformen betreiben und diese  
Plattformen und Inserate würden von den Nutzern dank  
Google problemlos gefunden. Diese Entwicklung habe  
den Anbietern von Immobilien in den vergangenen Jah-  
ren ermöglicht, vom «Fremdvertrieb» (Inserate auf Dritt-  
Plattformen) zum «Eigenvertrieb» überzugehen (Inserat  
auf der eigenen Website). Ein Ende dieses Trends sei  
nicht absehbar.

51. Hierzu ist festzustellen, dass auf homegate.ch auch  
Immobilien-Anzeigen von Wincasa AG erscheinen. Und  
aus den Angaben der Meldung zu schliessen, handelt es  
sich bei homegate.ch um kein Metaportal, das nach  
Immobilien-Angeboten auf anderen Internetseiten sucht  
und die Suchergebnisse veröffentlicht. Zudem erscheint  
auf wincasa.ch die Suchmaske für Mietangebote mit  
dem Hinweis «Provided by ImmoScout24».<sup>34</sup> Aus diesen  
Umständen ist fraglich, ob ein Wechsel von Fremdver-  
trieb zu ausschliesslichem Eigenvertrieb überhaupt loh-  
nenswert und möglich ist. Überdies erscheint ein Wech-  
sel zu ausschliesslichem Eigenvertrieb nur für Immobili-  
en-Anbieter mit genügend grossem Immobilien-Portfolio  
möglich. Dieser Befund steht im Zusammenhang mit der  
Disziplinierung von Unternehmen durch Gegenmacht  
(«buyers' power» oder «countervailing power»). Diszipli-  
nierung durch Gegenmacht ist eher möglich, wenn dem  
fraglichen Unternehmen eine Käuferin oder wenige star-  
ke Käuferinnen gegenüberstehen. Wenn ein Unterneh-  
men eine grosse Anzahl fein verteilter Käuferinnen als  
Marktgegenseite hat, dann kann es seine Marktmacht  
besser ausüben.<sup>35</sup> Bei den vorliegend zu analysierenden  
Immobilien-Inserenten-Märkten liegt eine andere Situati-  
on vor als mit einer oder wenigen starken Käuferinnen.  
Vielmehr stehen die Immobilien-Plattformen einer hete-  
rogenen Gruppe von privaten und kommerziellen Inse-  
renten gegenüber. Die Anzahl der privaten und kommer-  
ziellen Inserenten ist als hoch zu qualifizieren. Bei-

spielsweise zählt alleine der Schweizerische Verband  
der Immobilienwirtschaft ungefähr 2400 Firmen- und  
Einzelmitglieder im Jahr 2019.<sup>36</sup> Wenn allenfalls einzelne  
grosse Immobilien-Inserenten eine Gegenmacht geltend  
machen können, dann wird das allerdings nicht auf alle  
Inserenten zutreffen. Die Gegenmacht dürfte sich nach  
der Grösse der Inserenten bzw. deren Anzahl in Auftrag  
gegebenen Inserate richten. Damit ist allerdings nicht mit  
einer generellen Disziplinierung der Immobilien-  
Rubrikanzeigen-Plattformen zu rechnen.

52. Dass die Gegenmacht allenfalls und höchstens eini-  
gen grossen Inserenten zukommt, zeigt auch der Anteil  
der beiden Gruppen der privaten und kommerziellen  
Anbieter. Gemäss Meldung betrage der Anteil von priva-  
ten und kommerziellen Nachfragern in Bezug auf die  
Inserenten schätzungsweise rund [70 - 90] % (private  
Nachfrager) zu rund [10 - 30] % (kommerzielle Nachfra-  
ger). Das bedeute, dass rund [70 - 90] % aller Nachfra-  
ger Privatpersonen und rund [10 - 30] % Unternehmen  
seien. Der Anteil der von privaten Nachfragern gebuch-  
ten Rubrikanzeigen dürfte sich nach Schätzungen von  
TX auf rund [20 - 40] % und der Anteil der von kommer-  
ziellen Nachfragern gebuchten Rubrikanzeigen auf rund  
[60 - 80] % belaufen.

53. Spezifisch zur Immobilien-Plattformen hat das Sek-  
retariat bei den Parteien angefragt, aus welchen Grün-  
den bei gewissen Immobilien-Plattformen der  
TX-Gruppe die Aufschaltung von Immobilien-  
Rubrikanzeigen kostenpflichtig ist und auf anderen Platt-  
formen der TX-Gruppe oder unabhängigen Plattformen  
nicht. Gemäss Angaben der Meldung sind alle Immobili-  
en-Plattformen der TX-Gruppe kostenpflichtig. Zudem  
gibt die Meldung an, Immobilien-Rubrikanzeigen seien  
bei den auf Immobilien spezialisierten Online-  
Marktplätzen in der Regel kostenpflichtig. Diese würden  
häufig umfassende Möglichkeiten zur Darstellung (wie z.  
B. 3D-Bilder des Objekts, Kartendarstellung), weitere  
Informationen für die Nutzer (wie z. B. Angaben zu De-  
mografie und Steuern der Standortgemeinden, Angaben  
zu Schulen, Einkaufsmöglichkeiten etc.), welche die  
Attraktivität der Anzeigen steigern, sowie verfeinerte  
Suchmöglichkeiten anbieten. Allgemeine, nicht auf Im-  
mobilien-Rubrikanzeigen ausgerichtete Online-  
Marktplätze würden diese Möglichkeiten nicht oder nur  
zum Teil anbieten und seien deshalb vielfach kostenlos.  
Aufgrund dieser Ausführungen der Meldung könnte sich  
somit die Frage nach der Zuordnung der allgemeine  
Online-Marktplätze ohne Ausrichtung auf Immobilien-  
Rubrikanzeigen zum relevanten Markt stellen: sind die

<sup>31</sup> Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internet-  
seiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten  
(z. B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die  
eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten  
(vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 76, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3,  
475 Rz 71, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 513 Rz 79, *JobCloud/  
JobScout24*.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 77, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1,  
268 f. Rz 92, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW  
2015/3, 476 Rz 74 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>34</sup> Vgl. <<https://www.wincasa.ch/de-ch/mietangebote/alle-angebote>>  
(24.3.2021).

<sup>35</sup> Vgl. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*,  
Cambridge University Press, 2004, 121 f.

<sup>36</sup> Vgl. <<https://2019.svit.ch/>> (24.3.2021).

allgemeinen Online-Marktplätze wegen ihrer geringeren Möglichkeiten überhaupt dem gleichen relevanten Markt zuzuordnen wie die immobilien-spezialisierten Plattformen? Mit dem geringeren Angebot an Möglichkeiten fällt die Disziplinierung gegenüber den auf Immobilien spezialisierten Online-Marktplätzen geringer aus. Wenn die disziplinierende Wirkung gering ist, dann stellen die allgemeinen Plattformen keine genügende Konkurrenz dar.

54. Nutzer-/Leserseitig werden Rubrikanzeigen auf den Unternehmenswebsites der ausschreibenden Unternehmen nicht berücksichtigt (vgl. auch Rz 5654 f.). Dies insbesondere, weil Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen, welche ein Rubrikanzeigenportal besuchen nicht einzig an Rubrikanzeigen eines einzelnen Anbieters interessiert sind. Nutzer/Leser, welche lediglich eine Unternehmenswebseite besuchen, sind an Rubrikanzeigen des jeweils spezifischen Unternehmens interessiert. Zwar können Nutzer/Leser oft einen Grossteil der Rubrikanzeigen eines spezifischen Unternehmens auch auf Rubrikanzeigenportalen finden. Somit kann für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen von einem bestimmten Inserenten eine einseitige Substituierbarkeit durch Rubrikanzeigenportale gegeben sein. Hingegen dürften für einen Nutzer/Leser, der nicht nach Rubrikanzeigen eines bestimmten Unternehmens sucht, die verschiede-

nen einzelnen Unternehmenswebseiten kein Substitut darstellen, da die von einem Rubrikanzeigenportal erbrachte Aggregationsdienstleistung betreffend die Rubrikanzeigen verschiedener Inserenten in der Regel nicht von jedem einzelnen Nutzer/Leser durch den Besuch sämtlicher Unternehmenswebseiten möglicher inserierender Unternehmen erbracht werden kann. Aus demselben Grund rechtfertigt es sich allerdings in den Märkten für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen Metaportale zur Marktanteilsberechnung hinzuzuziehen (vgl. Rz 47).<sup>37</sup>

55. Auch nutzer-/leserseitig bringt die Meldung trotzdem im Rahmen der Beschreibung der Vertriebs- und Nachfragestrukturen für alle drei Sprachregionen vor, in Bezug auf Online-Plattformen würden Immobilien-Suchende nicht nur die eigentlichen Immobilien-Portale nutzen, sondern genauso die Websites der grossen Immobilienverwalter.

56. In Ergänzung zu vorangehenden Ausführungen (vgl. Rz 54), kann die Bedeutung von Internetseiten grosser Immobilienverwalter anhand der Aufzählung der grössten Immobilien-Portale der Schweiz gemäss dem Vergleichsdienst comparis.ch überprüft werden. Diese Aufzählung erfasse die grössten Immobilien-Portale der Schweiz (vgl. Tabelle 2).<sup>38</sup>

Tabelle 2: Grösste schweizerische Immobilien-Portale gemäss comparis.ch<sup>39</sup>

Immobilien-Portal	Anzahl Inserate	
homegate.ch	76 353	TX-Gruppe
immostreet.ch	55 000 <sup>40</sup>	TX-Gruppe
Acheter-Louer.ch	9429	Acheter-Louer.ch & Publimmo Sàrl
aclado.ch	2807	aclado AG
anibis.ch	8425	Ringier AG
immoscout24.ch	65 507	Ringier AG
Betterhomes.ch	1958	BETTERHOMES (Schweiz) AG
iCasa.ch	24 796	Ringier AG (Casasoft AG)
immogalaxy.ch	696	Immogalaxy Sagl
immomig.ch	12 793	IMMOMIG AG
immowelt.ch	18 991	immowelt AG
justimmo.ch	1027	Truemedia
newhome.ch	31 438	newhome.ch AG
students.ch	213	Energy Schweiz AG
UrbanHome.ch	22 888	urban group gmbh

57. Unter den grössten schweizerischen Immobilien-Portalen finden sich somit keine Internetseiten von einzelnen grossen Immobilienverwaltern. Damit bestehen keine Hinweise, nutzer-/leserseitig grosse Immobilienverwalter als Konkurrenz zu berücksichtigen.

58. In räumlicher Hinsicht führt die Meldung aus, dass im Einklang mit bisheriger WEKO-Praxis von sprachregionalen Märkten auszugehen sei.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 78, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>38</sup> Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/portal/list>> (25.3.2021).

<sup>39</sup> Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/portal/list>> (25.3.2021).

Die Anzahl Inserate widerspiegeln den aktuellen Bestand auf comparis.ch. Dieser könne von der Gesamtzahl der verfügbaren Objekte auf den Portalen abweichen.

<sup>40</sup> Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/info/glossar/immostreet>> (25.3.2021).

59. Hierzu ist in Erinnerung zu rufen, dass die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO je nach Umständen für das gleiche Zusammenschlussvorhaben sowohl sprachregional als auch nach Verbreitungs- bzw. WEMF-Wirtschaftsgebieten abgegrenzt werden.<sup>41</sup> Vorliegend kann allerdings aufgrund des Zusammenschlussvorhabens auf eine Marktabgrenzung nach Verbreitungs- bzw. WEMF-Wirtschaftsgebieten verzichtet werden.

60. An dieser Stelle ist auch erneut in Erinnerung zu rufen, dass die WEKO mit der Beschränkung auf sprachregionale räumliche Märkte keine Praxis begründet oder bestätigt, wonach für Rubrikanzeigen in nachfolgenden

Zusammenschlussvorhaben keine Marktabgrenzungen nach Verbreitungs-/Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei der Markt- abgrenzung in einem anderen Fall ist nicht in Frage gestellt. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Markt- abgrenzung einzugehen.<sup>42</sup> Dies gilt für alle Märkte im Bereich der Rubrikanzeigen.

61. Aufgrund der Angaben der Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stehen für eine Analyse die folgenden inserenten- und nutzer-/leserseitigen relevanten Märkte im Vordergrund.

Tabelle 3: Relevante Märkte

Inserentenseitig	Nutzer-/Leserseitig
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien- Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

62. Im Zusammenhang mit der Abgrenzung der relevanten Märkte kann auch auf die Befragung von Marktteilnehmern zur Frage, ob Facebook, Inc. als Wettbewerber auf den relevanten Märkten anzusehen ist, hingewiesen werden (vgl. Rz 81 ff.). Diese Befragung hat keine Gründe dafür ergeben, von der bisherigen Markt- abgrenzungs-Praxis der WEKO abzuweichen.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

##### B.4.2.1 Vorbemerkungen

63. 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 von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung

64. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die bisherige schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.<sup>43</sup> Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>44</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % sogar von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.<sup>45</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr zumindest Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung.

65. In einem solchen Fall ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung daher grundsätzlich nur noch zu untersuchen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird. Ob sich die Anhaltspunkte erhärten lassen und tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, ist Gegenstand einer Prüfung gemäss Art. 33 KG.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 80, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 109, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 58, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 107 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 60, *Ringier/Le Temps*; RPW 2015/3, 481 Rz 104 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 524 f. Rz 77, 79 und 81, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 297 Rz 37, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 71 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/3, 383 Rz 42, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 12, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 685 f. Rz 66, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2011/3, 412 Rz 8, *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.autoonline.ch*; RPW 2009/3, 260 Rz 106 f. (m. w. H. insbesondere auf die REKOWEF, welche zumindest für die Inserenten einen lokalen/regionalen Rubrikenmarkt abgegrenzt hat), 260 f. Rz 113 ff., 262 Rz 132 ff., 263 f. Rz 139 und 141 f. sowie 264 Rz 144, *Tamedia/PPSR*.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2015/3, 481 Rz 107, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 111, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>43</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>44</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccrossi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

66. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten («two-sided markets» oder «multi-sided business») aufgrund der Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.<sup>46</sup> Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.

67. Da insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertragsmöglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem über elektronische Medien realisierten Volumen (z. B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, spielen für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle. Daher sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) in den einzelnen Märkten zu berücksichtigen. Dies bedeutet insbesondere für Rubrikanzeigen, dass neben den Nutzerzahlen, der Anzahl Inserate auch der mit Inseraten und/oder Nutzern erzielte Umsatz zur Berechnung der Marktanteile heranzuziehen ist.<sup>47</sup>

68. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann.<sup>48</sup> Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>49</sup>

69. Es ist auch möglich, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf ein Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden kann.<sup>50</sup> Selbst wenn also ein kontrollierendes Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierendes Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem fraglichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.<sup>51</sup>

70. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>52</sup> In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei wel-

chen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>53</sup>

#### **B.4.2.2 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU**

71. Zur Bestimmung der Marktanteile nimmt die Meldung (wie in den früheren Meldungen auch) die Ansicht ein, die Marktanteile in den Werbemärkten seien auf der Grundlage der Anzahl Immobilien-Rubrikanzeigen (Objekte) zu berechnen. In einem Markt mit einer grossen und zunehmenden Zahl von Online-Marktplätzen, die sich via Werbung oder anderer Dienstleistung finanzierten und den Inserenten eine kostenlose Publikation ihrer Immobilien-Rubrikanzeigen anbieten würden, ermöglichte einzig diese Methodik eine sachgerechte Marktanteilsberechnung. Demgegenüber könnten mit Umsätzen keine korrekten Marktanteile in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen berechnet werden. Aus folgenden Gründen seien Marktanteile, nach Umsatz berechnet, untauglich, um die Marktstellung der einzelnen Wettbewerber darzustellen:

- Wichtige Anbieter würden kostenlose Insertionsmöglichkeiten anbieten und finanzierten sich über Online-Werbung und/oder anderer Dienstleistungen.
- Andere Wettbewerber praktizierten eine Mischvariante, indem sie kostenlose Inserate anbieten würden und der Inserent lediglich für spezielle Dienstleistungen bezahlen müsse (z. B. für eine bessere Platzierung oder Hervorhebung der Inserate). Dabei wendeten sie unterschiedlichste Bezahlmodelle an.
- Und nochmals andere Anbieter offerierten privaten Inserenten die kostenlose Publikation während sie von professionellen Immobilienverwaltern Geld verlangten und/oder vom Bezug von Dienstleistungen abhängig machten.
- Dazwischen gäbe es beliebige weitere Mischformen.

72. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass wie bereits ausgeführt, insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertragsmöglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 128, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 587 Rz 68, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3 485 Rz 117, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>48</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>49</sup> Vgl. Stellungnahme WEKO vom 27.5.2019, Rz 412, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 360 Rz 47, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>52</sup> Vgl. RPW 2018/4, 948 Rz 116, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; EU-Horizontalleitlinien, Rz 72 (Fn 76).

über elektronische Medien realisierten Volumen (z. B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, womit für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle spielen. Es sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) zu berücksichtigen (vgl. Rz 67). Weiter ist festzuhalten, dass die von der Meldung vorgebrachte anderweitige Finanzierung über Werbung oder andere Dienstleistungen für andere Fälle die Notwendigkeit belegt, weitere Märkte zu berücksichtigen und weitere Marktabgrenzungen vorzunehmen (vgl. Rz 39 und Rz 59); sei es im Print- oder Online-Bereich. Zudem wirft die Darstellung verschiedener Formen von Immobilien-Rubrikanzeigen die Frage auf, ob die Märkte für Immobilien-Rubrikanzeigen weiter unterteilt werden müssen. Daher ist es nicht ausgeschlossen, in anderen Fällen für den Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen weiter unterteilte Märkte abzugrenzen.

73. Im Übrigen ist festzustellen, dass selbst wenn das Abstellen auf die Umsätze gewisse Unstimmigkeiten und Ungenauigkeiten mit sich bringt, dies in mindestens ebenso grossem Umfang auch für die in der Meldung propagierte Berechnung anhand der Objekte zutrifft. Letzteres wäre allenfalls denkbar, wenn sich die genaue Anzahl der inserierten Objekte feststellen liesse. In der Meldung wird die Anzahl der inserierten Objekte jedoch aufgrund der Umzugsquote des Umzugsreports der Zürcher Kantonalbank geschätzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Umzugsquote (gemäss Meldung die Anzahl Wohnungswechsel geteilt durch den Wohnungsbestand) nicht zwingend mit der Anzahl der inserierten Objekte korrespondieren muss. So können Objekte erfolglos, d. h. ohne nachfolgenden Wohnungswechsel inseriert werden. Beziehungsweise sie werden mehrfach inseriert, bis schliesslich ein Wohnungswechsel erfolgt. Auf der anderen Seite können Wohnungswechsel aber auch erfolgen, ohne dass das Objekt zuvor inseriert worden ist. Daher führt diese Methode zu keinen zuverlässigeren Ergebnissen als das Abstellen auf Umsätze. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die so geschätzte Anzahl der inserierten Objekte gänzlich unberücksichtigt bleiben würde.

74. Sodann führt die Meldung zu den Marktanteilen aus, es sei auch Facebook als Wettbewerber zu berücksichtigen. In den letzten fünf Jahren sei insbesondere Facebook Marketplace in den schweizerischen Markt eingetreten. Facebook Marketplace biete seit ungefähr November 2017 eine separate Kategorie für Immobilien an. Dadurch erhielten Immobilienanbieter die Möglichkeit, ihr Angebot gezielt auf Facebook Marketplace zu platzieren. Die Suche nach Angeboten in Facebook Marketplace setze lediglich einen Facebook-Account voraus. Für Facebook würden gestützt auf eine Schätzung von TX die Umsätze berücksichtigt, die Facebook mit Targeting-Werbung im Immobilienbereich erziele. Dabei handle es sich um zielgerichtete Netzwerkwerbung für Immobilienangebote, die Nutzer von Facebook erhielten, die sich für Immobilien interessierten.

75. Facebook Marketplace habe in kurzer Zeit in der Schweiz massiv an Bedeutung gewonnen. So sei die Anzahl Immobilien-Rubrikanzeigen auf Facebook Mar-

ketplace stark angestiegen und habe im Jahr 2020 bereits weit über 300 000 Objekte erreicht. Gesamtschweizerisch stünde Facebook damit bereits an dritter Stelle – und dies nach rund drei Jahren Marktpräsenz. Im Bereich der von Privaten platzierten Immobilien-Rubrikanzeigen habe Facebook Marketplace Homegate bereits übertroffen.

76. Dank der ungeheuren Datenmacht von Facebook werde das Unternehmen seine Marktstellung künftig noch weiter ausbauen können. So könnten die Nutzer von Facebook in ihrem Profil schon heute angeben, ob sie in Erwägung ziehen würden, künftig umzuziehen. Dank dieser Daten – und den weiteren Präferenzen/Interessen der Nutzer – könne Facebook den Immobilienverwaltern eine gezielte Ansprache von Wohnungssuchenden anbieten («targeted advertising»). Da sich Facebook über solche Netzwerkwerbung finanziere, könne Facebook die Insertion von Rubrikanzeigen auf Facebook Marketplace kostenlos anbieten. Damit greife Facebook das bestehende Geschäftsmodell von etablierten Immobilienportalen, wie z. B. Homegate, frontal an. Mit dieser Netzwerkwerbung generiere Facebook mit den Immobilienverwaltungen, Maklern und anderen Anbietern von Immobilien substanzielle Umsätze. Die Immobilienanbieter buchten Netzwerkwerbung auf Facebook, die dann sehr gezielt («targeted») an Nutzer ausgeliefert würde, die sich – gemäss ihren Daten und ihrem Suchverhalten – für Immobilien interessierten und diese direkt zu den Angeboten leiteten. Facebook sei dank der enormen Menge an Nutzerdaten, über die Facebook verfüge, besser als jedes andere Unternehmen in der Lage, diese Netzwerkwerbung gezielt und effektiv auszuliefern. Mit den neuen Nutzungsbedingungen lasse sich Facebook von den Nutzern sogar das Recht einräumen, deren Posts inhaltlich auszuwerten. Damit eröffneten sich Facebook noch weitere Möglichkeiten. Facebook werde die an Immobilien interessierten Nutzer künftig nicht nur über ihr Profil und ihr Suchverhalten, sondern auch über den Inhalt ihrer Posts identifizieren können. Schreibe ein Nutzer z. B. den Post «Suche Nachmieter für Wohnung in St. Gallen» oder «Suche eine neue Wohnung in Bern» an seine Freunde, so könne ihm künftig auch gestützt darauf passende Netzwerkwerbung der Immobilienverwaltungen ausgeliefert werden. Diese Netzwerkwerbung werde ihn direkt zu den passenden Angeboten leiten. Facebook erziele im Immobilien-Werbemarkt schon heute substanzielle Umsätze, lediglich mit einem anderen Geschäftsmodell als die klassischen Immobilienportale. Diese Umsätze müssten berücksichtigt werden, wolle man die Bedeutung von Facebook auf dem Immobilien-Werbemarkt richtig einschätzen (was vorliegend mittels einer Schätzung näherungsweise versucht worden sei).

77. Es sei heute allgemein anerkannt, dass die «Big-Tech» (insb. Google und Facebook) den (Online-) Werbemarkt dominierten. Diese Dominanz habe in verschiedenen Ländern bereits dazu geführt, dass die Wettbewerbsbehörden gegen Facebook Untersuchungen eingeleitet hätten. Die Entwicklung der vergangenen Jahre zeige, dass es diesen Anbietern dank ihrer «Daten-Dominanz» innert kurzer Zeit nicht nur gelinge, etablierte Anbieter anzugreifen, sondern diese weitgehend zu verdrängen. Der Bereich der Immobilien-Werbung stehe am

Anfang dieser Entwicklung. Auf Facebook sei auch die Immobilien-Suche im eigenen Freundeskreis über Suchanzeigen (sog. «Posts») möglich. Stark an Bedeutung würden auch Gruppen von Facebook-Nutzern gewinnen, in denen Immobilien angeboten würden. So existierten allein in den fünf grossen Zentren Zürich, Basel, Bern, Genf und Lausanne 50 bis 60 Gruppen für Immobilien, welche zusammen rund 200 000 Mitglieder vereinten. Diese Gruppen würden Namen wie «WG & Wohnung Basel gesucht» oder «Wohnung, Zimmer, WG – Zürich» tragen. In Zürich verfüge die grösste Gruppe über mehr als 31 300 Mitglieder (Stand Dezember 2020) und «verwaltet» ein Inventar von rund 1200 Immobilien-Objekten. Diese Objekte wechselten Mieter und Eigentümer, ohne dass sie auf einem etablierten Online-Marktplatz ausgeschrieben würden. Bereits heute gehe von Facebook ein enormer Wettbewerbsdruck auf die etablierten Online-Marktplätze aus, der künftig noch stark zunehmen werde.

78. Dass Facebook bereits ein etablierter Online-Marktplatz sei, belege auch der Umstand, dass Metaportale heute die Rubrikanzeigen von Facebook spidere und neben den Rubrikanzeigen der übrigen Online-Marktplätze aufführten. Mit anderen Worten werde Facebook in der Branche ganz selbstverständlich als Online-Marktplatz wahrgenommen und behandelt. Dies zeige das Beispiel des Metaportals woni.ch<sup>54</sup>, wo Rubrikanzeigen von Facebook unmittelbar neben denjenigen von homegate.ch erscheinen würden.

79. Da Facebook heute ein in der Schweiz etablierter und sehr wichtiger Online-Marktplatz sei, würde es nach Auffassung der beteiligten Unternehmen eindeutig falsch sein, Facebook bei den Berechnungen der Marktanteile nicht zu berücksichtigen. Dies würde zu einem stark verzerrten Bild führen, das die Wettbewerbsverhältnisse nicht korrekt abbilde. Dies gelte für die Nutzer- wie auch für die Werbemärkte. Und dies gelte namentlich auch für die Marktanteilsberechnung nach Umsätzen. Berücksichtige man die Umsätze nicht, die Facebook mit Targeting-Werbung im Immobilienbereich erziele, so verzere dies die ohnehin sehr fragwürdige Marktanteilsberechnung nach Umsätzen zusätzlich. Der Werbetreibende zahle sowohl bei Facebook als auch bei den klassischen Online-Plattformen für die identische Dienstleistung, nämlich dafür, dass die Nutzer auf seine Immobilien-Rubrikanzeige aufmerksam würden.

80. Weltweit bestehe heute bei den Wettbewerbsbehörden Konsens, dass Unternehmen wie Facebook (und Google) praktisch alle Formen der Online-Werbung dominierten. Es wäre unverständlich, wenn ausgerechnet die schweizerische WEKO diesen Konsens ignorieren und sich der Fiktion hingeben würde, Facebook sei auf dem schweizerischen Immobilien-Werbemarkt inexistent.

81. Zur Frage von Facebook als Wettbewerberin sowohl auf den Märkten für Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen als auch für Nutzer/Leser von Immobilien-Rubrikanzeigen wurde eine Befragung durchgeführt. Diese Befragung richtete sich an Konkurrenz-Unternehmen der Zusammenschlussunternehmen sowie an Verbände, die die inserierende Wirtschaft (Marktgegenseite) repräsentieren. Zudem differenzierte die Be-

fragung zwischen den in der Meldung vorgebrachten Facebook-Angeboten, indem nach der Austauschbarkeit dieser Angebote mit Print- und Online-Plattformen für Immobilien gefragt wurde.

82. Die Antworten der Konkurrenz-Unternehmen fallen unterschiedlich aus. Ein Teil der befragten Konkurrenz-Unternehmen erachtet alle drei Facebook-Angebote als wenig oder nicht geeignete Alternative. Demgegenüber erachtet der andere Teil der befragten Konkurrenz-Unternehmen die Facebook-Angebote als Substitute für Print- und Online-Plattformen für Immobilien. Als Gründe für oder gegen Facebook-Angebote als Substitutionsmöglichkeiten nennen die Konkurrenz-Unternehmen die folgenden:

<sup>54</sup> Bei woni.ch handle es sich gemäss Meldung um einen Immobilien-Marktplatz, der ab dem 1. Januar 2018 auf dem Markt sei. Das Portal «spidere» offenbar die Immobilien-Rubrikanzeigen anderer Marktplätze, biete aber auch die Möglichkeit, dass Werbetreibende Immobilien-Rubrikanzeigen direkt auf woni.ch buchten.

Tabelle 4: Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitute aus Sicht der Konkurrenz-Unternehmen

Inserentenseitig	Nutzerseitig
Gegen Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fehlende Schnittstelle bei Facebook für die in der Schweiz verbreiteten Bewirtschaftungssysteme;</li> <li>- Fehlende technische Unterstützung;</li> <li>- Kein Bedarf an nach aktiv Wohnung Suchenden (Ausnahmen bei «Ladenhütern»);</li> <li>- Derzeit kleiner Anteil;</li> <li>- Fehlender Bekanntheitsgrad;</li> <li>- Fehlende Reichweite;</li> <li>- Fehlender Rücklauf;</li> <li>- Unseriöser Auftritt wegen teilweisen unseriösen Plattformteilnehmern.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Zu wenige Filtermöglichkeiten zur Durchsuchung grösserer Objektmengen;</li> <li>- Markt funktioniert noch nicht im grossen Stil auf diese Weise;</li> <li>- Kleines Angebot;</li> <li>- Keine Benachrichtigungsmöglichkeiten</li> </ul>
Für Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Grosse Datenbasis von Facebook;</li> <li>- Zielgerichtetes Ansprechen;</li> <li>- Hohe Reichweite;</li> <li>- Gezieltes Abholen von Informationen bei allen beteiligten Kreisen.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Zeitlicher Vorsprung gegenüber anderen Plattformen;</li> <li>- Zugang zu Inseraten bevor diese dem breiten Publikum verfügbar sind («unter-der-Hand»-Angebote);</li> <li>- Benachrichtigungsmöglichkeiten;</li> <li>- Geringe Kosten.</li> </ul>

83. Bei den Immobilien-Verbänden fallen die Antworten einheitlich aus. Die Verbände erachten Print- und Online-Plattformen durch keines der Facebook-Angebote als austauschbar. Einzig eine Antwort weist darauf hin, dass die gezielte Ansprache von Wohnungssuchenden («tar-

geted advertising») bedingt als Substitut in Frage kommt; bedingt, weil dieses Facebook-Angebot noch in Entwicklung sei. Als Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitutionsmöglichkeiten nennen die Verbände die folgenden:

Tabelle 5: Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitute aus Sicht der Immobilien-Verbände

Inserentenseitig	Nutzerseitig
Gegen Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fehlende automatisierte Schnittstelle (hoher manueller Aufwand);</li> <li>- Inkompatibler Datenaustausch;</li> <li>- Keine Kontrolle der Daten und mangelnder Datenschutz;</li> <li>- Geringere Verwendung von Facebook durch die jüngere Generation (begrenzte Zielgruppe);</li> <li>- Inserentenseitige Suchabos sind auch auf den gängigen Plattformen möglich;</li> <li>- Facebook Marketplace irrelevant;</li> <li>- Gängige Plattformen bieten viele Möglichkeiten zur Differenzierung des Angebots;</li> <li>- Macht keinen Sinn, wenn bei einem Immobilienverkauf ein möglichst hoher Preis erzielt werden soll;</li> <li>- Zu wenig Nachfrage;</li> <li>- unpraktische Ausgestaltung.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Angebot auf den gängigen Plattformen ist viel grösser als das Angebot auf Facebook.</li> <li>- Höchstens für kleine Nutzergruppen geeignet;</li> <li>- Viel zu wenige Objekte;</li> <li>- Wohnungssuchende gehen aktiv vor, es ist i. d. R. nicht durch eine passive Anwerbung inspiriert;</li> <li>- Keine Suchaufträge;</li> <li>- keine Transparenz;</li> <li>- Kompliziertes Handling;</li> <li>- Unbekannter Service;</li> <li>- Zu unbekannt;</li> <li>- Zu wenig konkret.</li> </ul>
Für Facebook als Substitut	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gezieltes Ansprechen von Nutzern (allerdings nur bedingt, weil noch in Entwicklung).</li> </ul>

84. Die Befragung bestätigt somit das Vorbringen in der Meldung nicht, wonach die Facebook-Angebote als Alternativen zu den Print- und Online-Immobilien-Plattformen gelten sollten. Im Zeitpunkt der vorläufigen Prüfung kann Facebook mit seinen Angeboten nicht als

Wettbewerberin auf den relevanten Märkten für Immobilien-Rubrikanzeigen gewertet werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Frage, welche Güter und Dienstleistungen als Substitute zu qualifizieren sind, aus Sicht der Marktgegenseite zu beantworten ist. Entsprechend



kommt vorliegend den Antworten der Immobilienbranche höheres Gewicht zu als den Konkurrenzunternehmen der Zusammenschlussparteien. Entsprechend kann nach heutigem Stand Facebook nicht als Substitut zu den Immobilien-Rubrikanzeigen-Portalen der Zusammenschlussparteien gewertet werden. Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung und Analyse der Marktanteile im Folgenden ohne Berücksichtigung von Facebook. Allerdings steht die vorliegende Darstellung ohne Facebook bei weiteren Entwicklungen einer abweichenden Einschätzung in der Zukunft nicht entgegen.

85. Tabelle 6 enthält die Marktanteile der TX-Gruppe und von Immowelt Schweiz zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gemäss Angaben der Meldung erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»). In Tabelle 6 sind die Marktanteile inserentenseitig sowohl nach Anzahl Objekte als auch nach Umsatz ausgewiesen. Nutzer-/Leserseitig gibt Tabelle 6 die Marktanteile nach Anzahl Nutzer/Leser an.

Tabelle 6: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2020 (ohne Berücksichtigung von Facebook)

Relevanter Markt		TX-Gruppe	Immo-welt Schweiz	Ge-meinsamer Marktanteil	Be-troffener Markt
Nach Anzahl Objekte	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	ja
Nach Umsatz	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50] <sup>55</sup>	ja
Nach Anzahl Nutzer/Leser	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	ja
	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	ja

86. Aufgrund der Marktanteile handelt es sich um Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Somit sind folgende Märkte eingehender zu analysieren, ob Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG):

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz,
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz,
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz,
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz,
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz.

#### B.4.2.3 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

##### B.4.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

87. Tabelle 7 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

<sup>55</sup> [40-50] % gemäss Meldung; ohne Rundung der einzelnen Werte ergibt sich ein Marktanteil von [40-50] %.

Tabelle 7: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	newhome	urban group
Anzahl Objekte	2020	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
	2019	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
Umsatz	Jahr	TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	newhome	urban group
	2020	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
	2019	[50-60] %	[0-10] %	[50-60] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[50-60] %	[0-10] %	[50-60] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

88. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [30-40] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [40-50] %. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64).

89. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) mit einem Marktanteil von [10-20] %, die newhome.ch AG (nachfolgend: newhome) mit [0-10] % und die urban group gmbh (nachfolgend: urban group) mit [0-10] %.

90. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [10-20] %, newhome von [0-10] % und urban group von [0-10] %.

91. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [20-30] (nach Anzahl Objekte) bzw. [30-40] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [30-40] Prozentpunkten ist als hoch einzustufen.

92. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil von TX fiel von [50-60] % auf [40-50] %. Der Marktanteil von Immowelt Schweiz verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier und newhome verloren Marktanteile (von [10-20] % auf [10-20] % bzw. [10-20] % auf [10-20] %). Der Marktanteil der urban group blieb bei [0-10] %.

93. Bei den Nutzern und Lesern sei der Anteil von privaten und kommerziellen Nachfragern gemäss Meldung

rund [70-90] % (private Nachfrager) zu rund [10-30] % (kommerzielle Nachfrager).

94. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für immowelt.ch von rund [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [50-60] % aus, für comparis.ch [30-40] % und für RE/MAX News Nordwestschweiz [0-10] %.

95. Aufgrund der sinkenden Marktanteile der TX-Gruppe, dem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von unter 50 %, sowie der ebenfalls grossen Reichweite von immoscout24.ch liegen trotz der nach Umsatz gemessenen grossen Marktanteilsdifferenz der beteiligten Unternehmen zu den Wettbewerbern knapp keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

#### B.4.2.3.2. Zwischenergebnis

96. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen knapp keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.4 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

##### B.4.2.4.1. Aktueller Wettbewerb

97. Tabelle 8 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 8: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	Acheter-Louer	Immobilier
Anzahl Objekte	2020	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2019	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	Acheter-Louer	Immobilier
Umsatz	2020	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2019	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

98. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [30-40] %. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64).

99. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %, Acheter-Louer.ch & Publmmo Sàrl (nachfolgend: Acheter-Louer) mit [10-20] % und Immobilier.ch partenaires SA (nachfolgend: Immobilier) mit [0-10] %.

100. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [10-20] %, Acheter-Louer von [10-20] % und Immobilier von [0-10] %.

101. Der Abstand von der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [0-10] (nach Anzahl Objekte) bzw. [10-20] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [10-20] Prozentpunkten kann nicht mehr als unerheblich bzw. als mittelhoch eingestuft werden.

102. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil von TX fiel von [30-40] % auf [30-40] %. Der Marktanteil von Immowelt Schweiz verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier verlor leicht Marktanteile (von [10-20] % auf [10-20] %). Demgegenüber verblieb der Marktanteil von Acheter-Louer bei rund [10-

20] %, während Immobilier ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % ausbauen konnte.

103. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [20-30] % und für immowelt.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [60-70] % aus, für Immorama [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

104. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

#### B.4.2.4.2. Zwischenergebnis

105. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.5 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

##### B.4.2.5.1. Aktueller Wettbewerb

106. Tabelle 9 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 9: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	Lugano An-nunci Gratuiti	Ron Orp
Anzahl Objekte	2020	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
	2019	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
	2018	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Umsatz	2020	[40-50] % <sup>56</sup>	[0-10] % <sup>57</sup>	[40-50] % <sup>58</sup>	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
	2019	[40-50] %	[0-10] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	2018	[60-70] %	[0-10] %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

<sup>56</sup> [40-50] %.

<sup>57</sup> [0-10] %.

<sup>58</sup> [40-50] %.

107. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [40-50] %. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Marktanteil nach Umsatz [40-50] % beträgt. Damit liegt knapp kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64). Bei Betrachtung des Marktanteils nach Anzahl Objekte beträgt dieser [20-30] %; der Schwellenwert von 50 % ist bei dieser Betrachtung noch weniger erreicht.

108. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %, Lugano Annunci Gratuiti mit [0-10] % und Ron Orp GmbH mit [0-10] %.

109. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [0-10] %, ImmoGalaxy Sagl von [0-10] % und Società editrice del Corriere del Ticino SA (nachfolgend: Corriere del Ticino) von [0-10] %.

110. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [10-20] (nach Anzahl Objekte) bzw. [40-50] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [40-50] Prozentpunkten ist als sehr hoch einzustufen.

111. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil der TX-Gruppe fiel von [60-70] % auf [40-50] %. Der Marktanteil von Immowelt Schweiz verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier hat Marktanteile verloren (von [10-20] % auf [0-10] %). Demgegenüber

verändert sich die Marktanteile von ImmoGalaxy Sagl und Corriere del Ticino praktisch nicht ([0-10] % bzw. [0-10] %).

112. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für immowelt.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [40-50] % aus, für cdt.ch [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

113. Aufgrund der sinkenden Marktanteile von TX, dem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von knapp unter 50 % sowie der ebenfalls grossen Reichweite von immoscout24.ch liegen trotz der nach Umsatz gemessenen grossen Marktanteilsdifferenz der beteiligten Unternehmen zu den Wettbewerbern knapp keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

#### B.4.2.5.2. Zwischenergebnis

114. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen knapp keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.4.2.6 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

##### B.4.2.6.1. Aktueller Wettbewerb

115. Tabelle 10 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 10: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	RE/MAX	comparis
Anzahl Nutzer	2020	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
	2019	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

116. Die TX-Gruppe wird einen Marktanteil von [30-40] % auf sich vereinen. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64).

117. Die nächst grösseren Wettbewerber sind Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %, RE/MAX International LLC. (nachfolgend: RE/MAX) mit [10-20] % und comparis.ch AG (nachfolgend: comparis) mit [10-20] %.

118. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [10-20] Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [10-20] Prozentpunkten ist als mittelhoch einzustufen.

119. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für immowelt.ch von rund [0-

10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [50-60] % aus, für comparis.ch [30-40] % und für RE/MAX News Nordwestschweiz [0-10] %.

120. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

##### B.4.2.6.2. Zwischenergebnis

121. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### B.4.2.7 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

#### B.4.2.7.1. Aktueller Wettbewerb

122. Tabelle 12 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 11: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	Société Privée de Gérance	comparis
Anzahl Objekte	2020	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
	2019	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
	2018	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

123. Die TX-Gruppe wird einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64).

124. Die nächst grösseren Wettbewerber sind Ringier mit einem Marktanteil von ebenfalls [20-30] %, Société Privée de Gérance mit [10-20] % und comparis mit [0-10] %.

125. Die TX-Gruppe wird ungefähr denselben Marktanteil auf sich vereinen wie Ringier.

126. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren leicht an Marktanteilen zulegen konnte. Der Marktanteil der TX-Gruppe stieg von [10-20] % auf [20-30] %. Der Marktanteil von Immowelt Schweiz verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier konnte leicht Marktanteile hinzugewinnen (von [10-20] % auf [20-30] %), ebenso wie comparis (von [0-10] % auf [10-20] %). Demgegenüber reduzierte sich der Marktanteil von Société Privée de Gérance (von [10-20] % auf [10-20] %).

127. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [20-30] % und für immowelt.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [60-70] % aus, für Immorama [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

128. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

#### B.4.2.7.2. Zwischenergebnis

129. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### B.4.2.8 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

#### B.4.2.8.1. Aktueller Wettbewerb

130. Tabelle 12 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 12: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Immowelt Schweiz	TX mit Immowelt Schweiz	Ringier	Corriere del Ticino	comparis
Anzahl Objekte	2020	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
	2019	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
	2018	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %

131. Die TX-Gruppe wird einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 64).

132. Die nächst grösseren Wettbewerber sind Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %, Corriere del Ticino mit [10-20] % und comparis mit [10-20] %.

133. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [0-10] Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [0-10] Prozentpunkten ist als eher gering einzustufen.

134. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für immowelt.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [40-50] % aus, für cdt.ch [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

135. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

#### **B.4.2.8.2. Zwischenergebnis**

136. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### **B.5 Ergebnis**

137. Das Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und Immowelt Schweiz betrifft im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

- die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in den Sprachregionen
  - o Deutschschweiz,

- o französische Schweiz,
- o italienische Schweiz;
- die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in den Sprachregionen
  - o Deutschschweiz,
  - o französische Schweiz,
  - o italienische Schweiz.

138. Eine Analyse dieser Märkte zeigt, dass (knapp) keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben bestehen. Bei den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und in der italienischen Schweiz besteht zwar jeweils eine hohe oder sehr hohe Marktanteilsdifferenz der Zusammenschlussparteien gegenüber den Konkurrenten. Allerdings liegt der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien knapp unter dem Schwellenwert von 50 %, sind die jeweiligen in der Meldung ausgewiesenen Marktanteile der TX-Gruppe tendenziell gesunken und Konkurrenz-Unternehmen weisen ebenfalls hohe Reichweiten auf.

139. 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.

*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 17. Februar 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. Februar 2021*

1. Am 28. Januar 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt das nachstehend beschriebene Unternehmen, indirekt die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erwerben. Dies soll über ein indirekt, durch von ihm verwaltete Fonds kontrolliertes Akquisitionsvehikel geschehen.

2. PAI Partners SAS (nachfolgend: **PAI Partners**) ist ein unabhängiges europäisches Private-Equity-Unternehmen mit Sitz in Paris, das dedizierte Private-Equity-Fonds mit einem Wert von mehr als 13,6 Mrd. EUR verwaltet und/oder berät. Darunter befinden sich verschiedene Buyout-Fonds (zusammen und nachfolgend: die PAI-Fonds). Die PAI-Fonds verfolgen eine Politik des Erwerbs von Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen, die insbesondere in fünf Kernsektoren (Unternehmensdienstleistungen, Nahrungsmittel und Konsumgüter, allgemeine Industrie, Gesundheitswesen sowie Einzelhandel und Vertrieb) tätig sind. PAI Partners kontrolliert als Manager und/oder Berater der **PAI-Fonds** diese Unternehmen. PAI Partners hat einen Investitionsfokus auf mittlere bis grosse europäische Unternehmen, die hauptsächlich ihren Hauptsitz in Frankreich haben. In der EU erwirtschaften die von PAI Partners kontrollierten Portfoliogesellschaften hauptsächlich Umsätze in Frankreich, Deutschland und Spanien.<sup>1</sup>

3. Apleona Group GmbH, Deutschland, (nachfolgend zusammen mit allen Tochtergesellschaften: **Apleona Group** oder **Zielgesellschaft**) ist eine europäische Unternehmensgruppe, die derzeit im alleinigen Besitz der Triangle Holding III S.à r.l., Luxemburg, ist, die sich im Besitz eines Investmentfonds der EQT-Gruppe befindet (einer Gruppe privater Investmentfonds, die letztlich von der globalen Investmentgesellschaft EQT AB, Schweden, kontrolliert wird<sup>2</sup>). Die Apleona Group ist ein Immobilien-Dienstleistungsunternehmen, das Dienstleistungen im Bereich des Facility Managements (auch Gebäudemanagement) erbringt, insbesondere technisches Facility Management (z.B. Gebäudebetrieb und -wartung und Energiemanagement), infrastrukturelles Facility Management (z.B. Reinigung, Catering und Sicherheit) und kommerzielles Facility Management (z.B. Hausverwaltung, Abrechnung und Vertragsmanagement). Die Apleona Group beschäftigt weltweit rund 20'000 Mitarbeitende. Ihr Geschäftsschwerpunkt liegt in der DACH-Region

(d.h. Deutschland, Österreich und die Schweiz), in welcher sie ca. [70-80] % ihres weltweiten Umsatzes erwirtschaftet.<sup>3</sup>

4. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle über Apleona Group durch die von PAI Partners beratene PAI Europe VII durch Anteilserwerb. PAI Europe VII beabsichtigt, indirekt über das Akquisitionsvehikel Blitz 20-487 GmbH mittels eines Kaufvertrags die Anteile an der Apleona Group zu erwerben.<sup>4</sup> [...] Die genaue Beteiligungsstruktur von PAI Partners kann gemäss Meldung noch nicht angegeben werden. In jedem Fall wird PAI Partners die Apleona Group nach dem Closing allein kontrollieren.<sup>5</sup> [PAI Partners wird bestimmenden Einfluss auf alle strategisch bedeutsamen Geschäftsentscheide haben<sup>6</sup> und es gibt keine Dritten mit Vetorechten. PAI Partners erwirbt damit alleinige Kontrolle über Apleona Group.<sup>7</sup>] Es handelt sich beim Zusammenschlussvorhaben somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG<sup>8</sup>.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. Januar 2021 der Europäischen Kommission gemeldet und wird dort aktuell ebenfalls geprüft.<sup>9</sup> [Freigabe am 19. Februar 2021<sup>10</sup>]

6. Gemäss den Angaben der Parteien sind mit den erzielten kumulierten Umsätzen der beteiligten Unternehmen PAI Partners und Apleona Group vorliegend die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erreicht.<sup>11</sup> Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

7. 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.

<sup>1</sup> Vgl. Meldung, Rz 6 und 7.

<sup>2</sup> EQT AB investiert hauptsächlich in den Bereichen Private Capital und Real Assets (Meldung Rz 21).

<sup>3</sup> Vgl. Meldung, Rz 20 f. sowie 42.

<sup>4</sup> Für eine Übersicht betreffend die geplante Beteiligungsstruktur sowie eine Erklärung derselben sowie der Durchführung des Zusammenschlussvorhabens vgl. Short Form CO, Rz 34 ff., sowie Short Form CO, Anhang 3.1.2.

<sup>5</sup> Meldung, Fn 6.

<sup>6</sup> Short Form CO, Rz 34.

<sup>7</sup> Short Form CO, Rz 42.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>9</sup> Meldung, Fn 1.

<sup>10</sup> Nachträgliche Ergänzung der Redaktion vom 23. März 2021.

<sup>11</sup> Meldung, Abschnitt 3.

8. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf die Schweizer Tätigkeiten der Zielgesellschaft sowie die Aktivitäten der erwerbenden Gesellschaft, die in dieselben Märkte wie die Schweizer Aktivitäten der Zielgesellschaft fallen, sowie mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben.<sup>12</sup>

9. Apleona Group ist ein Immobilien-Dienstleistungsunternehmen und schwerpunktmässig im Bereich **Facility Management**<sup>13</sup> tätig:

- **Technisches Facility Management** umfasst (i) Gebäudebetrieb und -wartung (z.B. Wartung von Heizungs-, Lüftungs- und Klimageräten sowie Elektrogeräten und Reparatur von Türen und Toren), (ii) technische Zusatzdienstleistungen (Innenausbau, z.B. Brandschutz und Renovierung, sowie Installation und Wartung von gebäudetechnischen Anlagen), (iii) Energiemanagement (z.B. Energiecheck und Inspektionen) und (iv) sonstiges technisches Gebäudemanagement (z.B. Abfallmanagement und Brandschutz). Im Jahr 2019 wurden ca. [60-70] % des weltweiten Umsatzes der Apleona Group mit technischem Facility Management generiert.
- **Infrastrukturelles Facility Management** umfasst (i) Reinigung, (ii) Catering, (iii) Sicherheit und (iv) sonstiges infrastrukturelles Facility Management (z.B. Gartenarbeit und Empfang). Im Jahr 2019 wurden ca. [20-30] % des weltweiten Umsatzes der Apleona Group mit infrastrukturellem Facility Management generiert.
- **Kommerzielles Facility Management** umfasst z.B. die Immobilienverwaltung und Vermietung/Mieterverwaltung. Im Jahr 2019 wurden ca. [5-10] % des weltweiten Umsatzes der Apleona Group mit kommerziellem Facility Management generiert.

10. In der Schweiz gestaltet sich die am Umsatz gemessene prozentuale Verteilung der Schwerpunktaktivitäten der Apleona Group wie folgt: Technisches Facility Management: [30-40] %; infrastrukturelles Facility Management: [30-40] % und kommerzielles Facility Management: [20-30] %.<sup>14</sup> Alle Dienstleistungen werden je nach Bedarf des Kunden modular oder in einem integrierten Paket angeboten. Die Kunden des Unternehmens sind in zahlreichen Branchen tätig (z.B. Automobil, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen oder Konsumgüter).<sup>15</sup>

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann damit gemäss Meldung und in Anlehnung an die Praxis der WEKO<sup>16</sup> sowie der EU Kommission<sup>17</sup>, in welchen die Marktabgrenzungen indes letztlich jeweils offengelassen wurden, die folgenden **sachlich relevanten Märkte** betreffen:

- Entweder einen einzigen Markt für Facility Management Dienstleistungen, oder aber
- unterteilt nach den verschiedenen Arten von Facility Management jeweils einen Markt für:
  - technisches Gebäudemanagement (einschliesslich Energiemanagement, Inspektionen, Wartung und Reparaturen),

- kommerzielles Facility bzw. Gebäudemanagement (hauptsächlich Buchhaltung) und
- allgemeines Gebäudemanagement oder auch infrastrukturelles Facility Management (einschliesslich Sicherheit, Reinigung, Hausmeisterdienstleistungen usw.).

