



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

2014/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.14/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

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

2014/1

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

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

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

April/avril/aprile 2014

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2014/1

A 1	Wettbewerbskommission	
	Commission de la concurrence	
	Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2013 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2013 de la Commission de la concurrence (COMCO)	21
	3. Rapporto annuale 2013 della Commissione della concorrenza (COMCO)	41
	4. Annual Report 2013 of the Competition Commission	60
B	Verwaltungsrechtliche Praxis	
	Pratique administrative	
	Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission	
	Secrétariat de la Commission de la concurrence	
	Segretaria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen	
	Enquêtes préalables	
	Inchieste preliminari	
	1. Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)	79
	2. Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz	110
	3. Distribution de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud	147
	4. Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung	153
B 2	Wettbewerbskommission	
	Commission de la concurrence	
	Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen	
	Enquêtes	
	Inchieste	
	1. Kosmetikprodukte (Dermalogica)	184
	2. Swatch Group Lieferstopp	215
3.	Unternehmenszusammenschlüsse	
	Concentrations d'entreprises	
	Concentrazioni di imprese	
	1. Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG	287
	2. Omega SA/René Clémence SA	290
	3. Migros/Schild	292
	4. Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG	294
	5. KKR & Co. L.P./Arle Capital Partners Limited/Hilding Anders Midco AB	303
	6. Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding	305
	7. Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG	307
4.	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG	
	Sanctions selon l'article 50 ss LCart	
	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart	
	1. Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.	316
B 7	Kantonale Gerichte	
	Tribunaux cantonaux	
	Tribunali cantonali	
	1. Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Februar 2014 WEKO gegen Kanton Luzern betreffend öffentliches Beschaffungswesen	336
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	349
	Index (deutsch, français e italiano)	351

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2013 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	2	3.5.1 Notariat	11
2	Wichtigste Entscheide 2013	3	3.5.2 Tätigkeiten in weiteren Bereichen	11
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	4	3.6 Ermittlungen	12
3.1	Bau	4	3.7 Internationales	12
3.1.1	Submissionsabreden	4	3.8 Revision KG – Stand der Arbeiten	13
3.1.2	Weitere Themen	5	4 Organisation und Statistik	13
3.1.3	Spezialthema Arbeitsgemeinschaften (ARGE)	5	4.1 WEKO und Sekretariat	13
3.2	Dienstleistungen	6	4.2 Statistik	15
3.2.1	Finanzdienstleistungen	6	5 Das Kooperationsabkommen mit der EU	16
3.2.2	Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen	6	5.1 Einleitung	16
3.2.3	Gesundheitswesen	7	5.2 Inhalt des Abkommens	16
3.3	Infrastruktur	7	5.2.1 Präambel, Zweck und Begriffsbestimmungen	16
3.3.1	Telekommunikation	7	5.2.2 Notifikationen und Koordinierung von Durchsetzungsmassnahmen	17
3.3.2	Medien	8	5.2.3 Negative und Positive Comity	17
3.3.3	Energie	8	5.2.4 Schlussbestimmungen	17
3.3.4	Weitere Bereiche	9	5.3 Informationsaustausch im Besonderen	18
3.4	Produktmärkte	9	5.3.1 Informationsaustausch	18
3.4.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	9	5.3.2 Verwendung von Informationen	19
3.4.2	Uhrenindustrie	10	5.3.3 Schutz und Vertraulichkeit der Informationen	19
3.4.3	Automobilsektor	10	5.3.4 Weitergabe innerhalb der EU und des EWR	20
3.4.4	Landwirtschaft	11	5.4 Würdigung	20
3.5	Binnenmarkt	11		

1 Vorwort des Präsidenten

Die Entscheide der WEKO und die Arbeit des Sekretariats konzentrierten sich auch im 2013 auf die zentralen Themen der letzten Jahre (**harte Kartelle** und insbesondere **Submissionsabreden** sowie **Marktabstottungen**). Untersuchungen zu Preisabreden im Bereich Luftfahrt, zu Submissionsabreden im Strassenbau im Kanton Zürich und zu Behinderungen von Parallelimporten französischsprachiger Bücher sind mit Sanktionen für die fehlbaren Unternehmen abgeschlossen worden. Im Bereich Binnenmarkt hat die WEKO die Öffnung der kantonal abgeschotteten Märkte für Notariatsdienstleistungen empfohlen. Das Sekretariat konnte in einer Vorabklärung keine Anhaltspunkte ausmachen, dass in Folge der Frankenstärke Währungsvorteile an die Konsumentinnen und Konsumenten aufgrund von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht weiter gegeben worden wären. Das Sekretariat hat im Jahr 2013 in den eingangs genannten zentralen Themen sieben neue Untersuchungen eröffnet und zwei bestehende Untersuchungen zu Submissionsabreden ausgeweitet.

Einen besonderen – weil international wohl einmaligen – Fall hatte die WEKO im Uhrenmarkt zu entscheiden. Die Swatch Group ist im Markt der mechanischen Uhrwerke und der regulierenden Bestandteile (Assortiments) aufgrund von historischen Gegebenheiten marktbeherrschend. Sie versorgt einen Grossteil der schweizerischen Uhrenhersteller mit diesen „Herzstücken“ der weltweit sehr erfolgreichen mechanischen Uhr „swiss made“. Swatch Group hat die Absicht geäußert, die Lieferung dieser Produkte an die schweizerischen Uhrenhersteller schrittweise abzubauen. Ein zu rascher Abbau der Lieferungen wäre mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gewesen – die Uhrenhersteller wären auf dem Markt der mechanischen Uhren behindert, wenn nicht ausgeschlossen worden. Deshalb suchte die Swatch Group in einer einvernehmlichen Regelung mit dem Sekretariat eine Lösung zu finden, um die Lieferungen im Einklang mit dem Kartellgesetz abbauen zu können. Das Sekretariat hatte die Aufgabe, in dieser einvernehmlichen Regelung die Balance zu finden zwischen dem Abbau der Lieferungen von Swatch Group und der Verfügbarkeit von Produkten von alternativen Herstellern, damit der Wettbewerb auf dem Markt der mechanischen Uhren „wirksam“ bleibt.

Das Sekretariat und Swatch Group haben im Frühling 2013 eine einvernehmliche Regelung gefunden und diese nach einem Markttest der WEKO zur Genehmigung vorgelegt. Die von der WEKO durchgeführten Anhörungen von betroffenen Uhrenherstellern haben ergeben, dass bei den mechanischen Uhrwerken ein Lieferausstieg als akzeptabel wahrgenommen wird, dass er jedoch bei den Assortiments mangels genügender Alternativen als verfrüht anzusehen ist. Dies führte schlussendlich zu einer zweiten, neuen einvernehmlichen Regelung, welche der Swatch Group erlaubt, die Lieferung von mechanischen Uhrwerken bis Ende 2019 schrittweise zu reduzieren und schliesslich einzustellen, ohne dass sie ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die Lieferpflicht für die Assortiments bleibt vorläufig bestehen. Eine Reduktion bzw. ein Ausstieg bei diesen

Lieferungen ist in Zukunft möglich, hängt aber von den künftigen Entwicklungen im Markt (Aufbau alternativer Produktionsquellen) ab.

Die Besonderheit dieses Falles lag darin, dass nicht ein Missbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmens zu beurteilen und zu sanktionieren war. Es ging vielmehr darum, eine geplante Verhaltensweise derart zu regeln, dass ein Missbrauch gar nicht entstehen kann. Mit Blick auf den Zweck des Kartellgesetzes, „*volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern*“, ist eine solche Intervention der Wettbewerbsbehörde nicht nur mit diesem vereinbar, sondern geradezu geboten.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2013

Im Kanton Zürich haben **Strassenbauer** zwischen 2006 und 2009 bei rund 30 Ausschreibungen vorgängig die Preise abgesprochen und bestimmt, wer den Zuschlag erhalten soll. Die WEKO hat in ihrem Entscheid vom 22. April 2013 gegen 12 Bauunternehmen Bussen von insgesamt annähernd einer halben Million Franken ausgesprochen. Einem Unternehmen hat die WEKO die Busse aufgrund einer Selbstanzeige vollständig erlassen. Die Untersuchung war im Juni 2009 mit Hausdurchsuchungen eröffnet worden. Sie hat rund 30 Submissionsab-sprachen zu Tage gefördert. Das Auftragsvolumen der abgesprochenen Ausschreibungen beläuft sich auf knapp CHF 13 Millionen.

Mit Verfügung vom 27. Mai 2013 sanktionierte die WEKO zehn Grosshändler von **französischsprachigen Büchern** wegen unzulässigen Gebietsabreden mit insgesamt rund CHF 16.5 Millionen. Die zehn Grosshändler haben Schweizer Buchhandlungen im Zeitraum von 2005 bis 2011 daran gehindert, Bücher im Ausland – insbesondere in Frankreich – zu tieferen Preisen zu beziehen. Dabei haben die Grosshändler Vertriebssysteme aufgebaut, mit welchen sie den Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt für französischsprachige Bücher eingeschränkt haben. Den Buchhändlern war es während des Untersuchungszeitraums aufgrund von Exklusivvereinbarungen zwischen den Grosshändlern und den Verlagen nicht möglich, Bücher im Ausland zu beziehen. Durch diese Marktabschottung konnten die Grosshändler ein überhöhtes Preisniveau für Bücher in der Schweiz aufrecht erhalten und entsprechend ausnutzen. Als konkretes Beispiel für den Kampf gegen Marktabschottungen ist dieser Entscheid von grosser Bedeutung für den Wettbewerb in der Schweiz. Zur Zeit ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hängig.

Gemäss kantonalem Recht haben Schweizer **Notare** nicht die Möglichkeit, ihren Fähigkeitsausweis in anderen Kantonen anerkennen zu lassen. Ihre Tätigkeit ist auf ein Kantonsgebiet beschränkt. Die WEKO hat deshalb am 23. September 2013 empfohlen, dass die Kantone gleichwertige Ausbildungen von freiberuflichen Notaren aus anderen Kantonen anerkennen. Dies würde die berufliche Mobilität von freiberuflichen Notaren innerhalb der Schweiz wesentlich erleichtern. Einschränkende Massnahmen wie Wohnsitzpflichten, Gegenrechtsbestimmungen oder Staatsbürgerschaftserfordernisse sollten aufgehoben werden. Weiter sollten Kantone mit Amtsnotariat bei der Stellenbesetzung auch ausserkantonale ausgebildete Notare berücksichtigen. Gleichzeitig empfahl die WEKO dem Bundesrat, im Rahmen der aktuellen Revision des Zivilgesetzbuches (SchIT ZGB zur öffentlichen Beurkundung) wie geplant eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die es den Notaren ermöglicht, öffentliche Urkunden auch im Bereich der Grundstücksgeschäfte schweizweit bei kantonalen Grundbuchämtern eintragen zu lassen. Zurzeit muss ein Vertrag betreffend ein Grundstückgeschäft zwingend durch einen Notar in dem Kanton beurkundet werden, in dem das Grundstück liegt. Mit der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte könnten die Kunden von einem grösseren

Angebot profitieren und den Notar entsprechend ihren Bedürfnissen hinsichtlich Qualität, Leistung und Preis schweizweit auswählen.

Die WEKO hat am 21. Oktober 2013 die Untersuchung betreffend die von **Swatch Group** beabsichtigte Umsetzung ihrer neuen Lieferpolitik abgeschlossen und eine einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und Swatch Group genehmigt. Diese gibt Swatch Group die Möglichkeit, die Lieferungen von mechanischen Uhrwerken stufenweise zu reduzieren. Die Lieferverpflichtung dauert bis zum 31. Dezember 2019. Auf der Basis des Durchschnittes der Jahre 2009–2011 müssen Swatch Group bzw. ETA in den Jahren 2014/2015 75 %, 2016/2017 65 % und 2018/2019 55 % liefern. Daneben verpflichten sich Swatch Group resp. ETA, alle ihre Kunden gleich zu behandeln. Zudem ermöglicht es die KMU-Klausel, in besonderen Härtefällen von dieser Regelung zu Gunsten der betroffenen Kunden abzuweichen. Sollten sich die Marktverhältnisse wesentlich anders als angenommen entwickeln, behält sich die WEKO eine Neubeurteilung der Lieferverpflichtung vor. Die WEKO erachtete eine Lieferreduktion auch für Assortiments nicht grundsätzlich als ausgeschlossen; zur Zeit wäre sie aber verfrüht. Ausschlaggebend dafür sind die derzeitigen Marktverhältnisse und die unsichere Entwicklung in diesem Bereich. Die WEKO wird die Entwicklung (Testphase bei verschiedenen Herstellern) genau verfolgen.

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 entschied die WEKO, die Untersuchung i.S. **Kosmetikprodukte**, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, einzustellen. Die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen (Gebietsschutzabreden, Behinderungen des Online-Handels und Preisempfehlungen) beeinträchtigen den Wettbewerb nicht in erheblichem Masse. Zu diesem Schluss kam die WEKO unter Berücksichtigung der sehr geringen Marktanteile der Untersuchungsadressatinnen, der tiefen Marktkonzentration und der eher bescheidenen internationalen Preisunterschiede. Zudem haben die Untersuchungsadressatinnen die problematischen Vertragsklauseln freiwillig angepasst, die Preisempfehlungen explizit als unverbindlich deklariert und ihre Abnehmer entsprechend informiert.

