



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6. Dezember 2022

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

32-0272: Assortiments

wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

[Version für die Publikation im Internet: Diese Version kann von der zu einem späteren Zeitpunkt in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW/DPC) zu veröffentlichenden Version abweichen.]

Inhaltsverzeichnis

A	Gegenstand der Vorabklärung	4
B	Sachverhalt	4
B.1	Vorgeschichte	4
B.1.1	Vorabklärung i.S. Assortiments 2002–2005	4
B.1.2	Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013	4
B.1.3	Anzeigen von Ende 2013/Anfang 2014	7
B.1.4	Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020	7
B.2	Eröffnung und Durchführung einer Vorabklärung	8
B.3	Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung	9
B.3.1	Adressatin der Vorabklärung	9
B.3.2	Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox in der Uhrenindustrie	10
B.3.2.1	Tätigkeit von Nivarox	10
B.3.2.2	Produktion und Verkauf von Assortiments	10
B.3.2.3	Kundschaft von Nivarox	13
B.3.2.4	Angaben zu Umsätzen von Nivarox	16
B.3.2.5	Produktionsmengen	17
B.3.2.6	Alternative Herstellerinnen von Assortiments (Konkurrenzsituation)	18
B.3.3	Umsetzung der Absichtserklärung	22
B.3.3.1	Maximalen Liefermengen pro Drittkundin	22
B.3.3.1.1.	Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin	22
B.3.3.1.2.	Anwendung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin	23
B.3.3.2	(Keine) Lieferung anderer Produkte	24
B.3.3.3	(Keine) Aufnahme neuer Drittkundinnen	25
B.3.3.4	(Verzögerte) Lieferung von Assortiments für das [...]	26
B.3.3.5	Verteilung der freigewordenen Mehrmenge 2020	26
B.3.3.6	Preiserhöhungen	27
B.3.3.7	Bestellmodalitäten	28
B.3.4	Auswirkungen der Absichtserklärung und ihrer Umsetzung	29
B.3.5	Zwischenergebnis zum Sachverhalt	31
C	Erwägungen	32
C.1	Geltungsbereich	33
C.2	Keine vorbehaltenen Vorschriften	33
C.3	Kein Vertrauensschutz	34
C.4	Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens	35
C.4.1	Marktbeherrschende Stellung	35
C.4.1.1	Relevanter Markt	36
C.4.1.1.1.	Marktgegenseite	36
C.4.1.1.2.	Sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt	37
C.4.1.1.3.	Zwischenfazit zum relevanten Markt	39
C.4.1.2	Marktstellung	39

C.4.1.2.1.	Indizienwirkung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung	40
C.4.1.2.2.	Aktueller Wettbewerb	40
C.4.1.2.3.	Potentieller Wettbewerb	42
C.4.1.2.4.	Nachfragemacht der Marktgegenseite	43
C.4.1.2.5.	Zwischenfazit.....	43
C.4.2	Unzulässige Verhaltensweisen	44
C.4.2.1	Allgemeines	44
C.4.2.2	Im Fokus stehende Verhaltensweisen	45
C.4.2.3	Einschränkung des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)	46
C.4.2.3.1.	Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung.....	46
C.4.2.3.2.	Wettbewerbsbehinderung.....	48
C.4.2.3.3.	Sachliche Gründe	49
C.4.2.3.4.	Zwischenfazit.....	53
C.4.2.4	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG).....	53
C.4.2.4.1.	Geschäftsverweigerung.....	54
C.4.2.4.2.	Von der Verweigerung betroffener Input	54
C.4.2.4.3.	Zwischenfazit.....	55
C.4.2.5	Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).....	55
C.4.2.5.1.	Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen	56
C.4.2.5.2.	Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen	56
C.4.2.5.3.	Zwischenfazit.....	58
C.4.2.6	Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)	58
C.4.2.6.1.	Ungleichbehandlung.....	59
C.4.2.6.2.	Handelspartner	60
C.4.2.6.3.	Wettbewerbsbehinderung.....	60
C.4.2.6.4.	Sachliche Gründe	61
C.4.2.6.5.	Zwischenfazit.....	62
C.4.3	Ergebnis.....	62
D	Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG.....	64
E	Kosten	64
F	Schlussfolgerungen	65

A Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand dieser Vorabklärung bildet die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die seit Ende 2013 etablierte Belieferungs- und Preissetzungspraxis der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox), eine Tochtergesellschaft der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group), als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG¹ zu qualifizieren ist. Im Fokus stehen dabei die mutmassliche systematische Deckelung bzw. Beschränkung der Liefermengen und der Auswahl der beziehbaren Produkte für konzernexterne Kundinnen und Kunden (nachfolgend auch: Drittkundinnen) sowie allfällige missbräuchliche Preiserhöhungen durch Nivarox seit 2014 (vgl. auch unten Rz 21).

B Sachverhalt

B.1 Vorgeschichte

B.1.1 Vorabklärung i.S. Assortiments 2002–2005

2. Im Jahr 2002 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) gegen Nivarox eine Vorabklärung.² Gegenstand dieser Vorabklärung war die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox die Lieferung von Assortiments an die Lieferung von sog. Ebauches durch die Swatch Group-Tochtergesellschaft ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) gekoppelt sowie Auslieferungen unzulässig verzögert und hierdurch eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.³

3. Das Sekretariat kam in dieser Vorabklärung zum Ergebnis, dass zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox bestanden.⁴ Indes lagen keine Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten von Nivarox vor. Zwar hatten vereinzelt Koppelungen stattgefunden.⁵ Allerdings war nicht ersichtlich, dass es solche ab 2004 noch gegeben hat.⁶ Auch lagen sachliche Gründe für einzelne Lieferverzögerungen vor und ab dem Jahr 2003 waren überhaupt keine vergleichbaren Lieferverzögerungen mehr zu beanstanden.⁷ Das Sekretariat stellte die Vorabklärung daher im Jahr 2005 ein.

B.1.2 Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013

4. Ende des Jahres 2009 informierte Swatch Group über ihre Absicht, konzernexterne Kundinnen und Kunden künftig nicht mehr mit Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerken der Swatch Group-Tochtergesellschaft ETA sowie Assortiments von Nivarox zu beliefern.⁸ Konkret plante Swatch Group ursprünglich, die Belieferung von konzernexternen

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. RPW 2006/1, 51 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

³ Vgl. RPW 2006/1, 51 f. Rz 1 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁴ Vgl. RPW 2006/1, 53 ff. Rz 25 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵ Vgl. RPW 2006/1, 56 Rz 64, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁶ Vgl. RPW 2006/1, 56 Rz 64, 57 Rz 69, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁷ Vgl. RPW 2006/1, 56 f. Rz 65 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁸ RPW 2014/1, 216 f. Rz 9 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

Kundinnen und Kunden mit ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenige mit Nivarox-Produkten bis Ende des Jahres 2014 einzustellen.⁹

5. Das Sekretariat eröffnete daher im Juni 2011 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Untersuchung «Swatch Group Lieferstopp». Als Ergebnis dieser Untersuchung stellte die WEKO in ihrem Entscheid vom 21. Oktober 2013 fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke und Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments marktbeherrschend sind i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG.¹⁰ Die WEKO ging mit Blick auf die marktbeherrschenden Stellungen der beiden Swatch Group-Gesellschaften davon aus, dass die Einstellung der Lieferungen von mechanischen Uhrwerken bis Ende 2012 und diejenige von Assortiments bis Ende 2014 als missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. a KG zu qualifizieren seien. Für die WEKO stand fest, dass der ursprünglich von Swatch Group geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertiguhren stark behindere, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen seien.¹¹

6. Im Entscheid vom 21. Oktober 2013 hielt die WEKO jedoch auch fest, dass mittel- bis langfristig aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werde und weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Uhrwerke tätig sein würden. Bis dahin sei sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke an Drittkundinnen liefere.¹² Vor diesem Hintergrund genehmigte die WEKO mit dem Entscheid vom 21. Oktober 2013 eine zwischen dem Sekretariat und Swatch Group zuvor geschlossene einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR), welche eine Lieferverpflichtung für ETA betreffend mechanische Uhrwerke gegenüber ihren bisherigen konzernexternen Kundinnen und Kunden vorsah (für den Zeitraum 2014–2019), wobei die Lieferungen im Geltungszeitraum gleichzeitig schrittweise reduziert werden mussten («Phasing out»). Ab Januar 2020 sollte keine Lieferpflicht und keine Lieferbeschränkung der ETA mehr bestehen.

7. Einer schrittweisen Reduktion der Belieferung von konzernexternen Kundinnen und Kunden mit Nivarox-Assortiments, wie sie Gegenstand der ersten zwischen Swatch Group und dem Sekretariat geschlossenen evR gewesen war,¹³ erteilte die WEKO hingegen eine Absage.¹⁴ Denn durch ein derartiges «Phasing-Out» im Bereich Assortiments hätte die marktbeherrschende Nivarox den Wettbewerb auf dem Markt für Fertiguhren zugunsten der Uhrenmarken von Swatch Group stark behindert und auf dem Markt für mechanische in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke zugunsten der ETA weitgehend beseitigt.¹⁵ Die WEKO hielt daher in Bezug auf Nivarox fest, dass hier der status quo ante gelte, wonach die marktbeherrschende Nivarox weiterhin ihre Kundinnen und Kunden im Rahmen ihrer Kapazitäten beliefern müsse.¹⁶

8. Kurz vor dem Erlass des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 hatte Swatch Group eine Absichtserklärung betreffend die Lieferungen von Assortiments und die Beurteilung eines

⁹ RPW 2014/1, 216 Rz 5, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁰ Vgl. RPW 2014/1, 252 Rz 281, 285 Dispositiv-Ziff. 1 und 2, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹ Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 401, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹² Vgl. RPW 2014/1, 266 Rz 402, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹³ RPW 2014/1, 266 ff. Rz 402 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁴ Vgl. RPW 2014/1, 259 ff. Rz 340 ff., 280 Rz 476 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁵ Vgl. nur RPW 2014/1, 263 Rz 373, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁶ RPW 2014/1, 283 Rz 484, *Swatch Group Lieferstopp*.

Phasing-Outs ab Anfang 2019 eingereicht (nachfolgend: Absichtserklärung).¹⁷ Der Wortlaut dieser Absichtserklärung lautete wie folgt:

Die Swatch Group ist bereit, die bisherigen Kunden der Nivarox-Far S.A. («Nivarox») ausserhalb der Swatch Group während einer Periode von 5 (fünf) Jahren, d.h. bis Ende 2018 weiterhin mit Assortiments für deren eigene Bedürfnisse zu beliefern.

Die Lieferverpflichtung bezieht sich auf diejenigen Produkte, welche die Kunden von Nivarox bisher bezogen haben. Die jährliche Liefermenge entspricht maximal dem Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 gelieferten Mengen.

Die Belieferung erfolgt unter der Bedingung, dass feste Bestellungen für jedes Jahr bis spätestens 12 Monate im Voraus, d.h. für 2015 bis zum 31.12.2013 platziert worden sind. Für 2014 sind die Bestellungen unmittelbar nach dem Entscheid der WEKO zu platzieren.

Als weitere Bedingung soll jeweils mit der festen Bestellung eine unverbindliche Vorschau auf das Folgejahr abgegeben werden, um Nivarox die Planung zu erleichtern.

Die Lieferzusage auf 5 Jahre und die damit verbundene Aufrechterhaltung von Kapazitäten für eine bestimmte Technologie bedeutet für Nivarox unternehmerische Risiken und Kosten. Dieser Situation sowie der Erhöhung der Kosten der letzten vier Jahre, welche nicht ausgeglichen worden ist (Personalkosten, Materialkosten, Energie, etc.), wird mit einer Erhöhung der Preise um 15 % für 2014 Rechnung getragen. Weitere Erhöhungen der Preise werden künftigen zusätzlichen Kosten vorbehalten.

Swatch Group beabsichtigt Mitte 2016 mit der WEKO Verhandlungen betreffend einen stufenweisen Abbau der Lieferungen der Nivarox aufzunehmen, mit dem Ziel, bis Mitte 2018 eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission diesbezüglich abzuschliessen.

9. Zu dieser Absichtserklärung hielt die WEKO im Entscheid vom 21. Oktober 2013 fest, dass es sich um eine einseitige Erklärung von Swatch Group handle, welche lediglich zur Kenntnis genommen werde.¹⁸ Weder die WEKO noch das Sekretariat hätten die Absichtserklärung inhaltlich auf ihre Wettbewerbskonformität hin geprüft oder diese (direkt oder indirekt) gutgeheissen. Die Wettbewerbsbehörden würden somit frei bleiben und sich explizit vorbehalten, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen. Bezogen auf die von Swatch Group erwähnten künftigen Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments stehe es Swatch Group jederzeit frei, mit dem Sekretariat Kontakt aufzunehmen, wenn es die Marktverhältnisse nahelegen würden. Dies könne etwa je nach Ergebnis des damals hängigen Patentrechtsstreits über die Verwendung von Silizium-Spiralen als wichtigen Bestandteil von Assortiments der Fall sein.¹⁹

10. Gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Bis zum 6. Dezember 2022 kontaktierte Swatch Group die Wettbewerbsbehörden nicht betreffend ein Phasing-Out für Assortiments und beantragte

¹⁷ RPW 2014/1, 283 Rz 485, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden: RPW 2014/1, 283 Rz 488 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹ Vgl. zum Patentrechtsstreit: RPW 2014/1, 244 Rz 238 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

auch nicht die Wiedererwägung bzw. Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox.

B.1.3 Anzeigen von Ende 2013/Anfang 2014

11. Mit Schreiben vom 5. November 2013 teilte Nivarox ihren bisherigen Kundinnen und Kunden mit Blick auf die Absichtserklärung mit, dass Nivarox bereit sei, ihren Kunden im Zeitraum 2014–2018 die bisher gelieferten Produkte zu liefern, die maximale jährliche individuelle Liefermenge dem Durchschnitt der an das betreffende Unternehmen im Zeitraum 2009–2011 gelieferten Mengen entspreche, die Bestellung mindestens zwölf Monate im Voraus platziert werden müsse und für das darauffolgende Jahr ein unverbindlicher Plan der Bestellung eingereicht werden müsse. Gleichzeitig informierte Nivarox über eine Preiserhöhung in Höhe von 15 % auf den 1. Januar 2014.²⁰

12. Diese Nivarox-Mitteilung zeigten die Manufacture La Joux-Perret SA (nachfolgend: LJP) sowie die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) Ende 2013 bzw. Anfang 2014 bei den Wettbewerbsbehörden an.²¹ Die beiden Unternehmen führten dazu aus, die Begrenzung der individuellen Liefermengen und der bei Nivarox beziehbaren Produkte auf solche Assortiments, welche im Zeitraum 2009–2011 bezogen worden waren, die Zusage der Belieferung einzig bis 2018 sowie die angekündigte Preiserhöhung würden gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 verstossen.

13. Die Wettbewerbsbehörden prüften die Vorbringen und die WEKO teilte Anfang 2014 mit, dass betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung einstweilen kein (Sanktions-)Verfahren eröffnet werde und allfällige Ansprüche gegen Nivarox gemäss Art. 12 KG auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden könnten.²² Zur Begründung verwies die WEKO zum einen darauf, dass das Dispositiv des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 keine konkreten Verhaltenspflichten in Bezug auf die Belieferung von Drittkundinnen mit Nivarox-Assortiments vorsehe, gegen welche Swatch Group bzw. Nivarox durch das von Nivarox angekündigte Verhalten verstossen könnte. Zum anderen sei von Seiten der anzeigenden Unternehmen nicht hinreichend substantiiert worden, ob und inwiefern die von Nivarox angekündigte Umsetzung der Absichtserklärung zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen führen könne.

14. Swatch Group und Nivarox wurden über die vorgenannten Anzeigen und die Stellungnahme der WEKO nicht informiert.

B.1.4 Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020

15. Gestützt auf Anhaltspunkte, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken bedienen zu können, eröffnete das Sekretariat am 13. November 2018 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO das Wiedererwägungsverfahren. «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung». Im Rahmen dieses Verfahrens wurde geprüft, ob die gemäss der WEKO-Verfügung vom 21. Oktober 2013 bestehende Lieferpflicht und -Beschränkung der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen können.²³

²⁰ Act. 27.1.

²¹ Act. 27.2, 27.3.

²² Act. 27.4, 27.5.

²³ RPW 2021/2, 311 Rz 13, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

16. Obwohl Gegenstand des Wiedererwägungsverfahrens das Verhalten von ETA war, erhob Sellita in diesem Verfahren auch Vorwürfe gegen Swatch Group bzw. Nivarox betreffend den Bereich Assortiments.²⁴ Namentlich zeigte sie an, dass die angeblich marktbeherrschende Nivarox seit 2014 Anfragen von Sellita auf Lieferung von mehr Assortiments als es dem Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 an Sellita gelieferten Liefermengen entsprochen hätte sowie auf Lieferung von anderen als den im Zeitraum von 2009–2011 von Sellita bezogenen Assortiments wiederholt und systematisch nicht erfüllt habe, dass Nivarox ihre Preise wiederholt ungerechtfertigt erhöht habe und dass Nivarox zudem einen schikanösen Bestellprozess etabliert habe.²⁵ Hierzu reichte sie verschiedene Dokumente ein.²⁶

17. Nach Ansicht des Sekretariats lagen die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox ausserhalb des Gegenstands des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», weshalb das Sekretariat der Sellita mitteilte, im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens nicht auf diese Vorwürfe eintreten zu wollen. Das Sekretariat erwäge jedoch, diesbezüglich ein gesondertes Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen.²⁷

18. Die WEKO entschied mit Verfügung vom 13. Juli 2020, dass die Lieferpflichten und -Beschränkungen der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen dürfen.²⁸ Auf die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox trat sie hingegen nicht ein, da diese auch nach Ansicht der WEKO ausserhalb des Gegenstandes des Wiedererwägungsverfahrens lagen.²⁹

19. Gegen den WEKO-Entscheid vom 13. Juli 2020 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Es ist derzeit unklar, ob Swatch Group bzw. ETA seit Anfang 2020 noch Drittkundinnen mit mechanischen ETA-Uhrwerken beliefert³⁰ oder ob ETA ihre Uhrwerke ausschliesslich konzernintern an die Uhrenmarken von Swatch Group absetzt.

B.2 Eröffnung und Durchführung einer Vorabklärung

20. Nach dem Abschluss des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» prüfte das Sekretariat sämtliche ihm vorliegende Vorwürfe gegen Nivarox und entschied, die vorliegende Vorabklärung zu eröffnen.

21. Mittels der vorliegenden Vorabklärung sollte geprüft werden, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Swatch Group bzw. Nivarox durch ihre konkrete Belieferungs- und Preissetzungspraxis seit 2014 ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Assortiments gemäss Art. 7 KG missbraucht hat. Wie erläutert, stehen im Fokus der Vorabklärung die mutmassliche systematische Deckelung bzw. Beschränkung der Liefermengen und der Auswahl der beziehbaren Produkte für Drittkundinnen gemäss der Absichtserklärung von Ende 2013 (s.o. Rz 8) sowie allfällige missbräuchliche Preiserhöhungen durch Nivarox.³¹

²⁴ Vgl. RPW 2021/3, 313 ff. Rz 26 ff., 321 f. 56 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵ Vgl. Act. 27.6–27.8.

²⁶ Siehe Nachweise in Fn 25.

²⁷ Vgl. RPW 2021/3, 316 Rz 30, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁸ RPW 2021/2, 306 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁹ RPW 2021/2, 321 f. Rz 56 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³⁰ Vgl. dazu etwa RPW 2021/2, 415 Rz 107, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen*.

³¹ Vgl. Act. 1.

22. Das Sekretariat informierte Swatch Group mit Schreiben vom 19. Mai 2021 über die Eröffnung der Vorabklärung und gab ihr Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen und das dem Schreiben beiliegende Auskunftsbegehren zu beantworten.³² Swatch Group reichte im September 2021 innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme und Antworten auf das Auskunftsbegehren ein.³³ Auf den Inhalt der Stellungnahme und die Antworten von Swatch Group wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

23. Mit Schreiben vom 30. Juli 2021 bat das Sekretariat auch Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken,³⁴ um Beantwortung eines Auskunftsbegehrens.³⁵ Sellita reichte im Oktober 2021 innert erstreckter Frist ihre Antworten auf das Auskunftsbegehren sowie eine ergänzende Stellungnahme ein.³⁶ Auf den Inhalt der Antworten von Sellita und der ergänzenden Stellungnahme wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

24. Das Sekretariat zog für die vorliegende Vorabklärung verschiedene Akten aus der Untersuchung «Swatch Group Lieferstopp» sowie dem Wiedererwägungsverfahren «Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» bei.³⁷ Auf den Inhalt dieser Akten wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

25. Am 6. Dezember 2022 entschied das Sekretariat, die Vorabklärung aus Verhältnismässigkeitsgründen und unter Anregung von Massnahmen zur Verhinderung von allfälligen künftigen Wettbewerbsbeschränkungen einzustellen. Dies begründet sich wie folgt.

B.3 Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung

26. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Erkenntnisse zum Sachverhalt. Diese gliedern sich wie folgt: Nachdem zunächst die Adressatin der Vorabklärung beschrieben wird (vgl. Rz 27 f.), wird nachfolgend auf die Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox für die Uhrenindustrie eingegangen (vgl. Rz 29 ff.). Anschliessend wird dargestellt, wie Nivarox die Absichtserklärung (vgl. oben Rz 8) seit 2014 umgesetzt hat (vgl. Rz 62 ff.).

B.3.1 Adressatin der Vorabklärung

27. Die Vorabklärung betrifft das Verhalten von Nivarox mit Sitz in Le Locle. Die Aktien von Nivarox [...].³⁸ Nivarox gehört damit zum Swatch Group-Konzern, welcher als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG Adressatin der Vorabklärung ist (vgl. unten Rz 108).

28. Swatch Group ist eine international tätige Gruppe (Holding) mit Gesellschaftssitz in Neuchâtel (administrativer Hauptsitz in Biel). Sie verfügt über zahlreiche Tochtergesellschaften und Beteiligungen in 35 Ländern und beschäftigt weltweit insgesamt etwas mehr als 31'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.³⁹ Der Swatch Group-Konzern ist im Verkauf von Fertighuhren,

³² Vgl. Act. 1.