Darüber hinaus hat die EU Kommission erwogen, aber letztlich offengelassen, ob eine weitergehende Segmentierung nach i) Art des Kunden (Industrie, Tertiärsektor) und ii) Art des Gebäudes erforderlich wäre.<sup>18</sup>

12. **Räumlich** wurden die Märkte bisher als national oder weiter sowie in der EU national oder EWR-weit abgegrenzt. Auch die räumliche Marktabgrenzung wurde letztlich jeweils offengelassen.

13. Marktdaten, welche das gesamte Marktvolumen für Facility Management in der Schweiz abbilden würden, liegen keine vor.<sup>19</sup> Für die Schätzung des Gesamtmarktvolumens im Bereich Facility Management sowie gestützt darauf für die Marktanteile von Apleona Group stellt die Meldung auf Angaben des Marktforschungsunternehmens Lünendonk & Hossenfelder GmbH (nachfolgend: Lünendonk) ab. Dieses hat für eine Studie zum Facility-Service Markt die führenden 28 Anbieter in der Schweiz mit einem kombinierten Umsatz von über 2,7 Mrd. CHF befragt.<sup>20</sup> Die 10 grössten Facility Management-Anbieter in der Schweiz erwirtschafteten im Jahr 2018 einen Umsatz von 2'321,7 Mio. CHF, wobei sich

<sup>12</sup> Meldung, Rz 39. Dies da gemäss Meldung und wie nachstehend dargelegt wird ausgeschlossen ist, dass das Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen in der Schweiz führen wird (Meldung, Rz 37 ff.).

<sup>13</sup> Facility Management beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind (RPW 2018/4, 860 Rz 15, *Bouygues Construction SA/Alpica InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*).

<sup>14</sup> Vgl. Meldung, Rz 41.

<sup>15</sup> Meldung, Rz 40.

<sup>16</sup> RPW 2018/4, 859 ff. Rz 15 ff., *Bouygues Construction SA/Alpica InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 310 ff. Rz 74 ff., *Energiedienstholding AG/Hälg & Co AG/Inrentis Beteiligungen AG*; RPW 2010/2, 236 ff. Rz 29 ff., *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*.

<sup>17</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.7207 vom 6. Juni 2014, Rz 30, 32, *Clayton Dubilier & Rice/Ashland Water Technologies*; EU-KOMM, COMP/M.6020 vom 14. Januar 2011, Rz 16 ff., *ACS/Hochtief*; EU-KOMM, COMP/M.3653 vom 13. Juli 2005, Rz 461, *Siemens/VA Tech*.

<sup>18</sup> EU-KOMM, COMP/M.3653 vom 13. Juli 2005, Rz 461, *Siemens/VA Tech*. Der Vollständigkeit halber weisen die Parteien darauf hin, dass die EU Kommission in Bezug auf Sicherheitsdienstleistungen (welche die Apleona Group im Rahmen ihrer infrastrukturellen Facility Management Dienstleistungen für bewohnte Gebäude anbietet) früher die Auffassung vertreten hat, dass die Bereitstellung von bemannten Bewachungsdienstleistungen, Alarmüberwachungs- und Alarminstallations- und -wartungsdienstleistungen (d.h. elektronische Bewachungsausrüstung) drei verschiedene Produktmärkte darstellen. Die EU Kommission hat weiter geprüft – aber letztlich offengelassen –, ob der Markt für Alarmdienstleistungen weiter nach der Art der Kunden (Privatkunden vs. Geschäftskunden) segmentiert werden sollte.

<sup>19</sup> Meldung, Rz 48.

<sup>20</sup> Vgl. die Angaben zur Lünendonk Studie 2019 auf <[www.luenendonk.de/aktuelles/presseinformationen/luenendonk-veroeffentlicht-zweite-studie-zum-schweizer-facility-management-markt/](http://www.luenendonk.de/aktuelles/presseinformationen/luenendonk-veroeffentlicht-zweite-studie-zum-schweizer-facility-management-markt/)> (9. Februar 2021).



gemäss Lünenonk der Trend zur Konzentration an der Spitze weiter fortsetzt<sup>21</sup> (vgl. nachfolgend Tabelle 1). Zum Zwecke einer Einschätzung des Schweizer Gesamtmarktes wird in der Meldung auf das Verhältnis des Umsatzes der zehn grössten Marktteilnehmer zum geschätzten Gesamtmarktvolumen in Deutschland abgestellt. Der entsprechende Prozentsatz von 16,8 % wird

sodann auf die Schweiz übertragen. Derart wird für die Schweiz ein hypothetisches Gesamtmarktvolumen von ca. 13'819 Mio. CHF angegeben.<sup>22</sup>

14. Tabelle 1: Die führenden Facility-Service-Unternehmen in der Schweiz gemessen am Umsatz 2018:

	<b>Unternehmen</b>	<b>Umsatz in der Schweiz in Mio. CHF</b>
1	ISS Facility Services AG	812.00
2	Bouygues Energies & Services Schweiz AG	321.00
3	Vebego Holding AG	250.00
4	CBRE GWS	180.40
5	Engie Services AG	180.00
6	Honegger AG	150.00
7	Apleona AG	147.00
8	Livit FM Services AG	109.00
9	Vinci Facilities Schweiz AG	99.30
10	Stampfli AG	73.00
	<b>Total</b>	<b>2'321.70</b>

Quelle: <[https://www.luenendonk.de/listen\\_neu\\_tags/facility-management-instandhaltung/](https://www.luenendonk.de/listen_neu_tags/facility-management-instandhaltung/)>, 9. Februar 2021.

15. Gemäss Short Form CO sowie ergänzenden Angaben der Parteien<sup>23</sup> wird weiter angenommen, dass die potentiellen einzelnen Sparten in der Schweiz wie in anderen entwickelten europäischen Märkten die folgenden jeweiligen Anteile am Gesamtmarkt ausmachen: technisches Gebäudemanagement 35 %, infrastrukturelles Facility Management 55 % und allgemeines Gebäudemanagement 10 %.<sup>24</sup>

16. Zum Zwecke der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens werden vorliegend die engst-

möglichen Märkte angenommen. Für diese werden gemäss Meldung und ergänzenden Angaben ausgehend vom oben errechneten hypothetischen Gesamtmarktvolumen die folgenden geschätzten **Marktanteile** ausgewiesen:

17. Tabelle 2: Marktanteilsschätzungen in der Schweiz basierend auf dem hypothetischen Gesamtmarktvolumen 2018

<b>Apleona Gruppe Umsatz CHF in Mio.</b>		<b>Gesamtmarkt CHF in Mio.</b>		<b>Anteil Apleona in %</b>	
Total	[...]		13'819.00	[0-5] %	
Technisches Facility Management	[30-40] %	[...]	35.0 %	4'836.65	[0-5] %
Infrastrukturelles Facility Management	[30-40] %	[...]	55.0 %	7'600.45	[0-5] %
Kommerzielles Facility Management	[20-30] %	[...]	10.0 %	1'381.90	[0-5] %

Quelle: Angaben der Parteien

<sup>21</sup> <[www.luenendonk.de/aktuelles/presseinformationen/luenendonk-veroeffentlicht-zweite-studie-zum-schweizer-facility-management-markt/](https://www.luenendonk.de/aktuelles/presseinformationen/luenendonk-veroeffentlicht-zweite-studie-zum-schweizer-facility-management-markt/)> (9. Februar 2021).

<sup>22</sup> Meldung, Rz 48.

<sup>23</sup> E-Mail vom 4. Februar 2021.

<sup>24</sup> Short Form CO, Rz 73.

18. Angesichts des unbekanntes Gesamtmarktvolumens, der gemäss Lünenonk fortschreitenden Konsolidierung<sup>25</sup> sowie der vergleichsweise starken Präsenz von Apleona im Bereich des kommerziellen Gebäudemanagements ([20-30] % des von Apleona erwirtschafteten Umsatzes entfällt auf dieses vergleichsweise schmale Segment von 10 % des Facility Managements,

vgl. Rz 15) hat das Sekretariat zusätzlich die Marktanteile gestützt auf den Umsatz **ausschliesslich der 10 grössten Facility Management-Anbieter** in der Schweiz in den einzelnen Segmenten berechnet:

19. Tabelle 3: Marktanteilsschätzungen in der Schweiz basierend alleine auf dem Umsatz der 10 grössten Facility Management Anbieter 2018

Apleona Gruppe Umsatz CHF in Mio.			Umsatz der 10 grössten Facility Management Anbieter in der Schweiz / CHF in Mio.		Anteil Apleona in %
Total		[...]		2321.70	[5-10] %
Technisches Facility Management	[30-40] %	[...]	35.0 %	812.59	[5-10] %
Infrastrukturelles Facility Management	[30-40] %	[...]	55.0 %	1276.93	[0-5] %
Kommerzielles Facility Management	[20-30] %	[...]	10.0 %	232.17	[15-20] %

Quelle: Angaben der Parteien, ergänzt durch Sekretariat

20. Die gemeldeten Marktanteilsschätzungen sowohl auf einem Gesamtmarkt für Facility Management-Dienstleistungen als auch betreffend allfälligen Teilmärkten liegen unter 20 %. Das Zusammenschlussvorhaben gibt gemäss Meldung darüber hinaus unabhängig von den Marktdefinitionen, die letztlich angenommen werden können, keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Keine der derzeit von PAI Partners kontrollierten Gesellschaften weise in der Schweiz Aktivitäten auf, die zu einer horizontalen Beziehung zu denen der Zielgesellschaft (Apleona Group) stehen.<sup>26</sup> Darüber hinaus kontrolliere PAI Partners kein Unternehmen mit Tätigkeiten, die dem Markt für Facility Management in der Schweiz, worin die Zielgesellschaft aktiv ist, unmittelbar vor- oder nachgelagert sind. Das Zusammenschlussvorhaben führe daher auch zu keinen vertikalen Beziehungen in Bezug auf das Facility Management.<sup>27</sup>

21. Unter diesen Voraussetzungen können die genauen Marktabgrenzungen damit auch vorliegend offengelassen werden. Es liegen weder betroffene Märkte mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») noch zu meldende betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU<sup>28</sup> vor. Eine weitere Analyse erübrigt sich.

22. Allenfalls im Zusammenschluss enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden vorläufigen Prüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.<sup>29</sup>

23. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prü-

fung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>25</sup> <<https://www.luenendonk.de/aktuelles/presseinformationen/luenendonk-veroeffentlicht-zweite-studie-zum-schweizer-facility-managementmarkt/>> (9. Februar 2021).

<sup>26</sup> Meldung, Rz 37. In der EU kommt es zu marginalen Überschneidungen (Short Form Co, Rz 61 ff.).

<sup>27</sup> Meldung, Rz 50.

<sup>28</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>29</sup> Vgl. auch Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, vom 21. Oktober 2014, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldformulare.html>>, sowie statt vieler RPW 2020 4b, 2014 ff. Rz 20, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited.

B 2.3	<b>6. Daimler AG/Motorsports Invest Limited/INEOS/Mercedes-Benz Grand Prix Limited</b>
-------	--

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 3 mars 2021*

*Communication selon l'art. 16 OCCE du 4 mars 2021*

1. Le 23 février 2021, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant le changement du contrôle commun de l'entreprise Mercedes-Benz Grand Prix Limited (ci-après: MBGP) avec l'arrivée du groupe INEOS (ci-après: INEOS) comme nouvel actionnaire.

2. La transaction envisagée implique qu'INEOS acquiert un tiers des actions de MBGP, détenues jusqu'à présent par l'actionnaire sortant NL Holding GmbH (ci-après: NLH) et les deux autres actionnaires, Motorsports Invest Ltd (ci-après: MIL) et Daimler AG (ci-après: Daimler). Il s'agit donc d'une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 let. b de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

3. La présente opération fait également l'objet d'une notification à la Commission européenne (numéro de procédure : M.10171).

4. INEOS est un fabricant de produits pétrochimiques, chimiques de spécialité et pétroliers ayant son siège à Londres (Royaume-Uni). INEOS dispose d'un portefeuille de produits varié couvrant un large spectre d'utilisations sur le marché. Notamment INEOS produit des biocarburants efficaces et performants permettant d'améliorer la durabilité des transports modernes et du pétrole synthétique pour réduire les émissions de gaz à effet de serre émis par le transport routier. INEOS est déjà sponsor et partenaire principal de l'équipe Mercedes AMG Petronas Formula One Team (détenue et exploitée par MBGP; ci-après : l'équipe de Formule 1).

5. [...]. MIL est une société d'investissement à travers laquelle M. Toto Wolff détient ses parts [...] sur MBGP. [...].

6. Daimler est un des principaux constructeurs de voitures et de véhicules utilitaires haut de gamme. Daimler offre également une gamme de services financiers comprenant le financement, le leasing, l'assurance et la gestion de flotte.

7. MBGP est l'entité légale qui détient et opère l'équipe de Formule 1. L'activité principale de MBGP comprend la conception, le développement, la fabrication, la fourniture, les tests et les courses de véhicules de Formule 1. L'équipe a remporté les sept derniers championnats du monde de 2014 à 2020 compris.

8. La transaction envisagée prévoit le changement de la propriété et du contrôle de MBGP, une entité détenue au préalable par Daimler (60%), MIL (30 %) et NLH (10 %).<sup>1</sup> NLH est sortie de l'actionnariat de MBGP en cédant la totalité de ses parts à Daimler le 29 janvier 2021. Daimler acquerra également la part de 30 % de MIL en vertu d'un accord existant entre MIL et Daimler, avant de revendre 33,3 % de ses parts dans MBGP à MIL et 33,3 % à INEOS. Une fois la transaction envisagée menée à bien, INEOS acquerra, pour la première fois, le contrôle commun de MBGP aux côtés de Daimler et de MIL, ces derniers exerçant déjà le contrôle commun sur MBGP en vertu d'accords préexistants.

9. Daimler, INEOS et MIL concluront une convention d'actionnaires relative à l'exercice de leurs droits de vote leur permettant d'exercer le contrôle commun sur MBGP. [...].

10. Pour INEOS, la justification de la transaction envisagée est l'opportunité d'effectuer un investissement économique dans l'équipe de Formule 1 qui connaît un certain succès et dont elle est déjà le partenaire principal. Un élément essentiel de la volonté d'INEOS est d'améliorer son image publique et sa notoriété de marque, ce qui peut être réalisé, entre autres, par son association à des événements sportifs de haut niveau tels que la Formule 1.

11. La présente notification se base sur les chiffres d'affaires 2019 des entreprises participantes.

<sup>1</sup> Bien que le transfert de la participation de 10% de NLH dans MBGP à Daimler a déjà eu lieu, cette opération est considérée comme partie intégrante de la transaction envisagée, à la suite de laquelle Daimler, INEOS et MIL détiendront chacun 33,3% des parts de MBGP.

	Niveau mondial (en millions de francs suisses)	Suisse (en millions de francs suisses)
Daimler <sup>2</sup>	[...]	[...]
INEOS <sup>3</sup>	[...]	[...]
MIL <sup>4</sup>	[...]	[...]
MBGP <sup>5</sup>	[...]	[...] <sup>6</sup>

Source: notification des parties.

12. Les seuils de chiffres d'affaires mondiaux et suisses sont ainsi largement dépassés.

13. MBGP est active sur le marché de la Formule 1. Le marché est mondial, étant donné que les courses sont organisées et suivies à travers le monde entier.

14. Il n'existe aucun chevauchement horizontal ou vertical substantiel entre les activités des entreprises participantes ou leurs entités contrôlées respectives. La transaction envisagée n'affectera donc aucun marché.

15. Comme mentionné au préalable, INEOS fabrique des produits pétrochimiques, des produits chimiques de spécialité et des produits pétroliers. Le fabricant n'est toutefois pas impliqué dans la fourniture de carburants à l'équipe de Formule 1 ni à aucune autre écurie concurrente.

16. L'examen préalable n'a 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. Le secrétariat propose donc d'autoriser la réalisation de l'opération de concentration.

<sup>2</sup> Taux change moyen et annuel en 2019, source: Banque nationale suisse (BNS), EUR/CHF=1.1125.

<sup>3</sup> Taux change moyen et annuel en 2019, source: Banque nationale suisse (BNS), EUR/CHF=1.1125.

<sup>4</sup> [...].

<sup>5</sup> Taux change moyen et annuel en 2019, source: Banque nationale suisse (BNS), GBP/CHF=1.2683.

<sup>6</sup> Revenus de sponsoring.

B 2.3

**7. Bain Capital/Cinven Capital Management (VII)/Lonza Speciality Ingredients**

*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 8. Juni 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Juni 2021*

1. Am 17. Mai 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über die Lonza Speciality Ingredients Sparte der Lonza Group AG (nachfolgend: LSI oder Gemeinschaftsunternehmen) durch von Bain Capital Investors, LLC verwaltete Fonds (nachfolgend: Bain Capital) und durch von Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited verwaltete Fonds (nachfolgend: Cinven Capital).

2. Bain Capital ist eine Private-Equity-Investmentgesellschaft mit Sitz in Boston, USA. Sie investiert über ihre Fonds in Unternehmen verschiedener Branchen, darunter die Bereiche Informationstechnologie, Gesundheitswesen, Einzelhandel und Konsumgüter, Kommunikation, Finanzdienstleistungen sowie Industrie/Produktion.

3. Cinven Capital ist ein europäisches Private-Equity-Unternehmen mit Hauptsitz in Guernsey, welches Anlageverwaltungs- und Anlageberatungsdienstleistungen für eine Reihe von Investmentfonds erbringt. Die Unternehmen, an denen Cinven Capital beteiligt ist, sind in einer Vielzahl von Wirtschaftsbereichen tätig, wobei der Fokus auf den Bereichen Unternehmensdienstleistungen, Konsumgüter, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie und Technologie sowie Medien und Telekommunikation liegt.

4. LSI ist die Spezialchemikalien-Sparte der Lonza Group AG, eines Chemie- und Biotechnologieunternehmens. LSI bietet insbesondere antimikrobielle Lösungen und chemische Technologien für den Schutz von Wohnhäusern, Schulen, Lebensmittelverarbeitungs- und Gesundheitseinrichtungen und Arbeitsplätzen vor Bakterien, Viren und Schimmelpilzen an. Auch Inhaltsstoffe für Holzschutzmittel, Öl und Gas, Kunststoff, Metall und Farb- und Beschichtungsanwendungen und Körperpflegeprodukte gehören zum Angebot von LSI. Darüber hinaus bietet LSI etwa auch Verbundwerkstoffe, Performance Intermediates und Chemicals sowie kundenspezifische Entwicklungs- und Fertigungsdienstleistungen für agrochemische Erzeugnisse, Lebens- und Futtermittel, Körperpflege- und Kosmetikprodukte, elektronische Produkte sowie die Transport-, Luft- und Raumfahrtindustrie an.

5. Bain Capital und Cinven Capital (nachfolgend: die Parteien) bezwecken mit dem Zusammenschlussvorhaben, in den Tätigkeitsbereichen von LSI verantwortungsvoll zu wachsen, mit dem Ziel, ein führendes globales Chemieunternehmen mit einem starken Finanzprofil und einer starken Erfolgsbilanz aufzubauen. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde u.a. bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>1</sup>

6. Die Parteien möchten mit dem gemeldeten Zusammenschluss von der Lonza Group AG gemeinsam die Kontrolle über LSI erlangen. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU), mithin als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen<sup>2</sup> zu qualifizieren ist. Unter der gemeinsamen Kontrolle soll LSI eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. als unabhängiger Nachfrager und Anbieter auf dem Markt auftreten, über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängiger Marktteilnehmer tätig zu sein, und auf Dauer angelegt sein. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen der Parteien erfüllt mithin die Kriterien für ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen. Es liegt folglich ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

7. Bain Capital, Cinven Capital und LSI erzielten im Geschäftsjahr 2019 zusammen einen weltweiten Umsatz von weit über CHF 2 Mrd. und schweizweit Umsätze von jeweils über CHF 100 Mio. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind somit überschritten, weshalb das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Bain Capital und Cinven Capital sind über ihre vielfältigen Unternehmensbeteiligungen in zahlreichen Wirtschaftsbereichen tätig (vgl. Rz 2 f.). Eine Überschneidung bzw. einen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich von LSI (siehe Rz 4) gibt es im EWR und der Schweiz einzig in zwei Bereichen. Zum einen stellt Italmatch Chemicals S.p.A. (nachfolgend: Italmatch), eine Portfoliogesellschaft von Bain Capital, wie LSI Additive für Polymere (nachfolgend: Polymeradditive)<sup>3</sup> sowie

<sup>1</sup> COMP/M.2926.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> Polymeradditive sind chemische Produkte, die während des Polymerisationsprozesses beigemischt werden. Sie werden verwendet, um dem Endprodukt verschiedene Eigenschaften zu verleihen, z. B. als Hitzestabilisatoren, die die Widerstandsfähigkeit des Kunststoffes gegen hohe Temperaturen verbessern, als Verarbeitungshilfsmittel, die bei der Kunststoffherstellung zur Erleichterung der Formtrennung und Laminierung verwendet werden, als Schmier- und Gleitmittel, die den Reibungskoeffizienten (entweder während des Herstellungsprozesses des Kunststoffprodukts oder bei der Endanwendung) verringern, sowie für andere Funktionen, etwa als Lichtstabilisatoren oder als Treibmittel.

kosmetische Inhaltsstoffe<sup>4</sup> her, welche LSI und Italmatch weltweit an Abnehmer verkaufen; darüber hinaus sind Portfoliogesellschaften von Bain Capital und Cinven Capital nicht im Tätigkeitsbereich von LSI im EWR und der Schweiz aktiv.<sup>5</sup> Zum anderen stellt LSI Biozidprodukte für Hygiene-Endanwendungen her. Solche Produkte benötigt Diversey, Inc. (nachfolgend: Diversey), eine Portfoliogesellschaft von Bain Capital, für ihre Produktion von Reinigungs- und Hygieneprodukten sowie –systemen.

9. Betroffene Märkte mit Marktanteilsadditionen sind damit im EWR und der Schweiz einzig im Bereich der Herstellung und Lieferung von Polymeradditiven sowie von kosmetischen Inhaltsstoffen denkbar. Die WEKO hat sich mit diesen Bereichen teilweise bereits befasst. So definierte sie im Zusammenschlussverfahren *DSM/Roche Vitamine und Feinchemikalien* einen mindestens europaweiten Markt für kosmetische Inhaltsstoffe als relevanten Markt.<sup>6</sup> Im Zusammenschlussverfahren *Ineos AG/Solvay SA* liess sie offen, ob für ein bestimmtes Polymeradditiv (in casu Chlorparaffin) ein eigener sachlich relevanter Markt besteht, oder ob dieser weiter zu fassen ist.<sup>7</sup> Auch die Frage, ob diesbezüglich in räumlicher Hinsicht ein anderer als der weltweite Markt als relevanter Markt anzusehen wäre, liess sie mangels Einfluss auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung offen.<sup>8</sup>

10. Die Frage der konkreten Marktabgrenzung wird auch in casu offengelassen, da Bain Capital, Cinven Capital sowie LSI bei jeder plausiblen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in keinem Markt zusammen über einen Marktanteil von über 20 % verfügen. Insoweit liegt also kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

11. Zu prüfen bleibt mit Blick auf vertikale Beziehungen zwischen LSI und Diversey (vgl. oben Rz 8), ob betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition in den Bereichen von Biozidprodukten<sup>9</sup> für Hygiene-Endanwendungen (Tätigkeitsbereich von LSI) bzw. Reinigungs- und Hygieneprodukte für die Endanwendung (Tätigkeitsbereich von Diversey) vorliegen könnten. Die WEKO hat zu diesen Bereichen noch keine Entscheidpraxis. Die EU-Kommission geht im Bereich der Biozidproduktion in sachlicher Hinsicht nicht von einem alle Biozide umfassenden Markt aus, sondern von Marktsegmenten je nach Endanwendung; diese Märkte seien mindestens europaweit.<sup>10</sup> In Bezug auf Reinigungs- und Hygieneprodukte hielt sie in sachlicher Hinsicht fest, dass dieser Bereich allenfalls nach Sektoren oder Produktkategorien zu segmentieren sei; in räumlicher Hinsicht ging sie von einem mindestens nationalen Markt aus.<sup>11</sup>

12. Ob die vorgenannten Marktabgrenzungen für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses zu übernehmen sind, kann im Ergebnis offenbleiben, da Bain Capital, Cinven Capital und LSI bei jeder plausiblen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in keinem Markt im Bereich von Biozidprodukten bzw. Reinigungs- und Hygieneprodukten über einen Marktanteil von über 30 % verfügen. Somit liegen auch in Bezug auf Märkte ohne Marktanteilsadditionen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

13. Die vorläufige Prüfung ergibt folglich 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.

<sup>4</sup> Kosmetische Inhaltsstoffe sind chemische Substanzen, die bei der Herstellung von Kosmetika verwendet werden, einschliesslich Tensiden/Emulgatoren, Bestandteilen kosmetischer Öle, Wachsen, Polymeren, wasserlöslichen Pflanzenextrakten, Kühlmitteln, Sonnenschutzmitteln, Antischuppenmitteln, etc. Zu den kosmetischen Inhaltsprodukten gehört auch Ester.

<sup>5</sup> In Nordamerika beliefern LSI und Italmatch beide den Öl- und Gassektor mit Korrosionsinhibitoren.

<sup>6</sup> RPW 2003/2, 384 f. Rz 23 ff., *DSM/Roche Vitamine und Feinchemikalien*. Dies entspricht der Praxis in der EU; vgl. EU-KOMM, COMP/M.2926 vom 16.9.2002, Rz 29 f., *EQT/H&R/Dragoco*.

<sup>7</sup> RPW 2013/4, 692 Rz 78 ff., *Ineos AG/Solvay SA*. Die EU-Kommission hat in der Sache *Crompton/Great Lakes* in sachlicher Hinsicht eine Segmentierung des Bereichs der Polymeradditive in Segmente für primäre Antioxidanten, sekundäre Oxidanten und Lichtstabilisatoren erwogen; vgl. EU-KOMM, COMP/M.3805 vom 15.6.2015, Rz 9, *Crompton/Great Lakes*.

<sup>8</sup> RPW 2013/4, 692 Rz 81 ff., *Ineos AG/Solvay SA*.

<sup>9</sup> Biozidprodukte bestehen aus einer Vielzahl von Chemikalien, die in einer Reihe von Anwendungen eingesetzt werden, um Organismen, die andernfalls einen negativen Einfluss auf Prozesse, Produkte, Maschinen und Endverbraucher haben könnten, abzutöten oder deren Wachstum zu kontrollieren.

<sup>10</sup> EU-KOMM, COMP/M.5424 vom 8.1.2009, Rz 209 f., *Dow/Rohm and Haas*.

<sup>11</sup> EU-KOMM, COMP/M.6012 vom 25.11.2010, Rz. 17 ff. und 28, *CD&R/CVC/Univar*; EU-KOMM, COMP/M.2665 vom 4.3.2002, Rz 8 ff., *Johnson Professional Holdings/DiverseyLever*; EU-KOMM, IV/M.704 vom 20.3.1996, Rz 13 ff., *Unilever/Diversey*.

B 2	<b>6. Empfehlungen</b> Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	<b>1. Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen</b>

*Empfehlung vom 22. März 2021 in Sachen Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden*

## 1 Ausgangslage

1. Die vorliegende binnenmarktrechtliche Empfehlung behandelt zwei Konstellationen im **Bereich der Stromversorgung**, nämlich einerseits die Strombeschaffung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zum Eigenverbrauch sowie andererseits die Strombeschaffung von Verteilnetzbetreibern zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden. Hingegen werden die Bereiche der Stromproduktion und des Netzbetriebs nicht thematisiert.

2. Die **Strombeschaffung zur Versorgung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen** (nachfolgend: öffentliche Einrichtungen), wurde von den Entscheidungsträgern in den Kantonen und Gemeinden *bislang sehr unterschiedlich* gehandhabt.<sup>1</sup> Zur Diskussion steht in diesem Zusammenhang *insbesondere* die Stromversorgung von Verwaltungsgebäuden; die nachfolgenden Ausführungen gelten zudem aber etwa auch für Strombezüge für die Versorgung von öffentlichen Verkehrsmitteln. Aus der Datenbank auf simap.ch ist ersichtlich, dass kaum öffentliche Ausschreibungen für Strombezüge der öffentlichen Hand publiziert werden. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass in zahlreichen Kantonen und Gemeinden in solchen Konstellationen die Strombeschaffung nicht öffentlich ausgeschrieben wird, obwohl die Auftragswerte die Schwellenwerte übersteigen. Offenbar gingen in der Vergangenheit diverse Kantone und Gemeinden gestützt auf das bis Ende 2020 geltende Recht davon aus, dass sie ihre öffentlichen Einrichtungen trotz der Vorgaben des Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes<sup>2</sup> ohne öffentliche Ausschreibung vom örtlich zuständigen **Netzbetreiber** zu den Konditionen der Grundversorgung beliefern lassen konnten.<sup>3</sup>

3. Seit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes<sup>4</sup> im Jahr 2008 besteht im Bereich der **Endkundenversorgung** eine gesetzliche «Teilliberalisierung». Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (ca. 20-25 Haushalte)<sup>5</sup> haben ein **Recht auf Netzzugang** und können wählen, ob sie sich auf dem **freien Markt** von einem Stromlieferanten ihrer Wahl oder vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der **Grundversorgung** beliefern lassen möchten. Demgegenüber werden die festen

Endkundinnen und Endkunden mit einem tieferen jährlichen Verbrauch als 100 MWh durch den örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber als Monopolanbieter versorgt.<sup>6</sup>

4. Gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG sind die von den Kantonen eingesetzten Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Grundversorger verpflichtet, den in ihrem Netzgebiet angeschlossenen festen Endkundinnen und Endkunden und den Endkundinnen und Endkunden, die auf den

<sup>1</sup> So auch NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, Schriften zum Energierecht, Band 8, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIEBOLD/LUDIN), Rz 54.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>3</sup> Bspw. geht aus einer Medienmitteilung vom Dezember 2018 hervor, dass die Liegenschaften des **Kantons Thurgau** ohne öffentliche Ausschreibung mit Strom versorgt werden; <https://www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/35766> (1.3.2021).

Im Kanton **Basel-Stadt** werden die netzzugangsberechtigten Verwaltungsgebäude seit jeher in der Grundversorgung vom rechtlich selbstständigen Stadtwerk Industrielle Werke Basel (IWB) beliefert, welches sich im vollständigen Eigentum des Kantons befindet; <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100389/00000389349.pdf?t=155381515420190329001914>; <https://primenews.ch/articles/2019/03/basler-regie-rung-hat-keine-lust-auf-tiefere-strompreise> (1.3.2021).

Die Regierung des **Kantons Schwyz** hat sich im April 2014 auf eine entsprechende Anfrage im Kantonsparlament dahingehend geäußert, dass der Stromeinkauf für netzzugangsberechtigte Liegenschaften auf dem Markt stetig *geprüft* werde. Die Kantonsliegenschaften würden jedoch nach wie vor von den örtlichen Energieversorgern beliefert, die sich mehrheitlich im Besitz von Gemeinden und Bezirken befinden; [https://www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA\\_5\\_15\\_Strommarktpreise1429866587009.pdf](https://www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA_5_15_Strommarktpreise1429866587009.pdf) (1.3.2021).

Im **Kanton Freiburg** wurde bis Ende 2020 darauf verzichtet, den Strombezug für Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben; [http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fabb66f488ff/de\\_RCE\\_Q\\_2020-CE-164\\_Commande\\_lectricit\\_V01\\_def.pdf](http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fabb66f488ff/de_RCE_Q_2020-CE-164_Commande_lectricit_V01_def.pdf) (1.3.2021).

Demgegenüber wird der Einkauf von Strom im **Kanton Zürich** zur Versorgung von Verwaltungsgebäuden öffentlich ausgeschrieben; <https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2018/663/RRB-2018-0663.pdf> (1.3.2021).

Auch **die Stadt Luzern** scheint die Strombeschaffung öffentlich auszuschreiben, falls bei einer netzzugangsberechtigten kommunalen Liegenschaft der Schwellenwert von 250 000 Franken überschritten wird; [https://www.stadtluzern.ch/docn/2234231/Strombeschaffung\\_im\\_liberalisierten\\_Markt.pdf](https://www.stadtluzern.ch/docn/2234231/Strombeschaffung_im_liberalisierten_Markt.pdf) (1.3.2021).

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

<sup>5</sup> Gemäss den Angaben der Eidgenössischen Elektrizitätskommission verbraucht ein typischer Haushaltskunde (Kategorie H4: 5-Zimmer Wohnung mit Elektroherd und Tumbler, aber ohne Elektroboiler) jährlich rund 4500 kWh; vgl. Tätigkeitsbericht der ElCom 2019, 12; [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Tätigkeitsberichte (1.3.2021).

<sup>6</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 6 sowie Art. 13 StromVG.

Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu liefern.<sup>7</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die **Grundversorgung** mit Elektrizität als Teil des «Service public» eine **öffentliche Aufgabe** darstellt.<sup>8</sup> Die Grundversorgungstarife werden *einseitig* durch die Verteilnetzbetreiber festgelegt und durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) überwacht.<sup>9</sup> Zudem schliessen manche Verteilnetzbetreiber auch mit Endkundinnen und Endkunden sowie Lieferanten und Endversorgern im **freien Markt** Elektrizitätslieferverträge ab. Insofern stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen **Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden** im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

5. Aufgrund der im Jahr 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: GPA 2012), welche in der Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist<sup>10</sup>, wurden Anpassungen im nationalen und kantonalen Recht erforderlich. In diesem Rahmen haben der Bund und die Kantone in einem gemeinsamen **Revisionsprojekt** auch ihre Rechtsgrundlagen im Beschaffungsrecht soweit möglich parallel und inhaltlich aufeinander abgestimmt. Per 1. Januar 2021 wurden das Bundesgesetz<sup>11</sup> und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>12</sup> revidiert. Zudem wurde Ende November 2019 die mit dem Bundesbeschaffungsrecht abgestimmte revidierte *Interkantonale Vereinbarung* über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet (nachfolgend: IVöB 2019).<sup>13</sup> In diesem Kontext wurde auch das BGBM per 1. Januar 2021 angepasst. Die Regelungen in den revidierten Fassungen des BöB, der IVöB 2019 und des BGBM stimmen nun weitgehend überein.

6. Nachfolgend wird unter Berücksichtigung der neuen rechtlichen Vorgaben untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Strombezüge der Kantone, der Gemeinden und anderer Träger öffentlicher Aufgaben zum **Eigenverbrauch** sowie Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur **Belieferung von Endkundinnen und Endkunden** im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

## 2 Zuständigkeit der WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts

7. Die WEKO überwacht gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BGBM<sup>14</sup> unter anderem die Einhaltung des Binnenmarktrechts durch Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben wie etwa Private, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind. Sie kann zu diesem Zweck unter anderem Empfehlungen abgeben (vgl. Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM). Gegenstand einer Empfehlung können generell-abstrakte Normen aller Staatsebenen sein; dazu gehört auch die interkantonale Gesetzgebung.<sup>15</sup> Als Prüfungsmassstab kann die WEKO dabei nicht nur das BGBM, sondern auch das einschlägige Völkerrecht heranziehen.<sup>16</sup> Empfehlungen können sich zudem auch – wie vorliegend – zu Umsetzungsfragen von Erlassen äussern.<sup>17</sup> Schliesslich werden Empfehlungen als Grundlage für das Erheben von Beschwerden durch Betroffene oder durch die WEKO verwendet (unten, Rz 9).

8. Art. 5 BGBM enthält **Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben**, die neben der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>18</sup> und dem kantonalen Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangen. Diese Mindeststandards des BGBM umfassen etwa den Anspruch auf **diskriminierungsfreien** Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten sowie eine **Publikationspflicht** für **umfangreiche** Beschaffungen in solchen Fällen.<sup>19</sup> Gegenstand der vorliegenden Empfehlung der WEKO bildet die Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von Art. 5 BGBM. Hingegen richten sich Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern *auf Bundesebene* nach dem BöB und nicht nach dem BGBM, weshalb die WEKO in diesem Bereich über keine Zuständigkeit verfügt (so etwa Beschaffungen der Übertragungsnetzbetreiberin Swissgrid AG zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss der Stromversorgungsgesetzgebung). Die nachfolgenden Ausführungen hinsichtlich der Vorgaben und des Vorrangs des *internationalen* Beschaffungsrechts (unten, Rz 10-22) sind aber auch für öffentliche Auftraggeber auf Bundesebene von Bedeutung.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 5 und 6 Abs. 1 StromVG.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_305/2017 des BGER vom 18.1.2018, E. 5.2.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG.

<sup>10</sup> Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30.3.2012 (SR 0.632.231.422). Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA im nationalen Recht umzusetzen.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019 (BöB; SR 172.056.1).

<sup>12</sup> Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12.1.2020 (VöB; SR 172.056.11).

<sup>13</sup> Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind. In diversen Kantonen wurden bereits vor Ende 2020 Beitrittsverfahren eingeleitet. Es ist daher damit zu rechnen, dass die IVöB 2019 im Laufe des Jahres 2021 in Kraft treten wird und ihr im Laufe der Zeit sämtliche Kantone beitreten werden. Der aktuelle Stand der kantonalen Beitrittsverfahren zur IVöB 2019 ist auf der Webseite der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) auf einer Übersichtsliste ersichtlich; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

<sup>14</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2000/2, 270 Rz 1 ff., *Empfehlungen nach Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17.4.2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1.2.2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH – EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK)*.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM 5; VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 8 LMI N 10 f.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2012/2, 438 Rz 1 ff., *Empfehlung vom 27.2.2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur*; RPW 2016/3, 795 Rz 1 ff., *Empfehlung vom 26.9.2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern*.

<sup>18</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994/15.3.2001 (IVöB).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 5 BGBM; vgl. zur Publikationspflicht im Geltungsbereich des Vergaberechts auch unten, Rz 53 f.



9. Gestützt auf Art. 9 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, gegen die ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde besteht. Gestützt auf das BGBM kommt dabei sowohl den von einer potenziellen Marktzugangsbeschränkung betroffenen Personen als auch der WEKO ein Beschwerderecht zu.<sup>20</sup> Die WEKO hat somit das Recht, gegen **binnenmarktwidrige** Beschaffungen Beschwerde zu erheben.<sup>21</sup> Das Diskriminierungsverbot in Art. 5 Abs. 1 BGBM verpflichtet die unterstellten öffentlichen Auftraggeber, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht zu benachteiligen.<sup>22</sup> Als typischer Verstoss gegen Art. 5 BGBM gilt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, beispielsweise weil in unzulässiger Weise ein beschaffungsrechtlicher Ausnahmestatbestand angerufen wird. Auch Verstösse gegen fundamentale Grundsätze des Beschaffungsrechts – wie etwa gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot – stellen gleichzeitig einen Verstoss gegen Art. 5 BGBM dar, etwa wenn das falsche Vergabeverfahren gewählt und auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet wird.<sup>23</sup>

### 3 Vergaberechtliche Anforderungen für den Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber

#### 3.1 Staatsvertragliche Vorgaben

##### 3.1.1 Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch

10. Die Schweiz hat sich für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (nachfolgend: GPA 1994)<sup>24</sup> verpflichtet, öffentliche Ausschreibungen durchzuführen sowie Anbieterinnen mit Sitz in einem GPA-Vertragsstaat zur Offertstellung zuzulassen und nicht zu diskriminieren.<sup>25</sup> Regulierungszweck des GPA ist unter anderem die *Öffnung* der Märkte und die Gewährung des *diskriminierungsfreien* Marktzutritts.<sup>26</sup>

11. Der **subjektive Geltungsbereich** des bis Ende Dezember 2020 in der Schweiz geltenden GPA 1994 umfasst die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung (Anhang I, Annex 1) sowie auf **kantonomer Ebene** die *Verwaltungseinheiten* und die *kantonalen Einrichtungen des öffentlichen Rechts* (Anhang I, Annex 2) als öffentliche Auftraggeber. Im Verhältnis mit der EU gilt das Bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: BAöV)<sup>27</sup>. Dieses dehnt den Geltungsbereich des GPA 1994 *im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten* auf Beschaffungen durch die Verwaltungseinheiten auf **Stufe Bezirke und Gemeinden sowie Sektorenauftraggeber** in den Bereichen Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung aus (wobei die Stromversorgung bereits dem GPA untersteht; unten, Rz 15). Überdies werden vom BAöV auch **private Sektorunternehmen** erfasst.<sup>28</sup>

12. Die Schweiz hat zu Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA 1994 jeweils folgende Anmerkungen gemacht: « *Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par les entités énumérées dans cette annexe et*

*portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* » In der Lehre und Praxis ist umstritten, ob die Anmerkungen so zu verstehen sind, dass Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern in den genannten Sektoren **per se** nicht in den Geltungsbereich des Abkommens fallen sollen<sup>29</sup>, oder ob in den betreffenden **Sektorbereichen** die öffentlichen Auftraggeber ihre Beschaffungen **nach den Regeln von Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994** (unten, Rz 15 ff.) zu tätigen haben. Im letzteren Fall wäre für eine Freistellung der Schweiz für den Einkauf von Strom vorausgesetzt, dass es sich beim öffentlichen Auftraggeber um einen **Sektorenauftraggeber**<sup>30</sup> handelt, der selber im Bereich der Energieversorgung tätig ist.<sup>31</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2014 in einem obiter dictum festgehalten, dass die Anmerkung zu Annex 1 *nicht automatisch* dazu führe, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA 1994 ausgenommen sei.<sup>32</sup> Unter Berücksichtigung dieses Urteils unterstanden die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber somit in Bezug auf den Einkauf von Strom zum Eigenverbrauch dem bis Ende 2020 geltenden GPA 1994. Allerdings gingen diverse Behörden aufgrund ihrer langjährigen Praxis offenbar davon aus, dass aufgrund der Formulierungen in Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA

<sup>20</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM.

<sup>21</sup> Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (zit. Botschaft zum rev. BöB), BBl 2017 1851 ff., 1978 f.

<sup>22</sup> Vgl. 5 Abs. 1 BGBM.

<sup>23</sup> BGE 141 II 113 E. 3.1.5.

<sup>24</sup> AS 1996 609; BBl 1994 IV 1.

<sup>25</sup> Vgl. Art. VII GPA 1994.

<sup>26</sup> Vgl. Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, Musterbotschaft Version 1.0 vom 16. Januar 2020 (zit. Musterbotschaft zur IVöB 2019), 7 f.; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

<sup>27</sup> Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68; nachfolgend: BAöB), in Kraft getreten am 1.6.2002.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 BAöB.

<sup>29</sup> In diesem Sinne bspw. ein älteres Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VB.2000.00406) vom 6.6.2001, E. 4a; kritisch hierzu: DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 38.

<sup>30</sup> Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 regelt die *subjektive* Unterstellung der Sektorenauftraggeber unter das Abkommen. Als Sektorenauftraggeber gelten gemäss Annex 3 GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Die Erläuterungen in Abs. II in Annex 3 halten präzisierend fest, dass der *Strombereich* Sektorenauftraggeber umfasst, die gemäss dem Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734) über ein *Enteignungsrecht* verfügen oder gestützt auf das Wasserrechtsgesetz oder das Kernenergiegesetz elektrische Energie *erzeugen*. Das Enteignungsrecht ist in den Art. 43 ff. EleG geregelt.

<sup>31</sup> Bspw. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 52, sprechen sich für diese Betrachtungsweise aus. In diesem Sinne zudem MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch), Rz 969 und 984.

<sup>32</sup> Urteil des BVerG B-4288/2014 vom 25.9.2014, E. 3.6.2.

1994 *sämtliche* Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen waren.<sup>33</sup>

13. Das revidierte **GPA 2012** ist in der Schweiz im Zuge mit der Totalrevision des BÖB auf den 1. Januar 2021 in Kraft getreten (oben, Rz 5). Dieses gilt für öffentliche Auftraggeber des Bundes (Anhang I, Annex 1) und der **Kantone** (Anhang I, Ziff. 1 zu Annex 2). Öffentliche Auftraggeber auf **Bezirks- und Gemeindeebene** sind unter dem GPA 2012 verpflichtet, zumindest EU/EFTA-weit auszuschreiben (vgl. Anhang I, Ziff. 2 zu Annex 2 und Ziff. 1 zu Annex 7.A).<sup>34</sup> Das GPA 2012 gilt *nicht* für Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen, die nur bei Einrichtungen mit einem **ausschliesslichen Recht** getätigt werden können; zum Beispiel für die **Beschaffung von Energie**.<sup>35</sup> In der Botschaft zum GPA 2012 ist festgehalten, dass die bestehenden Anmerkungen zu Annex 1 und Annex 2 zum Anhang I des GPA 1994 im Rahmen des GPA 2012 durch diese neue Formulierung **ersetzt** wurden.<sup>36</sup> Aus der neuen Formulierung geht nun eindeutig hervor, dass die dem GPA unterstellten öffentlichen Auftraggeber bei Beschaffungen von Leistungen im Bereich der Energieversorgung **nicht generell** von der Anwendung des GPA 2012 freigestellt sind. Eine Ausnahme ist nur einschlägig, wenn die betreffende Leistung aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen **zwingend** nur von einem **Monopolanbieter** erbracht werden darf.

14. Entsprechend ist der **Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 öffentlich auszuschreiben, sofern es sich bei der zu versorgenden öffentlichen Einrichtung um eine Endkundin handelt, die ihren Stromanbieter auf dem Markt **frei** wählen **kann**. Auf öffentliche Auftraggeber, die als Endkundinnen und Endkunden ohne freie Anbieterwahl in einem *Versorgungsmonopol* beliefert werden, ist das GPA 2012 – wie vorstehend erwähnt – nicht anwendbar.

### 3.1.2 Beschaffung von Strom durch Verteilnetzbetreiber zur Endkundenversorgung

15. Als **Sektorauftraggeber** gelten gemäss Annex 3 zu Anhang I GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Hingegen wird der Einkauf von Strom durch *private* Unternehmen als Sektorauftraggeber vom GPA nicht erfasst.<sup>37</sup> Verteilnetzbetreiber sind aufgrund der Vorgaben im StromVG für die Belieferung von festen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet in der Grundversorgung verantwortlich.<sup>38</sup> Mangels Vorgaben im Bundesrecht zur rechtlichen Entflechtung der Monopoltätigkeiten von den übrigen Tätigkeiten eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EVU) dürfen Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Endversorger zudem auch freie Endkundinnen und Endkunden mit Strom beliefern. Bei **Verteilnetzbetreibern** handelt es sich somit um Sektorauftraggeber im Bereich der Energieversorgung im Sinne des GPA. Wie erwähnt dehnt das BAöB den Geltungsbereich des GPA im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf private Sektorunternehmen aus (oben, Rz 11). Die Beschaffung von Strom durch Sektorauftraggeber ist vom Geltungsbereich des BAöB

jedoch ausgenommen, da sie bereits in den Geltungsbereich des GPA fällt.<sup>39</sup>

16. Bis Ende 2020 profitierten *sämtliche* öffentlichen Auftraggeber von einer in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 statuierten Ausnahme, sofern sie im Rahmen einer **Sektorentätigkeit** Gegenstände zur **unter Wettbewerbsbedingungen** erfolgenden Weiterveräußerung oder Gebrauchsüberlassung beschafften. Das galt aber nur, sofern der Sektorauftraggeber mit Bezug auf diese Veräußerung oder Vermietung über **keine besonderen oder ausschliesslichen Rechte** verfügte, andere einen analogen Gegenstand also ungehindert zu vergleichbaren Konditionen veräußern oder vermieten durften.<sup>40</sup> In der Schweiz wird die Stromlieferung den grundversorgten Endkundinnen und Endkunden über *staatlich administrierte* Tarife, die auf den *Gestehungskosten* basieren, in Rechnung gestellt.<sup>41</sup> Die Weiterveräußerung erfolgt insofern *nicht* unter Wettbewerbsbedingungen, wie dies für das Vorliegen dieser Ausnahme erforderlich wäre. **Sektorauftraggeber** waren jedoch gestützt auf die **allgemeine Ausnahme in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994** mit Bezug auf die Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Strom nicht dem GPA unterstellt (oben, Rz 12). Somit befanden sich Sektorauftraggeber im Bereich der Energieversorgung – und damit auch Strombeschaffungen zur Endkundenversorgung durch Verteilnetzbetreiber – **bis Ende 2020 nicht im Geltungsbereich des GPA**.

17. Diese **Ausnahmen für Strombeschaffungen durch Sektorauftraggeber** gemäss Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 sind im revidierten GPA 2012 nicht mehr enthalten. Stattdessen enthält Annex 3 für die Schweiz neu eine Ausnahmeklausel, wonach Aufträge, die von den Beschaffungsstellen bei der Durchführung einer in Annex 3 aufgezählten Sektortätigkeit vergeben werden, vom Geltungsbereich des GPA 2012 *ausgenommen*

<sup>33</sup> Als Beispiel kann der Kanton Freiburg genannt werden, der bis Ende 2020 darauf verzichtete, den Strom für öffentlichen Zwecken dienende Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben (vgl. Fn 3): In seiner Antwort vom 1.9.2020 zur parlamentarischen Anfrage Defferrard Francine/Dafflon Hubert (2020-CE-164), Öffentliche Körperschaften: Strombeschaffung und öffentliches Beschaffungswesen führte der Staatsrat aus, dass die Rechtslage betreffend den Gehalt der Ausnahmen vom Geltungsbereich des GPA 1994 unsicher sei. Diese Unsicherheit werde erst mit dem Inkrafttreten des GPA 2012 beseitigt; vgl. zudem die weitere in Fn 3 erwähnte kantonale und kommunale Praxis, die sich aufgrund der einzuhaltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nur mit einem solchen Verständnis des Geltungsbereichs des GPA 1994 erklären lässt.

<sup>34</sup> Gemäss Anhang 1, Ziff. 2 zu Annex 2 verpflichtet sich die Schweiz zur Einhaltung der Vorgaben des GPA 2012 in Bezug auf Behörden oder zentrale und dezentrale Verwaltungseinheit auf *Bezirks- und Gemeindeebene*. In Ziff. 1 zu Annex 7.A *beschränkt* die Schweiz den Geltungsbereich des GPA 2012 auf öffentliche Auftraggeber auf Bezirks- und Gemeindeebene im Verhältnis zu den *EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie Armenien*.

<sup>35</sup> Vgl. Annex 7.B Ziff. 2 GPA 2012.

<sup>36</sup> Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017 (zit. Botschaft zum GPA 2012), BBl 2016 2052 ff., 2104.

<sup>37</sup> Vgl. Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994, wo lediglich von *öffentlichen* Sektorauftraggebern die Rede ist.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 7 sowie Anhang VIII Bst. f BAöB.