In einer Vorabklärung prüfte das Sekretariat, in welchem Umfang 22 namhafte Markenartikellieferanten sowie Coop, Denner und Migros Währungsgewinne bei einer Auswahl von Gütern des täglichen Bedarfs weitergaben und ob allfällige **Nichtweitergaben von Währungsvorteilen** durch das Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen erklärt werden können. Die Befragung der Marktteilnehmer lieferte weder konkrete Hinweise auf unzulässige horizontale oder vertikale Preisabreden noch ergaben sich genügende Anhaltspunkte für kartellrechtlich problematische Behinderungen von Parallelimporten. Auch Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens konnten nicht identifiziert werden. Es gab somit keine Legitimation, gegen Coop, Denner, Migros oder einen der 22 Markenartikellieferanten ein Untersuchungsverfahren zu eröffnen. Die meisten der befragten Markenartikellieferanten gewährten den Detailhändlern Konditionenverbesserungen. Diese gaben die

Detailhändler gemäss den von ihnen eingereichten Daten mehrheitlich vollständig an ihre Kunden weiter.

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 sanktionierte die WEKO 11 Fluggesellschaften wegen unzulässiger Preisabreden im Bereich **Luftfracht** mit einer Busse von rund CHF 11 Millionen. Die Untersuchung hat ergeben, dass sich verschiedene Fluggesellschaften über Preiselemente im Bereich Luftfracht abgesprochen haben. Es handelt sich dabei um Frachtraten, Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA und die Kommissionierung von Zuschlägen. Anhand der Verhaltensweisen bei den verschiedenen Preiselementen konnten die Wettbewerbsbehörden eine horizontale Preisabrede nachweisen. Besonderheiten der Untersuchung stellten vor allem der Umfang und die Komplexität des Verfahrens dar sowie die Anwendung einer Vielzahl von Luftverkehrsabkommen mit anderen Staaten. Von den Luftverkehrsabkommen ist namentlich dasjenige mit der Europäischen Union (EU) hervorzuheben. Gestützt auf dieses Abkommen hatte die WEKO in der Untersuchung auch die europäischen Wettbewerbsregeln anzuwenden, die integrierender Bestandteil des Abkommens sind und daher in der Schweiz Anwendung finden. Parallel dazu wendete die WEKO das schweizerische Kartellgesetz an. Zur Zeit ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer hängig.

Das BVGer hat am 3. Dezember 2013 die Beschwerden der Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG gutgeheissen und die von der WEKO gegen diese verhängten Bussen von insgesamt CHF 5.7 Mio. aufgehoben. Die WEKO hatte Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG in ihrer Sanktionsverfügung vom 2. November 2009 vorgeworfen, sie hätten die Wiederverkaufspreise für ihre **Hors-Liste Medikamente** gegen erektile Dysfunktion, Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) und Cialis (Eli Lilly), in Form von Publikumspreisempfehlungen festgelegt und damit eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG praktiziert. In seiner Analyse der einschlägigen Wettbewerbsverhältnisse kommt das BVGer zum Schluss, dass die heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht und Publikumsverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" der betroffenen Patienten den markeninternen Preiswettbewerb auf der Stufe der Verkaufsstellen in einem Ausmasse ausschalten würden, dass ein gesetzlicher Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG anzunehmen sei. Insofern sei das KG in der strittigen Konstellation nicht anwendbar, was den angefochtenen Sanktionsverfügungen die Grundlage entziehe. Die WEKO und das Departement haben diese Urteile mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten.

Das BVGer hat schliesslich mit Urteil vom 19. Dezember 2013 die Beschwerden der **Elmex**-Herstellerin GABA International AG (Gaba) und deren österreichischen Lizenznehmerin Gebro Pharma GmbH (Gebro) gegen die Sanktionsverfügung der WEKO vom 30. November 2009 abgewiesen. Gaba wurde in der Verfügung eine Sanktion in Höhe von CHF 4.8 Mio. auferlegt, Gebro eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000. Das BVGer erachtet eine Klausel in dem zwischen den beiden Unternehmen bis zum 1. September 2006 bestehenden Lizenzvertrag als unzulässige vertikale Gebietsabrede

im Sinne des Kartellgesetzes. Das BVGer schützt die Auslegung der WEKO, wonach eine schriftlich vereinbarte Klausel, die passive Verkäufe aus Österreich und damit Parallelimporte in die Schweiz verbietet (Exportverbot), eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG darstellt, die den Wettbewerb erheblich behindert. Eine Rechtfertigung gestützt auf wirtschaftliche Effizienzgründe bleibt möglich, ist vorliegend aber nicht gelungen, womit die Abrede unzulässig ist. Das Gericht bestätigt die Ansicht der Vorinstanz, wonach solche Abreden unter die Sanktionsnorm von Art. 49a KG fallen und sie entsprechend zu sanktionieren sind. Die unterlegenen Parteien sind mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangt.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Im Januar 2013 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung betreffend **Meldesysteme von Kantonalen Baumeisterverbänden**. Wie in den Untersuchungen zu den Abreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau¹ und Zürich festgestellt wurde, können solche Meldesysteme von Bauunternehmen Submissionsabreden begünstigen. Das Sekretariat verschaffte sich einen Überblick darüber, ob und welche Baumeisterverbände solche Meldesysteme benutzen. Für eine kartellrechtlich unbedenkliche Nutzung regte das Sekretariat im Sommer 2013 u.a. an, dass den teilnehmenden Unternehmen vor der Eingabefrist für Offerten nicht mehr bekannt sein sollte, welche anderen Unternehmen ebenfalls eine Offerte einreichen. Mit einem Abschluss der Vorabklärung ist Anfang zweites Quartal 2014 zu rechnen.

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung **Bau Unterengadin** gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Strassen- und Tiefbau, Belagsarbeiten und Hochbau sowie den dazu vorgelagerten Märkten und hat Hausdurchsuchungen durchgeführt. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Aufgrund der Ermittlungsergebnisse wurde die Untersuchung am 22. April 2013 gegen weitere Unternehmen eröffnet und auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt. Dabei wurden erneut Hausdurchsuchungen durchgeführt. Die Auswertungen der ermittelten und erhaltenen Dokumente sind im Gange.

Am 5. Februar 2013 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung **Tunnelreinigung** gegen drei überregional tätige Unternehmen und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach die Unternehmen kartellrechtswidrige Preisabreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen respektive Kunden zu koordinieren. Die Auswertung der sichergestellten Daten ist weitgehend abgeschlossen. Das Sekretariat hat zudem eine umfassende Marktbefragung der für die Vergabe von Tunnelreinigungen zuständigen Stellen vorgenommen.

¹ Vgl. RPW 2012/2, S. 273 f., Rz. 8 ff.

Das Sekretariat eröffnete am 15. April 2013 die Untersuchung **Bauleistungen See-Gaster** gegen sechs Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung auf zwei weitere Unternehmen in der Zielregion aus und führte wiederum Hausdurchsuchungen durch. Die Auswertung der sichergestellten Daten ist grundsätzlich abgeschlossen.

In der Untersuchung **Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich** fanden im Frühling 2013 Anhörungen vor der WEKO statt. Mit Verfügung vom 22. April 2013 sprach die WEKO gegen mehrere Bauunternehmen Bussen von insgesamt rund einer halben Million Franken aus. Einem Unternehmen erliess sie die Sanktion vollständig, weil es sich selbst anzeigte und mit den Wettbewerbsbehörden kooperierte. Bei drei Unternehmen stellte die WEKO die Untersuchung ohne Folgen ein, da ihnen kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden konnte. Mangels Beschwerden ist die Verfügung rechtskräftig. In der Sache ging es um Submissionsabreden im Strassen- und Tiefbau. Dabei bestimmten die Bauunternehmen bei einer Ausschreibung vorgängig, wer den Zuschlag erhalten sollte und sprachen die zu offerierenden Preise ab. Die WEKO konnte bei rund 30 Ausschreibungen zwischen 2006 und 2009 solche Abreden nachweisen. Die Bussen berechnete sie anhand des Umsatzes der abgesprochenen Ausschreibungen, für welche die Bauunternehmen den Zuschlag erhalten hatten, wobei sie auch die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung sowie die Anzahl Beteiligungen an abgesprochenen Ausschreibungen berücksichtigte.

Gegen die Verfügung der WEKO betreffend Submissionsabreden im **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** sind weiterhin Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

3.1.2 Weitere Themen

Die am 22. November 2011 eröffnete Untersuchung **Badezimmer** wurde planmässig geführt. Nach dem Versand von Fragebogen und der Sichtung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten physischen und elektronischen Daten fanden im Herbst 2012 zahlreiche Partei- und Zeugeneinvernahmen statt. 2013 versandte das Sekretariat erneut Fragebogen an die Parteien und verschiedene Sanitärhersteller, verhandelte mit dem Schweizerischen Grosshändlerverband der Sanitären Branche über eine einvernehmliche Regelung und führte Schlusseinvernahmen durch. Daneben arbeitete das Sekretariat am Antrag.

Die Untersuchung **Türprodukte** wurde in der ersten Jahreshälfte 2013 zugunsten von anderen Verfahren zurückgestellt und in der zweiten Jahreshälfte intensiver vorangetrieben. Die 2012 erhobenen Unterlagen sind ausgewertet und der Antrag ist in Bearbeitung.

Im Nachgang zu den beiden Untersuchungen zu Submissionsabreden im **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** sowie im **Kanton Zürich** baten mehrere öffentliche Bauherren um Zugang zu den Akten, insbesondere

bezüglich der sie betreffenden Ausschreibungen. Die Anfragen sind eine Folge der teilweisen Anonymisierung der Verfügungen (keine Erkennbarkeit von konkreten Ausschreibungen). Die Abklärungen darüber, ob und, wenn ja, wie weit den Einsichtsgesuchen entsprochen werden kann, sind im Gange.

Gegen die Verfügungen der WEKO betreffend **Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren** sind weiterhin Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

3.1.3 Spezialthema Arbeitsgemeinschaften (ARGE)

Im Rahmen der Teilrevision des KG (vgl. 3.8) wird im Zusammenhang mit dem sogenannten Teilkartellverbot für besonders schädliche Wettbewerbsabreden von verschiedenen Seiten behauptet, dass ARGE von den Wettbewerbsbehörden bereits heute besonders streng beurteilt würden und dass ARGE bei Annahme des Teilkartellverbotes zukünftig verboten wären (siehe etwa Gewerbezeitung vom 4. Oktober 2013; Handelszeitung vom 24. Oktober 2013, S. 18). Diese Behauptungen sind unzutreffend. Beleg dafür ist allein schon die Tatsache, dass im umliegenden Ausland, wo Kartellverbote gelten, ARGE weiterhin verbreitet und anerkanntermassen zulässig sind. Der Bundesrat, die Arbeitsgruppe Revision KG sowie das Sekretariat führten deshalb diverse „Aufklärungsgespräche“ mit Verbänden, Bauunternehmen und der Verwaltung. Es ist Folgendes zu betonen:

- ARGE sind und bleiben grundsätzlich kartellrechtlich unproblematisch.
- Gegenstand bisheriger WEKO-Verfahren waren Submissionskartelle, nicht ARGE.
- Viele Gründe, weshalb ARGE gebildet werden, sind kartellrechtlich unbedenklich.

ARGE sind und bleiben grundsätzlich kartellrechtlich unproblematisch. ARGE sind zwar „Absprachen“ im umgangssprachlichen Sinn. Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sind sie aber regelmässig nicht, denn dies würde voraussetzen, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Typischerweise tun das ARGE gerade nicht. Im Gegenteil: Oft fördern ARGE sogar den Wettbewerb, indem sie Unternehmen (insb. KMU) überhaupt erst ermöglichen, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen. Artikel 5 KG, der bestimmt, welche Wettbewerbsabreden unzulässig sind und der auch das Teilkartellverbot enthalten würde, gilt aber nur für Wettbewerbsabreden im Sinne des KG. Ob eine solche Wettbewerbsabrede vorliegt, muss sowohl nach geltendem als auch nach künftigen Recht die Wettbewerbsbehörde beweisen. Einzig wenn ARGE ausnahmsweise den Wettbewerb beschränken, sind sie als Wettbewerbsabreden im Sinne des KG zu qualifizieren und näher zu prüfen.

Die bisherigen WEKO-Verfahren betrafen Submissionsabreden, nicht ARGE. In den Untersuchungen Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich und Elektroinstallationen Bern wurden Submissionsabreden untersucht. Bei solchen vereinbarten Unternehmen im Voraus unter sich, wer bei einer Ausschreibung gewinnen soll, und die übrigen Unternehmen geben zum Schutz höhere Scheinofferten ein. Solche

Submissionsabreden sind offenkundig wettbewerbschädigend und kartellrechtswidrig. ARGE wurden nur geprüft, soweit sie Teil solcher Submissionsabreden waren. Im Fall Elektroinstallationen Bern beispielsweise bildeten Unternehmen bezüglich einzelner Submissionen ARGE unter sich, legten diese aber gegenüber dem Bauherrn nicht offen. Vielmehr reichten die ARGE-Partner separate Offerten ein und erweckten so den Anschein von Wettbewerb zwischen ihnen und täuschten damit die Bauherren. Es lagen keine ARGE im eigentlichen Sinne vor, sondern Submissionskartelle (die als ARGE bezeichnet oder getarnt wurden). Echte ARGE hat die WEKO nie untersucht oder verboten, weil sie grundsätzlich unproblematisch sind.