³³ Act. 13.

³⁴ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³⁵ Act. 6.

³⁶ Act. 15 f.

³⁷ Act. 27.1–27.8.

³⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 1.

³⁹ Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 205 ff.; Halbjahresbericht 2022 der Swatch Group, S. 3.

Schmuck, Uhrwerken und Komponenten tätig; die Unternehmen der Swatch Group fertigen nahezu sämtliche Bauteile, die von den 17 Uhrenmarken der Swatch Group⁴⁰ benötigt werden, selbst an. Tochtergesellschaften von Swatch Group beliefern zudem auch Dritthersteller von Uhren in der Schweiz und der ganzen Welt mit Uhrwerken und Komponenten.⁴¹ Der weltweite Gesamtumsatz des Swatch Group-Konzerns belief sich im Jahr 2021 auf rund CHF 7,3 Mrd.⁴²

B.3.2 Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox in der Uhrenindustrie

B.3.2.1 Tätigkeit von Nivarox

29. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht darin, an fünf Produktionsstandorten in der Schweiz alle Komponenten der drei Baumodule eines Assortiments – dies sind bestimmte Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks (zum Begriff des Assortiments vgl. Rz 31 ff.) – herzustellen. Nivarox verkauft diese Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks sodann an seine konzerninterne und konzernexterne Kundschaft aus der Uhrenindustrie (zu den Kundinnen und Kunden von Nivarox vgl. Rz 39 ff.).

30. Daneben produziert Nivarox für Unternehmen der Uhrenindustrie auch gewisse andere Halbfertig- und Fertigprodukte (z.B. Komponenten für Uhrengehäuse und Zifferblätter, Schwungmassen und Unruhbrücken, Federhäuser, Räderwerke und Drehteile). Darüber hinaus ist Nivarox im Bereich des Recyclings, der Veredelung und der Herstellung von Legierungen aus Edelmetall tätig.

B.3.2.2 Produktion und Verkauf von Assortiments

31. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht in der Produktion und im Verkauf von Assortiments bzw. Assortimentsbestandteilen (vgl. Rz 29 f.). Unter einem Assortiment versteht man in der Uhrenindustrie die Gesamtheit von bestimmten notwendigen Bauteilen eines mechanischen Uhrwerks, welche zusammen als Schwing- und Hemmsystem bzw. «Herzstück» für den gleichmässigen Takt einer mechanischen Uhr sorgen.⁴³ Ohne ein solches Schwing- und Hemmsystem kann eine mechanische Uhr nicht laufen.⁴⁴

32. Zu den Bauteilen eines Assortiments zählen die drei Baumodule Anker, Ankerrad und Unruh, welche wiederum aus verschiedenen Komponenten bestehen.⁴⁵ Die genaue Zusammensetzung eines Assortiments und die entsprechenden Bezeichnungen auf Deutsch und Französisch können der nachfolgenden Tabelle entnommen werden:

⁴⁰ Es handelt sich dabei um die folgenden (von Swatch Group nach Preissegmenten unterteilten) Marken: Breguet, Harry Winston, Blancpain, Glashütte Original, Jaquet Droz, Léon Hatot, Omega (Prestige- und Luxussegment); Longines, Rado, Union Glashütte (Oberes Preissegment), Tissot, Balmain, Certina, Mido, Hamilton (Mittleres Preissegment) sowie Swatch und Flik Flak (Basissegment). Vgl. Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 4 sowie <<https://www.swatch-group.com/de/marken-gesellschaften>> (6.12.2022).

⁴¹ Vgl. <https://www.swatchgroup.com/de/swatch-group-im-ueberblick> (6.12.2022).

⁴² Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 2.

⁴³ Vgl. dazu auch RPW 2014/1, 228 Rz 121, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁴ Vgl. nur RPW 2014/1, 228 Rz 123, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 3.

Bezeichnung deutsch		Bezeichnung französisch	
Assortiments		Assortiments	
Baumodul	Komponente	Module	Composant
Anker	Ankersteine	Ancre	Levées
	Ankerplatte		Planche d'ancre
	Sicherheitsstift		Dard
	Ankerwelle		Tige d'ancre
Ankerrad	Ankerrad	Roue d'ancre	Planche de roue
	Ankerradritzel		Pignon
Unruh	Spiralfeder	Balancier	Spiral
	Unruhreif		Serge de balancier
	Spiralrolle		Virole
	Unruhwelle		Axe de balancier
	Hebelscheibe		Plateau
	Hebelstein		Cheville de plateau

Tabelle 1: Baumodule und Komponenten eines Assortiments (Deutsch und Französisch)⁴⁶

33. Die aufgezählten Komponenten eines Assortiments werden in der Regel aus einer Speziallegierung bestehend aus Eisen, Nickel, Chrom, Titan und Beryllium mittels CNC-Verfahren (Stanzen, Drehen, Fräsen, Bohren etc.) hergestellt. Alternativ werden Assortimentskomponenten seit einigen Jahren auch im LiGA- oder Tiefätz-Verfahren (DRIE)⁴⁷ aus Silizium oder anderen Werkstoffen produziert. Silizium hat den Vorteil, dass es leicht, kaum von Magnetfeldern beeinflussbar und industriell einfach und präzise formbar ist. Assortiments aus Silizium müssen zudem nicht geschmiert werden und haben eine höhere Energieeffizienz als herkömmliche Assortiments. (Teil-)Assortiments aus Silizium sind qualitativ gute Substitute zu herkömmlichen Assortiments und werden immer mehr in mechanischen Uhren eingesetzt.⁴⁸

34. Sämtliche Assortimentskomponenten sind sehr klein und leicht: Die Größen bewegen sich nach Angaben von Nivarox im Mikrometerbereich (tausendster Teil eines Millimeters). Nivarox produziere beispielsweise aus [...] Rohmaterial rund [...]; bei [...] entstünden [...] rund [...].⁴⁹ Gleichzeitig müssen die Komponenten so exakt wie möglich gefertigt werden und dies auch bei sehr hohen Stückzahlen⁵⁰. Denn schon kleinste Abweichungen im Gewicht oder in den Abmessungen können die Funktionsweise des mechanischen Uhrwerks, für welches eine

⁴⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 3.

⁴⁷ LiGA steht für die Verfahrensschritte Lithographie, Galvanik und Abformung. DRIE steht für Deep Reactiv Ion Etching.

⁴⁸ Vgl. RPW 2014/1, 228 Rz 122, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 5.

⁵⁰ Einzelne Kundinnen und Kunden beziehen bei Nivarox pro Jahr bis zu [...] Stückzahlen einzelner Baumodule (Anker, Ankerrad und/oder Unruhe). Die Summe aller bezogenen Komponenten, d.h. aller Einzelteile, kann dann nochmals mehr als zehn Mal so hoch sein, weil die Kundinnen und Kunden oft mehrere Baumodule und Komponenten erwerben (vgl. etwa Rz 37) und die Baumodule wiederum aus zahlreichen Einzelteilen (Komponenten) bestehen; vgl. oben Tabelle 1.

Assortimentskomponente produziert wird, empfindlich stören oder die Komponenten gar unbrauchbar machen. Infolgedessen bestehen hohe Anforderungen an die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Assortimentsproduktion. Gemäss Nivarox laufe diese nur teilweise automatisiert ab und entscheidende Produktionsschritte würden immer noch vollständig in Handarbeit erfolgen.⁵¹

35. Die von Nivarox produzierten Assortimentskomponenten sind auf die jeweiligen mechanischen Uhrwerke der Kundinnen und Kunden zugeschnitten.⁵² Bei den Assortimentskomponenten handelt es sich also insofern um nicht standardisierte Produkte, welche nach Wünschen der Kundschaft und nur auf Bestellung hergestellt werden. Grundsätzlich können die Abnehmerinnen und Abnehmer von Assortiments also jeweils bloss diejenigen Assortiments in ihre mechanischen Uhrwerke einsetzen, welche für ein bestimmtes Uhrwerk produziert wurden.⁵³ Unter Umständen kann eine bestimmte Assortimentskomponente jedoch – je nach ihrer Konzeption – für verschiedene Uhrwerke gebraucht werden.⁵⁴ Auch ist es naturgemäss möglich, dass Nivarox Wünschen einzelner Kundinnen oder Kunden nach Modifikation oder Neuentwicklung von Assortimentskomponenten – im Rahmen des technisch Möglichen und der vorhandenen Kapazitäten – nachkommt.⁵⁵ Dies kann zwar eine Umrüstung der Produktionsmaschinerie und/oder eine Neuinstruktion des Personals erforderlich machen, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt, insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für diese Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.⁵⁶

36. Der Produktionsdurchlauf betrage gemäss Nivarox je nach bestellter Menge und den gewünschten Eigenschaften des Assortiments bzw. mechanischen Uhrwerks [...].⁵⁷ Nivarox produziere keine Assortimentskomponenten auf Vorrat, sondern einzig auf Bestellung. Bei Nivarox erfolge daher keine Lagerhaltung.

37. Assortiments werden nicht zusammengesetzt geliefert. Dies ist gemäss Nivarox technisch nicht möglich und von der Kundschaft auch nicht gewünscht. Denn die Kundinnen und Kunden von Nivarox würden Baumodule oder auch einzelne Komponenten separat beziehen, damit sie diese sodann selbst in unterschiedlichen Arbeitsschritten in ihre mechanischen Uhrwerke einbauen könnten.⁵⁸ Dabei sei es nicht unüblich, dass Kundinnen und Kunden verschiedene Assortimentsbaumodule (Anker, Ankerrad, Unruh) in unterschiedlichen Stückzahlen beziehen und bisweilen zusätzliche einzelne Komponenten (z.B. Unruh-Spiralen) hinzukaufen würden. So habe beispielweise die Nivarox-Kundin [...] im Jahr 2018 [...] Anker, [...] Ankerräder, [...] Unruhen ohne Spiralen sowie [...] Spiralen bei Nivarox bezogen.⁵⁹ Ein weiteres Beispiel ist [...]: Sie hat im Jahr 2018 z.B. [...] Anker, [...] Ankerräder, [...] Unruhen ohne Spiralen, [...] Unruhen mit Spiralen, [...] Spiralen sowie [...] Spiralrollen bezogen.⁶⁰

⁵¹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

⁵² Vgl. RPW 2006/1, 54 Rz 38 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*; RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6 ff.

⁵³ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁴ Vgl. auch RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38 ff., 54 ff.; RPW 2014/1, 228 Rz 124, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2006/1, 54 Rz 41, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁶ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁷ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

⁵⁸ Vgl. etwa Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 7.

⁵⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33.

⁶⁰ Act. 15, S. 32.

38. Wie auch mechanische Uhrwerke und Fertighuhren werden Assortiments bzw. Assortimentskomponenten in verschiedenen Preisklassen angeboten. Nivarox verkaufte beispielsweise bestimmte Assortiments zu einem Preis von unter CHF 20, bietet aber auch Assortiments zu Preisen von über CHF 1'000 an. Dabei spielt insbesondere die Qualität (z.B. Standard- oder Chronometerqualität), die angewandte Produktionsmethode (maschinell oder von Hand bzw. «industriell» oder «manufacture») und die bestellte Menge eine Rolle.⁶¹

B.3.2.3 Kundschaft von Nivarox

39. Zur Kundschaft von Nivarox zählen sämtliche Abnehmerinnen und Abnehmer, welche Baumodule und/oder einzelne Komponenten eines Assortiments für die von ihnen selbst produzierten oder verwendeten mechanischen Uhrwerke benötigen. Solche Abnehmerinnen und Abnehmer von Nivarox-Assortiments sind typischerweise Herstellerinnen von mechanischen Uhrwerken (wie z.B. ETA, Sellita, [...]) oder Produzentinnen von mechanischen Fertighuhren, welche mechanische Uhrwerke selbst herstellen oder von Dritten gelieferte mechanische Uhrwerke modifizieren.⁶²

40. Als in die Swatch Group integriertes Unternehmen hat Nivarox sowohl konzerninterne Abnehmerinnen und Abnehmer als auch konzernexterne Kundschaft und dies sowohl auf Stufe Herstellerinnen von mechanischen Uhrwerken als auch auf Stufe der Fertighuhrenproduzentinnen. Vereinfacht dargestellt ergeben sich die Absatzkanäle von Nivarox und ihre vertikale Integration sowie die Markstufen aus der nachfolgend aufgeführten Abbildung:

⁶¹ RPW 2014/1, 229 Rz 126, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁶² Vgl. Act. 13, Anhang 14 und Anhang 24; vgl. auch RPW 2006/1, 53 Rz 32 f., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*; RPW 2014/1, 228 Rz 123, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2021/2, 375 f. Rz 356 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

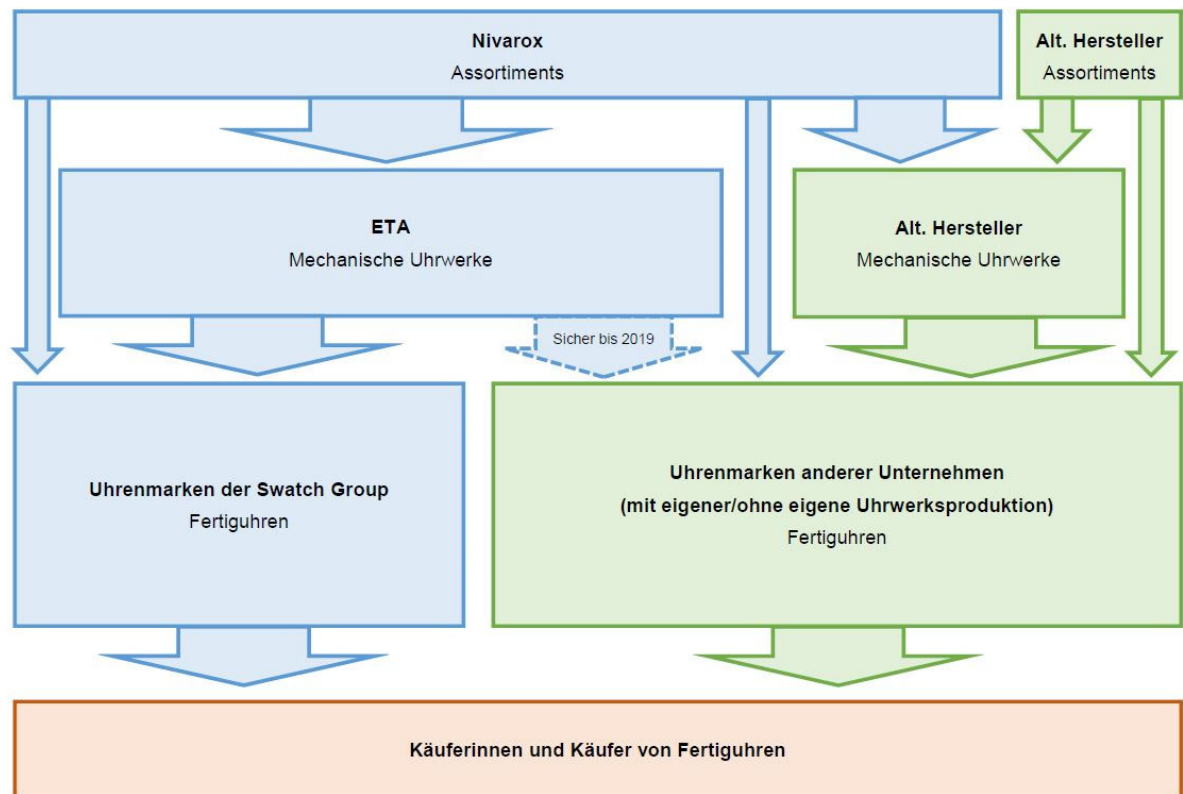


Abbildung 1: Vertikale Integration von Nivarox und ihre Kundschaft⁶³

41. In den Jahren 2014 bis und mit 2019 entfielen zwischen [...] % und [...] % der in diesen Jahren jeweils produzierten Gesamtmenge an Nivarox-Assortiments (siehe dazu Rz 50 ff.) auf konzerninterne Abnehmerinnen.⁶⁴ Im ersten Jahr der Corona-Krise (2020) setzte Nivarox [...] % der in diesem Jahr produzierten Gesamtmenge konzernintern ab.⁶⁵

42. Zur Anzahl der Kundinnen und Kunden und ihrem Bezugsverhalten kann Folgendes festgehalten werden:⁶⁶ Nivarox bediente im Zeitraum 2014 bis und mit 2021 [...] konzernexterne Kundinnen (Drittkundinnen) und [...] konzerninterne Abnehmerinnen. Nicht sämtliche dieser Kundinnen bezogen in diesem Zeitraum jedes Jahr Produkte von Nivarox. So erzielte Nivarox [...] mit [...] konzerninternen Abnehmerinnen jedes Jahr einen Umsatz (und zwar mit [...]). Mit der zur Swatch Group gehörenden [...] erzielte Nivarox hingegen einzig in den Jahren [...] Umsatz. Von den [...] Drittkundinnen bezogen im Zeitraum 2014 bis und mit 2021 [...] Unternehmen jedes Jahr Assortiments bzw. Assortimentskomponenten von Nivarox. Die Kundinnen

⁶³ Darstellung des Sekretariats. In der Abbildung steht «Alt.» für «alternative». Die blau gefassten Rechtecke stehen für Unternehmen der Swatch Group. Die grünen Rechtecke symbolisieren Unternehmen, welche nicht zur Swatch Group gehören. Der Umstand, dass sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. Rz 19), ist in der Abbildung berücksichtigt.

⁶⁴ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12. Zur Zählweise der Stückzahlen vgl. Rz 50.

⁶⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12.

⁶⁶ Vgl. dazu und dem Folgenden Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 14, sowie Act. 13, Anhang 14.

und Kunden von Nivarox sind vornehmlich in der Schweiz ansässig. Einzig [...] der [...] Drittkundinnen⁶⁷ sowie [...] konzerninterne [...] [Abnehmerin oder Abnehmerinnen]⁶⁸ haben ihren Sitz im Ausland.

43. Die mengenmässig grösste Kundin von Nivarox war im Zeitraum 2014–2019 [...]. Diese bezog im genannten Zeitraum von der jährlichen Gesamtproduktion an Nivarox-Assortiments jeweils [...].⁶⁹

44. Zu den zehn grössten Drittkundinnen von Nivarox gehörten in den Jahren 2014–2020 insbesondere die folgenden Abnehmerinnen (mengen- und/oder umsatzmässig): [...] sowie verschiedene weitere Uhrwerksherstellerinnen wie die [...].⁷⁰ [...] ⁷¹ [...] ⁷², war im Zeitraum 2014–2020 in Bezug auf die gelieferte Menge – [...] ⁷³ – [...] ⁷⁴. In Bezug auf den Umsatz war in den Jahren 2014–2016 und 2018 [...] die wichtigste Drittkundin.⁷⁵ In den Jahren 2017, 2019 und 2020 erzielte Nivarox den grössten Drittkundinnenumsatz mit [...].⁷⁶

45. Insgesamt kann Nivarox damit als direkte oder zumindest indirekte Assortimentslieferantin nahezu aller wichtigen Unternehmen der Schweizer Uhrenindustrie, welche mechanische Swiss Made-Fertiguhren herstellen,⁷⁷ bezeichnet werden.

⁶⁷ Es handelt sich um [...] Unternehmen aus [...] und [...] Unternehmen aus [...].

⁶⁸ Es handelt sich um [...] (vgl. Rz 42).

⁶⁹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12, 41.

⁷⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 15 ff., Excel-Tabellen 6 und 7.

⁷¹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁷² Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁷³ [...] war in den Jahren 2014–2019 mengenmässig stets die [...] Drittkundin (Bezugsmenge 2014: [...]. 2015: [...]. 2016: [...]. 2017: [...]. 2018: [...]. 2019: [...]). Im Jahr 2020 fiel sie hingegen auf den [...] Platz (Bezugsmenge: [...] Assortiments); vgl. Act. 13, Excel-Tabelle 7.

⁷⁴ [...] erhielt in den Jahren 2014–2019 von Nivarox jährlich jeweils [...] Assortiments; im Jahr 2020 lieferte Nivarox [...] Assortiments. Diese Liefermengen entsprechen zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) der Jahresproduktion von Nivarox (zur Jahresproduktion vgl. unten Rz 51 ff.); vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 19 ff., Excel-Tabelle 7.

⁷⁵ Mit [...] erzielte Nivarox in den genannten Jahren Umsätze zwischen CHF [...] und CHF [...]. Der von Nivarox mit der [...] erzielte Umsatz lag im Zeitraum 2014–2019 zwischen [...] % (2019) und [...] % (2015) der Jahresumsätze von Nivarox im Bereich Assortiments (vgl. zu den Umsätzen Rz 46 ff.).

⁷⁶ Mit [...] erzielte Nivarox in den genannten Jahren Umsätze zwischen CHF [...] und CHF [...]. Der von Nivarox mit [...] erzielte Umsatz lag im Zeitraum 2014–2020 zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) des Jahresumsatzes von Nivarox im Bereich Assortiments (vgl. zu den Umsätzen Rz 46 ff.).

⁷⁷ Vgl. zu den erzielten Umsätzen und zu Marktanteilen im Bereich der Schweizer Uhrenindustrie etwa den Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult in Act. 24.

B.3.2.4 Angaben zu Umsätzen von Nivarox

46. Nivarox erzielte in den Jahren 2014 bis und mit 2020 die folgenden Gesamtumsätze:

[...]

Tabelle 2: Gesamtumsatz Nivarox (in Tausend Schweizer Franken)⁷⁸

47. Mit dem Verkauf von Assortiments bzw. Assortimentsbestandteilen erzielte Nivarox in den Jahren 2014 bis und mit 2020 die folgenden Umsätze:

[...]

Tabelle 3: Gesamtumsatz Nivarox mit Assortiments etc. (in Tausend Schweizer Franken)⁷⁹

48. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass der Nivarox-Umsatz mit dem Verkauf von Assortiments im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 in der Tendenz [...]. In diesem Zeitraum erzielte Nivarox mit rund CHF [...] Mio. [...]. Dieselbe Tendenz ist für den Umsatz mit Drittkundinnen ersichtlich, [...].