<sup>40</sup> Vgl. Anmerkung 2 zu Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 6 und 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG sowie Art. 4 StromVV.

sind, wenn diese Tätigkeit dem **uneingeschränkten Wettbewerb** des Marktes ausgesetzt ist. Die Verteilnetzbetreiber sind somit gestützt auf das GPA 2012 verpflichtet, Strombezüge zur Versorgung von **nicht netzzugangsberechtigten** Endkundinnen und Endkunden nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu tätigen; die Verteilnetzbetreiber agieren diesbezüglich als Monopolanbieter und die betreffenden Tätigkeiten unterstehen nicht dem freien Wettbewerb.<sup>42</sup>

18. Warenbezüge im Hinblick auf den **gewerblichen Verkauf** oder Wiederverkauf sind hingegen **generell** vom Geltungsbereich des GPA 2012 ausgenommen.<sup>43</sup> Somit wird lediglich der Strombezug von Verteilnetzbetreibern, der von diesen **ausschliesslich an freie** Endkundinnen und Endkunden weiterverkauft wird, nicht vom Geltungsbereich des GPA 2012 erfasst. Diese Ausnahme wird mit dem Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt begründet.<sup>44</sup>

## 3.2 Vorgaben im nationalen Recht

### 3.2.1 Berücksichtigung der internationalen Vorgaben bei der Rechtsanwendung

19. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV<sup>45</sup> müssen der Bund und die *Kantone* das Völkerrecht beachten. Die Schweiz gehört zu den Staaten mit einer monistischen Tradition. Das Völkerrecht erlangt somit *unmittelbare* Geltung, ohne dass es in die innerstaatliche Rechtsordnung überführt werden müsste.<sup>46</sup> Eine völkerrechtliche Bestimmung ist *unmittelbar* anwendbar («self-executing»), wenn sie einen Bezug zu Rechten und Pflichten von Privatpersonen hat und justiziabel ist; d. h. genügend präzise ist, um in einem konkreten Fall die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können. Wenn sie sich zusätzlich an die *rechtsanwendenden* Behörden richtet, können diese die Norm *direkt* anwenden. Als *nicht direkt* anwendbar («non-self-executing») gelten dagegen Normen *programmatischer* Natur oder Bestimmungen, welche sich an den Staat als Ganzes richten. Sie müssen vom *innerstaatlichen Gesetzgeber* – in der Regel vom Parlament – noch *konkretisiert* werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten zu begründen vermögen.<sup>47</sup>

20. Grundsätzlich geht das Völkerrecht dem Landesrecht vor, wobei die innerstaatlichen Behörden die Vorgaben im nationalen Recht, wenn immer möglich, *völkerrechtskonform* auszulegen haben.<sup>48</sup> Diese Verpflichtung gilt für *alle* staatlichen Organe auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene<sup>49</sup> und umfasst nicht nur das Bundesrecht, sondern insbesondere auch das kantonale Recht und das Gemeinderecht.<sup>50</sup>

21. Die Schweiz hat als Mitgliedstaat des GPA 2012 seine Gesetzgebung den im revidierten Abkommen enthaltenen Vorgaben anzupassen.<sup>51</sup> Die IVöB 2019 setzt die sich aus den Staatsverträgen ergebenden Verpflichtungen um. In diversen Kantonen laufen zurzeit die Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB 2019, welche die Änderungen aufgrund der Revision des Bundesrechts und des GPA 2012 berücksichtigt. Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind.<sup>52</sup> Für Kantone, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die ursprüngliche Fassung der IVöB.<sup>53</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Kantone zeitnah den Beitritt zur IVöB 2019 beschliessen werden,

zumal sie diese im November 2019 *einstimmig* verabschiedet haben.<sup>54</sup>

22. Bei den Bestimmungen im GPA 2012 zum objektiven und subjektiven *Geltungsbereich* (Art. II) sowie zur Durchführung von *Ausschreibungen* (Art. VII) handelt es sich um Normen, die sich *direkt* an die *öffentlichen Auftraggeber* richten. Diese Bestimmungen sind *unmittelbar anwendbar*.<sup>55</sup> Sie gelten für die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden somit **bereits vor dem Beitritt zur IVöB 2019** und deren Umsetzung in den für sie relevanten kantonalen und kommunalen Rechtsordnungen. Der Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen darf somit *nicht enger* gefasst sein als der Geltungsbereich des GPA 2012. Hingegen ist es dem Bund und den Kantonen freigestellt, den Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht *weiter* zu fassen als den Geltungsbereich der Staatsverträge.

### 3.2.2 Objektiver Geltungsbereich

23. Gemäss der Lehre und Rechtsprechung ist der **Einkauf von Strom** durch einen öffentlichen Auftraggeber als öffentlicher **Lieferauftrag** zu qualifizieren.<sup>56</sup> Dies entspricht auch der ständigen Praxis des EuGH.<sup>57</sup> Lieferaufträge unterstehen sowohl auf Bundesebene als

<sup>42</sup> Die Beurteilung der Frage, ob eine Tätigkeit in einem wettbewerblichen Umfeld ausgeübt wird, fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich einer einzelnen Beschaffungsstelle. Darüber entscheidet der Bundesrat; vgl. Art. 7 IVöB 2019, Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBI 2017 2052 ff., 2106.

<sup>43</sup> Vgl. Art. II Ziff. 2(a)(ii) GPA 2012.

<sup>44</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBI 2017 1851 ff., 1903.

<sup>45</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>46</sup> BGE 127 II 177 E. 2c.

<sup>47</sup> Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16.10.2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20.11.2008 (zit. Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht), BBI 2009 2263 ff., 2286; BGE 145 I 308 E. 3.4.1; BGE 140 II 185 E. 4.2; BGE 136 I 297 E. 8.1; BGE 133 I 286 E. 3.2.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 BV; Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2288.

<sup>49</sup> Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2305.

<sup>50</sup> Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2307.

<sup>51</sup> Vgl. Art. XXII Ziff. 4 GPA 2012.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 1 IVöB 2019.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 2 IVöB 2019.

<sup>54</sup> Medienmitteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) vom 18.11.2019; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

<sup>55</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBI 2017 1851 ff., 1860 f.; Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBI 2017 2052 ff., 2101 f.; ausführlich zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Bestimmungen des GPA 1994 und des GPA 2012: Urs Saxer, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Handbuch Beschaffungsrecht), Einführung in den internationalen Kontext, Rz 16 ff.

<sup>56</sup> BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 969 und 984; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013 (zit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), Rz 219; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30.8.2016, E. 3.3.2.

<sup>57</sup> Urteil EuGH vom 27.4.994 (C-393/92), Rz 28, *Gemeente Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmij*; Urteil EuGH vom 4.12.2003 (C-448/01), *EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich*.

auch auf kantonaler Ebene den Regeln des Beschaffungsrechts.<sup>58</sup> Für Beschaffungen auf Bundesebene kommt das BöB zur Anwendung. Das BGBM gilt für Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene.<sup>59</sup> Art. 5 Abs. 2 BGBM sieht vor, dass **umfangreiche öffentliche Einkäufe**, Dienstleistungen und Bauten in einem **Ausschreibungsverfahren** erfolgen *müssen* und Anbieterinnen **mit Sitz in der Schweiz** nicht diskriminiert werden dürfen.

24. In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 5 BGBM *sämtliche* Beschaffungsgegenstände. Der Begriff «öffentlichen Beschaffungen» im BGBM deckt sich mit demjenigen des öffentlichen Auftrags, wie sich dieser aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt und neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich festgehalten ist.<sup>60</sup> Demnach liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn das Gemeinwesen, das auf dem freien Markt als «Nachfrager» auftritt und die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erforderlichen Mittel gegen Bezahlung eines Preises oder eine andere Form der Entschädigung erwirbt.<sup>61</sup> Eine Ausnahme für den Einkauf von Strom als öffentlicher Lieferauftrag ist im BGBM nicht vorgesehen. Der sachliche und persönliche Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist somit *weiter* gefasst als der Geltungsbereich des GPA 1994. In der Literatur und Praxis wird deshalb die Meinung vertreten, dass der Einkauf von Strom bereits nach bis Ende 2020 geltendem Recht *unabhängig von einer allfälligen Ausnahme im GPA 1994* (oben, Rz 12) der Ausschreibungspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM unterstand.<sup>62</sup>

25. Die IVöB und das kantonale Recht haben die Vorgaben des Bundesrechts zur berücksichtigen. Der Stromeinkauf fällt als *öffentlicher Lieferauftrag* auch in den Anwendungsbereich der IVöB resp. der IVöB 2019.<sup>63</sup> Lieferaufträge, welche den Schwellenwert erreichen, sind auch gestützt auf die IVöB öffentlich auszuschreiben.<sup>64</sup> Wie gemäss dem GPA 2012 ist lediglich die Beschaffung von Leistungen für den **gewerblichen** Verkauf oder Wiederverkauf vom Anwendungsbereich der IVöB freigestellt.<sup>65</sup> In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts für **Sektorenauftraggeber** gemäss Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 (oben, Rz 15) auch für das *kantonale* Recht zu beachten war, obwohl solches in der IVöB nicht ausdrücklich erwähnt wird.<sup>66</sup> Da diese Ausnahme mit dem GPA 2012 weggefallen ist, herrscht insofern Rechtssicherheit, dass sie bei der Anwendung des Beschaffungsrechts durch die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber ab dem 1. Januar 2021 nicht mehr zu beachten ist. Die IVöB findet zudem keine Anwendung, falls die öffentlichen Auftraggeber Leistungen von *Anbietern* beschaffen, denen ein **ausschliessliches Recht** zur Erbringung solcher Leistungen zusteht.<sup>67</sup> Diese Ausnahme vom objektiven Geltungsbereich ergibt sich im Übrigen bereits gestützt auf das GPA 2012 (oben, Rz 13).

26. Hieraus ergibt sich, dass *Strombeschaffungen* einer öffentlichen Auftraggeberin, die in ihrer Rolle als *Endkundin* ihren Stromlieferanten im freien Markt wählen *kann*, in den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM fallen (ausführlich zum Verhältnis zwischen den beschaffungs- und binnenmarktrechtlichen Vorgaben sowie dem im StromVG vorgese-

henen Wahlrecht für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden: unten, Rz 32-41). Zudem sind *Strombeschaffungen* durch Verteilnetzbetreiber zur *Versorgung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung*, die den Anbieter nicht wählen können, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB öffentlich auszuschreiben.

### 3.2.3 Subjektiver Geltungsbereich

27. Im subjektiven Geltungsbereich des BGBM befinden sich die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (oben, Rz 8). Der subjektive Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist im Kontext mit dem internationalen (GPA) und interkantonalen Beschaffungsrecht (IVöB) zu eruieren.<sup>68</sup> Die IVöB unterscheidet zwischen einem *Staatsvertragsbereich* und einem Binnenbereich. Im Staatsvertragsbereich unterstehen der IVöB die *Behörden* sowie zentrale und *dezentrale Verwaltungseinheiten* auf **Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene**, einschliesslich der *Einrichtungen des öffentlichen Rechts*<sup>69</sup>, sofern diese **keine gewerblichen Tätigkeiten** ausführen. Weiter unterstehen der IVöB Behörden und Unternehmen als **Sektorenauftraggeber** im Rahmen von Aufträgen für ihre Kerntätigkeit – etwa im Bereich der Energieversorgung – sowie weitere öffentliche Auftraggeber gemäss den entsprechenden Staatsverträgen.<sup>70</sup> Die IVöB ist zudem auch auf **private Sektorunternehmen** anwendbar. Ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen haben die Kantone und Gemeinden die Vorgaben des BGBM zu beachten. Im *Binnenbereich* unterstehen der IVöB andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben hinsichtlich ihrer nicht-gewerblichen Tätigkeiten sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.<sup>71</sup>

<sup>58</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. b BöB; Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 BöB und Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019.

<sup>61</sup> BGE 135 II 49 E. 4; BGE 125 I 209 E. 6b.

<sup>62</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 61 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 987, 996 und 997 ff.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b, Art. 7 sowie Anhänge 1 und 2 IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b sowie Anhänge 1 und 2 IVöB 2019.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB 2019.

<sup>66</sup> BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 571.

<sup>67</sup> Dies ist neuerdings in Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB 2019 explizit vorgesehen. Im bis Ende 2020 geltenden Recht wurde diese Ausnahme von der Lehre aus Art. 3 Abs. 3 BGBM abgeleitet; vgl. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 58.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

<sup>69</sup> Laut der **Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I des GPA 2012** umfasst dieser Begriff «**Einrichtungen**», (i) die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, (ii) die Rechtspersönlichkeit besitzen und (iii) deren Tätigkeit überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB und Art. 4 Abs. 1-3 IVöB 2019.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 IVöB und Art. 4 Abs. 4 IVöB 2019.

28. Somit unterstehen die Kantone, die Gemeinden, die Sektorenauftraggeber sowie die kantonalen und kommunalen Träger von öffentlichen Aufgaben, die Strom zum *Eigenverbrauch* einkaufen, auch in persönlicher Hinsicht dem kantonalen Beschaffungsrecht und dem BGBM. Gleiches für die öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber, die in ihrem Netzgebiet für die Grundversorgung verantwortlich sind, da es sich bei der Grundversorgung um eine *öffentliche* Aufgabe handelt.<sup>72</sup> Zudem sind die Verteilnetzbetreiber im Bereich der Energieversorgung als Sektorenauftraggeber tätig.

### 3.3 Fazit

29. Der Einkauf von Strom untersteht als öffentlicher Lieferauftrag dem Geltungsbereich des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts sowie Art. 5 BGBM.

30. Sofern Strom zum **Eigenverbrauch** von kantonalen oder kommunalen Behörden, zentralen oder dezentralen Verwaltungseinheiten sowie Privaten als Trägern von öffentlichen Aufgaben auf dem **freien Markt** bezogen werden kann, sind diese als öffentliche Auftraggeber nach den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie in Art. 5 BGBM *verpflichtet*, den **Stromeinkauf öffentlich auszuschreiben**. Die per 1. Januar 2021 erfolgten Änderungen im nationalen Recht aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 führen im Sinne einer *Klärung der Rechtslage* zum Schluss, dass Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch künftig *unbestrittenermassen* öffentlich ausgeschrieben werden müssen, sofern der massgebliche beschaffungsrechtliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt. Für die Geltung der beschaffungsrechtlichen Vorgaben ist einzig vorausgesetzt, dass der Strom für den betreffenden Endkunden auf dem *freien Markt* bezogen werden kann und zur Erbringung von **nicht-gewerblichen** Tätigkeiten dient. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber gestützt auf das StromVG kein Recht auf Netzzugang hat, ist das Beschaffungsrecht nicht anwendbar und der betreffende Endkunde wird stattdessen durch den für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der Grundversorgung beliefert (hierzu ausführlich unten, Rz 32-41).

31. Auch die **öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber** sind gestützt auf die internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben sowie Art. 5 BGBM *verpflichtet*, **Strombezüge zum Weiterverkauf an ihre festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung** öffentlich auszuschreiben. Das BAöB dehnt den Geltungsbereich des GPA 2012 im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf *private* Verteilnetzbetreiber aus. Nur Strombezüge, die an Endkundinnen und Endkunden im **freien Markt** weiterverkauft werden, müssen nicht öffentlich ausgeschrieben werden.<sup>73</sup> Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung müssen gestützt auf das nationale Recht folglich auch von Verteilnetzbetreibern öffentlich ausgeschrieben werden, sofern der massgebliche Schwellenwert erreicht ist und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

## 4 Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht

### 4.1 Hintergrund für die Fragestellung

32. Nachfolgend wird das Verhältnis zwischen den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie im BGBM und jenen zum Netzzugang im Stromversorgungsrecht näher beleuchtet. Gestützt auf das GPA 2012, Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB sind die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden zur Ausschreibung von Strombezügen zum *Eigenverbrauch* verpflichtet, falls der Auftragswert den massgeblichen beschaffungsrechtlichen Schwellenwert erreicht (unten, Rz 45) und kein gesetzlich anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (unten, Rz 55-62). Demgegenüber haben die freien Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh gestützt auf die Stromversorgungsgesetzgebung ein *Wahlrecht*, ob sie in der Grundversorgung verbleiben wollen oder ob sie den Strom auf dem Markt von einem Anbieter ihrer Wahl beziehen möchten.<sup>74</sup>

33. Somit stellt sich die Frage, ob sich auch ein netzzugangsberechtigter öffentlicher Auftraggeber – *trotz der sich aus dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie dem BGBM ergebenden Verpflichtung zur Ausschreibung von öffentlichen Stromlieferaufträgen* – gestützt auf Art. 6 StromVG vom für die *Grundversorgung* zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen darf und den Strombezug zum Eigenverbrauch nicht zwingend öffentlich ausschreiben muss resp. ob das *Wahlrecht* für freie Endkundinnen und Endkunden im StromVG der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht *vorgeht*.

### 4.2 Auslegung

34. Das Beschaffungsrecht verfolgt das Ziel, dass der Staat seine Einkäufe von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen im *wettbewerblichen* Umfeld tätigt. In diesem Sinne bezwecken das BöB und die IVöB 2019 den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen.<sup>75</sup> Im Unterschied zu privaten Marktteilnehmern agiert der Staat beim Einkauf

<sup>72</sup> BGE 144 III 111 E. 5.2.

<sup>73</sup> Auch der Verband der Schweizer Elektrizitätsversorgungsunternehmen (VSE) vertritt die Auffassung, dass für Strombezüge der Verteilnetzbetreiber zur Versorgung ihrer Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung zumindest ab dem 1.1.2021 das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt; vgl. VSE, Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche vom 24.2.2020 (zit. VSE, Q&A), 2; [http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE\\_FAQ-Beschaffungsrecht\\_in\\_der%20Energiebranche\\_Stand\\_24022020.pdf](http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE_FAQ-Beschaffungsrecht_in_der%20Energiebranche_Stand_24022020.pdf) (1.3.2021).

<sup>74</sup> Vgl. Art. 6 und 13 StromVG sowie Art. 11 Abs. 2 StromVV; Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.3.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 2 BöB und Art. 2 IVöB 2019.

von Gütern und Dienstleistungen auf dem Beschaffungsmarkt ohne Wettbewerbsdruck. Der fehlende Wettbewerbsdruck kann dazu führen, dass sich der Staat beim Einkauf nicht zwingend an wirtschaftlichen, sondern an sachfremden Kriterien orientiert. Die Instrumente des Beschaffungsrechts kompensieren gewissermassen den Wettbewerbsdruck, indem sie den Staat verpflichten, seine Einkäufe öffentlich auszuschreiben. Die öffentliche Ausschreibung soll gewährleisten, dass das effizienteste Unternehmen den Zuschlag für die Ausführung des öffentlichen Auftrags erhält.<sup>76</sup>

35. Gerade in Bezug auf grössere Städte und die Kantone als öffentliche Auftraggeber, die regelmässig an einem oder mehreren lokalen EVU beteiligt sind, besteht je nach Konstellation kein Anreiz, *von sich aus* als Endkunde in den freien Markt einzutreten: Die Stromkosten für die Versorgung der öffentlichen Einrichtungen werden durch Steuergelder finanziert. Strombezüge in der Grundversorgung sind für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden in der Regel teurer als Lieferungen auf dem freien Markt. Die daraus resultierenden Gewinne können regelmässig solche EVU als Verteilnetzbetreiber und angestammte Versorger einnehmen, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist oder die ihm politisch nahestehen. EVU, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, könnten Dividenden an ihre Eigentümer ausschütten, die von zu nicht marktkonformen Konditionen abgenommenen Stromlieferungen stammen und mit Steuergeldern finanziert wurden. Dies ist nicht im Sinne der Ziele des Beschaffungsrechts und wäre für die Entwicklung des Wettbewerbs im Bereich der Stromversorgung kontraproduktiv.

36. In Art. 1 Abs. 1 StromVG ist festgehalten, dass das StromVG die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen *wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt* schaffen soll. In der Botschaft zum damaligen Erlass des StromVG von Ende 2004 wurde festgehalten, dass es das Ziel des StromVG sei, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit auch in einem *liberalisierten Umfeld*, mit Rechtssicherheit für Investitionen, zu gewährleisten. Unter der Prämisse der Versorgungssicherheit sollten *Anreize für mehr Wettbewerb* geschaffen werden.<sup>77</sup> Eine weitergehende Begründung für die Konstituierung der Grundversorgung findet sich in der Botschaft nicht. Im Gesetzesentwurf der Verwaltung war die Grundversorgung für feste Endkundinnen und Endkunden ohne Netzzugang noch auf Haushaltskunden beschränkt.<sup>78</sup> Hintergrund dafür dürfte gewesen sein, dass auch für kleinere und aufgrund ihres verhältnismässig geringen Verbrauchs für den Markt weniger interessante *Haushaltskunden* (insb. in Randregionen) mittels der Grundversorgung sichergestellt werden sollte, dass zumindest *ein* Anbieter diese zu angemessenen Konditionen beliefert (Versorgungssicherheitsaspekt). Demgegenüber ist bei öffentlichen Auftraggebern – insbesondere wegen ihrer in aller Regel sehr guten Bonität sowie allfälligen Beteiligungen an EVU (direkt oder über Tochtergesellschaften) – davon auszugehen, dass diese auch ohne garantierte Stromlieferungen in der Grundversorgung stets einen Stromanbieter finden werden, der sie zu Marktkonditionen beliefert. *Öffentliche Auftraggeber benötigen insofern den Schutz der Grundversorgung nicht.*

37. Auch die kantonalen und kommunalen Behörden sind zur völkerrechtskonformen Auslegung des kantonalen und kommunalen Rechts verpflichtet (oben, Rz 20). Die Pflicht zur Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen für Strombezüge zum Eigenverbrauch ergibt sich für netzzugangsberechtigte Auftraggeber bereits aus entsprechend lautenden *direkt anwendbaren* Bestimmungen im GPA 2012, die am 1. Januar 2021 in der Schweiz in Kraft getreten sind (oben, Rz 22). Falls keine völkerrechtskonforme Auslegung möglich wäre, würden diese völkerrechtlichen Bestimmungen der nationalen Regelung in Art. 6 StromVG vorgehen (oben, Rz 19). Weder im nationalen noch im internationalen Beschaffungsrecht ist eine Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts vorgesehen, falls Strom für nicht-gewerbliche Tätigkeiten auf dem freien Markt beschafft werden *kann* (oben, Rz 10 ff. und 23 ff.). Art. 6 StromVG verankert für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh die *Möglichkeit*, den Strom von einem Lieferanten ihrer Wahl auf dem freien Markt zu beziehen. Hingegen enthält das *StromVG keine Legitimation für netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zu verzichten.* Insofern können die internationalen und nationalen Vorgaben des Beschaffungsrechts sowie die Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung *parallel* angewendet werden.

38. Weicht die *Bundesversammlung bewusst* vom Völkerrecht ab, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid aufgrund der sog. «Schubert-Praxis» aus Gründen der Gewaltenteilung gebunden.<sup>79</sup> Hätte der Bundesgesetzgeber anlässlich der Umsetzung der Vorgaben des GPA in das nationale Recht den öffentlichen Auftraggebern, die gestützt auf das StromVG Strom auf dem freien Markt einkaufen *können*, die Möglichkeit zugestehen wollen, sich vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber ohne öffentliche Ausschreibung in der Grundversorgung beliefern zu lassen, hätte dies explizit gesetzlich geregelt oder zumindest anlässlich der Parlamentsdebatte vor der Beschlussfassung über die Revision des BöB und der Verabschiedung des GPA 2012 in diesem Sinne thematisiert werden müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Insofern ist eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 6 StromVG möglich; die rechtsanwendenden Vergabestellen in den Kantonen und Gemeinden sind insofern *verpflichtet*, eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen (oben, Rz 19 f.).

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2014/2, 446 Rz 26, *Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)*; DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 30; vgl. hierzu auch VSE, Q&E (Fn 73), 1.

<sup>77</sup> Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004 (zit. Botschaft zum StromVG), BBl 2005 1611 ff., 1617.

<sup>78</sup> Botschaft zum StromVG (Fn 77), BBl 2005 1611 ff., 1645; Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.4.

<sup>79</sup> Eine Ausnahme besteht bei völkerrechtlich verankerten Grundrechtsnormen, wie sie sich insbesondere in der EMRK finden.

39. Zudem wäre ein Vorrang des Wahlrechts für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden gemäss StromVG für öffentliche Auftraggeber gegenüber den internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben konzeptionell *widersprüchlich* und würde für den *wettbewerbsorientierten* Elektrizitätsmarkt *falsche Anreize* setzen. Ein öffentlicher Auftraggeber, der in der Vergangenheit als Endkunde von seinem Recht auf Netzzugang *Gebrauch gemacht* hat, könnte unter der Prämisse des Vorrangs des StromVG zu einer öffentlichen Ausschreibung gezwungen werden: Gestützt auf das StromVG ist eine Rückkehr in die Grundversorgung nach dem Wechsel in den freien Markt nicht mehr möglich («einmal frei, immer frei»)<sup>80</sup>. Ein an sich freier Endkunde, der sich seit 2008 in der Grundversorgung befindet, weil er auf sein Recht auf Netzzugang verzichtet hat, könnte hingegen *nicht* zum Einkauf am Markt gezwungen werden. Im Resultat unbefriedigend wäre an dieser Auslegung, dass diejenigen öffentlichen Auftraggeber belohnt würden und um eine öffentliche Ausschreibung des Strombezugs herunkämen, die nach dem Inkrafttreten des StromVG in der regelmässigen teuren Grundversorgung verblieben sind.

40. Auch DIEBOLD/LUDIN vertreten die Ansicht, dass das Wahlrecht im StromVG nichts an der Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur öffentlichen Ausschreibung von Strombeschaffungen ändert. Aus ihrer Sicht schliessen sich das StromVG und das Beschaffungsrecht nicht aus. Vielmehr schliesse das Beschaffungsrecht an das StromVG an, indem es gewährleiste, *dass der durch das Stromversorgungsrecht geschaffene Wettbewerb auch im Bereich der öffentlichen Beschaffungen verwirklicht werde*. Für diese Auslegung spreche insbesondere auch, dass das StromVG selbst keine spezialgesetzliche Regelung für das Beschaffungsrecht enthalte. Mit der im StromVG geschaffenen «Teilmarktöffnung» sei das Ziel verfolgt worden, einen Markt zwischen Stromanbietern und Stromgrosskunden herzustellen. Indem Netzbetreiber verpflichtet werden, Stromgrosskunden und Stromanbietern Netzzugang zu gewähren, werde unter den Anbietern Wettbewerb geschaffen. Das StromVG stehe dem Beschaffungsrecht nur insoweit entgegen, dass es den Netzzugang für  *feste Endkunden verbiete*.<sup>81</sup> ZUFFEREY/SEYDOUX sind ebenfalls der Auffassung, dass das Beschaffungsrecht die öffentliche Hand als Auftraggeber zur Ausschreibung verpflichtet, sobald es sich um einen nach StromVG  *netzzugangsberechtigten* Endkunden handelt, weil (erst) dann Wettbewerb bestehe. Sie betrachten das  *Beschaffungsrecht* für diesen Fall gegenüber den Wahlmöglichkeiten des StromVG für freie Endkundinnen und Endkunden als  *lex specialis*.<sup>82</sup>

### 4.3 Fazit

41. Das Wahlrecht in Art. 6 StromVG, wonach sich netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden weiterhin in der Grundversorgung vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen dürfen, vermag nichts daran zu ändern, dass  *öffentliche Auftraggeber gestützt auf das internationale und nationale Beschaffungsrecht sowie das BGBM verpflichtet sind, Strombezüge zum Eigenverbrauch öffentlich auszuschreiben*, falls der massgebliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

## 5 Bestimmung des Auftragswerts zur Bestimmung des Vergabeverfahrens sowie Publikationspflicht

### 5.1 Grundsätzliches zur Festlegung des Auftragswertes und zur Höhe der Schwellenwerte

42. In Bezug auf die Strombeschaffung stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle befugt ist, den **Auftragswert aufzuteilen**, etwa indem sie einzelne hierzu erforderliche Tätigkeiten mittels separater Aufträge vergibt (z. B. separater Kauf von Graustrom und ökologischem Mehrwert sowie weitere Dienstleistungen im Rahmen der Strombeschaffung). Ob dies zulässig ist, ist aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen.<sup>83</sup> Bei mehreren **gleichartigen Aufträgen**, die zwingend zusammengehören, und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem **kumulierten Gesamtwert**, da ein öffentlicher Auftrag nicht in dem Sinne aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit eines höherrangigen Vergabeverfahrens resp. den betreffenden Schwellenwert zu umgehen (sog. «**Zerstückelungsverbot**»). Für eine unzulässige Aufteilung ist keine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers vorausgesetzt; vielmehr genügt bereits, dass im *Ergebnis* die Schwellenwerte unterlaufen werden.<sup>84</sup>

43. Oftmals werden **Stromlieferverträge** von öffentlichen Auftraggebern **mit mehrjähriger Laufzeit** abgeschlossen. Teilweise werden öffentliche Auftraggeber seit vielen Jahren von demselben Lieferanten, zu dem ein rechtliches oder politisches Naheverhältnis besteht, mit Strom versorgt. Der Auftragswert von Verträgen mit **fester Laufzeit** entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird.<sup>85</sup> Bei Verträgen mit **unbestimmter Laufzeit** ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren.<sup>86</sup> Verträge mit unbestimmter Laufzeit dürfen grundsätzlich nicht so ausgestaltet werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Daher sollten die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, **spätestens** aber auf den Ablaufzeitpunkt von **48 Monaten** hin neu vergeben werden. Verträge mit unbestimmter Laufzeit sollten aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden.<sup>87</sup>

<sup>80</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV sowie Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 4.5.

<sup>81</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 27 ff.

<sup>82</sup> Vgl. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MATTHIEU SEYDOUX, *Commande d'électricité par les collectivités publiques : assujettissement au droit des marchés publics ?*, BR 4/2020, 181 ff., 182 f.

<sup>83</sup> Vgl. z. B. Schreiben des WEKO-Sekretariats vom 12.12.2019 an den Gemeinderat der Stadt Bern, Einschätzung des beabsichtigten Beschaffungsmodells bei der Stromversorgung von BERNMOBIL (zit. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019), 12 f. und 15 f.; [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Themen > Binnenmarkt > Beschaffungen > WEKO (1.3.2021).

<sup>84</sup> Vgl. Art. II Ziff. 6 GPA 2012; Art. 15 Abs. 2 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 2 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 4 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 4 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

<sup>86</sup> Vgl. Art. II Ziff. 8(b) GPA 2012; Art. 15 Abs. 5 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 5 BöB.

<sup>87</sup> Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 51.



44. In den Rechtsordnungen zahlreicher Kantone wird hinsichtlich der **Schwellenwerte** im **Nicht-Staatsvertragsbereich** auf die Tabelle in Anhang 2 zur IVöB verwiesen. Einige Kantone und Gemeinden haben für ihre Beschaffungen für alle oder bestimmte öffentliche Auftraggeber auf ihrem Hoheitsgebiet *tieferer* Schwellenwerte als jene in Anhang 2 zur IVöB festgelegt. Die **Strombeschaffung eines öffentlichen Auftraggebers zum Eigenverbrauch** kann gemäss den gestützt auf die IVöB geltenden Schwellenwerten bei einem Auftragswert unter 100 000 Franken freihändig und ab einem Auftragswert von 100 000 Franken bis 250 000 Franken im Einladungsverfahren beschafft werden. Strombeschaffungen zum Eigenverbrauch mit einem Auftragswert von über 250 000 Franken sind öffentlich auszuschreiben. In der IVöB 2019 wird der Schwellenwert für Lieferungen im freihändigen Verfahren von 100 000 Franken auf 150 000 Franken angehoben, um damit eine Harmonisierung mit dem betreffenden Schwellenwert auf Bundesebene im BöB zu erzielen.<sup>88</sup> Für die Berücksichtigung des höheren Schwellenwerts ist der *Beitritt* des jeweiligen Kantons zur IVöB 2019 erforderlich.<sup>89</sup>

45. **Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** fallen unbestrittenermassen in den Geltungsbereich des GPA 2012 (oben, Rz 30). Im Staatsvertragsbereich liegt der Schwellenwert, ab dem eine öffentliche Ausschreibung für Lieferungen durchzuführen ist, bei den Kantonen und Gemeinden bei 350 000 Franken.<sup>90</sup> Aufgrund der Regelung in Art. 5 Abs. 2 BGBM, wonach Vorhaben für **umfangreiche öffentliche Einkäufe**, Dienstleistungen und Bauten publiziert werden müssen, schreiben die Kantone Lieferungen jedoch – wie im Nicht-Staatvertragsbereich – bereits **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich aus.<sup>91</sup> Durch die Festlegung tieferer Schwellenwerte als der staatsvertraglichen Schwellenwerte in der IVöB haben die Kantone den Begriff der «umfangreichen Beschaffungen» konkretisiert.<sup>92</sup>

46. Für die **Belieferung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung durch Verteilnetzbetreiber** als Sektorenauftraggeber (oben, Rz 15 ff.) gilt im Staatsvertragsbereich ein Schwellenwert von 700 000 Franken.<sup>93</sup> Aufgrund der Vorgaben in Art. 5 Abs. 2 BGBM haben auch Verteilnetzbetreiber im Staatsvertragsbereich Strombeschaffungen für den Weiterverkauf an die grundversorgten Endkunden **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich auszuschreiben.<sup>94</sup>

## 5.2 Relevanz der Vorgaben im Stromversorgungsrecht für die Berechnung des Auftragswerts beim Strombezug von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

47. Öffentliche Auftraggeber, welche den Lieferanten für den Stromeinkauf frei wählen können, befinden sich im Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM (oben, Rz 30). Ob ein Recht auf Netzzugang besteht, ist aufgrund der Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung zu beurteilen. Freie Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh können den Strom auf dem freien Markt einkaufen. Falls ein öffentlicher Auftraggeber diese Obergrenze nicht erreicht, wird er als gebun-

dener Endkunde vom für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber in der Grundversorgung beliefert und es findet keine öffentliche Ausschreibung statt; auf die Festlegung des Auftragswerts kann in diesem Fall verzichtet werden. Falls die Obergrenze von 100 MWh überschritten wird, ist der Auftragswert zur Bestimmung der Verfahrensart anhand einer pflichtgemässen Schätzung des öffentlichen Auftraggebers zu ermitteln.<sup>95</sup>

48. Da das Recht auf Netzzugang von der Höhe des Verbrauchs abhängt, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien sich der Verbrauch eines öffentlichen Auftraggebers, auf den das Beschaffungsrecht anwendbar ist, im Sinne der stromversorgungsrechtlichen Vorgaben bestimmen lässt. Als *freie* Endverbraucher gelten Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh *pro Verbrauchsstätte*<sup>96</sup>; abzustellen ist auf den innerhalb der letzten 12 Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresverbrauch.<sup>97</sup> Weiter haben *Zusammenschlüsse zum Eigenverbrauch* mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh die Möglichkeit, den Strom im freien Markt zu beziehen; diese werden als *ein* Endkunde betrachtet.<sup>98</sup> Eine Verbrauchsstätte ist eine Betriebsstätte eines Endkunden, die eine *wirtschaftliche und örtliche Einheit* bildet und einen tatsächlichen *eigenen* Jahresverbrauch aufweist, *unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt* (Art. 11 Abs. 1 StromVV). Eine wirtschaftliche Einheit liegt bei einer Endkundin oder einem Endkunden mit *rechtlich* eigenständigen Strukturen (*eigene Rechtspersönlichkeit*) vor. Ein loser Zusammenschluss verschiedener Organisationsformen zum Zwecke des Einkaufs von Elektrizität («*Bündelkunden*») genügt nicht. Das Kriterium der örtlichen Einheit verlangt, dass die zu einer Verbrauchsstätte gehörenden Gebäude und Anlagen in *räumlicher Nachbarschaft* liegen.<sup>99</sup>

<sup>88</sup> Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 13.

<sup>89</sup> Vgl. Mitteilung INÖB vom 11.12.2019 betreffend Schwellenwerte INÖB für die Jahre 2020/2021; [https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/D\\_Rundschreiben\\_Schwellenwerte\\_2020\\_und\\_2021.pdf](https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/D_Rundschreiben_Schwellenwerte_2020_und_2021.pdf) (1.3.2021).

<sup>90</sup> Vgl. die Schwellenwerte in Annex 1-3 zu Anhang I des GPA 2012; Art. 9 Ziff. 4(a) GPA 2012; Art. 12 IVöB. Für **kantonale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des GPA gilt Art. 1 zum Anhang 1 der IVöB; für **kommunale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des BAöB ist Art. 2 zum Anhang 1 der IVöB massgeblich (oben, Rz 11). Der Schwellenwert von 350 000 Fr. bleibt auch nach dem Beitritt eines Kantons zur IVöB 2019 unverändert; vgl. Bst. a und b zu Anhang 1 der IVöB 2019.

<sup>91</sup> Vgl. Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1864.

<sup>92</sup> Vgl. THOMAS M. FISCHER; in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 16 Rz 6.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 1 von Anhang 1 der IVöB; Bst. a von Anhang 1 der IVöB 2019.

<sup>94</sup> Im Ergebnis ebenso: VSE, Q&E (Fn 73), 2, wonach Strombeschaffungen zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben sind.

<sup>95</sup> Vgl. Art. II Ziff. 2(c) GPA 2012; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 StromVV.

<sup>98</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

<sup>99</sup> Vgl. Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der StromVV vom 27.6.2007, 7.



49. Dies führt mit Blick auf die stromversorgungsrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schluss, dass für die Beurteilung, ob der Schwellenwert überschritten ist, öffentliche Auftraggeber mit *eigener Rechtspersönlichkeit* bei der Bestimmung des Stromverbrauchs *separat* zu betrachten sind. Der Verbrauch von rechtlich *unselbstständigen* Organisationsformen, die sich in *derselben wirtschaftlichen Einheit* befinden, ist zusammenzuzählen. Dies bedeutet, dass beispielsweise der Stromverbrauch von mehreren Ämtern der Zentralverwaltung, die sich in separaten Gebäuden in unmittelbarer Nachbarschaft befinden, zu addieren ist.

### 5.3 Kauf an einer Warenbörse als Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung

50. Ausnahmsweise kann auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung verzichtet und ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden, falls die Beschaffung über eine *funktionierende Warenbörse* abgewickelt wird; der Strompreis muss *unter Berücksichtigung des vorhandenen Angebots und der Nachfrage zum gewünschten Zeitpunkt* gebildet werden. Der Grund für die Zulässigkeit des freihändigen Vergabeverfahrens liegt in der *plattformimmanenten* Verwirklichung des Wettbewerbsgrundsatzes. Es entspricht den Grundprinzipien des Vergaberechts, wenn sich der Preis für eine Ware im Wettbewerb an einem *transparenten* Markt bildet, zu dem *möglichst viele* Marktteilnehmer Zugang haben.<sup>100</sup> Dieser Ausnahmetatbestand wird im GPA und neuerdings auch in der IVöB 2019 ausdrücklich genannt.<sup>101</sup>

51. Der **Einkauf an einer Strombörse** kann ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen, falls der Leistungserbringer die Börsengeschäfte *tatsächlich* für den öffentlichen Auftraggeber vornimmt *sowie physisch* an diesen liefert und der öffentliche Auftraggeber hierfür den *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Börsenpreis zu bezahlen hat.<sup>102</sup> In einer solchen Konstellation sind die im Zusammenhang mit dem Börsenkauf *gegen Entgelt erfolgenden Dienstleistungen* des Leistungserbringer, die den Börsenpreis übersteigen, öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert erreicht wird.<sup>103</sup>

52. In der Praxis werden von den öffentlichen Auftraggebern nach wie vor zahlreiche Strombezugsgeschäfte ausserhalb einer Strombörse getätigt. Mit «**OTC-Handel**» (Over the Counter, über die Ladentheke) ist der direkte, *ausserbörsliche* Handel von Strom ohne zwischengeschaltete Instanzen oder Clearingstellen gemeint. Auf eine öffentliche Ausschreibung kann in einer solchen Konstellation ausnahmsweise verzichtet werden, falls *sämtliche* Anforderungen für den Ausnahmetatbestand des Kaufs von Gütern an einer Warenbörse erfüllt sind. Hierfür wäre etwa vorausgesetzt, dass das Stromgeschäft *anonymisiert* über eine *Plattform* abläuft, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage steht.<sup>104</sup> Weiter müssten bspw. die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden. Um diese Vorgaben zu gewährleisten, müsste darüber hinaus insbesondere auch sichergestellt werden, dass möglichst viele Marktteilnehmer auf die Plattform Zugang haben und *effektiv*

daran partizipieren; nur unter solchen Voraussetzungen könnte von einem *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Strompreis gesprochen werden. Die Begründungs- und Dokumentationspflicht für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands liegt beim öffentlichen Auftraggeber.<sup>105</sup>

### 5.4 Publikationspflicht

53. Im offenen und im selektiven Verfahren haben die öffentlichen Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen zu veröffentlichen.<sup>106</sup> Praxisgemäss erfolgen solche Publikationen auf *simap.ch*.

54. Auch Beschaffungen, für die ein freihändiges Vergabeverfahren durchgeführt werden darf, erfolgen nicht nach Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Vielmehr ist das freihändige Verfahren ebenfalls regelbasiert und es sind die für dieses massgeblichen Vorgaben des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts einzuhalten.<sup>107</sup> Insbesondere sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich *freihändig* erteilt wurden, zu publizieren.<sup>108</sup> Insofern müssen freihändig erteilte Zuschläge für Strombeschaffungen, die in den Geltungsbereich des GPA 2012 fallen (oben, Rz 10 ff.), veröffentlicht werden, wenn der Schwellenwert des offenen oder selektiven Verfahrens erreicht wird.<sup>109</sup> Dies ermöglicht es allfälligen Konkurrenzangeboten auch, dagegen Beschwerde zu führen.

### 6 Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts

55. Im BöB und der IVöB ist ein inhaltlich identischer Katalog von Konstellationen enthalten, die vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind. Es handelt sich dabei um eine *abschliessende* Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum jeweiligen Übereinkommen.<sup>110</sup> Da die ausnahmsweise Zulassung der freihändigen Auftragsvergabe eine Möglichkeit zur Umgehung der Ausschreibungspflicht schafft, darf eine solche Ausnahmesituation nicht leichthin ange-

<sup>100</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7.

<sup>101</sup> Vgl. Art. XV Ziff. 1(h) GPA 1994 und Art. 13 Ziff. 1(e) GPA 2012; Art. 21 Abs. 2 Bst. g IVöB 2019.

<sup>102</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7 f.

<sup>103</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 15 ff.

<sup>104</sup> VSE, Q&A (Fn 73), 6, Sachverhalt 5.

<sup>105</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation zu verfassen. Diese muss insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände enthalten, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen; vgl. Art. Artikel XIII Ziff. 2 GPA 2012; Art. 21 Abs. 3 IVöB 2019; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 58.

<sup>106</sup> Vgl. Art. VII Abs. 1 GPA 2012; Art. 48 Abs. 1 S. 1 IVöB 2019.

<sup>107</sup> Vgl. Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 52.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 IVöB 2019.

<sup>109</sup> PHILIP WALTER, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 48 N 5.

<sup>110</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1903.

nommen werden. Es ist eine *restriktive* Auslegung der Ausnahmetatbestände angebracht.<sup>111</sup> Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung im BöB und in der IVöB besteht für die öffentlichen Auftraggeber auf kantonalen und kommunaler Ebene generell eine Pflicht zur Aktenführung, Begründung und Rechenschaftsablage. Durch die Dokumentation muss insbesondere auch nachvollziehbar sein, aus welchen Gründen ein Ausnahmetatbestand vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts einschlägig war.<sup>112</sup> Nachfolgend werden diejenigen Ausnahmetatbestände kurz dargestellt, die für Strombeschaffungen relevant sein können.

### 6.1 Inhouse-Vergabe

56. Von einer «Inhouse-Beschaffung» ist die Rede, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine dem Vergabericht unterstellte Beschaffung *hausintern* – d. h. innerhalb *derselben* juristischen Person oder Gebietskörperschaft – tätigt, der öffentliche Auftraggeber und der Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören. In einer solchen Konstellation wird die *Leistung vollständig innerhalb der Staatsphäre* erbracht und es erfolgt kein tatsächlicher Kauf am Markt.<sup>113</sup> Diese Ausnahmekonstellation wird neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich geregelt.<sup>114</sup> Sie wurde allerdings bereits zuvor von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>115</sup>

57. Insofern kommen die Regeln des Beschaffungsrechts bspw. nicht zur Anwendung, wenn ein rechtlich unselbständiges Gemeindewerk für die Kommune die Stromversorgung vornimmt.

### 6.2 Quasi-Inhouse-Vergabe

58. Nicht in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fallen zudem die sog. «Quasi-Inhouse-Vergaben». Neuerdings befindet sich im BöB und in der IVöB 2019 eine ausdrückliche Grundlage für diesen Ausnahmetatbestand.<sup>116</sup> Gemäss den Ausführungen in der Musterbotschaft kodifiziert diese Regelung die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe der Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheidungen weiterentwickelt wurde.<sup>117</sup> In Orientierung an der Gesetzgebung der EU<sup>118</sup> und der Rechtsprechung des EuGH seit dem sog. «Teckal»-Urteil<sup>119</sup> müssen nach der herrschenden Vergaberechtslehre und -praxis in der Schweiz für das Vorliegen einer «Quasi-Inhouse-Vergabe» *kumulativ drei* Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>120</sup>

- 1) Der öffentliche Auftraggeber kontrolliert die Leistungserbringerin *alleine* wie seine eigene Dienststelle, indem er sie über seine Beteiligung kapitalmässig oder personell beherrschen kann («Kontrollkriterium»).
- 2) Die Leistungserbringerin ist im Wesentlichen für den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig («Tätigkeitskriterium»).
- 3) An der Leistungserbringerin dürfen neben dem Staat *keine Privaten* beteiligt sein.

59. Im Kontext mit Strombezügen wird eine solche Ausnahmekonstellation wohl eher selten vorkommen, da es meist nur schon am erforderlichen *Tätigkeitskriterium* fehlen wird. Staatlich beherrschte EVU werden in der

Regel nicht einen bestimmten öffentlichen Auftraggeber *im Wesentlichen* mit Strom versorgen.

### 6.3 Instate-Vergabe

60. Im GPA 2012 wird eine weitere Ausnahme vom Geltungsbereich des Abkommens für sog. «Instate-Vergaben» vorgesehen. Demnach ist das GPA 2012 nicht anwendbar, falls der jeweilige Leistungserbringer selbst als öffentlicher Auftraggeber subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht. Weitere Bedingungen werden nicht an die Ausnahme geknüpft.<sup>121</sup> Den Mitgliedstaaten des GPA steht es frei, strengere Voraussetzungen für solche «Instate-Vergaben» festzulegen.

61. Die Schweiz hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Gemäss dem per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen BöB und der IVöB 2019 findet das Beschaffungsrecht keine Anwendung bei *rechtlich selbstständigen* Auftragnehmern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit sie diese Leistungen *nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen* erbringen.<sup>122</sup> Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist insofern, dass der *Wettbewerb nicht verfälscht* wird und das Instate-Geschäft *wettbewerbsneutral* abgewickelt werden kann.<sup>123</sup>

<sup>111</sup> Vgl. zum Bundesrecht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1570/2015 vom 7.10.2015, E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. hierzu auch das Urteil des EuGH C-337/05 vom 8.4.2008, Rz 57 ff., *Kommission/Italienische Republik*.

<sup>112</sup> FELIX TUCHSCHMID, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 10 N 35.

<sup>113</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 95; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff., 1151 f.; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 40; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB 2019; vgl. hierzu auch Anhang I, Annex 7, Ziff. 1(b) GPA 2012; MARTIN BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter vom 22.12.2014, Rz 36 ff., Rz 54 und 56 ff.

<sup>115</sup> Vgl. z. B. BVGE 2011/17, E. 2; Urteil VGer ZH VB.2006.00145 vom 5.4.2006, insb. E. 1.2; MARTIN BEYELER, Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten, in: Kriterium Nr. 39 / Juni 2015, 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.

<sup>116</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 3 Bst. c BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB 2019.

<sup>117</sup> Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung seien für die Auslegung der Bestimmung nicht bindend, sollten aber nicht vernachlässigt werden; vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 40.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU (EU-Vergaberechtsrichtlinie) und Art. 28 RL 2014/25/EU (EU-Sektorenrichtlinie).

<sup>119</sup> Urteil des EuGH C-107/98 vom 11.11.1999, Rz 50, *Teckal*, bestätigt im Urteil des EuGH C-553/15 vom 8.12.2016, Rz 6, *Undis Servizi*.

<sup>120</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich: BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff. und 1222 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 252 f.; Urteil des EuGH C-340/04 vom 11.5.2006, Rz 36 und 38, *Carbotermo und Consortio Alisei*; VGer AG, WBE.2012.159 vom 1.7.2013, E. II/2.1 f.; VGer VD GE.2007.0013 vom 6.11.2009, E. 3a; VGer VD MPU.2011.020 vom 16.3.2012, E. 6b; VGer AG WBE 2012.159 vom 1.7.2013, E. 2.1 und 2.2; KGer VS, A1 09 163 vom 3.12.2009, E. 4.2 f.; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

<sup>121</sup> Vgl. Anhang I, Annex 7 B, Ziff. 1 GPA 2012.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. b BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

<sup>123</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 256; FELIX TUCHSCHMID, in: Handkommentar Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 10 Rz 38.

62. Sollte es sich bspw. so verhalten, dass ein EVU, welches selber als öffentlicher Auftraggeber in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fällt, als Stromlieferant eines öffentlichen Auftraggebers *gleichzeitig* auch *private* Kundinnen und Kunden zu *Marktkonditionen* mit Elektrizität beliefert, liegt demnach keine vergabefreie Instate-Beschaffung vor.

## 7 Empfehlungen

64. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

### A. Empfehlungen zur Einhaltung der Vorgaben im BGBM sowie im internationalen und kantonalen Beschaffungsrecht hinsichtlich der Ausschreibungspflicht von Stromlieferungen

#### A-1. Geltungsbereich des BGBM und des Beschaffungsrechts im Kontext mit Stromlieferungen

Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch sowie von Verteilnetzbetreibern zur Endkundenversorgung unterstehen als öffentliche Lieferaufträge dem BGBM sowie dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht.

#### A-2. Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

Strombezüge von zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, der Sektorenauftraggeber sowie von privaten Trägern öffentlicher Aufgaben zum Eigenverbrauch, insbesondere für Verwaltungsgebäude und öffentliche Verkehrsmittel, sind öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

#### A-3. Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Endkundenversorgung

Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung sind von den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

#### A-4. Publikation von beabsichtigten freihändigen Vergaben

Strombeschaffungen im Geltungsbereich des GPA 2012, die freihändig durchgeführt werden sollen, obwohl der Auftragswert den Schwellenwert für das selektive oder das offene Verfahren erreicht, sind vor dem Vertragsabschluss auf [simap.ch](http://simap.ch) zu veröffentlichen.

#### Kopien an:

##### *Behörden und Behördenzusammenschlüsse:*

Energiedirektorenkonferenz  
Schweizerischer Gemeindeverband  
Kantonale Gemeindeverbände  
Städteverband  
Generalsekretariat UVEK  
Eidgenössische Elektrizitätskommission  
Preisüberwacher

##### *Berufsverbände:*

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen  
Dachverband Schweizer Verteilnetzbetreiber  
Ausgewählte Energieversorgerverbände

**B 3**  
**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**

**B 3**  
**1. Zwischenentscheid vom 13. Mai 2020 – Verfügung vom 16.12.2019 in Sachen Untersuchung «Swatch Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung», vorsorgliche Massnahme**

*Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2020 in der Beschwerdesache The Swatch Group AG, in Biel, vertreten durch [...] und/oder [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz – Gegenstand: Verfügung vom 16.12.2019 in Sachen Untersuchung 32-0224 («Swatch Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung»), vorsorgliche Massnahme*

**Stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**

**A.**

Im Dezember 2009 kündigte die Swatch Group AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) an, die Lieferungen von Uhrwerkskomponenten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich mechanische Uhrwerke der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) sowie Assortiments der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox), einstellen zu wollen. In diesem Zusammenhang nahm die Beschwerdeführerin im Frühjahr 2010 Kontakt mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) auf. Das Sekretariat kam aufgrund des von der Beschwerdeführerin skizzierten Lieferstopps zur Überzeugung, dass weitere Abklärungen notwendig seien.