Zulässige Gründe für eine ARGE-Bildung sind vielfältig. Zuweilen wird behauptet, ARGE seien aus Sicht der WEKO einzig dann kartellrechtlich unbedenklich, wenn die ARGE-Partner ein bestimmtes Projekt nur gemeinsam realisieren könnten. Diese Behauptung stimmt so nicht. Zu beachten ist, dass sich die WEKO in ihren Entscheiden inhaltlich gar nicht mit ARGE beschäftigte, sondern diese bloss begrifflich umschrieb. Dabei zählte sie keineswegs abschliessend alle Gründe auf, gemäss welchen ARGE als unproblematisch zu beurteilen sind. Häufig werden ARGE gebildet, damit überhaupt ein Angebot zustande kommt. Dies etwa wegen fehlender Fachkenntnisse, finanzieller Gründe, mangelnder Kapazitäten oder Klumpenrisiken. ARGE können auch ein wirtschaftlich günstigeres Angebot (besseres Preis-Leistungs-Verhältnis) ermöglichen. Solche ARGE fördern den Wettbewerb und sind kartellrechtlich unbedenklich, woran die Revision von Art. 5 KG nichts ändern wird.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der Finanzdienstleistungen hat sich das Sekretariat darauf konzentriert, die laufenden Verfahren voranzutreiben. Dies betrifft die Untersuchung der Absprachen zur Beeinflussung der Referenzzinssätze **Libor**, **Tibor** und **Euribor** sowie von darauf basierenden Derivaten. Dabei hat sich die Beschaffung von Daten im Ausland als sehr aufwändig herausgestellt. Dies betrifft Daten von Unternehmen, die sich in England, Frankreich oder den USA befinden, da dort nationale Gesetze die Datenbekanntgabe in die Schweiz untersagen oder an restriktive Bedingungen knüpfen. Das Sekretariat musste in zwei Fällen **Auskunftsverfügungen** erlassen. Eine davon gegen den Interdealer-Broker ICAP, welcher sich auf den Standpunkt stellte, er könne die Daten nicht ohne Gerichtsbeschluss liefern, da er sonst gegen den UK Data Protection Act 1998 (DPA) verstosse. Das Sekretariat hielt fest, dass ausländisches Recht, welches möglicherweise einer Informationsherausgabe entgegensteht, die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG nicht in Frage stellt. ICAP hat die Auskunftsverfügung angefochten, worauf das Bundesverwaltungsgericht ausführte, der Nachteil von ICAP sei zwar aufgrund eines möglichen Verstosses gegen den DPA nicht unerheblich, dieser sei aber weniger stark zu gewichten als das öffentliche Interesse an einer raschen Untersuchung. Es verpflichtete ICAP daher zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens. ICAP erachtete das Urteil als den für

die Datenherausgabe gemäss DPA erforderlichen Gerichtsbeschluss. Eine zweite Auskunftsverfügung erging an die schweizerische Tochtergesellschaft eines französischen Konzerns. Sie verweigerte die Beantwortung eines Fragebogens des Sekretariates mit dem Argument, dieser müsse der französischen Muttergesellschaft zugestellt werden. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht ab. Es hielt fest, dass die schweizerische Tochtergesellschaft verpflichtet sei, die Auskunftsverfügung konzernintern an die richtige Stelle weiterzuleiten, im konkreten Fall an die französische Muttergesellschaft.

Die zweite Untersuchung betrifft die **Kreditkarten Interchange Fees**. Im Berichtsjahr wurden umfangreiche Daten erhoben, welche noch in Auswertung sind. Eine Vorabklärung hat die Einführung einer neuen Gebühr von MasterCard (Preauthorization-Fee) zum Gegenstand. Zudem ist im Herbst eine weitere Vorabklärung zu möglichen Abreden über Wechselkurse im Devisenhandel zwischen verschiedenen Banken eröffnet worden.

3.2.2 Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen

Im Bereich freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen wird aktuell ein Verfahren bezüglich des Tourismus geführt, nämlich betreffend die **Vertragsbestimmungen der Online-Buchungsplattformen für Hotel**. Die Untersuchung wurde gegen die Unternehmen Booking.com, HRS und Expedia eröffnet. Die Analyse bezieht sich auf die sogenannte Bestpreisgarantie-Klausel, gemäss welcher das Hotel einem Kunden, welcher ein Zimmer über eine Buchungsplattform reserviert hat, stets den jeweils günstigsten Preis anzubieten hat. Eine andere Klausel betrifft das Verbot der Kontingentierung, nach welcher das Hotel verpflichtet ist, jeweils sämtliche verfügbaren Zimmer über die Buchungsplattform zur Verfügung zu stellen. Derartige Klauseln könnten kartellrechtlich problematisch sein und bedurften im Verlauf des Jahres vertiefter Abklärung. Auch ausländische Wettbewerbsbehörden haben sich entschieden, in Bezug auf solche Praktiken zu ermitteln.

Die Vorabklärung betreffend das Vertriebssystem eines Kreuzfahrtanbieters konnte u.a. infolge Einigung mit dem betroffenen Unternehmen abgeschlossen werden. Dieser Kreuzfahrtanbieter hatte den seine Reisen vertreibenden Unternehmen (Reisebüros mit Sitz in Deutschland) untersagt, Reisen aus dem deutschen Katalog an nicht in Deutschland ansässige Kunden zu verkaufen. Dementsprechend war es einem Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz in der Regel nicht möglich, bei einem deutschen Reisebüro eine Kreuzfahrt aus dem deutschen Katalog zum entsprechenden Preis zu buchen. Im Verlauf der Vorabklärung passte der Anbieter sein Verhalten an und erlaubte es den Reisebüros seines Vertriebsnetzes, passive Verkäufe an Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zu tätigen.

Auch im Bereich **Informatik** (Hardware und Software) bedurfte es vieler Abklärungen. Gegenstand eines Verfahrens war die Problematik der Wartung einer bestimmten Kategorie von Informatik-Einrichtungen. Gemäss verschiedenen Anzeigen hätte ein in diesem Bereich marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung missbraucht, indem es den Kauf von Betriebssoftware

an den Abschluss von Wartungsverträgen koppelte. Weiter galt es in diesem sowie einem weiteren Verfahren die Problematik der Fremdwartung zu analysieren. Gewissen Informationen zufolge erschweren Software-Hersteller den Endverbrauchern die Möglichkeit, einen Vertrag mit einem anderen als dem vom Hersteller vorgesehenen Unternehmen abzuschliessen. Schliesslich wurden regelmässig Beschwerden gegenüber Unternehmen vorgebracht wegen Preisunterschieden für deren Produkte im In- und Ausland. Einzelne dieser Verfahren sind noch im Gange, die übrigen konnten ohne Folgen abgeschlossen werden.

Schliesslich hat sich das Sekretariat jeweils zu Saisonbeginn mit Klagen von Skischulen wegen angeblich missbräuchlicher Verhaltensweisen von Bergbahn-Unternehmen auseinanderzusetzen. Dabei werden die Vorteile, welche die alteingesessenen Skischulen in einigen Skigebieten gegenüber den neueren Konkurrenzschulen geniessen, geltend gemacht. Sofern es sich um Streitigkeiten zwischen Privaten handelt, verweist das Sekretariat grundsätzlich auf den Zivilweg.

3.2.3 Gesundheitswesen

Die Ermittlungen im Rahmen der Untersuchung **Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen**, welche für die Distribution, die Abgabe und die Abrechnung von Arzneimitteln in der Schweiz bedeutsam sind, wurden 2013 fortgeführt. U.a. wurden Fragebögen an mehr als dreihundert Unternehmen in der Schweiz gesendet. Die Antworten werden noch ausgewertet.

Die Vorabklärung i.S. **Vereinbarung betreffend Kundenwerbung** von santésuisse hat Hinweise ergeben, dass Elemente der Branchenvereinbarung (Festlegung der Provisionen für Makler, Vermittler und Vergleichsdienstleister auf maximal CHF 50.- sowie teilweiser Boykott der CallCenter) eine den Wettbewerb unter den Krankenversicherern erheblich beeinträchtigende Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG sein könnten. Auch wenn hinsichtlich der dritten in der Branchenvereinbarung vorgesehenen Massnahme, welche die Qualität der Dienstleistungen der Vermittler verbessern sollte, kartellrechtlich keine Bedenken bestanden, hat santésuisse in Anbetracht der Resultate entschieden, die Vereinbarung im Februar 2014 aufzuheben. Die Wettbewerbsbehörden sind der Ansicht, dass die Krankenversicherer über Informationsmittel verfügen können müssen, welche die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs unter den Marktakteuren, wie auch vom Gesetzgeber vorgesehen, erlauben. Dank derartiger Informationsmittel können die Versicherten bei der Wahl ihrer Krankenversicherung von den besten Angeboten profitieren. Eine abgestimmte Reduktion der Werbung und der Information der Versicherten hätte negative Auswirkungen auf die Prämien und die Transparenz des Marktes haben können. Die Vorabklärung wurde ohne Folgen abgeschlossen.

Auch die Marktbeobachtung i.S. **Hörgeräte** konnte im Laufe des Jahres 2013 abgeschlossen werden. Die Ergebnisse der Datenanalyse betreffend die Periode nach Einführung des neuen pauschalen Ausgabenrückerstattungssystems für solche Hörgeräte haben es dem Sekretariat erlaubt, die Vorabklärung abzuschliessen. Ge-

stützt auf die Stellungnahmen zum Zwischenbericht sowie auf zusätzliche Befragungen hat sich die Annahme nicht erhärten lassen, dass sowohl die Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgerätelisten wie auch jene auf den Preislisten der Hersteller, welche zuhanden der Akustiker publiziert wurden, den Hörgeräteherstellern zuzurechnen seien. Es hat sich gezeigt, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) einen wesentlichen Einfluss auf die Herausgabe sowie die konkrete Ausgestaltung der Verkaufspreisempfehlungen auf den Tariflisten hatte. Faktisch war es nicht möglich zu ermitteln, ob sich ein Akustiker im konkreten Fall nun an der behördlichen Verkaufspreisempfehlung auf den Hörgerätelisten oder jener auf den Listen der Hersteller orientiert hat, da die Preise auf beiden Listen weitestgehend übereinstimmten. Im Sinne der Förderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Hörgeräte würde das Sekretariat eine Entkoppelung der Beratungsdienstleistung der Akustiker vom Verkauf der Geräte begrüessen. Eine Trennung könnte die bestehenden Fehlanreize für die Akustiker dämpfen.

Im Rahmen der Vorabklärung betreffend die **Distribution von Hilfsmitteln im Kanton Waadt** hat das Sekretariat den Schlussbericht im Herbst 2013 abgegeben. Das Sekretariat ist der Ansicht, dass es die am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Massnahmen erlauben, das Verfahren abzuschliessen. Diese von der Association Vaudoise d'Aide et de Soins à Domicile (AVASAD) ergriffenen Massnahmen sehen insbesondere die Abschaffung der Tarifempfehlungen, eine freie Versorgung durch die Hilfsmittelzentren sowie die Schaffung einer Liste der Händler und Lieferanten vor, welche den Fachleuten abgegeben wird.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Am 18. Juli 2013 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen die Swisscom (Schweiz) AG. Sie soll zeigen, ob Swisscom ihre Marktposition im **Bereich Breitbandinternet** für Geschäftskunden missbraucht hat, um Konkurrenten bei Ausschreibungen zu behindern. Konkret geht es um eine Ausschreibung der Post, bei welcher Swisscom und zwei weitere Fernmeldedienstleister um die Vernetzung sämtlicher Poststandorte in der Schweiz über Breitbandinternet geboten haben. Um gegenüber der Post offerieren zu können, waren die beiden anderen Fernmeldedienstleister auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Es bestehen Hinweise, dass Swisscom die Preise für Vorleistungsprodukte so hoch angesetzt hat, dass die anderen Fernmeldedienstleister nicht in der Lage waren, konkurrenzfähige Angebote gegenüber der Post zu machen.

Die Untersuchung **Wiedererwägung Tele 2 vs. Swisscom** wurde mit Verfügung vom 18. März 2013 abgeschlossen. Swisscom hatte aufgrund der im Fernmelderecht verankerten Option «Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes» um eine Aufhebung des mit der WEKO vereinbarten Verbots zur Beilage von Werbung beim Versand der Rechnungen für den Teilnehmeranschluss ersucht. Es zeigte sich, dass keine wesentliche Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse vorlag, welche die Aufhebung der einvernehmlichen Regelung vom Mai 2002 erfordert hätte.

Entsprechend wurde das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen.

Die WEKO hatte zudem im Bereich Telekommunikation zwei **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen, die schon in der Vorprüfung als unbedenklich beurteilt worden sind.

3.3.2 Medien

In der Untersuchung **Bücherpreise in der Romandie** gelangte die WEKO mit Verfügung vom 27. Mai 2013 zum Schluss, dass im Zeitraum von 2005 bis 2011 zehn Grosshändler von französischsprachigen Büchern Schweizer Buchhandlungen daran gehindert haben, Bücher im Ausland – insbesondere in Frankreich – zu tieferen Preisen zu beziehen. Dabei haben die Grosshändler Vertriebssysteme aufgebaut, mit welchen sie den Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt für französischsprachige Bücher eingeschränkt haben. Aufgrund von Exklusivvereinbarungen zwischen den Grosshändlern und den Verlagen konnten die Buchhändler während des Untersuchungszeitraums keine Bücher im Ausland beziehen. Entsprechend haben zwischen 2005 und 2011 praktisch keine Parallelimporte stattgefunden, da Versuche der Buchhändler, sich direkt aus dem Ausland zu billigeren Preisen beliefern zu lassen, scheiterten. Durch diese Marktabschottung gelang es den Grosshändlern ein überhöhtes Preisniveau für Bücher in der Schweiz aufrechtzuerhalten. Die WEKO hat die zehn Grosshändler wegen unzulässiger Gebietsabreden mit insgesamt ca. CHF 16.5 Millionen sanktioniert. Die Mehrheit der gebüssten Unternehmen hat beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht.