49. Im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 erzielte Nivarox [...] % ihres Drittkundinnenumsatzes mit Assortiments mit in der Schweiz ansässigen Unternehmen; das Drittkundinnengeschäft ist also auf die Schweiz konzentriert. Dieselbe Konzentration auf die Schweiz dürfte auch für den Umsatz mit konzerninternen Abnehmerinnen gelten, da [...] konzerninternen Abnehmerinnen ihren Sitz in der Schweiz haben (insbesondere die mechanische Uhrwerke für konzerninterne Uhrenmarken herstellende ETA; vgl. Rz 42) [...].⁸⁰

⁷⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 2.

⁷⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 9.

⁸⁰ Vgl. [...].

B.3.2.5 Produktionsmengen

50. Wie erläutert, besteht ein Assortiment aus mehreren Baumodulen und Komponenten (vgl. Rz 31 ff.). Assortiments werden dabei nicht zusammengesetzt geliefert, da dies technisch nicht möglich und von der Kundschaft auch nicht gewünscht ist (vgl. oben Rz 37). Gemäss Nivarox ist es deshalb nicht unüblich, dass Kundinnen und Kunden verschiedene Assortimentsbaumodule (Anker, Ankerrad, Unruh) in unterschiedlichen Stückzahlen beziehen und bisweilen zusätzliche einzelne Komponenten (z.B. Unruh-Spiralen) hinzukaufen (vgl. oben Rz 37). Den nachfolgend aufgeführten Informationen zu den Nivarox-Produktionsmengen liegt daher folgende Berechnungsmethode zugrunde: Für die Bestimmung von bestimmten Assortimentsproduktionsmengen hat [...] Diese Berechnungsmethode hat Nivarox bzw. Swatch Group auch in der Vergangenheit ihren Angaben gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu Produktionsmengen zugrunde gelegt.

51. Dies vorausgeschickt, können der nachfolgenden Tabelle verschiedene Informationen zu den von Nivarox in den Jahren 2014 bis und mit 2020 produzierten Assortimentsmengen entnommen werden:

[...]

Tabelle 4: Produktionsmengen Nivarox⁸¹

52. Aus Tabelle 4 geht insbesondere hervor, dass die Gesamtmengen an Assortiments, die Nivarox im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 produzierte, in der Tendenz [...] sind. So beträgt die Gesamtproduktionsmenge im Jahr 2020 in Höhe von [...] Assortiments [...] der Gesamtproduktion in Höhe von [...] Assortiments im Jahr 2014. Diese Tendenz gilt sowohl hinsichtlich der Produktion für konzerninterne Abnehmerinnen als auch in Bezug auf die Produktion für Drittkundinnen. Dabei machten die für konzerninterne Abnehmerinnen produzierten Mengen (Eigenbedarf) im Zeitraum 2014 bis und mit 2019 zwischen [...] % und [...] % der in diesen Jahren produzierten Gesamtmenge (Eigenbedarfsanteil) aus. Der höchste Eigenbedarfsanteil wurde in diesem Zeitraum in den Jahren 2018 und 2019 erreicht (jeweils [...] % der Gesamtproduktion). Im Jahr 2020, im ersten Jahr der Corona-Pandemie, betrug der Eigenbedarfsanteil [...] %.

53. Aus Tabelle 4 geht ferner hervor, dass Nivarox [...] ⁸² [...] ⁸³ Silizium- oder Nivachron-Komponenten haben insbesondere den Vorteil, dass sie leichter als Assortiments-Komponenten herkömmlicher Produktionsart (nachfolgend: herkömmliche Assortiments bzw. Komponenten) sind sowie weniger von Magnetfeldern beeinflussbar und industriell einfacher und präziser formbar sind (vgl. auch oben Rz 33). ⁸⁴ Bei Assortiments mit Silizium- oder Nivachron-Komponenten besteht also Kostensenkungspotenzial, wobei mechanische Uhrwerke mit derartigen

⁸¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12.

⁸² Der Name bezieht sich auf die verwendete Legierung. Nivachron gilt wie Silizium als besonders magnetfeldresistent; vgl. <<https://www.eta.ch/de/knowhow/mechanisch/amagnetisches-nivachron>> (6.12.2022).

⁸³ [...]; vgl. <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022); Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 13.

⁸⁴ Vgl. betreffend Nivachron den Nachweis in Fn 82 sowie z.B. <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/neu-im-spiel>> (6.12.2022).

Assortiments gleichzeitig genauer sind und eine höhere Gangautonomie⁸⁵ aufweisen.⁸⁶ Im Bereich der Assortiments mit Silizium- oder Nivachron-Komponenten verfügt Swatch Group bzw. Nivarox über [...].⁸⁷

54. Die Mengen produzierter Assortiments mit herkömmlichen Komponenten waren dementsprechend im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 [...]. So entspricht die im Jahr 2020 produzierte Menge an herkömmlichen Assortiments in Höhe von [...] Assortiments [...] rund [...] % der im Jahr 2014 produzierten Menge an herkömmlichen Assortiments (diese betrug im Jahr 2014 [...] Assortiments). Relativ zur Gesamtproduktion produzierte Nivarox im Jahr 2020 [...] zu [...] % herkömmliche Assortiments. In den Jahren 2014 bis und mit 2018 hatte diese Quote jährlich [...] bei je mindestens [...] % gelegen. Bis und mit 2019 produzierte Nivarox herkömmliche Assortiments [...] ([...]⁸⁸). Im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 fand bei Nivarox also [...].⁸⁹

B.3.2.6 Alternative Herstellerinnen von Assortiments (Konkurrenzsituation)

55. Swatch Group bezeichnet Nivarox als «den führenden Schweizer Spezialisten» für die Produktion von Assortiments bzw. Assortiments-Komponenten.⁹⁰ Daneben gibt es verschiedene Unternehmen in der Schweiz und im Ausland, welche ebenfalls Assortiments bzw. Assortiments-Komponenten herstellen. Ohne dass dazu im Rahmen dieser Vorabklärung eine umfangreiche Befragung von Unternehmen der verschiedenen Marktstufen (vgl. Abbildung 1) vorgenommen wurde, kann für den massgeblichen Zeitraum (seit 2014) in Bezug auf die Konkurrenzsituation Folgendes festgehalten werden:⁹¹

56. Gemäss Swatch Group bzw. Nivarox gebe es in der Schweiz und im Ausland verschiedene Unternehmen, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments herstellen, sowie solche, welche lediglich einzelne Baumodule (z.B. Anker, Unruh) oder Komponenten (z.B. Spirale) herstellen würden. Swatch Group bzw. Nivarox benennt als solche Unternehmen [...] Schweizer Unternehmen sowie [...] ausländische Unternehmen (Stand: 14. September 2021).⁹² Soweit diese Unternehmen keine vollständigen Assortiments liefern könnten (siehe dazu sogleich), sei dies wenig bedeutsam, da die Nachfragerinnen von Assortiments die Komponenten auch bei verschiedenen Produzentinnen einkaufen könnten. In Einzelnen führt Swatch Group dazu das Folgende aus:

⁸⁵ Die Gangautonomie ist ein absoluter Wert, der bezeichnet, wie lange eine mechanische Uhr bei maximal aufgezogener Feder bis zu ihrem Stillstehen korrekt läuft, sofern sie nicht zwischenzeitlich aufgezogen wird.

⁸⁶ Vgl. etwa RPW 2014/1, 244 Rz 236 ff., 245 Rz 247 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022) sowie Nachweise in Fn 82, 84.

⁸⁷ Vgl. etwa RPW 2014/1, 244 Rz 237 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; <<https://www.swatchgroup.com/de/services/archiv/2018/die-neueste-innovation-der-swatch-group>> (6.12.2022).

⁸⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 12, sowie oben Tabelle 4. Die Eigenbedarfsquote im Bereich herkömmliche Assortiments betrug damit im Jahr [...]. ETA zog sich seit 2014 schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurück (vgl. Rz 19). Im Jahr 2019 hatte ETA noch rund [...] Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produziert (vgl. Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*), [...].

⁸⁹ Vgl. etwa Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 11 f.

⁹⁰ <www.swatchgroup.com/de/gesellschaften-und-marken/produktion/nivarox> (6.12.2022).

⁹¹ Vgl. dazu auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁹² Act. 13, Anhang 17.1.

- Insgesamt gebe es [...] Schweizer Unternehmen, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments produzieren würden. Davon würden [...] Unternehmen diese Assortiments auch an Dritte liefern.⁹³
- Es gebe zusätzlich [...] Schweizer Unternehmen, welche zumindest einen Teil der Komponenten eines Assortiments produzieren würden und diese auch an Dritte liefern würden. Am Umstand, dass Unternehmen unterschiedliche Stückzahlen verschiedener Assortiments-Baumodule oder -Komponenten beziehen (vgl. auch oben Rz 37), zeige sich, dass es möglich sei, Assortiments-Komponenten verschiedener Herstellerinnen zu kombinieren.
- Gemäss Schätzungen von Nivarox habe sich der Anteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen an der gesamten Assortimentsproduktion in der Schweiz im Zeitraum 2014–2020 folgendermassen entwickelt.

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil (%)	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[30–40] %	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %

Tabelle 5: Anteil alternativer Schweizer Assortimentsproduzentinnen an Schweizer Gesamtproduktion (Schätzung Swatch Group)⁹⁴

- Gemäss Schätzungen von Nivarox habe sich der Anteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen an der gesamten Assortimentsproduktion in der Schweiz für Drittkundinnen (und nicht für die Eigenproduktion) im Zeitraum 2014–2020 folgendermassen entwickelt:

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil (%)	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %

Tabelle 6: Anteil alternativer Schweizer Assortimentsproduzentinnen an Schweizer Gesamtproduktion für Drittkundinnen (Schätzung Swatch Group)⁹⁵

- Swatch Group seien zudem [...] ausländische Unternehmen bekannt, welche sämtliche Bauteile und Komponenten eines Assortiments produzieren würden.⁹⁶ Soweit diese Unternehmen auch Dritte beliefern würden, könnten ihre Assortiments auch für Schweizer Swiss Made-Uhren verwendet werden, weil solche Uhren einzig ein Swiss Made Uhrwerk voraussetzen, welches u. a. ein in der Schweiz montiertes Assortiment enthalten muss.⁹⁷
- Swatch Group seien [...] ausländische Unternehmen bekannt, welche zumindest einen Teil der Komponenten eines Assortiments produzieren würden und diese auch an Dritte

⁹³ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1. seien dies [...]; vgl. dazu auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

⁹⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

⁹⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

⁹⁶ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1.: [...].

⁹⁷ Vgl. auch RPW 2014/1, 229 Rz 129 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

liefern würden.⁹⁸ Aus den vorgenannten Gründen seien diese Unternehmen ebenfalls als Konkurrentinnen von Nivarox anzusehen.

57. Gemäss Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken⁹⁹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland¹⁰⁰, gebe es für sie weltweit keine Alternative zu Nivarox. Denn ausser Nivarox sei keine Herstellerin in der Lage, Assortiments in der von ihr benötigten Stückzahl (im Jahr 2020: etwa [...] Assortiments) zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.¹⁰¹ Im Einzelnen führte sie insbesondere das Folgende aus:

- Zahlreiche Herstellerinnen von Assortiments würden – wie z. B. die LVMH-Gruppe – ihre Assortiments-Komponenten ausschliesslich konzernintern absetzen und schon deshalb keine Alternative für Sellita darstellen.¹⁰²
- Sellita habe in der Vergangenheit [...] ¹⁰³ [...] mit der Assortiments-Eigenproduktion begonnen.¹⁰⁴ Bei der Eigenproduktion [...] ¹⁰⁵ [...].
- [...] die Eigenproduktion [...].
- [...] ¹⁰⁶ [...] ¹⁰⁷ [...] ¹⁰⁸
- Der Vorsprung von Nivarox bei der Qualität, den Preisen und den lieferbaren Stückzahlen beruhe auf der langen Erfahrung von Nivarox bei der Assortimentsproduktion, dem zumindest teilweise abbeschriebenen Maschinenpark, Skalenvorteilen aufgrund der Höhe der Gesamtproduktion und der Reputation von Nivarox.¹⁰⁹

58. Da Nivarox fast ausschliesslich für Schweizer Abnehmerinnen produziert(e) (vgl. insbesondere Rz 42, 49), lässt sich aus den Angaben von Swatch Group bzw. von Nivarox zu den produzierten Assortimentsmengen (siehe oben Rz 50 ff.) sowie zur geschätzten Gesamtproduktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. -Fertiguhren¹¹⁰ annäherungsweise ableiten, in wie vielen der jährlich produzierten mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und damit auch Swiss Made-Fertiguhren Nivarox-Assortiments verbaut waren (Zeitraum 2014 bis und mit 2020). Danach belaufen sich diese «Nivarox-Anteile» in den Jahren 2014 bis und mit 2020 auf die folgenden Anteile:

⁹⁸ Gemäss Act. 13, Anhang 17.1.

⁹⁹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁰¹ Act. 15, S. 20.

¹⁰² Act. 16, S. 7 ff.

¹⁰³ Vgl. Act. 15, S. 32.

¹⁰⁴ Act. 15, S. 10 ff.; Act. 16, S. 5 ff.

¹⁰⁵ Act. 15, S. 9.

¹⁰⁶ Act. 15, S. 10.

¹⁰⁷ Vgl. etwa Act. 16, S. 6.

¹⁰⁸ Vgl. Act. 15, S. 10 ff.

¹⁰⁹ Vgl. etwa Act. 16, S. 4 f.

¹¹⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29: [...]; vgl. auch Verfügung der WEKO v. 13.7.2020, Tabelle A 1, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

Jahr	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anteil Nivarox an Gesamtproduktion	[90–100] %	[90–100] %	[80–90] %	[60–70] %	[80–90] %	[70–80] %	[60–70] %

Tabelle 7: Anteile mechanische Swiss Made-Uhrwerke mit Nivarox-Assortiments an jährlicher Gesamtproduktion mechanischer Swiss Made-Uhrwerke¹¹¹

59. Tabelle 7 zeigt, dass Nivarox-Assortiments zu Beginn des Betrachtungszeitraums, d. h. in den Jahren 2014 und 2015, in [...] mechanischen Swiss-Made-Uhrwerken verbaut waren. Dieser Anteil war seitdem in der Tendenz rückläufig, lag aber stets weit über 50 %. So waren auch im Jahr 2020 noch [...] aller mechanischen Swiss Made-Uhrwerke mit Nivarox-Assortiments bestückt. Dieser Rückgang auf hohem Niveau spiegelt sich auch in anderen Umständen wider. Z.B. reduzierte sich die Anzahl der pro Jahr bestellenden Drittkundinnen von Nivarox im Zeitraum 2014–2020.¹¹²

60. Die insgesamt von anderen Herstellerinnen¹¹³ als Nivarox produzierten Assortimentsmengen dürften sich im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 durchaus erhöht haben.¹¹⁴ Auch dürfte sich in diesem Zeitraum der Anteil derjenigen mechanischen Swiss Made-Uhrwerke – und damit mechanischen Swiss Made-Fertiguhren –, welche keine Nivarox-Assortiments enthalten, an der Gesamtproduktion mechanischer Swiss Made-Uhrwerke im oben skizzierten Umfang erhöht haben (vgl. Rz 59). Indes folgt aus den Ausführungen von Swatch Group bzw. Nivarox selbst, dass keine alternative Herstellerin aus der Schweiz eine auch nur annähernd vergleichbare Assortimentsmenge wie Nivarox produzierte und dass sich die Gesamtproduktion der alternativen Herstellerinnen aus der Schweiz auf eine Vielzahl unterschiedlicher Unternehmen verteilte (vgl. oben Rz 56).¹¹⁵ Nivarox steht also nicht einer oder zwei grösseren Konkurrentinnen gegenüber, sondern einer Vielzahl kleinerer Schweizer Produzentinnen, welche nicht über vergleichbare Skalenvorteile wie Nivarox¹¹⁶ verfügen und teilweise auch nicht sämtliche Baumodule bzw. Komponenten eines Assortiments produzieren¹¹⁷.

61. Insgesamt dürfte Nivarox im Zeitraum 2014–2022 im beschriebenen Ausmass und gemäss der Selbstbeschreibung von Nivarox als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung im Bereich Assortiments anzusehen sein. Dies insbesondere auch, weil Nivarox aufgrund der hergestellten Mengen über unerreichbare Skalenvorteile verfügt und mit Blick auf ihre jahrzehntelange Erfahrung im Bereich der industriellen Assortimentsproduktion einen grossen Know-how- und Technologievorsprung hat.¹¹⁸ Die Bedeutung von alternativen Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 immerhin etwas gewachsen,¹¹⁹ wobei diese zumindest in der Schweiz eher wenig konzentriert sind.

¹¹¹ Eigene Berechnungen des Sekretariats anhand der Angaben in Fn 110 sowie der Informationen zu den Produktionsmengen von Nivarox (vgl. Rz 50 ff.).

¹¹² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 28.

¹¹³ Vgl. zu diesen RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁴ Vgl. nur Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

¹¹⁵ Vgl. zu den alternativen Herstellerinnen auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁶ Vgl. dazu insbesondere RPW 2014/1, 244 ff. Rz 242 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹⁷ Vgl. etwa RPW 2021/2, 377 Rz 365, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹¹⁸ Vgl. auch 2014/1, 243 ff. Rz 229 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹⁹ Vgl. auch RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

B.3.3 Umsetzung der Absichtserklärung

62. Wie erläutert, hatte Swatch Group kurz vor dem Erlass des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 eine Absichtserklärung betreffend die künftige Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox abgegeben (vgl. oben Rz 7 ff.).¹²⁰

63. Auf Nachfrage in dieser Vorabklärung erklärte Swatch Group, Nivarox habe die Absichtserklärung seit ihrer Abgabe vollständig umgesetzt.¹²¹ Dies deshalb, weil dies ihren Kundinnen und Kunden gedient habe. Denn die Absichtserklärung habe eine Lieferpflicht von Nivarox zugunsten der Drittkundinnen begründet, welche für Transparenz und Sicherheit im Markt gesorgt habe und auf grosse Akzeptanz getroffen sei; ausser von [...] habe Nivarox keine negativen Rückmeldungen aus dem Markt erhalten. Nivarox selbst sei mit der Absichtserklärung hingegen ein hohes Risiko eingegangen, weil sie Kapazitäten für die Produktion der zugesicherten Mengen gemäss Absichtserklärung habe aufrechterhalten müssen und dies, ohne zu wissen, wie sich der Markt entwickeln werde und auch ohne Abnahmegarantie seitens ihrer Kundschaft.

64. Nivarox [...].¹²²

65. Nachfolgend werden einzelne Aspekte der konkreten Umsetzung der Absichtserklärung dargestellt.

B.3.3.1 Maximalen Liefermengen pro Drittkundin

B.3.3.1.1. Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin

66. Mit der Absichtserklärung hatte sich Nivarox dazu bereit erklärt, jede bisherige Drittkundin mit denjenigen Nivarox-Produkten zu beliefern, welche diese Drittkundin bislang, d. h. vor der Abgabe der Absichtserklärung, bezogen hatte (Beschränkung auf bestimmte Produkte; siehe dazu auch unten Rz 75 ff.). Die maximale Jahresliefermenge betreffend diese Produkte beschränkte Nivarox dabei pro Drittkundin auf den Durchschnitt der von dieser Drittkundin in den Jahren 2009–2011 bezogenen Jahresmengen (s. 2. Absatz der Absichtserklärung [vgl. Rz 8]).

67. Nivarox berechnete für ihre bisherigen Drittkundinnen ab 2013 unternehmensindividuelle maximale Liefermengen, wobei Nivarox für die Zählweise auf die in Rz 50 geschilderte Methode zurückgriff. Solche unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen bildete Nivarox für nahezu alle ihrer [...] Drittkundinnen, welche im Zeitraum 2014 bis 2021 Assortiments bei Nivarox bezogen (zur Anzahl der Drittkundinnen vgl. Rz 42). Einzig [...] dieser [...] Nivarox-Drittkundinnen waren im «Referenzzeitraum» 2009–2011 keine Kundinnen von Nivarox gewesen und verfügten daher über keine unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen (siehe dazu auch unten Rz 80 ff.).¹²³

68. Die Höhe der jeweiligen unternehmensindividuellen maximalen Liefermenge variiert je Unternehmen beträchtlich. So sind die maximalen Liefermengen von [...] ([...] Summe aller [...] maximalen Liefermengen: [...] Assortiments), bei [...] der [...] Drittkundinnen [...] (Summe aller [...] maximalen Liefermengen: [...] Assortiments) und im Übrigen, d. h. bei mehr als der

¹²⁰ RPW 2014/1, 283 Rz 485, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹²¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 30.

¹²² Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

¹²³ Es handelt sich um [...]. Diese bezogen seit 2015 jeweils höchstens in [...] Stückzahlen Assortiments (im gesamten Zeitraum 2014–2021 zusammen [...] Assortiments).

Hälfte der betroffenen [...] Drittkundinnen, [...] oder sogar nur [...] (Summe aller [...] Liefermengen: [...] Assortiments).

69. Die insgesamt nach der Absichtserklärung jährlich an die [...] Drittkundinnen zu liefernde Assortimentsmenge, d. h. die Summe aller unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen, beläuft sich auf [...] Assortiments pro Jahr. Im Jahr 2014 entsprach dies rund [...] % der Jahresgesamtproduktion von Nivarox, im Jahr 2019 hingegen ca. [...] % und im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) rund [...] %.

70. Die tatsächlich insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge nahm im Zeitraum 2014 bis und mit 2020 ab, da verschiedene der [...] Drittkundinnen den Bezug über die Jahre reduzierten (so insbesondere [...]) oder sogar ganz einstellten (so insbesondere [...]).¹²⁴ So sank die insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge von [...] Assortiments im Jahr 2014 auf [...] Assortiments im Jahr 2019, d. h. um [...] %; im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) lieferte Nivarox an Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge insgesamt [...] Assortiments.