**B.**

Am 6. Juni 2011 erliess die Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) vorsorgliche Massnahmen zum geplanten Lieferstopp und eröffnete gleichzeitig eine Untersuchung (nachfolgend: ursprüngliche Untersuchung "32-0224: Swatch Group Lieferstopp").

**C.**

Nach Verhandlungen zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin wurde am 11. Februar 2013 eine erste einvernehmliche Regelung abgeschlossen, welche jedoch in der Folge durch die Vorinstanz nicht genehmigt und an das Sekretariat zurückgewiesen wurde. Am 9. September 2013 schlossen das Sekretariat und die Beschwerdeführerin eine zweite einvernehmliche Regelung ab.

**D.**

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 stellte die Vorinstanz unter anderem je eine marktbeherrschende Stellung der ETA für mechanische, in der Schweiz hergestellte Uhrwerke und der Nivarox für in der Schweiz hergestellte Assortiments fest. Gleichzeitig genehmigte

die Vorinstanz die zweite einvernehmliche Regelung vom 9. September 2013. Gegenstand dieser Regelung war insbesondere ein sogenanntes «Phasing-Out» mit abnehmenden Lieferverpflichtungen und Lieferbeschränkungen der ETA bis zum 31. Dezember 2019. Das Dispositiv lautete wie folgt:

Aufgrund des Sachverhaltes und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass ETA SA Manufacture Horlogère Suisse auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat.
2. Es wird festgestellt, dass Nivarox-FAR SA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung innehat.
3. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende, von der The Swatch Group AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 9. September 2013:

«Vereinbarungen:

1) Geltungsbereich

Die vorliegende Regelung gilt ausschliesslich für mechanische Uhrwerke, welche von ETA hergestellt werden, und an Kunden ausserhalb der Swatch Group geliefert werden (Drittkunden; nachfolgend: Kunden).

2) Grundsätzliches

a) ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.

b) Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restlieferungsmengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.

c) Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.

d) Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80% der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50% der ihm zustehenden Mengen,

darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50% kürzen.

e) Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger

Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.

f) Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.

g) Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.

### 3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an ihre bisherigen Kunden:

2014 und 2015: 75% der Referenzmenge

2016 und 2017: 65% der Referenzmenge

2018 und 2019: 55% der Referenzmenge

Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.

### 4) Abweichende Vereinbarungen

a) Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu. Diese Abweichungen sind durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu genehmigen.

b) Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen, welche sich aufgrund der Lieferkürzungen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.

Unabhängige; nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

### 5) Preise

Die Lieferverpflichtungen von ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten.

### 6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

b) Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorge-

nommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA verbindlich.

d) Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA ist ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht.

e) Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, hat ETA die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.

e) Bestellbestätigungen haben von ETA spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestelleingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.

e) Kunden geben ETA ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.

f) Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begründeter Form bekannt zu geben. Gleichzeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.

g) ETA kann ihre heute gültigen AGB während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen.

Bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Zusammenarbeit mit einem Kunden objektiv unzumutbar machen, kann ETA den Liefervertrag vorzeitig auflösen. Swatch Group informiert die Wettbewerbsbehörden gleichzeitig wie den Kunden über einen derartigen Schritt und die Gründe, die dazu geführt haben.

h) Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA bleiben vorbehalten.

### 7) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

Sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WEKO die Abänderung der Ziffer 3 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

a) der Marktanteil von ETA unter 35% fällt,

b) alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,

c) sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.

### 8) Überprüfung der Auflagen

Eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung dieser Vereinbarung betraut. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkenntnissetzen von

Swatch Group jährlich. Die Kosten für die Revisionsgesellschaft werden von Swatch Group bezahlt.

#### 9) Verfahrensabschluss

Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Swatch Group abgeschlossen. Die Bestimmungen von Artikel 30 Absatz 3 Kartellgesetz bleiben vorbehalten.»

[...]

#### E.

Am 4. März 2016 gelangte die Beschwerdeführerin an das Sekretariat mit dem Begehren, die ETA solle ab dem Jahr 2017 über die von Drittkunden nicht ausgeschöpfte Jahresmenge an Uhrwerken gemäss der einvernehmlichen Regelung frei verfügen können.

#### F.

Die Vorinstanz wies dieses Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 ab und führte zur Begründung aus, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten tatsächlichen Änderungen seien nicht wesentlich. Die Marktverhältnisse hätten sich zwar seit 2013 verändert und die Marktanteile der ETA seien merklich gesunken, jedoch nicht in einem Ausmass, welche eine Abänderung der einvernehmlichen Regelung rechtfertigen würde.

#### G.

Am 13. November 2018 eröffnete das Sekretariat seinerseits - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz - ein Widerrufsverfahren bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse. Das Sekretariat begründete sein Vorgehen damit, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können. Die Eröffnung der Untersuchung (nachfolgend: Untersuchung "32-0224: Swatch Group Lieferstopp") wurde am 20. November 2018 im Schweizerischen Handelsblatt (SHAB) publiziert.

#### H.

In der Folge wurde eine umfangreiche Marktbefragung mit über 150 aktuellen oder potentiellen Marktteilnehmern durchgeführt. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass die Mehrheit der Nachfragen beantwortet seien, einige aber immer noch ausstünden. Die Untersuchung könne jedenfalls nicht bis zum 31. Dezember 2019 abgeschlossen werden.

#### I.

Aus diesem Grund erliess die Vorinstanz am 16. Dezember 2019 für die Dauer der Untersuchung, längstens aber bis zum 31. Dezember 2020, vorsorgliche Massnahmen. Die vorsorglichen Massnahmen sehen unter anderem vor, dass einerseits die Lieferverpflichtungen an bisherige Kunden ausgesetzt und andererseits die Lieferungen in beschränktem Umfang nur an KMU möglich sind. Das Dispositiv lautete wie folgt:

Aufgrund des Sachverhaltes und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Ziffern 1, 2 a) - c), f) und g) und 5 der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 gelten ab dem 1. Januar 2020 vorläufig und vorbehaltlich der Ziffern 2 bis 4 dieses Dispositivs fort.
2. Die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse an ihre bisherigen Kunden gestützt auf die Ziffer 1 dieses Dispositivs werden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 sind davon ausgenommen.
3. Abweichend von Ziffer 2 dieses Dispositivs dürfen Lieferungen mechanischer Uhrwerke nur an KMUs erfolgen. Die maximale Menge an mechanischen Uhrwerken, welche an KMUs geliefert werden können, darf die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge i.S.v. Ziffer 4 lit. b der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 nicht übersteigen. Solche Lieferungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis gebracht werden.  
  
Als KMU gelten unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss VKU verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.
4. Die Ziffern 1 bis 3 dieses Dispositivs gelten längstens für die Dauer des Verfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung», höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020.
5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1-4 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
6. Auf den Antrag 3 der Sellita Watch Co S.A. in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2019 zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2019 in Sachen 32-0224 Swatch Group Lieferstopp/Ablauf Lieferverpflichtung - vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten.
7. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.

Zur Begründung der präzisierten Auflagen führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass die Erfüllung der ursprünglichen Lieferverpflichtungen an bisherige Kunden gemäss den Aussagen der Beschwerdeführerin aufgrund der langen Produktionszyklen derzeit nicht möglich sei. Weiter werde die gesamte Menge an mechanischen Uhrwerken, die an KMU geliefert werden dürfe, auf den Stand des Jahres 2018 beschränkt, um eine mengenmässig uneingeschränkte Lieferung an Grosskunden durch die ETA für die Dauer des Verfahrens zu verhindern.

Gleichzeitig entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Sie begründete dies damit, die Umsetzung der vorsorglichen Massnahmen sei dringend, ansonsten die Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2020 frei wäre, darüber zu entscheiden, ob und an welche Drittkunden sie in welchem Umfang Uhrwerke liefern wolle, was die derzeit laufende Untersuchung obsolet mache.

#### J.

Mit Eingabe vom 20. Januar 2020 [Posteingang: 22. Januar 2020] reichte die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2019 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

1. Es sei festzustellen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2019 nichtig ist und das Untersuchungsverfahren der Vorinstanz in der Untersuchung 32-0224 betreffend "Swatch Group Lieferstopp" sei einzustellen.
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1: Die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2019 sei aufzuheben.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren 2: Falls das Urteil in diesem Beschwerdeverfahren erst nach dem Entscheid der schweizerischen Wettbewerbskommission im Hauptsacheverfahren gefällt wird, sei festzustellen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2019 rechtswidrig ist.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

#### Verfahrensanträge:

1. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen.
2. Verfahrensantrag Ziff. 1 sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz und anderer Verfahrensparteien, gutzuheissen.
3. Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten - einschliesslich der Sellita Watch Co SA, der im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung zuerkannt wurde - weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen.

Die Beschwerdeführerin begründete ihren Antrag, es sei die Nichtigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2019 festzustellen, damit, die Verfügung leide an einem schweren und offensichtlichen Mangel.

Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im vorliegenden, kartellrechtlichen Verfahren nicht erfüllt, weshalb die angeordneten Massnahmen eventualiter aufzuheben und deren Rechtswidrigkeit festzustellen seien.

Zu ihrem prozessualen Antrag, es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen, führte die Beschwerdeführerin aus, es fehle insbesondere an einer ausreichenden Begründung. Stattdessen verweise die Vorinstanz lapidar auf die Begründung der vorsorglichen Massnahmen. Dabei verkenne die Vorinstanz, dass für die Rechtsgültigkeit von vorsorglichen Massnahmen entscheidend sei, ob vom Grundsatz her überhaupt eine Rechtsgrundlage für einen solchen Eingriff bestehe, zumal in der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013 in Ziff. 3 der einvernehmlichen Regelung [Ziff. 3 des Dispositivs] explizit festgehalten werde, dass ab dem 31. Dezember 2019 keine Lieferverpflichtungen mehr bestünden.

Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung sei die Fragestellung entscheidend, ob gestützt auf die konkrete Sachlage zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung die rechtlichen Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorliegen würden. Die in der Praxis entwickelten Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung seien jedoch allesamt nicht erfüllt.

#### K.

Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2020 bestätigte der Instruktionsrichter den Eingang der Beschwerde und wies gleichzeitig das Gesuch um superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

#### L.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2020 ersuchte der Instruktionsrichter die Vorinstanz, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) eingeladen, bekannt zu geben; ob sie am vorliegenden Verfahren teilnehmen möchte.

#### M.

Am 17. Februar 2020 konstituierte sich die Sellita als Dritte im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG.

#### N.

In Ihrer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 25. Februar 2020 hielt die Vorinstanz am Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde fest.

#### O.

Mit Instruktionsverfügung vom 12. März 2020 wurde der Sellita eine von Geschäftsgeheimnissen bereinigte Version der Beschwerde zugestellt und gleichzeitig die Möglichkeit für allfällige Bemerkungen erteilt.

#### P.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Eingabe vom 16. März 2020 an ihren bisherigen Anträgen fest.

#### Q.

Am 20. April 2020 reichte die Sellita ihre Stellungnahme ein, welche auch den Verfahrensbeteiligten zugestellt wurde.

#### R.

Mit Eingabe vom 8. Mai 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ein.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und der Sellita wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen Bezug genommen.

#### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

##### 1.

**1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) als Vorinstanzen gelten und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.2.** Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar (vgl. Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 3). Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.3.** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung von dieser unmittelbar betroffen und daher beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter haben sich rechtsgenügend durch eine schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

**1.4.** Auf die Beschwerde ist daher "prima facie" einzutreten, vorerst jedoch nur soweit es um die Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde geht (vgl. aber E. 3.1 hiernach).

## 2.

**2.1.** Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die verfügende Behörde kann die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde jedoch entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz, namentlich der Instruktionsrichter, kann seinerseits die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wobei über ein entsprechendes Begehren ohne Verzug zu entscheiden ist (Art. 55 Abs. 3 VwVG).

**2.2.** Die aufschiebende Wirkung soll gewährleisten, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Der Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung setzt einen Nachteil des Verfügungsadressaten voraus, der nicht leicht wiedergutmachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt (Zwischenentscheid des BVGer B-3427/2019 vom 12. September 2019 E. 2.1; vgl. zum Ganzen: HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 80 ff. zu Art. 55).

**2.3.** Für einen Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe und eine zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Diese Voraussetzungen können dahingehend ausgelegt werden, dass ein schwerer Nachteil drohen muss, würde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Die Anforderung an einen "schweren Nachteil" darf jedoch nicht überdehnt werden. Zwar hat der Gesetzgeber in Art. 55 Abs. 1 VwVG die Grundsatzentscheidung getroffen, wonach der Verwaltungsbeschwerde von Gesetzes wegen suspensive Wirkung zukommt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen können (BGE 129 II 286 E. 3; 117 V 185 E. 2b; 110 V 40 E. 5b).

**2.4.** Ob im Einzelfall der Suspensiveffekt zu belassen oder zu entziehen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei sind sowohl die Schwere des drohenden Nachteils, die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens als auch die voraussicht-

liche Dauer des Schwebezustandes zu würdigen. Der vermutliche Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache fällt dabei lediglich in Betracht, soweit die Aussichten eindeutig sind (BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3; 106 Ib 115 E. 2a; 99 Ib 215 E. 5; Zwischenentscheid des BVGer B-3427/2019 vom 12. September 2019 E. 2.3; SEILER, a.a.O., Rz. 96 und 98 zu Art. 55).

Bei dieser Interessenabwägung kommt der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Es dürfen jedoch keine wesentlichen Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet werden und die getroffene Lösung darf den Sachentscheid nicht in unzulässiger Weise präjudizieren und damit im Ergebnis Bundesrecht vereiteln (BGE 129 II 286 E. 3; 110 V 40 E. 5b; Zwischenentscheid des BVGer B-488/2018 vom 26. März 2018 E. 3.2). Soweit möglich sind irreparable Nachteile und präjudizierende Wirkungen zu vermeiden. Durch den Entscheid über die aufschiebende Wirkung soll das Ergebnis des Hauptverfahrens nicht vorweggenommen, d.h. der durch den Sachentscheid zu regelnde Zustand weder verunmöglicht noch unwiderruflich zementiert werden (BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3; REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, N 18 zu Art. 55).

**2.5.** Entscheide über die aufschiebende Wirkung müssen begründet werden. Die Begründung darf zwar knapp sein, es müssen aber wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen (Urteil des BGer 2C\_604/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.3; Urteil des BGer 2C\_629/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 2.2; SEILER, a.a.O., Art. 55 Rz. 129).

**2.6.** Die Behörde trifft ihren Entscheid "prima facie" und stützt ihn im Allgemeinen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisforderungen. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (Zwischenentscheid des BVGer B-3427/2019 vom 12. September 2019 E. 2.5; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.18a, 3.24 und 3.27, je mit Hinweisen).

## 3.

**3.1.** Die Beschwerdeführerin verlangt unter anderem die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkung. Sie ist vom Erlass an ex tunc unverbindlich und von Amtes wegen zu beachten (HÄFFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1096). Auf eine Beschwerde gegen eine nichtige Verfügung wäre somit mangels Anfechtungsobjekt nicht einzutreten (BGE 136 II 415 E. 1.2; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.6), weshalb die Rüge der Nichtigkeit auch in dieser Zwischenverfügung «prima facie» geprüft werden muss, soweit sie für die Beurteilung der Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Belang ist.

**3.2.** Ihren Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit begründet die Beschwerdeführerin damit, die Verfügung leide an mehreren, leicht erkennbaren Mängeln (Beschwerde Rz. 121 ff.):



**3.2.1.** Für die Wiedereröffnung des vorliegenden Verfahrens habe sich die Vorinstanz am 13. November 2018 auf Art. 30 Abs. 3 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) berufen. Darauf sei sie zu behaften, auch wenn sie nun plötzlich auf Art. 27 KG verweise und damit den Eindruck erwecken wolle, es handle sich um eine ordentliche Untersuchung. Die rechtsgültige Eröffnung einer Untersuchung sei in formaler Hinsicht jedoch eine zentrale Voraussetzung dafür, überhaupt vorsorgliche Massnahmen erlassen zu können (Beschwerde Rz. 108).

**3.2.2.** Aufgrund der Akzessorietät zur Hauptsache seien vorsorgliche Massnahmen nur zum Schutz von Interessen möglich, die innerhalb des Verfahrensgegenstandes bzw. Streitgegenstandes der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013 liegen würden, die aber bis 31. Dezember 2019 befristet gewesen seien. Mehr als im Verfahren gemäss Art. 30 Abs. 3 KG zu erreichen sei, könne aber auch vorsorglich nicht gewonnen werden (Beschwerde Rz. 109).

**3.2.3.** Ein Widerruf oder eine Änderung der einvernehmlichen Regelung sei nach Massgabe von Art. 30 Abs. 1 KG nur möglich, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert hätten, was die Vorinstanz bisher aber nicht ansatzweise dargelegt habe. Damit fehle es bereits an den formellen Voraussetzungen zur Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 30 Abs. 3 KG, was ebenfalls einen schweren Mangel darstelle (Beschwerde Rz. 112).

**3.2.4.** Komme hinzu, dass die ETA gestützt auf den der Vorinstanz bekannten Bestell-, Produktions- und Lieferzyklus gar nicht mehr in der Lage sei, Lieferungen von Uhrwerken an Drittkunden gemäss der einvernehmlichen Regelung für den von den vorsorglichen Massnahmen erfassten Zeitpunkt vorzunehmen, geschweige denn, den Markt mit Uhrwerken zu fluten. Die Vorinstanz ordne folglich etwas an, was bereits den ihr bekannten Tatsachen widerspreche und entsprechend gar nicht mehr umgesetzt werden könne. Das Nichtvorhandensein des tatsächlichen Verfügungsfundaments habe nicht nur zur Folge, dass die angefochtene Verfügung an einem gravierenden Mangel leide, sondern dass sowohl die Verfahrens- als auch die Verfügungsgrundlage wegfallen würden, was zwingend zu einer umfassenden Verfahrenseinstellung führen müsse (Beschwerde Rz. 115).

**3.2.5.** Im Übrigen widerspreche die Eröffnung des Verfahrens auch der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013. Darin habe sich die Vorinstanz vorbehalten, ein Verfahren einzuleiten, "falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären." Selbst wenn der Katalog der Voraussetzungen für eine Revision der Verfügung 2013 weiter zu fassen wäre, müsse die Vorinstanz darlegen können, welche neuen tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten nun vorliegen würden, zumal noch in der Verfügung zur Wiederwägung vom 24. Oktober 2016 ausdrücklich festgehalten worden sei, dass solche nicht erkennbar seien (Beschwerde Rz. 119).

**3.2.6.** In ihrer Eingabe vom 4. Februar 2020 weist die Beschwerdeführerin zusätzlich darauf hin, dass es der angefochtenen Verfügung auch deshalb an einer

Rechtsgrundlage fehle, weil es sich bei der einvernehmlichen Regelung um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handle, der nicht gestützt auf Art. 30 Abs. 3 KG einseitig geändert werden könne (Eingabe vom 4. Februar 2020 Rz. 3).

**3.3.** Die Vorinstanz hält in ihrer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 25. Februar 2020 am Entzug der aufschiebenden Wirkung fest. Sie führt dazu aus, das öffentliche Interesse an der sofortigen Geltung der vorsorglichen Massnahmen überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin an deren Aussetzung (Stellungnahme Rz. 10):

**3.3.1.** Beim vorliegenden Verfahren handle es sich um ein Verfahren nach Art. 30 Abs. 3 KG. Dabei sei zu prüfen, ob eine rechtskräftige Verfügung in Wiedererwägung gezogen werden müsse. Die Frage, ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert hätten, stelle sich allerdings erst zum Ende der Prüfung. Für die Eröffnung und Führung des Verfahrens seien die Anhaltspunkte ausreichend (Stellungnahme Rz. 14).

**3.3.2.** Eine sachliche und zeitliche Dringlichkeit für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei nicht zu erkennen, auch weil die Beschwerdeführerin dazu selbst ausführe, eine Belieferung von Drittkunden bzw. ein Eingriff in das Marktgeschehen sei ihr derzeit gar nicht möglich (Stellungnahme Rz. 20).

**3.3.3.** Würden die vorsorglichen Massnahmen ausgesetzt, so bestünde die Gefahr, dass die ETA bis zum Endentscheid der Vorinstanz bisher getätigte Investitionen von Konkurrentinnen hinfällig werden lasse. Damit wäre ein Schaden für den Wettbewerb im Bereich mechanischer Uhrwerke zu befürchten, welcher negative Folgen für unabhängige Uhrenhersteller hätte, die in ihrer Auswahl von Lieferanten mechanischer Uhrwerke beschränkt würden. Aus denselben Überlegungen habe die Vorinstanz bereits im Jahr 2016 den Antrag der Beschwerdeführerin abgewiesen, die von Kunden nicht beanspruchten Mengen mechanischer Uhrwerke frei am Markt verkaufen zu können. Würden die vorsorglichen Massnahmen ausgesetzt, so würde dies die laufenden Ermittlungen, namentlich die abzuschliessende Markt- und Wettbewerbsanalyse, gefährden (Stellungnahme Rz. 23).

**3.4.** Sellita weist in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2020 darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor marktbeherrschend sei. Ziel der einvernehmlichen Regelung könne es nicht gewesen sein, die ETA für den Zeitraum nach 2019 von den Verhaltensverpflichtungen gemäss Art. 7 KG freizustellen, so dass diese nach Belieben und ohne jedes Unzulässigkeits- und Sanktionsrisiko agieren könne. Es bestehe somit keine rechtskräftige Verfügung, wonach die ETA ab dem 1. Januar 2020 frei sei, ob und an wen sie zu welchen Konditionen mechanische Uhrwerke liefern wolle (Stellungnahme Sellita Rz. 70, 105 ff., 207). Im Übrigen seien nach der Eröffnung des Verfahrens nach Art. 30 Abs. 3 KG sämtliche Erfordernisse für eine Untersuchung nach Art. 27 KG und sämtliche daraus fliessenden Vorschriften durch die Wettbewerbsbehörden erfüllt worden (Stellungnahme Sellita Rz. 208). Selbst wenn es an einem Verfahren nach Art. 27 KG fehlen würde, seien vorsorgliche Mass-

nahmen im Rahmen des VwVG zulässig (Stellungnahme Sellita Rz. 209).

**3.5.** Bei der Frage, ob eine Verfügung nichtig oder bloss anfechtbar ist, folgt die Rechtsprechung der Evidenztheorie. Verlangt wird, dass der Mangel, der einem behördlichen Handeln anhaftet, besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (MARKUS MOLLER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 5). Die Praxis hat verschiedene Fallkonstellationen erkannt, bei deren Vorliegen von einer nichtigen Verfügung auszugehen ist. Dabei stellt die sachliche und funktionelle Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in der Regel einen Nichtigkeitsgrund dar, dem allerdings das Gebot der Rechtssicherheit entgegenstehen kann (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MOLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rz. 16 zu § 31). Weiter können auch schwerwiegende Verfahrensfehler einen Nichtigkeitsgrund bilden. Die Praxis ist hier jedoch zurückhaltend. Schwerwiegende Form- oder Eröffnungsfehler bewirken insbesondere dann die Nichtigkeit der Verfügung, wenn den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung Nachteile entstehen. inhaltliche Mängel hingegen haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit zur Folge, wobei in Ausnahmefällen ein ausserordentlich schwerer Mangel ebenfalls zur Nichtigkeit führt (BGE 137 I 273 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1105 ff. und 1128).

**3.5.1.** Das vorliegende Verfahren wurde im November 2018 als Verfahren gemäss Art. 30 Abs. 3 KG eröffnet. Demnach kann die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen eine einvernehmliche Regelung widerrufen oder ändern, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs ist somit nicht ein neuer Sachverhalt zu beurteilen, sondern zu prüfen, ob Elemente vorliegen, welche zu einer anderen Beurteilung des ursprünglichen Entscheides führen. Die Frage nach einer abgeurteilten Sache stellt sich deswegen gerade nicht (IZUMI/KRIMMER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Rz. 76 ff. zu Art. 30). Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhaltes oder der Rechtslage dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der rechtlichen und ökonomischen Würdigung des ursprünglichen Entscheides haben kann (IZUMI/KRIMMER, a.a.O., Rz. 94 zu Art. 30). Für das Verfahren der Wiedererwägung nach Art. 30 Abs. 3 KG gelten dieselben Bestimmungen, welche im ursprünglichen Verfahren galten, womit insbesondere auch die Bestimmungen von Art. 27 KG sowie das VwVG zur Anwendung gelangen (ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Rz. 135 zu Art. 30). Das Kartellgesetz enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Die grundsätzliche Anwendung des VwVG durch den Verweis gemäss Art. 39 KG bringt es jedoch mit sich, dass auch im erstinstanzlichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen besteht (PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Basel 2002, § 6 Ziff.

l). Die Massnahmen sind durch die Vorinstanz und nicht durch das Sekretariat anzuordnen, was vorliegend geschehen ist (vgl. zum Ganzen: JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Rz. 11 zu Art. 27).

**3.5.2.** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, aufgrund der Akzessorietät zur Hauptsache könnten vorsorgliche Massnahmen nur innerhalb des Verfahrensgegenstandes bzw. Streitgegenstandes liegen, ist darauf hinzuweisen, dass Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung [Ziff. 3 des Dispositivs] der Verfügung vom 21. Oktober 2013 einen Änderungsvorbehalt vorsah und ein Wiedererwägungsverfahren nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu führen ist, was "prima facie" zu jedem Ergebnis führen kann, mithin auch zu einem, welches zu Ungunsten des Betroffenen ausfallen kann (IZUMI/KRIMMER, a.a.O., Rz. 109 zu Art. 30).

**3.5.3.** Hinsichtlich der Frage der geänderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse hat die Vorinstanz eine umfangreiche Marktbefragung durchgeführt, wozu sie auch berechtigt ist (vgl. dazu IZUMI/KRIMMER, a.a.O. N. 96, 103, 106 ff. zu Art. 30). Eine abschliessende Darstellung der veränderten Verhältnisse ist erst nach Abschluss der Untersuchung möglich. Als Grund für die Eröffnung des Verfahrens listete sie Anhaltspunkte betreffend die wirtschaftliche Entwicklung von Mitkonkurrentinnen auf (Mitteilung der Eröffnung der Untersuchung vom 13. November 2018, S. 2 und 3).

**3.5.4.** Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, die angefochtene Verfügung beinhalte Lieferverpflichtungen bzw. Lieferbeschränkungen, welche nachweislich so nicht mehr umgesetzt werden könnten. Die ETA sei aufgrund der Produktionszyklen nicht in der Lage, Lieferungen an Drittkunden vorzunehmen, geschweige denn den Markt mit Uhrwerken zu fluten, weshalb die Verfahrens- bzw. Verfügungsgrundlage weggefallen sei (Beschwerde Rz. 115). Hierzu ist "prima facie" anzumerken, dass den Produktionszyklen der Beschwerdeführerin insofern Rechnung getragen wurde, als die Lieferverpflichtungen vorerst ausgesetzt sind.

**3.5.5.** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, bei der einvernehmlichen Regelung handle es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, der nicht durch eine Verfügung einseitig geändert werden könne, ist dem entgegen zu halten, dass es sich zwar bei der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin um einen - suspensiv bedingten - verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt, die Genehmigung durch die Vorinstanz jedoch als Verfügung - welche im Dispositiv auch die einvernehmliche Regelung enthält - ergangen ist (PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, in: Roger Zach [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, 1996, S. 168 f.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Fribourg 2002, S. 355; vgl. auch BORER, a.a.O.; Rz. 7 zu Art. 29). Eine allfällige Abänderung des Dispositivs der Verfügung richtet sich damit "prima facie" nach den Bestimmungen einer gegebenenfalls fehlerhaften Verfügung (vgl. zum Ganzen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MOLLER, a.a.O., Rz. 10 ff. zu § 31), auch wenn die genehmigte Regelung davon betroffen sein sollte. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass in der

einvernehmlichen Regelung selbst auf den gesetzlichen Änderungsvorbehalt von Art. 30 Abs. 3 KG hingewiesen wurde (Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung).

**3.6.** Zusammenfassend sind «prima facie» keine besonders schweren und offensichtlichen Mängel zu erkennen, welche die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung zur Folge hatten.

#### 4.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen seien rechtsfehlerhaft erfolgt, weshalb die Verfügung vom 16. Dezember 2019 aufzuheben und ihre Rechtswidrigkeit festzustellen sei, wird darüber im Hauptentscheid zu den vorsorglichen Massnahmen und nicht im Rahmen der Beurteilung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu befinden sein.

#### 5.

**5.1.** Zu ihrem prozessualen Antrag, es sei die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe bisher keine überzeugenden Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorgebracht, stattdessen auf diejenigen verwiesen, mit denen sie die vorsorglichen Massnahmen angeordnet habe:

**5.1.1.** Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung sei vorliegend die Frage entscheidend, ob das Interesse an einer verfügten sofort umsetzbaren Intervention höher zu gewichten sei, als das Interesse der Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung vor dem Vollzug gerichtlich überprüfen zu lassen (Beschwerde Rz. 168 ff.). Die ETA habe sich darauf verlassen, ab dem 1. Januar 2020 in ihren wirtschaftlichen Aktivitäten wieder frei zu sein und werde nun durch das Lieferverbot die von ihr ausgewählten Drittkunden verlieren und infolge der Lieferverpflichtungen gezwungen sein, unliebsame Drittkunden weiterhin beliefern zu müssen, was zu irreversiblen Schäden führe (Beschwerde Rz. 186).

**5.1.2** Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, es fehle insbesondere auch an der für den Entzug der aufschiebenden Wirkung notwendigen Dringlichkeit. Das Verfahren laufe nun bereits seit 2018, wobei die Verzögerungen nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden dürften (Beschwerde Rz. 201 ff.).

**5.1.3.** Bezüglich der Verhältnismässigkeit habe die Vorinstanz insbesondere nicht dargetan, warum die umfassende Intervention umgehend und ohne gerichtliche Überprüfung umgesetzt werden müsse (Beschwerde Rz. 206).

**5.1.4.** Weiter sei mit Blick auf die Interessenabwägung nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdeführerin gegen weitere Einschränkungen ihrer Handlungsspielräume zur Wehr setze. Unter dem Vorwand, eine derzeitige Marktsituation sicherstellen zu wollen, schütze die Vorinstanz nicht die Interessen einer derzeit bestehenden Wettbewerbssituation, sondern lediglich diejenigen einer einzelnen Konkurrentin, welche im vorliegenden Fall ein grosses Interesse daran habe, dass die ETA in ihren Marktaktivitäten blockiert werde (Beschwerde Rz. 211).

**5.1.5.** Die Beschwerdeführerin geht zusätzlich von einer negativen Entscheidungsprognose aus. Wenn es der Vorinstanz bis jetzt nicht gelungen sei, wesentliche Änderungen des Sachverhalts oder der Rechtslage im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG nachzuweisen, werde ihr das auch nicht in näher Zukunft gelingen (Beschwerde Rz. 222).

**5.2.** Die Vorinstanz verweist zur Begründung des vorsorglichen Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde auf die vorsorglichen Massnahmen. Die Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt (Verfügung Rz. 163). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung stelle einen Teil der vorsorglichen Massnahmen dar (Verfügung Rz. 166). Würden die vorsorglichen Massnahmen durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausgesetzt, bestünde die Gefahr, dass die bisherigen Investitionen von Konkurrentinnen der ETA hinfällig würden, bevor die Erkenntnisse der Untersuchung vorlagen (Stellungnahme Rz. 23).

**5.3.** Sellita vertritt in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2020 die Auffassung, der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei durch das überwiegende Interesse am wirksamen Wettbewerb geboten. Ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit irreversibler Strukturveränderungen (Stellungnahme Sellita Rz. 265). Demgegenüber sei das Interesse der Beschwerdeführerin am Entzug der aufschiebenden Wirkung geringer zu gewichten. Anders als die Beschwerdeführerin immer wieder ausführen lasse, habe die Vorinstanz nie entschieden, dass die ETA ab dem 1. Januar 2020 frei sei, ob und an wen sie zu welchen Bedingungen liefern könne (Stellungnahme Sellita Rz. 266).

**5.4.** Die Voraussetzungen für den Entzug und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wie auch für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sind grundsätzlich dieselben (Zwischenverfügung des BVGer B-3427/2019 vom 12. September 2019 E. 2; REGINA KIENER, in: Auer et al. [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, N 15 zu Art. 55; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 55 N 150; XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. 2006, Rz. 116 ff.). Praxisgemäss setzt der Entzug der aufschiebenden Wirkung überzeugende Gründe, eine sachliche und zeitliche Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit des Eingriffs voraus, wobei eine Entscheidungsprognose berücksichtigt werden kann, sofern sie eindeutig ist (Zwischenverfügung des BVGer B-3427/2019 vom 12. September 2019 E. 2; KIENER, a.a.O., Rz. 16 ff. zu Art. 55; SEILER, a.a.O., Rz. 94 ff. zu Art. 55; vgl. E. 2.2 bis 2.4 hiervor).

**5.4.1.** Als überzeugende Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung sind dementsprechend auch solche denkbar, welche für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu berücksichtigen sind. Die Vorinstanz hat auf Anhaltspunkte hingewiesen, wonach sich die Marktverhältnisse nicht in dem Sinne entwickelt hatten, wie sich das zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids im Jahr 2013 abgezeichnet habe (Stellungnahme Rz. 14). Im Schreiben betreffend die Eröffnung der Untersuchung vom 13. November 2018 führt sie einige

dieser Anhaltspunkte mit Blick auf Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin namentlich auf: Demnach hätten diese teilweise ihre Produktionskapazitäten nicht im geplanten Sinne aufbauen können, es sei zu zwischenzeitlichen Einstellungen von Ausbauprojekten gekommen, Markteintritte mit eigenen Uhrwerken seien auf unbestimmte Zeit verschoben und Marktaustritte vollzogen worden (Mitteilung der Eröffnung der Untersuchung vom 13. November 2018, S. 2 und 3). Es müsse befürchtet werden, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Mass alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können (Verfügung Rz. 14). Die derzeit laufende Untersuchung ist noch nicht abgeschlossen, jedoch für Sommer 2020 in Aussicht gestellt. Für die Umsetzung der in diesem Zusammenhang erlassenen vorsorglichen Massnahmen - über deren Rechtmässigkeit erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels in der Hauptsache zu entscheiden sein wird (vgl. dazu E. 4 hiervor) - ist aber der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde unabdingbar, ansonsten die Massnahmen ab dem 1. Januar 2020 hinfällig geworden wären.

**5.4.2.** Die Beschwerdeführerin bestreitet zusätzlich die Dringlichkeit. Die Vorinstanz habe die Untersuchung bereits im November 2018 eröffnet und somit über ein Jahr Zeit gehabt, die Marktverhältnisse abzuklären. Wenn sie damit nicht fertig geworden sei, dürfe das nicht der Beschwerdeführerin zum Nachteil reichen. Im Übrigen stelle es einen klaren Rechtsmissbrauch dar, mit der Anordnung einer Massnahme zuzuwarten, bis die zeitliche Dringlichkeit soweit gediehen sei, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung allein aus Zeitgründen in Erwägung gezogen werden könne (Beschwerde Rz. 199 ff.). Dem ist entgegen zu halten, dass die Frage der Dringlichkeit der aufschiebenden Wirkung von der Frage einer allfälligen Verantwortung der Dringlichkeit bzw. der Verfahrensverzögerung zu unterscheiden ist, wobei sich im vorliegenden Verfahren nur erstere Frage stellt. Die Vorinstanz weist bezüglich die Dringlichkeit zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin andernfalls in der Ausgestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen wieder frei gewesen wäre. immerhin bleibt bezüglich der knappen Zeitspanne zwischen dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom 16. Dezember 2019 und dem Ende der einvernehmlichen Regelung vom 31. Dezember 2019 anzumerken, dass das Sekretariat der Beschwerdeführerin bereits am 27. August 2019 mitteilte, ein Entscheid im vorliegenden Verfahren werde nicht vor dem 31. Dezember 2019 möglich sein, weshalb vorsorgliche Massnahmen beantragt würden (Verfügung Rz. 47), so dass die Beschwerdeführerin immerhin fünf Monate Zeit hatte, sich darauf vorzubereiten.

**5.4.3.** Bezüglich der Verhältnismässigkeit macht die Beschwerdeführerin deutlich, dass mit der angefochtenen Verfügung ihre Rechtsposition, ab dem 1. Januar 2020 in der Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit wieder frei zu sein, nicht bloss teilweise beeinträchtigt, sondern ins Gegenteil verkehrt werde: Nachdem die Vorinstanz die Massnahme mit einer Aufrechterhaltung eines angeblich bestehenden Zustands begründe, dieser Zustand aber effektiv gar nicht bestehe, sondern erst geschaffen werden müsse, erweise sich die angeordne-

te Massnahme unter dem Blinkwinkel der Verhältnismässigkeit ohnehin als nicht begründbar (Beschwerde Rz. 206 f.).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die dem Privaten auferlegt werden (BGE 141 I 20 E. 6.2; vgl. zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 514; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 2 ff. zu § 21). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde ist in casu ohne weiteres geeignet, die vorsorglichen Massnahmen ab dem 1. Januar 2020 umzusetzen. Auch scheint der Entzug notwendig. Jedenfalls steht die Ausführung der Beschwerdeführerin, im Moment aufgrund der Bestellzyklen nicht liefern zu können, mit der ebenfalls geltend gemachten Aussage, bereits länger damit geplant zu haben, ab dem 1. Januar 2020 in den eigenen Wirtschaftsaktivitäten wieder frei zu sein, in einem gewissen, bisher nicht vollständig aufgelösten Widerspruch, zumal die Beschwerdeführerin bis September/Oktobre 2019 gemäss eigenen Angaben entsprechend produziert hat (Eingabe vom 8. Mai 2020 Rz. 18). Bezüglich den der Beschwerdeführerin auferlegten Belastungen ist ergänzend hinzuzufügen, dass diese mit dem Hauptentscheid dahinfallen und auch die vorsorglichen Massnahmen selbst bis zum 31. Dezember 2020 befristet sind. Für die Frage der Rechtmässigkeit der den Entzug der aufschiebenden Wirkung begründenden vorsorglichen Massnahmen ist erneut auf den Entscheid in der Hauptsache zu verweisen.

**5.4.4.** Zur Interessenabwägung merkt die Beschwerdeführerin an, es gehe vorliegend nicht um die Aufrechterhaltung eines Schwebezustandes, sondern um die Verkehrung einer rechtskräftigen Verfügung ins Gegenteil. Hier ist ihr insoweit zu widersprechen, als durch die Fortsetzung der Lieferbeschränkungen und -verpflichtungen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen bzw. im Rahmen des Entzugs der aufschiebenden Wirkung die durch die zweite einvernehmliche Regelung ursprünglich eingeleiteten Bemühungen, im Bereich mechanische, in der Schweiz hergestellte Uhrwerke einen wirksamen Wettbewerb zu etablieren, weiterhin in der Schwebe gehalten werden. Es gibt ein öffentliches Interesse daran, die Ergebnisse der im November 2018 eingeleiteten Untersuchung - welche für Sommer 2020 in Aussicht gestellt worden sind - abzuwarten, bevor dieser Schwebezustand beendet wird. Dem Interesse der Beschwerdeführerin, bereits im Rahmen der aufschiebenden Wirkung diesen Schwebezustand zu beenden, geht das genannte öffentliche Interesse jedenfalls vor.

**5.4.5.** Die Vorinstanz stellte den Abschluss der Untersuchung für Sommer 2020 in Aussicht (Stellungnahme Rz. 4). Eine Entscheidprognose zum jetzigen Zeitpunkt ist für das Gericht deshalb nicht möglich.

**5.4.6.** Die Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung liegen weiterhin vor. Eine Überschreitung des behördlichen Ermessensspielraum ist nicht zu erkennen.

6.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die angefochtene Verfügung vom 16. Dezember 2019 "prima facie" nicht an einem schweren und offensichtlich erkennbaren Mangel leidet. Für die Frage der Rechtmässigkeit der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen ist auf den Entscheid in der Hauptsache zu verweisen. Die Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung sind weiterhin gegeben, weshalb das Gesuch um deren Wiederherstellung abzuweisen ist.

7.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung ist mit der Hauptsache zu entscheiden.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen, wird abgewiesen.

2.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.

3.

Die Festsetzung der Frist zur Vernehmlassung in der Hauptsache erfolgt mit separater Verfügung.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0224; Einschreiben mit Rückschein)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<b>2. Urteil vom 14. Juli 2020 – Beschwerde gegen Nichteintreten auf Anträge im Verfahren 32-0224 gegen The Swatch Group AG</b>
-----	---

*Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juli 2020 in Sachen Sellita Watch Co S.A., vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Sekretariat, Vorinstanz. Gegenstand: Beschwerde gegen Nichteintreten auf Anträge im Verfahren 32-0224 gegen The Swatch Group AG.*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) hatte mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 eine in Sachen "32-0224: Swatch Group Lieferstopp" zwischen dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) und der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) abgeschlossene einvernehmliche Regelung vom 9. September 2013 (Dispositiv-Ziff. 3) genehmigt. Gleichzeitig stellte sie fest, dass die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke (Dispositiv-Ziff. 1) und die Nivarox-FAR S.A. (nachfolgend: Nivarox) auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments (Dispositiv-Ziff. 2) eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

**B.**

Mit Schreiben vom 13. November 2018 zeigte das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Vorinstanz die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 30 Abs. 3 KG an. Es publizierte die Verfahrenseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBl) vom 20. November 2019 (vgl. auch BBl 2018 7147 f.) mit der Begründung, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhrwerken bedienen zu können. In diesem (neuen) Verfahren würden die aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse geprüft, um beurteilen zu können, ob sich die Anhaltspunkte erhärteten und allenfalls ein Widerruf oder eine Änderung des WEKO-Entscheids in Erwägung zu ziehen sei.

**C.**

Wie bereits im ersten Untersuchungsverfahren wurde der Beschwerdeführerin auch in diesem neuen, unter der alten Verfahrensnummer 32-0224 laufenden Verfahren "Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung" Parteistellung im Sinne von Art. 6 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) gewährt.

**D.**

Mit der Eingabe vom 22. März 2019 stellte die Beschwerdeführerin u.a. die folgenden Anträge (Anträge 1.1., 1.3. - 1.5.):

"1. Die einvernehmliche Regelung mit The Swatch Group AG sei auf unbestimmte Zeit zu verlängern und es seien darin folgende zusätzliche Verpflichtungen aufzunehmen:

1.1. Nivarox-FAR SA sei zu verpflichten, Sellita uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz und Technologie zu beliefern; dies beinhaltet insbesondere auch die Annahme und Durchführung neuer Entwicklungsaufträge von Sellita sowie die Belieferung von Sellita mit Assortiments bzw. deren Bestandteilen aller neuen Technologien (wie z.B. Spiralfedern aus Silizium oder Titan/Nivachron)."

"1.3. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, Sellita gegenüber Dritten und gegenüber mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften zu diskriminieren. Als diskriminierend gilt dabei insbesondere jede der folgenden Verhaltensweisen: Verweigerung der Belieferung mit Produkten, die an andere Dritte oder an mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundene Gesellschaften geliefert werden, Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen oder Preise im Verhältnis zu Dritten oder zu mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften.

1.4. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, die Lieferung von Assortiments oder mechanischen Uhrwerken an Dritte an den Bezug anderer Produkte zu koppeln.

1.5. Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen mit The Swatch Group AG im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Gesellschaften sei zu verbieten, von Sellita unangemessene Geschäftsbedingungen und Preise zu verlangen."

Sie wiederholte diese mit Eingabe vom 19. Juni 2019 unter Antrag 2 als Eventualbegehren (als Anträge 2.1., 2.3. - 2.5.):

"2. [...] The Swatch Group AG und den mit ihr im Sinne von Art. 5 Abs.1 VKU verbundenen Gesellschaften seien auf unbestimmte Zeit folgende Verpflichtungen aufzuerlegen:

[...]"

und mit Eingabe vom 16. Juli 2019 ergänzte die Beschwerdeführerin diese Anträge mit einem zusätzlichen Hauptantrag unter Ziff. 1 (Antrag 1.5a) und wiederholte diesen zusätzlichen Antrag als Eventualantrag unter Ziff. 2 (als Antrag 2.5a.):

"1.5a. Ohne die Geltung der übrigen Bestimmungen einzuschränken gilt im Bereich Nachverkaufsservice (Service Après-Vente) Folgendes: Zur Erfüllung des Nachverkaufsservice bieten ETA SA Manufacture Horlogère Suisse und Nivarox-FAR S.A. zusätzlich Verschleissteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments im Umfang von jährlich bis zu 10% der durchschnittlich pro Jahr in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Menge an."

**E.**

Mit Schreiben vom 9. August 2019 bestätigte das Sekretariat der Beschwerdeführerin, dass ein Teil ihrer gestellten Anträge betreffend Nivarox resp. die Lieferung von

Assortiments vom Gegenstand des laufenden Verfahrens nach Art. 30 Abs. 3 KG nicht erfasst würden und auf diese in Bezug auf Nivarox nicht eingetreten würde (Anträge 1.1 und 2.1 sowie 1.3, 1.4, 1.5., 1.5a, 2.3, 2.4, 2.5a). Darüber hinaus werde auf die Anträge der Beschwerdeführerin nur insoweit eingetreten, als sie die ETA und die Lieferung von mechanischen Uhrwerken betreffen.

## F.

Mit Eingabe vom 16. September 2019 hat die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

"1. Es sei festzustellen, dass die Verfügung des Sekretariats vom 9. August 2019 nichtig ist.

2. Eventualiter: Die Verfügung des Sekretariats sei aufzuheben und das Sekretariat sei anzuweisen, auf die in den Eingaben vom 22. März 2019, 19. Juni 2019 und 16. Juli 2019 der Beschwerdeführerin gestellten Anträge 1.1 und 2.1 sowie auf die Anträge 1.3, 1.4, 1.5, 1.5a, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.5a auch in Bezug auf Nivarox-FAR SA einzutreten und diesbezüglich an die Wettbewerbskommission in der Sache materiell Antrag gemäss Art. 30 Abs. 1 KG zu stellen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

## G.

Mit Vernehmlassung vom 4. Dezember 2019 hat die Vorinstanz folgende Anträge gestellt:

"1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter: Soweit Antrag 1 abgelehnt wird, sei die Beschwerde abzuweisen.

- unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin -".

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

### 1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde grundsätzlich sachlich zuständig (Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251] i.V.m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 1 Abs. 1 und 2 Bst. d des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

**1.2** Nach Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (vgl. auch Art. 44 VwVG). Art. 33 VGG bezeichnet weitere Beschwerdemöglichkeiten in vorliegend nicht einschlägigen Spezialfällen. Das für das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 37 VGG und Art. 2 Abs. 4 VwVG massgebende Verwaltungsverfahrensgesetz findet im Kartellrecht Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

Anfechtungsgegenstand ist das Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019, mit dem dieses auf einen Teil der Anträge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist. Vorliegend ist umstritten, ob überhaupt ein taugliches

Anfechtungsobjekt vorliegt. Als erstes stellt sich die Frage, ob es sich beim Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019 um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt (nachfolgend, E. 2).

## 2.

Die Beschwerdeführerin erklärt, das Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019 erfülle alle materiellen Merkmale einer Verfügung nach Art. 5 VwVG. Es handle sich um eine verbindliche behördliche Anordnung, die individuell-konkret gegenüber der Beschwerdeführerin ergangen sei und mit der gestützt auf öffentliches Recht des Bundes, namentlich das Kartellgesetz, ein Rechtsverhältnis geregelt werden solle, indem das Sekretariat auf Begehren der Beschwerdeführerin nicht eintrete.

**2.1** Die Vorinstanz bestreitet, dass es sich beim Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019 um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt. Mit dem Schreiben habe die Vorinstanz - mit Blick auf den Verfahrensgegenstand des laufenden Verfahrens - einzig ihre Sichtweise bekundet, wonach sie sich im Rahmen des laufenden Verfahrens nicht inhaltlich mit den Vorwürfen betreffend Assortiments und Nivarox zu befassen habe. Das Schreiben des Sekretariats sei mithin nicht auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses gerichtet gewesen, sondern habe der Information gedient, dass das Sekretariat als Untersuchungsbehörde davon ausgehe, dass die Vorwürfe der Beschwerdeführerin betreffend den Bereich Assortiments/Nivarox nicht vom Untersuchungsgegenstand des laufenden Verfahrens erfasst seien. Es handle sich also um eine blosser Mitteilung, der ein Regelungscharakter weder innewohne noch innewohnen solle.

**2.2** Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a); Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten (Bst. b); Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder das Nichteintreten auf ein solches Begehren (Bst. c). Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3 m.H.; BVGE 2009/43 E. 1.1.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 849 ff.). Diese vorgenannten Strukturmerkmale bzw. Elemente des Verfügungsbegriffs müssen kumulativ erfüllt sein (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl. 2015, S. 329 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 17; FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-Kommentar VwVG [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 N 17). Allerdings ist einer Verfügung die Rechtswirksamkeit inhärent, weshalb den Merkmalen der Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit regelmässig keine selbstständige Bedeutung zukommt (Urteil des BGer 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 2.1 m.H.). Das Verfahrensstadium, in welchem ein Verwal-

tungsakt ergeht, präjudiziert dessen rechtliche Einordnung nicht (Urteil des BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.1 m.H.). Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff aus auf Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 Bst. a und b VwVG), Zwischenverfügungen (Art. 45 und Art. 46 VwVG), Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 Bst. b und Art. 74 VwVG), Beschwerdeentscheide (Art. 61 VwVG), Entscheide im Rahmen einer Revision (Art. 68 VwVG) und die Erläuterung (Art. 69 VwVG). Ferner gelten Wiedererwägungen bzw. Abweisungen von Wiedererwägungsgesuchen, Verfügungen über einen Realakt (Art. 25a Abs. 2 VwVG) sowie Disziplinententscheide nach Art. 60 VwVG als Verfügungen. Vom Verfügungsbegriff erfasst sind naturgemäss auch Teilverfügungen, die ein Verfahren für einen bestimmten Teil abschliessen. Nicht als Verfügungen gelten namentlich Erklärungen von Behörden über die Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind (Art. 5 Abs. 3 VwVG).

Vom Verfügungsbegriff zu trennen ist die Frage nach der Form der Verfügung. Art. 34 f. VwVG schreiben den in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht handelnden Behörden vor, dass Verfügungen als solche zu bezeichnen und den Adressaten schriftlich, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu eröffnen sind. Formfehler führen grundsätzlich nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters; die Formvorschriften sind nicht Voraussetzung, sondern Folge der Verfügung. Massgebend ist ein materieller Verfügungsbegriff, d.h. der tatsächliche rechtliche Gehalt (BGE 132 V 74 E. 2 m.H.; BVGE 2015/15 E. 2.1.2.1 in fine; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 872; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N. 17, 131 f.). Eine Verfügung liegt folglich vor, wenn eine Verwaltungshandlung die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale (vgl. oben) aufweist (BVGE 2016/20 E. 1.2.1 m.H.; Urteil des BVerfG B-198/2014 vom 5. November 2014 E. 2.3.2 m.H., bestätigt in Urteil des BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015, vgl. insb. E. 3.1).

**2.3** Zu prüfen ist somit, ob das angefochtene Schreiben des Sekretariats an die Beschwerdeführerin die Elemente bzw. Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs erfüllt.

Vorliegend kann nicht bezweifelt werden, dass das Sekretariat hoheitlich, einseitig, individuell-konkret - d.h. auf die Beschwerdeführerin bezogen - und in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht gehandelt hat. Indem das Sekretariat mit seinem Schreiben vom 9. August 2019 bestätigte, dass auf gewisse Anträge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werde, traf es als Behörde eine einseitige Anordnung im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt.