Die gegen die Schweizerische Depeschagentur (SDA) eröffnete Untersuchung **Preispolitik und andere Verhaltensweisen** wurde im Berichtsjahr wie geplant weitergeführt. Sie soll zeigen, ob SDA ihre allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, indem sie Konkurrenten behindert und Kunden benachteiligt hat. Eine Vorabklärung hatte Anhaltspunkte ergeben, dass die Rabattpolitik der SDA mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten auf Verdrängung bestehender Konkurrenz und Verhinderung von Markteintritten abzielte.

Die 2012 eröffnete Vorabklärung **Goldbach Group TV / Radiovermarktung** ist weit fortgeschritten. Sie behandelt die Frage des Missbrauchs einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung in der Fernseh- und Radiovermarktung durch die Goldbach Group. Es geht insbesondere um die Preisfestsetzungspolitik, die Gewährung unterschiedlicher Rabatt-Typen und die Umsetzung einer eventuellen Verdrängungsstrategie gegenüber Konkurrenten.

Im April 2013 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Übertragung von Live-Sport im Pay-TV**. Es soll geklärt werden, ob CT Cinetrade AG konkurrierenden TV-Plattformanbietern von Swisscom TV bestimmte Angebote ungerechtfertigterweise verweigert und ob Cinetrade gewisse TV-Plattformanbieter und Endkunden diskriminiert, indem das Teleclub-Angebot über Swisscom TV günstiger bezogen werden kann als über andere TV-Plattformen, dies obschon das Sportangebot auf Swisscom TV umfangreicher ist. Schliesslich soll im Rahmen dieser Untersuchung geklärt werden, ob eine

nach Kartellgesetz unzulässige Koppelung vorliegt, wenn Endkunden die Sportkanäle von Teleclub nur zusammen mit einem Basispaket beziehen können. Im Mai 2013 stellten drei Kabelnetzbetreiber ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und beantragten im Wesentlichen die Freigabe von gewissen Programminhalten und Bezugsmöglichkeiten. Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 wurden diese Gesuche von der WEKO abgewiesen. Das Beschwerdeverfahren darüber ist noch hängig.

Auch im Jahr 2013 hatte die WEKO im Bereich Medien mehrere **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Beim Zusammenschlussvorhaben Tamedia / Ringier / jobsuchmaschine beabsichtigten Tamedia AG und Ringier AG, die gemeinsame Kontrolle über die Jobsuchmaschine AG zu übernehmen. Bei Tamedia / PPN AG meldete Tamedia den Erwerb der alleinigen Kontrolle über das bisher gemeinsam mit Neue Zürcher Zeitung AG, Ringier und cXense AS kontrollierte Unternehmen PPN Schweiz AG. Bei Tamedia / Schibsted / SCMS / piazza.ch / car4you beabsichtigten Tamedia und Schibsted Classified Media NV, die gemeinsame Kontrolle über Schibsted Classified Media Switzerland AG, den Unternehmensteil piazza.ch und die car4you Schweiz AG zu erwerben. Bei Tamedia / Starticket meldete Tamedia die Absicht, die alleinige Kontrolle über Starticket AG zu übernehmen. Schliesslich meldete Tamedia die Übernahme der Mehrheit des Aktienkapitals und der Kontrolle über die Ziegler Druck- und Verlags AG. Bei Publigroupe / S1TV wurde die Begründung gemeinsamer Kontrolle über die S1TV AG durch die Publigroupe S.A. und ihre Tochtergesellschaften sowie die Gründer der S1TV gemeldet. Bei Mediaspectrum, Inc. / Publigroupe S.A. / xentive sa beabsichtigte Mediaspectrum, Inc. sowie eine durch Mediaspectrum zu bezeichnende Drittpartei eine Beteiligung von 51 % an xentive sa zu erwerben, welche bis dahin unter der alleinigen Kontrolle von Publigroupe stand. Xentive sollte somit nach Vollzug des Zusammenschlusses durch Mediaspectrum und Publigroupe gemeinsam kontrolliert werden. Schliesslich wurde bei Orell Füssli / Thalia die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Bereich des Verkaufs von Büchern und Ergänzungsprodukten an Endkunden in der Schweiz gemeldet. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

3.3.3 Energie

Im Anschluss an ein Widerspruchsverfahren wurde im Februar 2013 gegen die Genossenschaft VSG ASIG (VSG) und deren Mitglieder eine Vorabklärung eröffnet. Im Rahmen der Vorabklärung sollte ermittelt werden, ob die seitens der VSG und ihrer Mitglieder gemeldeten Regelungen der sog. **Verbändevereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas** unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 und / oder Art. 7 KG darstellen könnten. Die Verbändevereinbarung ist ein privatrechtliches Regelwerk, das zwischen dem VSG (als Vertreter der Netzbetreiber) und der Interessensgemeinschaft Erdgas sowie der Interessensgemeinschaft Energieintensiver Branchen (als Vertreter der industriellen Erdgasbezüger bzw. der Netzkunden) abgeschlossen wurde und in welchem die Bedingungen

des Dritttransports zu industriellen Erdgaskunden festgelegt sind. Das Sekretariat hat die Parteien im Dezember 2013 mit einem detaillierten Schlussbericht – und unter ausdrücklichem Hinweis auf die weiterhin bestehende Sanktionsdrohung – über seine kartellrechtlichen Bedenken in Bezug auf einzelne Regelungen, insbesondere einzelne Netzzugangskriterien unterrichtet. Bei einem Grossteil der Klauseln hatte die Gaswirtschaft demgegenüber Anpassungen vorgenommen, so dass den Bedenken des Sekretariats bereits im Verlaufe der Vorabklärung Rechnung getragen worden ist.

Im März 2013 eröffnete das Sekretariat die Vorabklärung **Eignerstrategie ewb**. Die Vorabklärung soll aufzeigen, ob Energie Wasser Bern (ewb) ihre angeblich marktbeherrschende Stellung auf den Versorgungsmärkten in nachgelagerten/benachbarten Märkten missbraucht hat bzw. missbraucht und damit andere Unternehmen auf diesen Märkten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Im Vordergrund der Abklärungen stehen dabei namentlich mögliche Bevorzugungen der eigenen Tochtergesellschaften durch Quersubventionierungen aus dem Monopolbereich, allfällige Benützung von Markt- und Kundendaten und/oder anderen Informationen aus dem Monopolbereich sowie mögliche Koppelungsgeschäfte oder technische Behinderungen.

Schliesslich wurde die WEKO im Bereich Energie in verschiedenen Vernehmlassungsverfahren zur Stellungnahme eingeladen. Zu nennen sind partielle Revisionen des Stromversorgungsgesetzes, der Stromversorgungsverordnung und der Energieverordnung. Zudem wurde das Sekretariat zu kartellrechtlichen Fragestellungen betreffend das Stromabkommen mit der Europäischen Union konsultiert.

3.3.4 Weitere Bereiche

In der Untersuchung **Luftfracht** gelangte die WEKO mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 zum Schluss, dass sich im Zeitraum von 2000 bis 2005 mehrere Fluggesellschaften über Preiselemente abgesprochen haben. Es handelt sich dabei um Frachtraten, Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA und die Kommissionierung von Zuschlägen. Parallel zum Schweizerischen Kartellgesetz musste die WEKO in dieser Untersuchung eine Vielzahl von Luftverkehrsabkommen mit anderen Staaten und insbesondere dasjenige mit der Europäischen Union (EU) anwenden. Die WEKO hat 11 Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Millionen sanktioniert. Die Deutsche Lufthansa AG (inklusive deren Tochtergesellschaft Swiss Airlines AG), die das Verfahren durch Selbstanzeige ausgelöst hatte, profitierte von einem vollständigen Sanktionserlass. Daneben wurden die Sanktionen von fünf weiteren Selbstanzeigerinnen substantiell reduziert. Neben der WEKO haben u.a. die EU-Kommission und das US Department of Justice das Verhalten von Fluggesellschaften sanktioniert. Der Entscheid der WEKO ist noch nicht rechtskräftig.

Im Juli 2013 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen**. Die Post gewährt Geschäftskunden in ihrem Preissystem ab einem Jahresumsatz von über CHF 100'000 Spezialkonditionen. In der Untersuchung soll geklärt werden, ob die Post durch die Art der Ausgestaltung und

Anwendung des Preissystems Konkurrenten im Markt behindert, indem etwa Geschäftskunden der Bezug von Leistungen bei Konkurrenten der Post erschwert oder gar verunmöglicht wird. Weiter soll geprüft werden, ob die Post gewisse Kunden diskriminiert oder in anderer Weise benachteiligt.

Im Bereich Eisenbahnverkehr beurteilte die WEKO schliesslich das **Zusammenschlussvorhaben BLS AG / BLS Cargo AG**. Gemäss Meldung hatte die BLS AG den Aktionärbindungsvertrag mit der Deutsche Bahn Schweiz Holding AG für die gemeinsame Kontrolle über die BLS Cargo AG gekündigt, weshalb die gemeinsame Kontrolle der BLS und DB Holding über die BLS Cargo in die alleinige Kontrolle der BLS übergehe. Das Zusammenschlussvorhaben wurde im Rahmen der vorläufigen Prüfung als unbedenklich beurteilt.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Das Sekretariat führte die Ermittlungen in der Untersuchung betreffend **Flügel und Klaviere** fort, welche am 27. November 2012 eröffnet wurde. Auslöser für die Untersuchungseröffnung war eine Ausschreibung der Zürcher Hochschule der Künste im Toni-Areal, die Hinweise auf Wettbewerbsverzerrungen zu Tage geführt hat. Namentlich liegen konkrete Anhaltspunkte vor, welche auf Abreden betreffend die Abschottung von Verkaufsgebieten und Preisabreden hindeuten. Zudem werden möglicherweise Parallel- und Direktimporte aus dem grenznahen Ausland in die Schweiz be- bzw. verhindert.

Am 3. Juli 2013 eröffneten die Wettbewerbsbehörden auf Klage eines Händlers hin eine Untersuchung gegen die Musik Olar AG und führten eine Hausdurchsuchung durch. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob beim Vertrieb von **Saiteninstrumenten** (Gitarren und Bässe) und Zubehör vertikale Preisabreden getroffen wurden.

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 entschied die WEKO, die Untersuchung in Sachen **Kosmetikprodukte**, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, einzustellen. Die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen (Gebietsschutzabreden, Behinderungen des Online-Handels und Preisempfehlungen) beeinträchtigen den Wettbewerb nicht in erheblichem Masse. Zu diesem Schluss kam die WEKO namentlich unter Berücksichtigung der sehr geringen Marktanteile der Untersuchungsadressatinnen, der tiefen Marktkonzentration und der eher bescheidenen internationalen Preisunterschiede. Zudem haben die Untersuchungsadressatinnen die problematischen Vertragsklauseln freiwillig angepasst, die Preisempfehlungen explizit als unverbindlich deklariert und ihre Abnehmer entsprechend informiert.

Das Sekretariat führte die Ermittlungen in einer hängigen Untersuchung gegen die Jura **Elektroapparate AG** weiter. Die Untersuchung war am 26. Oktober 2011 im Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen eröffnet worden. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob die Jura Elektroapparate AG unzulässige Mindest- oder Festpreise festsetzt und/oder unzulässige Gebietszuweisungen vornimmt.

Im Zusammenhang mit Vertikalabreden waren Ende 2013 folgende Beschwerden zu WEKO-Entscheidungen beim Bundesverwaltungsgericht hängig: **Nikon, BMW, Bergsportprodukte/Roger Guénat SA**. Die Beschwerde im Fall GABA/Elmex hat das BVGer mit Urteil vom 19. Dezember 2013 abgewiesen (siehe vorne 2.). Der Fall ist nun beim Bundesgericht hängig.

Das Sekretariat untersuchte im Rahmen einer Vorabklärung, in welchem Umfang **Währungsvorteile bei Markenartikeln im Detailhandel** an die nächste Handelsstufe bzw. an die Schweizer Endkonsumenten weitergegeben wurden. Gegenstand der Vorabklärung war die Frage, ob eine allfällige Nichtweitergabe von Währungsvorteilen auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zurückzuführen war. Das Sekretariat befragte die drei Lebensmitteldetailhändler Coop, Denner und Migros sowie 22 namhafte Markenartikellieferanten insbesondere zu den von ihnen gewährten Währungsvorteilen für die jeweils drei umsatzstärksten Produkte ihrer fünf wichtigsten Marken. Die meisten der befragten Markenartikellieferanten gewährten den Detailhändlern Konditionenverbesserungen. Diese gaben die Detailhändler gemäss den von ihnen eingereichten Daten mehrheitlich vollständig an ihre Kunden weiter. Eine Weitergabe von Währungsvorteilen durch die Detailhändler wurde von vielen Lieferanten bestätigt. Die Befragung lieferte weder konkrete Hinweise auf unzulässige horizontale oder vertikale Preisabreden noch ergaben sich Anhaltspunkte für kartellrechtlich problematische Behinderungen von Parallelimporten oder missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Es gab somit keinen Anlass, gegen Coop, Denner, Migros oder einen der 22 Markenartikellieferanten ein Untersuchungsverfahren zu eröffnen.

Im Bereich **Reiseartikel** wurde eine Vorabklärung eröffnet, in welcher das Sekretariat Hinweisen auf Gebietsabschottungen und Preisbindungen nachgeht. Im Fokus steht die Behinderung des grenzüberschreitenden Online-Handels.