71. Konzerninterne Abnehmerinnen hatten keine unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen. Gemäss Nivarox sei mit konzerninternen Abnehmerinnen eine laufende Abstimmung des Bedarfs möglich gewesen, weshalb diese Abnehmerinnen mit den von ihnen gewünschten Mengen beliefert wurden.¹²⁵

B.3.3.1.2. Anwendung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin

72. Gemäss eigenem Vorbringen hat Swatch Group die unternehmensindividuellen Liefermengen ab 2014 – ausser für das Jahr 2020 (zur Verteilung der «freigewordenen Mehrmenge 2020» vgl. unten Rz 88 ff.) – gegenüber ihren Drittkundinnen nahezu strikt zur Anwendung gebracht. Konkret bedeutet dies insbesondere, dass Nivarox die betroffenen Drittkundinnen jährlich mit entsprechenden Informationsschreiben auf die unternehmensindividuellen maximalen Liefermengen hinwies¹²⁶ und die Drittkundinnen in der Regel keine die maximalen Liefermengen überschreitende Mengen bestellten und erhielten.¹²⁷

73. Habe es von Seiten der Drittkundinnen dennoch unaufgeforderte Anfragen auf die Lieferung von Assortiments gegeben, deren Erfüllung die Überschreitung der unternehmensindividuellen maximalen Liefermenge zur Folge gehabt hätte (nachfolgend: Mehranfrage bzw. Mehrlieferung bzw. Mehrmenge), habe Nivarox diesen entsprochen, soweit es ihr möglich gewesen sei: So hätten im Zeitraum 2013 bis und mit 2021 [...] bisherige Drittkundinnen Mehranfragen gestellt. [...] dieser [...] Drittkundinnen habe Nivarox mit der gewünschten Mehrmenge bedient (gelieferte Mehrmenge insgesamt [...] Assortiments). In einem Fall davon sei die Belieferung versehentlich und ohne Abfrage der Gründe für die Mehranfrage erfolgt. Gegenüber [...] (Bestellung von [...] zusätzlichen Assortiments im Jahr 2014 auf 2015), und [...] (2013: Mehranfrage i.H.v. [...] Stück für 2014; 2018: Mehranfrage i.H.v. [...] Stück für 2019; 2019: Mehranfragen für 2021 und 2022 i.H.v. je [...] Stück) verweigerte Nivarox die Lieferung der gewünschten Mehrmengen.

74. Soweit Nivarox Mehrlieferungen verweigerte, sei dies geschehen, weil Nivarox ihre Absichtserklärung im Sinne der Gleichbehandlung und Marktsicherheit habe umsetzen wollen.¹²⁸

¹²⁴ Vgl. Act. 13, Anhang 24.

¹²⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35.

¹²⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 34 f.

¹²⁷ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35 f.; Anhang 24.

¹²⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 32, 37, 45.

Nivarox habe ausserdem keine freien Produktionskapazitäten für Mehrlieferungen gehabt.¹²⁹ Da Assortiments kundenspezifisch und mit langer Durchlaufzeit produziert würden (vgl. insbesondere oben Rz 35 f.), sei es Nivarox insbesondere nicht möglich gewesen, Kapazitäten, welche infolge der Nichtbestellung durch andere Drittkundinnen frei wurden (vgl. dazu etwa Rz 52 f., 70), kurzfristig für Mehranfragen anderer Drittkundinnen zu verwenden. Die Aufrechterhaltung von grösseren Produktionskapazitäten sei Nivarox nicht zuzumuten gewesen, weil sie sonst – wegen der fehlenden Planbarkeit der Nachfrage und ohne Abnahmegarantien durch Drittkundinnen – ein übermässiges Absatzrisiko in einem schrumpfenden Markt hätte tragen müssen. Die Mehranfragen von [...] für die Jahre 2021 und 2022 seien zudem generell überzogen, weil sie nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Nivarox habe vielmehr befürchtet, dass [...] die Assortiments für unlautere Zwecke verwendet. Zu denken sei beispielsweise an den Einbau der Nivarox-Assortiments in mechanische Uhrwerke, die ins Ausland geliefert würden und zum Einbau in Uhren bestimmt seien, die den Swiss Made-Bestimmungen gemäss Schweizer Gesetzgebung nicht entsprechen, aber unter lokalen Vorschriften dennoch als Swiss Made verkauft würden («faux Swiss Made»), an den Einbau in mechanische Uhrwerke von [...], die bei einem Testkauf in einer Fälschung vorgefunden worden seien sowie an ein «Austrocknen» der Konkurrenz von [...], indem sie die Mehrmengen an Lager lege.¹³⁰

B.3.3.2 (Keine) Lieferung anderer Produkte

75. Mit der Absichtserklärung hatte sich Nivarox dazu bereit erklärt, jede bisherige Drittkundin mit denjenigen Nivarox-Produkten zu beliefern, welche diese Drittkundin im «Referenzzeitraum» 2009–2011 bezogen hatte (s. 2. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]). Gemäss Absichtserklärung wollte Nivarox also nur solche Assortiments an ihre Drittkundinnen liefern, welche diese Drittkunden im «Referenzzeitraum» 2009–2011 baugleich für die von ihnen jeweils hergestellten mechanischen Uhrwerke erhalten hatten (nachfolgend: bisher bezogene Produkte).

76. Gemäss eigenem Vorbringen hat Swatch Group die Beschränkung auf bisher bezogene Produkte – ausser gegenüber [...] (vgl. unten Rz 83 ff.) – nahezu strikt zur Anwendung gebracht. Konkret bedeutet dies insbesondere, dass Nivarox die betroffenen Drittkundinnen jährlich mit entsprechenden Informationsschreiben auf die beziehbaren Produkte hinwies und die Drittkundinnen in der Regel keine neu- oder weiterentwickelten Assortiments (z.B. andere Form bzw. Konstruktion des Ankerrads oder der Unruh; nachfolgend: andere Produkte) erhielten.¹³¹ Nach Angaben von Swatch Group sei Nivarox im Rahmen des Möglichen insofern auf die Bedürfnisse der Drittkundinnen eingegangen als dass sie bei bisher bezogenen Produkte «technische Anpassungen» (z.B. Vergrösserung oder Verkleinerung des Unruhreifens oder des Ankerradritzels) oder Überarbeitungen vorgenommen habe, die Produktion von länger nicht mehr bezogenen Assortiments wieder aufgenommen habe und auch einzelne Baumodule oder Komponenten eines Assortiments geliefert habe, welche im «Referenzzeitraum» 2009–2011 von der betroffenen Drittkundin nicht bezogen worden seien.¹³²

¹²⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 37, 45.

¹³⁰ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 51.

¹³¹ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33. 38 f.

¹³² Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 33. 38 f.; Anhang 21.

77. Gemäss Angaben von Swatch Group fragten im Zeitraum 2014–2021 bei Nivarox konkret [...] bisherige Drittkundinnen die Belieferung mit anderen Produkten an (die Anfragen stammen alle aus dem Zeitraum 2016–2019).¹³³ Dabei handelt es sich um die folgenden Unternehmen: [...] ¹³⁴. Die Erfüllung dieser Anfragen hat Nivarox nach seinen eigenen Schilderungen – ausser gegenüber [...] (s. dazu Rz 83 ff.) – verweigert.¹³⁵

78. Soweit Nivarox die Belieferung mit anderen Produkten verweigerte, sei dies geschehen, weil die Anfragen keine bisher bezogenen Produkte gemäss Absichtserklärung erfasst hätten, die Entwicklung der angefragten Produkte technisch hochkomplex gewesen sei, keine Kapazitäten bestanden hätten und/oder die Anfrage patentgeschützte Produkte ([...]) betroffen habe.¹³⁶

79. Bei konzerninternen Abnehmerinnen bestanden gemäss Nivarox keine Beschränkungen in Bezug auf die bei Nivarox beziehbaren Produkte. Insbesondere waren hier Neuentwicklungen möglich und erhielten die konzerninternen Abnehmerinnen auch patentgeschützte Produkte ([...]).¹³⁷

B.3.3.3 (Keine) Aufnahme neuer Drittkundinnen

80. Die Lieferzusagen bzw. -Beschränkungen gemäss Absichtserklärung bezogen sich einzig auf bisherige Drittkundinnen (vgl. oben Rz 8). Neue Drittkundinnen nahm Nivarox gemäss eigenem Vorbringen seit 2014 grundsätzlich nicht mehr auf.

81. So haben nach Angaben von Swatch Group seit 2014 [...] Unternehmen, welche im «Referenzzeitraum» von 2009–2011 keine Assortiments bei Nivarox bezogen hatten, bei Nivarox angefragt, ob Nivarox sie mit Assortiments beliefern könne. In [...] Fällen ([...] Anfragen aus dem Ausland, [...] aus der Schweiz) habe Nivarox eine Belieferung verweigert und teilweise auf alternative Assortimentsproduzentinnen verwiesen. Bei den nicht belieferten Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder äusserst geringe Mengen (<50 Stück) bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten. In [...] Fällen ([...]) erhielten die Unternehmen die angefragten Produkte und Mengen (Liefermenge im Zeitraum 2014 bis 2021 insgesamt: [...] Assortiments).

82. Soweit Nivarox die Aufnahme als Neukundinnen verweigerte, sei dies aus technischen und/oder produktbezogenen Gründe geschehen oder weil Nivarox aus Kapazitätsgründen keine Neukundinnen habe aufnehmen wollen.¹³⁸

¹³³ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

¹³⁴ Im Falle von [...] begründet Nivarox die Nichtbelieferung damit, dass die Neuentwicklung zur kontinuierlichen Belieferung von [...] mit Mehrmengen geführt hätte (Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 39). Dieser Fall kann also auch als Verweigerung von Mehrmengen qualifiziert werden.

¹³⁵ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38 f.

¹³⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

¹³⁷ Vgl. nur Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, Anhang 21.

¹³⁸ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 40.

B.3.3.4 (Verzögerte) Lieferung von Assortiments für das [...]

83. [...] ¹³⁹ [...] ¹⁴⁰, hatte bis 2019 – anders als ETA [...] – kein [...] in ihrem Sortiment. ¹⁴¹ Dies war von Seiten der [...] mehrfach bemängelt worden und schwächte die Wettbewerbssituation von [...] aufgrund der geringeren Sortimentsbreite. ¹⁴² Um ihr Sortiment – insbesondere mit Blick auf den von ETA angekündigten Rückzug vom Drittkundinnenmarkt – zu erweitern, kontaktierte [...] daher [...] Nivarox betreffend die Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für [...].

84. Nivarox verweigerte die Entwicklung und Belieferung zunächst mit Verweis auf fehlende Kapazitäten. ¹⁴³ Tatsächlich waren gemäss den vorliegenden Beweismitteln [...] Neu- und Weiterentwicklungsprojekte bei Nivarox hängig. Bis [...] halbierte sich [...] der Neu- und Weiterentwicklungsprojekte [...] nur noch [...] Projekte und Nivarox hatte für das Jahr 2020 generell genügend Produktionskapazitäten (vgl. unten Rz 88 f.). ¹⁴⁴ Im Oktober 2019 – nachdem [...] die Wettbewerbsbehörden über die Lieferverweigerung informiert hatte und Swatch Group hierüber in Kenntnis gesetzt war ¹⁴⁵ (vgl. oben Rz 16) – sagte Nivarox [...] eine Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für das [...] zu.

85. Für das Jahr 2020 bestellte [...] sodann [...]; für das Jahr 2021 kaufte [...] Assortiments. ¹⁴⁶ Da [...], ¹⁴⁷ konnte die Auslieferung der serienreifen Nivarox-Assortiments erst [...] beginnen.

86. [...] [...] [...] ¹⁴⁸ [...] ¹⁴⁹ [...].

87. [...] verkaufte nach eigenen Angaben [...] mechanische Uhrwerke des Kalibers [...]. ¹⁵⁰

B.3.3.5 Verteilung der freigewordenen Mehrmenge 2020

88. Ende September 2019 informierte Nivarox sämtliche Drittkunden darüber, dass sie infolge des ETA-Rückzugs vom Drittkundinnenmarkt über freie Kapazitäten für 2020 verfüge, welche sie ihren Drittkunden zusätzlich zu den ohnehin schon bestätigten Liefermengen für 2020 offerieren wolle. Nivarox forderte die Drittkunden dazu auf, bei Interesse entsprechende Bestellungen aufzugeben. ¹⁵¹

89. Daraufhin gaben die folgenden [...] Unternehmen gegenüber Nivarox Bestellungen ab: [...]. Die insgesamt [...] bestellte Mehrmenge betrug [...] Assortiments. Die von [...] bestellten Mehrmengen sind unbekannt. Nivarox bediente die Bestellungen der [...] Unternehmen folgendermassen:

¹³⁹ RPW 2021/2, [...], [...], *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴⁰ Vgl. RPW 2021/2, [...], [...] *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴¹ Vgl. RPW 2021/2, [...], *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴² Vgl. etwa RPW 2021/2, [...], *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

¹⁴³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 40.

¹⁴⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 57.

¹⁴⁵ Vgl. Act. 27.7.

¹⁴⁶ Vgl. Act. 15, S. 33.

¹⁴⁷ Vgl. Belege in Act. 13, Anhang 45.2.

¹⁴⁸ Act. 15, S. 15.

¹⁴⁹ Act. 15, S. 10.

¹⁵⁰ Act. 15, S. 30.

¹⁵¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 46 ff.

- [...] erhielten die von ihnen gewünschten Mehrmengen. Nivarox begründete dies damit, dass – was zutrifft – die Unternehmen trotz der Zusatzbestellungen für 2020 ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung ohnehin nicht überschritten.
- [...] erhielten ebenfalls die von ihnen bestellten Mehrmengen ([...]: [...] Assortiments; [...]: [...] Assortiments) zusätzlich zu ihren ursprünglich für 2020 bestellten Mengen, obwohl sie damit ihre maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung um [...] ([...]) bzw. [...] ([...]) überschritten. Die Mehrmengen stellte Nivarox im Produktionsfluss «Manufacture» her.
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung ebenfalls ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung (Maximalmenge: [...] Assortiments/Jahr), erhielt aber gleichwohl die bestellte Mehrmenge (insgesamt [...] Assortiments) gestaffelt über die Jahre 2020 und 2021 (2020: [...] [entspricht [...] der Maximalmenge]; 2021: [...] [entspricht [...] der Maximalmenge]). Die Mehrmengen stellte Nivarox im Produktionsfluss «Manufacture» her.
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um [...]. Die Mehranfrage betraf Assortiments aus dem Produktionsfluss «industriell», in welchem die Nivarox-Kapazitäten beschränkt gewesen seien. [...] erhielt daher von Nivarox rund [...] der bestellten Mehrmenge, d.h. tatsächlich [...] Assortiments, was [...] der maximalen Liefermenge von [...] entspricht, zusätzlich zur bereits für 2020 bestätigten Menge i.H.v. [...].
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ihre maximale Liefermenge i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um [...]. Die Mehranfrage betraf ebenfalls Assortiments aus dem Produktionsfluss «industriell», in welchem die Nivarox-Kapazitäten beschränkt gewesen seien. Nivarox sprach [...] deshalb rund [...] der bestellten Mehrmenge zu, d.h. tatsächlich [...] Assortiments, was [...] der maximalen Liefermenge von [...] entsprach, zusätzlich zur bereits für 2020 bestätigten Menge i.H.v. [...] Assortiments.
- [...] überschritt mit ihrer Zusatzbestellung i.H.v. [...] Assortiments ebenfalls ihre maximale Liefermenge gemäss Absichtserklärung i.H.v. [...] Assortiments/Jahr, und zwar um rund [...]. In Bezug auf [...] habe Nivarox zusätzlich zu den beschränkten Nivarox-Kapazitäten im Produktionsfluss «industriell» auch die «realen Bedürfnisse von [...] und ihr bisheriges Bestellverhalten» sowie die Marktverhältnisse insgesamt berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund sei die Mehranfrage von [...] überzogen gewesen (vgl. auch Rz 74), weshalb Nivarox [...] nur eine Mehrlieferung i.H.v. [...] Assortiments bestätigte, zusätzlich zur bereits bestätigten Menge i.H.v. [...]. Diese Mehrmenge entspricht [...] der maximalen Liefermenge von [...] bzw. [...] der Mehranfragen von [...] aus den Jahren 2013 und 2018 (siehe oben Rz 73 f.).

B.3.3.6 Preiserhöhungen

90. Nivarox erhöhte im Zeitraum 2013 bis September 2021 insgesamt fünfmal die Preise (zuletzt im November 2018).¹⁵² Die Preiserhöhungen bewirkten kumuliert eine Erhöhung der Verkaufspreise um rund 55 %. Diese Preiserhöhung betraf die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, welche im Zeitraum 2014 bis 2020 über [...] der gesamten Assortimentsproduktion von Nivarox abnahm (vgl. oben Rz 43), gleichermassen.¹⁵³

¹⁵² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

¹⁵³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

91. Zur Begründung der einzelnen Preiserhöhungen verweist Nivarox auf ihre Erhaltungs- und Erneuerungskosten alleine in Bezug auf die Herstellung von herkömmlichen Assortiments (Investitionen in Höhe von CHF [...] Mio. im Zeitraum 2011 bis 2019), die gestiegenen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage bzw. der -produktion im Zeitraum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge), gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten sowie insbesondere darauf, dass Nivarox Kapazitäten zur Lieferung von herkömmlichen Assortiments infolge der Absichtserklärung habe aufrecht erhalten müssen, ohne dass von Seiten der Drittkundinnen Abnahmegarantien bestanden hätten.¹⁵⁴ Zudem würden die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen als diejenigen für Konkurrenzprodukte.¹⁵⁵ Vergleichbares ergibt sich auch aus den Ausführungen von Sellita (vgl. etwa Rz 57).

92. Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag im Zeitraum 2014–2020 im Jahr 2014 am [...] ([...] %). Danach [...] %, um bis 2018 [...] % [...]. 2019 lag es bei [...] % und im Jahr 2020, dem ersten Jahr der Corona-Pandemie, bei [...] %.¹⁵⁶

B.3.3.7 Bestellmodalitäten

93. Nivarox gab die Absichtserklärung über die Belieferung der Drittkundinnen unter der «Bedingung» ab, dass die Drittkundinnen «feste Bestellungen» für jedes Kalenderjahr bis spätestens zwölf Monate im Voraus, d.h. z.B. für 2015 bis spätestens zum 31. Dezember 2013, platzieren (3. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]). Diese feste Bestellung zwölf Monate im Voraus bestätigte Nivarox in der Regel erst kurz vor Beginn des betreffenden Kalenderjahrs, d.h. z.B. feste Bestellungen von 2013 für 2015 bestätigte Nivarox erst Ende 2014.¹⁵⁷ Eine weitere «Bedingung» der Absichtserklärung war es, dass zeitgleich mit der «festen Bestellung» eine «unverbindliche» Vorschau auf das Folgejahr, d.h. z.B. für 2016 bis spätestens zum 31. Dezember 2013, abgegeben wird (4. Absatz der Absichtserklärung [Rz 8]).

94. Gemäss eigenem Vorbringen hat Nivarox bei den Drittkundinnen auf die Einhaltung der genannten Bestell- und Mitteilungsfristen hingewirkt, allerdings im Einzelfall auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten und unter Berücksichtigung der maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung bedient bzw. dies versucht.¹⁵⁸ Die Bestellmodalitäten seien für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig.¹⁵⁹ Sie würden somit der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen.¹⁶⁰

95. Für konzerninterne Abnehmerinnen bestanden keine solchen Bestellmodalitäten. Gemäss Nivarox sei mit konzerninternen Abnehmerinnen eine laufende Abstimmung des Bedarfs möglich gewesen.¹⁶¹

¹⁵⁴ Siehe zu alledem Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff. m.w.N.

¹⁵⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 73.

¹⁵⁶ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 72.

¹⁵⁷ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 79.

¹⁵⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75 f.

¹⁵⁹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 79.

¹⁶⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 76 f.

¹⁶¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 35.

B.3.4 Auswirkungen der Absichtserklärung und ihrer Umsetzung

96. Im Rahmen einer Vorabklärung können keine umfassenden Abklärungen zu den Auswirkungen einer abzuklärenden Verhaltensweise gemacht werden. Folgendes kann in Bezug auf die Auswirkungen des vorgenannten Verhaltens von Nivarox indes festgehalten werden:

97. Soweit Nivarox infolge der Umsetzung der Absichtserklärung Anfragen von bestehenden Drittkundinnen auf Lieferung zusätzlicher Mengen oder anderer Produkte ablehnte (vgl. oben Rz 72 ff., 75 ff., 88 f.) oder – im Falle der Lieferung von Assortiments für [...] – verzögert akzeptierte (vgl. oben Rz 83 ff.), stellt dies eine Behinderung dieser Drittkundinnen bei ihrer Produktion dar. Denn diese Unternehmen konnten deshalb (jedenfalls zunächst) nicht die aus ihrer Sicht erforderlichen Mengen an mechanischen Uhrwerken und/oder Fertiguhren in den von ihnen gewünschten technischen Ausführungen produzieren: Ihnen fehlte dafür (jedenfalls zunächst) der gewünschte Input-Faktor. Entsprechendes gilt auch für Unternehmen, welche neu Drittkundinnen werden wollten und deren Anfragen abgelehnt wurden (vgl. oben Rz 80 ff.). Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass Nachfragerinnen von Assortiments generell davon absahen, bei Nivarox überhaupt eine Anfrage auf Belieferung zu stellen, da sie davon ausgingen, dass Nivarox ihre Anfrage wegen der Absichtserklärung ohnehin ablehnen würde.

98. Wie schwer das Fehlen des Input-Faktors für die betroffenen Unternehmen wog, ist zum aktuellen Verfahrensstand nicht abschliessend beurteilbar. Für eine bedeutsame Wirkung spricht auf der einen Seite insbesondere, dass Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen – insbesondere im Fertiguhrenbereich – ebenfalls tätig ist (vgl. oben Rz 40, Abbildung 1) und die aufgezeigten Verhaltensweisen so das Potential haben, die Konkurrenzsituation auf den nachgelagerten Märkten zugunsten von Swatch Group zu verfälschen. Denn ETA sowie den Swatch Group-Uhrenmarken standen jeweils die bei Nivarox nachgefragten Mengen und Produkte zur Verfügung (vgl. insbesondere oben Rz 71, 79). Kommt hinzu, dass sich die Swatch Group-Tochter ETA im hier zu prüfenden Zeitraum (2014–2022) gleichzeitig vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. nur Rz 19). Davon betroffene Herstellerinnen von Fertiguhren waren – wollten sie ihre Absatzmenge beibehalten oder gar steigern – deshalb darauf angewiesen, dass andere Lieferantinnen von mechanischen Uhrwerken, z. B. Sellita, den Bedarf decken oder sie selbst ihre Eigenproduktion an mechanischen Uhrwerken steigern können. Beides erfordert, dass jemand – die betroffene Fertiguhrenherstellerin selbst oder eine von Swatch Group unabhängige Herstellerin von mechanischen Uhrwerken (z.B. Sellita) – den Bezug von Assortiments steigern kann bzw. in ausreichendem Masse mit Assortiments versorgt ist.