Für die Qualifikation des Schreibens des Sekretariats als Verfügung ist folglich ausschlaggebend, ob es sich dabei um einen verbindlichen und erzwingbaren, mithin auf das Erzielen von Rechtswirkungen ausgerichteten Akt handelt.

Ein Rechtsverhältnis liegt vor, wenn die Anordnung einer Behörde auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs im Verhältnis zwischen Staat und Bürger gerichtet ist (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 16 f. und 19 ff.). Die Ausrichtung auf Rechtswirksamkeit unterscheidet die Verfügung einerseits von solchem tat-

sächlichem oder informellem Verwaltungshandeln, das nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg abzielt (BGE 130 I 369 E. 6.1), indessen ausnahmsweise gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten beeinträchtigen kann (BGE 138 I 6 E. 1.2; 130 I 369 E. 6.1; Urteil des BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.1 m.w.H.). Mangels autoritativer Anordnung ebenfalls nicht auf Rechtswirksamkeit ausgerichtet und damit keine Verfügung ist andererseits das rechtsunverbindliche Handeln einer Behörde (FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N. 97 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 847, 868 ff. und 873 ff.; MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 5 N. 28 sowie Ders., in: 1. Aufl. 2008, Art. 5 N. 13), wobei aber auch dieses unter Umständen eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Betroffenen zur Folge haben kann (BGE 103 Ib 350 E. 2)

Die Regelung eines Rechtsverhältnisses ist darin zu sehen, dass das Sekretariat im Schreiben vom 9. August 2019 durch die Darstellung seiner Rechtsauffassung die Zulässigkeit der Anträge im laufenden Verfahren verneinte. Verbindlich ist das Schreiben insofern, als das Sekretariat damit festlegte, auf die Anträge der Beschwerdeführerin im laufenden Verfahren nicht einzutreten. Sie hat damit der Beschwerdeführerin das Recht abgesprochen, die gestellten Anträge im laufenden Verfahren prüfen zu lassen. Dabei ist für die Qualifizierung als Verfügung unerheblich, wie nach Auffassung des Sekretariats oder nach Auffassung der Vorinstanz mit den Anträgen zu verfahren wäre. Dass gemäss Rechtsprechung kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung besteht, die Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung unmittelbar keine Rechte und Pflichten begründet, sondern nur eine Vorstufe zum Entscheid der WEKO darstellt und daher keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG bildet, ist ebenfalls irrelevant (vgl. dazu BGE 135 II 60 E. 3.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK-KG], 2010, Art. 27 N. 66 ff. und 72 ff. m.w.H.; JOACHIM FRICK, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, Art. 27 N. 2 ff.; IZUMI/BAUR, in: Zäch et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], 2018, Art. 27 N. 30 f.). Denn darum geht es - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - vorliegend nicht. Mit Schreiben vom 9. August 2019 hat das Sekretariat in einem laufenden Verfahren in Bezug auf materielle Anträge einer Partei ein Nichteintreten verfügt. Somit sind die Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs erfüllt.

**2.4** Wie bereits erwähnt, ist die Frage nach der Form der Verfügung vom Verfügungsbegriff zu trennen. Nach Art. 34 Abs. 1 VwVG hat die Verfügungseröffnung grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Daneben sind Verfügungen gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Dazu kommt schliesslich die Bezeichnung der verfügenden Behörde und des Adressaten sowie die Formulierung eines Dispositivs (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 29 Rz. 10;



Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2. Aufl. 2015, S. 362 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 871).

Werden die Formvorschriften des VwVG nicht eingehalten, so liegt ein Eröffnungsmangel vor. Aus einer mangelhaften Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Formfehlerhafte Verfügungen sind anfechtbar, in seltenen Fällen gar nichtig. Eine mit formellen Mängeln behaftete Verfügung bleibt aber - abgesehen vom seltenen Fall der Nichtigkeit - eine Verfügung (BVGE 2015/15 E. 2.1.2.1 in fine; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 18; FELIX UHLMANN, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 5 N. 132). Hat die Verfügung trotz ihres Mangels den Zweck erfüllt - das heisst dem Betroffenen ist kein Nachteil aufgrund des Formfehlers entstanden - so bleiben die Formfehler folgenlos, da sich der Sinn des Formzwanges im Schutz des Betroffenen gemäss Art. 38 VwVG erschöpft (Urteil des BVGer A-3766/2012 vom 5. August 2013 E. 1.4.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 29 Rz. 2 und 20).

Beim vorliegenden Schreiben fehlen die Bezeichnung als Verfügung und eine Rechtsmittelbelehrung. Hingegen beinhaltet das Schreiben, wenn auch nicht als solches benannt, ein Dispositiv, worin das Nichteintreten auf Anträge im laufenden Verfahren unmissverständlich bestätigt wird. Zudem hat das Sekretariat seine Rechtsauffassung betreffend Begründung des Nichteintretens relativ ausführlich dargelegt. Damit weist das Schreiben des Sekretariats in Verletzung von Art. 35 VwVG als Verfügung zwar klare formelle Mängel auf. Diese sind indessen nicht als gravierend zu erachten. Es ist davon auszugehen, dass die formellen Mängel keinen Nachteil für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin bewirkten. Sie hat das Schreiben trotz Mangelhaftigkeit rechtzeitig als Verfügung angefochten. Aufgrund der Begründung waren ihr zudem die Argumente des Sekretariats ausreichend bekannt, so dass sie diesen in der Beschwerde entgegen konnte.

**2.5** Nachdem zu bejahen ist, dass das Schreiben vom 9. August 2019 grundsätzlich eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt, wird nachfolgend festzustellen sein, um welche Art von Verfügung es sich handelt, (E. 3) bevor zu prüfen ist, ob diese rechtswirksam erlassen wurde (E. 4).

### 3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verfügung des Sekretariats sei nichtig. Diese sei von einer funktionell unzuständigen Behörde erlassen worden. Negative Entscheide, mit denen ein Begehren definitiv abgelehnt werden solle, seien als Endentscheide zu qualifizieren, die gemäss Art. 44 VwVG der Beschwerde unterliegen würden. Mit einem Teilentscheid werde über eines oder mehrere Rechtbegehren abschliessend befunden. Mit der angefochtenen Verfügung entscheide das Sekretariat abschliessend, nämlich mit einem Nichteintretensentscheid, über Anträge der Beschwerdeführerin betreffend Nivarox und Assortiments. Es liege somit ein anfechtbarer Teilentscheid vor.

**3.1** Die Vorinstanz erklärt, die Voraussetzungen von Art. 46 VwVG seien nicht erfüllt, selbst wenn das Schreiben vom 9. August 2019 als «Verfügung» zu qua-

lizieren wäre. Sie erklärt, das Schreiben sei als Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 VwVG und nicht als Teilentscheid zu qualifizieren. Denn mit der vorliegenden «Verfügung» würde nicht ein «Verfahren beendet», sondern es würde abgelehnt, das laufende Verfahren auszudehnen.

**3.2** Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) nennt Verfügungen (Art. 44 VwVG) und Zwischenverfügungen (Art. 46 VwVG) ohne die möglichen Arten von Entscheiden zu definieren. Für die Bestimmung der Art einer Verfügung, die einen Einfluss auf die Zuständigkeit wie auch die Anfechtbarkeit hat, ist das Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110), analog beizuziehen, das zwischen End-, Teil- sowie Vor- und Zwischenentscheiden unterscheidet (Art. 90 bis 93 BGG; vgl. auch BGE 138 V 106 E. 1.1).

**3.2.1** Endentscheide bzw. Endverfügungen schliessen ein Verfahren - vorbehaltlich des Weiterzugs an eine höhere Instanz - ganz ab, indem in der Sache oder über eine prozessuale Frage (Nichteintreten, Abschreibung) abschliessend entschieden wird (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 44 N 19; vgl. zu Art. 90 BGG: BGE 134 I 83 E. 3.1; 133 V 477 E. 4.1.1 m.H.; NICOLAS VON WERDT, in: Seiler et al. [Hrsg.], *Bundesgerichtsgesetz [BGG], Handkommentar [nachfolgend: SHK-BGG]*, 2. Aufl. 2015, Art. 90 N. 4 m.H.; BERNARD CORBOZ, in: Corboz et al. [Hrsg.], *Commentaire de la LTF [nachfolgend C-LTF]*, 2. Aufl. 2014, Art. 90 N. 9).

**3.2.2** Wird bloss über einen Teil der gestellten materiellrechtlichen Begehren oder des Streitgegenstands entschieden oder wird das Verfahren lediglich für einen Teil der Verfahrensbeteiligten abgeschlossen, liegt ein Teilentscheid bzw. eine Teilverfügung vor (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 44 N. 21; vgl. auch Art. 91 BGG). Der Teilentscheid bzw. die Teilverfügung ist eine Variante des Endentscheids (vgl. zu Art. 91 BGG: BGE 134 III 426 E. 1.1; 133 V 477 E. 4.1.2 m.w.H.; FELIX UHLMANN, in: Niggli et al. [Hrsg.], *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz [nachfolgend: BSK-BGG]*, 3. Aufl. 2018, Art. 91 N. 1, 3 und 7; BERNARD CORBOZ, in: C-LTF, Art. 91 N. 9 ff. und N. 20 ff.; NICOLAS VON WERDT, in: SHK-BGG, Art. 91 N. 3 f. m.H.).

In einer Teilverfügung wird - vorbehaltlich des Weiterzugs an eine höhere Instanz - abschliessend über die behandelten Rechte und Pflichten entschieden (Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2. Aufl. 2015, S. 357 f.; Kiener et al., *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Aufl. 2015, N. 449). Ein Teilentscheid bzw. eine Teilverfügung erwächst mithin in materielle Rechtskraft. Diese kann und muss sofort angefochten werden; eine spätere Anfechtung ist ausgeschlossen. Negative Entscheide, mit denen ein Begehren definitiv abgelehnt wird, sind im Allgemeinen als Endentscheide bzw. Endverfügungen zu qualifizieren (vgl. zu Art. 91 BGG: BGE 135 III 212 E. 1.2.3; BERNARD CORBOZ, in: C-LTF, Art. 91 N. 17).

**3.2.3** Zwischenentscheide bzw. Zwischenverfügungen werden demgegenüber als Zwischenschritt im Verfahren auf dem Weg zu einem Endentscheid erlassen; sie dienen als organisatorisches Instrument lediglich der Verfahrensführung (Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2. Aufl. 2015, S. 358 ff.; KAYSER/PAPADOPOULOS/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum*

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 45 N. 5). Zwischenentscheide bzw. Zwischenverfügungen schliessen das Verfahren nicht ab und qualifizieren weder als Teil- noch als Endentscheid i.S.v. Art. 90 f. BGG. Sie können prozessuale Anordnungen enthalten oder materiell-rechtlicher Natur sein. Materiell-rechtliche Grundsatzentscheide, die einen Teilaspekt einer Streitsache, z.B. eine von mehreren materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen, beantworten und früher in der verwaltungsrechtlichen Praxis des Bundesgerichts als (Teil-)Endentscheide betrachtet wurden, gelten nach der gesetzlichen Systematik nicht als Teil-, sondern als materiell-rechtliche Zwischenentscheide bzw. Zwischenverfügungen. Sie brauchen nicht bereits nach ihrem Erlass, sondern können nach Art. 46 Abs. 2 VwVG noch mit Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken (Urteil des BVer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012 E. 7.2 m.w.H.; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 44 N. 22; zu Art. 93 BGG vgl. auch: BGE 136 II 165 E. 1.1; 133 V 477 E. 4.1.3 m.H. auf teilweise abweichende Lehrmeinungen; FELIX UHLMANN, in: Niggli et al. [Hrsg.], in: BSK-BGG, Art. 92 N. 3 ff. und Art. 93 N. 27; NICOLAS VON WERDT, in: SHK-BGG, Art. 93 N. 2 ff.).

In einem materiellen Zwischenentscheid bzw. einer Zwischenverfügung wird vorweg bloss eine Teilfrage beantwortet, ohne dass bereits materielle Rechte oder Pflichten abgeurteilt würden (vgl. zu Art. 93 BGG: BGE 134 II 137 E. 1.3.2; KIENER ET AL., Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, N. 452; BERNARD CORBOZ, in: C-LTF, Art. 93 N. 11a ff.).

**3.3** Vorliegend hat das Sekretariat in seinem Schreiben vom 9. August 2019 klar und unmissverständlich festgehalten, dass es auf Anträge der Beschwerdeführerin im laufenden Verfahren nicht eintrete. Das Nichteintreten betrifft namentlich Anträge zu Handlungsverpflichtungen der Nivarox gegenüber der Beschwerdeführerin. Unbeachtet dessen, ob die Anträge der Beschwerdeführerin als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens zulässig sind oder nicht und wie damit zu verfahren ist, hat das Sekretariat mit dem Schreiben im hängigen Verfahren definitiv bzw. abschliessend über diese materiellen Begehren entschieden. Folglich ist das Schreiben ohne weiteres als Teilentscheid bzw. Teilverfügung im Sinne von Art. 44 VwVG und Art. 91 BGG zu qualifizieren und nicht - wie von der Vorinstanz geltend gemacht - als Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 VwVG und Art. 93 BGG.

#### 4.

Die Beschwerdeführerin führt aus, einen Nichteintretensentscheid im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens hätte gemäss dem Kartellgesetz die Wettbewerbskommission fällen müssen. Nur diese sei Entscheidungsorgan und kompetent, eine eröffnete Untersuchung mit Verfügung ganz oder teilweise förmlich zu beenden. Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Sekretariats erweise sich dessen Verfügung vom 9. August 2019 bezüglich des Nichteintretens auf bestimmte Anträge der Beschwerdeführerin betreffend Nivarox und Assortiments als nichtig. Die Nichtigkeit gefährde die Rechtssicherheit nicht, insbesondere, weil

die Verfügung innerhalb der Beschwerdefrist angefochten worden sei. Die fehlende Zuständigkeit des Sekretariats sei angesichts des klaren Gesetzeswortlauts auch leicht erkennbar.

**4.1** Die Vorinstanz bringt vor, falls das Schreiben des Sekretariats vom 9. August 2019 tatsächlich eine anfechtbare «Nichteröffnungsverfügung» sei, mit der die Ausdehnung eines Verfahrens bzw. die Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt würde, so sei allenfalls Art. 27 Abs. 1 KG verletzt, weil es an einer Involvierung eines Präsidiumsmitglieds der WEKO fehle. An einer Beteiligung eines Präsidiumsmitglieds würde es auch mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 KG fehlen, wenn das Schreiben des Sekretariats als Zwischenverfügung qualifiziert würde, mit der die Durchführung konkreter Untersuchungsmassnahmen im Rahmen eines Verfahrens abgelehnt würden. Die Verletzung dieser Zuständigkeitsvorschriften würde aber keinen schwerwiegenden Rechtsverstoss gemäss der Evidenztheorie darstellen. Entsprechend sei das Schreiben vom 9. August 2019 nicht nichtig, selbst wenn es als Verfügung qualifiziert würde.

**4.2** Gemäss Rechtsprechung ist für die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit einer Verfügung der Evidenztheorie zu folgen. Demnach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund kommen namentlich die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2 m.H.; 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1; 137 III 217 E. 2.4.3; 129 V 485 E. 2.3; Urteil des BGer 2C\_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2; BVGE 2015/15 E. 2.5.2; BVGE 2008/59 E. 4.2 f.; Urteil des BVer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, § 11 Rz. 913 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 15 f.).

Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGE 140 III 651 E. 3; 139 II 243 E. 11.2; 138 II 501 E. 3.1; 137 III 217 E. 2.4.3; 132 II 342 E. 2.1 m.H. und 127 II 32 E. 3 g) f.; BVGE 2015/15 E. 2.5.1 m.w.H.). Die Nichtigkeit kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (Urteil des BVer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 15 Rz. 1096). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist somit kein schutzwürdiges Interesse nötig, um die Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung zu verlangen. Einer nichtigen Verfügung geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirkung ab (BGE 132 II 342 E. 2.1. m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 15 Rz. 1096).

**4.3** Sollte sich das Schreiben vom 9. August 2019 als nichtige Verfügung erweisen, so wäre - mangels Anfechtungsobjekt - auf die Beschwerde nicht einzutreten; rechtlich gälte die Verfügung als inexistent. Die Nichtigkeit wäre im Beschwerdeverfahren im Urteilsdispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.3; BVGE 2015/15 E. 2.5.1; Urteil des BVer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 1.5 m.w.H.).

**4.4** Zu prüfen ist, welche Behörde zum Erlass eines Nichteintretensentscheids betreffend materielle Begehren in einem laufenden Verfahren zuständig ist.

**4.4.1** Die Aufgabenteilung des Sekretariats und der WEKO folgt dem Grundsatz der Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 525, 599 f.).

Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Namentlich entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung steht die Entscheidkompetenz eindeutig der Wettbewerbskommission zu (vgl. auch Art. 53 und Art. 57 Abs. 2 KG sowie Art. 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 [GR-WEKO, SR 251.1]). Eine gemäss Art. 27 Abs. 1 KG vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eröffnete Untersuchung wird mit einem Entscheid der WEKO, d.h. einer Verfügung, abgeschlossen. Für Teilverfügungen ist die Kammer für Teilverfügungen zuständig (Art. 19 Abs. 1 und 2 GR-WEKO).

Demgegenüber ist das Sekretariat zuständig für Marktbeobachtungen, Vorabklärungen und die Durchführung von Untersuchungen. Es ist weiter zuständig für die Untersuchungseröffnung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums sowie für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 23 Abs.1, Art. 27 Abs. 1, Art. 53 und Art. 57 Abs. 2 KG sowie Art. 31 Abs. 1 GR-WEKO). Eine eigene Verfügungskompetenz, d.h. ohne Mitwirkung eines Mitglieds des Präsidiums, kommt dem Sekretariat nicht zu.

**4.4.2** Die Zuständigkeit zum Erlass eines Nichteintretensentscheids betreffend materielle Begehren in einem laufenden Kartellverfahren liegt somit nicht beim Sekretariat alleine oder beim Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, sondern bei der WEKO als Gremium (Art. 30 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG und Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs.1 GR-WEKO; Art. 23 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 1 KG e contrario).

Mit Schreiben vom 9. August 2019 hat das Sekretariat in einem laufenden Untersuchungsverfahren einen Nichteintretensentscheid in Bezug auf einen Teil der materiellen Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin gefällt. Zuständig für den Erlass einer solchen Teilverfügung wäre jedoch klarerweise die WEKO. Damit war das Sekretariat zum Erlass des Nichteintretensentscheids funktionell nicht zuständig.

**4.5** Nach der Rechtsprechung leidet ein Entscheid einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde an einem schwerwiegenden Mangel, der nach der Praxis ein Nichtigkeitsgrund darstellt, es sei denn, der verfü-

genden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder die Rechtssicherheit stehe einer Feststellung der Nichtigkeit entgegen (BGE 137 III 217 E.2.4.3 m.H.; BVGE 2015/15 E. 2.5.1; Urteil des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.8 m.w.H.).

**4.6** Dem Sekretariat der WEKO kommt auf dem Gebiet des Kartellrechts offensichtlich keine allgemeine Entscheidungsgewalt zu (Art. 18 Abs. 3 KG e contrario) und die Unzuständigkeit des Sekretariats für einen Teilentcheid ist leicht erkennbar. Damit erweist sich die vom Sekretariat erlassene Verfügung als nichtig. Die Beschwerdeführerin hat das Schreiben vom 9. August 2019 innert der Beschwerdefrist und damit zeitnah angefochten. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Nichtigkeitsfolge vorliegend die Rechtssicherheit gefährden sollte, weshalb diese einer Feststellung der Nichtigkeit nicht entgegensteht.

Damit mangelt es an einem Anfechtungsobjekt, weshalb auf die Beschwerde vom 16. September 2019 nicht einzutreten ist. Die Nichtigkeit der Verfügung des Sekretariats ist jedoch im Urteilsdispositiv festzustellen.

## 5.

**5.1** Tritt das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde nicht ein, weil sich die angefochtene Verfügung als nichtig erwiesen hat, berücksichtigt es dies bei der Festlegung der Verfahrenskosten (Art. 63 VwVG; vgl. auch Urteil des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 8 m.w.H.).

Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als obsiegend zu erachten, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat den Erlass der nichtigen Verfügung ihres Sekretariats zu vertreten, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils ist der Beschwerdeführerin ihr Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- zurückzuerstatten.

**5.2** Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Unter den vorliegenden Umständen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.- als angemessen.

Die Entschädigung ist der im Sinne der Erwägungen im Ergebnis unterliegenden Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG), da diese für den Erlass der nichtigen Verfügung verantwortlich ist und die Beschwerdeführerin damit zum Beschreiten des Rechtsweges veranlasst hat.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Sekretariats vom 9. August 2019 in der Untersuchung 32-0224 "Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung" nichtig ist.

**2.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von CHF 20'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung in der Höhe von CHF 2'000.- zu bezahlen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0224; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

**B 4**  
**Bundesgericht**  
**Tribunal fédéral**  
**Tribunale federale**

**B 4**      **1. Urteil vom 28. März 2021 – Zugang zu Verfahrensakten zugunsten von mögl. geschädigten Beschaffungsstellen**

Am 28. März 2021 hat das Bundesgericht in zwei Entscheidungen insgesamt vier Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-590/2018 und A-604/2018 (vgl. RPW 2019/2 552 ff. resp. 562 f.) beurteilt. Die zwei bundesgerichtlichen Urteile sind weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist nachfolgend das zur amtlichen Publikation bestimmte Urteil 2C\_1040/2018, 2C\_1051/2018 abgedruckt. Ergänzend werden aus dem Urteil 2C\_1039/2018, 2C\_1052/2018 diejenigen Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im erstgenannten Urteil nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BGer abgerufen werden.

*Urteil 2C\_1040/2018, 2C\_1051/2018 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung vom 18. März 2021. Verfahrensbeteiligte 2C\_1040/2018 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer I, und 2C\_1051/2018 Kanton Aargau, Departement Bau, Verkehr und Umwelt, in Aarau, Beschwerdeführer II, vertreten durch [...], gegen A.\_\_\_\_\_ AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...] – Gegenstand: Zugang zu Verfahrensakten, Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018).*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Wettbewerbskommission (WEKO) sanktionierte mit Verfügung vom 16. Dezember 2011 Unternehmen, welche mit Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) im Kanton Aargau den wirksamen Wettbewerb beseitigt haben. Die Abreden betrafen öffentliche und private Submissionen im Kanton Aargau, bei denen die Bauunternehmen ihre Offertpreise vereinbarten und festlegten, wer den Zuschlag erhalten soll. Die Sanktionsverfügung wurde publiziert, die betroffenen Projekte wurden allerdings entfernt, weshalb die Auftraggeber nicht eruieren konnten, ob darin auch von ihnen durchgeführte Ausschreibungen betroffen waren und sie geschädigt wurden. Die Sanktionsverfügung wurde von gewissen Unternehmen angefochten.

**B.**

Am 8. Mai 2012 beantragte der Kanton Aargau bei der WEKO "volle Akteneinsicht in diejenigen Verfahrensakten, in welchen der Kanton als Auftraggeber beteiligt

war". Die WEKO hiess das Gesuch teilweise gut und gewährte diesem nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung Einsicht in die Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung 22-0385, indem ihm der Verfügungsauszug inklusive der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnahmte Akten) gemäss Anhang zugestellt werde; im Übrigen wies sie das Gesuch ab (Verfügung vom 11. Dezember 2017; RPW 2018/2 419 ff.). Dagegen führte die A.\_\_\_\_\_ AG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung der WEKO und die Abweisung des Gesuchs des Kantons Aargau. Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 23. Oktober 2018 die Beschwerde gut und hob die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Dezember 2017 auf.

**C.**

**C.a.** Vor Bundesgericht beantragt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) im Verfahren 2C\_1040/2018:

"Die Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 seien aufzuheben. Stattdessen sei Dispositivziffer 1 der Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 in an den Verfahrensstand angepasster, nachfolgend wiedergegebener Form zu erlassen und Dispositivziffer 3 derselben Verfügung in unveränderter Form wie folgt zu bestätigen.

1. Dem Kanton Aargau wird Einsicht in die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung 22-0385 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gewährt, indem ihm der Verfügungsauszug inklusive der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnahmte Akten) gemäss Anhang der Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 zugestellt wird.

3. Der Kanton Aargau darf die ersuchten Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwenden (Prüfung eines Schadens zu Lasten des Kantons bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen). Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt.

Eventualiter:

Die Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 seien aufzuheben und die Sache sei zu neuer Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

[Kosten]."

**C.b.** Der Kanton Aargau beantragt im Verfahren 2C\_1051/2018:

"1. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018) sei aufzuheben, und die Verfügung der

Wettbewerbskommission (WEKO) vom 11. Dezember 2017 sei zu bestätigen.

2. Eventualiter sei das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018) aufzuheben und zur neuen Begründung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

**C.c.** Beide Beschwerdeführer machen im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 19 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) geltend.

#### **D.**

Die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht verzichten auf eine Vernehmlassung. Die A. \_\_\_\_\_ AG beantragt im Verfahren 2C\_1040/2018, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell die Beschwerde abzuweisen, im Verfahren 2C\_1051/2018 abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und ihr Name und sämtliche Anhaltspunkte darauf geheim zu halten. Die Beschwerdeführer haben sich dazu geäußert.

#### **Erwägungen:**

##### **1.**

Die beiden Beschwerden richten sich gegen das gleiche Urteil und betreffen die gleichen Verfahrensbeteiligten. Es rechtfertigt sich, die beiden Verfahren zu vereinigen.

##### **2.**

**2.1.** Die Beschwerden sind zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG), da keine Ausnahme nach Art. 83 BGG vorliegt. Sie sind frist- und formgerecht erhoben worden (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG). Zu prüfen bleibt, ob das WBF und der Kanton Aargau zur Beschwerde legitimiert sind.

##### **2.2.**

**2.2.1.** In Bezug auf das WBF macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass es angesichts der Aussichtslosigkeit einer allfälligen Zivilklage an einem schützenswerten Interesse an einer Datenbekanntgabe fehle. Es könne nicht angehen, dass der Beschwerdeführer sich zulasten der Beschwerdegegnerin ein Präjudiz zu erstreiten suche, für das ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse fehle. Das Beschwerderecht diene nicht dazu, dem Bundesgericht vom konkreten Fall losgelöste abstrakte Rechtsfragen des objektiven Rechts zu unterbreiten, sondern habe sich auf konkrete Probleme eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls zu beziehen.

**2.2.2.** Nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG ist das Departement zur Beschwerdeerhebung berechtigt. Das Beschwerderecht der Bundesbehörden nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG dient der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts. Es setzt kein hierüber hinausgehendes spezifisches (öffentliches) Interesse voraus. Die Behördenbeschwerde darf nicht die Behandlung einer vom konkreten Fall losgelösten abstrakten Rechtsfrage des objektiven Rechts bezwecken, sondern hat sich auf konkrete Probleme eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls mit Auswirkungen über diesen hinaus zu beschränken (vgl. BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 342; 134 II

201 E. 1.1 S. 203). Sie muss zudem auch für diesen von einer gewissen Aktualität und (wenigstens noch einer potentiellen) Relevanz sein (vgl. Urteil 2C\_49/2009 vom 27. April 2009 E. 1). Das öffentliche Interesse an einer Beurteilung der Behördenbeschwerde muss in vergleichbarer Weise aktuell und praktisch sein, wie es Art. 89 Abs. 1 BGG für das allgemeine Beschwerderecht voraussetzt (Urteile 2C\_576/2018 vom 16. November 2018 E. 1.2.2; 2C\_770/2017 vom 11. September 2018 E. 2; 2C\_898/2017 vom 2. Februar 2018 E. 1). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 136 II 101 E. 1.1 S. 103; 135 I 79 E. 1.1 S. 81).

**2.2.3.** Das WBF (Beschwerdeführer I) ist vorliegend zur Beschwerdeerhebung berechtigt. Seine Beschwerde betrifft die Frage, ob die Vorinstanz im konkreten Fall Bundesrecht richtig und einheitlich angewendet hat. Die Fragestellung, ob ein Gesuch um Einsicht in Akten im Rahmen einer Amtshilfe erst nach einem rechtskräftigen Abschluss des Sanktionsverfahrens und nach Feststellung eines Kartellrechtsverstosses beantwortet werden kann, betrifft nicht nur den aktuellen Fall, sondern unzählige weitere Fälle. Ob der Beschwerdeführer I ein aktuelles praktisches Interesse aufweist, kann deshalb offengelassen werden (siehe aber E. 2.4): Die aufgeworfenen Fragen können sich unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen, eine rechtzeitige Überprüfung wäre im Einzelfall kaum je möglich und die Beantwortung liegt wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse.

##### **2.3.**

**2.3.1.** In Bezug auf den Kanton Aargau (Beschwerdeführer II) macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass der Kanton Aargau kein Rechtsschutzinteresse habe: Mit Urteil vom 25. Juni 2018 habe die Vorinstanz entschieden, dass der Beschwerdegegnerin im offenzulegenden Vergabeverfahren kein Kartellrechtsverstoss zur Last gelegt werden könne (B-829/2012). Dieser Entscheid sei in Rechtskraft erwachsen, weshalb die Vorinstanz in diesem Verfahren eine allfällige Zivilklage gestützt auf die geforderten Daten als aussichtslos beurteilt habe (A-604/2018). Es fehle mithin vorliegend an einem aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers II.

**2.3.2.** Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Diese Regelung ist in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten, doch kann sich auch das Gemeinwesen darauf stützen, falls es durch einen angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater oder aber in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe betroffen

wird, namentlich wenn einem Entscheid präjudizielle Bedeutung für die öffentliche Aufgabenerfüllung zukommt. Die Beschwerdebefugnis zur Durchsetzung hoheitlicher Anliegen setzt eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung begründet keine Beschwerdebefugnis im Sinne dieser Regelung. Gestützt auf die allgemeine Legitimationsklausel von Art. 89 Abs. 1 BGG sind Gemeinwesen nur restriktiv zur Beschwerdeführung zuzulassen (BGE 141 II 161 E. 2.1 S. 164).

**2.3.3.** Bund und Kantone sind zur Leistung von Amtshilfe nach Art. 44 Abs. 2 BV verpflichtet. Amtshilfe kann mit dem Grundrecht auf Persönlichkeitsschutz kollidieren, den das DSG bezweckt (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1 S. 279). Art. 19 Abs. 1 DSG leistet einen Ausgleich zwischen den beiden Verfassungsinteressen (vgl. E. 5.4.5.1). Dieser wird nach Antrag des potentiellen Datenempfängers durch den Dateninhaber verfügungsweise entschieden (Art. 19 Abs. 1 Ingress DSG). Antragsteller und Partei nach Art. 6 VwVG war im strittigen Verfahren der Kanton Aargau. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 hiess die WEKO den Antrag teilweise gut. Nach Gutheissung der Beschwerde des heutigen Beschwerdegegners blieb die Bekanntgabe von Daten an den Kanton Aargau untersagt. Der Kanton Aargau hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, ihm Daten betreffend diejenigen Vergabeverfahren, in welchen er als Auftraggeber beteiligt war, bekanntzugeben, um zu prüfen, ob Schadenersatzforderungen gegen potentielle Abredeeteiligte erhoben werden können. Er behauptet mit vertretbaren Gründen, dass zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben die bekannt zu gebenden Daten notwendig seien. Insofern ist er durch den ablehnenden Entscheid besonders berührt und hat als Gesuchsteller für die Datenbekanntgabe im Rahmen der Amtshilfe ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. Urteil 2C\_461/2011 vom 9. November 2011 E. 1 i.f.). Da der Kanton Aargau diese Daten für einen möglichen Schadenersatzprozess benötigt, befindet er sich auch in einer Prozesslage, die jener eines privatrechtlichen Klägers oder Beklagten entspricht (vgl. Urteil 2C\_960/2013, 2C\_968/2013, 2C\_973/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 1.2.3). Auch der Kanton Aargau ist somit beschwerdeberechtigt.

**2.4.** Die Argumentation der Beschwerdegegnerin ist auch in der Sache nicht korrekt: Diese geht implizit ohne Weiteres davon aus, dass der Zivilrichter durch die kartellrechtlichen Entscheide gebunden sei. Zivil- und Verwaltungsverfahren sind voneinander unabhängig (vgl. z.B. RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 21 zu Vor Art. 12-17; JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence [nachfolgend: Commentaire romand], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 35 ff. zu Rem. art. 12 ss LCart) sie haben auch unterschiedliche Funktionen: Der öffentlich-rechtliche Weg ist primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu be-

schreiten (BGE 130 II 521 E. 2.9 S. 529; siehe auch WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, S. 73). Beide Verfahren folgen zudem unterschiedlichen Prozessmaximen. Inwiefern der Zivilrichter durch den verwaltungsgerichtlichen Entscheid gebunden ist, ist wiederum durch ihn selbst zu bestimmen, weshalb auch diesbezüglich *noch von einem aktuellen Rechtsschutzinteresse* auszugehen ist. Abgesehen davon war der Beschwerdeführer II nicht Partei im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren, weshalb aus rechtsstaatlichen Gründen ohnehin die Bindungswirkung entfällt (JACOBS/GIGER, a.a.O., N. 23 zu Vor Art. 12-17).

**2.5.** Auf die Beschwerden ist somit einzutreten.

### 3.

Der Beschwerdeführer II macht zudem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da die Vorinstanz auf Akten abgestellt habe, die ihm nicht zugänglich gemacht worden seien. Zumindest hätte ihm der wesentliche Inhalt der Akten bekanntgegeben und ihm dazu die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt werden müssen. Obwohl die WEKO die Auffassung vertreten habe, dass mit einer Schwärzung die Interessen der Beschwerdegegnerin hätten gewahrt werden können, habe die Vorinstanz dazu überhaupt keine Begründung gegeben. Der Beschwerdeführer II werde damit vor eine unwiderlegbare Annahme gestellt, da er dagegen aufgrund der fehlenden Akteneinsicht sowie der fehlenden Schilderung des wesentlichen Inhalts nicht vorgehen könne und ihm somit eine sachgerechte Beschwerde verunmöglicht oder zumindest erschwert werde.

Angesichts der materiellen Gutheissung der Beschwerde kann die Beantwortung dieser Frage offen gelassen werden.

### 4.

**4.1.** Streitgegenstand bildet die Frage, ob die WEKO berechtigt ist, dem Kanton Aargau Einsicht in die Akten des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens zu gewähren. Strittig ist die Auslegung von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG. Daneben können weitere Anspruchsgrundlagen im Datenschutzgesetz (z.B. Art. 8 und Art. 19 Abs. 1 lit. d DSG) oder gestützt auf den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der Verwaltung (z.B. Art. 6 BGÖ [SR 152.3]) bestehen. Einen solchen Weg hat, worauf rechtsvergleichend hinzuweisen ist, beispielsweise die Schenker North AB, Schenker Privpak AB und die Schenker Privpak AS gegenüber der EFTA Surveillance Authority zur Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses gegen Posten Norge AS, welche ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, beschritten (vgl. Urteil des EFTA Court Schenker North AB, Schenker Privpak AB und die Schenker Privpak AS gegen EFTA Surveillance Authority vom 21. Dezember 2012 [E-14/11]). Die genannten weiteren bundesrechtlichen Anspruchsgrundlagen sind dann zu prüfen, wenn eine Abstützung auf Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG scheitern würde. Zu berücksichtigen ist im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung zudem das Akteneinsichtsrecht nach Art. 29 Abs. 2 BV, worauf noch einzugehen ist (vgl. E. 5.4.5.2).

**4.2.** Zunächst ist allerdings zu prüfen, ob das Datenschutzgesetz überhaupt anwendbar ist: Die strittige An-

gelegenheit vor der WEKO ist Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274 oben). Entsprechend Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO unterliegt es dem Datenschutzgesetz (BGE 142 II 268 E. 6.2 S. 280), und beim Inhalt der Verfügung vom 16. Dezember 2011 handelt es sich um Personendaten (Art. 3 lit. a und c DSGVO; BGE 142 II 268 E. 6.1 S. 280). Die WEKO ist verantwortliches Organ (Art. 16 Abs. 1 DSGVO) und bearbeitet bzw. wollte dem Kanton Aargau personenbezogene Daten bekanntgeben (Art. 3 lit. e und f DSGVO). Das Datenschutzgesetz ist und dementsprechend sind auch die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften (Art. 4, 5 und 7 DSGVO [vgl. BGE 142 II 268 E. 6.3 S. 280]) neben denjenigen über das Bekanntgeben von Personendaten (Art. 19 DSGVO) anwendbar.

#### 4.3.

**4.3.1.** Für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Das DSGVO hat in den Art. 17 ff. DSGVO diese Anforderungen konkretisiert. Die Bekanntgabe von Personendaten, hat - angesichts der heikelsten Bearbeitungsphase (BGE 142 II 268 E. 6.4.1 S. 281) - in Art. 19 DSGVO eine besondere, konkretisierte Regelung erfahren. Danach dürfen Bundesorgane Personendaten nur bekanntgeben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 17 besteht oder wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind (Art. 19 Abs. 1 DSGVO). Art. 19 (Abs. 1) DSGVO ist, sofern es um Datenbekanntgabe an andere, nicht unterstellte Verwaltungseinheiten geht, die allgemeine *Amtshilfebestimmung* (Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [DSG], BBl 1988 II 413 ff. [nachfolgend: Botschaft DSGVO], 469); sie ist dann anwendbar, wenn keine spezialgesetzliche Vorschrift die Amtshilfe regelt (vgl. BGE 126 II 126 E. 5b S. 132 ff.). Im vorliegenden Fall liegt keine solche vor - auch nicht im KG.

**4.3.2.** Als *Amtshilfe* nach Art. 19 Abs. 1 DSGVO stellt sich die vorliegende Streitigkeit deshalb dar, weil die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 alle Angaben entfernt hatte, die eine Identifizierung der betroffenen Projekte ermöglicht hätte, und der Kanton Aargau darum nicht in der Lage war, zu prüfen, ob seine ausgeschriebenen Projekte davon betroffen waren. In anderen Fällen hatte die WEKO demgegenüber detaillierte Daten in ihrer Verfügung publiziert, welche einen Rückschluss auch auf die einzelnen Produkte bzw. Projekte erlauben (z.B. BGE 139 I 72; 141 II 66; 142 II 268; 143 II 297; 144 II 194, 246). Zwar ist in diesen Fällen neben der Prüfung, ob Geschäftsgeheimnisse vorliegen (Art. 25 Abs. 4 KG), auch eine datenschutzrechtliche Prüfung über personenbezogene Daten notwendig (Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6, z.T. publiziert in: BGE 142 II 268 [dazu jetzt ALEXANDRE FLÜCKIGER, RDAF 2017 I 468, 472 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn* vom 8. November 2016, Nr. 18030/11]; 2C\_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 6). Im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren bestand aber mit Art. 48 Abs. 1 KG (Veröffentlichen von Sanktionsverfügung) im Kartellgesetz selbst eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO (BGE 142 II 268 E. 6.4.2 S. 281).

#### 5.

**5.1.** Es ist zunächst - der Vorinstanz folgend - zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO gegeben sind.

Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO lautet:

Art. 19 Bekanntgabe von Personendaten

1 Bundesorgane dürfen Personendaten nur bekannt geben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 17 besteht oder wenn:

a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind; [...].

**5.2.** Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO umfasst mehrere Tatbestandselemente, welche auszulegen und zu prüfen sind: Dass es sich um *Daten* handelt, wurde bereits festgehalten (oben E. 4.2). Der *Empfänger* ist der Kanton Aargau, was zulässig ist, denn Art. 19 DSGVO unterscheidet nicht nach Empfängerkategorien (vgl. z.B. JENNIFER EHRENSPERGER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz [nachfolgend: BSK DSGVO - BGÖ], 2014, N. 6 zu Art. 19 DSGVO). Er beantragt die Bekanntgabe der Daten betreffend diejenigen Vergabeverfahren, in welchen er als Auftraggeber beteiligt war. Es handelt sich demnach um ein Gesuch zu Dateneinsicht in einem konkreten Kartellverwaltungsverfahren vor der WEKO; der Kreis der Personen ist durch die Sanktionsverfügung vom 16. Dezember 2011 beschränkt. Insofern handelt es sich um ein Gesuch in einem konkreten *Einzelfall*.

#### 5.3.

**5.3.1.** Die Daten sollen zudem der *Erfüllung* der gesetzlichen Aufgabe dienen. Zur Beurteilung dieser Frage ist auf den *Inhalt des Einsichtsgesuches* des Kantons Aargau Bezug zu nehmen. Dieser lautete: (1) Die Beantwortung verschiedener Interpellationen des aargauischen Parlaments; (2) die Prüfung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen; (3) die Prüfung, ob gewisse Firmen gestützt auf § 28 Abs. 1 lit. e des Submissionsdekrets (SR AG 150.919) von laufenden oder zukünftigen Submissionen auszuschliessen sind (vgl. Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017, Rz. 49).

**5.3.2.** Die Beantwortung von Interpellationen stellt zweifellos eine gesetzliche Aufgabe dar. Diese sind allerdings bereits erledigt (vgl. Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017, Rz. 55), weshalb diese gesetzliche Aufgabe gar nicht mehr erfüllt werden kann. Das Tatbestandsmerkmal der Unentbehrlichkeit muss demzufolge nicht bemüht werden.

**5.3.3.** Der zweite und dritte Aspekt des Gesuchs betreffen Themen im Zusammenhang mit dem Gebot der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. Nach Art. 43a Abs. 5 BV, der sich auch an die Kantone und Gemeinden richtet (vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar, N. 6 zu Art. 43a), müssen staatliche Aufgaben wirtschaftlich erfüllt werden. Der Kanton Aargau hat diesbezüglich auch gleichgerichtete eigenständige Regelungen. Nach § 116 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV AG; SR AG 110.000) ist der Finanzhaushalt sparsam, wirtschaftlich, konjunkturgerecht und auf die Dauer ausgeglichen zu führen. Die Einhaltung dieser Grundsätze ist durch eine ausreichende Kontrolle zu überprüfen. Konkretisiert wird die Kontrolle durch das Gesetz vom 11. Januar 2005 über die Finanzkontrolle



(SR AG 612.200). Die verfassungsmässige Verpflichtung auf einen sparsamen und wirtschaftlichen Finanzhaushalt wird im Gesetz vom 5. Juni 2012 über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen umgesetzt (SR AG 612.300). Dazu gehört auch die Geltendmachung von Guthaben des Staates gegenüber Dritten (vgl. § 29 des Dekrets vom 5. Juni 2012 über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen [SR AG 612.310]). Daneben verlangt - wie der Kanton auch ausdrücklich festhält - § 28 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SR AG 150.910), dass bei Vorliegen genügender Gründe die Vergabestelle den Zuschlag widerruft, was namentlich bei Abreden zutrifft, die einen wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen (lit. e). Schliesslich verlangt Art. 19 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR AG 150.950), dass die Kantone die Einhaltung der Vergabebestimmungen vor und nach dem Zuschlag durch die Auftraggeberin oder Auftraggeber und die Anbieterinnen und Anbieter überwachen. Die Kantone können Sanktionen vorsehen.

**5.3.4.** Aus den dargelegten Bestimmungen ergibt sich ohne Weiteres, dass die Aufgaben, für deren Erfüllung der Kanton Aargau eine Datenbekanntgabe beantragt hat, gesetzliche Aufgaben sind.

**5.4.** Schliesslich ist zu prüfen, ob die Daten für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe *unentbehrlich* sind.

**5.4.1.** Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass eine Datenbekanntgabe nur dann unentbehrlich sei, wenn in einer rechtskräftigen Sanktionsverfügung ein Kartellrechtsverstoss festgestellt worden sei. Beide Voraussetzungen seien im strittigen Verfahren nicht erfüllt gewesen: Erstens sei die Sanktionsverfügung im Zeitpunkt, als die WEKO dem Gesuch um Datenbekanntgabe stattgegeben habe, nicht rechtskräftig gewesen; zweitens habe sie gerade keinen Kartellrechtsverstoss festgestellt. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich diesem Befund an, während die Beschwerdeführer aus verschiedenen Gründen die Auffassung der Vorinstanz ablehnen.

**5.4.2.** An die Stelle der gesetzlichen Grundlage nach Art. 17 DSG kann der Umstand treten, dass die begehrten Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Insofern bildet Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG ein Substitut für Art. 19 Abs. 1 Ingress i.V.m. Art. 17 DSG. Unentbehrlich meint (absolut) notwendig (siehe die franz. Fassung von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG), unbedingt erforderlich. Unentbehrlich für die Erfüllung einer Aufgabe sind Daten somit dann, wenn ohne diese die gesetzliche Aufgabe nicht erfüllt werden kann (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht [nachfolgend: Datenschutzrecht], Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], 2011, § 12 N. 90 S. 701). D.h. nur mit den beantragten Daten lässt sich die gesetzliche Aufgabe erfüllen, andernfalls die Daten entbehrlich wären. Insofern stellen - auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 4 Abs. 2 DSG) - die Daten die einzige Möglichkeit dar, die Aufgabe zu erfüllen. Ist aber die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe von Vorneherein nicht möglich, so ist die Frage, ob die Daten entbehrlich

oder unentbehrlich sind, obsolet, denn das Tatbestandselement der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ist nicht gegeben (siehe E. 5.3.2). Mehr ergibt sich aus dem Wortlaut nicht.

**5.4.3.** Die Passage "zur Erfüllung" impliziert ein finales Element. Mit den Daten soll ein Zweck verfolgt werden. Daraus lässt sich indes nur die Absicht, mit den Daten die gesetzliche Aufgabe zu erfüllen, ableiten. Dass die gesetzliche Aufgabe durch den Gesuchsteller mit der Bekanntgabe der Daten *erfüllt wird*, lässt sich demgegenüber nicht herauslesen. Insofern muss aus Sicht der die Daten bekannt gebenden Behörde die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe nur *möglich* und nicht gewiss sein. Es kann deshalb nicht verlangt werden, dass die gesetzliche Aufgabe mit den beantragten Daten tatsächlich erfüllt wird.

**5.4.4.** Dies zeigen auch die Intention von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG und ein systematischer Vergleich mit Art. 19 Abs. 1 Ingress und Abs. 1 lit. b - d DSG: Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG stellt ein Substitut für die gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 17 DSG dar. Der Gesetzgeber ist u.a. damit sich selbst und dem Bundesrat - eingedenk der Tatsache, dass Amtshilfe notwendig sei (vgl. Botschaft DSG, BBI 1988 II 469) - entgegenkommen, um sein und dessen Versäumnis, eine klare gesetzliche Grundlage für die Datenbekanntgabe in den sektoriellen Gesetzen zu schaffen, auszubügeln. Insofern wollte er nicht durch eine kaum zu erfüllende Regelung die Amtshilfe verunmöglichen. Auch die in Art. 19 Abs. 1 lit. b - d DSG aufgelisteten Szenarien sind Ersatz für die fehlende Rechtsgrundlage. Sie machen alle Abstriche an der von Art. 19 Abs. 1 Ingress DSG vorgesehenen Strenge (vgl. auch Botschaft DSG, BBI 1988 II 470). Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG schafft Abhilfe, damit - wie dargelegt - eine Amtshilfe trotz gesetzgeberischem Versäumnis nicht gänzlich verunmöglicht wird. Das Substitut will deshalb nicht strenger sein als das Original (vgl. auch DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 19 zu Art. 19). Zwar muss sich die gesetzliche Grundlage nach Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG explizit und spezifisch auf die Datenbekanntgabe beziehen (vgl. EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, Datenschutzrecht in der Schweiz, 2009, S. 47), mehr verlangt die Norm aber nicht. Insofern muss man davon ausgehen, dass der Begriff "unentbehrlich" nicht so verstanden werden darf, dass nachgewiesen werden müsste, dass mit den Daten die öffentliche Aufgabe praktisch sicher erfüllt werden kann. Andernfalls wäre das Substitut strenger als das Original, was man ja gerade vermeiden wollte.

**5.4.5.** Auch eine verfassungskonforme Betrachtung von Art. 19 Abs. 1 DSG stützt diese Auffassung:

**5.4.5.1.** Sollen Art. 19 Abs. 1 Ingress DSG und Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG beide einen Ausgleich darstellen zwischen Art. 44 Abs. 2 BV, wonach Bund und Kantone einander Amts- und Rechtshilfe leisten, und den verschiedenen Verfassungsbestimmungen zum Schutz des Bürgers (dazu AMÉDÉO WERMELINGER, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, ZBI 2004,

S. 173 ff., 183 f.), so ist bei beiden Normen der gleiche Massstab anzulegen.

**5.4.5.2.** Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat im Rahmen von Art. 29 Abs. 2 BV erkannt, dass ein Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens geltend gemacht werden kann (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253). "Eine umfassende Wahrung der Rechte kann es gebieten, dass [u.a.] ein Dritter Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehe. Allerdings ist dieser Anspruch davon abhängig, dass der Rechtsuchende ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann" (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253). Dieses kann sich u.a. aus dem Umstand ergeben, dass der Gesuchsteller Akteneinsicht beantragt im Hinblick auf die Abklärung der Prozesschancen (BGE 129 I 249 E. 5.2 S. 259; siehe auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015 Rz. 241). Diese *geringen Anforderungen* sind deshalb bei der *verfassungskonformen Auslegung* von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz wird damit nicht Art. 190 BV umgangen. Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder an berechtigten Interessen Dritter (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253), was mit Art. 19 Abs. 4 DSG übereinstimmt und auch in diesem Zusammenhang behandelt wird.

**5.4.6.** Kommt hinzu, dass die Daten bekannt gebende Behörde gar nicht in der Lage ist, die Frage, ob, wann und wie die gesetzliche Aufgabe zu erfüllen ist, angemessen zu beurteilen, weshalb das Bundesgericht gerade im Zusammenhang mit der Akteneinsicht ausgeführt hat, dass es nicht Sache der Behörden sei, anstelle des Betroffenen über den allenfalls einzuschlagenden Weg und die Erfolgchancen zu befinden (BGE 129 I 249 E. 5.2 S. 259; 130 III 42 E. 3.2.2 S. 45).

**5.4.7.** Unentbehrlich sind Daten zudem nicht erst dann, wenn rechtskräftig über die Wettbewerbswidrigkeit der Vergabeverfahren entschieden worden ist, von denen die Daten beantragt werden. Denn das Datenschutzgesetz, somit auch Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG, ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG parallel zu einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren anwendbar (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 37). In diesem wird über Daten nicht rechtskräftig entschieden.

#### **5.4.8.**

**5.4.8.1.** Dementsprechend verlangt Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG entgegen der vorinstanzlichen Auffassung weder, dass das Sanktionsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sein muss, noch, dass darin ein Kartellrechtsverstoss festgestellt worden sein muss. Die Datenbekanntgabe ist demnach auch dann unentbehrlich, wenn die Aufgabenerfüllung lediglich möglich ist, d.h. insofern ungewiss ist, ob sie im konkreten Einzelfall tatsächlich erfolgt bzw. erfolgen kann. Die Beschwerde ist deshalb bereits aus diesem Grund *gutzuheissen*.