In einer Marktbeobachtung ging das Sekretariat internationalen Preisdifferenzen bei Sportartikeln der Marken **adidas** und **NIKE** nach. Im Rahmen seiner Abklärungen stellte es fest, dass Endkonsumenten verschiedenste Möglichkeiten haben, die betreffenden Sportartikel in Fachgeschäften und in Online-Shops im In- und Ausland zu beziehen und so auf günstigere Vertriebskanäle auszuweichen. Zudem wurde von beiden Unternehmen schriftlich bestätigt, dass im Selektivvertrieb zugelassene Schweizer Händler uneingeschränkt Sportartikel bei Grossisten oder Händlern im Ausland zu den dort geltenden Konditionen beziehen können.

Am 20. Dezember 2012 stellten der Migros-Genossenschaftsbund und die Denner AG (nachfolgend: Gesuchstellerinnen) ein Gesuch um vorzeitige Aufhebung der Auflagen, welche die WEKO im Entscheid **Migros/Denner** (RPW 2008/1, 129 ff.) verfügt hatte. Nach einer umfassenden Marktbefragung versandte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen am 18. April 2013 seinen Antrag an die WEKO zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 10. Juni 2013 zogen die Gesuchstellerinnen ihr Gesuch zurück. Damit bleiben die noch geltenden Auflagen – mit Ausnahme der Auflage 6 betref-

fend das Verbot von Exklusivverträgen mit Lieferanten, welche dauerhaft verfügt wurde – wie vorgesehen bis zum 3. September 2014 in Kraft.

3.4.2 Uhrenindustrie

Mit Entscheid vom 21. Oktober 2013 hat die WEKO die Untersuchung gegen **The Swatch Group AG** betreffend den geplanten Lieferstopp von mechanischen Uhrwerken und Assortiments (regulierende Bestandteile eines mechanischen Uhrwerkes) abgeschlossen. Die Untersuchung wurde am 6. Juni 2011 eröffnet und sollte zeigen, ob die beabsichtigte Umsetzung der neuen Lieferpolitik ein kartellrechtlich unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Mit der Untersuchungseröffnung verfügte die WEKO gestützt auf eine einvernehmliche Regelung mit der Swatch Group vorsorgliche Massnahmen, um den in der Uhrenindustrie tätigen Unternehmen Planungssicherheit zu bieten. Diese wurden am 7. Mai 2012 um ein Jahr bis Ende 2013 verlängert. Gestützt auf einen Markttest, wobei insbesondere untersucht wurde, ob alternative Bezugsquellen zu Swatch Group bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten, wurde im Frühjahr 2013 eine einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group abgeschlossen. Diese sah eine stufenweise Lieferreduktion von mechanischen Uhrwerken sowie Assortiments vor. Am 8. Juli 2013 entschied die WEKO diese Regelung zurückzuweisen, da eine Lieferreduktion der Schlüsselkomponenten Assortiments aufgrund der derzeitigen Marktverhältnisse als verfrüht erachtet wurde. Nach Neuverhandlungen mit der Swatch Group wurde der WEKO eine neue einvernehmliche Regelung vorgelegt, welche die von der WEKO vorgegebenen Eckpunkte umsetzte und am 21. Oktober 2013 von der WEKO genehmigt wurde. Diese neue Regelung sieht eine stufenweise Reduktion der Lieferung mechanischer Uhrwerke bis zum 31. Dezember 2019 vor, womit den vom Lieferstopp ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG begegnet wird. Die Lieferverpflichtungen von Swatch Group bei den Assortiments bestehen vorläufig weiter.

Daneben wurde die Sistierung der Untersuchung in Sachen mechanische Uhrwerke, die sich gegen **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group; nachfolgend: ETA) richtet, aufgehoben. Gegenstand dieser Untersuchung sind Preiserhöhungen sowie Änderungen der Zahlungskonditionen, welche ETA ihren Kunden gegenüber einseitig kommunizierte. Die Sistierung drängte sich auf, weil mit der Untersuchung Swatch Lieferstopp die Marktverhältnisse im Bereich mechanische Uhrwerke geprüft wurden. Die Untersuchung soll zeigen, ob das Verhalten von ETA ein kartellrechtlich unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.

3.4.3 Automobilsektor

Mit der Eröffnung einer Untersuchung vom 22. Mai 2013 gegen verschiedene Schweizer Konzessionäre von Marken der **Volkswagengruppe** (VW, Audi, Škoda, Seat) geht die WEKO ihr zugetragenen Informationen zu möglichen Preisabsprachen zwischen diesen Konzessionären nach. Gegenstand dieser Abreden war die Festset-

zung von Rabatten sowie von Pauschalabzügen bei Neuwagen der betroffenen Marken im Einzelhandelsverkauf.

Im Laufe des Jahres 2013 hat das Sekretariat mehrere **Bürgeranfragen** im Zusammenhang mit Garantien und Gewährleistungen von im EWR-Ausland erworbenen Fahrzeugen und Behinderung von Parallel- oder Direktimporten erhalten und diese mit Verweis auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung) beantwortet. Es ist insgesamt davon auszugehen, dass diese Bekanntmachung in der Schweiz breite Anwendung findet.

Die im November 2011 eröffnete Vorabklärung gegen **Harley-Davidson** wurde ohne Folgen eingestellt. Anlass zu der Eröffnung gaben Bürgeranfragen, wonach Harley-Davidson womöglich an Massnahmen beteiligt war, die das Verkaufsgebiet der Schweiz für den Vertrieb von Harley-Davidson Produkten abschotten. Die umfangreichen Abklärungen haben indes gezeigt, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisbindung zweiter Hand oder eine unzulässige Behinderung des Online-Vertriebs in der Schweiz vorlagen. Das Exportverbot von Harley-Davidson Produkten aus den USA in die Schweiz erachtete das Sekretariat als eine unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung.

3.4.4 Landwirtschaft

Das Sekretariat äusserte sich in rund 40 **Ämterkonsultationen** zu Gesetzes- und Verordnungsänderungen sowie zu Vorstössen aus dem Parlament. Dabei hat es sich wiederholt für den Abbau des Grenzschutzes ausgesprochen.

Daneben führte das Sekretariat verschiedene Marktbeobachtungen durch, wie z.B. im Bereich **Äpfel** (Vertriebsstruktur) oder **Werkzeuge** (Marktabstottung). Die WEKO verfasste ausserdem ein Gutachten im Bereich **Emmentaler** und nahm Stellung zu einem Gesuch um ausnahmsweise Zulassung (Art. 8 KG) einer vom Bundesgericht für unzulässig erklärten Verhaltensweise, welches allerdings noch vor dem Entscheid des Bundesrates zurückgezogen wurde.

3.5 Binnenmarkt

3.5.1 Notariat

Die WEKO eröffnete am 26. März 2013 eine binnenmarktrechtliche Untersuchung betreffend die Freizügigkeit für Notare und führte bei den Kantonen eine Vernehmlassung durch. Gemäss kantonalem Recht haben Schweizer Notare nicht die Möglichkeit, ihren Fähigkeitsausweis in anderen Kantonen anerkennen zu lassen. Ihre Tätigkeit ist auf ein Kantonsgebiet beschränkt. Hingegen können Notare aus der EU gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU und das Berufsqualifikationsgesetz (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen, BGMD, in Kraft seit dem 1. September 2013) die Anerkennung ihrer Berufsqualifikation in der Schweiz beantragen. Dies führt zu einer Inländerdiskriminierung. Genau dies will das Binnenmarktgesetz (BGBM) unter anderem verhindern. Es räumt Schweizer

Erwerbstätigen mindestens die gleichen Rechte ein, wie sie ausländischen Personen von der Schweiz mittels Staatsvertrag gewährt werden.

Die Untersuchung mündete in Empfehlungen der WEKO vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats. Im Wesentlichen empfiehlt die WEKO den Kantonen mit freiberuflichem Notariat, gleichwertige Notariatspatente von anderen Kantonen anzuerkennen und auf Marktzugangsbeschränkungen wie Wohnsitzpflichten, Staatsbürgerschaftserfordernisse und Gegenrechtsbestimmungen zu verzichten. Dies würde die berufliche Mobilität von freiberuflichen Notaren innerhalb der Schweiz wesentlich erleichtern. Weiter sollten Kantone mit Amtsnotariat bei der Stellenbesetzung auch ausserkantonale ausgebildete Notare berücksichtigen.

Gleichzeitig empfahl die WEKO dem Bundesrat, im Rahmen der aktuellen Revision des Zivilgesetzbuches (SchIT ZGB zur öffentlichen Beurkundung) wie geplant eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die es den Notaren ermöglicht, öffentliche Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte schweizweit bei den kantonalen Grundbuchämtern eintragen zu lassen. Zurzeit muss ein Vertrag betreffend ein Grundstücksgeschäft zwingend durch einen Notar in demjenigen Kanton beurkundet werden, in dem das Grundstück liegt. Mit der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte könnten die Kunden von einem grösseren Angebot profitieren und den Notar entsprechend ihren Bedürfnissen hinsichtlich Qualität, Leistung und Preis schweizweit auswählen.

Die von der WEKO empfohlene Einführung der interkantonalen Anerkennung von Berufsqualifikationen und von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte lässt die Kompetenz der Kantone unberührt, das Notariatsystem weiterhin nach ihren Bedürfnissen zu organisieren. Die Institutionen des Amtsnotariats und des freiberuflichen Notariats werden durch die Empfehlungen der WEKO nicht in Frage gestellt.

3.5.2 Tätigkeiten in weiteren Bereichen

Im Bereich des **interkantonalen Marktzugangs** beschäftigte sich das Kompetenzzentrum Binnenmarkt vorwiegend mit der Freizügigkeit für Notare (siehe 5.3.1), Rechtsagenten und privaten Sicherheitsdiensten.

Gestützt auf das BGBM haben Anbieter das Recht, ihre Tätigkeit in anderen Kantonen nach den Vorschriften ihres Herkunftskantons anzubieten. Auf dieser Grundlage haben Rechtsagenten aus dem Kanton Waadt ein Gesuch um Zulassung in den Kantonen Genf und Bern gestellt. Beide Gesuche wurden abgewiesen. Die WEKO führte gegen die Negativverfügungen Beschwerde. Diese sind vor der ersten kantonalen Instanz hängig.

Im Bereich der privaten Sicherheitsdienste funktionieren der interkantonale Marktzugang und die Umsetzung des BGBM nur ungenügend. Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt hat deshalb verschiedene Kantone im Zusammenhang mit der binnenmarktrechtlichen Ausgestaltung der Marktzugangsvorschriften für Sicherheitsdienste beraten. Die WEKO führte zwei Beschwerden gegen die Nichtzulassung ortsfremder Sicherheitsdienstleister im Kanton Aargau. Beide Beschwerden wurden vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau gutgeheissen.

Im ersten Urteil hielt das VGer fest, dass das Kontrollieren von privaten Parkfeldern (richterliche Verbote) nicht als Sicherheitsdienst gilt und entgegen der behördlichen Praxis ohne Bewilligung ausgeübt werden darf. Im zweiten Verfahren stellte sich die Frage, ob ein luzernischer Sicherheitsdienst mit Bewilligung des Kantons Luzern auch Aufträge im Kanton Aargau ausführen darf, obschon er nicht über den im Kanton Aargau zusätzlich verlangten eidg. anerkannten VSSU-Fachausweis verfügt. Gemäss VGer hat die kantonale Verwaltung nicht den Nachweis erbracht, dass die bisherige Berufspraxis und Ausbildung des luzernischen Sicherheitsdienstes den im Kanton AG angestrebten Schutz nicht gewährleisten (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Zudem ist das Erfordernis des eidgenössisch anerkannten VSSU-Fachausweises generell nicht zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen notwendig und daher auch nicht verhältnismässig.

Im Bereich der **öffentlichen Beschaffung** führte die WEKO drei Beschwerden. Im Rahmen einer Ausschreibung für die bituminöse Abdichtung einer Abfalldeponie machte die WEKO geltend, dass die Eignungskriterien in Verletzung von Art. 5 BGBM falsch angewendet und derart einschränkend ausgestaltet wurden, dass nur ein Anbieter diese erfüllen konnte. Das Verwaltungsgericht ist dieser Argumentation nicht gefolgt; die Entscheidungsgründung ist noch ausstehend. Sodann führte die WEKO Beschwerde gegen die Vergabe eines Auftrags für die Belieferung des Einzelhandels mit Säcken und die Erhebung und Verwaltung der Sackgebühr. Das Verwaltungsgericht erkannte, dass die Vergabe des Auftrags über den Schwellenwerten im Einladungsverfahren gegen Art. 5 BGBM verstösst, dies aber aus Dringlichkeitsgründen nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt sei. Die WEKO erhob dagegen Beschwerde vor Bundesgericht. Schliesslich führte die WEKO Beschwerde gegen die freihändige Vergabe eines Auftrags zum Bau eines Asylzentrums. Das Asylzentrum wird durch einen privaten Investor finanziert und anschliessend an den Kanton vermietet. Nach Auffassung der WEKO hätte dieser Auftrag gemäss Art. 5 BGBM öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Die Beschwerde ist vor dem kantonalen Verwaltungsgericht hängig.

Im Bereich der **Konzessionsvergabe** hat das Kompetenzzentrum bei einigen Gemeinden die Vergabepaxis für Bewilligungen zur Nutzung des öffentlichen Grunds durch Schausteller anlässlich von Jahrmärkten bemängelt und empfohlen, solche Nutzungsrechte zukünftig öffentlich auszuschreiben.