99. Auf der anderen Seite ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Nivarox die weit überwiegende Anzahl der Bestellungen der [...] bisherigen Drittkundinnen und teilweise auch von Neukundinnen erfüllte (vgl. Rz 81, 83 ff., 88 f.), teilweise auch dann, wenn es um Mehrmengen oder andere Produkte ging (vgl. insbesondere Rz 73, 83 ff., 88 f.). Demgegenüber lehnte Nivarox nur vereinzelt konkrete Anfragen auf Lieferung *zusätzlicher* Mengen oder *anderer* Produkte (nicht aber auf Lieferung von modifizierten Assortiments; vgl. Rz 76) endgültig und vollständig ab (vgl. zu diesen Fällen Rz 73, 77, 81). Die im Zeitraum 2014 bis 2020 verweigerten Mengen entsprechen dabei nur rund [10–20] % der in diesem Zeitraum insgesamt an Drittkundinnen gelieferten Assortimentsmenge (rund [...] Assortiments).¹⁶² Dementsprechend hat seit 2014 auch einzig ein Unternehmen (Sellita) eine Anzeige gegen Nivarox bei den Wettbewerbsbehörden eingereicht und dies, obwohl, wie aufgezeigt, nicht nur dieses von den vereinzelt Verweigerungen betroffen war (vgl. oben Rz 67 ff., 73 f., 77 f., 81 f., 89). Es kann deshalb als fraglich angesehen werden, ob das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit branchenweit kritisch gesehen wurde.

¹⁶² Eigene Berechnung des Sekretariats anhand der für Drittkundinnen produzierten Mengen (vgl. Tabelle 4) sowie der nicht bedienten Mehranfragen (vgl. Rz 73, 89).

100. Kommt hinzu, dass die einzige Anzeigerin Sellita – trotz Nachfrage des Sekretariats – keinen konkreten Fall aufzeigen konnte, in dem sie seit 2014 ihrerseits eine konkrete Anfrage einer ihrer Kundinnen auf Lieferung eines Sellita-Uhrwerks nicht oder nur verspätet bedienen konnte, weil sie nicht über genügende Assortiments verfügte.¹⁶³ Aus den von Sellita eingereichten Unterlagen folgt vielmehr, dass Sellita seit 2014 ihren Bedarf vermehrt durch [...] die Eigenproduktion [...] deckte.¹⁶⁴ Insgesamt verfügte Sellita im Zeitraum 2014 bis 2021 so über [...] zusätzliche Assortiments. [...]. Inwiefern die übrigen Unternehmen, welche von konkreten Belieferungsverweigerungen oder beschränkten Belieferungen betroffen waren, Alternativen zum Bezug von Assortiments von Nivarox fanden, ist nicht bekannt. Mit Blick auf das Absinken des «Nivarox-Anteils» an der Gesamtproduktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken im Zeitraum 2014 bis 2020 (vgl. oben Rz 58 f.) ist durchaus denkbar, dass diese Unternehmen bei alternativen Lieferanten Baumodule oder Komponenten beziehen oder sie solche selbst produzierten konnten.

101. Für die Wirkungen der aufgezeigten Verhaltensweisen kann zudem die Gesamtnachfrage nach Assortiments, mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und Swiss Made-Uhren nicht ausser Acht gelassen werden. Für den hier interessierenden Zeitraum seit 2014 ist der Trend zu beobachten, dass die pro Jahr produzierte Gesamtmenge an mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. Swiss Made-Uhren sank, während die Stückpreise stiegen.¹⁶⁵ So sank die Gesamtzahl der produzierten mechanischen Swiss Made-Uhrwerke im Zeitraum 2014–2019 um rund 14,5 % (von ca. 9,8 Mio. Uhrwerken auf rund 8,4 Mio. Uhrwerke; 2014–2020: -35 %; 2014–2021: -22 %).¹⁶⁶ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass ein Teil dieses Rückgangs auch auf den Rückzug von ETA vom Drittkundenmarkt (vgl. nur Rz 19) zurückzuführen ist: ETA reduzierte im Zeitraum 2014–2019 ihre Verkaufsmenge für Drittkundinnen nämlich um rund [...] Stück.¹⁶⁷ Allerdings ist zu beachten, dass die von Nivarox für konzerninterne Abnehmerinnen produzierte Menge von rund [...] Assortiments im Jahr 2014 auf rund [...] Assortiments im Jahr 2019 [...] .¹⁶⁸ Dies bedeutet eine [...] des Eigenbedarfs um insgesamt [...] Assortiments ([...]%) bzw. – liesse man den [...] des Assortimentsbedarfs von ETA für Uhrwerke, welche ETA an Dritte lieferte, [...] – einen [...] des «echten Eigenbedarfs»¹⁶⁹ um insgesamt [...] Assortiments ([...] %).¹⁷⁰ An diesen Umständen manifestiert sich zum einen, dass sich das geprüfte Nivarox-Verhalten tatsächlich in einem der Menge nach schrumpfenden Marktumfeld abspielte.¹⁷¹ In einem solchen erscheinen Lieferverweigerungen oder Lieferbeschränkungen

¹⁶³ Sellita behauptet, dies liege daran, dass [...]. Einige wenige Belege reichte Sellita betreffend [...] Vorfälle vor 2014 ein. In diesen Fällen ging es indes um [...] ETA-Uhrwerke [...] (Sellita bezog bis 2019 auch Uhrwerke bei ETA, welche sie an Dritte verkaufte). Vgl. dazu Act. 15, S. 21, 127 ff. (Beilage K).

¹⁶⁴ Act. 15, S. 15, 32.

¹⁶⁵ Vgl. etwa RPW 2021/2, 336 Rz 143, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 27 f. Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5. S.a. <<https://www.uhrenkosmos.com/schweizer-uhrenindustrie-exporte-2021/>> (6.12.2022).

¹⁶⁶ Vgl. auch Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5.

¹⁶⁷ Vgl. Verfügung der WEKO v. 13.7.2022 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*, Rz 172 sowie Tabelle A 3.

¹⁶⁸ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29. Die insgesamt pro Jahr produzierte Menge [...].

¹⁶⁹ Bedarf aller konzerninternen Abnehmerinnen abzüglich des Bedarfs von ETA an Assortiments für mechanische Uhrwerke, welche ETA an Drittkundinnen lieferte.

¹⁷⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

¹⁷¹ Diese Tendenz dürfte sich infolge der Corona-Pandemie vor allem im Jahr 2020 und teilweise auch im Jahr 2021 noch akzentuiert haben; vgl. zu den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Produktionszahlen der Schweizer Uhrenindustrie etwa Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 5.

nicht gleichermassen nachteilig wie etwa in einem wachsenden Markt. Zum anderen zeigt sich am [...] der Nivarox-Produktion für den «echten Eigenbedarf», dass Swatch Group, welche ihren Assortimentsbedarf ausschliesslich über Nivarox deckt, ihren Anteil an der Gesamtzahl der produzierten Swiss Made-Uhrwerke und damit Swiss Made-Fertiguhren im hier interessierenden Zeitraum [...].¹⁷²

B.3.5 Zwischenergebnis zum Sachverhalt

102. Insgesamt dürfte Nivarox im Zeitraum 2014–2022 im beschriebenen Ausmass und gemäss der Selbstbeschreibung von Nivarox als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung im Bereich Assortiments anzusehen sein. So waren zu Beginn des Betrachtungszeitraums in ca. [90–100 %] aller mechanischen Swiss-Made-Uhrwerke Nivarox-Assortiments verbaut. Im Jahr 2020 lag dieser Anteil immer noch bei ca. [60–70 %]. Nivarox verfügt zudem über von der Konkurrenz unerreichte Skalenvorteile und einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion. Die Bedeutung von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 immerhin etwas gewachsen, wobei diese eher wenig konzentriert sind.

103. Nivarox gab an, sie habe die Absichtserklärung (vgl. Rz 8) seit ihrer Abgabe im Jahr 2014 vollständig umgesetzt,¹⁷³ sofern es nicht um die Bestellmodalitäten ging.¹⁷⁴ Bei den Bestellmodalitäten habe sie im Einzelfall auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten und unter Berücksichtigung der maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung bedient bzw. dies versucht.¹⁷⁵ Im Einzelnen hat sich Nivarox gemäss der vorliegenden Akten seit 2014 folgendermassen verhalten:

- Nivarox beschränkte die jährlichen Lieferungen von Assortiments an ihre bisherigen Drittkundinnen pro Unternehmen auf bestimmte jährliche Höchstmengen, welche den Durchschnittsmengen der in den Jahren 2009–2011 je Unternehmen bezogenen Jahresmengen entsprechen (maximale Liefermengen; vgl. Rz 66 ff.), sowie auf die in den Jahren 2009–2011 von diesen Drittkundinnen bezogenen Produkte (vgl. Rz 75 f.).
- Soweit es einzelne Anfragen von bisherigen Drittkundinnen auf Lieferung von *zusätzlichen* Mengen oder *anderen* Produkten gab, lehnte Nivarox diese teilweise vollständig oder anteilmässig ab (vgl. Rz 73, 77, 88 f.) bzw. kam diesen – im Fall der Bestellungen für [...] – nur verzögert nach (vgl. Rz 83 ff.).
- Nivarox lehnte konkrete Anfragen von Unternehmen, welche bislang keine Kundinnen von Nivarox waren, auf Lieferung von Assortiments vollständig oder teilweise ab (vgl. Rz 81).
- Nivarox etablierte Bestellmodalitäten, wonach feste Bestellungen für ein bestimmtes Kalenderjahr bereits zwei Kalenderjahre vorher abgegeben werden mussten. Mit der Bestellung sollte zudem bereits eine Vorschau auf das drittnächste Kalenderjahr abgegeben werden (vgl. Rz 93 ff.).

¹⁷² Auch mit Blick auf die Umsätze wird davon ausgegangen, dass [...]; vgl. Act. 24, Bericht von Morgan Stanley und LuxeConsult, S. 17, sowie RPW 2014/1, 250 ff. Rz 272 ff., *Swatch Group Lieferstopp*. Ob diese Tendenz für sämtliche preisbezogenen Marktsegmente des Fertighuhrenmarktes (vgl. dazu RPW 2014/1, 231 f. Rz 145 ff., 251 f. Rz 277 f., *Swatch Group Lieferstopp*) gleichermassen gilt, konnte im Rahmen der Vorabklärung nicht abgeklärt werden (vgl. Rz 96).

¹⁷³ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 30.

¹⁷⁴ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75.

¹⁷⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 75 f.

- Die konzerninternen Abnehmerinnen waren von den vorgenannten Restriktionen nicht betroffen. Insbesondere könnten diese im Grundsatz die gewünschten Assortiments in den angefragten Mengen bei Nivarox beziehen (vgl. Rz 71, 79).
- Nivarox erhöhte im Zeitraum 2013 bis September 2021 insgesamt fünfmal die Preise (zuletzt im November 2018).¹⁷⁶ Die Preiserhöhungen bewirkten kumuliert eine Erhöhung der Verkaufspreise um rund 55 % (vgl. Rz 90 ff.). Diese Preiserhöhungen betrafen die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermassen.

104. Im Rahmen einer Vorabklärung können die Auswirkungen der beschriebenen Verhaltensweisen nicht umfassend abgeklärt werden. Diesbezüglich kann immerhin das in den Rz 97–101 Ausgeführte festgehalten werden. Folgendes sei an dieser Stelle wiederholt:

- Die vorgenannten Verhaltensweisen haben zumindest das Potential, die betroffenen Konkurrentinnen von Swatch Group im Bereich der Herstellung von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken und Swiss Made-Fertiguhren bei der Produktion zu behindern bzw. die Konkurrenzsituation auf den nachgelagerten Märkten zugunsten von Swatch Group zu verfälschen.
- Es sind indes keine konkreten Fälle bekannt, in denen die von Lieferverweigerungen betroffenen Drittkundinnen wegen des Verhaltens von Nivarox eine Belieferung ihrer Abnehmerinnen vollständig oder teilweise verweigern mussten. Mit Blick auf die vorliegenden Informationen ist im Gegenteil durchaus denkbar, dass diese Unternehmen bei alternativen Lieferanten Assortiments-Baumodule oder -Komponenten beziehen oder sie solche selbst produzierten konnten.
- Festzuhalten ist des Weiteren, dass Nivarox die weit überwiegende Anzahl der an sie gerichteten Bestellungen ihrer [...] bisherigen Drittkundinnen und teilweise auch von Neukundinnen vollständig erfüllte, vereinzelt auch dann, wenn es um Mehrmengen oder andere Produkte ging. Nivarox lieferte dementsprechend im Zeitraum 2014 bis 2020 insgesamt rund [...] Assortiments an Drittkundinnen aus.
- Das geprüfte Verhalten von Nivarox spielte sich in einem der Menge nach schrumpfenden Marktumfeld ab. In einem solchen erscheinen Lieferverweigerungen oder Lieferbeschränkungen nicht gleichermassen nachteilig wie etwa in einem der Menge nach wachsenden Markt.
- Es ist nicht ersichtlich, dass Swatch Group im hier interessierenden Zeitraum [...].

105. Gemäss vorliegender Akten will Nivarox [...].¹⁷⁷

C Erwägungen

106. Zu prüfen ist, ob mit Blick auf den vorstehenden Sachverhalt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts bestehen. Nicht zu prüfen ist im Rahmen der Vorabklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (vgl. Art. 26 f. KG).

¹⁷⁶ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59 ff.

¹⁷⁷ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

C.1 Geltungsbereich

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

108. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die vorliegende Vorabklärung richtet sich gegen Nivarox, welche zum Swatch Group-Konzern gehört (vgl. oben Rz 27). Der Swatch Group-Konzern ist als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren, da er als Anbieter und Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt. Das Kartellgesetz ist mithin in persönlicher Hinsicht anwendbar.

109. Vorliegend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG vorliegen (vgl. oben Rz 1, 21). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.¹⁷⁸ Ob tatsächlich Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 117 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet. In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz folglich anwendbar.

110. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften

111. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Es sind in casu keine Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gegeben.

112. Da es in dieser Vorabklärung auch um die Frage geht, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox die Möglichkeit des Bezugs von patentgeschützten Produkten durch Drittkundinnen kartellrechtswidrig eingeschränkt hat (vgl. insbesondere Rz 77, 172 f., 180), ist auf Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG einzugehen. Danach fallen Wettbewerbswirkungen nicht unter das Kartellgesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG ist nach gängiger Praxis restriktiv auszulegen, weshalb in der Regel eine Anwendbarkeit des Kartellrechts auch auf Sachverhalte mit patentrechtlichen oder innovationsbezogenen Implikationen gegeben ist.¹⁷⁹ Höchstens der Bestand des Patentrechts ist nicht Gegenstand des Kartellrechts, wohl aber jede Art und Weise der Ausübung bzw. Nutzung des patentgeschützten Produkts, etwa dann, wenn sich Unternehmen in Bezug auf die Zurverfügungstellung eines patentgeschützten Produkts auf die negative Vertragsfreiheit berufen

¹⁷⁸ Vgl. nur RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros – EEF*; Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468, 547 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 N 14.

¹⁷⁹ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 81 ff., E. 528 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; RETO HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 3 Abs. 2 N 21 ff., ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 44 ff.

wollen.¹⁸⁰ Das Kartellgesetz ist damit vorliegend auch in Bezug auf die Verweigerung der Lieferung von patentgeschützten Produkten anwendbar.

C.3 Kein Vertrauensschutz

113. Swatch Group macht in ihrer Stellungnahme zu Vorabklärung geltend,¹⁸¹ das in der Vorabklärung abzuklärende Verhalten stütze sich mit Blick auf die Absichtserklärung aus dem Jahr 2013 (vgl. oben Rz 8) auf eine Grundlage, welche den Wettbewerbsbehörden von Beginn weg bekannt sei. Die Wettbewerbsbehörden hätten seitdem keine kartellrechtlichen Beanstandungen geäussert, auch nicht nach der Anzeige von Sellita im Juni 2019 (vgl. dazu Rz 16). Swatch Group bzw. Nivarox habe daher im Vertrauen auf diese Haltung der Behörden ihre Praxis am Markt ohne grundsätzliche Beanstandung durch die Marktteilnehmer umgesetzt. Soweit dieses Vorbringen so zu verstehen sein soll, dass Swatch Group meint, eine kartellrechtliche Beurteilung des mutmasslichen Verhaltens von Nivarox sei deshalb (zu Ungunsten von Swatch Group) ausgeschlossen, ist Folgendes zu beachten.

114. Gemäss Art. 9 BV¹⁸² hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.¹⁸³

115. Vorliegend fehlt es an einer Vertrauensgrundlage für den allfälligen Ausschluss der kartellrechtlichen Beurteilung der abzuklärenden Verhaltensweisen. Eine solche kann weder in der Weigerung der Wettbewerbsbehörden von Anfang 2014, ein kartellrechtliches Verfahren zu eröffnen (siehe oben Rz 13), erblickt werden, noch im Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden trotz wiederholter Anzeigen und Hinweise von Sellita zunächst nicht tätig wurden. In Bezug auf das Unterlassen der Verfahrenseröffnung von Anfang 2014 gilt dies schon deshalb, weil die Anzeigen sowie die Stellungnahmen der WEKO Swatch Group nicht bekannt gemacht wurden (vgl. Rz 14). Massgebend ist aber vor allem, dass die WEKO in der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013 explizit festhielt, sie habe die Absichtserklärung nicht kartellrechtlich geprüft und die Wettbewerbsbehörden würden frei bleiben und sich vorbehalten, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren

¹⁸⁰ Vgl. etwa DIKE KG-WEBER (Fn 179), Art. 3 N 49 und 75 ff. m.w.N.

¹⁸¹ Vgl. Act. 16.

¹⁸² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

¹⁸³ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 611 Rz 216 f., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.

nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen (siehe oben Rz 9). Eine solcher Vorbehalt vermag die Entstehung einer Vertrauensgrundlage von vorneherein zu verhindern.¹⁸⁴ Dass die Wettbewerbsbehörden die Vorwürfe von Sellita betreffend den Bereich Assortiments im Wiedererwägungsverfahren «Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» nicht inhaltlich behandelten, beruhte sodann auf rein verfahrensrechtlichen Gründen (vgl. oben Rz 17 f.), zumal das Sekretariat schon damals äusserte, es prüfe, bezüglich den Bereich Assortiments ein gesondertes Verfahren zu eröffnen (vgl. oben Rz 17). Die in dieser Vorabklärung vorzunehmende kartellrechtliche Prüfung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 entspricht somit dem, was die Wettbewerbsbehörden seit dem 21. Oktober 2013 wiederholt in Aussicht gestellt haben.

116. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die kartellrechtliche Beurteilung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ausgeschlossen ist.

C.4 Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens

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

118. Vorliegend wird wegen der Indizienwirkung der festgestellten marktbeherrschenden Stellung von Nivarox (vgl. Rz 5, 141 ff.) geprüft, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat (vgl. dazu sogleich Rz 119 ff.). Nicht geprüft wird hingegen, ob ein Missbrauch relativer Marktmacht gegeben sein könnte. Dies zum einen, weil kein Unternehmen eine individuelle wirtschaftliche Abhängigkeit von Nivarox im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG¹⁸⁵ geltend gemacht hat und zum anderen, da die abzuklärenden Verhaltensweisen im Wesentlichen in den Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Vorschriften zur relativen Marktmacht (1. Januar 2022) fallen.

C.4.1 Marktbeherrschende Stellung

119. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

120. Um festzustellen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass sich Swatch Group bzw. Nivarox in Bezug auf die Herstellung und Lieferung von Assortiments tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

¹⁸⁴ BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 8.4 m.w.H., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

¹⁸⁵ Vgl. dazu Merkblatt und Meldeformular des Sekretariats zur relativen Marktmacht; abrufbar im Internet unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html> (6.12.2022).

C.4.1.1 Relevanter Markt

121. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁸⁶

122. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.¹⁸⁷ Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹⁸⁸

C.4.1.1.1. Marktgegenseite

123. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. «Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. Anbieter und Anbieterinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁸⁹ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. der Anbieter und Anbieterinnen der durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften oder nachgefragten Leistung (Produkt oder Dienstleistung) an.¹⁹⁰ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Produkte oder Dienstleistungen beziehen oder anbieten, auf die sich die Abrede bezieht.

124. Bei den vorliegend abzuklärenden mutmasslichen Verhaltensweisen von Nivarox bilden die Herstellerinnen von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken sowie die von (Swiss Made-)Fertiguhren als Abnehmerinnen von Assortimentslieferungen die Marktgegenseite (vgl. auch Abbildung 1 nach Rz 40).

¹⁸⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.N., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸⁷ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 2 N 12 ff.; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 4 Abs. 2 KG N 94.

¹⁸⁸ Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f.; STEINVORTH (Fn 187), 924 ff. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 215, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2021/3a, 1111 f. Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁸⁹ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz 281. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 216, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2021/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁹⁰ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269 ff., *ADSL II*.

C.4.1.1.2. Sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt

125. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁹¹, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹²

126. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp*, welche ebenfalls das Verhalten von Nivarox betraf (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in sachlicher Hinsicht von einem Gesamtmarkt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments (zur technischen Definition von Assortiments vgl. oben Rz 31 ff.) aus.¹⁹³ Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung, in der nur zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox bestehen, von dieser sachlichen Marktabgrenzung abzuweichen.

127. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus.