**5.4.8.2.** Bei ihrer Auslegung hat sich die Vorinstanz zudem unzulässigerweise sowohl an die Stelle des Kantons Aargau als auch an die Stelle des Zivilgerichts gesetzt. Es ist ausschliesslich die Aufgabe des Kantons Aargau darüber zu befinden, ob überhaupt und gegebenenfalls wann, wie und mit welchen Mitteln ein Verfahren

angestrengt wird. In diesem Zusammenhang verengt die Vorinstanz ihren Blickwinkel unzulässigerweise auf das Deliktsrecht nach Art. 41 OR und zieht dabei nur anspruchsbegründende Verhaltensnormen nach dem Kartellgesetz in Erwägung. Wie die Beschwerdeführer zu Recht geltend machen, könnten im Rahmen von Art. 41 OR auch andere Verhaltensnormen in Betracht kommen. Mit keinem Wort erwähnt die Vorinstanz sodann vertragsrechtliche Ansprüche, Ansprüche aus Kriterien in der Ausschreibung oder aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis (*culpa in contrahendo*).

Die Vorinstanz nimmt - entgegen den beschwerdegegenerischen Ausführungen - ferner einen unzulässigen Standpunkt ein, wenn sie implizit davon ausgeht, dass der Zivilrichter an kartellverwaltungsrechtliche Entscheide gebunden sei. Wie im Rahmen der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen bereits ausgeführt, ist durch den Zivilrichter und - entgegen der beschwerdegegenerischen Ausführungen - nicht durch die Vorinstanz zu entscheiden, wie und ob er durch das Verwaltungsgerichtsurteil gebunden ist. Zudem ist zu beachten, dass das Urteilsdispositiv, welches nur bindend ist (BGE 140 I 114 E. 2.4.2 S. 120), nicht immer Feststellungen darüber enthält, ob ein Kartellrechtsverstoss vorliegt oder nicht oder aus welchen Gründen die Beschwerde abgewiesen oder gutgeheissen wird. Wird etwa ein verwaltungsrechtliches Kartellverfahren aufgrund mangelnder Sachverhaltserstellung beendet, so kann im Zivilverfahren aufgrund anderer Prozessmaximen (Verhandlungsmaxime; Art. 55 Abs. 1 ZPO) und anderer Parteivorträgen der Zivilrichter zu einem anderen Schluss gelangen. Abgesehen davon war der Kanton Aargau nicht Partei im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren, weshalb aus rechtsstaatlichen Gründen ohnehin die Bindungswirkung entfällt (JACOBS/GIGER, a.a.O., N. 23 Vor Art. 12-17).

**5.4.8.3.** Die Vorinstanz setzt mit ihrer Rechtsprechung, wonach erst dann Einsicht in Daten gewährt werden kann, wenn das Sanktionsverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, den Kanton Aargau zudem der Gefahr aus, dass seine potentiellen Forderungen verjähren. Kartellrechtsfälle sind äusserst komplex, weshalb die Behandlung der Fälle durch die drei Instanzen (WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) häufig länger dauert als die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren (vgl. Art. 127 OR). Auch wenn die relative Verjährungsfrist auch bei unklaren Umständen unterbrochen werden kann, ändert dies nichts daran, dass jemand, der von Submissionskartellen betroffen ist, vielfach erst nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist weiss, dass er effektiv ein Geschädigter ist. Insofern würden viele Schadenersatzklagen ins Leere laufen, da die Ansprüche als verjährt betrachtet würden. Es würde aber das Recht auf freien Zugang zum Gericht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzen, wenn ein Betroffener überhaupt keine Möglichkeit erhält, seine Schadenersatzforderung vor einem Gericht geltend zu machen (vgl. Urteil des EGMR *Howald Moor et autres c. Suisse* vom 11. März 2014 [Nr. 52067/10 und 41072/11], Ziff. 79).

## **6.**

**6.1.** Die Beschwerdeführer beantragen vor Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Verfügung der WEKO vom 11. De-

zember 2017 zu bestätigen (mit einer rudimentären Anpassung an den Verfahrensstand [Streichung von "nach Eintritt der Rechtskraft" in Ziff. 1]). Die Beschwerdegegnerin hat sich dazu nicht geäußert, hätte aber ohne Weiteres erkennen können, dass weitere Fragen im Zusammenhang mit der Amtshilfe im vorliegenden Verfahren anstehen könnten. Abgesehen davon hat sie es bereits in ihrer Beschwerde an die Vorinstanz unterlassen, auf weitere Aspekte der Amtshilfe einzugehen. Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer und des Umstands, dass für die noch zu behandelnden Fragen der Sachverhalt nicht weiter abgeklärt werden muss, rechtfertigt es sich, aus prozessökonomischen Gründen auf eine Rückweisung zu verzichten und die Frage selber zu entscheiden (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265).

## 6.2.

**6.2.1.** Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Daten dem Kanton Aargau gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO bekanntgegeben werden dürfen. Aufgrund der bisherigen Ausführungen ist lediglich noch offen, ob die Datenbekanntgabe für das zweite Element des Gesuchs (Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche) des Kantons Aargau unentbehrlich ist. Nur dieses hat die WEKO in ihrer Verfügung vom 11. Dezember 2017 bejaht. Die Datenbekanntgabe erscheint unentbehrlich. Die Daten sind bereits für die Beurteilung der Frage, ob überhaupt zivilrechtlich gegen die Beschwerdegegnerin vorgegangen werden soll, absolut notwendig. Denn ohne Daten kann der Kanton Aargau die Rechts- und Sachlage dafür gar nicht beurteilen. Ob die Aufgabe tatsächlich oder rechtlich erfüllt werden kann, ist - wie dargelegt - unbeachtlich. Insofern sind die Vorgaben von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO erfüllt.

**6.2.2.** In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass der Kanton Aargau, soweit dieser die beantragten Daten zur Durchsetzung behaupteter Ansprüche verwenden wolle, als potentieller Zivilkläger und nicht als Träger hoheitlicher Aufgaben und Befugnisse handle. Entscheidend sind indes nicht die Mittel, auf welche der Staat zur Verwirklichung der öffentlichen Aufgabe zurückgreifen muss, sondern ob er damit eine öffentliche Aufgabe erfüllen muss.

**6.3.** Offengelassen werden können die Fragen, ob es sich um besonders schützenswerte Personendaten handelt und ob zu deren Bekanntgabe Art. 19 Abs. 1 lit. a oder Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO als gesetzliche Grundlage genügt. Denn in jedem Fall bezeichnen - wie bereits oben dargelegt (E. 5.3.3) - kantonale Verfassungsbestimmungen und Gesetze im formellen Sinn die staatliche Aufgabe, was Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten verlangt (vgl. EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 42). Die Legaldefinition "Bearbeiten" umfasst auch diejenige der Bekanntgabe (Art. 3 lit. e DSGVO). Insofern wären auch die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO erfüllt.

## 6.4.

**6.4.1.** Auch bei der Datenbekanntgabe sind die allgemeinen Bearbeitungsregeln, insbesondere diejenigen nach Art. 4 DSGVO, zu beachten. Im Vordergrund steht hier u.a. der Grundsatz der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSGVO).

**6.4.2.** Nach Art. 4 Abs. 3 DSGVO dürfen Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Danach muss die Bekanntgabe grundsätzlich dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung entsprechen. Einmal erhobene Daten dürfen nur zu Zwecken verwendet werden, die den Grund für ursprüngliche Beschaffung bildeten. Eine Zweckentfremdung soll ausgeschlossen werden (vgl. EPINEY, in: Datenschutzrecht, a.a.O., § 9 N. 31). Allerdings kann nicht absolute Zweckidentität gefordert werden, ansonsten die in Art. 19 Abs. 1 DSGVO vorgesehene Amtshilfe zu stark eingeschränkt würde (vgl. WERMELINGER, a.a.O., S. 189; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., S. 708 mit Fn. 285). Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO ist hierfür selbst ein treffendes Beispiel, denn die Daten beschaffende Behörde beschafft für sich selbst primär keine Daten zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe des Datenempfängers. In jedem Fall muss der Zweck der Amtshilfe aber zumindest mit dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung von Personendaten *vereinbar* sein (WERMELINGER, a.a.O., S. 189).

**6.4.3.** Die Wettbewerbsbehörden erheben aufgrund bestimmter Indizien oder Anzeigen verschiedene Daten von Marktteilnehmern, um zu beurteilen, ob durch deren Verhalten in Form von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen vorliegen (Art. 1 KG). Trifft dies zu, so steht den Wettbewerbsbehörden ein ganzes Bündel von Massnahmen als Rechtsfolge zur Verfügung: u.a. Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG, eine einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG), die Art. 50 KG unterliegen kann, oder verschiedene Massnahmen nach Art. 30 KG (vgl. Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 10.2), welche ebenfalls Art. 50 KG unterliegen können. Mit der vorliegenden strittigen Datenbekanntgabe soll dem Kanton Aargau die Möglichkeit eingeräumt werden, die Folgen von Submissionsabsprachen, welche ihn betreffen, zu mildern oder ihnen mit anderen Massnahmen zu begegnen. Der Zweck der Datenbekanntgabe dient somit ebenfalls einer "Sanktionierung" wettbewerbswidrigen Verhaltens. Insofern kann davon keine Rede sein, die Daten des Kartellverfahrensverfahrens in Sachen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau würden - entgegen dem Grundsatz von Art. 4 Abs. 3 DSGVO - zu einem Zweck verwendet, welcher mit dem Zweck der ursprünglichen Datenerhebung nicht vereinbar wäre (siehe zu einem Beispiel in Bezug auf die Anwesenheitsberechtigung Urteil 2A.424/2000 vom 13. Februar 2001 E. 2d). Die Datenbekanntgabe ist zudem verhältnismässig, was - wie bereits erwähnt - durch den Begriff der Unentbehrlichkeit vorgegeben wird.

## 7.

**7.1.** Nach Art. 19 Abs. 4 DSGVO lehnt das Bundesorgan die Bekanntgabe von Daten ab, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen (lit. a.) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (lit. b.).

**7.2.** Die WEKO hat geprüft, ob Art. 25 Abs. 2 KG der Datenbekanntgabe entgegenstehe und ist zum Schluss gekommen, dass eine Datenbekanntgabe an aussen-

stehende Drittpersonen zulässig sei, wenn diese ein (potentielles) Kartellopfers seien, wenn mit den Daten keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen seien und die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden.

**7.3.** Art. 25 KG regelt das Amts- und Geschäftsgeheimnis im Kartellrecht. Danach wahren die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis (Abs. 1). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten (Abs. 2). Das Amtsgeheimnis ist zum Schutz der Geheim- und Privatsphäre des Einzelnen und im Interesse einer funktionierenden staatlichen Verwaltung vorgesehen (vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht [nachfolgend: BSK StGB], Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], N. 1, 3, 4 f. zu Art. 320 StGB; BGE 142 IV 68 E. 5.1 S. 68). Die verpönte Tathandlung besteht im Offenbaren des Geheimnisses, d.h. das Geheimnis wurde einer dazu nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis gebracht. Nach Art. 25 Abs. 1 KG wahren die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis. Dies gilt auch innerhalb der einzelnen Verwaltungszweige (vgl. OBERHOLZER, a.a.O., N. 10 zu Art. 320 StGB) und daher erst recht zwischen verschiedenen Behörden (vgl. PATRICK SUTTER, DIKE-KG, a.a.O., N. 44 zu Art. 25 KG). Nur soweit die Offenbarung gesetzlich vorgesehen oder dienstlich gerechtfertigt ist, entfällt die Verpflichtung zur amtsinternen Geheimniswahrung (BGE 141 I 172 E. 5.3.6 S. 85; 140 IV 177 E. 3.3 S. 180 f.; 114 IV 44 E. 3b S. 48; OBERHOLZER, a.a.O., N. 10 zu Art. 320 StGB; SUTTER, a.a.O., N. 44 zu Art. 25 KG). Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO bildet dabei die gesetzliche Grundlage, in einem eng begrenzten Rahmen Daten, die dem Amtsgeheimnis unterliegen, einer anderen Behörde bekanntzugeben (so auch SUTTER, a.a.O., N. 46 zu Art. 25 KG). Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO bezeichnet daher schon den Zweck (zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe im Einzelfall), damit die Datenbekanntgabe nicht unter das Offenbarungsverbot fällt. Insofern ist das Verhältnis zwischen Art. 25 Abs. 1 KG und Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO klar. Zu prüfen ist nunmehr noch, wie es sich mit Art. 25 Abs. 2 KG verhält.

#### 7.4.

**7.4.1.** Nach Art. 25 Abs. 2 KG dürfen die Wettbewerbsbehörden Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten. Kenntnisse erlangen die Wettbewerbsbehörden im Kartellverfahren vor allem durch die Privatpersonen, deren Verhalten sie auf Wettbewerbskonformität überprüfen. Dazu benötigen sie u.a. Auskünfte, wie Art. 25 Abs. 2 KG ausdrücklich hervorhebt. Die Informationen dürfen von den Wettbewerbsbehörden nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwertet werden. Der Begriff "Verwertung", der mit "utiliser" oder "utilizzare" übersetzt wird und nur an dieser Stelle und im Datenschutzgesetz nicht verwendet wird, kann in einem weiten (bearbeiten [inkl. bekanntgeben] i.S.v. Art. 3 lit. e DSGVO) oder engen Sinn (verwenden als Unterkategorie von bearbeiten i.S.v. Art. 3 lit. e DSGVO) verstanden werden. Entscheidend ist allerdings in jedem Fall die Zweckbindung. Art. 25 Abs. 2 KG entspricht damit dem Grundsatz der Zweckbindung nach Art. 4 Abs. 3 DSGVO.

**7.4.2.** Wird in Art. 25 Abs. 2 KG dem weiten Begriffsverständnis gefolgt, so kann Art. 25 Abs. 2 KG als Beschränkung der Weitergabe von Informationen an andere Behörden verstanden werden (i.d.S. z.B. BANGERTER, BSK KG, a.a.O., N. 38 ff. zu Art. 25 KG). Allerdings sagt in diesem Fall Art. 25 Abs. 2 KG nichts anderes und nicht mehr, als was Art. 25 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a oder Art. 19 Abs. 1 Ingress i.V.m. Art. 4 Abs. 3 DSGVO verlangt (vgl. EPINEY/CIVITELLA/ZBINDEN, a.a.O., S. 26). Art. 25 Abs. 2 KG wäre deshalb lediglich eine Wiederholung. Jedenfalls bildet Art. 25 Abs. 2 KG in diesem Fall keine über die datenschutzrechtliche Regelung nach Art. 19 Abs. 1 DSGVO hinausgehende *besondere* Vorschrift i.S.v. Art. 19 Abs. 4 lit. b DSGVO (so auch SUTTER, a.a.O., N. 44 ff. zu Art. 25). Wird in Art. 25 Abs. 2 KG einem engen Verständnis gefolgt, wonach Art. 25 Abs. 2 KG eine Verwertungsbeschränkung für die Wettbewerbsbehörde selbst statuiert (i.d.S. BORER, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 25; SUTTER, a.a.O., N. 46, 47 ff. zu Art. 25), bildet sie für den strittigen Fall (Bekanntgabe) ohnehin keine Beschränkung. Art. 25 Abs. 2 KG liesse sich umgekehrt sodann als Amtshilfebestimmung interpretieren, also als gesetzliche Grundlage verstehen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung zur amtsinternen Geheimniswahrung entfallen würde. Systematisch könnte ohne Weiteres an Art. 25 Abs. 3 KG angeknüpft werden. Selbst wenn diesem - angesichts fehlender Hinweise in den Materialien und ungenügender Normbestimmtheit - wenig überzeugenden Verständnis gefolgt würde, wäre Art. 25 Abs. 2 KG indes nichts anderes als die in Art. 19 Abs. 1 KG verlangte gesetzliche Grundlage und insofern ebenfalls keine besondere Norm i.S.v. Art. 19 Abs. 4 lit. b DSGVO. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass Art. 25 Abs. 2 KG keine besondere Vorschrift bildet, welche einer Datenbekanntgabe entgegenstehen würde.

#### 7.5.

**7.5.1.** Zu prüfen ist nun, ob die Bekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen versehen werden muss, weil wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen (Art. 19 Abs. 4 lit. a DSGVO; BGE 142 II 268 E. 6.4.1 S. 281). Öffentliche Interessen, die gegen eine Bekanntgabe sprechen würden, sind keine erkennbar.

**7.5.2.** In Bezug auf die Interessen des Datenempfängers hat die WEKO lediglich dasjenige akzeptiert, mit den finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen. Wie die WEKO zu Recht festgehalten hat, sind die Interessen des Kantons Aargau sehr gewichtig.

**7.5.3.** Als Interessen der Beschwerdegegnerin werden die Geschäftsgeheimnisse eingebracht. Diese werden aber von der WEKO gar nicht bekanntgegeben. Die WEKO hat also bereits die Datenbekanntgabe nach Art. 19 Abs. 4 Ingress DSGVO eingeschränkt. Auch Daten von Dritten, welche als sehr gewichtig zu betrachten sind, werden dem Kanton Aargau nicht bekannt gegeben. Insofern erübrigt sich eine Interessenabwägung.

#### 8.

**8.1.** Die Vorinstanz hat auf Gesuch der heutigen Beschwerdegegnerin in einer Zwischenverfügung entschieden, dass das Verfahren bei ihr anonym durchzuführen sei. Vor Bundesgericht gilt Folgendes: Angesichts der Gutheissung der Beschwerden ist der Name der Beschwerdegegnerin ins Rubrum aufzunehmen und im Urteil zu verwenden. Nach Art. 27 Abs. 2 BGG veröffentlicht das Bundesgericht seine Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form. Nach Art. 59 Abs. 3 BGG legt das Bundesgericht das Dispositiv von Entscheiden, die nicht öffentlich beraten worden sind, nach deren Eröffnung während 30 Tagen öffentlich auf. Diese Auflage erfolgt in nicht anonymisierter Form, soweit das Gesetz nicht eine Anonymisierung verlangt (Art. 60 BGerR [SR 173.110.131]); damit soll dem in Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) enthaltenen Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung sowie der Transparenz Rechnung getragen werden (BGE 133 I 106 E. 8.2 S. 108; Urteil 2C\_799/2017, 2C\_800/2017 vom 18. September 2018 E. 7.1; vgl. auch BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 197 ff.).

**8.2.** Im vorliegenden Fall besteht keine gesetzliche Regelung, wonach das Dispositiv nur in anonymisierter Form aufgelegt werden dürfte. Andere Ausnahmen sind sehr zurückhaltend anzunehmen, wenn durch die nicht anonymisierte Auflage des Dispositivs das Persönlichkeitsrecht besonders schwer beeinträchtigt würde (vgl. Urteile 2C\_799/2017, 2C\_800/2017 vom 18. September 2018 E. 7.2 mit Hinweisen; 2C\_949/2010 vom 18. Mai 2011 E. 7.2). Es ist an der Partei, die den Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren oder den Verzicht auf die Urteilspublikation verlangt, ihr schutzwürdiges Interesse an solchen Massnahmen substantiiert zu begründen und zu belegen (Urteile 2C\_799/2017, 2C\_800/2017 vom 18. September 2018 E. 7.2; 2C\_201/2016 vom 3. November 2017 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 144 II 130). Eine entsprechende Begründung liegt hier nicht vor. Insofern wird das Dispositiv des vorliegenden Entscheids nach der Eröffnung während 30 Tagen in nicht anonymisierter Form öffentlich aufgelegt.

## 9.

**9.1.** Die Beschwerden sind demzufolge gutzuheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018) aufzuheben und die Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 mit einer Anpassung an den Verfahrensstand zu bestätigen.

**9.2.** Bei diesem Verfahrensausgang obsiegen die Beschwerdeführer. Dementsprechend trägt die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, auch gegenüber dem Kanton Aargau nicht, da er in seinem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat (Art. 68 Abs. 3 BGG). Das Bundesverwaltungsgericht wird über die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung neu zu befinden haben (Art. 67 e contrario und 68 Abs. 5 BGG).

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Verfahren 2C\_1040/2018 und 2C\_1051/2018 werden vereinigt.

#### 2.

Die Beschwerden werden gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018) aufgehoben und die Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 wird mit einer Anpassung an den Verfahrensstand wie folgt bestätigt.

"1. Dem Kanton Aargau wird Einsicht in die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung 22-0385 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau gewährt, indem ihm der Verfügungsauszug inklusive der dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnehnte Akten) gemäss Anhang der Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 zugestellt wird.

3. Der Kanton Aargau darf die ersuchten Daten einzig zu den im Gesuch genannten Zwecken verwenden (Prüfung eines Schadens zu Lasten des Kantons bzw. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen). Die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken wird ausdrücklich untersagt."

#### 3.

Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 8000.-- trägt die Beschwerdegegnerin.

#### 4.

Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge des vorinstanzlichen Verfahrens wird die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

#### 5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten schriftlich mitgeteilt.

B 4	<b>2. Auszug aus dem Urteil vom 28. März 2021 – Zugang zu Verfahrensakten zugunsten von mögl. geschädigten Beschaffungsstellen</b>
-----	--

Am 28. März 2021 hat das Bundesgericht in zwei Entscheidungen insgesamt vier Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-590/2018 und A-604/2018 (vgl. RPW 2019/2 552 ff. resp. 562 f.) beurteilt. Die zwei bundesgerichtlichen Urteile sind weitgehend deckungsgleich. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist nachfolgend das zur amtlichen Publikation bestimmte Urteil 2C\_1040/2018, 2C\_1051/2018 abgedruckt. Ergänzend werden aus dem Urteil 2C\_1039/2018, 2C\_1052/2018 diejenigen Passagen publiziert, die von allgemeinem Interesse erscheinen und sich im erstgenannten Urteil nicht finden. Die vollständigen Urteile können auf der Website des BGer abgerufen werden.

*Auszug aus dem Urteil 2C\_1039/2018, 2C\_1052/2018 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung vom 18. März 2021. Verfahrensbeteiligte 2C\_1039/2018 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, in Bern, Beschwerdeführer I, und 2C\_1052/2018 Kanton Aargau, Departement Bau, Verkehr und Umwelt, in Aarau, Beschwerdeführer II, vertreten durch [...], gegen A. \_\_\_\_\_ AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...] – Gegenstand: Zugang zu Verfahrensakten, Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 23. Oktober 2018 (A-592/2018).*

### 7.5.

**7.5.1.** Zu prüfen ist nun, ob die Bekanntgabe abgelehnt, eingeschränkt oder mit Auflagen versehen werden muss, weil wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen (Art. 19 Abs. 4 lit. a DSGVO; BGE 142 II 268 E. 6.4.1 S. 281). Öffentliche Interessen, die gegen eine Bekanntgabe sprechen würden, sind keine erkennbar.

**7.5.2.** In Bezug auf die Interessen des Datenempfängers hat die WEKO lediglich dasjenige akzeptiert, mit den finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen und zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen. Wie die WEKO zu Recht festgehalten hat, sind die Interessen des Kantons Aargau sehr gewichtig.

**7.5.3.** Die Beschwerdegegnerin nennt als private Interessen zum einen die Geschäftsgeheimnisse und zum anderen ihren guten Ruf. Die Geschäftsgeheimnisse werden aber von der WEKO gar nicht bekanntgegeben. Die WEKO hat also bereits die Datenbekanntgabe nach Art. 19 Abs. 4 Ingress DSGVO eingeschränkt. Auch Daten von Dritten, welche als sehr gewichtig zu betrachten sind, werden dem Kanton Aargau nicht bekannt gegeben. Diesbezüglich erübrigt sich eine Interessenabwägung.

In Bezug auf den Schutz der Reputation ist Folgendes zu beachten: Reputation bedeutet den Ruf der Beschwerdegegnerin. Dieser wird durch deren Geschäftsgebaren bestimmt, welches sich in geschäftlich relevanten Informationen äussert, mithin Informationen, die einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen und somit Teil des Geschäftsgeheimnisses bilden (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268; begrüssend und als im Einklang mit der EGMR-Rechtsprechung erachtend FRANZ ZELLER, Newsletter Medialex, 10/17 48, 51). Dies ist bereits behandelt worden. Abgesehen davon überwiegen die Interessen der Beschwerdegegnerin, nämlich die Beibehaltung des guten Rufs, die genannten Interessen des Kantons Aargau nicht, überwiegt doch bereits das Interesse an einer Publikation der noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung das private Interesse an der Beibehaltung des guten Rufs (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3, nicht publ. in: BGE 142 II 268; siehe auch Urteil des EuG vom 12. Oktober 2007 T-474/04 Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH, Randnr. 72).

B 4

### 3. Urteil vom 4. Februar 2021 – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen), Beschwerde gegen das Urteil des BVGer vom 19. Dezember 2017

*Urteil 2C\_149/2018 des Bundesgerichts vom 4. Februar 2021, II. öffentlich-rechtliche Abteilung in Sachen Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, Generalsekretariat GS-WBF, in Bern, Beschwerdeführer, gegen Pfizer AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2017 (B-846/2015).*

#### Sachverhalt:

##### A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

##### B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B.

Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [Pfizer: Fr. 2'860'174.--].

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

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

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.-- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.-- Franken, und unter solidarischer Haftung aufgelegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

##### C.

Die Sanktionsverfügung focht Pfizer am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf. Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme. Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (BGE 141 II 66). Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 KG im zu beurteilenden Fall nicht anwendbar sei. Es bestehe Wettbewerb.

##### D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 erneut die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

##### E.

Am 12. Februar 2018 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-846/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an dieses zurückzuweisen, subeventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

## F.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerin wiederum dupliziert. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

## Erwägungen:

### I. Eintreten

#### 1.

**1.1.** Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

**1.2.** Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

### II. Inhalt

#### 2.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine unzulässige und zu sanktionierende Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt. Während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass die Preisempfehlung eine solche Abrede darstellt, vertritt die Vorinstanz und ihr folgend die Beschwerdegegnerin die Auffassung, dass die Preisempfehlung eineeinseitige Massnahme sei und deshalb gar keine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob eine solche Abrede vorliegt (nachfolgend E. 3 - 5). Wenn diese Frage in diesem Sinn beantwortet werden kann, ist zu prüfen, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt (E. 6 - 7), und bei deren Bejahung, ob eine Sanktion auszusprechen ist (E. 8).

## III. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

### 3. Rechtliches

**3.1.** Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (*pratiques concertées*; *pratiche concordate*) von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend: *Commentaire romand*], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 4 Abs. 1 LCart). Insofern kann die Rechtsprechung und die Literatur dazu auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden (so bereits indirekt BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Keiner Marktabgrenzung bedarf es sodann für die Prüfung, ob die Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

**3.2.** Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Sie sind *die* Mittel der Verhaltenskoordination (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; PETER BEHRENS, *Europäisches Marköffnungungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, Rz. 853). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein *bewusstes und gewolltes Zusammenwirken* der betreffenden Unternehmen handelt (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1 [nachfolgend: Botschaft KG I]; BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252; 129 II 18 E. 6.3 S. 27; z.B. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz* [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 79 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die *Un-gewissheit* über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (vgl. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SSCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 N. 1). Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005 Rz. 367; Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 52/69 *J.R. Geigy AG*, Randnr. 26).



**3.3.** Eine *Vereinbarung* verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäußerung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 i.i. KG klar festhält. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der *Bindungswille* grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 38 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

### 3.4. Abgestimmte Verhaltensweise

**3.4.1.** Mit der Aufnahme der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede macht der Gesetzgeber deutlich, dass es nicht erforderlich ist, dass sich die beteiligten Unternehmen *ausdrücklich* ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben (vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 4 KG). Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Aufgangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise. Denn mit dem Begriff der Abrede sollen lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst werden, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 545; siehe auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 852; z.B. Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Randnr. 26). Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer *Intensität* oder *Ausdrucksform* (vgl. z.B. Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Randnr. 23; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Participazioni SpA*, Randnr. 131; vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 *ICI*, Randnr. 64/67; DANIEL ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl., 2019, N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; STOCKENHUBER, in: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), 2018, 64. Ergänzungslieferung, Mai 2018, N. 106 zu Art. 101 AEUV). Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im "Vorfeld" einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine *tatsächliche Zusammenarbeit* der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (vgl. MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 70; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 106 zu Art. 101 AEUV). Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei getrennt zu erörternden Elementen: Die Abstimmung einerseits

(E. 3.4.2) und das darauf gestützte Verhalten andererseits (E. 3.4.3). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang (E. 3.4.4) notwendig ist (dazu insgesamt BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 53 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; PHILIPP ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, 2016, S. 161 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43; BEHRENS, a.a.O., Rz. 865 ff.; Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Participazioni SpA*, Randnr. 118).

### 3.4.2.

**3.4.2.1.** Die Abstimmung (*erstes Element*) ist - entgegen der Beschwerdegegnerin - keine Willensübereinstimmung (vgl. z.B. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 *ICI*, Randnr. 64/67; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 68; MESTMÄCKER/SCHWEIZER, a.a.O., § 10 N. 33, 35, 36; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; entgegen MANI REINERT, Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011 [nachfolgend Preisempfehlung], S. 21 ff., z.B. S. 27, der Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV unzulässigerweise mit Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gleichsetzt und deshalb nur Beispiele aus dem EU Raum bringt, die keine abgestimmten Verhaltensweisen betreffen [so auch ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, S. 194 ff., 205 ff. zu diesen auch von anderen Autoren vorgebrachten Beispielen]; dazu besonders klar zur Abgrenzung BEHRENS, a.a.O., Rz. 858). Die Abgrenzung zur Vereinbarung ist wenig bedeutsam, da beide Verhaltensweisen unter den Begriff der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fallen. Von entscheidender Bedeutung für die Feststellung einer von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltenskoordination ist aber die Abgrenzung einer *legitimen* Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten: BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27) von einer *illegitimen* Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens (= abgestimmtes Verhalten). Ein blosses Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ZÄCH, a.a.O., N. 370).

**3.4.2.2.** In beiden obgenannten Konstellationen (abgestimmte Verhaltensweise und Parallelverhalten) beruht das unternehmerische Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27 mit Hinweisen; BEHRENS, a.a.O., Rz. 866 f.; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; AEXANDER EUFINGER, Die Begehung eines Wettbewerbsdelikts durch Empfang eines Rundschreibens, GWR 2016, S. 307 ff., 307 f.). Der Unterschied besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können (vgl. z.B. GRAVE/NYBERG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2020, N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV) und deren Kenntnis normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass

den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten indes zulässigerweise "mit wachem Sinn" an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine *Verhaltensabstimmung* auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten *Informationsaustausches* unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dabei ist das Medium des Informationsaustausches unerheblich (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 44). Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen, wie Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BEHRENS, a.a.O., Rz. 866; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 77).

**3.4.2.3.** Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stellt - wie bereits ausgeführt - nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen ab (vgl. z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70). Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39) notwendig - wie im Übrigen gerade das Wort "aufeinander" nahelegt. In Betracht kommt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch *einseitiges* Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon *ausgegangen* werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend *anpassen* (vgl. Urteil des EuGH vom 19. März 2015 C-286/13 P *Dole Food und Dole Fresh Food Europe*, Randnr. 120; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 39). Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 38), auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (BGE 129 II 18 E. 6.3 i.f. S. 27 mit Hinweisen auf die Literatur; siehe auch ESTERMANN, a.a.O., S. 163 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 34 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 57 zu Art. 4 Abs. 1 KG; STOFFEL, a.a.O., S. 69).

**3.4.3.** Das *zweite Element* der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bildet die Umsetzung der Abstimmung, m.a.W. der Abstimmungserfolg (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72). Dieser ist Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes, was im Übrigen mangels einer der Verhaltensweise vorausgehenden Verpflichtung naheliegender erscheint. Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 43 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV, Beck'sche Kurzkommentar, 3. Aufl. 2018, N. 12 zu Art. 101 AEUV). Dieses muss daher von der aufeinander

bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 58 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Das Marktverhalten ist der Erfolg der Abstimmung. Er sagt daher noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG aus (Urteile des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 *Hüls* Randnr. 165; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA*, Randnr. 124; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 21 zu Art. 101 AEUV), auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (vgl. den Hinweis aus der Literatur bei THOMAS LÜBBIG, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, FN 136 zu § 8). Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es geht auch noch nicht um die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder um die nicht gerechtfertigte erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 143; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 209 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

**3.4.4.** Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es schliesslich noch eines Kausalzusammenhangs (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 103 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung gelten zwei *Beweiserleichterungen* (dazu z.B. auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 207 f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; LÜBBIG, a.a.O., N. 13 f. zu § 8):

Bei *nachgewiesener Abstimmung* gilt die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BEHRENS, a.a.O., Rz. 873; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 N. 44; Urteile des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Randnr. 51 und 61; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA*, Randnr. 121).

Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dieses eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., *Ahlström Osaakeyhtiö u.a. ("Zellstoff")*, Randnr. 71, 126; ZIMMER, a.a.O., N. 101 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV); allerdings sind in aller Regel weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BEHRENS, a.a.O., Rz. 874).

Abgesehen davon gilt - wie im Wettbewerbsrecht allgemein (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91) - auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.4 S. 254).

**3.4.5.** *Zusammenfassend* kann Folgendes festgehalten werden: Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine unmittelbare oder mittelbare Füh-

lungnahme zwischen den Unternehmen (= Abstimmung [= zweiseitig]) und ein entsprechendes Marktverhalten. Die Fühlungnahme allein genügt also nicht, dazu kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschliessenden Marktverhalten der Parteien (= Abstimmungserfolg; vgl. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72).

**3.5.** Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine *Wettbewerbsbeschränkung* zum Gegenstand hat. 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 (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24). Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; vgl. etwa auch ESTERMANN, a.a.O., S. 196 f.; DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, S. 267 f.; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 318 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

Die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ist losgelöst von der Frage der Zulässigkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG zu prüfen. Was das Bundesgericht bereits für den Geltungsbereich (Art. 2 KG) und - ebenfalls den vorliegenden Rechtsfall betreffend - für das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) festgehalten hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.3 S. 307 bzw. BGE 141 II 66 E. 2.4.2 und 4.2.2 S. 75 und S. 81), gilt umso mehr für die Legaldefinitionen (BGE 144 II 246 E. 6.8 i.f. S. 258; ESTERMANN, a.a.O., S. 143, 145; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 51 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, 208). Es macht auch keinen Unterschied, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise oder um eine Vereinbarung handelt. Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist der Wettbewerb dann beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus ergibt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 119 zu Art. 4 Abs. 1 KG; TOBIAS LETTL, *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2017 [nachfolgend: *Kartellrecht*], § 2 Rz. 64). Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand von Art. 5 KG (z.B. E ESTERMANN, a.a.O., S. 204).

**3.6.** Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* oder (alternativ) *bewirkt* sein (z.B. STOFFEL, a.a.O., S. 61). Angesichts der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie

eine solche Beschränkung bezwecken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.). Insofern gefährdet eine Abrede, welche zwar noch ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. CHRISTIAN KÖNIG/KRISTINA SCHREIBER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 87).

Eine Abrede *bezweckte* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (STOCKENHUBER, a.a.O., N. 141 zu Art. 101 AEUV). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 71 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 138 zu Art. 4 Abs. 1 KG), unerheblich ist auch, von welcher Abredeteiligen die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 142 zu Art. 101 AEUV). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4; siehe auch Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 *Hüls* Randnr. 163).

Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirken*. Dabei kommt es auch hier auf die subjektive Absicht nicht an (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 142 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; KÖNIG/SCHREIBER, a.a.O., S. 87 f.; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 145 zu Art. 101 AEUV). Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 84 zu Art. 4 Abs. 1 LCart), sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 75 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Entscheidend ist allerdings, dass die Verhaltenskoordination kausal für die aktuellen bzw. potentiellen Auswirkungen ist. So ist eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede geeignet, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.; 129 II 18 E. 5.1 S. 24).

#### 4. Preisempfehlung

**4.1.** Strittig ist, ob die von der Beschwerdegegnerin als unverbindlich erklärte vertikale Preisempfehlung für Vignagra und das Verhalten der Händler eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bilden. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid zum Schluss gekommen, dass keine

Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, weshalb das Kartellgesetz keine Anwendung finde. Die WEKO und der Beschwerdeführer sind demgegenüber der Auffassung, dass eine Abrede im Sinne einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gegeben sei.

**4.2.** Der Begriff der Empfehlung ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Lehre wird unter einer Empfehlung eine einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung verstanden, die an einen Empfehlungsempfänger gerichtet ist und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60, 169 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 8 ff. [Definition S. 13 f.]; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 118 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 95 ff. [Definition S. 96]). In der Praxis sind die Preisempfehlungen die wichtigsten; diese haben den Preis oder dessen Komponenten zum Gegenstand. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine *vertikale* Preisempfehlung: Empfehlender und Empfehlungsempfänger sind auf verschiedenen Stufen derselben Vertriebskette. Die Empfehlung wird vom Hersteller (Unternehmen auf einer vorgelagerten Marktstufe; upstream) erlassen und *zielt auf die Beeinflussung der Preisfestsetzung auf der Händlerebene* (downstream).

**4.3.** Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend (entgegen REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 42), sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird (so schon Botschaft KG I, BBl 1995 I 545). Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises - bzw. allgemein gesprochen bezüglich des Empfehlungsgegenstands - vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung (siehe z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 204 f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 168, 170 f.; zu einem Beispiel: BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 256; vielfach, wenn die Preisempfehlung durch Händler angestrebt oder initiiert wird [BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG]). Liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 165). Erfüllt die strittige Verhaltensweise auch diese Tatbestandsvariante nicht, so handelt es sich um eine Verhaltensweise, die nicht von der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 168; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.237; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl., 2014, N. 91 zu Art. 101 AEUV; ZIMMER, a.a.O., N. 256 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

#### 4.4.

**4.4.1.** Im vorliegenden Fall ist unbestritten und rechtlich nicht zu beanstanden, dass die strittige Preisempfehlung keine Vereinbarung darstellt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt - wie von der WEKO festgestellt und vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht gerügt.

**4.4.2.** Zum Verhältnis von vertikaler Preisempfehlung und abgestimmter Verhaltensweise gibt es in der Lehre zwei Lager (zum Ganzen BANGERTER/ZIRLICK K, a.a.O., N. 185 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 171 ff.; ANTIPAS, a.a.O., S. 200 ff.):

Ein Teil der Lehre will vertikale und horizontale Preisempfehlung gleich behandeln. Danach genügt es, auf das Kriterium des Befolungsgrades abzustellen, so dass bei einer weitgehenden Befolgung von einem abgestimmten Verhalten auszugehen sei (vgl. ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, in: ZWER 2005, S. 178 ff., 184; ANTIPAS, a.a.O., S. 211, 218 f., siehe auch S. 228; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., 196 f.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 120 zu Art. 4 Abs. 1 KG; zu weiteren Autoren ESTERMANN, a.a.O., S. 172). Über die Frage, welcher Grad der Befolgung notwendig sei, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden könne, herrscht insoweit Einigkeit, als die Befolgung der vertikalen Preisempfehlung überwiegend oder weitgehend zu erfolgen habe.

Die andere Lehrmeinung verlangt demgegenüber, dass neben dem Befolungsgrad weitere Elemente gegeben sein müssen (Befolungsgrad plus), damit ein Verhalten als abgestimmte Verhaltensweise akzeptiert werden könne (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 54 zu Art. 4 Abs. 1 LCart; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG [nachfolgend: kritische Analyse], in: Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen [nachfolgend: Kartellgesetzrevision], Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 69 ff., 88 f.; BORER, a.a.O., N. 41 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.125; weitere Hinweise bei ESTERMANN, a.a.O., S. 173).

**4.4.3.** Auch die von der WEKO verfassten Bekanntmachungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden äussern sich zu Preisabreden - allerdings erst ab dem Jahre 2007 (VertBek 2007 [BBl 2007 7597]). Diejenige aus dem Jahre 2002 kennt noch keine Regelung (VertBek 2002 [BBl 2002 3895]). Die nachfolgenden VertBek haben zudem immer wieder Anpassungen erfahren (vgl. VertBek 2010 [BBl 2010 5078]; VertBek 2017 [BBl 2017 4543]). Die zu den Preisempfehlungen aufgestellten Regelungen in den VertBek werden als Aufgreifkriterien verstanden (zu 2007: ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 201; zu 2010: ESTERMANN, a.a.O., S. 147; zu 2010 und 2017: BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 186 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Damit ist gemeint, dass die Wettbewerbsbehörden bei Vorliegen eines oder mehrerer dieser Umstände eine Untersuchung, mindestens aber eine Vorabklärung einzuleiten haben. Die Vertikalbekanntmachungen bilden die Praxis der Wettbewerbsbehörden ab (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), stellen also lediglich deren Stand des Wissens und die darauf basierende Kartellrechtspraxis dar. Insofern entwickeln sie sich ständig. Als Verwaltungsverordnung sind sie für das Bundesgericht nicht bindend (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Zwar nimmt das Bundesgericht unter besonderen Voraussetzungen darauf Bezug (vgl. BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434, II 182 E. 2.3.3 S. 191). Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu: *Erstens* äussern sich die Vertikalbekanntmachungen nicht zu Art. 4 Abs. 1 KG; *zweitens* handelt es sich nur um Aufgreifkriterien, welche Anlass geben etwas näher zu prüfen; *drittens* wurden die Aufgreifkriterien im Laufe der letzten Jahre immer wieder geändert, weshalb es davon abhängt, in welchem Zeitpunkt das Verhalten erfolgt und somit zufällig ist, welche Kriterien angewendet werden;

*viertens* äussert sich die VertBek 2002, welche je nach der Dauer des strittigen Wettbewerbsverstosses (sanktioniert ist der Sachverhalt vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2008) nur zu berücksichtigen wäre (dazu BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), gar nicht zu Preisempfehlungen. Eine Abstützung auf die VertBek würde deshalb den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Kartellverwaltungsrechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320); insofern stützt sich das Bundesgericht nicht darauf ab.

#### 4.5.

**4.5.1.** Die von der Lehre aufgestellten Kriterien, wonach entweder der Befolgungsgrad genügt oder daneben zusätzliche Kriterien zu berücksichtigen sind, sind nicht entscheidend. Abgesehen davon kennt das Gesetz keinen Katalog von Kriterien. Es ist *nicht* "von der Preisempfehlung her zu denken", sondern "von der abgestimmten Verhaltensweise her", auch wenn im Rahmen der Auslegung der Blick zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt hin- und herwandern muss und deshalb auch die Eigenheiten des Lebenssachverhalts zu berücksichtigen sind (vgl. dazu KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.; dazu jetzt HANS-JOACHIM STRAUCH, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, S. 563 ff.; kritisch JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 79). Das Hin und Her findet sein Ende mit der Bejahung oder Verneinung der Anwendbarkeit der in Betracht gezogenen gesetzlichen Bestimmung (vgl. KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 98 FN 4 i.f.), d.h. vorliegend des Art. 4 Abs. 1 KG und nicht des Begriffs der Preisempfehlung. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann. Es ist deshalb nicht so, dass das Befolgen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise *nicht* genügen würde oder dass neben dem Befolgen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig sind. Es ist aber umgekehrt auch nicht so, dass in jedem Fall das Befolgen alleine ausreichend ist. Insofern ist eine *wertende Gesamtbetrachtung* notwendig (vgl. Urteile des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 36; vom 7. Januar 2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland A/S*, Randnr. 57; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht Kommentar, Langen/Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, N. 442 zu Nach Art. 101 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 68 i.f.). Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss also ein *gewisses qualitatives Masserreichen*, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die konkret zu beurteilende Preisempfehlung muss sich also als eine Verhaltensweise darstellen, die entweder die Voraussetzungen der Legaldefinition erfüllt oder nicht.

Zu beachten ist, dass an die tatsächliche Einhaltung der empfohlenen Preise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da es sich nicht rechtfertigen lässt, für die Beurteilung von Empfehlungen andere

Massstäbe an den Nachweis anzulegen als allgemein für die Beurteilung abgestimmter (vertikaler) Verhaltensweisen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG; als Beispiele solcher Beurteilungen siehe die Urteile des EuGH vom 21. Februar 1984 Rs. 86/82 *Hasselblad*, Randnr. 29; vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 *Musique Diffusion Française u.a.*, Randnr. 37 - 80).

**4.5.2.** Es ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht nur die Seite des Abstimmungserfolgs für weitere Kriterien zugänglich ist, sondern auch die Seite der Abstimmung. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass man nicht Gefahr läuft, bei der abgestimmten Verhaltensweise Kriterien beizuziehen, die bereits auf eine Vereinbarung hinauslaufen (so auch ZIMMER, a.a.O., N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., S. 73), was den selbständigen Charakter der aufeinander abgestimmten Verhalten unterlaufen würde. So wird etwa argumentiert, es bedürfe für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise eines Zwangs und dieser müsse derart sein, dass es zu einer *Willensübereinstimmung* zwischen Händler und Hersteller komme (siehe dazu die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG; bei ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., durchgehend). In einem solchen Fall wird aber bereits die Schwelle zur Vereinbarung überschritten (so auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

### 5. Subsumtion der strittigen Verhaltensweise unter Art. 4 Abs. 1 KG

#### 5.1. Vorbemerkung

**5.1.1.** Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich nicht um eine horizontale Abrede handelt und keine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Unbestritten ist auch die Marktabgrenzung. Strittig ist, ob das Verhalten zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine unzulässige vertikale Abrede darstellt.

**5.1.2.** Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die konkret wettbewerbsbeeinflussenden Gesichtspunkte nach Art. 5 KG bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG begrifflich vorausgesetzten Wettbewerbsbeschränkung miterörtert werden müssten. Aufgrund dessen kommt sie zum Schluss, dass der von der WEKO ermittelte und in der Verfügung festgehaltene Befolgungsgrad in wettbewerbsökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig sei und ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht ausreichen würde, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) anzunehmen. Eine Rückweisung erübrige sich, da aufgrund der Akten davon auszugehen sei, "dass sich die Publikumspreisempfehlung für Viagra - entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze - als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlung auswirk[e], indem sie zu hohe Preise wirksam verhinder[e]".

5.1.3. Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob eine Abrede i.S. einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalität, Wettbewerbsbeschränkung). Wenn dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es sich um eine unzulässige Abrede nach Art. 5 KG handelt (siehe unten E. 6 und 7). Die

beiden Schritte sind zu trennen (siehe oben E. 3.5). Auch wenn Preisempfehlungen ihrem Wortlaut nach unverbindlich sind, bezwecken sie doch, den Willen des Empfängers in bestimmter Weise zu beeinflussen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 195 m.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; TOBIAS LETTL, Kartellverbot nach Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB und vertikale Preisempfehlung/Preisbindung, WRP 2011, S. 710 ff., 726; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Rz. 169, 176, 181 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 11 f.). Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich bei der Preisempfehlung nicht um eine "verschleierte Preisvorgabe" handelt (vgl. z.B. DANIELA SEELIGER, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 11 N. 163).

## 5.2. Abstimmung

**5.2.1.** In Bezug auf die Abstimmung steht sachverhaltlich Folgendes fest: Die Beschwerdegegnerin hat eine Preisempfehlung für Viagra abgegeben, welche u.a. über die von e-mediat betriebene Galdat-Datenbank in aufbereiteter Form an die Verkaufsstellen gelangte. In dieser Datenbank ist auch der dem Produkt entsprechende Barcode bzw. Strichcode enthalten. Beim Einscannen des entsprechenden Artikels erscheint automatisch der empfohlene Preis, was weder von der Beschwerdegegnerin in Abrede gestellt, noch von der Vorinstanz verneint wurde, und sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG). Infolgedessen war dieser sowohl den Apotheken als auch den selbstdispensierenden Ärzten bekannt, was die Vorinstanz dadurch bestätigt hat, dass sich die Verkaufsstellen jedenfalls teilweise an den Preisempfehlungen orientiert, diese berücksichtigt und den Preis dementsprechend festgesetzt haben.

**5.2.2.** Der Hersteller liess die Preisempfehlung über das elektronische System den Verkaufsstellen wissentlich und willentlich zukommen. Er konnte deshalb davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts somit den Inhalt der Preisempfehlung *kannten*. Diese Annahme wird noch dadurch verstärkt, dass bei jedem Einlesen der entsprechende Preis erschien. Der Hersteller durfte auch davon ausgehen, dass ein Abweichen von den direkt an den Verkaufspunkt gelieferten Preisen den Händlern einen zusätzlichen Aufwand durch eigene Kalkulationen und durch eine Anpassung der Software verursachen und deshalb eine Preisanpassung unterbleiben würde. Die Händler haben umgekehrt dieses Zurverfügungstellen des Preises akzeptiert. Sie konnten auch davon ausgehen, dass der über das Computersystem angezeigte Preis aufgrund von Marktforschung und -analysen des Herstellers grundsätzlich einen optimalen Retail-Preis darstellt (siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 99). Abgesehen davon war den Verkaufsstellen damit auch bewusst, dass alle Verkaufsstellen über dieselben Preisinformationen verfügten (siehe auch BGE 129 II 18 E. 5.5 S. 32). Die Verkaufsstellen stimmten sich somit zumindest teilweise stillschweigend (die Form ist nicht relevant: z.B. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 109 zu Art. 101 AEUV; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 22 zu Art. 4 Abs. 1 KG) mit dem Hersteller ab (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 44; siehe auch ANTIPAS, a.a.O., S. 228). Insofern hat zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine Kommunikation stattgefunden, aufgrund welcher die Unsicherheiten

über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

Auch der EuGH ist im bereits erwähnten Urteil vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.* in einer parallelen Situation von einer Abstimmung ausgegangen. Im erwähnten Urteil hat der EuGH ausgeführt, dass ein Unternehmen ab dem Zeitpunkt, ab dem es von der von einem externen *Systemadministrator* versandten elektronischen Mitteilung Kenntnis erlangt, sich an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Sinne der Mitteilung beteiligt, er sei denn das Unternehmen distanziert sich offen vom Inhalt einer Massnahme oder befolgt sie nicht (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erster Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 17 zu Art. 101 AEUV). In Bezug auf die Abstimmung führte er aus, dass die Kenntnisnahme einer über ein Informationssystem versendeten Mitteilung und die im Anschluss daran notwendige Ergreifung von zusätzlichen technischen Formalitäten, um Preisnachlässe zu gewähren, geeignet seien, eine Abstimmung der Verhaltensweisen zu begründen (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 43 f.). Handelte es sich anstelle eines externen Systemadministrators um einen Hersteller, der die Aufnahme von Preisempfehlungen für seine eigenen Produkte in ein elektronisches System veranlasste, womit die Preise seiner Produkte bei jedem Einlesen tagesaktuell, während Jahren und die Verkaufsstellen immer wieder darauf aufmerksam machend erscheinen, muss deshalb umso mehr gelten, dass hier eine Fühlungnahme zwischen Hersteller und Händler erfolgte.

**5.2.3.** Im vorliegenden Zusammenhang ist - wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG) - auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber der WEKO erklärt hat, dass zwischen ihr und gewissen Händlern Kontakt über den Erlass einer Preisempfehlung stattgefunden habe, sie quasi bedrängt worden sei, Preise zu empfehlen. Die Vorinstanz hat diesem Argument zuwenig Bedeutung zugemessen, wird doch dadurch klar, dass eine zusätzliche Kommunikation zwischen Hersteller und gewissen Händlern stattgefunden hat und als weiteres Indiz insofern ein Abstimmen zwischen diesem und jenen bestätigt. Im Übrigen liesse sich diesbezüglich argumentieren, dass die Händler damit die Hersteller zur Preissetzung aufgefordert hätten (= Willenskundgabe) und die Hersteller mit ihrer "Preisempfehlung" ihren Willen auch stillschweigend kundgetan hätten; insofern würde eine Vereinbarung vorliegen (siehe den Hinweis bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG), was die Vorinstanzen indessen nicht abgeklärt haben.