Das Bundesgericht kann die WEKO gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM in laufenden Verfahren anhören. Im vergangenen Jahr hat das Bundesgericht die WEKO in zwei Fällen zur Stellungnahme eingeladen. Diese betrafen die Frage der Zulässigkeit einer Wohnsitzpflicht für Notare und einer mehrmonatigen Vergabesperre eines Anbieters im Beschaffungswesen. Beide Urteile sind noch ausstehend.

Im Hinblick auf die innerstaatliche Umsetzung des revidierten WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) soll das Beschaffungsrecht von Bund (BöB/VöB) und Kantonen (IVöB) angepasst werden. Eine Arbeitsgruppe mit Vertretern von Bund und Kanto-

nen erarbeitet derzeit einen ersten Gesetzesentwurf. Das Sekretariat setzt sich dafür ein, dass im Zuge dieser Revision dem Schutz des Wettbewerbs, dem Rechtsschutz und dem Beschwerderecht der WEKO Rechnung getragen wird.

3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2013 haben im Rahmen von fünf Aktionen bei insgesamt 25 Unternehmen Hausdurchsuchungen stattgefunden. Besonders anspruchsvoll war die Durchführung zweier unmittelbar aufeinanderfolgenden Aktionen im April 2013.

In rechtlicher Hinsicht wurde mit dem Inkrafttreten von Art. 46 Abs. 3 VStrR (1. Mai 2013) der **Schutz der Anwaltskorrespondenz** stark ausgebaut. Unterlagen, die aus dem anwaltlichen Verkehr stammen, sind unabhängig des Aufbewahrungsortes und des Zeitpunkts der Erstellung vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt, d.h. auch dann, wenn sie sich im Gewahrsam des Unternehmens befinden. Seither hat bereits ein Entsigelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht stattgefunden, welches geklärt hat, dass sich der Schutz nicht auf Unterlagen erstreckt, welche ursprünglich nicht für den Anwalt erstellt wurden (namentlich vorbestehende Korrespondenz mit Dritten), selbst wenn diese später dem Anwalt etwa in der Form von Beilagen zugestellt werden.

3.7 Internationales

Zur besseren Durchsetzung der Wettbewerbsrechte schlossen die Schweiz und die EU ein Kooperationsabkommen im Bereich Wettbewerb ab (vgl. ausführlich unter Ziffer 5.). Zudem haben die Wettbewerbsbehörden wie üblich an den Arbeiten der verschiedenen internationalen Organisationen mitgewirkt.

OECD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den drei jährlichen Treffen des OECD Wettbewerbskomitees teil. Dabei wurden in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst und vorgebracht. Thematisiert wurden 2013 insbesondere die zwei strategischen Themen „internationale Kooperation“ und „Evaluation der Tätigkeit und der Entscheide von Wettbewerbsbehörden“. Die Revision der OECD-Empfehlung über die internationale Kooperation von 1995 wurde an die Hand genommen. Das Beitrittsverfahren Russland wurde weitergeführt und das Beitrittsverfahren Kolumbien aufgenommen.

ICN: Die Arbeitsgruppe Cartel I (Legal Framework) führte mehrere Webinars durch (Audio-Konferenzen mit gleichzeitigen Folienpräsentationen). Thema war die Kronzeugenregelung mit einem besonderen Augenmerk auf die vom Anzeiger zu liefernden Beweismittel und die fortdauernde Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde. Die Arbeitsgruppe Cartel II (Enforcement) überarbeitete 2013 das Anti-Cartel Enforcement Manual und die Cartel Enforcement Templates. Das Schweizer Template wurde grundlegend erneuert. Am Cartel Workshop in Südafrika wurden unter anderem alternative Methoden zur Entdeckung von Kartellen und die Strukturierung von Untersuchungen diskutiert. Die Arbeitsgruppe Agency Effectiveness widmete sich der Entwicklung von Best Practices im Bereich des Personalmanagements und der Verwaltung von Wissen innerhalb einer Behör-

de. Schliesslich war die WEKO an der Jahreskonferenz des ICN vertreten.

UNCTAD: Sekretariat und WEKO nahmen an der 13. Konferenz der „Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy“ teil. Thema des Treffens war u.a. die internationale Zusammenarbeit in wettbewerbsrechtlichen Verfahren. Im Rahmen des COMPAL-Programms, welches die Bildung und Stärkung von Wettbewerbsbehörden zum Ziel hat, absolvierten eine Kolumbianerin und ein Ecuadorianer für je drei Monate sowie eine Ägypterin für einen Monat ein Praktikum im Sekretariat.

EU: Das Kooperationsabkommen mit der EU wird im Spezialthema (Ziffer 5.) behandelt.

3.8 Revision KG – Stand der Arbeiten

Am 22. Februar 2012 hatte der Bundesrat zuhänden des Parlaments seine Botschaft zur Änderung des KG und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde verabschiedet. Die Botschaft basierte zum einen auf der gesetzlich vorgegebenen Evaluation des KG und zum anderen auf den Ergebnissen dreier Vernehmlassungsverfahren. Die vorberatende Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) beriet das gesamte Reformpaket und übermittelte es Anfang März 2013 dem Ständerat. Dieser nahm den Entwurf des Bundesrates am 21. März 2013 zwar an, beschloss indes einige Abweichungen.

Die Hauptänderung betrifft die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden. Während der Bundesrat zwecks Trennung von Untersuchung und Entscheid sowie zur Beschleunigung des Verfahrens bis zum letztinstanzlichen Entscheid ein Gerichtsmodell mit einer Wettbewerbsbehörde und einem am Bundesverwaltungsgericht angegliederten Wettbewerbsgericht vorsah, hat der Ständerat nur eine kleine Revision basierend auf dem bestehenden institutionellen Modell beschlossen: Die WEKO soll von 11–15 Mitgliedern auf deren fünf verkleinert werden, nur noch aus unabhängigen Sachverständigen bestehen (d.h. keine Verbandsvertreter/-innen mehr) und für ihre Entscheide – gleich wie das Bundesverwaltungsgericht – einer Ordnungsfrist von zwölf Monaten unterstehen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht folgte der Ständerat weitgehend dem Bundesrat. Insbesondere beschloss er eine Anpassung von Artikel 5 KG: Neu soll bei den heute schon direkt sanktionierbaren fünf Formen von harten (Kartell-)Abreden – also horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikalen Preisbindungen und Gebietsabschottungen – aufgrund ihrer besonderen Schädlichkeit nicht mehr nachgewiesen werden müssen, dass sie den Wettbewerb im Einzelfall erheblich beeinträchtigen; die Möglichkeit der Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Gründen steht jedoch weiterhin offen. Weiter hat der Ständerat den Vorschlag des Bundesrates präzisiert mit einer expliziten Regel für das Tragen der Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich Rechtfertigungsgründen sowie mit einer Spezialnorm für ARGE, welche schon in den Beratungen der WAK-S ein grosses Thema waren. Zudem fügte er eine „De-minimis-Regel“ ein, welche besagt, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die einen vernachlässigbaren Einfluss auf den Wettbewerb

haben, von den Wettbewerbsbehörden nicht aufgegriffen werden.

Der Botschaft folgend beschloss der Ständerat Verbesserungen im Kartellzivilrecht (Ausdehnung der Klagelegitimation auf Endkunden/innen, Verjährungsstillstand während verwaltungsrechtlicher KG-Untersuchungen sowie Berücksichtigung zivilrechtlicher Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung), in der Zusammenschlusskontrolle (Einführung des moderneren SIEC-Tests, Vermeidung von Doppelspurigkeiten gewisser von der EU beurteilter Fusionen sowie Anpassung der Schweizer Fristen an diejenigen der EU) sowie im Widerspruchsverfahren (Verkürzung der «Reaktionszeit» zur Eröffnung eines Verfahrens von fünf auf zwei Monate, Sanktionsmöglichkeit erst ab Eröffnung einer Untersuchung sowie sanktionsrisikolose Anpassungsmöglichkeit während einer „Testphase“).

Im Nachgang zur Motion Schweiger beschloss der Ständerat eine Regel, wonach angemessene Massnahmen zur Einhaltung der kartellrechtlichen Bestimmungen (sog. Compliance-Programme) zu einer Reduktion der Verwaltungssanktionen führen sollen. Hingegen verzichtete er auf die Einführung von Strafen gegen natürliche Personen, welche sich an Kartellen beteiligt haben.

Schliesslich beschloss er in Anlehnung an die Motion Birrer-Heimo – entgegen der Ansicht des Bundesrates – die Einführung einer neuen Lieferverpflichtung (Art. 7a E-KG). Verboten sein soll die Verweigerung des Verkaufs im Ausland: Unabhängig von Abreden und Marktmacht werden Unternehmen dazu verpflichtet, in OECD-Staaten eingegangene Bestellungen von Schweizer Nachfragern zu den dort geltenden Konditionen zu erfüllen.

Seit Sommer 2013 befindet sich die Vorlage in der vorberatenden Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) und wird voraussichtlich im Frühjahr oder Sommer 2014 im Plenum behandelt.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO und Sekretariat

Im Jahr 2013 hielt die **WEKO** 15 ganztägige Plenarsitzungen ab. Die Anzahl der Entscheidungen in Untersuchungen, Zusammenschlussverfahren nach KG und in Anwendung des BGBM ergeben sich aus der Statistik (siehe 4.2). Im letzten Jahr gab es keine Veränderung in der Zusammensetzung der Kommission.

Ende des Jahres 2013 beschäftigte das **Sekretariat** 85 (Vorjahr 83) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 43 (Vorjahr 39) Prozent. Dies entspricht insgesamt 75.8 (Vorjahr 72.6) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 58 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 52.4 Vollzeitstellen; Vorjahr 51.1); 13 (Vorjahr 11) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 13 (Vorjahr 11) Vollzeitstellen entspricht; 14 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 10.4 (Vorjahr 10.5) Vollzeitstellen.

Das Sekretariat hat an einem Bericht des SECO zu Handen der Finanzkommission **zu den Massnahmen gegen die Frankenstärke** und die erzielten Wirkungen

mitgearbeitet. Zusammenfassend kann für den Bereich der WEKO dazu festgehalten werden:

Das Parlament hat der WEKO bzw. ihrem Sekretariat für die Jahre 2012 und 2013 einen Zusatzkredit von je CHF 600'000 bewilligt, um die zahlreichen Meldungen im Zusammenhang mit der Frankenstärke bewältigen und Verfahren zur Bekämpfung der „Hochpreisinsel Schweiz“ führen zu können. Das Sekretariat hat die Mittel ausschliesslich in Personal investiert und in den Jahren 2012 und 2013 zusätzlich 5-6 Stellen² besetzen können. Diese Personen sind wie folgt eingesetzt worden:

Zur Bewältigung der grossen Anzahl Meldungen hat das Sekretariat im Sommer 2011 einerseits eine Task-Force geschaffen. Diese war primär damit beauftragt, die laufend eingehenden Meldungen zu sichten, zu bearbeiten, zu beantworten und insbesondere auf kartellrechtlich relevante Sachverhalte zu überprüfen (Triage). Falls bei einer Meldung ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt (Verdacht auf Horizontal-/Vertikalabrede oder Missbrauch von Marktmacht) vorlag, wurde der Fall in der Regel an den zuständigen Dienst innerhalb des Sekretariats zur weiteren Bearbeitung (Marktbeobachtung, Vorabklärung oder Untersuchung) übermittelt. Andererseits sind den Diensten aus den verfügbaren zusätzlichen Ressourcen Personal zur Bearbeitung dieser Verfahren zugeteilt worden.

Insgesamt sind beim Sekretariat von Juli 2011 bis Ende 2013 485 Meldungen im Zusammenhang mit der Frankenstärke eingegangen und von der Task-Force behandelt worden. Von den 485 Meldungen sind bis Ende 2013 431 (89 %) beantwortet, 11 (2 %) in Bearbeitung und 43 (9 %) an den Preisüberwacher weitergeleitet worden.

Aus den 485 Meldungen und den vom Amtes wegen aufgegriffenen Sachverhalten sind insgesamt 47 Verfahren geführt worden, weil die kartellrechtliche Relevanz bzw. Unzulässigkeit des gemeldeten Sachverhalts zu prüfen war (7 Untersuchungen, wovon 5 abgeschlossen; 14 Vorabklärungen, wovon 9 beendet; 26 Marktbeobachtungen, wovon 21 abgeschlossen).

Aus den Verfahren sind drei Entscheide der WEKO zu Behinderung von Parallelimporten (NIKON, BMW und IFPI Schweiz) mit hohen Sanktionen hervorgegangen. Diese Entscheide und Sanktionen (BMW CHF 156 Mio [nicht rechtskräftig]; NIKON CHF 12.5 Mio [nicht rechtskräftig]; IFPI Schweiz CHF 3.5 Mio) hatten sicher eine grosse abschreckende Wirkung für grenzüberschreitend tätige Unternehmen. Bei vielen Vorabklärungen und Marktbeobachtungen konnte festgestellt werden, dass der Schweizer Markt offen ist und sowohl Parallel- als auch Direktimporte möglich sind. Teilweise wurden technische Handelshemmnisse festgestellt, welche die Parallelimporte behindern können. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörde wäre es sinnvoll, diese soweit möglich zu eliminieren, um den freien Warenverkehr weiter auszubauen und den Wettbewerbsdruck aus dem Ausland zu verstärken.

Insgesamt kommt das Sekretariat der WEKO zum Fazit, dass mit den in den Jahren 2012/2013 zusätzlich zur Verfügung gestellten Mitteln von CHF 1.2 Mio die damit verbundenen Ziele erreicht worden sind.