Räumlich relevanter Markt

128. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹⁴

129. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in räumlicher Hinsicht von einem die Schweiz umfassenden Markt aus, weil die konkrete Marktgegenseite Assortiments grossmehrheitlich in der Schweiz bezog und ein Wechsel auf Assortiments ausländischer Unternehmen technisch nicht ohne weiteres möglich und aus Marketinggründen auch nicht gewollt sei.¹⁹⁵

130. Wie schon in der damaligen Untersuchung macht Swatch Group auch in dieser Vorabklärung geltend, die konkrete Marktgegenseite würde Assortiments nicht nur in der Schweiz beziehen bzw. es sei nicht zulässig, auf den Marketing-Aspekt abzustellen, weshalb der Markt weltweit abzugrenzen sei.¹⁹⁶ Zum Beleg verweist Swatch Group insbesondere auf die niederländische Assortiments-Herstellerin Flexous Mechanisms B.V.,¹⁹⁷ zu dessen Kundschaft – was gemäss öffentlich zugänglichen Quellen zutrifft – die Schweizer Fertighrenherstellerinnen Zenith (LVMH-Gruppe) und Frédérique Constant SA (Citizen-Gruppe) gehören.¹⁹⁸

131. Dass sich Nivarox gerade in jüngster Zeit Konkurrenz aus dem Ausland ausgesetzt sehen könnte, ist angesichts von konkreten Beispielen, in denen insbesondere in der Schweiz

¹⁹¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁹² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

¹⁹³ RPW 2014/1, 228 f. Rz 121 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹⁴ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.N., *Publigruppe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁵ RPW 2014/1, 229 f. Rz 128 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹⁶ Vgl. RPW 2014/1, 230 Rz 138, *Swatch Group Lieferstopp*; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 24 ff.

¹⁹⁷ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 26 f.

¹⁹⁸ Vgl. etwa <https://www.chrono24.ch/magazine/innovative-uhrenhemmungen-von-mikrosystemtechnik-und-silizium-p_97554/> (6.12.2022).

ansässige Nachfragerinnen Assortiments im Ausland bezogen haben (vgl. Rz 130), nicht ausgeschlossen. Wie gross der Einfluss von ausländischen Assortimentsherstellerinnen auf die in der Schweiz ansässigen Assortimentsproduzentinnen jedoch tatsächlich ist, müsste indes vertieft mittels Befragung der Marktgegenseite zur Substituierbarkeit von Nivarox-Assortiments durch ausländische Assortiments abgeklärt werden. Eine solche Abklärung würde im Rahmen einer Vorabklärung, in welcher «nur» zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen, einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten.

132. Immerhin kann an dieser Stelle auf die im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung* durchgeführte Marktbefragung, bei welcher es sich um eine Vollbefragung handelte,¹⁹⁹ zurückgegriffen werden. Bei dieser Befragung gaben nur drei aller 188 befragten Unternehmen²⁰⁰ an, dass sie im Zeitraum 2014–2019 Assortiments bei ausländischen Unternehmen bezogen hätten.²⁰¹ Die insgesamt in diesem Zeitraum ausserhalb der Schweiz bezogene Assortimentsmenge beläuft sich gemäss den Angaben dieser wenigen Unternehmen auf einen tiefen sechsstelligen Betrag, was im Verhältnis zur gesamten Produktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. -Fertiguhren in den Jahren 2014–2019 (insgesamt rund [...] Uhrwerke)²⁰² einen verschwindend geringen Anteil ausmacht ([...]%). Soweit die befragten Unternehmen keine Assortiments im Ausland beziehen wollten, gaben sie zur Begründung insbesondere an, dass ein Assortimentsbezug bei nicht-Schweizer Produzentinnen aufgrund von Qualitätsproblemen, namentlich bei grossen Stückzahlen, höheren Preisen oder entgegenstehenden Kundenerwartungen für sie nicht möglich sei.²⁰³

133. Es sind daher keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung von der räumlichen Marktabgrenzung gemäss dem WEKO-Entscheid i.S. *Swatch Group Lieferstopp* (vgl. Rz 129) abzuweichen. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in räumlicher Hinsicht von einem Markt für Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

Zeitlich relevanter Markt

134. Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind.²⁰⁴ Liegen wie vorliegend «Dauermärkte» und keine kurzzeitigen oder saisonalen Märkte vor, bedarf es keiner Klärung einer zeitlichen Dimension.²⁰⁵

¹⁹⁹ RPW 2021/2, 312 Fn 37, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰⁰ Siehe allgemein zu dieser Marktbefragung RPW 2021/2, 332 ff. Rz 119 ff., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰¹ Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰² Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²⁰³ Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁰⁴ Vgl. nur BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.1 m.w.N., *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*.

²⁰⁵ BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.2 m.w.N., *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*.

C.4.1.1.3. Zwischenfazit zum relevanten Markt

135. Im Ergebnis erachtet das Sekretariat damit den Markt für in der Schweiz produzierte Assortiments bzw. Assortimentskomponenten im Zeitraum 2014 bis 2022 als relevant an.

C.4.1.2 Marktstellung

136. Nach der Abgrenzung des relevanten Markts gilt es zu prüfen, ob Nivarox im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

137. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieterinnen oder Nachfragerinnen in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmerinnen (Mitbewerberinnen, Anbieterinnen oder Nachfragerinnen) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmerinnen, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüberhinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen.²⁰⁶

138. Eine marktbeherrschende Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.²⁰⁷ Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb durch andere Unternehmen gegeben sein.²⁰⁸ Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung findet der Wahrscheinlichkeitsbeweis mit multiplen Wirkungszusammenhängen Anwendung.²⁰⁹

139. Die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG erfolgt nicht anhand fixer Kriterien, massgebend ist vielmehr die umfassende Prüfung im Einzelfall.²¹⁰ Dabei kann ein hoher Marktanteil für sich betrachtet ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sein.²¹¹ Zu beachten sind daneben sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.²¹² Als solche entscheidungsmassgebenden Aspekte können neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite etwa folgende Kriterien relevant werden: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur,

²⁰⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 402, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁷ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁸ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁰⁹ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹⁰ Vgl. BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403, *Sanktionsverfügung – DCC*; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 548; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.)*, 2e édition 2013, Art. 4 II LCart N 131. S.a. RPW 2021/2, 388 Rz 415, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²¹¹ Vgl. nur BGE 130 II 459, E. 5.7.2.; BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; gemäss Bundesverwaltungsgericht begründet ein Marktanteil von über 50 % sogar eine Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹² Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 210), Art. 4 II LCart N 131.

Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kundinnen und Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.²¹³

140. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden wird bei der Beurteilung der Marktstellung der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite auf den relevanten Märkten geprüft. Im Rahmen einer Vorabklärung wird die Marktstellung nur summarisch beurteilt, da in einer solchen nicht die Unzulässigkeit des Verhaltens festgestellt werden muss, sondern nur geprüft wird, ob Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss bestehen (vgl. Rz 106).

C.4.1.2.1. Indizienwirkung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

141. Die WEKO hat mit ihrer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* im Dispositiv festgestellt, dass Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung im Sinne eines «Quasi-Monopols» innehat (vgl. oben Rz 5).²¹⁴ Diese rechtskräftige Feststellung hat nach wie vor Bestand, da Swatch Group nicht die Wiedererwägung bzw. Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox beantragte (vgl. oben Rz 10).

142. Stellt die WEKO in einem kartellrechtlichen Verfahren fest, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, und wird die entsprechende Verfügung rechtskräftig, so hat die Feststellung zwar primär eine Wirkung für den Entscheidzeitpunkt, daneben aber auch eine Bedeutung für die Zukunft.²¹⁵ Für die Zukunft bewirkt die rechtskräftige Feststellung zum einen eine besondere fusionsrechtliche Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.²¹⁶ Zum anderen hat die Feststellung für die Zukunft eine Indizienwirkung in öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Kartellverfahren. So kann die verfügende bzw. urteilende Instanz die rechtskräftige Feststellung für die eigene Prüfung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigen,²¹⁷ ohne dabei indes von der Pflicht befreit zu sein, die Marktbeherrschung im konkreten Entscheidzeitpunkt abklären zu müssen²¹⁸ (vgl. oben Rz 137 ff.). Die Indizienwirkung ist umso grösser, je kleiner der zeitliche Abstand des geprüften Verhaltens vom Feststellungszeitpunkt ist.

143. Die in Rz 141 erwähnte, in Rechtskraft erwachsene Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox hat dementsprechend für diese Vorabklärung Indizienwirkung. Diese ist für die ersten Jahre nach 2013 grösser als für das Ende des hier zu beurteilenden Zeitraums. Folgendes ist darüber hinaus zu beachten.

C.4.1.2.2. Aktueller Wettbewerb

144. Im Jahr 2013 ging die WEKO davon aus, dass Nivarox über ein Quasi-Monopol auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügt. Zwar existierten einige kleine Konkurrenten, diese verfügten aber nur über einen Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox und ihre Produkte waren preislich nicht mit Nivarox-Produkten vergleichbar. Gemäss der WEKO konnte

²¹³ Vgl. etwa Nachweise bei BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff., 345 ff.

²¹⁴ RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²¹⁵ RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 410 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²¹⁶ Vgl. nur RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²¹⁷ Vgl. BGE 137 II 199, E. 6.5.1, *Mobilfunkterminierung*. Vgl. zu einer solchen Indizienwirkung etwa RPW 2014/1, 233 Rz 160, *Swatch Group Lieferstopp*.

²¹⁸ Vgl. insbesondere BGE 137 II 199, E. 6.5.1, *Mobilfunkterminierung* sowie Nachweis in Fn 216.

sich Nivarox deshalb weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten.²¹⁹ In Bezug auf die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs seit 2014 sind die folgenden Umstände bedeutsam.

145. Insgesamt dürfte Nivarox in diesem Zeitraum – gemäss ihrer Selbstbeschreibung – als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung in diesem Bereich anzusehen sein. So waren zu Beginn des Betrachtungszeitraums in ca. [90–100 %] aller mechanischen Swiss-Made-Uhrwerke Nivarox-Assortiments verbaut. Im Jahr 2020 lag dieser Anteil immer noch bei ca. [60–70 %] (vgl. Rz 58 f.).

146. Die Bedeutung von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 zwar gewachsen (vgl. Rz 58 ff.). Bei Zugrundelegung der Schätzungen von Nivarox betrug ihr gemeinsamer Produktionsanteil aber selbst im Jahr 2020 erst [30–40] % und lag davor noch (weit) tiefer (2019: [20–30] %. 2018: [20–30] %. 2017: [30–40] %. 2016: [10–20] %. 2015: [0–10] %. 2014: [0–10] %; vgl. Rz 56).²²⁰ Auch lag der gemeinsame Marktanteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen im Drittkundinnenbereich (Verkauf von Assortiments an andere Unternehmen) laut Vorbringen von Nivarox in den Jahren 2014–2020 immer bei weniger als 50 % (vgl. Rz 56).²²¹

147. Die Anteile von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen verteilten sich dabei auch nach 2013 auf eine Vielzahl von Unternehmen (vgl. Rz 60), so dass das alternative Angebot als wenig konzentriert angesehen werden kann. Nivarox steht also nicht einer oder zwei grösseren Konkurrentinnen gegenüber, sondern einer Vielzahl kleinerer Schweizer Produzentinnen, welche nicht über vergleichbare Skalenvorteile wie Nivarox²²² verfügen und teilweise auch nicht sämtliche Baumodule bzw. Komponenten eines Assortiments produzieren²²³. Zudem verfügte Nivarox gegenüber der Konkurrenz einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion.²²⁴ Es ist daher durchaus plausibel, dass ausser Nivarox – wie Sellita behauptet²²⁵ – keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in grösseren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.

148. Nivarox kann aufgrund ihrer Geschäftsbeziehungen und ihrer Fähigkeit, grosse Mengen Assortiments in der gewünschten Qualität und zu attraktiven Preisen zu produzieren, als direkte oder zumindest indirekte Assortimentslieferantin nahezu aller wichtigen Herstellerinnen von Swiss Made-Fertiguhren bezeichnet werden (vgl. oben Rz 41 ff.). So gehören neben den

²¹⁹ RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²⁰ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²²¹ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29.

²²² Vgl. dazu insbesondere RPW 2014/1, 244 ff. Rz 242 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²³ Vgl. etwa RPW 2021/2, 377 Rz 365, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁴ Vgl. auch RPW 2014/1, 243 ff. Rz 229 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²²⁵ Act. 15, S. 20.

konzerninternen Abnehmerinnen, darunter namentlich ETA, insbesondere [...], [...] sowie verschiedene weitere Uhrwerkherstellerinnen wie die [...] zur ihrer Kundschaft.²²⁶ [...] ²²⁷ [...] ²²⁸ und war im Zeitraum 2014–2020 in Bezug auf die gelieferte Menge – [...] ²²⁹ – [...] ²³⁰.

149. Nivarox verfügt(e) damit auch im Zeitraum 2014–2022 über eine sehr starke Stellung auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments. Zwar hat die Bedeutung der Konkurrenten seit 2013 zugenommen, die Konkurrenzunternehmen produzieren aber nach wie vor nur einen Bruchteil der von Nivarox produzierten Mengen, weshalb Nivarox insbesondere von Skalenvorteilen profitiert. Zudem verfügt Nivarox gegenüber der Konkurrenz über einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014 bis heute weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten konnte.

C.4.1.2.3. Potentieller Wettbewerb

150. Zu prüfen ist damit, inwiefern Nivarox mit potentieller Konkurrenz konfrontiert ist bzw. war. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt eindringen können bzw. hätten eindringen können. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten, Skalenvorteilen bestehender Anbieter oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.²³¹

151. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* nahm die WEKO eine umfassende Prüfung von allfälligen Markteintrittsbarrieren in Bezug auf den auch in dieser Vorabklärung relevanten Markt vor.²³² Zusammengefasst kam sie damals zum Ergebnis, dass wegen der Skalenvorteile von Nivarox, ihrem Know-how- und Technologievorsprung (auch im Bereich von patentgeschützten [...]; vgl. oben Rz 53 f.) sowie ihrer Reputation sehr hohe Markteintrittshürden bestünden, welche kurz- bis mittelfristig eine hinreichend disziplinierende Wirkung durch potentielle Konkurrenz ausschliessen würden.²³³

152. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben könnten, für die Zeit nach 2013 von tieferen Markteintrittsbarrieren auszugehen. Denn auch in der Zeit nach 2013 hatte Nivarox, namentlich aufgrund ihrer Produktion für konzerninterne Abnehmerinnen, unerreichte Mengenvorteile (vgl. oben Rz 60, 147) und einen Know-how- und Technologievorsprung, welcher sich z. B. darin manifestierte, dass es Nivarox gelang, [...] im industriellen Ausmass für mechanische Swiss Made-Fertiguhren mit Preisen von unter CHF 1'000 oder knapp darüber

²²⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 15 ff., Excel-Tabellen 6 und 7.

²²⁷ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁸ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²²⁹ [...] war in den Jahren 2014–2019 mengenmässig stets die [...] Drittkundin (Bezugsmenge 2014: [...]. 2015: [...]. 2016: [...]. 2017: [...]. 2018: [...]. 2019: [...]). Im Jahr 2020 fiel sie hingegen auf den [...] Platz (Bezugsmenge: [...] Assortiments); vgl. Act. 13, Excel-Tabelle 7.

²³⁰ [...] erhielt in den Jahren 2014–2019 von Nivarox jährlich jeweils [...] Assortiments; im Jahr 2020 lieferte Nivarox [...] Assortiments. Diese Liefermengen entsprechen zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) der Jahresproduktion von Nivarox (zur Jahresproduktion vgl. oben Rz 51 ff.); vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 19 ff., Excel-Tabelle 7.

²³¹ RPW 2020/4a, 1821 Rz 461, *Strassenbau Graubünden*; RPW 2017/3, 421 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 311 ff. m.w.H.

²³² Vgl. RPW 2014/1, 243 ff. Rz 226 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²³³ S. Nachweis in Fn 232.

(vgl. auch oben Rz 53 f.) herzustellen²³⁴. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Reputation von Nivarox-Assortiments nach 2013 gelitten haben könnte. Dass es seit 2013 Markteintritte gab und bestehende Anbieter ihre Produktionsmengen steigerten (vgl. oben Rz 60 f., 147),²³⁵ steht der Bejahung von sehr hohen Markteintrittshürden nicht entgegen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass eine oder mehrere dieser Anbieterinnen betreffend die Wettbewerbsparameter Menge, Qualität und Preis mit Nivarox vergleichbar sind.

153. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der potentiellen Konkurrenz verhalten konnte.

C.4.1.2.4. Nachfragemacht der Marktgegenseite

154. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. *Swatch Group Lieferstopp* ging die WEKO nicht davon aus, dass die Kundschaft Nivarox in ausreichendem Mass zu disziplinieren vermochte. Dies zeigte sich primär daran, dass Nivarox ihre Lieferungen an Kundinnen und Kunden einseitig einstellen wollte, worin sich manifestierte, dass Nivarox bzw. Swatch Group nicht auf die Belieferung von Drittkundinnen angewiesen war. Zudem berücksichtigte die WEKO, dass alternative Schweizer Assortimentsproduzentinnen nicht über ausreichend Kapazitäten verfügten, um eine Nachfrage von ehemaligen Kundinnen von Nivarox bedienen zu können.²³⁶

155. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, die Nachfragemacht der Marktgegenseite im Zeitraum nach 2013 als ausreichend disziplinierend anzusehen. Namentlich begründet Swatch Group bzw. Nivarox die Belieferung der Drittkundinnen in der Zeit von 2014–2022 nicht mit einer betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit, sondern einzig damit, dass sie damit für die Drittkundinnen Planungssicherheit habe herstellen wollen (vgl. oben Rz 63). Auch konnte Nivarox die Lieferung der gewünschten Mengen und Produkte in den geschilderten Fällen ohne Weiteres vollständig oder teilweise verweigern bzw. verzögern (vgl. oben Rz 72 ff., 75 ff., 80 ff., 83 ff., 88 f.) und zudem im Zeitraum 2014 bis 2018 die Preise einseitig um rund 55 % erhöhen (vgl. oben Rz 90 ff.). Zudem ist es mit Blick auf die Produktionsmengen alternativer Assortiments-Herstellerinnen und deren kleineren Skalenvorteilen sowie den Know-how- und Technologievorsprung von Nivarox durchaus plausibel, dass ausser Nivarox keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in vergleichbaren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern.

156. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der Marktgegenseite verhalten konnte.

C.4.1.2.5. Zwischenfazit

157. Die WEKO hat mit dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid vom 21. Oktober 2013 festgestellt, dass Nivarox im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aus den dargelegten Gründen bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox auch im hier interessierenden Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte.

²³⁴ [...].

²³⁵ Vgl. nur RPW 2021/2, 376 f. Rz 364, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²³⁶ RPW 2014/1, 249 Rz 269 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

C.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

C.4.2.1 Allgemeines

158. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, motiviert doch der Wettbewerb konkurrierende Unternehmen durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten, welche ihrerseits einen Missbrauch voraussetzt. Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite.²³⁷

159. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.²³⁸

160. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.²³⁹

161. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z. B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».²⁴⁰

162. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren

²³⁷ BGE 139 I 72, 100 f. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*.

²³⁸ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²³⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 569.

²⁴⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

soll.²⁴¹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.²⁴²

163. Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt.²⁴³ In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.²⁴⁴ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.²⁴⁵

C.4.2.2 Im Fokus stehende Verhaltensweisen

164. Anders als in der Untersuchung i.S. *Swatch Group Lieferstopp* steht in dieser Vorabklärung keine vollständige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen²⁴⁶ im Fokus.

165. Zu prüfen ist vielmehr, ob Anhaltspunkte bestehen, dass

- die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.) unzulässige Einschränkungen des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst e KG darstellen (siehe dazu unten Rz 166 ff.);
- die Festlegung der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) sowie die konkreten Weigerungen von Nivarox, neue Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 81) gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig waren (siehe dazu unten Rz 185 ff.);
- die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingungen unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG einzuordnen sind (siehe dazu unten Rz 194 ff.);
- Nivarox gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG Handelspartner bei Geschäftsbedingungen diskriminiert hat, indem sie Drittkundinnen einerseits und konzerninterne Abnehmerinnen andererseits sowie Drittkundinnen untereinander betreffend die Bezugsmöglichkeiten unterschiedlich behandelte (siehe dazu unten Rz 208 ff.).

²⁴¹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570.

²⁴² Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktebündel «Talk & Surf»*.

²⁴³ Vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*.

²⁴⁴ BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*.

²⁴⁵ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*.

²⁴⁶ Vgl. RPW 2014/1, 254 ff. Rz 289 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

C.4.2.3 Einschränkung des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

166. Wie dargelegt, hat Nivarox in der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen festgelegt (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie in Umsetzung der Absichtserklärung in konkreten Fällen gegenüber Drittkundinnen die bei ihr beziehbaren Mengen und Produkte beschränkt (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dies als unzulässige Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren ist.

167. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:²⁴⁷

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

C.4.2.3.1. Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung

168. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ist die «künstliche Verknappung» von Gütern oder Dienstleistungen missbräuchlich.²⁴⁸ So liegt eine Einschränkung der Erzeugung vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die eigene Produktion trotz bestehender Nachfrage einschränkt.²⁴⁹ Einschränkungen der technischen Entwicklung sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappen oder aufheben.²⁵⁰ Soweit die Einschränkung bei anderen Unternehmen Wirkungen zeitigt, stellt die Verhaltensweise einen klassischen Anwendungsfall des Behinderungsmisbrauchs vor, da diesen Unternehmen die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erschwert wird.²⁵¹

169. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die fehlende Möglichkeit oder der fehlende Wille des marktbeherrschenden Unternehmens, die Nachfrage zu bedienen, grundsätzlich nicht gegen eine tatbestandsmässige Verhaltensweise spricht. Denn die Frage, worin der sachliche Grund für die Nichtbedienung der Nachfrage liegt/lag, ist prüfungssystematisch typischerweise im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu beantworten (vgl. unten Rz 178 ff.).

170. Wie dargelegt, hat Nivarox die jährlichen Lieferungen von Assortiments an ihre bisherigen Drittkundinnen pro Unternehmen auf bestimmte jährliche Höchstmengen, welche den

²⁴⁷ Vgl. RPW 2020/2, 597 f. Rz 1018 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2020/1, 214 Rz 908, *KTB*; RPW 2018/3, 580 Rz 558 ff., *Supermédia*; RPW 2014/4, 687 f. Rz 129 f., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen SDA*.

²⁴⁸ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 574.