**5.2.4.** Zusammenfassend ergibt sich, dass mit der elektronischen Übermittlung der Daten eine Abstimmung vorliegt. Sie erfolgte täglich über Monate und Jahre. Insofern fand zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation statt, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden. Mit der Kontaktaufnahme von einigen Verkaufsstellen mit den Herstellern

wird diese Abstimmung durch ein weiteres Indiz verstärkt.

### 5.3. Marktverhalten (Befolungsgrad)

**5.3.1.** In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob ein Marktverhalten, also ein Abstimmungserfolg gegeben ist. Dieser liegt in der Befolgung. Entscheidend ist dabei der Grad der Befolgung.

**5.3.2.** Die qualitativ-quantitative Ermittlung des Befolungsgrades, die qualitative und quantitative Repräsentativität der Daten, die Aktenführung und die Untersuchungsmethode sind insgesamt von der Vorinstanz nicht grundsätzlich bemängelt worden, weshalb die Vorinstanz diese auch akzeptiert hat.

**5.3.3.** Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 zwei Befolungsgrade auseinander gehalten: der erste Befolungsgrad bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden, und ist für die Beurteilung der Frage relevant, ob überhaupt eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Der zweite Befolungsgrad 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 Preis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

**5.3.4.** Die von der WEKO vorgenommene Zweiteilung des Befolungsgrades ist bundesrechtskonform: Bei der Ermittlung des *ersten Befolungsgrades* im Kontext von Art. 4 Abs. 1 KG geht es zunächst nur um die Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine vertikal abgestimmte Verhaltensweise stattgefunden hat. Es sollen diejenigen Unternehmen herausgefiltert werden, welche die Empfehlung befolgen, denn nur diese sind *Parteien* der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. AMSTUTZ/REINERT, Kritische Analyse, a.a.O., S. 88 mit Fn. 73; NEFF/THEUERKAUF, BSK KG, a.a.O., N. 9 zu Kalkulationshilfen-BM; ESTERMANN, a.a.O., S. 189). Entscheidend ist *die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik* und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 229 f). Selbstredend sind deshalb nur diejenigen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte zu berücksichtigen, welche das entsprechende Produkt vertreiben (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 224).

Der *zweite Befolungsgrad*, der die Anzahl Einheiten betrifft, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, betrifft die Frage, ob der empfohlene Preis einen Fest-, Mindest- oder Höchstpreis darstellt. Die Prüfung dieser Frage ist im Rahmen von Art. 5 KG anzugehen. Der zweite Befolungsgrad sagt hingegen nichts über die Anzahl der Abredeteiligen aus (ESTERMANN, a.a.O., S. 29). Doch gerade dies ist im Rahmen der Legaldefinition notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Abstimmung stattgefunden hat.

5.3.5. Strittig ist zudem, ob die Gewährung von Rabatten als Befolgung der Preisempfehlung zu betrachten ist. Hier ist korrekterweise zu unterscheiden (siehe auch BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4), ob es sich um Rabatte handelt, welche *generell* oder *punktuell* gewährt werden, denn es lässt sich rechtlich nicht rechtfertigen, dass

beispielsweise ein Apotheker, der alle Medikamente entsprechend der Empfehlung verkauft mit Ausnahme einer Packung, welche er einem Freund schenkt, nicht mehr als Partei einer abgestimmten Verhaltensweise gilt. Die Frage ist daher, wo die Grenze liegt. Sie ist nach dem für die Befolgung allgemein geforderten Befolungsgrad von 50 % (siehe unten E. 5.3.7) zu beantworten (so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 234 f.).

Bei *generellen* bzw. *systematischen* Rabatten verrechnet die Verkaufsstelle immer einen anderen als den empfohlenen Preis. In diesem Fall folgt die Verkaufsstelle einer eigenständigen Preispolitik, ihre Handlungsfreiheit ist nicht beschränkt (in diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f. [systematischen Gewährung]; EUFINGER, a.a.O., S. 309; LETTL, Kartellrecht, a.a.O., § 2 Rz. 39 petit), es sei denn eine Mehrheit der Verkaufsstellen bieten alle zum gleichen verminderten Preis an. Haben die Verkaufsstellen eine eigenständige Preispolitik, so befolgen sie die Preisempfehlung nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 233; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 204; REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 45).

Gewähren Verkaufsstellen nur *punktuell* Rabatte vom empfohlenen Preis, so folgen sie demgegenüber der Preisempfehlung (vgl. e contrario Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 50 erstes Lemma i.f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 233 f.).

**5.3.6.** Gestützt auf diese Vorbemerkung lässt sich aufgrund der durch die Vorinstanz festgestellten Sachlage der nun für den Befolungsgrad relevante und für das Bundesgericht verbindliche Sachverhalt zusammenstellen:

**5.3.6.1.** Die WEKO hielt in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 fest, die Auswertung der 799 Fragebögen habe ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 81.7 % der SD-Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Preise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis z.T. mit Rabatten festgelegt hätten. Die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig vom empfohlenen Preis festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

**5.3.6.2.** Die *Vorinstanz* stützt sich für ihr Ergebnis auf die Ausführungen der Rz. 205 und 206 der Verfügung der WEKO vom 2. November 2009:

Danach hätten 52 % der *Apotheken* die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis *strikt* befolgt. 37.5 % [recte: 37.3 %] der Apotheken hätten angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern zu befolgen, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Gemäss Vorinstanz hätten diese, also die Empfehlung *nicht strikt* befolgenden Apotheken bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt. Schliesslich hätten 10.7 % der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis *überhaupt nicht* zu befolgen. Insofern hätten daher lediglich knapp die Hälfte der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils emp-



fohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben.

In Bezug auf die *selbstdispensierenden Ärzte* führte die Vorinstanz aus, dass 75.5 % dieser Ärzte die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis *strikt* befolgt hätte, 18.3 % *überhaupt nicht*. 6.2 % der Ärzte hätten die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern befolgt, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten, wobei sie lediglich bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt hätten.

**5.3.6.3.** Vergleicht man die Zahlen der WEKO mit denjenigen der Vorinstanz, so resultiert der unterschiedliche Befolgungsgrad lediglich daraus, dass die Vorinstanz die Gewährung des Rabattes anders beurteilt hat. Die Vorinstanz hat die Rabatte als generell gewährte Rabatte behandelt, auch wenn sie in ihren Ausführungen ausdrücklich auf die Wortwahl der WEKO Bezug nahm, welche i.S.v. *punktuellen* Rabattgewährungen (39 % bzw. 31 % der Verkäufe derjenigen, die sich nicht strikt an die Empfehlung hielten) spricht. Da die punktuelle Gewährung deutlich unter 50 % liegt (39 % bzw. 31 %), sind diese Verkaufsstellen, welche die Empfehlung nicht strikt befolgt haben, - wie oben dargelegt (E. 5.3.5) - zu denjenigen hinzuzurechnen, welche die Empfehlung strikt befolgt haben. Es ist also - auch entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin - auf die Zahlen der WEKO abzustellen. Konkret lauten die Befolungsraten: *für Apotheken*: 52 % (strikt befolgt) + 37.3 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 89.3 %; *für Ärzte*: 75.5 % (strikt befolgt) + 6.2 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 81.7 %.

**5.3.7.** Damit liegt die Befolungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolgungsgrad von 50 % (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 178; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 42 zu Art. 4 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 228; keine allzu hohen Anforderungen/geringer Befolgungsgrad: BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 126 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Insofern ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht gerügt hat - ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben.

**5.3.8.** Im Übrigen ist es nachvollziehbar und plausibel, dass die Verkaufsstellen ihre Rabattpolitik nicht nach Produkten ausrichteten, sondern alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten. Wäre die Sachlage anders, wäre allenfalls von einer zusätzlichen Kommunikation zwischen Verkaufsstellen und Hersteller ("exklusiver Informationsaustausch" [vgl. EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 15 zu Art. 101 AEUV]) auszugehen. Abgesehen davon ist ein gewisser Schematismus zulässig (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 S. 262; 136 I 1 E. 4.3.1 S. 7).

## 5.4. Kausalität

**5.4.1.** Auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ist gegeben, wie sich u.a. aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt, wenn die Vorinstanz dort ausführt, dass derjenige, der die Medikamente als selbstdispensierender Arzt abgab

oder in einer Apotheke verkaufte, deren Preis *daher* höchstens den Preisempfehlungen entsprechend oder unter diesen festgesetzt hat. Sie hielt sodann fest, dass die Publikumspreise ohne die Preisempfehlung noch steigen würden. Zu beachten ist, dass die Abstimmung während Jahren erfolgte und auch die Preise entsprechend dieser Abstimmung festgelegt wurden. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass zwischen der Abstimmung und der Befolgung der Verkaufsstellen ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

**5.4.2.** Selbst wenn sich die Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten nicht direkt hätte feststellen lassen und ergeben hätte, wäre diese entsprechend den beiden obgenannten Beweiserleichterung (E. 3.4.4) ebenfalls zu bejahen:

**5.4.2.1.** So führt zunächst diejenige *Beweiserleichterung*, wonach bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung gilt, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben (vgl. E. 3.4.4 Abs. 2), zu einer Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten: Die Abstimmung zwischen den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten einerseits und den Herstellern andererseits liegt vor. 89.3 % der Apotheken und 81.7 % der Ärzte sind der Preisempfehlung *während mehrerer Jahren gefolgt*. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung ursächlich für das Marktverhalten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten war (siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 113 zu Art. 101 AEUV mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

**5.4.2.2.** Auch die *zweite Beweiserleichterung* bestätigt eine Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten (vgl. oben E. 3.4.4 Abs. 3): Gleichverhalten dient als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). 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 (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 135). Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte (vgl. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 *ICI*, Randnr. 64/67; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV; siehe auch LETTL, Kartellrecht, a.a.O., S. 41). In der Schweiz gibt es mehrere hundert Apotheken und selbstdispensierende Ärzte und Ärztinnen. Dass 89.3 % aller Apotheken und 81.7 % aller selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen, welche die von der Beschwerdegegnerin hergestellten Medikamente verkaufen, im Prinzip die Medikamente zu denselben Preisen verkaufen, entspricht nicht den normalen Marktbedingungen. Die auf die ganze Schweiz verteilten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen haben nicht alle dieselben Kostenstrukturen (zu den verschiedenen Informationen für eine Preisgestaltung siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 233). Nicht nachvollziehbar ist deshalb die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach die Apotheken und die selbstdispensierenden Ärzte ihre



Verkaufspreise autonom und basierend auf individuellen Preisrechnungen festgelegt und das Medikament trotzdem zu demselben Preis verkauft hätten. Kommt hinzu, dass aufgrund der fehlenden Werbung die einzelnen Verkaufsstellen Informationen über Preise ihrer Wettbewerber gar nicht beobachten und ihr Verhalten deshalb nicht an die Konkurrenz anpassen konnten (siehe dazu GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 311 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Da die Verkaufsstellen mangels eines wenig transparenten Marktes die effektiven Preise ihrer Konkurrenten gar nicht kennen können, ist ohne Weiteres zu vermuten, dass das Parallelverhalten keine Reaktion der Verkaufsstellen auf beobachtete Informationen darstellt (siehe dazu auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 874). Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Verkaufsstellen nicht dem dargelegten Selbstständigkeitspostulat nachgelebt haben (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 108 zu Art. 101 AEUV), und das parallele Verhalten lässt sich nur durch eine Abstimmung einleuchtend erklären (vgl. Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a., *Ahlström Osakeyhtiö u.a. [„Zellstoff“]*, Randnr. 71 f., STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV). Dass die Beschwerdegegnerin zudem im Besitze der Daten der Verkaufsstellen ist, um beurteilen zu können, dass diese autonom entschieden und basierend auf individuellen Preisrechnungen ihre Preise festgesetzt hätten, ist wenig wahrscheinlich. Abgesehen davon bestätigt die Vorinstanz selbst, dass die Verkaufsstellen ihre Preise nach der Preisempfehlung ausgerichtet hätten, wenn sie ausführt, dass es zu kompliziert oder zu aufwändig sei, eigene Preisberechnungen anzustellen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vorinstanz und ihr zustimmend die Beschwerdegegnerin zudem festgehalten hat, dass die Preise für die drei erektionsfördernden Arzneimittel über Jahre hinweg ausserordentlich hoch waren.

**5.4.3.** Nach dem Dargelegten ergibt sich Folgendes: Die Abstimmung zwischen Händler und Hersteller basiert auf mehreren sehr dichten und starken Indizien. Der Abstimmung wird von einer sehr grossen Anzahl von Verkaufsstellen nachgelebt. Eine Kausalität zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg konnte direkt und auch indirekt durch die beiden Beweiserleichterungen nachgewiesen werden. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Elemente liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vor. Weitere Elemente müssen nicht hinzugezogen werden. Zu prüfen bleibt, ob mit der abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

### **5.5. Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

Die vorliegende Abrede bezweckt und bewirkt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, generell in Bezug auf Preisempfehlungen). Preisabreden sind objektiv geeignet, eine solche Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258; 129 II 18 E. 5.1 S. 24; GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 317, 318 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV m.w.H.). Dies ist vorliegend der Fall, wird der Wettbewerb doch durch die uniforme Preissetzung verunmöglicht oder erschwert (siehe auch BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs ist Ziel (dazu BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Abgesehen davon

zeigen einerseits die obigen Ausführungen, dass die Preisempfehlung von den Verkaufsstellen in bedeutendem Masse befolgt wird, und zeigt die vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte Sachlage andererseits, dass der Preis der Medikamente gegen erektile Dysfunktion ohne Abrede tiefer wäre. Insofern wird mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung auch bewirkt (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 204; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 319 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

### **5.6. Einwendungen**

Dass die Preisempfehlung als "unverbindlich" oder als "für das Publikum bestimmt" bezeichnet wird, ist nicht massgebend. Entscheidend ist demgegenüber das Verhalten der Beschwerdegegnerin *zusammen mit* den Verkaufsstellen und ob dieses den Tatbestand der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, d.h. ob im konkreten Fall eine Abstimmung und ein dementsprechendes Marktverhalten vorliegt. Bereits 1983 hat der EuGH festgehalten, dass derjenige, der Informationen zur Verfügung stellt, die mithin Anlass für aufeinander abgestimmtes Verhalten bieten können, besonders vorsichtig zu sein hat (Urteil des EuGH vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 *Musique Diffusion Française u.a.*, Randnr. 75; so auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 202, 209). Durch die oben beschriebene besondere Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin hat diese in Kauf genommen, dass sich durch die empfängerische Verwertung der von ihr zur Verfügung gestellten Informationen, welche bei jedem Einscannen des Produkts automatisch erschienen ist, ein abgestimmtes Verhalten ergibt. Es geht nicht um eine Preisempfehlung als solche, sondern um eine konkrete Verhaltensweise. Deshalb ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht festhält - die vorliegende herstellerische Verhaltensweise auch nicht mit Preisempfehlungen zu vergleichen, welche in Katalogen festgeschrieben werden - wie z.B. in der Automobilbranche. Denn dort ist es nicht so, dass die Herstellerin dem Händler den Preis wiederholt und über das Kassensystem übermittelt. Nicht massgebend ist ferner der Einwand, die Beschwerdegegnerin hätte nie Anstalten gemacht, die Einhaltung der Preisempfehlung zu koordinieren, denn in diesem Fall würde bereits eine Vereinbarung vorliegen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 254 ff.; siehe auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abgesehen davon scheint die Beschwerdegegnerin die Vereinbarung mit der abgestimmten Verhaltensweise zu verwechseln, wenn sie wiederholt auf Art. 1 ff. OR verweist und geltend macht, es sei keine Willensübereinstimmung zu Stande gekommen. Eine abgestimmte Verhaltensweise bildet gerade keine Vereinbarung, sie erfüllt "schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung" (vgl. Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 Rs. 48/69 *ICI*, Randnr. 64/67; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.o., N. 107 zu Art. 101 AEUV) und insofern unterscheidet sich eine abgestimmte Verhaltensweise auch von einem stillschweigenden bzw. konkludenten Vertrag (vgl. oben E. 3.4.2; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; STOCKENHUBER, a.a.o., N. 107 zu Art. 101 AEUV).

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass Verkaufsstellen, welche sich in ihrem Verhalten ausdrücklich von der Preisabstimmung distanzieren, indem

sie diese nicht befolgt haben, nicht an einer abgestimmten Verhaltensweise mitgewirkt haben (Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 *Eturas et al.*, Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erster Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309). Dies wäre aber bei den kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren zu den Verkaufsstellen zu berücksichtigen.

## 5.7. Zusammenfassung

*Zusammenfassend* gibt sich somit, dass die Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbst-dispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG vorliegt, wozu sich die Vorinstanz ebenfalls geäußert hat.

## IV. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG?

### 6. Erheblichkeit

**6.1.** Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie *andererseits* Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1 S. 311; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325).

**6.2.** Handelt es sich um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, so wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf Preise nur vermutet, wenn es sich um solche handelt über Mindest- oder Festpreise (Art. 5 Abs. 4 KG). Gelingt die Widerlegung der Vermutung, so sind deshalb auch nur diese Preise schon aufgrund ihres *qualitativen* Elements erheblich (BGE 143 II 297 E. 5.2 S. 315 ff.). Andere Preise, wie Höchstpreise, sind zwar nicht allein aus qualitativen Gründen erheblich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2 i.f. S. 316), können aber aufgrund quantitativer bzw. quantitativer und qualitativer Kriterien erheblich sein. Sie fallen aber jedenfalls nicht unter die Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und können daher nicht zu Sanktionen nach Art. 49a KG führen.

**6.3.** Abreden über Festpreise erlauben weder eine Abweichung der Preise nach oben noch nach unten; ein Spielraum ist somit ausgeschlossen (BANGER-

TER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 393 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., N. 402 zu Art. 5 KG). Abreden über Höchstpreise verbieten, dass ein bestimmter Preis überschritten, erlauben hingegen, dass dieser unterschritten werden darf (BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 396 zu Art. 5 KG; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 362).

### 6.4.

**6.4.1.** Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 davon ausgegangen, dass es sich bei der Abrede um eine solche über Festpreise handelt (Rz. 155 ff.). Geprüft hat sie indessen auch, ob eine solche über Höchstpreise vorliegt. Sie kam dabei zum Schluss, dass 63 % aller von Apotheken und 70 % aller von selbst-dispensierenden Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden. Insofern würden die Preisempfehlungen Festpreise und nicht Höchstpreise darstellen.

**6.4.2.** Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich die Preisempfehlungen für Viagra "entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze" als zulässige Höchstpreisempfehlung auswirke. Begründet wird dies dadurch, dass aus den Akten ersichtlich werde, dass bei den selbst-dispensierenden Ärzten keiner der Befragten und bei Apotheken nur eine einzige angab, höhere Preise als die Empfohlenen zu verrechnen.

**6.4.3.** Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt aus mehreren Gründen nicht: *Erstens* setzt sie das voraus, was eigentlich zu bestimmen wäre: Zum einen geht die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass der Preisempfehlung der Beschwerdegegnerin eine Preisobergrenze zukomme. Ob dies zutrifft, wäre an ihr zu klären gewesen (z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 339). Gerade das Wort wünschbar hätte allen Anlass geboten, abzuklären, ob der Wunsch auch Wirklichkeit ist. Zum anderen wäre auch zu untersuchen gewesen, ob die analysierte Preisempfehlung sich tatsächlich als Höchstpreis auswirkt. *Zweitens* folgt daraus, dass die befragten Verkaufsstellen angegeben haben, dass sie keine höheren Preise als die empfohlenen verrechnet hätten, keinesfalls, dass es sich um Höchstpreise handeln würde. Erst wenn feststünde, dass ein Unterschreiten der Preise möglich wäre, wäre eine Qualifikation als Höchstpreisempfehlung in Betracht zu ziehen. *Drittens* hat die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur die wenigen selbst-dispensierenden Ärzte (ein Dutzend der 290 Befragten) berücksichtigt, die ihr Vorverständnis bestätigt haben. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin 14 und nach Auffassung des Beschwerdeführers 32 der befragten Ärzte sind demgegenüber von einem Einheitspreis ausgegangen. Der Rest hat sich diesbezüglich nicht geäußert. Insofern erschliesst sich nicht, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin einen Höchstpreis annehmen konnten. Wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG), hat zudem die Beschwerdegegnerin vor der WEKO nie den Begriff der Höchstpreise, sondern denjenigen der Orientierungshilfe verwendet.

**6.4.4.** Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich folgendes:

**6.4.4.1.** 75.5 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte haben die Preisempfehlungen *strikt* befolgt. Sie haben 66.8 % (2005) bzw. 63.8 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 6.2 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte, die 8.7 % (2005) bzw. 9.9 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen *teilweise* und gewährten bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 69 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 69 % der Verkäufe machen 6 % ( $8.7 \% \times 69 \% / 100 = 6 \%$ ) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 6.8 % ( $9.9 \% \times 69 \% / 100 = 6.8 \%$ ) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz *bundesrechtswidrig* unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 66.8 % plus 6 % gleich 72.8 % (formal:  $66.8 \% + 6 \% = 72.8 \%$ ) für das Jahr 2005 und 63.8 % plus 6.8 % gleich 70.6 % (formal:  $63.8 \% + 6.8 \% = 70.6 \%$ ) für das Jahr 2006. Insofern folgten 72.8 % bzw. 70.6 % *aller Verkäufe* der selbstdispensierenden Ärzte für *Medikamentenpackungen* für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung.

**6.4.4.2.** Äquivalentes ergibt sich für die Apotheken: Danach haben 52 % der antwortenden Apotheken die Preisempfehlung *strikt* befolgt. Sie haben 33.9 % (2005) bzw. 33.6 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 37.5 % [recte: 37.3 %] der antwortenden Apotheken, die 48.5 % (2005) bzw. 48.9 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen *teilweise* und gewährten bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 61 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung.

Diese 61 % der Verkäufe machen 29.6 % ( $48.5 \% \times 61 \% / 100 = 29.6 \%$ ) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 29.8 % ( $48.9 \% \times 61 \% / 100 = 29.8 \%$ ) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz *bundesrechtswidrig* unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den Apotheken veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 33.9 % plus 29.6 % gleich 63.5 % (formal:  $33.9 \% + 29.6 \% = 63.5 \%$ ) für das Jahr 2005 und 33.6 % plus 29.8 % gleich 63.4 % (formal:  $33.6 \% + 29.8 \% = 63.4 \%$ ) für das Jahr 2006.

**6.4.5.** Insofern folgten bei den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten 72.8 % bzw. 70.6 % *aller Verkäufe* der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Bei Apotheken folgen 63.5 % bzw. 63.4 % *aller Verkäufe* der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Es ist daher *nicht schlüssig*, wenn die Vorinstanz bei einer so hohen Befolgungsrate für *einzelne Medikamentenpackungen* davon ausgeht, dass es sich bei der vorliegenden Preisabrede um eine Höchstpreisabrede anstatt um eine Festpreisabrede handelt (siehe auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197). Im Übrigen gilt auch hier, dass es nachvollziehbar und plausibel ist, dass die Verkaufsstellen alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten (vgl. ausführlich oben E. 5.3.8).

**6.4.6.** Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, dass bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede gesprochen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt hätte. Sie bezieht sich dabei auf Art. 4 lit. a der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO; ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 ff.). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Art. 5 Abs. 4 KG kennt *erstens* keine entsprechende Vorschrift. Im vorliegenden Fall handelt es sich *zweitens* gerade nicht um eine echte Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 361; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 8 zu VO 330/2010 Art. 4). Die simulierte Preisempfehlung ist nicht relevant; es gilt dementsprechend die dissimulierte abgestimmte Verhaltensweise. *Drittens* bezieht sich der erwähnte Artikel der Vertikal-GVO auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt. Im Übrigen hat der erwähnte Artikel auch andere Konstellationen als die vorliegende im Blick (BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 6 und 8 zu VO 330/2010 Art. 4).

**6.5.** Die strittige Abrede unterliegt damit Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb eine Vermutung dafür spricht, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 S. 199; 143 II 297 E. 5.6 S. 325). Nicht anders verhält es sich auch hier. Insofern handelt es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5 S. 312 ff.; siehe auch oben E. 6.1 i.f.). Aus diesem Grund muss nicht geprüft werden, ob die Vermutung zu recht besteht oder nicht, sondern es kann direkt zur Frage geschritten werden, ob die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist (siehe auch oben E. 6.2 i.i.). Eine solche ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

## 7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

**7.1.** Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage der Rechtfertigung der erheblichen Beeinträchtigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz zwar nicht abschliessend beurteilt, aber sich doch zu einzelnen Aspekten geäußert. Dies schadet nicht: Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 auch die erhebliche Beeinträchtigung und die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als Eventualstandpunkt geprüft und diese verneint. Dazu hat sich die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geäußert. Der Beschwerdeführer beantragt vor Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen. In Zusammenhang mit der Sanktion hat die Beschwerdegegnerin in der Duplik das Bundesgericht angehalten, einen Ent-

scheid in der Sache zu fällen. Dementsprechend hätte die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres erkennen können, dass die Frage der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ebenfalls zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens werden könne. Entsprechend hätte sie sich hierzu äussern können, ohne dass sie hierzu unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs eigens angehalten werden müsste (BGE 144 II 246 E. 12.3 S. 265).

Die Frage der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist eine Rechtsfrage, verlangt aber auch die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265; 129 II 18 E. 10.2 S. 44 f.). Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer rechtfertigt es sich allerdings aus prozessökonomischen Gründen, auf eine weitere Rückweisung zu verzichten und die Frage selber zu entscheiden (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265). Aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der Verfügung der WEKO und aus den beim Bundesgericht eingereichten Akten (Art. 105 Abs. 2 BGG) lässt sich der Sachverhalt genügend erstellen.

**7.2.** Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (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 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; ZÄCH, a.a.O., N. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335 mit Hinweisen). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 S. 45, je mit Hinweisen). Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335). Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.4 S. 47, je mit Hinweisen). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45).

**7.3.** Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass keine der aufgeführten Gründe gegeben seien. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer damaligen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht demgegenüber zwei Gründe hervorgehoben: Die

Preisempfehlung verhindere die doppelte Marginalisierung und senke die Transaktionskosten.

#### 7.4.

**7.4.1.** Beide von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente betreffen den Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 297 f. zu Art. 5 KG). Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen (BGE 144 II 246 E. 13.2 S. 266); er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten (BGE 129 II 18 E. 10.3.2 S. 46; Botschaft KG I, BBl 1995 I 558 f.; BORER, a.a.O., N. 48 zu Art. 5 KG).

**7.4.2.** Die doppelte Marginalisierung (doppelte Gewinnmaximierung; double-marginalisation) betrifft die Sachlage, wonach sowohl der Hersteller als auch der Händler marktmächtig ist und der Konsument für die Rente sowohl des Herstellers als auch des Händlers aufkommen muss. Dieser überhöhte Preis führt zu einer Reduktion der abgesetzten Menge verglichen mit dem Szenario eines vertikal integrierten Unternehmens (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 341 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, N. 304 zu Art. 5 LCart; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, 2004 [nachfolgend: Grundlagen], S. 144; ESTERMANN, a.a.O., S. 104 ff., 400 f.; NORBERT SCHULZ, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 215 ff.).

**7.4.3.** Vor der WEKO haben die drei Hersteller folgende drei Argumente zur doppelten Marginalisierung aufgeworfen: (1) Die Preisempfehlung würde der Information des Patienten dienen und gleichzeitig die Verkaufsstellen in Schach halten. Zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf das Image auswirken und deshalb zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen. (2) Die Profitabilität sei abhängig von den Verkaufszahlen und zu hohe Endverkaufspreise könnten die Absatzzahlen negativ beeinflussen. (3) Mit den Preisempfehlungen könnte der Spielraum der marktmächtigen Grosshändler eingeschränkt werden, damit diese gegenüber den Einzelhändlern keine höheren Margen aufschlagen.

Die WEKO akzeptierte das Interesse der Hersteller, dass die Apotheker und die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz der Produkte nicht verringern. Allerdings sei das Festsetzen von Verkaufspreisen durch die Preisempfehlung nicht notwendig. Die einzelnen Akteure würden über keine Marktmacht verfügen, weshalb es höchst unwahrscheinlich sei, dass nach Aufhebung der Preisempfehlung die Verkaufsstellen unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Medikamentenpreise durchsetzen könnten. Abgesehen davon seien die Preise bereits deutlich höher als in einer Wettbewerbssituation. Schliesslich herrsche unter den Grossisten Wettbewerb, weshalb sie es sich nicht erlauben könnten, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Die Stellung der Verkaufsstellen gegenüber den Grossisten sei zudem nicht marginal, denn es sei für deren Beurteilung nicht nur das vorliegende Medikament zu berücksichtigen, sondern alle bei den Grossisten zu beziehenden Medikamente.

Die Beschwerdegegnerin ist allerdings der Auffassung, dass kein Wettbewerb unter den Grossisten bestehe und die Stellung der einzelnen Verkaufsstellen viel zu gering sei. Sie blendet dabei aber aus, dass die WEKO zu Recht darauf hingewiesen hat, dass aufgrund der gesamten Menge der zu beziehenden Medikamente die einzelnen Verkaufsstellen ein beträchtliches Gewicht gegenüber den Grossisten aufweisen. Im Übrigen konnten - wie bereits oben ausgeführt (E. 5.2.3) - einzelne Verkaufsstellen auch gegenüber den Herstellern gewichtig auftreten. Nicht nachvollziehbar ist zudem die Behauptung, dass in einer Wettbewerbssituation die Preise für das in Frage stehende Medikament steigen würden. Denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich um eine vertikale Festpreisabrede handelt. Solche wären allenfalls nur während einer begrenzten Dauer nötig (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 315 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., N. 412; Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen [ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1 ff.], Rz. 108 i.V.m. 107 lit. f) und erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit in der Regel nicht (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ZÄCH, a.a.O., N. 422). Festpreisabreden gehören neben Mindestpreisen und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zu den schädlichsten vertikalen Abreden (BGE 143 II 297 E. 5.2.4 f. S. 317 f.; so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 387). Es bestehen noch mildere Mittel (siehe die aufgezählten möglichen milderen Massnahmen bei REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 144 ff.; SCHULZ, a.a.O., S. 216 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 345 zu Art. 5 KG), weshalb - wie hier - eine Festpreisabrede zur Erreichung der genannten Ziele nicht notwendig ist (BGE 144 II 246 E. 13.5.1 S. 271; 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ESTERMANN, a.a.O., S. 401).

## 7.5.

**7.5.1.** Schliesslich machte die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz geltend, dass die Preisempfehlung die Transaktionskosten (dazu REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 130 ff.; ESTERMANN, a.a.O., S. 128 ff., 402) senke. Ohne eine solche würden diese mittels höherer Preise an die Konsumenten weitergegeben oder die Medikamente gar nicht mehr angeboten. Es sei für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament schlicht zu aufwändig, selber den "richtigen" Preis zu berechnen. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass die Verkaufsstellen die anderen Produkte selbständig berechnen. Zudem dienten die Preisempfehlungen als Informationsmittel auch den Krankenkassen und Zusatzversicherern. Zusammenfassend würden die Preisempfehlungen die Produktionskosten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG senken, indem sie eine Transaktionskostensparnis ermöglichen und einen Anstieg der Einzelhandelspreise verhindern, was letztlich dem Verbraucher zugute käme. Ohne die Preisempfehlung wären die Preise im Durchschnitt wesentlich höher.

**7.5.2.** Die Argumentation der Beschwerdegegnerin überzeugt nicht: So ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass kein Anlass besteht, dass die Preise ohne Preisempfehlung im Durchschnitt wesentlich höher wä-

ren, denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt.

Verkaufsstellen sollten im Wettbewerb zu einander stehen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede führt aber zu einer Standardisierung der Publikumspreise der strittigen Produkte. Die Abreden führen deshalb zu einer Nivellierung der Preise. Ineffiziente Verkaufsstellen werden damit geschützt. Insofern wird versucht, die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch Ineffizienz zu rechtfertigen, was aber gerade nicht der Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG ist, und das Resultat insgesamt ist nicht effizienter als ohne Abrede. Damit bestätigt sich die in der Literatur vielfach geäusserte Ansicht, dass harte Abreden in der Regel nicht effizient sind (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., N. 275 zu Art. 5).

Auch das Argument, wonach es für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament zu aufwändig sei, den richtigen Preis zu berechnen, vermag nicht zu überzeugen: Wie die WEKO zutreffend ausgeführt hat, ist dieser Aufwand dank modernen Kalkulationsprogrammen gering. Eigene aufwändige Marktforschungen sind dabei - entgegen der beschwerdegegnerischen Auffassung - nicht notwendig; entscheidend sind die eigenen Kosten. Abgesehen davon, haben die Verkaufsstellen selbst dann, wenn die Preisempfehlung lediglich als Orientierungshilfe dienen sollte, ihren Preis aufgrund ihrer je eigenen Kostenstrukturen festzulegen. Im Übrigen haben sie wie andere Detailhändler für die von der Preisempfehlung *nicht* betroffenen Produkte jedenfalls entsprechende Berechnungen anzustellen. Insofern verfügen die Verkaufsstellen über diesbezügliche Erfahrungen und Know-How und sind - entgegen der beschwerdegegnerischen Behauptung - nicht überfordert. Dafür spricht auch das Vorgehen derjenigen Verkaufsstellen, die eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben.

**7.6.** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht durch die vorgebrachten Gründe rechtfertigen lässt.

## V. Sanktion

### 8.

**8.1.** Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin einer Sanktion unterliegt. Diese vertritt unter Hinweis auf BGE 144 II 246 die Auffassung, dass das Bundesgericht keine Sanktion aussprechen könne, da der Beschwerdeführer es versäumt habe, eine genau bezifferte Sanktion zu beantragen.

Die Auffassung der Beschwerdegegnerin trifft nicht zu: Im Gegensatz zu dem von der Beschwerdegegnerin aufgeführten Entscheid (BGE 144 II 246) verlangt der Beschwerdeführer auch, dass die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen sei. In dieser ist der Sanktionsbetrag in Ziff. 4 des Dispositivs aufgeführt. Das Bundesgericht weist im Urteil 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.2 (nicht publiziert in BGE 144 II 246, aber in Praxis 108 (2019) Nr. 53) im Übrigen ausdrücklich darauf hin, dass "à tout le moins de demander la confirmation de la décision de l'autorité

administrative fixant ladite sanction" ist. Insofern kann das Bundesgericht die Sanktion beurteilen.

**8.2.** Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

### 8.3.

**8.3.1.** Der von der Beschwerdegegnerin vor Bundesverwaltungsgericht vertretene Auffassung, wonach Unternehmen nur dann zu sanktionieren seien, wenn der Wettbewerb beseitigt worden sei, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden widersprochen (BGE 143 II 297 E. 9.4 S. 339 ff.; 144 II 194 E. 5 S. 201 f.). Mit "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG sind diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten (BGE 144 II 194 E. 5.3 S. 202; 143 II 297 E. 9.4.6 S. 342).

**8.3.2.** Ebenfalls trifft die Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu, dass das Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ein Strafrechtsverfahren darstelle. Das kartellrechtliche Verfahren ist ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200; 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gilt (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 143 II 297 E. 9.1 S. 337; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.).

**8.3.3.** Art. 49a Abs. 1 KG entspricht sodann den Vorgaben von Art. 7 EMRK ("nulla poena sine lege"; dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 S. 247 f., mit zahlreichen Hinweisen; BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338); Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 1. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede über Mindest- oder Festpreise. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung ist klar, was unter einer Abrede in der Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zu verstehen ist. Dasselbe gilt für das Begriffspaar Mindest- und Festpreis. Die Auslegung stimmt mit der rechtswissenschaftlichen Literatur überein. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen.

### 8.4.

**8.4.1.** Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG

mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (dazu BGE 146 II 217 E. 8.5.1 S. 252 f.; 143 II 297 E. 9.6.1 S. 344, je mit weiteren Hinweisen).

**8.4.2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist ihr Kartellrechtsverstoss ihr auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 344 E. 9.6.2 S. 344 f., je mit weiteren Hinweisen). Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; *die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten*: So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 mit Hinweisen). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren.

**8.4.3.** Indem die Beschwerdegegnerin ihre Preisempfehlung über das elektronische System wissentlich und willentlich den Verkaufsstellen zukommen liess, musste sie davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen die Preisempfehlung durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts anwendeten. Mit diesem Vorgehen hat sie den entscheidenden Schritt zur abgestimmten Verhaltensweise gesetzt. Dementsprechend hätte ihr bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Auch wenn die abgestimmte Verhaltensweise ein entsprechendes Marktverhalten von anderen Unternehmen verlangt, bleibt sie für ihr gewichtiges Verhalten verantwortlich und dieses ist ihr vorwerfbar.

### 8.4.4.

**8.4.4.1.** Die Beschwerdegegnerin beruft sich zu ihrer Rechtfertigung zu Unrecht auf Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) in der Fassung vom 1. April 2007 (AS 1978 2081 und AS 2007 945); Die Preisbekanntgabeverordnung stützt sich auf Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241), des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und des nunmehr aufgehobenen Bundesgesetzes vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (aBG Messwesen; AS 1977 2394). Weder stützt sie sich auf noch konkretisiert sie das Kartellgesetz. Die PBV regelt Preisempfehlungen gestützt auf die genannten Bestimmungen unter einem anderen Gesichtspunkt als das Kartellgesetz: Dort Regelungen zugunsten der Konsumenten, hier solche zugunsten des Wettbewerbs. Im Sinne eines

Hinweises behält Art. 18 Abs. 2 letzter Satz PBV denn auch die Regelungen des Kartellgesetzes vor. Insofern kommen beide Normen selbständig zur Anwendung (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 74). Konkret heisst dies, dass für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nur das Kartellgesetz anwendbar ist; die PBV ist demgegenüber nicht relevant. Da die PBV das Kartellgesetz nicht konkretisiert, stellt sich auch nicht die Frage, ob unmittelbar gestützt auf das Kartellgesetz von der Verordnung abweichende Anordnungen getroffen werden könnten (vgl. HANSJÖRG SEILER, Kommentar zum USG, N. 22 zu Art. 3 USG).

**8.4.4.2.** Die Beschwerdegegnerin behauptet, dass gestützt auf die VertBek ihr Vorgehen korrekt gewesen wäre. Diese Annahme trifft nicht zu: Zunächst einmal enthielt - wie bereits die WEKO in ihrer Verfügung zu Recht festgehalten hat - für den Zeitraum vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2007 (die VertBek 2007 trat entgegen der Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 340, erst am 1. Januar 2008 in Kraft [BBI 2007 7597]) die VertBek 2002 keine Regelung. Insofern wäre die VertBek 2007 nur für ein Jahr anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Allerdings ist das Bundesgericht an diese nicht gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Im vorliegenden Fall drängt sich - wie dargelegt (oben E. 4.4.3) - nicht auf, der VertBek 2007 - sofern der Kartellrechtsverstoss überhaupt nachgewiesenermassen bis ins Jahre 2007 gedauert hätte - ausnahmsweise zu folgen.

**8.4.4.3.** Compliance-Programme sind zudem nicht schuldausschliessend (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 f. mit zahlreichen Hinweisen).

## 8.5.

**8.5.1.** Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255 f.; 144 II 194 E. 6.2 S. 203; 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346 m.H.): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schrit-

ten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte - Umsatz auf diesen - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 256; 144 II 194 E. 6.2 S. 203).

**8.5.2.** Die Vorinstanz hat in Bezug auf die Sanktionsbemessung einige wenige Fragen aufgeworfen, diese aber nicht behandelt, da sie davon ausgegangen ist, dass die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt sei. Die Beschwerdegegnerin rügte vor Vorinstanz verschiedene Punkte zur Sanktionsbemessung, welche auch sachverhaltliche Fragen betreffen und nur in der Verfügung der WEKO aufgeführt sind. Aus dem Entscheid der Vorinstanz lässt sich diesbezüglich nichts herauslesen. Insofern fehlt der für die Sanktionsbemessung notwendig festgestellte Sachverhalt. Ferner ist die Sanktionsbemessung eine Ermessenssache (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f. S. 262). Die Vorinstanz kann das Ermessen gestützt auf Art. 37 VGG (SR 173.32) i.V.m. 49 lit. c VwVG (SR 172.021) überprüfen, während dies dem Bundesgericht - als das für die Beurteilung von Rechtsverletzung zuständige Gericht (Art. 189 BV; Art. 95 und 97 Abs. 1 e contrario BGG) - verwehrt ist. Würde das Bundesgericht hier in der Sache entscheiden, würde der Adressat einer Sanktion - hier die Beschwerdegegnerin - zudem einer Ermessensüberprüfungsinstanz beraubt. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung zurückzuweisen.

## 9.

Da die Beschwerde gutzuheissen ist, müssen die verfahrensrechtlichen Rügen nicht behandelt werden.

## VI. Kosten

### 10.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet und gutzuheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 ist deshalb aufzuheben und die Sache zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Dementsprechend trägt die Beschwerdegegnerin die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet.

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 aufgehoben. Die Sache wird zum Entscheid über die Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

#### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

#### 3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

B 7

## Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

B 7

### 1. **Beschluss des Kantonsgerichts von Graubünden vom 20. Mai 2021 betreffend Gegenstand Widerhandlung gegen das UWG**

*Beschluss SK2 20 57 des Kantonsgerichts von Graubünden, II. Strafkammer, vom 20. Mai 2021 in Sachen Parteien A. \_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen C. \_\_\_\_\_, Beschwerdegegner, vertreten durch [...]. Gegenstand Widerhandlung gegen das UWG. Anfechtungsobj. Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 17.11.2020, mitgeteilt am 19.11.2020 (Proz. Nr. VV.2018.4038). Mitteilung 25. Mai 2021*

#### Sachverhalt

A. Mit Eingabe vom 17. August 2018 stellte die A. \_\_\_\_\_ AG Strafanzeige und Strafantrag gegen C. \_\_\_\_\_ und allfällige nicht bekannte Co-Autoren, Mitverantwortliche und unbekannte Autoren wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG i.V.m. Art. 23 UWG. Darin machte sie geltend, sie sei durch zahlreiche Medienpublikationen in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit, ihrem beruflichen Ansehen, ihrem Geschäftsbetrieb und ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht und verletzt worden, wobei dieser rechtswidrige Zustand noch heute andauere. In einer Serie von Artikeln seien unwahre, unbewiesene, irreführende und unnötig verletzende Behauptungen auf verschiedenen Medienkanälen veröffentlicht worden. Fünf grosse Zeitungsartikel mit unlauteren Äusserungen zu ihrem Nachteil seien am 18. und 19. Mai 2018 in der periodisch erscheinenden "E. \_\_\_\_\_" publiziert worden. Diesen seien weitere unlautere Publikationen gefolgt, welche unter anderem C. \_\_\_\_\_ zu verantworten habe (StA act. 3.1, S. 2). Nebst diesen Zeitungspublikationen seien zwei inkriminierte Internet-Artikel verfasst und veröffentlicht worden. Diese seien für alle Internet-Leser uneingeschränkt zugänglich. Sodann seien die inkriminierten Artikel vom 18. und 19. Mai 2018 auch in elektronischer Form und durch andere Medienkanäle (J. \_\_\_\_\_ Archiv) veröffentlicht worden. Durch die im Internet zugänglichen Veröffentlichungen würden die Rechtsverletzungen bis heute andauern (vgl. StA act. 3.1, S. 2 f.). Dass sie – die A. \_\_\_\_\_ AG – dadurch massiv geschädigt werden könnte, sei den Beschuldigten offensichtlich klar bzw. würden diese in Kauf nehmen (StA act. 3.1, S. 7).

B. Mit Verfügung vom 11. März 2019 eröffnete die Staatsanwaltschaft Graubünden (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) eine Strafuntersuchung gegen C. \_\_\_\_\_ wegen "Vergehens des BG gegen den unlauteren Wettbewerb etc."

C. In der Folge fand am 16. April 2019 eine Vergleichsverhandlung bei der Staatsanwaltschaft statt. Nachdem

die Vergleichsbemühungen unter den Parteien gescheitert waren, fand am 3. November 2020 die staatsanwaltschaftliche Einvernahme von C. \_\_\_\_\_ statt.

D. Mit Parteimitteilung vom 5. Juni 2020 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass die Strafuntersuchung gegen C. \_\_\_\_\_ abgeschlossen sei, und stellte die Einstellung des Verfahrens in Aussicht.

E. Mit Verfügung vom 17. November 2020 stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen C. \_\_\_\_\_ wegen Vergehens des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 UWG ein.

F. Dagegen erhob die A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgende Anträge:

*Die angefochtene Verfügung sei ersatzlos aufzuheben und die BG 1 [Staatsanwaltschaft Graubünden; Anmerkung des Gerichts] anzuweisen, das Verfahren VV.2018.4038/JH mit Beschleunigung voranzutreiben,*

*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse*

G. Mit Stellungnahme vom 16. Dezember 2020 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde.

H. Mit Stellungnahme vom 19. Januar 2021 beantragte C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegner), die Beschwerde sei abzuweisen, unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

I. Mit Replik vom 8. Februar 2021 hielt die Beschwerdeführerin unverändert an ihren Rechtsbegehren fest.

J. Mit Eingabe vom 11. Februar 2021 teilte der Beschwerdegegner mit, dass er auf eine Duplik verzichte.

#### Erwägungen

1.1. Gemäss Art. 322 Abs. 2 bzw. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 22 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung (EGzStPO; BR 350.100) kann gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Graubünden innert 10 Tagen bei der II. Strafkammer des Kantonsgerichts von Graubünden Beschwerde geführt werden (Art. 10 Abs. 1 der Kantonsgerichtsverordnung [KGV; BR 173.100]). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 385 Abs. 1 StPO



hat die beschwerdeführende Partei in der Beschwerde genau anzugeben, welche Punkte der Verfügung sie anfecht (lit. a), welche Gründe einen anderen Entscheid nahelegen (lit. b) und welche Beweismittel sie anruft (lit. c). Mit der Beschwerde können gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a), die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) sowie Unangemessenheit (lit. c) gerügt werden.

1.2. Die Beschwerde vom 7. Dezember 2020 erweist sich als rechtzeitig.

1.3.1. Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO jede Partei, soweit sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat. Geschädigte können die Einstellungsverfügung – von hier nichtzutreffenden Ausnahmen abgesehen – nur dann anfechten, wenn sie sich als Privatkläger im Strafpunkt konstituiert haben (Art. 118 Abs. 1 StPO; PKG 2013 Nr. 19; BGer 1B\_298/2012 v. 27.5.2012 E. 2.1; Rolf Grädel/Matthias Heiniger, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 6 zu Art. 322 StPO). Das mit der Konstituierung im Strafpunkt geltend gemachte Recht der geschädigten Person auf Verfolgung sowie Verurteilung des Straftäters gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO begründet, unabhängig von jeglichen Zivilansprüchen und von einem aktuellen Nachteil, im Rahmen einer Berufung das rechtliche Interesse der Privatklägerschaft im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO (vgl. BGE 139 IV 78 E. 3.3.3 [= Pra 2013 Nr. 58 E. 3.3.3]; 141 IV 231 E. 2.5). Dies hat auch im Beschwerdeverfahren gegen eine Einstellungsverfügung zu gelten. Als geschädigte Person gilt, wer durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Ob tatsächlich eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaft Straftat vorliegt, wird erst im Endentscheid festgestellt. Bis dahin bleibt sie eine blosser Hypothese (vgl. GORAN MAZZUCHELLI/MARIO POSTIZZI, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 20 zu Art. 115 StPO).

1.3.2. Gemäss Art. 23 Abs. 2 UWG ist zur Stellung eines Strafantrages legitimiert, wer auch zur Zivilklage gemäss Art. 9 und 10 UWG berechtigt ist. Art. 9 Abs. 1 UWG erfasst jeden, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist (vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, a.a.O., N 97 zu Art. 115 StPO; ferner auch DANIEL JOSITSCH/MARTINA CONTE, Strafbestimmungen im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, sic! 2015, S. 441).

1.3.3. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, sie sei durch zahlreiche Medienpublikationen in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit, ihrem beruflichen Ansehen, ihrem Geschäftsbetrieb und ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht und verletzt worden, wobei dieser rechtswidrige Zustand noch heute andauere. Sie ist damit einerseits zur Zivilklage berechtigt, andererseits aber auch zur Stellung eines Strafantrages legitimiert. Die zur

Stellung eines Strafantrages berechtigte Person gilt in jedem Fall als geschädigte Person (Art. 115 Abs. 2 StPO). Im Weiteren hat sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig und formgültig als Privatklägerin konstituiert. Dass sie sich dabei eine Konstituierung im Zivilpunkt bzw. die Stellung konkreter Zivilforderungen ausdrücklich vorbehalten hat (vgl. StA act. 3.1, S. 4), schadet ihr mit Blick auf die Beschwerdelegitimation im vorliegenden Verfahren nicht.

1.4.1. Nach Art. 396 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde zu begründen. Der Beschwerdeführer hat dabei genau anzugeben, welche Punkte des Entscheides bzw. der Verfügung er anfecht (Art. 385 Abs. 1 lit. a StPO), welche Gründe einen anderen Entscheid nahelegen (Art. 385 Abs. 1 lit. b StPO) und welche Beweismittel er anruft (Art. 385 Abs. 1 lit. c StPO). Die Anforderungen an die Beschwerdebegründung dürfen nicht überspannt werden, doch hat sich die Begründung zumindest in minimaler Form mit der angefochtenen hoheitlichen Verfahrenshandlung auseinanderzusetzen (vgl. PATRICK GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2011, Rz. 392 mit Hinweis auf BGE 131 II 449 E. 1.3). Daran mangelt es, wenn die Richtigkeit der tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen der angefochtenen Handlung nur pauschal bestritten wird. Die Gründe, welche einen anderen Entscheid nahelegen, müssen sich grundsätzlich aus der Beschwerdeschrift selbst ergeben. Die Beschwerdeinstanz prüft somit nur hinreichend begründete Rügen.

1.4.2. In ihrer Strafanzeige führte die Beschwerdegegnerin eine ganze Reihe von angeblichen "Unwahrheiten" auf, die ihrer Ansicht nach gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG verstossen (vgl. hierzu im Einzelnen StA act. 3.1, S. 12 ff.). Wie der angefochtenen Einstellungsverfügung entnommen werden kann, erfolgte die Verfahrenseinstellung mit Bezug auf alle zur Anzeige gebrachten, angeblichen "Unwahrheiten". So wurde die Verfügung der Staatsanwaltschaft denn auch nicht etwa als "Teileinstellungsverfügung" bezeichnet. Ungeachtet dessen beschränkt sich die Beschwerde auf S. 7 ff. auf gewisse – aus Sicht der Beschwerdeführerin wohl besonders stossende – Aussagen in den beanstandeten Zeitungsberichten. Zu den übrigen angezeigten Ausführungen äussert sich die Beschwerde nicht. Es fehlt hierfür somit an einer gemäss Art. 385 Abs. 1 StPO verlangten Begründung, warum die angefochtene Einstellungsverfügung in dieser Hinsicht fehlerhaft sein sollte. Daran ändert an sich nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde pauschal auf die in der Strafanzeige einzeln und detailliert aufgeführten – ihrer Aussage nach ca. 60 – Passagen verweist (vgl. KG act. A.1, S. 3 f.). Denn die Begründung muss – wie dargelegt – grundsätzlich in der Beschwerdeschrift selbst enthalten sein und sich mit der angefochtenen Einstellungsverfügung auseinandersetzen. Daran mangelt es, wenn die in der Strafanzeige enthaltenen Äusserungen wiederholt bzw. auf diese verwiesen wird. Dies gilt umso mehr bei einer anwaltlich vertretenen Partei. Zugute zu halten ist der Beschwerdeführerin indes, dass auch die Staatsanwaltschaft ihre Einstellungsverfügung lückenhaft begründet hat (vgl. hierzu auch KG act. A.1, S. 11). So hat sie sich insbesondere nicht dazu geäussert, warum gewisse – in juristischer Hinsicht – unpräzise Äusserungen nicht unlauter

im Sinne von Art. 3 UWG sein sollen. Hier wäre zu klären gewesen, ob sich der Standpunkt der Beschwerdeführerin tatsächlich – wie der Beschwerdegegner annimmt – bloss an "*spitzfindigen Begriffsdefinitionen*" (KG act. A.3, S. 6) orientiert oder ob die terminologischen Diskrepanzen geeignet sind, den Durchschnittsleser zu unzutreffenden Vorstellungen zu verleiten. Insofern kann in dieser Hinsicht von der Beschwerdeführerin auch keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid verlangt werden, weil und soweit dieser selbst sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin (namentlich in deren Strafanzeige) nicht hinreichend auseinandersetzt. Unter diesen Umständen und zumal die beanstandeten Äusserungen ohnehin im Gesamtkontext zu würdigen sind, ist auf die gesamte beanstandete Berichterstattung einzugehen.