² Aufgrund der Personalfuktuation und der unterschiedlichen Löhne der betreffenden Personen variiert die Zahl der tatsächlich zusätzlichen Stellen in den beiden Berichtsjahren zwischen 5 und 6.

4.2 Statistik

Untersuchungen	2013	2012
Während des Jahres geführt	24	22
davon Übernahmen vom Vorjahr	17	15
davon Eröffnungen	7	7
Endentscheide	7	5
davon einvernehmliche Regelungen	1	3
davon behördliche Anordnungen	2	0
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	3	5
Verfahrensleitende Verfügungen	4	4
Vorsorgliche Massnahmen	0	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	1
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	27	33
Übernahmen vom Vorjahr	18	18
Eröffnungen	9	15
Abschlüsse	11	17
davon mit Untersuchungseröffnung	3	4
davon mit Anpassung des Verhaltens	1	7
davon ohne Folgen	7	6
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	7	10
Erfolgte Beratungen	20	25
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	76	58
Meldungen zu Nichtweitergabe Währungsvorteile	18	96
Sonstige erledigte Anfragen	547	680
Zusammenschlüsse		
Meldungen	32	28
Kein Einwand nach Vorprüfung	26	28
Prüfungen	0	0
Entscheide der WEKO	0	1
nach Vorprüfung	0	1
nach Prüfung	0	0
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	14	13
Urteile Bundesverwaltungsgericht (BVGer)	4	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	3	1
davon teilweiser Erfolg	0	0
Urteile Bundesgericht (BGer)	1	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	1
davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	13	11
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	1	2
Nachkontrollen	1	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	217	250

Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	5	8
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	1	1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	2	1
Erläuterungen (Sekretariat)	36	45
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	6	3

In der Statistik bewegen sich die Zahlen im vergleichbaren Rahmen wie in den Vorjahren. Zugenommen haben die Anzahl der bearbeiteten und abgeschlossenen Untersuchungen sowie die Anzahl der hängigen Beschwerdeverfahren. Diese beiden Kategorien beanspruchen den grössten Anteil am Arbeitsaufwand des Sekretariats. Das Bundesverwaltungsgericht hat im 2013 ein Urteil zu einem Endentscheid der WEKO (Hors-Liste Medikamente) sowie zwei Urteile zu Zwischenentscheidungen in der Untersuchung LIBOR gefällt. Die Zahl der hängigen Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht bleibt nach wie vor sehr hoch. Etwas zugenommen haben die Meldungen von Unternehmenszusammenschlüssen, wobei keiner Gegenstand einer vertieften Prüfung wurde. Die Zahlen der Marktbeobachtungen, Beratungen, sonstigen erledigten Anfragen sowie Stellungnahmen in Ämterkonsultationen bleiben nach wie vor hoch und verursachen dem Sekretariat einen erheblichen Arbeitsaufwand. Im Bereich Binnenmarktgesetz hat die WEKO vermehrt Beschwerden gegen kantonale Marktzutrittschranken und bei öffentlichen Ausschreibungen eingereicht.

5 Das Kooperationsabkommen mit der EU

5.1 Einleitung

In der bisherigen Anwendung des KG sind die WEKO und ihr Sekretariat weitgehend auf sich allein gestellt. Es bestehen keine Abkommen mit anderen Wettbewerbsbehörden, welche der WEKO eine formelle Zusammenarbeit in der Anwendung und Durchsetzung ihres Wettbewerbsrechts erlauben würde. Zwar kann die Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Zusammenarbeit im Competition Committee der OECD oder im International Competition Network (ICN) informell Informationen und Erfahrungen mit anderen Wettbewerbsbehörden austauschen. Aber alle Informationen, die durch das Amtsgeheimnis geschützt sind, entziehen sich einem Austausch mangels einer gesetzlichen Grundlage. Die WEKO hat in ihrem Jahresbericht 2010 in ihrem Schwerpunktthema die Bekämpfung internationaler Kartelle aufgegriffen und das damals erteilte Verhandlungsmandat des Bundesrates zum Abschluss eines Kooperationsabkommen mit der EU begrüsst.³

Nach Abschluss der Verhandlungen hat der Bundesrat am 17. Mai 2013 das „Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts“ (nachstehend hauptsächlich „Abkommen“ genannt) unterzeichnet⁴ und am 22. Mai 2013 die Botschaft an das Parlament zur Genehmigung dieses Abkommens verabschiedet.⁵ Gemäss dem Bundesrat⁶ beeinträchtigt die fehlende Kooperationsmöglichkeit mit der EU (und anderen Wettbewerbsbehörden) „den wirksamen Vollzug der schweizerischen Wettbe-

werbsgesetzgebung im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, indem der Zugang zu Beweismitteln ausserhalb des Hoheitsgebiets der Schweiz erschwert wird. Sie führt auch zu Doppelspurigkeiten sowie zu einem Mangel an Kohärenz bei Entscheiden zu gleichen Sachverhalten.“

Der Nationalrat hat das Abkommen in der Herbstsession 2013 mit grosser Mehrheit genehmigt. Die WAK-Ständerat hat die Behandlung am 7. November 2013 sistiert, um das Verhältnis zur parallel laufenden KG-Revision zu klären.

5.2 Inhalt des Abkommens

Im folgenden Abschnitt werden die einzelnen Bestimmungen bzw. der Inhalt des Abkommens kurz erläutert. Auf den Informationsaustausch und mit diesem verbundene Bestimmungen (Art. 7-10 Abkommen) wird in einem separaten Abschnitt (5.3) eingegangen.

5.2.1 Präambel, Zweck und Begriffsbestimmungen

Das Abkommen regelt im Wesentlichen die Kooperation zwischen den schweizerischen und den europäischen Wettbewerbsbehörden. Es ist ein rein verfahrensrechtliches Abkommen und sieht keine materielle Harmonisierung der Wettbewerbsrechte vor. Mangels gemeinsamer materieller Bestimmungen und mangels eines Marktzugangsaspekts des Abkommens hat sich auch die Frage nach gemeinsamen Institutionen nicht gestellt. Abgesehen vom neu aufgenommenen Informationsaustausch, der dem Abkommen den Charakter eines „second generation agreements“ verleiht, beruht das Abkommen weitgehend auf den Abkommen zwischen der EU und Südkorea sowie Japan.

Die Präambel nennt einige Grundsätze, unter denen das Abkommen ausgehandelt und abgeschlossen worden ist. Sie nimmt unter anderem Bezug auf die Empfehlung der OECD von 1995 zur Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten im Bereich der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, welche den internationalen Handel betreffen.⁷ Die wichtigste Aussage aus Sicht der Schweizer Wettbewerbsbehörde ist, dass „die Systeme der Union und der Schweiz für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten“. Damit ist der Grundsatz der Äquivalenz zwischen den beiden Rechtsordnungen sowohl in verfahrensrechtlicher wie auch in materiell-rechtlicher Sicht von der EU anerkannt.

³ RPW 2011, 2 ff.

⁴ Siehe die Medienmitteilung unter <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=48908>.

⁵ Siehe die Botschaft und den Abkommenstext unter http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/index_24.html.

⁶ Botschaft, BBl 2013, 3962 f.

⁷ Siehe <http://acts.oecd.org/Instruments/ListByCommitteeView.aspx> unter Competition Committee C(95) 130/Final.

In der Zweckbestimmung (Art. 1) wird wiederholt, was bereits in den Verhandlungsmandaten der beiden Vertragsparteien enthalten war und damit bestätigt, dass die dort gesteckten Ziele erreicht worden sind. Zweck des Abkommens ist es, „*durch Zusammenarbeit und Koordinierung einschliesslich des Informationsaustauschs zwischen den Wettbewerbsbehörden der Vertragsparteien zur wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Vertragsparteien beizutragen und die Möglichkeit von Konflikten zwischen den Vertragsparteien in allen Angelegenheiten, die die Anwendung ihres Wettbewerbsrechts betreffen, auszuschliessen oder zu verringern*“.

Die wesentlichen Begriffe werden in Art. 2 definiert. So die „Wettbewerbsbehörden“ der beiden Vertragsparteien, das von diesen Behörden angewendete „Wettbewerbsrecht“ sowie was unter „wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen“, „Durchsetzungsmassnahmen“, „im Untersuchungsverfahren erlangte Informationen“, im „Kronzeugenverfahren erlangte Informationen“ und „im Vergleichsverfahren erlangte Informationen“ zu verstehen ist.

5.2.2 Notifikationen und Koordinierung von Durchsetzungsmassnahmen

Die beiden Wettbewerbsbehörden orientieren sich gegenseitig schriftlich über Durchsetzungsmassnahmen, welche wichtige Interessen der anderen Vertragspartei berühren können (Art. 3 Abkommen). Dabei wird eine beispielhafte Liste von Fällen aufgeführt, in denen eine Notifikation vorgenommen werden muss (Art. 3 Abs. 2) und der Zeitpunkt der Notifikationen in Bezug auf Zusammenschlüsse und andere Fälle wird ebenfalls festgelegt (Art. 3 Abs. 3 und 4). Diese Notifikationen entsprechen weitgehend der Praxis, wie sie von den jeweiligen Wettbewerbsbehörden bereits jetzt gehandhabt wird.

Von dieser Bestimmung zu den Notifikationen ist die Notifikation bzw. Zustellung hoheitlicher Akte nicht erfasst. Weil es in der Vergangenheit zu Konflikten bei der direkten Zustellung von Entscheiden der EU-Wettbewerbsbehörde an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz gekommen ist, bestand die Absicht, auch diese Frage zu klären. Weil aber im umgekehrten Fall die Zustellung von Entscheiden der WEKO an Unternehmen mit Sitz in der EU in die Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten fällt, konnte diese Frage nicht im Abkommen selbst geklärt werden. Es gab jedoch anlässlich der Unterzeichnung des Abkommens am 17. Mai 2013 einen Notenaustausch zwischen der Schweiz und der EU⁸, der die Zustellung hoheitlicher Akte (so weit wie möglich) regelt. Die EU-Kommission wird Entscheide an Schweizer Unternehmen, die über keine Adresse in der EU verfügen, künftig der WEKO zustellen, welche sie ihrerseits an das betreffende Unternehmen weiterleitet. Dokumente ohne hoheitlichen Charakter (wie Auskunftersuchen ohne Sanktionsandrohung) können weiterhin den Unternehmen direkt an ihre Schweizer Adresse zugestellt werden. Die EU konnte der Schweiz keine vergleichbare Lösung für die Zustellung hoheitlicher Akte an Unternehmen mit Sitz in der EU anbieten. Sie verpflichtet sich jedoch im Notenaustausch, die Mitgliedstaaten über das mit der Schweiz vereinbarte Verfahren

zu informieren und sie aufzufordern, mit der Schweiz eine ähnliche Lösung für die Zustellung von hoheitlichen Akten der WEKO in Betracht zu ziehen.

Art. 4 Abs. 1 Abkommen schafft die gesetzliche Grundlage, damit die Wettbewerbsbehörden ihre Durchsetzungsmassnahmen in Bezug auf miteinander verbundene Sachverhalte koordinieren können. So erlaubt es diese Bestimmung beispielsweise, Hausdurchsuchungen zeitlich aufeinander abzustimmen oder Bedingungen und Auflagen im Zusammenhang mit einem Zusammenschluss zu koordinieren. Bisher war dies nur mit einem Waiver des oder der betroffenen Unternehmen möglich. Abs. 2 nennt Umstände, die bei der Prüfung, ob bestimmte Durchsetzungsmassnahmen koordiniert werden können, zu berücksichtigen sind. Gestützt auf die jeweilige autonome Anwendung des eigenen Wettbewerbsrechts kann jede Wettbewerbsbehörde die Koordinierung einschränken und bestimmte Durchsetzungsmassnahmen alleine durchführen (Abs. 3).

5.2.3 Negative und Positive Comity

Der Grundsatz der Vermeidung von Konflikten (Negative Comity) ist in Art. 5 Abkommen aufgeführt. Die Wettbewerbsbehörde einer Partei hat den wichtigen Interessen der anderen Vertragspartei bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts Rechnung zu tragen und Konflikte zu vermeiden.

Demgegenüber ermöglicht es der Grundsatz der Positive Comity in Art. 6 Abkommen einer Wettbewerbsbehörde, an die Behörde der anderen Vertragspartei ein Ersuchen zu stellen, um sie zur Ergreifung bestimmter Massnahmen aufzufordern. Die Positive Comity beinhaltet jedoch keine Verpflichtung der ersuchten Behörde, die Durchsetzungsmassnahmen durchführen zu müssen. Jede ersuchte Behörde entscheidet nach freiem Ermessen, ob und in welcher Form sie dem Ersuchen nachkommen will. So ist es nicht möglich, dass mittels der Positive Comity die EU-Kommission die WEKO aufordern könnte, Hausdurchsuchungen in der Schweiz durchzuführen, um dort befindliche Beweismittel erlangen zu können.

Die beiden Bestimmungen zur Negative und Positive Comity sind unverbindlich formuliert, so dass sie hauptsächlich im informellen Bereich der Zusammenarbeit zur Anwendung gelangen werden. Wann und in welchem Ausmass eine Wettbewerbsbehörde auf diese Bestimmungen zurückgreift und gestützt auf diese aktiv wird, liegt in ihrem eigenen Ermessen.