²⁴⁹ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 462. Vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 7 N 659 f.

²⁵⁰ RPW 2011/1, 181 Rz 501, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 665 ff.

²⁵¹ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 659.

Durchschnittsmengen der in den Jahren 2009–2011 je Unternehmen bezogenen Jahresmengen entsprechen, beschränkt (vgl. oben Rz 66 ff.). Damit hat sie die eigene Produktion einseitig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren konkreten Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Mengen beschränkt. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung die Erzeugung einschränkt.

171. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten (vollständigen oder teilweisen) Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen (vgl. oben Rz 73 f., 88 f.). Insbesondere verweigerte Nivarox gegenüber Sellita, der nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁵² mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁵³, wiederholt Mehrlieferungen ([...]; vgl. Rz 73). Soweit Nivarox für 2020 «Mehrmengen» verteilte (vgl. Rz 88 f.), erfüllte Nivarox die konkreten Mehranfragen in mehreren Fällen, insbesondere gegenüber Sellita, unvollständig und nach unterschiedlichen Kriterien. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox die Produktion von Assortiments entgegen der konkreten Nachfrage einschränkte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der Erzeugung führte.

172. Wie dargelegt, hat Nivarox gegenüber bisherigen Drittkundinnen die beziehbaren Produkte grossmehrheitlich auf diejenigen Assortiments beschränkt, welche diese Drittkundinnen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hatten (vgl. oben Rz 75). Damit hat sie die eigene Produktion einseitig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Produkte beschränkt. Damit könnten den Drittkundinnen Input-Faktoren für ihre technische Weiterentwicklung fehlen. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung die technische Entwicklung einschränkte.

173. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten Verweigerungen oder Verzögerungen der Lieferung von anderen Produkten (vgl. oben Rz 77 f., 83 ff.). So fragten im Zeitraum 2014–2021 bei Nivarox konkret [...] bisherige Drittkundinnen die Belieferung mit anderen Produkten an.²⁵⁴ Dabei handelt es sich um die folgenden Unternehmen: [...] ²⁵⁵. Die Erfüllung dieser Anfragen hat Nivarox nach seinen eigenen Schilderungen – ausser gegenüber [...] (s. dazu Rz 83 ff. sowie sogleich) – in Umsetzung der Absichtserklärung verweigert. Den anfragenden Unternehmen fehlte damit ein Input-Faktor für ihre technische Weiterentwicklung von mechanischen Uhrwerken. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen zu Lasten dieser Unternehmen verhinderte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung bei den anfragenden Unternehmen führte. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die verzögerte Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...] (83 ff.), weil dadurch [...] im Zugang zu den technologischen Ressourcen von Nivarox behindert war.

²⁵² RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵³ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁵⁴ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38.

²⁵⁵ Im Falle von [...] begründet Nivarox die Nichtbelieferung damit, dass die Neuentwicklung zur kontinuierlichen Belieferung von [...] mit Mehrmengen geführt hätte (Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 39). Dieser Fall kann also auch als Verweigerung von Mehrmengen qualifiziert werden.

C.4.2.3.2. Wettbewerbsbehinderung

174. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.²⁵⁶ Dies ist u.a. gegeben, wenn andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe²⁵⁷ in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei müssen nicht im Sinne eines «wirkungsbasierten Ansatzes» wohlfahrtstheoretische Kosten nachgewiesen werden,²⁵⁸ sondern es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs.²⁵⁹ Erforderlich ist also die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen.²⁶⁰

175. Die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen haben das Potenzial, Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern (vgl. Rz 97 f.). Denn ETA sowie den Swatch Group-Uhrenmarken standen jeweils die bei Nivarox nachgefragten Mengen und Produkte zur Verfügung (vgl. insbesondere oben Rz 71, 79). Kommt hinzu, dass sich die Swatch Group-Tochter ETA im hier zu prüfenden Zeitraum (2014–2022) gleichzeitig vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. nur Rz 19). Davon betroffene Herstellerinnen von Fertiguhren waren – wollten sie ihre Absatzmenge beibehalten oder gar steigern – deshalb darauf angewiesen, dass andere Lieferantinnen von mechanischen Uhrwerken, z. B. Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁶¹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁶², den Bedarf decken oder sie selbst ihre Eigenproduktion an mechanischen Uhrwerken steigern können. Beides erfordert, dass jemand – die betroffene Fertiguhrherstellerin selbst oder eine von Swatch Group unabhängige Herstellerin von mechanischen Uhrwerken (z.B. Sellita) – den Bezug von Assortiments steigern kann bzw. in ausreichendem Masse mit Assortiments versorgt ist.

176. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass z. B. Sellita seit 2014 ihren Assortimentsbedarf vermehrt durch [...] die Eigenproduktion [...] deckte, und so insgesamt im Zeitraum 2014 bis 2021 über [...] zusätzliche Assortiments verfügte (vgl. oben Rz 99). Dies befähigte Sellita insbesondere auch dazu, [...]. Wäre es tatsächlich so gewesen, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 f.) sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 101), könnte dies letztendlich gegen eine Wettbewerbsbehinderung und damit die Missbräuchlichkeit der vorgenannten Verhaltensweisen sprechen. Diese Aspekte vermögen «Anhaltspunkte» für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung indes nicht auszuschliessen. Denn welche Wirkungen eine Verhaltensweise konkret auf den Wettbewerb hatte, kann vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung abgeklärt werden, in der vertiefte Ermittlungen, insbesondere die Befragung von zahlreichen Marktteilnehmerinnen,

²⁵⁶ Vgl. Nachweise in Fn 247.

²⁵⁷ Vgl. zu vertikalen Behinderung etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 61 m.w.N.

²⁵⁸ So BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 45,

²⁵⁹ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; EVELYNE CLERC, in: *Droit de la Concurrence, Commentaire romand*, Martenet/Bovet/Tercier (Ed.), 2e édition 2013, Art. 7 I LCart N 89 f.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁰ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶¹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁶² Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

durchgeführt werden können. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls [...] (vgl. Rz 101) – die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht ausschliessen.²⁶³ Denn insbesondere lässt sich nicht ausschliessen, dass der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens ohne das missbräuchliche Verhalten noch mehr oder schneller [...].²⁶⁴

177. Da nach dem Gesagten die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber in ihrer Erzeugung und der technischen Entwicklung zu beeinträchtigen und so gegenüber den konzerninternen Abnehmerinnen von Swatch Group im Wettbewerb zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt.

C.4.2.3.3. Sachliche Gründe

178. Eine unzulässige Einschränkung der Erzeugung oder der technischen Entwicklung liegt nur dann vor, wenn keine legitime business reasons gegeben sind. Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG können z.B. gerechtfertigt werden durch Kapazitätsengpässe, die eine Aufrechterhaltung des bisherigen Produktions- oder Vertriebsumfangs verunmöglichen, als Reaktion auf eine Nachfrageänderung oder wenn die Entstehungskosten eines Produkts nicht durch den zu erzielenden Gewinn gedeckt werden können und die Einschränkung somit auf Kosteneinsparungen beruht.²⁶⁵

179. Zu den verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der Erzeugung (vgl. oben Rz 170 f.) ist Folgendes anzumerken.

- Für die Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin an sich sind keine legitime business reasons ersichtlich. Dies insbesondere, weil Nivarox von ihren Drittkundinnen zugleich feste Bestellungen, über ein Jahr vor der geplanten Auslieferung sowie eine Vorausschau für das Folgejahr verlangt (vgl. Rz 93 ff.), und der geplante Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox zugleich höchstens [...] beträgt (Rz 36).²⁶⁶ Angesichts dessen erscheint es Nivarox zumutbar, dass sie bei ausreichendem Bestellvorlauf mehr liefert als ein bestimmtes Unternehmen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hat. Dies auch, weil Nivarox für die Belieferung mit einer Mehrmenge eine entsprechende Vergütung erhalten würde. Soweit Nivarox geltend macht, die Verweigerung von Mehrlieferungen habe der Umsetzung der Absichtserklärung im Sinne der Gleichbehandlung und Marktsicherheit gedient, zielt dies folglich ins Leere.
- Sowie Nivarox geltend macht, konkrete Mehrlieferungen seien wegen fehlender Produktionskapazitäten abgelehnt worden, stellt dies grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund dar (vgl. Rz 178). Allerdings darf dieser Rechtfertigungsgrund nicht bloss vorgeschoben sein. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Bestellungen von Drittkundinnen im Betrachtungszeitraum zurückgingen. So sank die insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge von [...] Assortiments im Jahr 2014 auf [...] Assortiments im Jahr 2019, d. h. um [...] %; im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) lieferte Nivarox an Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge insgesamt [...] Assortiments (vgl. Rz 70). Diese

²⁶³ Vgl. nur BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigruppe*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁴ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 673.

²⁶⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

Entwicklung muss für Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten bei den Bestellungen und der geforderten Vorausschau (vgl. Rz 93 ff.) absehbar gewesen sein. Es ist damit wenig plausibel, dass Nivarox ausser Stande war, konkrete Anfragen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen – bei ausreichender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – zu bedienen.

- Das gilt insbesondere, weil für die Produktion der konkreten Assortiments pro Kundin und Kaliber dasselbe Personal und dieselben Maschinen verwendet werden können, wobei wegen der individuellen Spezifikationen von Seiten der konkreten Abnehmerin eine gewisse Umstellungszeit eingeplant werden muss (vgl. Rz 35). Soweit Nivarox diesbezüglich geltend macht, sie könne Kapazitäten, welche infolge der Nichtbestellung durch andere Drittkundinnen frei wurden (vgl. dazu etwa Rz 52 f., 70), nicht «kurzfristig» für Mehranfragen anderer Drittkundinnen verwenden, mag das allenfalls zutreffen für ebensolche «kurzfristigen» Mehranfragen. Warum dies aber gleichermassen für feste Bestellungen mit genügender Vorlaufzeit und entsprechender Bezahlung gelten soll, erläutert Nivarox nicht. Diesbezüglich ist zudem anzumerken, dass es Nivarox bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 (vgl. dazu Rz 88 f.) offensichtlich möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten». Dabei fragten diese [...] Drittkundinnen ganz unterschiedliche Mengen und verschiedenste Produkte nach, welche sowohl im Produktionsfluss «industriel» als auch im Produktionsfluss «manufacture» hergestellt wurden (vgl. Rz 89).
- Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der Ablehnung der Mehranfragen von Sellita darauf beruft, Sellita habe für 2021 und 2022 mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen in Höhe von je [...] Stück eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Sofern Nivarox in diesem Zusammenhang geltend macht, Nivarox habe befürchtet, dass Sellita die Assortiments für unlautere Zwecke verwendet (vgl. Rz 74), überzeugt dies nicht. Denn zum einen erscheint die Mehranfrage von Sellita mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt seit 2014 (vgl. Rz 19), welche im Jahr 2019 noch rund [...] Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,²⁶⁷ gerade nachvollziehbar. Zum anderen betreffen die von Nivarox zum Beleg der unlauteren Zwecke von Sellita eingereichten Presseerzeugnisse allesamt Ereignisse, welche sich vor über zehn Jahren abgespielt haben sollen, und zumindest teilweise auch nur den Weiterverkauf von ETA-Uhrwerken durch Sellita an in Asien ansässige Kundschaft.²⁶⁸ Vergleichbare Vorwürfe sah die WEKO bereits im Jahr 2013 als nicht ausreichend für die Rechtfertigung des angekündigten Assortiments-Lieferstopps an, insbesondere auch, weil Swatch Group gegenüber den Wettbewerbsbehörden noch nie einen Fall einer Fälschung einer Fertigung einer Swatch Group-Uhrenmarke mithilfe eines ETA- oder Sellita-Uhrwerks belegt hatte.²⁶⁹ Dies gilt weiterhin, sodass der Verweis auf die angeblich unlauteren Zwecke von Sellita nicht ausreichend ist.

²⁶⁷ Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁶⁸ Nivarox reichte vier Presseerzeugnisse ein: *Le double jeu de l'horlogerie suisse*, *Le Temps* vom 25.8.2011; «Swiss made»-Uhren, aber hergestellt in Asien, *NZZ* vom 28.8.2011; «Sellita est devenue importante, elle gêne, c'est évident», *WorldTempus* vom 5.9.2011; «Swiss made», aber aus China: Schweizer machens möglich, *Aargauer Zeitung* vom 3.3.2012; vgl. Act. 13, Anhänge 32.1–32.4.

²⁶⁹ RPW 2014/1, 265 Rz 392 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

- Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen an bisherige Drittkundinnen *legitimate business reasons* bestanden. Insbesondere wäre im Rahmen einer Untersuchung abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Erfüllung von Mehranfragen bestanden.

180. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der technischen Entwicklung (Nichtlieferung von anderen Produkten als den im Zeitraum 2009–2011 bezogenen Assortiments [vgl. oben Rz 172 f.]) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen:

- Für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sind grundsätzlich keine *legitimate business reasons* ersichtlich (zum Patentschutz siehe sogleich), vielmehr muss in Bezug auf die Ablehnung von konkreten Anfragen ein sachlicher Grund gegeben sein (vgl. oben Rz 179). Sowohl die technische Machbarkeit eines angefragten Produkts als auch die Produktionskapazitäten könnten Einschränkungen der beziehbaren Produkte rechtfertigen (vgl. auch Rz 178). Auch bezüglich der Nichterfüllung von Anfragen auf die Lieferung von anderen Produkten dürfen die sachlichen Gründe aber nicht vorgeschoben sein.
- Vorliegend kann im Rahmen der Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden, ob die technische Machbarkeit anderer Produkte tatsächlich nicht gegeben war und/oder keine Produktionskapazitäten bestanden. Diesbezüglich ist aber darauf hinzuweisen, dass es Nivarox z.B. möglich war, für [...] (vgl. zur Entwicklung und Herstellung von Assortiments für das [...]) und ihre konzerninternen Abnehmerinnen komplexe Neuentwicklungen vorzunehmen. Angesichts dessen ist fraglich, weshalb Nivarox, welche sich selbst als «die führende Schweizer Spezialistin» für Assortiments bezeichnet, nicht auch für andere Drittkundinnen – bei entsprechender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – solche Neuentwicklungen hat vornehmen können.
- Der Patentschutz kann – sofern das Patent noch nicht abgelaufen ist (vgl. zum Ablauf des Patentschutzes im vorliegenden Fall oben Rz 53) – grundsätzlich ebenfalls einen sachlichen Grund für die Nichtbelieferung darstellen, sofern das Kartellrecht überhaupt anwendbar ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG; Rz 112) und z. B. kein unzulässiges Sperrpatent²⁷⁰ vorliegt.²⁷¹ Massgebend ist dabei stets eine Einzelfallprüfung, bei der den jeweiligen Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Rechtsausübung angemessen Rechnung zu tragen ist.²⁷² Vorliegend wäre demnach zu prüfen, ob die aus dem Schutzrecht folgenden Vorteile überwiegen oder der Schutz des Wettbewerbs im Bereich Assortiments sowie in den nachgelagerten Märkten schutzwürdiger ist. Eine solche Einzelfallprüfung könnte vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung durchgeführt werden, in der vertiefte Ermittlungen zu den Wirkungen einer Verhaltensweise möglich sind.
- Insgesamt ist zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sowie jede der verweigerten Lieferungen von anderen Produkten *legitimate business reasons* bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich die technische Mach-

²⁷⁰ Vgl. dazu etwa DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 471.

²⁷¹ Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷² Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*; s. a. ANDREAS HEINEMANN, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?*, 2009, S. 49.

barkeit nicht gegeben war, der Patentschutz einer Bezugsmöglichkeit von patentgeschützten Produkten entgegensteht und/oder keine Kapazitäten für die Erfüllung von Anfragen auf Neuentwicklungen bestanden.

181. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die unvollständige Erfüllung der Mehranfragen nach unterschiedlichen Kriterien im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 (vgl. Rz 88 f.) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179 f.) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen:

- Soweit Nivarox im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmenge für 2020 Mehranfragen nur unvollständig erfüllte, können diese gerechtfertigt sein, sofern die Produktionskapazitäten tatsächlich beschränkt waren. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die vollständige Erfüllung der Mehranfragen von [...] und [...] bestanden und weshalb die Mehranfragen dieser Unternehmen nur teilweise erfüllt wurden, während [...] die gesamte von ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. Auch ist nicht klar, weshalb [...] eine Zusatzmenge in Höhe von [...] ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) erhielt und Nivarox [...] mit einer Zusatzmenge in Höhe von [...] ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, während [...] nur [...] der maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) als Zusatzmenge zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] erhielt.
- Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der unvollständigen Erfüllung der Mehranfrage von [...] darauf beruft, [...] habe mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Kommt hinzu, dass diese Mehranfrage mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,²⁷³ gerade nachvollziehbar war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Nivarox [...], [...], mit einer Zusatzmenge in Höhe von [...] ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, obwohl [...] zuvor nur einen Bruchteil dieser Menge bei Nivarox bezogen hatte. So hatte [...] im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen.²⁷⁴
- Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für jede der unvollständigen Erfüllungen der Mehranfragen im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 legitime business reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Herstellung von über die zugesprochenen Zusatzmengen hinausgehende Mehrmengen bestanden.

182. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...] hat Nivarox hingegen sachliche Gründe substantiiert dargelegt. So waren gemäss den vorliegenden Beweismitteln im Zeitpunkt der Anfrage von [...] Neu- und Weiterentwicklungsprojekte bei Nivarox hängig. Bis [...] halbierte sich [...] der Neu- und Weiterentwicklungsprojekte [...] nur noch [...] Projekte und Nivarox hatte für das Jahr 2020 generell genügend Produktionskapazitäten (vgl. oben Rz 88 f.),²⁷⁵ weshalb Nivarox im Oktober 2019 [...] eine Belieferung mit

²⁷³ Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

²⁷⁴ Act. 13, Anhang 24.

²⁷⁵ Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 57.

neu zu entwickelnden Assortiments für das [...] zusagte und diese in der Folge auch lieferte (vgl. oben Rz 84 ff.).

183. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung durch Nivarox keine legitime business reasons bestanden.

C.4.2.3.4. Zwischenfazit

184. Aus den dargelegten Gründen bestehen folglich Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 88 f.) die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...] sind sachliche Gründe hingegen ausreichend plausibel, weshalb hier keine Anhaltspunkte für einen KG-Verstoss bestehen.

C.4.2.4 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

185. Wie dargelegt, hat Nivarox den Kreis der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung festgelegt (vgl. oben Rz 80) und sich gegenüber anfragenden Unternehmen wiederholt geweigert, sie als neue Drittkundinnen aufzunehmen. So lehnte sie im massgebenden Zeitraum in [...] Fällen ([...] Anfragen aus dem Ausland, [...] aus der Schweiz) ab, eine Geschäftsbeziehung einzugehen (vgl. Rz 80 ff.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dieses Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig ist.

186. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.²⁷⁶ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird.

187. Um die vorliegend festgestellten Geschäftsverweigerungen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.²⁷⁷ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 279–282).²⁷⁸ Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen.

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.²⁷⁹

²⁷⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 776 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁷ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 216 ff.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁸ Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 802, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁹ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des

- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.²⁸⁰
- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.²⁸¹
- Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.²⁸²

C.4.2.4.1. Geschäftsverweigerung

188. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.²⁸³ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.²⁸⁴

189. Die Festlegung der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) kann nach dem Gesagten nicht als Geschäftsverweigerung qualifiziert werden. Es fehlt hier an einer hinreichend bestimmten Verweigerung einer konkret angefragten Geschäftsbeziehung, für die geprüft werden könnte, ob für die jeweilige Nachfragerin das angefragte Produkt unerlässliches ist (vgl. dazu sogleich in Rz 190 ff.). Jedenfalls in den [...] festgestellten Fällen der Weigerung von Nivarox, die anfragenden Unternehmen als Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 80 ff.), ist jedoch von einer «Geschäftsverweigerung» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

C.4.2.4.2. Von der Verweigerung betroffener Input

190. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentes Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²⁸⁵

Einzelfalles» zugewiesen werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁰ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸¹ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung»; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸² Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*. Diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸³ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.N.

²⁸⁴ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 845, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁵ Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Hinweisen auf die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (zit. Mitteilung zu Art. 82 EGV), 19 Rz 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER

191. Mit Blick auf die Rechtsprechung und die Literatur stellt das BVGer fest, dass bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung das Merkmal der *Unerlässlichkeit* des Einsatzgutes, welches vorliegend im Rahmen des von der Verweigerung betroffenen Inputs geprüft wird, eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung bildet.²⁸⁶ Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass die Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen sind.²⁸⁷

192. Vorliegend hat Nivarox gegenüber [...] Unternehmen die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigert. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder sehr geringe Mengen bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten (vgl. oben Rz 81). Es ist zwar plausibel, dass diese Unternehmen tatsächlich Assortiments benötigten, um ein mechanisches (Swiss Made-)Uhrwerk herzustellen. Angesichts der von den betroffenen Unternehmen benötigten Kleinmengen, dem Vorhandensein von Assortimentsanbieterinnen, welche Assortiments jedenfalls in den angefragten Kleinmengen herstellen können (vgl. Rz 56 m.w.N.), sowie dem Umstand, dass keines der Unternehmen mit einer Anzeige an die Wettbewerbsbehörden gelangte, ist es kaum wahrscheinlich, dass Nivarox-Assortiments für die anfragenden Unternehmen unerlässlich im Sinne der Ausführungen in Rz 191 waren. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Weigerung, Kleinmengen zu liefern, ohnehin auch gerechtfertigt werden könnte, sofern die Herstellung solcher Mengen im Verhältnis zum möglichen Ertrag für Nivarox zu aufwendig wäre.

C.4.2.4.3. Zwischenfazit

193. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegung des Kreises der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den konkreten [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat.

C.4.2.5 Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

194. Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % im Zeitraum 2014–2018 (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

195. Der Tatbestand einer kartellrechtlich unzulässigen Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:²⁸⁸

(Fn 249), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 223, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

²⁸⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 977, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁷ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 974, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁸ Vgl. RPW 2016/1, 186 Rz 393 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

- Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen;
- Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen;
- Erzwingung der unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen;
- für die durch die Verhaltensweise bewirkte Ausbeutung bestehen keine sachlichen Gründe (keine legitimate business reasons).