2. Die Staatsanwaltschaft stellte das gegen den Beschwerdegegner geführte Strafverfahren wegen Vergehens des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG mit der Begründung ein, die Berichterstattung des Beschwerdegegners sei gestützt auf den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 (nachfolgend: WEKO-Verfügung) erfolgt. Die Berichterstattung habe nicht das Ziel verfolgt, die Wettbewerbsverhältnisse zu Lasten der Beschwerdeführerin zu beeinflussen. Vielmehr sei mit der Berichterstattung dem legitimen öffentlichen Informationsbedürfnis der Leserschaft über kartellwidrige Absprachen im Baugewerbe nachgekommen. Die Ausführungen in den Beiträgen seien weder unrichtig noch irreführend noch unnötig verletzend gewesen. Die Fakten seien gestützt auf die Erkenntnisse der Wettbewerbskommission korrekt, sachlich und ausgewogen wiedergegeben worden und es sei in der Berichterstattung immer auf alle involvierten Firmen Bezug genommen worden (KG act. B.1, E. 5b).

3. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Einstellungsverfügung. Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, das gegen den Beschwerdegegner geführte Strafverfahren mit Beschleunigung voranzutreiben (KG act. A.1). Der Beschwerdegegner und die Staatsanwaltschaft schliessen auf Abweisung der Beschwerde (KG act. A.2 und A.3).

4. Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO ist ein Strafverfahren insbesondere dann einzustellen, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a). Dies ist dann der Fall, wenn unter einer Gesamtwürdigung der Beweise nicht mit einem verurteilenden Erkenntnis des Gerichts gerechnet werden kann und auch keine konkret zu erhebenden Beweismittel mehr erkennbar sind, die das Resultat im gegenteiligen Sinn beeinflussen könnten (vgl. KGer GR SK2 17 3 v. 15.12. 2017 E. 2.2 m.w.H.). Weiter muss ein Verfahren eingestellt werden, wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b), wenn Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen (lit. c), wenn Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt werden können oder Prozesshindernisse aufgetreten sind (lit. d) oder wenn nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann (lit. e). Der Entscheid über die Einstellung eines Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz *in dubio pro duriore* zu richten, was sich aus dem Legalitätsprinzip ergibt. Er bedeutet, dass eine Einstellung durch die

Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Hingegen ist, sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage kommt, Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung mindestens gleich wahrscheinlich erscheint wie ein Freispruch. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht die Staatsanwaltschaft über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das für die materielle Beurteilung zuständige Gericht (BGE 143 IV 241 E. 2.2.1; BGer 6B\_89/2018 v. 1.2.2019 E. 3.1.1).

5. Unbestrittenermassen bildet die Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016 einen wesentlichen Bestandteil der vorliegenden Streitigkeit. Für ein besseres Verständnis wird deren Inhalt zusammengefasst wiedergegeben:

Die Beschwerdeführerin und sieben weitere Bauunternehmungen arbeiteten bis Mitte 2009 zusammen, um sich hinsichtlich der in den Gebieten der D. \_\_\_\_\_ vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zu koordinieren. Diese Koordination bezog sich sowohl auf von der öffentlichen Hand vergebene Projekte als auch auf Projekte, die von einem privaten Bauherrn vergeben wurden. Diese Koordination beinhaltete die Zusammenarbeit im Rahmen eines Marktabklärungssystems ("MA-System") und eines Eigenoffertlistensystems ("EO-System")

Die genannten Unternehmen trafen sich – teilweise auch schon vor 2002 – von Anfang 2002 bis Mitte 2009 regelmässig, d.h. alle zwei bis vier Wochen, zu Marktabklärungssitzungen (MA-Sitzungen). Allein zwischen 2004 und Mitte 2009 fanden etwa 80 MA-Sitzungen statt. Bis Ende 2007 nahmen alle Unternehmen regelmässig an den MA-Sitzungen teil. An diesen Sitzungen wurden die jeweils aktuelle Marktabklärungsliste bzw. vor 2004 das aktuelle "Submissionsprogramm" sowie die jeweils aktuelle Eigenoffertliste besprochen. Anschliessend sind je nach Ergebnis der Interessenabklärung bestimmte Festlegungen gemacht worden: Bisweilen legten sie an der MA-Sitzung bereits den Gewinner eines bestimmten Projekts fest ("Schutz") oder entschieden auf "Freigabe". In den meisten Fällen bestimmten sie jedoch das "Lead"-Unternehmen, welches an separaten Verhandlungen die endgültige Festlegung des schutznehmenden Unternehmens sowie der Eingabesummen koordinieren sollte. In der Regel wurde ein solches Unternehmen als "Lead"-Unternehmen bestimmt, welches den "Schutz" für sich organisieren wollte (WEKO-Verfügung, S. 302 f.). Mit dem EO-System bezweckten die acht Unternehmen, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Wenn eines der acht Unternehmen für einen – in der Regel privaten – Bauherrn eine Eigenofferte erstellte, konnte es das betreffende Projekt für die EO-Listen bei der B. \_\_\_\_\_ bzw. ihrer Rechtsvorgängerin melden. Die B. \_\_\_\_\_ bzw. ihre Rechtsvorgängerin setzte das Projekt daraufhin auf die EO-Liste und vermerkte, welches Unternehmen die Eigenofferte gemeldet hatte. Die ständig aktualisierten EO-Listen wurden von der B. \_\_\_\_\_ bzw. ihrer Rechtsvorgängerin vor den in der Regel alle zwei bis vier Wochen stattfindenden MA-Sitzungen an alle Unternehmen versandt. Wenn nun ein weiteres Unternehmen

vom Bauherrn eines gemeldeten Projekts um eine Eigenofferte gebeten wurde, so hatte sich dieses Unternehmen bei dem meldenden Unternehmen über den Eingabepreis zu erkundigen und einen höheren Preis für seine Eigenofferte einzugeben (WEKO-Verfügung, S. 303 f.). Durch die Kombination des MA-Systems und des EO-Systems erreichten die acht Unternehmen, dass grundsätzlich alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte der soeben beschriebenen Koordination zugeführt wurden oder jedenfalls werden konnten. Die acht Unternehmen erzielten dementsprechend einen erheblichen Anteil ihres jährlichen Umsatzes im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet mit Projekten, welche auf den MA-Listen oder den EO-Listen geführt waren. Insgesamt bezweckten die acht Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit mithin, sich – soweit möglich – die im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte untereinander aufzuteilen (WEKO-Verfügung, S. 304). Bezüglich der Folgen der Zusammenarbeit insgesamt ist als bewiesen anzusehen, dass sowohl dem EO-System als auch dem Umstand, dass die acht Unternehmen wiederholt vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekte festgelegt haben, die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent war. Des Weiteren ist anzunehmen, dass die beschriebene Koordination hinsichtlich einer Submission dazu führte, dass sich das Bieterverhalten hinsichtlich "unbelasteten" Submissionen derart veränderte, dass Preiserhöhungen drohten (WEKO-Verfügung, S. 304). Die WEKO wertete dies als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, welche als zwischen 2002 und Mitte 2009 bestehende und wirkende Dauerabrede qualifiziert wurde. Es handelte sich hierbei um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG. In Umsetzung dieser Gesamtabrede haben die acht Unternehmen wiederholt in unterschiedlichen Konstellationen betreffend konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet Abreden über die Zuteilung des Einzelprojekts sowie über die Höhe der Eingabesummen getroffen ("Einzelsubmissionsabreden"). Dafür wurden die beteiligten Unternehmen gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert und zur Tragung der Verfahrenskosten verpflichtet (vgl. WEKO-Verfügung, S. 386).

6.1. Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb begeht, indem er andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzend Äusserungen herabsetzt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG).

6.2. Das UWG bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist jedes gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG) oder zu beeinflussen geeignet ist (BGE 120 II 76 E. 3; BGer 6B\_188/2013 v. 4.7.2013 E. 6.3). Strafbar ist indes nicht schon unlautere

rer Wettbewerb im Sinne von Art. 2 UWG, der in Art. 23 UWG nicht erwähnt wird, sondern nur unlauterer Wettbewerb nach den Artikeln 3, 4, 4a, 5 oder 6 UWG (BGer 6B\_252/2016 v. 28.4.2016 E. 1.2).

6.3. Die Anwendung von Art. 3 UWG i.V.m. Art. 23 UWG setzt nicht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Täter und dem Verletzten voraus. Auch ein Journalist kann daher durch eigene oder Wiedergabe fremder Äusserungen in den Medien über Unternehmungen und ihre Waren etc. gewisse Straftatbestände des UWG erfüllen (BGE 120 IV 32 E. 3; 117 IV 193 E. 1; BGer 6B\_188/2013 v. 4.7.2013 E. 6.3). Obwohl kein Wettbewerbsverhältnis vorausgesetzt wird, sind nur Verhaltensweisen untersagt, welche als Wettbewerbshandlungen zu qualifizieren sind, d.h. Handlungen, welche objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen. Wettbewerbsrelevant sind allein Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder mindern, deren Marktanteile vergrössern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind. Massgebend ist die wirtschaftliche Relevanz im Sinne einer abstrakten Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung, wobei die objektive Eignung genügt und unbeachtlich ist, ob subjektiv ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit gegeben ist (vgl. BGE 120 II 76 E. 3; 124 III 297 E. 5d; BGer 6B\_252/2016 v. 28.4.2016 E. 1.2 und 6B\_188/2013 v. 4.7.2013 E. 6.3). Die Verhaltensweisen müssen marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein (BGer 6B\_1423/2019 v. 26.10.2020 E. 5.2.1). Strafrechtlich sind unrichtige Angaben im Sinne von Art. 3 UWG i.V.m. Art. 23 UWG abstrakte Gefährdungsdelikte, da die abstrakte Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung genügt (BGer 6B\_252/2016 v. 28.4.2016 E. 1.2 m.w.H.). Unerheblich ist deshalb, dass sowohl Medien als auch Konsumentenorganisationen in der Regel nicht primär in Wettbewerbsabsicht bzw. zum Zweck der Förderung oder Benachteiligung bestimmter Unternehmen oder ihrer Waren und Leistungen um ihrer selbst willen handeln, sondern im Interesse der Allgemeinheit Markttransparenz schaffen wollen, welche Voraussetzung einer optimalen Bedürfnisbefriedigung ist (BGE 120 IV 32 E. 3; 117 IV 193 E. 2). Kein Wettbewerbsbezug liegt nur dann vor, wenn sich die fragliche Äusserung auf einen oder mehrere nicht wirtschaftliche Lebensbereiche beschränkt und in diesem Sinne in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgt als in einem wettbewerbsbezogenen (vgl. zum Ganzen BGer 6B\_1423/2019 v. 26.10.2020 E. 5.2.1 m.w.H.). Nicht anwendbar ist das Wettbewerbsrecht daher etwa auf Vereine mit ausschliesslich ideeller Zielsetzung oder im politischen Kampf bei Wahlen und Abstimmungen. Ebenso wenig gilt es in der wissenschaftlichen Forschung und der Publikation ihrer Ergebnisse, solange diese im akademischen Rahmen erfolgen (BGer 6B\_188/2013 v. 4.7.2013 E. 6.3).

6.4. Unrichtig ist eine Aussage, wenn sie nicht der Wirklichkeit entspricht (BGer 4C.342/2005 v. 11.1.2006 E. 2.2). Dabei können journalistische Ungenauigkeiten und Vereinfachungen in Presseberichten dann eine Wettbewerbswidrigkeit begründen, wenn sie die Leserschaft in Bezug auf Tatsachen, die einen wesentlichen Einfluss

auf die wirtschaftliche Ehre eines Wettbewerbsteilnehmers haben, zu unzutreffenden Vorstellungen verleiten (BGE 123 III 354 E. 2a; BGer 4A\_481/2007 v. 12.2.2008 E. 3.3). Zwar geht es bei der Beurteilung einer Äusserung nicht allein um die Frage, ob ein unrichtiges negatives Gesamtbild geschaffen wurde, sondern es sind die einzelnen Äusserungen zu überprüfen. Dabei ist aber massgebend, wie der Adressat diese im Gesamtzusammenhang versteht (BGE 124 IV 162 E. 3b/bb; BGer 4A\_481/2007 v. 12.2.2008 E. 3.5). Die fehlerhafte Verwendung von Fachausdrücken führt nur zu Missverständnissen und Wettbewerbsverzerrungen, wenn der Durchschnittsleser nicht ohne Weiteres erkennt, was der Autor mit der gewählten Formulierung tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte (BGer 4A\_481/2007 v. 12.2.2008 E. 3.5).

6.5. Unnötig verletzend ist eine Äusserung nur, wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinauschießt, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist (vgl. BGer 4C.342/2005 v. 11.1.2006 E. 2.3 m.w.H.).

6.6. Ob eine Äusserung im Einzelfall unlauter im Sinn von Art. 3 lit. a UWG ist, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe des Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat (vgl. BGE 132 III 641 E. 3.1; 131 IV 160 E. 3.3.3; 127 III 481 E. 2b/aa; 126 III 209 E. 3a; BGer 4A\_254/2007 v. 29.1.2008 E. 2.1 und 4C.342/2005 v. 11.1.2006 E. 2.2). Das durch einen Zeitungsartikel gezeichnete "Gesamtbild" ist insofern für die Interpretation der einzelnen umstrittenen Äusserungen von Bedeutung, als es Antwort darauf gibt, wie der unbefangene Leser diese im Gesamtzusammenhang versteht (BGE 124 IV 162 E. 3b/aa; BGer 4A\_254/2007 v. 29.1.2008 E. 2.1).

6.7. Bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des UWG und unter Berücksichtigung insbesondere des Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit ist Unlauterkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Folglich sind nur Herabsetzungen von einer gewissen Schwere, d.h. ein eigentliches Anschwärzen, Verächtlich- und Heruntermachen, tatbestandsmässig (BGE 123 IV 211 E. 3b; 122 IV 33 E. 2c; BGer 6B\_1423/2019 v. 26.10.2020 E. 5.2.1).

6.8. Subjektiv ist Vorsatz verlangt, wobei Eventualvorsatz genügt (vgl. BGE 117 IV 193 E. 2).

7. Der Informationsauftrag der Presse bildet keinen absoluten Rechtfertigungsgrund; vielmehr ist eine Abwägung des Interesses des Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Person gegen dasjenige der Presse auf Information der Öffentlichkeit in jedem Fall unentbehrlich (BGE 132 III 641 E. 5.2). Dabei ist zum einen auch der wichtigen Aufgabe der seriösen Medien in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen. Zum andern ist zu beachten, dass gerade Äusserungen in den an ein breites Publikum gerichteten Medien angesichts des hohen Verbreitungsgrades, weit mehr noch als Äusserungen auf andere Weise, für den Betroffenen schwerwiegende Folgen zeitigen und sowohl dessen Wettbewerbsstellung als auch dessen Persönlichkeit erheblich beeinträchtigen können. Für Medienschaffende gilt

grundsätzlich kein Sonderrecht (vgl. BGer 6S.858/1999 v. 16.8.2001 E. 7b/cc mit Verweis auf BGE 117 IV 27 E. 2c). Die Medienfreiheit ist als solche mithin kein Rechtfertigungsgrund (BGE 126 IV 236 E. 4c). Der Informationsauftrag der Presse beschränkt sich sodann grundsätzlich nur auf wahre Äusserungen. Denn nur die richtige Orientierung der Öffentlichkeit über Tatsachen bildet eine wesentliche Grundlage des Funktionierens des demokratischen Staatswesens. Insofern steht die den Medien auferlegte Wahrheitspflicht nicht im Gegensatz zur Medienfreiheit, sondern ergänzt sie sinnvoll (vgl. BGE 107 Ia 304 E. 6b; BGE 91 II 401 E. 3c). Zu beachten bleibt ferner, dass der Journalist darauf angewiesen ist, seine Tätigkeit rasch auszuüben, woraus sich eine zusätzliche, kaum vermeidbare Fehlerquelle ergibt. Ein Journalist, dem aus diesem Grund ein Versehen unterläuft, ist nur zu einer Richtigstellung angehalten, darf jedoch nicht mit Sanktionen belegt werden (BGE 107 Ia 304 E. 6b). Wie es sich verhält, wenn dem Journalisten später die Unrichtigkeit seiner Äusserungen bewusst wird und er sich nicht um eine Korrektur bemüht, kann an dieser Stelle offenbleiben. Insbesondere muss aufgrund der nachfolgenden Ausführungen nicht näher geprüft werden, ob diesfalls eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gestützt auf Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB (sog. Ingerenz) in Frage käme.

8. Bei der Verfolgung von Straftaten durch Veröffentlichung in einem Medium ist vorab der Autor strafbar. Die Strafverfolgung gemäss Art. 28 Abs. 1 StGB erfasst indessen auch allfällige Co-Autoren, selbst wenn diese nicht namentlich bekannt sind. Als Co-Autoren gelten Personen, die durch eigene Beiträge einen anderen oder veränderten Aussagegehalt einer Publikation bewirken, etwa durch Verfassen von Titeln, Leads, Kasten, Bildlegenden, durch Textkürzungen, Auswahl von Bildern etc. (vgl. hierzu FRANZ ZELLER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, N 74 ff. zu Art. 28 StGB; BGE 128 IV 53 E. 5e).

9.1. Die Beschwerdeführerin moniert, ihr würden in den inkriminierten Publikationen gestützt auf die WEKO-Verfügung mehrfach die behördlich festgestellte Überführung und Bestrafung wegen Verbrechen vorgeworfen. Dabei sei ihr die Führungsrolle in einem angeblich jahrelang gemeinschaftlich begangenen Betrug zugeschrieben worden, was tatsachenwidrig sei und der WEKO-Verfügung widerspreche. Bei dem bestraften Verhalten soll es um Deliktssummen bzw. Schäden bei öffentlichen und privaten Baukunden in Millionenhöhe gegangen sein bzw. um entsprechende unrechtmässige Bereicherungen zulasten der Kunden der Beschwerdeführerin. Dafür habe die WEKO Bussen in Höhe von total CHF 5 Mio. als Strafe auferlegt, darunter auch der Beschwerdeführerin. Die WEKO-Verfügung widerlege durchwegs diese unlauteren Behauptungen (KG act. A.1, S. 4). Insgesamt würden die verzeigten Behauptungen und die Aufmachung der Artikel zu ihrem Nachteil einen äusserst anschwärzenden und herabsetzenden Charakter aufweisen (KG act. A.1, S. 11). Denn richtig sei einzig, dass sie Gegenstand eines WEKO-Verfahrens gewesen sei, in dessen Rahmen ihr der Verstoss gegen eine Norm des Kartellrechts zur Last gelegt und ein Betrag zur Zahlung auferlegt worden seien. Dies hätten der Beschwerdeführerin wie auch die weiteren Beschuldigten gewusst, da

sich die inkriminierten Publikationen ständig auf die WEKO-Verfügung berufen hätten (KG act. A.1, S. 12). Die strafrechtliche Relevanz der monierten Artikelstellen ist nachfolgend im Einzelnen zu prüfen.

9.2. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist zunächst nicht zu beanstanden, wenn in den inkriminierten Artikeln die heimlichen Preisabsprachen, die von der WEKO als Kartellrechtsverstoss gewertet wurden, als "Skanda" oder ähnliches betitelt wurden. Dass das Vorgehen der Beschwerdeführerin und der anderen am Kartell beteiligten Unternehmen unter den geschilderten Umständen – namentlich in Anbetracht der Dauer der Absprachen sowie des davon betroffenen Auftragsvolumens – als "Baubeschiss" bzw. "Bauskanda" (vgl. z.B. StA act. 3.4) bezeichnet wurde, liegt eindeutig im Rahmen des sachlich Vertretbaren. Dies umso mehr auch deshalb, weil die WEKO in ihrer Medienmitteilung vom 4. Oktober 2016 (StA act. 1.26) selbst ausführte, eine solche Zusammenarbeit zur Aufteilung von Submissionen mittels Preisabreden, wie sie in dem von ihr untersuchten Fall stattgefunden habe, sei "volkswirtschaftlich besonders schädlich" und stelle "einen schweren Verstoss gegen das Kartellgesetz" dar. Die Wertung der Kartellrechtsverstösse als "Baubeschiss" bzw. "Bauskanda" ist daher nicht unnötig verletzend.

9.3. Die Beschwerdeführerin stört sich an den verwendeten Begriffen der "Preisabsprachen" bzw. "Manipulation". Die WEKO spricht in ihrer Medienmitteilung vom 4. Oktober 2016 (StA act. 1.26) aber selbst davon, dass Preisabsprachen stattgefunden hätten. Wenn dies in den fraglichen Zeitungsberichten so wiedergegeben wird, ist dies nicht zu beanstanden. Sodann ist angesichts der Heimlichkeit des Vorgehens auch nichts dagegen einzuwenden, wenn in diesem Zusammenhang von "Manipulation" und ähnlichem (vgl. z.B. StA act. 3.15) gesprochen wurde. Bei diesen Ausdrücken handelt es sich mit Blick auf die Feststellungen der WEKO klarerweise nicht um unrichtige Aussagen. Im Übrigen ist anzumerken, dass auch die WEKO von einem systematischen Vorgehen ausgeht, bezeichnet sie doch die Praktiken der am Baukartell beteiligten Unternehmen als "Marktklärungs-system" bzw. "Eigenoffertlistensystem" (vgl. hierzu zusammenfassend WEKO-Verfügung, S. 302 ff.). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn der Beschwerdeführer dies als systematische Preisabsprachen bzw. systematische Manipulationen bezeichnete.

9.4.1. Der Beschwerdeführerin missfällt die Formulierung "Schäden in Millionenhöhe". Der "E. \_\_\_\_\_"-Frontartikel vom 18. Mai 2018 (StA act. 3.4) trägt den Titel "Baubeschiss in der Region: Bauherren um Millionen geprellt". Dieser Formulierung kann nicht die Aussage entnommen werden, dass ein Betrug in Millionenhöhe durch die WEKO und damit behördlich festgestellt worden ist. Aus der gewählten Formulierung könnte zwar geschlossen werden, die Schäden in Millionenhöhe seien – sowohl im Grundsatz als auch in der konkreten Höhe – bereits hinreichend ausgewiesen. Im Untertitel wird jedoch sogleich dargelegt, die WEKO-Verfügung ermögliche "Schätzungen zum Ausmass" (so auch die Formulierung im Artikel auf Seite 7 der "E. \_\_\_\_\_ am Wochenende" vom 19. Mai 2019 [StA act. 3.8]). Im Beitrag selbst wird dies dahingehend konkretisiert, dass es bei mindestens 240 öffentlichen und privaten Projekten

mit einem Volumen von über CHF 59 Mio. zu unerlaubten Preisabsprachen gekommen sei, was – anhand von Vergleichszahlen von einem Baukartell im F. \_\_\_\_\_ – auf das Kartell im K. \_\_\_\_\_ übertragen einem Schadensbetrag von mindestens CHF 18 Mio. entspreche. Damit wird hinreichend deutlich, dass es sich bei diesen Zahlen um eine Schätzung des Beschwerdegegners anhand von Vergleichszahlen und gerade nicht um einen behördlich festgestellten Betrag handelt (dies gilt auch für die Ausführungen in StA act. 3.8). Dies umso mehr auch deshalb, weil in diesem Zusammenhang klar festgehalten wird, laut G. \_\_\_\_\_, Vizedirektor der WEKO, habe die WEKO nicht eruieren können, um wie viel Geld die Bauherren durch die Absprachen geschädigt worden seien. Nichts anderes ergibt sich sodann aus dem Artikel auf Seite 3 der "E. \_\_\_\_\_ am Wochenende" vom 19. Mai 2018 (StA act. 3.7). Die dort gewählte Formulierung, wonach öffentliche und private Bauherren um mindestens einen tiefen zweistelligen Millionenbetrag geprellt worden sein "dürften" (!), weist klar aus, dass es sich um eine (vorläufige) Annahme bzw. einen Verdacht handelt (vgl. auch StA act. 3.16). Zudem wird – zum besseren Nachvollzug dieser Zahl – auf den Artikel vom Vormittag verwiesen, wo vom Beschwerdegegner dargelegt wurde, auf welche Weise er die Schadenssumme schätzte. Umso weniger findet sich die Aussage, dass die WEKO einen Schadensbetrag mindestens in tiefer zweistelliger Millionenhöhe festgestellt habe.

9.4.2. Die Beschwerdeführerin stört sich an der erwähnten Formulierung des Beschwerdegegners, wonach die WEKO nicht genau habe eruieren können, um wie viel Geld die Bauherren geschädigt worden seien. Damit werde den Lesern vorgegaukelt, die WEKO habe Abklärungen zum Schaden getroffen und tatsächlich Schäden in Millionenhöhe bei Bauherren festgestellt, nur das exakte Ausmass nicht genau bestimmen können (vgl. StA act. 3.1, S. 19). Dem kann so nicht gefolgt werden. Aus der zitierten Aussage im Zeitungsbericht lässt sich nicht ableiten, dass die WEKO Schäden in Millionenhöhe (behördlich) festgestellt hat. Die Aussage impliziert zwar in der Tat, dass die WEKO von Schäden ausgeht (diese jedoch nicht näher eruieren konnte und auch nicht musste [vgl. hierzu WEKO-Verfügung, S. 299]). Dies bestätigte denn auch G. \_\_\_\_\_, der Vizedirektor der WEKO, gegenüber dem Beschwerdegegner. In einer E-Mail vom 17. Mai 2018 – mithin einen Tag vor der Publikation des ersten vom Beschwerdegegner zu dieser Thematik verfassten Zeitungsbeitrages – führte G. \_\_\_\_\_ aus, die WEKO habe nicht feststellen können, wie viel die Preise infolge der festgestellten Abreden gestiegen seien und wie hoch folglich das Schadenspotential sei. Sodann gab G. \_\_\_\_\_ verschiedene Vergleichsgrössen wieder, darunter namentlich auch die im Zusammenhang mit dem F. \_\_\_\_\_ Baukartell festgestellten Preisveränderungen (vgl. StA act. 1.27). Sodann führte die WEKO in ihrer Medienmitteilung vom 4. Oktober 2016 (StA act. 1.26) aus, eine solche Zusammenarbeit zur Aufteilung von Submissionen mittels Preisabreden, wie sie in dem von ihr untersuchten Fall stattgefunden habe, sei "volkswirtschaftlich besonders schädlich". Schliesslich hielt auch die WEKO-Verfügung fest, dem von den am Kartell beteiligten Unternehmen gewählten Vorgehen sei "die Gefahr von Preiserhöhun-

gen inhärent" (S. 304) gewesen. All dies belegt, dass die WEKO von finanziellen Schäden zulasten der betroffenen Bauherren ausgeht, diese jedoch nicht näher abklärte, da dies nicht Gegenstand der kartellrechtlichen Untersuchung war. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint (vgl. StA act. 3.1, S. 17), ist dem Beschwerdegegner schliesslich auch nicht vorzuwerfen, wenn er ausführte, der Staat habe durch die Absprachen den grössten Schaden erlitten (vgl. StA act. 3.6). Denn es liegt auf der Hand, dass bei Preisabsprachen zwischen Strassen- und Tiefbauunternehmen die öffentliche Hand die grösste Auftraggeberin ist und dementsprechend auch den grössten finanziellen Schaden davonträgt. So hält denn auch die WEKO-Verfügung auf Seite 303 fest, auf den Marktklärungslisten seien "mehrerheitlich" öffentliche Bauprojekte aufgeführt gewesen. Im Übrigen ist nicht einzusehen, inwiefern eine allenfalls falsche Aufteilung der Schadenssumme auf die Kategorien "private Bauherrschaft"/"staatliche Bauherrschaft" wettbewerbsverzerrend sein könnte, solange es immerhin zutrifft, dass Bauherren aus beiden Kategorien geschädigt worden sind. Die Beschwerdeführerin legt dies denn auch nicht dar.

9.5.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die als behördliche Feststellungen ausgegebenen Vorwürfe von strafrechtlich relevantem Verhalten zu ihren Lasten ("Betrug") hätten in Wahrheit nie existiert. Die in den inkriminierten Publikationen als Grundlage angeführte WEKO-Verfügung sei verwaltungsrechtlicher Natur und befasse sich ausschliesslich mit wettbewerbswidrigem Verhalten. Die WEKO habe keinerlei strafrechtliche Feststellungen getroffen (KG act. A.1, S. 4). Sie sei nie im Zusammenhang mit Betrügereien in Millionenhöhe verurteilt worden, weshalb die fraglichen Tatsachenbehauptungen nicht zu beweisen und daher unwahr seien. Die publizierten Sachdarstellungen hätten die Öffentlichkeit grob in die Irre geführt, indem sie angeben würden, die behaupteten Verunglimpfungen des jahrelangen Betrugs in Millionenhöhe würden auf behördlichen – und damit belastbaren – Feststellungen beruhen. Somit sei sie als behördlich festgestellte Grossbetrügerin gebrandmarkt worden (KG act. A.1, S. 9).

9.5.2. Landläufig ist Betrug gleichzusetzen mit "Berschiss" (vgl. hierzu auch BGer 6S.340/2003 v. 4.6.2004 E. 3.2). Bei Begriffen, die zugleich auch einen (der Allgemeinheit bekannten) Straftatbestand umschreiben (i.c. Art. 146 StGB), ist jedoch eine gewisse Vorsicht geboten. Dies zeigt sich denn auch daran, dass der Vorwurf, jemand habe ein Verbrechen (i.c. Betrug) begangen, stets ehrenrührig ist (vgl. statt vieler BGE 132 IV 112 E. 2), was die Schwere der Rufschädigung hervorstreicht. Dies gilt zwar in erster Linie in Bezug auf Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB), kann jedoch auch im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang nicht völlig ausser Acht bleiben.

9.5.3. Im "E. \_\_\_\_\_"-Frontartikel vom 18. Mai 2018 (StA act. 3.4; wörtlich identisch auch in StA act. 3.8) wird in dieser Hinsicht zunächst ausgeführt, die WEKO-Verfügung lege das Ausmass des "Baubetrugs" frei. Damit wird – wohl bewusst – nicht gesagt, die WEKO habe einen Betrug festgestellt. Der Begriff "freilegen" ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass die WEKO-Verfügung die Tatsachen zu Tage gefördert hat, welche

auf einen Betrug schliessen lassen. Wenn jedoch mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass die betroffenen Bauherren durch die Preisabsprachen einen erheblichen finanziellen Schaden erlitten haben (vgl. dazu oben Erwägung 9.4), so liegt die Annahme eines Betruges gemäss wohl herrschender Lehre einigermassen nahe (vgl. hierzu die Nachweise bei H. \_\_\_\_\_, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, Bern 2015, S. 35 f. [insb. Fn. 211]). Eine strafrechtliche Verurteilung der in einem Kartell involvierten natürlichen Personen wegen Betruges gemäss Art. 146 StGB scheidet in der Regel nicht aus rechtlichen Gründen, sondern mangels rechtsgenügenden Nachweises des Vermögensschadens (BREMER, a.a.O., S. 35; vgl. ferner BVerfG A-6320/2014 v.23.8.2016 E. 8.8.2; STEFAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, N 151 zu Art. 146 StGB; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Kartellstrafrecht, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, § 21 Rz. 136 ff.). Jedenfalls ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, wenn ein juristischer Laie gegenüber einem breiten Publikum von einem "Baubetrug" spricht, zumal es diesen Straftatbestand – streng betrachtet – gar nicht gibt (sondern nur einen "Betrug").

9.6. Im Weiteren ist auch nichts gegen die Formulierung einzuwenden, dass die Bauherren "Opfer" (vgl. StA act. 3.7) von Preisabsprachen geworden seien. Im juristischen Sinne handelt es sich dabei zwar nicht um Opfer im eigentlichen Sinne (vgl. hierzu etwa Art. 116 StPO), sondern allenfalls um Geschädigte im Sinne von Art. 115 StPO, doch ist in der Alltagssprache Opfer gleichzusetzen mit "Geschädigtem" bzw. "Leidtragendem". Eine solche Formulierung kann bei Personen, die durch Preisabsprachen in ihrem Vermögen geschädigt worden sind, ohne Weiteres verwendet werden. Auch lässt sich nicht ernsthaft etwas dagegen einwenden, wenn in diesem Zusammenhang davon die Rede ist, dass die Bauherren "geprellt" (vgl. z.B. StA act. 3.7) worden seien, ist "prellen" doch synonym zu verstehen mit "betrügen" bzw. "um etwas bringen".

9.7.1. Die Beschwerdeführerin bringt zudem vor, die WEKO habe – wie üblich im Verwaltungsverfahren – keinerlei Bussen oder sonstige strafrechtliche Strafen ausgesprochen (KG act. A.1, S. 4), was aber in den Zeitungsberichten falsch dargestellt werde.

9.7.2. Gemäss Art. 49a KG in der seit dem Jahr 2004 geltenden Fassung werden im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren Verstösse mit der Belastung durch "Beträge" sanktioniert und nicht mit "Busse" geahndet. Dabei handelt es sich – wie dem Titel zum 6. Abschnitt des Kartellgesetzes (Art. 49a ff. KG) zu entnehmen ist – um "Verwaltungssanktionen". Die entsprechende Terminologie findet sich denn auch in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5).

9.7.3. Diese Unterscheidung ist jedoch – insbesondere auch für einen Durchschnittsleser – eher akademischer Natur. So ist zum einen das Verb "sanktionieren" im allgemeinen Sprachgebrauch gleichzusetzen mit "bestrafen". Sodann ist der Effekt von Beträgen im Sinne

von Art. 49a KG und Bussen (als pekuniärer Sanktion) letztlich derselbe: Es geht in beiden Fällen um die unfreiwillige Leistung eines Geldbetrages an den Staat infolge eines Gesetzesverstosses. In beiden Fällen geht es nicht um Schadenersatz, und auch der "Betrag" im Sinne von Art. 49a KG dürfte für denjenigen, der damit sanktioniert wird, als "Strafmassnahme" mit pönalem bzw. repressivem Charakter empfunden werden (vgl. hierzu auch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., § 21 Rz. 21). Diese Sichtweise wird durch die einschlägige kartellrechtliche Literatur bestätigt, werden doch auch dort Sanktionen gemäss Art. 49a KG als "*Bussen*" bzw. "*Geldbussen*" bezeichnet (vgl. etwa PATRICK L. KRAUSKOPF, in: Zäch et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, N 1 und 2 zu Art. 49a Abs. 1-2 KG; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 3.228; ferner auch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., § 21 N 21). Im Übrigen schrieb auch die WEKO in ihrer Medienmitteilung vom 4. Oktober 2016 (StA act. 1.26), dass gegenüber den betroffenen Bauunternehmen "*Bussen*" ausgesprochen worden seien. Auch in ihrer Verfügung vom 8. Juni 2016 verwendete die WEKO den Begriff zumindest teilweise (vgl. StA act. 3.14, Rz. 1137 und 1419). Wenn der Beschwerdegegner diese Terminologie übernimmt, kann ihm dies nicht zum Vorwurf gereichen.

9.7.4. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang weiter, im "E. \_\_\_\_\_"-Frontartikel vom 18. Mai 2018 (StA act. 3.4) werde ausgeführt, Preisabsprachen seien erst nach einer Revision des Schweizer Kartellgesetzes "*strafbar*" (vgl. StA act. 3.8). Es ist zwar richtig, dass die WEKO kein Strafverfahren durchgeführt und demnach auch kein im klassischen Sinne strafbares Verhalten geahndet hat. Denn beim von der WEKO durchgeführten Verfahren handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren und die von ihr ausgesprochenen Sanktionen sind an sich verwaltungsrechtlicher Natur. Insofern wäre es wohl unverfänglicher davon zu sprechen, dass Preisabsprachen "sanktionsbewehrt" seien, doch ist dies ein Begriff, der in der Umgangssprache kaum geläufig ist. Da den (pekuniären) Sanktionen des Kartellgesetzes durchaus ein pönaler Charakter zukommt, hält es vor Art. 3 UWG stand, wenn in einem an die allgemeine Leserschaft gerichteten Zeitungsbeitrag von strafbarem Verhalten gesprochen wird. So hielt auch das Bundesgericht fest, die Massnahme nach Art. 49a KG zeichne sich durch den ihr zugeschriebenen abschreckenden sowie vergeltenden Charakter und eine die Schwere des Vergehens belegende erhebliche Sanktionsdrohung aus, die zur Auferlegung einer finanziellen Belastung in der Höhe von etlichen Millionen Franken führen könne. Unabhängig davon, dass die Massnahme ihre Grundlage im Kartell- und nicht im (Kern-)Strafrecht fände, verfüge sie daher über einen strafrechtlichen bzw. "strafrechtsähnlichen" Charakter (BGE 139 I 72 E. 2.2.2). Dem pflichtet die inzwischen herrschende Lehre bei (vgl. die Nachweise bei NIGGLI/RIEDO, a.a.O., § 21 N 15 ff. [insb. Fn. 30]). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der EGMR nach Massgabe der sog. Engel-Kriterien entschied, eine von den italienischen Kartellbehörden verhängte Kartellrechtsbusse von EUR 6 Mio. habe strafrechtlichen Charakter

(vgl. die Nachweise bei KRAUSKOPF, a.a.O., N 9 zu Art. 49a Abs. 1-2 KG).

9.8.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die WEKO habe ihr ausdrücklich keine "*Führungsrolle*", sondern lediglich eine administrative Funktion zugeschrieben (KG act. A.1, S. 4 und 10).

9.8.2. Der beanstandeten Medienberichterstattung ist indes nirgends die ausdrückliche Aussage zu entnehmen, der Beschwerdeführerin sei bei den Preisabsprachen eine Führungsrolle zugekommen. Dies gesteht implizit auch die Beschwerdeführerin selbst ein, indem sie die genannte Rolle aus der "*gesamten Aufmachung*" (KG act. A.4, S. 7) der Berichterstattung ableiten will, namentlich aufgrund der konsequenten Erstnennung der Beschwerdeführerin, der Verwendung unautorisierter Bilder von beschrifteten Baumaschinen und erkennbaren Mitarbeiterin von ihr.

9.8.3. Zur Rolle der Beschwerdeführerin bei den Preisabsprachen hielt die WEKO fest, sie habe regelmässig Einladungs- und Absage-E-Mails an die anderen sieben Unternehmen versendet (WEKO-Verfügung, S. 108). Sie sei für die Erstellung, Aktualisierung und den Versand der sogenannten "MA-Listen" zuständig gewesen. Es habe keinen besonderen Grund gegeben, weshalb dies die Beschwerdeführerin übernommen habe; die Führung und Versendung der MA-Listen hätte genauso gut ein anderes beteiligtes Unternehmen übernehmen können. In beweismässiger Hinsicht sei somit erstellt, dass die Beschwerdeführerin die MA-Listen im genannten Sinne verwaltet habe (WEKO-Verfügung, S. 150). Es sei jedoch für keines der acht Unternehmen eine führende oder anstiftende Rolle anzunehmen. Dies gelte insbesondere auch für die Beschwerdeführerin, obwohl sie Listenführerin gewesen sei. Denn die Beschwerdeführerin habe damit lediglich eine administrative Rolle gehabt, welche sie im Namen und Interesse aller acht Unternehmen wahrgenommen habe (WEKO-Verfügung, S. 373).

9.8.4. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn der Beschwerdegegner ausführte, die Einladungen zu den Sitzungen habe stets die Beschwerdeführerin versandt, welche im Kartell die Sekretariatsfunktion übernommen habe (vgl. StA act. 3.5). Denn damit ist nicht gesagt, dass der Beschwerdeführerin eine Führungsrolle zugekommen wäre. Dass ihr dabei bis zu einem gewissen Grad eine – bei den übrigen Unternehmen nicht vorhandene – "Sonderrolle" mit spezifischen Aufgaben zukam, deckt sich im Übrigen mit den wiedergegebenen Feststellungen der WEKO. Daran ändert nichts, dass die administrativen Aufgaben der Beschwerdeführerin auch ein anderes Unternehmen hätte übernehmen können. Denn massgebend sind nicht die denkbaren Alternativen, sondern die tatsächlichen Geschehnisse.

9.8.5. Die Beschwerdeführerin stört sich sodann daran, dass sie bei der Auflistung der involvierten Bauunternehmen in mehreren Fällen an erster Stelle genannt worden sei. Dies ist zwar grundsätzlich zutreffend (vgl. z.B. StA act. 3.5, act. 3.7 und act. 3.8); daraus lässt sich jedoch nicht zwingend die Zuschreibung einer Führungsrolle der Beschwerdeführerin ableiten. So wäre an sich auch denkbar, dass die Unternehmen in alphabetischer



Reihenfolge oder unter chronologischen Gesichtspunkten aufgezählt werden. Was Letzteres betrifft, gilt denn auch zu beachten, dass die Beschwerdeführerin – zusammen mit der I. \_\_\_\_\_ – offenbar am längsten in die Preisabsprachen involviert war (vgl. hierzu auch WEKO-Verfügung, S. 68; ferner StA act. 1.18, S. 2; StA act. 1.27). Im Übrigen hat auch die WEKO in ihrer Medienmitteilung vom 4. Oktober 2016 die Beschwerdeführerin als erstes der in die Preisabsprachen involvierten Unternehmen genannt (vgl. StA act. 1.26). Dafür dürfte die WEKO wohl ihre Gründe gehabt haben, erfolgte doch die Aufzählung nicht in alphabetischer Reihenfolge (vgl. etwa WEKO-Verfügung, S. 206, wo die Beschwerdeführerin zu den drei "grossen" der acht beteiligten Unternehmen gezählt wird). Jedenfalls kann vor diesem Hintergrund dem Beschwerdegegner kein Vorwurf gemacht werden, wenn und soweit er die Beschwerdeführerin ebenfalls an erster Stelle angeführt hat.

9.8.6. Was den Vorwurf der unautorisierten Verwendung von beschrifteten Baumaschinen und erkennbaren Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin betrifft, so ist diesbezüglich vorab klarzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht etwa datenschutz- oder persönlichkeitsrechtliche Gründe dagegen anführt, sondern die Auswahl des Bildmaterials als Beleg dafür sieht, dass der Beschwerdegegner ihr eine "Führungsrolle" zugeschrieben habe. Beim Durchschnittsleser dürfte ein solcher Eindruck jedoch nicht entstanden sein. Es kann zwar in der Tat festgestellt werden, dass das bei der Berichterstattung verwendete Bildmaterial mehrheitlich Baumaschinen der Beschwerdeführerin zeigt. Die Beschriftung der Baumaschinen mit dem Namen der Beschwerdeführerin steht dabei jedoch nicht im Vordergrund; gelegentlich ist sie sogar nur knapp zu erkennen (vgl. z.B. StA act. 3.15). Für den Artikel auf Seite 3 der "E. \_\_\_\_\_" vom 18. Mai 2018 (StA act. 3.5) wurde zwar ein Bild verwendet, das eine Baumaschine der Beschwerdeführerin zeigt. Allerdings wurde das Bild mit folgendem Text versehen: *"Führte das Sekretariat: Die Firma A. \_\_\_\_\_ AG lud zu den Preisabsprachen ein und hielt die Listen à jour"*. Insofern ergibt es durchaus Sinn, dass ein Bild der Beschwerdeführerin verwendet wurde; jedenfalls wird mit dem wiedergegebenen Text zum Bild klargestellt, welche Funktion die Beschwerdeführerin bei den Preisabsprachen hatte – nämlich eine administrative Rolle. Im Gesamtzusammenhang – insbesondere im Verbund mit dem Bildbeschrieb – erweckt das Bild daher nicht den Eindruck, der Beschwerdeführerin sei im Kartell eine Führungsrolle zugekommen. Die Bildauswahl dürfte vielmehr im Zusammenhang mit der zuvor beschriebenen "Sonderrolle" der Beschwerdeführerin gestanden haben. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass für den Artikel in der "E. \_\_\_\_\_ am Sonntag" vom 19. Mai 2018 (StA act. 3.7) ein Foto verwendet wurde, auf dem eine Baumaschine mit der Aufschrift "B. \_\_\_\_\_" zu sehen ist (so wohl auch in StA act. 3.16). Insgesamt kann daher nicht gesagt werden, die für die (gesamte) Berichterstattung verwendete Bildauswahl habe beim Durchschnittsleser den tatsachenwidrigen Eindruck entstehen lassen, dass der Beschwerdeführerin bei den Preisabsprachen eine Führungsrolle zugekommen sei. Die Bildauswahl lässt sich viel eher mit der (administrativen) "Sonderrolle" der Beschwerdeführerin erklären.

10. Vor dem Hintergrund des Gesagten ist festzuhalten, dass die Berichterstattung des Beschwerdegegners über das Baukartell im K. \_\_\_\_\_ bzw. über die darin involvierte Beschwerdeführerin weder unrichtig noch unnötig verletzend war. Indem sich die Berichterstattung über einen Zeitraum von bloss zwei Tagen erstreckte, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht von einer orchestrierten Medienkampagne gesprochen werden. Umso weniger ging es um eine gezielte bzw. zugespitzte Herabsetzung (bloss) der Beschwerdeführerin, wurden doch stets alle acht beteiligten Unternehmen genannt. Dass auf die Beteiligung der Beschwerdeführerin bisweilen gesondert eingegangen wurde, ist angesichts der Feststellungen der WEKO zur beschriebenen "Sonderrolle" der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden. Damit kann festgehalten werden, dass die vom Beschwerdegegner verfassten Zeitungsartikel (mitsamt der Bildauswahl) zum Baukartell im K. \_\_\_\_\_ eindeutig nicht unlauter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG sind, mithin zweifelsfrei kein Straftatbestand erfüllt ist (Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO). Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren gegen den Beschwerdegegner daher im Ergebnis zu Recht eingestellt, weshalb die dagegen gerichtete Beschwerde abzuweisen ist.

11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). In Anwendung von Art. 8 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Strafverfahren (VGS; BR 350.201) werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens vorliegend auf CHF 3'000.00 festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

12.1. Für die Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren verweist Art. 436 Abs. 1 StPO auf die Art. 429-434 StPO. Die Beschwerdeführerin unterliegt im vorliegenden, ausschliesslich von ihr initiierten Beschwerdeverfahren vollständig und ist gemäss der Praxis des Kantonsgerichts deshalb in analoger Anwendung von Art. 432 Abs. 1 StPO zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für seine anwaltlichen Umtriebe im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (vgl. u.a. KGer GR SK2 14 7 v. 15.7.2014 E. 8 m.w.H.; ferner BGer 6B\_1125/2013 v. 26.6.2014 E. 4.2, und 6B\_841/2013 v. 19.5.2014 E. 3.3.1).

12.2. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners macht einen Arbeitsaufwand von 9.7 Stunden à CHF 260.00 pro Stunde, insgesamt CHF 2'726.20 (inkl. Barauslagen in Höhe von CHF 9.30 und 7.7% MwSt.) geltend (KG act. G.1). Dieser Aufwand erscheint mit Blick auf die sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als angemessen. Angesichts der eingereichten Honorarvereinbarung (StA act. 1.13) ist auch der veranschlagte Stundenansatz in Höhe von CHF 260.00 nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin wird daher verpflichtet, den Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'726.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) ausseramtlich zu entschädigen.

#### **Demnach wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'000.00 gehen zulasten der A. \_\_\_\_\_ AG.



---

3. Die A. \_\_\_\_\_ AG hat C. \_\_\_\_\_ für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'726.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) ausseramtlich zu entschädigen.

4. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 78 ff. BGG Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht geführt werden. Die Beschwerde ist dem Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, schriftlich innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfer-

tigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 78 ff. und 90 ff. BGG.

5. Mitteilung an [...]

---

**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	<b>T</b>	
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
<b>P</b>		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)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>S</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 571, 578 f.
  - abgestimmte Verhaltensweise 570 ff., 577, 579 ff., 584
  - Abrede 425, 433 ff., 438, 497, 504, 524, 559, 561, 563, 567, 569 ff., 589, 591
  - Acquiring -
  - Anhörung 306, 320, 412 f., 545
  - Apotheker/innen 569, 577, 582
  - Ärzte(-Verband) 408, 569 f., 576 ff., 580 ff.
- B**
- Banken -
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
  - Domestic Interchange Fee 383
- E**
- Effizienzgründe -
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 308, 314 f., 329, 376, 401, 542, 548, 550, 552, 565
  - Erheblichkeit 580 f.
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte 537, 544
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 383
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 328, 480, 482 f., 487, 491, 493
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 309, 328, 402, 411, 424 f., 457, 483, 501, 505, 511, 524, 543
  - Koppelungsgeschäft 320
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer -
  - Kreditkarten 476
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
  - marktbeherrschende Stellung 306 ff., 313, 319, 325, 329 ff., 351, 376, 380, 382 ff., 391 ff., 401, 420, 426, 428, 430, 432 f., 435, 437, 439, 452, 457, 478, 480 ff., 485, 487, 493, 495, 498 ff., 502, 506, 510 f., 515, 520 f., 524, 528, 542, 552, 561
  - Marktgegenseite 325 f., 340, 351, 385, 416, 426 f., 443, 445, 453 f., 482, 492, 494, 499, 507 f., 513 f.
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 333, 474, 483, 485
  - Marktzutrittsschranken 325, 328, 359, 376, 385, 492
  - Meldepflicht 383, 425 f., 439, 496, 498 f., 506, 521, 527
  - Missbrauch 331, 382, 391 ff., 485, 561, 587
- N**
- Netzwerk 440, 443 f., 446 f., 449 ff., 456, 462, 465, 467, 469 f., 474 ff., 483 ff., 487 ff., 504, 512
  - Netzwerkkosten 443
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 482, 571, 578 f.
  - potenzieller Wettbewerb 474 f., 487
  - Preisabrede 574, 579, 581, 583, 591
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 557 f.
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 563, 569, 580, 590, 592 f.
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 559, 562 ff., 588 f., 591

Submissionskartell 564

**T**

Tarife 492, 530, 532

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 306, 308, 310 ff., 318 ff., 334, 336, 338,  
340 ff., 344 ff., 362, 370 ff., 384, 390, 394 f., 401, 404,  
408 f. 411 f., 414, 416 f., 421 f., 442, 512, 542, 544 ff.,  
552 ff., 556 ff., 567, 569, 574, 577, 586, 589, 592

unzulässige Wettbewerbsabrede 569 f., 580

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 409, 586, 590

Verschulden 584

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 324, 413, 439, 498, 506, 569

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X**

**Y**

**Z**

Zahlungsmittel 476

zweiseitige Märkte 454