196. Werden die Tatbestandsmerkmale der Unangemessenheit und Erzwingung erfüllt, ergibt sich daraus auch automatisch die Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.4.2.5.1. Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen

197. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Preis ist der festgelegte Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für eine Dienstleistung oder ein Gut festgelegt ist. Geschäftsbedingungen sind Modalitäten, zu welchen eine Dienstleistung oder ein Gut bezogen werden kann. Der Begriff «Geschäftsbedingungen» ist gemäss Gesetzesmaterialien und der Lehre weit auszulegen.²⁸⁹ Bezweckt wird mit diesem Grundsatz, dass alle denkbaren Modalitäten erfasst werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen seinen Geschäftspartnern für die Abwicklung einer bestimmten Transaktion auferlegt werden.²⁹⁰ Die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nicht scharf.²⁹¹

198. Vorliegend betreffen die geprüften Preiserhöhungen (vgl. Rz 90 ff.) den Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für das Gut «Assortiments» festgelegt ist, mithin den «Preis» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Die Bestellmodalitäten von Nivarox für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) betreffen diejenigen Regeln, zu welchen Assortiments bezogen werden können. Folglich sind «Geschäftsbedingungen» gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG betroffen.

C.4.2.5.2. Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen

199. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit ist ein im Kartellgesetz nicht näher umschriebener Begriff.

Unangemessenheit des Preises

200. Preise sind nicht deshalb unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, weil sie vergleichsweise hoch sind. Denn hohe Preise können auch Ausdruck von wettbewerbskonformem Leistungswettbewerb sein,²⁹² etwa weil das betroffene Gut von hoher Qualität ist und/oder die Nachfrage das Angebot übersteigt. Preise sind erst dann als unangemessen anzusehen, wenn sie in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistungen stehen.²⁹³ Praxisgemäss werden Preise insbesondere als unangemessen qualifiziert, wenn sie trotz Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen

²⁸⁹ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 411 m.w.H.

²⁹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 375.

²⁹¹ RPW 2016/1, 186 Rz 393, *Swisscom WAN-Anbindung*.

²⁹² Vgl. etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 391 m.w.N.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N.

²⁹³ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N.

weit über den effektiven Kosten liegen.²⁹⁴ Wenn im Rahmen eines Preisvergleichs jedoch ersichtlich wird, dass die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens nur etwas höher sind als diejenigen von Konkurrenzunternehmen, ist davon auszugehen, dass die Preise im Verhältnis zur angebotenen Leistung stehen und nicht unangemessen sind.²⁹⁵

201. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Preiserhöhungen substantiiert auf ihre Erhaltungs- und Erneuerungskosten alleine in Bezug auf die Herstellung von herkömmlichen Assortiments (Investitionen in Höhe von CHF [...] Mio. im Zeitraum 2011 bis 2019), die gestiegenen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage nach Assortiments im Zeitraum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge) sowie gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten verwiesen (vgl. oben Rz 91). Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag dabei im Zeitraum 2014–2020 im Bereich von [...] % (2014) und [...] % (2020) (vgl. oben Rz 92). Unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen ist damit nicht plausibel, dass die Preise von Nivarox infolge der Preiserhöhungen weit über den effektiven Kosten lagen. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten ergibt, dass die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen werden als diejenigen für Konkurrenzprodukte (vgl. oben Rz 91) und die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermassen von den Preiserhöhungen betroffen waren (vgl. oben Rz 90).

202. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Preise von Nivarox als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind.

Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen

203. Gemäss Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision ist im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit auszugehen, wenn diese aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.²⁹⁶ Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherrschenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen und Verpflichtungen (mehr) besteht, weshalb Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind.²⁹⁷ Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. So ist im Bereich der Geschäftsbedingungen im Ergebnis eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.²⁹⁸

204. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Bestellmodalitäten darauf verwiesen, dass diese für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig seien, der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen würden (vgl. Rz 94). Diese Begründung ist mit Blick auf die Komplexität der Assortimentsproduktion für die verschiedenen Kundinnen (vgl. oben Rz 31 ff.) generell nachvollziehbar.

²⁹⁴ Vgl. etwa RPW 2007/2, 187 f. Rz 75 ff., *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*.

²⁹⁵ RPW 2013/1, 75 Rz 99, *Rotkreuz-Notrufsystem*.

²⁹⁶ Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.

²⁹⁷ BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 m.w.N., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁹⁸ BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 f. m.w.N., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

205. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich, dass Nivarox diese Bestellmodalitäten mit der Einschränkung der beziehbaren Mengen und Produkte kombinierte (vgl. oben Rz 166 ff.), könnte dies gegen die Angemessenheit der langen Vorlaufzeiten für feste Bestellungen und das Erfordernis der Vorausschau stellen. Denn durch diese Einschränkung gemäss der Absichtserklärung war die Produktion von Nivarox in Bezug auf die maximale Menge sowie die zu produzierenden Produkte erheblich vorhersehbarer als ohne eine solche Einschränkung. Kommt hinzu, dass gemäss Vorbringen von Nivarox ein Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox höchstens [...] beträgt (Rz 36), es Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es Nivarox gelang, für [...] ohne vergleichbare Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.).

206. Auf der anderen Seite erscheinen die Bestellmodalitäten indes nicht in hohem Masse einschränkend für die Drittkundinnen. So monierte einzig eine der [...] Drittkundinnen die Bestellmodalitäten als zu einschränkend und Nivarox bediente ohnehin auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten (vgl. oben Rz 94). Zudem ist es plausibel, dass die Bestellmodalitäten mit den langen Vorlaufzeiten die Produktionsplanung erleichterten und eine zuverlässige und den Kundenwünschen entsprechende Staffelung der Liefertermine förderten. Dementsprechend bestehen nicht genügend Anhaltspunkte für die Unangemessenheit der Bestellmodalitäten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

C.4.2.5.3. Zwischenfazit

207. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) und die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c zu qualifizieren sind.

C.4.2.6 Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

208. Soweit die konzerninternen Abnehmerinnen nicht von den oben geprüften Einschränkungen der Lieferungen von Mehrmengen oder anderen Produkten betroffen waren (vgl. insbesondere Rz 71, 79) und bei der Verteilung der «Mehrmenge 2020» die Anfragen von Drittkundinnen in unterschiedlichem Ausmass erfüllt wurden (vgl. Rz 88 f.), stellt sich die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox hierdurch Handelspartner bei Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert hat.

209. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass in casu keine Hinweise darauf bestehen, wonach Nivarox gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits unterschiedliche Preise verlangte²⁹⁹ oder diese unterschiedlich erhöhte (siehe Rz 90). Es wird daher nachfolgend nicht geprüft, ob Anhaltspunkte auf eine unzulässige Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen.

210. Ein Verstoß gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG setzt die kumulative Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale voraus.³⁰⁰

²⁹⁹ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59.

³⁰⁰ Vgl. z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

- Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt.
- Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner.
- Wettbewerbsbehinderung: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- Keine Rechtfertigungsgründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

211. Die ersten drei dieser Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Die entsprechende Prüfung beinhaltet jedenfalls den ersten Prüfschritt des dualen Prüfmusters von Art. 7 Abs. 1 KG, bei welchem eruiert wird, ob eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt. Ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG liegt vor, falls die zu beurteilende Verhaltensweise ausserdem nicht durch sachliche Gründe (sog. legitimate business reasons) gerechtfertigt werden kann.³⁰¹

C.4.2.6.1. Ungleichbehandlung

212. Die Literatur und Praxis unterscheiden zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,³⁰² und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden³⁰³. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.³⁰⁴ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.³⁰⁵

213. Vorliegend hat Nivarox mittels der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte eingeschränkt (vgl. Rz 66, 75), gegenüber bestimmten Drittkundinnen die Lieferung von Mehrmengen verweigert (vgl. Rz 73), Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» nur teilweise erfüllt (vgl. Rz 88 f.) sowie die Lieferung anderer Produkte bzw. Neuentwicklungen verweigert (vgl. Rz 77 f.). Soweit bekannt, waren die konzerninternen Abnehmerinnen von Nivarox nicht von derartigen Einschränkungen bei den Bezugsmöglichkeiten betroffen (vgl. nur Rz 71, 79). Dies, obwohl es sich sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen gleichermaßen um Unternehmen handelt, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigten.

214. Es bestehen mithin Anhaltspunkte, dass Nivarox konzernexterne Unternehmen hinsichtlich der Bezugsmöglichkeiten ungleich gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen behandelte.

215. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Nivarox die Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» in unterschiedlichem Ausmass erfüllte (vgl. Rz 88 f.). So erfüllte Nivarox die Bestellungen von [...] und [...] nur teilweise, während [...] die gesamte von

³⁰¹ Vgl. z.B. BGE 146 II 217 236 f. E. 5.9, *Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

³⁰² Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁰³ Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁰⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 301.

³⁰⁵ RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. [...] erhielt zudem eine Zusatzmenge in Höhe von [...] ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments) und [...] eine Zusatzmenge in Höhe von [...] ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments), während [...] nur [...] der maximalen Liefermenge als Zusatzmenge (d.h. rund [...] zusätzliche Assortiments) zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] beziehen konnte. Kommt hinzu, dass [...] ihre Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments erhielt, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 bislang nur [...] Assortiments erhalten hatte, während [...], deren Gesamtbezug in den Jahren 2014 bis 2019 rund [...] Mio. Assortiments betragen hatte, einzig [...] zusätzliche Assortiments erhielt.

216. Es bestehen damit auch Anhaltspunkte, dass Nivarox Drittkundinnen bei der Verteilung der «Mehrlieferung 2020» untereinander ungleich behandelte.

C.4.2.6.2. Handelspartner

217. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen sein.³⁰⁶ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Ungleichbehandlung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.³⁰⁷

218. Sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen handelt es sich gleichermassen um Unternehmen, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigen. Es sind also Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen.

C.4.2.6.3. Wettbewerbsbehinderung

219. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.³⁰⁸ Es gelten damit die Ausführungen zur Wettbewerbsbehinderung in Rz 174 hier entsprechend. Zu prüfen ist also, ob andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus, weshalb auf die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen, abzustellen ist.

220. Hinsichtlich des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbehinderung in casu gelten die Ausführungen oben in Rz 175 f. entsprechend. Danach besteht insbesondere das Potenzial, dass die Ungleichbehandlungen Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern, insbesondere auch, weil sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurückzog (vgl. Rz 97 f., 175). Kommt hinzu, dass Nivarox ausgerechnet Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter

³⁰⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 310; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 326.

³⁰⁷ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*.

³⁰⁸ Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 846 m.w.N., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken³⁰⁹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland³¹⁰, mengenmässig am stärksten in ihren Bezugsmöglichkeiten einschränkte (vgl. insbesondere Rz 215 f.). Damit besteht zusätzlich das Potential einer nachteiligen «Streuwirkung», wonach auch sämtliche Sellita-Kundinnen von der Benachteiligung von Sellita betroffen sind.

221. Indes ist auch in Bezug auf die hier geprüften möglichen Ungleichbehandlungen zu beachten, dass vorliegend Hinweise bestehen, dass die ungleich behandelten Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 98 ff., 176). Dies vermag vorliegend zwar nicht gegen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbehinderung zu sprechen, wäre aber im Rahmen einer Untersuchung abzuklären und könnte im Ergebnis dem Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung und damit der Missbräuchlichkeit der Ungleichbehandlungen entgegenstehen (vgl. oben Rz 176).

222. Da nach dem Gesagten die geprüften Ungleichbehandlungen durch Nivarox zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen sowie untereinander zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt.

C.4.2.6.4. Sachliche Gründe

223. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) gerechtfertigt sein.³¹¹ Es gelten damit die allgemeinen Ausführungen zur Prüfung von sachlichen Gründen in Rz 178 hier entsprechend.

224. Auch bezüglich der Prüfung von sachlichen Gründen in casu kann im Grundsatz auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben Rz 179–181, 183). Es ist daher wenig plausibel, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen sachliche Gründe vorliegen. Insbesondere ist wenig plausibel, dass Nivarox in jedem Fall ausser Stande gewesen sein soll, konkrete Anfragen von Drittkundinnen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen oder anderer Produkte – bei einer Vorlaufzeit der festen Bestellung von über einem Jahr und ausreichender Bezahlung – vollständig zu bedienen.

225. Diese Einschätzung basiert, wie erläutert, auf mehreren Umständen: Namentlich war die Gesamtnachfrage [...] im Zeitraum 2014–2020 [...], was Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten der Bestellungen und der eingeforderten Vorausschau auch bewusst gewesen sein muss (vgl. Rz 179), der Produktionsdurchlauf beträgt gemäss Nivarox höchstens [...] (Rz 36), es war Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich, Kapazitäten, welche sie ursprünglich [...] eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] verschiedene Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es gelang Nivarox auch, für [...] mit weniger Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] neu zu entwickeln und zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.).

226. Zudem ist nach derzeitiger Aktenlage davon auszugehen, dass konzerninterne Abnehmerinnen die nachgefragten Mengen und Produkte erhalten konnten. Dass dies nur deshalb

³⁰⁹ RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³¹⁰ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

³¹¹ Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 847 ff. m.w.N., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

gelang, weil – wie Nivarox ausführt – ein engerer Austausch zwischen den Swatch Group-Gesellschaften über den Bedarf stattfand, erscheint angesichts der für Drittkundinnen geltenden Bestellmodalitäten (inkl. Erfordernis, «feste» Bestellungen über ein Jahr vor der Belieferung abzugeben) wenig wahrscheinlich. Kommt hinzu, dass Nivarox im Übrigen gegenüber Drittkundinnen die Vertragsbeziehungen so hätte ausgestalten können (Bestellfristen, Abnahmegarantie), dass eine nachfragegerechte Belieferung auch gegenüber Drittkundinnen möglich gewesen wäre.

227. In Bezug auf die Ungleichbehandlung von Sellita gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen und anderen Drittkundinnen (vgl. Rz 213, 215) sei nochmals das Folgende betont. Vorliegend ist insbesondere nicht nachvollziehbar, inwiefern die vollständige oder teilweise Verweigerung der Lieferung von Mehrmengen für die Jahre 2020 bis 2022 deshalb zulässig gewesen sein soll, weil die Bestellungen mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogen» gewesen seien und nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Dass dies überhaupt ein Rechtfertigungsgrund sein kann, ist wenig plausibel und wird von Nivarox auch nicht weiter begründet. Zudem erscheint diese Begründung vorgeschoben. Denn zum einen waren die Mehranfragen von Sellita mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,³¹² durchaus nachvollziehbar. Und zum anderen brachte Nivarox dieses Kriterium gegenüber [...], ebenfalls eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken für Dritte, nach eigenem Vorbringen nicht zur Anwendung. [...] erhielt vielmehr auf 2020 eine Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen hatte. Sellita hatte in diesem Zeitraum rund [...] Assortiments von Nivarox erhalten. Sofern Nivarox auf angeblich unlautere Zwecke von Sellita verweist, überzeugt dies nicht (siehe oben Rz 179)

228. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen keine legitime business reasons bestanden.

C.4.2.6.5. Zwischenfazit

229. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox Handelspartner bei Geschäftsbedingungen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

C.4.3 Ergebnis

230. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt(e) (vgl. Rz 119–157).

231. Es bestehen ferner Anhaltspunkte, dass sich Nivarox im geprüften Zeitraum (2014–2022) unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhielt. So bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox

- durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat (vgl. Rz 168–184) und

³¹² Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*.

- Handelspartner (Drittkundinnen und konzerninterne Abnehmerinnen) bei Geschäftsbedingungen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; vgl. Rz 208–229).

232. Es bestehen hingegen keine Anhaltspunkte, dass Nivarox

- durch die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...] unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG gehandelt hat (vgl. Rz 182),
- durch die Festlegung des Kreises der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung gegenüber neu anfragenden Unternehmen unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat (vgl. Rz 185–193) und
- unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwang (vgl. Rz 194–207).

233. Bezüglich der in Rz 232 genannten Aspekte wird die Vorabklärung mangels Anhaltspunkte für Verstösse gegen das Kartellgesetz eingestellt.

234. Soweit Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstösse bestehen (vgl. Rz 231), wird in Bezug auf das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit aus Verhältnismässigkeitsgründen darauf verzichtet, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen. Das Sekretariat berücksichtigt dabei insbesondere die folgenden Umstände:

- Zwar steht die Möglichkeit der Verletzung eines direkt sanktionierbaren Tatbestands im Raum (Art. 49a KG). Allerdings bestehen Anhaltspunkte für eher geringfügige Verstösse. So belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments. Dies bisweilen sogar in Mengen, welche über die maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung hinausgingen (vgl. insbesondere Rz 72 ff.), und auch mit «technische Anpassungen», Überarbeitungen sowie Neuentwicklungen (z.B. Assortiments für das [...]; vgl. Rz 76 ff., Rz 83 ff.). Demgegenüber verweigerte Nivarox die Lieferung von *zusätzlichen* Mengen oder *anderen* Produkten nur gegenüber einzelnen Drittkundinnen und dies teilweise auch nicht vollständig (z.B. Verteilung der «Mehrmenge 2020»; vgl. Rz 73, 77, 88 f.). Im aufgezeigten Ausmass bestehen zudem Hinweise, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren konkreten Assortimentsbedarf, welchen Nivarox nicht bedienen wollte, durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 ff.).
- Wie erläutert, belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments (s. o.). Soweit es gegenüber Drittkundinnen konkret zu vereinzelt Beschränkungen der nachgefragten Mengen und Produkte kam, geht es primär um die privaten Interessen der betroffenen Unternehmen (vor allem von Sellita; vgl. Rz 73 f., 77 f., 89). Zu deren Schutz kann der Zivilrechtsweg beschritten werden (Art. 12 ff. KG).
- Für die Zukunft wird die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung verhindert, sofern Nivarox die untenstehende Anregung im Sinne der Erwägungen umsetzt (vgl. Rz 235, 236 f.).

235. Gemäss vorliegender Akten [...].³¹³ Es ist daher darauf hinzuweisen, dass angesichts der Anhaltspunkte für das Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox künftige konkrete Einschränkungen der Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen und Ungleichbehandlungen von Handelspartnerinnen (vgl. Rz 231) – je nach den konkreten Bedürfnissen der

³¹³ Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

Nachfragerinnen, den konkreten alternativen Bezugsquellen sowie den sachlichen Gründen von Nivarox für allfällige Lieferverweigerungen (z.B. aktuelle Kapazitäten von Nivarox) – zu Kartellrechtsverstössen von Nivarox und zu einer Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG führen können. Um dies zu verhindern, regt das Sekretariat Massnahmen an (vgl. sogleich Rz 236 f.).

D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

236. Das Sekretariat regt mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die folgende Massnahme an, um die erwähnten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern.

Nivarox erfüllt die Anfragen von Drittkundinnen auf die Lieferung von Assortiments im Rahmen ihrer konkreten Produktionsmöglichkeiten und diskriminiert Drittkundinnen – insbesondere in Bezug auf die beziehbaren Mengen und Produkte – weder gegenüber ihren konzerninternen Abnehmerinnen noch untereinander.

237. Setzt Nivarox die vorstehende Anregung nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung bzw. die Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen bei Nivarox zu beantragen (Art. 27 KG).

E Kosten

238. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. 2 Abs. 1 GebV-KG³¹⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) verursacht hat. In casu hat Nivarox die vorliegende Vorabklärung durch ihre Belieferungspraxis verursacht (vgl. Rz 1 , 20 ff.).

239. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte des geprüften mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Im vorliegenden Fall liegen jedoch Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Nivarox vor (vgl. Rz 231). Auf die Beantragung der Eröffnung einer Untersuchung bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO wird einzig vorläufig und unter der Voraussetzung verzichtet, dass Nivarox die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt (vgl. Rz 234–237). Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG ist damit nicht erfüllt, weshalb Nivarox nicht von der Gebührenpflicht befreit ist.³¹⁵

240. Die konkrete Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

241. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 431,3 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 14 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 1'820.–;

³¹⁴ Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³¹⁵ Vgl. zur Gebührenpflicht bei Vorabklärungen, welche mit Anregungen vorläufig eingestellt werden, zuletzt etwa RPW 2021/1, 130 f. Rz 248 ff., *Dauer-ARGE*; RPW 2019/2, 283 Rz 251 ff., *AMAG*.

- 401,64 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 80'328.–;
- 15,66 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'541.40.

242. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 86'689.40. Bei der Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei eine gewisse Pauschalität der Kostenquotelung hinzunehmen ist.³¹⁶ Von den Verfahrenskosten sind vorliegend mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG diejenigen Kosten zulasten der Staatskasse auszuscheiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung von Hinweisen entstanden sind, bei denen sich keine Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse ergeben haben. Dies betrifft vorliegend die Überprüfung der verzögerten Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...], der Geschäftsverweigerung gegenüber [...] anfragenden Unternehmen sowie der Preissetzung und der Bestellmodalitäten (vgl. Rz 1, 232 f.). Bei der im Fokus stehenden Verhaltensweise, der Einschränkung der für bisherige Drittkundinnen beziehbaren Mengen und Produkte haben sich die Hinweise hingegen zu Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen verdichtet (vgl. Rz 1, 231). Von den gesamten Verfahrenskosten sind deshalb 4/10 von der Staatskasse und 6/10 von Nivarox bzw. Swatch Group (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen.

F Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox-FAR SA im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte;
2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Nivarox-FAR SA durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Belieferung von bestimmten Drittkundinnen mit Mehrmengen oder anderen Produkten und die damit einhergehenden Ungleichbehandlungen gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen oder anderen Drittkundinnen die Erzeugung und technische Entwicklungen unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat sowie gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG Handelspartner bei Geschäftsbedingungen diskriminierte;
3. verzichtet aus Gründen der Verhältnismässigkeit darauf, in Bezug auf das problematische Verhalten in der Vergangenheit einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen und stellt im Übrigen die Vorabklärung ein;
4. behält sich vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend künftige Verhaltensweisen von Nivarox zu beantragen, sofern Nivarox-FAR SA die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG (vgl. oben Rz 236) nicht umsetzt;
5. stellt fest, dass sich die Verfahrenskosten auf CHF 86'689.40 belaufen, von denen Nivarox FAR-SA 6/10 (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen hat und 4/10 zu Lasten der Bundeskasse (d.h. CHF 34'675.76) gehen;
6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

³¹⁶ Vgl. BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 8.1, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/4a, 1849 Rz 648, *Bauleistungen Graubünden*.