5.2.4 Schlussbestimmungen

Die Art. 11 bis 14 Abkommen enthalten die (üblichen) Schlussbestimmungen. So werden sich die Vertragsparteien auf Ersuchen in allen Fragen aus der Durchführung des Abkommens konsultieren, auf Ersuchen hin die Möglichkeit der Weiterentwicklung ihrer Zusammenarbeit erwägen und sich über Änderungen ihrer Wettbewerbsrechte informieren (Art. 11 Abs. 1 und 2 Abkommen).

⁸ Botschaft, BBl 2013, 3966 f. und 3997 ff.

Die Wettbewerbsbörden der Vertragsparteien werden sich auf Ersuchen auf geeigneter Ebene treffen und die in Art. 11 Abs. 3 Abkommen aufgeführten Themen besprechen.

Mitteilungen gestützt auf das Abkommen erfolgen in englischer Sprache und die beiden Wettbewerbsbörden bezeichnen eine jeweilige Kontaktstelle zur Übermittlung von Mitteilungen (Art. 12 Abkommen).

Beide Wettbewerbsbörden behalten die volle Autonomie in der Anwendung ihres jeweiligen Wettbewerbsrechts. Entsprechend ist das Abkommen auch nicht in gegenteiligem Sinn auszulegen (Art. 13 Abkommen). Art. 14 regelt schliesslich das Inkrafttreten des Abkommens und allfälliger Änderungen desselben.

5.3 Informationsaustausch im Besonderen

Die Art. 7 bis 10 Abkommen enthalten den Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbsbörden und verschiedene Schutzmechanismen bei der Verwendung und Weitergabe von vertraulichen Informationen. Unter vertraulichen Informationen versteht das Abkommen im Wesentlichen Beweismittel, welche sich bei einer Behörde befinden und in einem parallelen Verfahren auch der anderen Wettbewerbsbehörde dienen könnten.

Der im Abkommen vorgesehene Informationsaustausch bzw. Austausch von Beweismitteln ist ein Element, das in den bisherigen Kooperationsabkommen der EU fehlt. Damit wird das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU zu einem „second generation agreement“, das die Möglichkeit der Zusammenarbeit der beiden Wettbewerbsbörden qualitativ erheblich ausweitet.

5.3.1 Informationsaustausch

Der in Art. 7 Abkommen festgelegte Informationsaustausch ist kaskadenartig aufgebaut.⁹ Je höher der Schutzbedarf der auszutauschenden Information ist, desto strenger sind die Voraussetzungen für die Übermittlung (von formlos bis zur Möglichkeit der Verweigerung der Übermittlung).

Der Grundsatz des Informationsaustauschs wird in Art. 7 Abs. 1 Abkommen festgehalten. Zur Erreichung des Zwecks des Abkommens können die Wettbewerbsbörden der Schweiz und der EU „*Auffassungen und Informationen über die Anwendung des jeweiligen Wettbewerbsrechts austauschen*“. Vorbehalten bleiben die in Art. 7 Abkommen zu erfüllenden Voraussetzungen sowie ausdrücklich die Art. 8 bis 10 Abkommen, welche den Schutz und die Verwendung der ausgetauschten Informationen betreffen.

In einer ersten Stufe der Kaskade dürfen die Wettbewerbsbörden über alle nicht vertraulichen Informationen sprechen, die sie in einem Verfahren oder ausserhalb eines solchen erlangt haben (Art. 7 Abs. 2 Abkommen). Dies betrifft auch Informationen, die unter das Amtsgeheimnis fallen, wie etwa Informationen zu einem eröffneten Verfahren oder vor der formellen Eröffnung einer Untersuchung. Es handelt sich jedoch ausschliesslich um mündliche Informationen zwischen den Behörden, weil der Austausch von Dokumenten/Beweismitteln den Absätzen 3 und 4 vorbehalten ist.

Die zweite Stufe betrifft den Austausch von Dokumenten/Beweismitteln. Die Wettbewerbsbörden dürfen solche austauschen, wenn die Unternehmen, von denen sie stammen, dem ausdrücklich (schriftlich bzw. in einem Waiver) zugestimmt haben (Art. 7 Abs. 3 Abkommen). Damit verzichten die dem Austausch zustimmenden Unternehmen auf die Vertraulichkeit der Information und ermächtigen die Wettbewerbsbörden zum Austausch. In der Praxis dürfte dies eher Fälle von beiderseitig gemeldeten Zusammenschlussvorhaben betreffen als Untersuchungen zu Wettbewerbsabreden. Wenn die ausgetauschten Dokumente personenbezogene Daten enthalten, dürfen diese Daten nur mitübermittelt werden, wenn die andere Wettbewerbsbehörde den gleichen oder einen verbundenen Sachverhalt untersucht.¹⁰ Ansonsten sind diese Daten abzudecken, so dass eine Kenntnisnahme dieser geschützten Daten nicht möglich ist.

In der dritten Stufe der Kaskade liegt keine Zustimmung der Unternehmen zum Austausch von Dokumenten oder Beweismitteln vor. In diesem Fall kann eine Wettbewerbsbehörde die Informationen nur unter den drei folgenden Voraussetzungen und auf ein formelles Gesuch der anderen Behörde übermitteln (Art. 7 Abs. 4 Abkommen). In der Praxis wird diese Art des Informationsaustauschs hauptsächlich bei der Verfolgung internationaler Kartelle oder bei einem grenzüberschreitenden Missbrauch von Marktbeherrschung zum Tragen kommen.

- Erstens dürfen Informationen nur übermittelt werden, wenn beide Wettbewerbsbörden dieselben oder miteinander verbundene Verhaltensweisen untersuchen (Abs. 4 Bst. a). Dies soll insbesondere das Risiko von Fishing Expeditions ausschliessen. Zudem können nur bereits vorhandene Informationen ausgetauscht werden; ein Gesuch zum Einholen zusätzlicher Informationen ist ausgeschlossen.
- Zweitens hat das Gesuch bestimmten formellen Voraussetzungen zu entsprechen. Es ist schriftlich zu stellen, muss eine Beschreibung des untersuchten Sachverhalts enthalten und die einschlägigen Rechtsvorschriften nennen; zudem sind die zum Zeitpunkt des Ersuchens bekannten Unternehmen anzugeben, gegen die sich die Untersuchung richtet (Abs. 4 Bst. b).
- Drittens können die Wettbewerbsbörden in gegenseitiger Rücksprache festlegen, welche der sich in ihrem Besitz befindlichen Dokumente von Belang sind und übermittelt werden können (Abs. 4 Bst. c). Diese Rücksprache wird in der Regel mündlich erfolgen und soll vermeiden, dass die Erfüllung eines Gesuchs nicht zu einer grossen Belastung für die ersuchte Behörde wird.

⁹ Ausführlich dazu Botschaft, BBI 2013, 3970 ff.

¹⁰ Die Botschaft, BBI 2013, 3972, verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

Unabhängig vom Vorliegen der Zustimmung der betroffenen Unternehmen ist jede Wettbewerbsbehörde frei bzw. nicht verpflichtet, in einer Untersuchung erlangte Informationen zu erörtern oder der anderen Behörde zu übermitteln, insbesondere wenn dies mit ihren wichtigen Interessen unvereinbar wäre oder eine unangemessene Belastung darstellen würde (Art. 7 Abs. 5 Abkommen). Ein solches wichtiges Interesse können ermittlungstaktische Überlegungen sein, wenn die vorzeitige Information den Erfolg von bevorstehenden Ermittlungsmassnahmen gefährden würde.

Die vierte Stufe der Kaskade betrifft Informationen und Dokumente, die einem besonderen Schutz unterliegen, nämlich Informationen aus Bonusmeldungen und solche, die eine Behörde im Rahmen von Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung übergeben werden. Solche Informationen dürfen ausdrücklich nur mit Zustimmung des Unternehmens übermittelt werden, das die Informationen zur Verfügung gestellt hat (Art. 7 Abs. 6 Abkommen). Diese Einschränkung ist notwendig, damit die beiden sehr wichtigen Institute in der Rechtsanwendung nicht ihres Zwecks entleert werden, weil die Unternehmen nicht mehr auf eine vertrauliche Behandlung dieser Informationen zählen könnten. Vom besonderen Schutz wird bei Bonusmeldungen jedoch nur die Meldung an sich erfasst. Mitgelieferte Beweismittel wie Korrespondenz oder Beweismittel, die auch im Rahmen einer Hausdurchsuchung erlangt werden können, sind einer Übermittlung nach Art. 7 Abs. 3 und 4 Abkommen zugänglich.

Der Austausch von Informationen ist in der fünften Stufe der Kaskade für eine Behörde nicht zulässig für Informationen, wenn ihr selbst deren Verwendung aus rechtsstaatlichen Gründen untersagt ist (Art. 7 Abs. 7 Abkommen; Grundsatz der „doppelten Schranke“ bzw. double barrier). Dies betrifft vor allem die rechtsstaatlichen Grundsätze bei der Erlangung der Informationen wie der Schutz des Anwaltsgeheimnisses (legal privilege), Verbot der Selbstbelastung oder andere Beweisverwendungsverbote.

Aufgrund des in beiden Rechtsordnungen umfassenden Schutzes bei der Beschaffung von Informationen und der entsprechenden Übermittlungsverbote in Abs. 7 sowie angesichts des genügenden Rechtsschutzes bei der Verwendung von übermittelten Informationen (Akteneinsicht, rechtliches Gehör, Recht auf Beweisanerbieten, Beschwerderecht gegen Endentscheid) sieht das Abkommen keinen Rechtsschutz vor bei der eigentlichen Übermittlung von vertraulichen Informationen. Die Übermittlung als solche ist keine Verfügung nach Art. 5 VwVG, weil sie keine Rechte oder Pflichten von Parteien begründet oder verändert. Die betreffenden Parteien werden aber über die Übermittlung von Dokumenten informiert.

Falls eine Behörde Informationen übermittelt hat, die sich nachträglich als unrichtig erweisen, informiert sie aus datenschutzrechtlichen Gründen unverzüglich die andere Wettbewerbsbehörde, welche diese Informationen zu berichtigen oder aus dem Verfahrensdossier zu entfernen hat (Art. 7 Abs. 8 Abkommen).

5.3.2 Verwendung von Informationen

Bei der Verwendung von übermittelten Informationen gemäss Art. 7 Abkommen ist eine Wettbewerbsbehörde nicht frei. Art. 8 Abkommen setzt ihr diesbezüglich enge Schranken.

Erstens dürfen erörterte oder übermittelte Informationen nur von der erhaltenden Wettbewerbsbehörde und nur für den Zweck der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verwendet werden (Abs. 1). Die Weitergabe an Straf- oder Steuerbehörden beispielsweise ist nicht zulässig. Die Verwendung in einem Strafverfahren gegen natürliche Personen ist ausdrücklich untersagt (Abs. 4).

Zweitens dürfen im Untersuchungsverfahren erlangte und übermittelte Informationen von der empfangenden Behörde nur für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts hinsichtlich desselben oder eines miteinander verbundenen Sachverhalts verwendet werden (Abs. 2).

Drittens dürfen Informationen, die gemäss Art. 7 Abs. 4 Abkommen ohne die Zustimmung des Unternehmens übermittelt worden sind, nur für den im Gesuch festgelegten Zweck verwendet werden (Abs. 3).

Und viertens kann eine Wettbewerbsbehörde verlangen, dass übermittelte Informationen nur zu den von ihr speziell festgelegten Bedingungen verwendet werden dürfen. Die empfangende Behörde darf davon nur abweichen, wenn sie die vorherige Zustimmung der anderen Wettbewerbsbehörde erhalten hat (Abs. 5).

5.3.3 Schutz und Vertraulichkeit der Informationen

Die nach Art. 7 Abkommen übermittelten Informationen unterliegen ausdrücklichen Regeln über den Schutz und die Vertraulichkeit (Art. 9 Abkommen). Diese Regeln konkretisieren das für beide Wettbewerbsbehörden geltende Amtsgeheimnis und die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen.

Nach Abs. 1 ist die Tatsache, dass ein Gesuch auf Informationsübermittlung gestellt worden ist, vertraulich zu behandeln. Lediglich die Verfahrensparteien werden im Rahmen ihrer rechtsstaatlichen Garantien darüber informiert. Die erlangten Informationen unterliegen dem Amts- und Geschäftsgeheimnis und dürfen Dritten und anderen öffentlichen Stellen (Zivil- und Strafgerichte, andere Amtsstellen) nicht zugänglich gemacht werden. Ausnahmen davon gibt es nur für den Zweck der Erwirkung eines gerichtlichen Durchsuchungsbefehls (Bst. a), die Offenlegung gegenüber den Verfahrensparteien zur Wahrnehmung ihres rechtlichen Gehörs (Bst. b), die Weitergabe in Beschwerdeverfahren (Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht für die Schweiz; Bst. c) sowie die Offenlegung, soweit dies nach den Rechtsvorschriften einer Partei für den Zugang zu amtlichen Dokumenten unerlässlich ist (Bst. d). Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist in allen diesen Fällen von der empfangenden Behörde in vollem Umfang zu gewährleisten.

Falls Informationen in Verletzung dieser Schutzbestimmungen verwendet oder offengelegt worden sind, unterrichtet die betreffende Wettbewerbsbehörde unverzüglich die andere Behörde. Sie beraten dann umgehend über Schritte, um den sich aus der Verwendung oder Offenlegung ergebenden Schaden so gering wie möglich

zu halten und die Wiederholung auszuschliessen (Abs. 2). Sollten beispielsweise Informationen in Verletzung des Abkommens in ein Zivilverfahren (Schadenersatzprozess) gelangen, haben die beiden Wettbewerbsbehörden Massnahmen zu treffen, damit dies künftig nicht mehr geschieht.

In Abs. 3 wird der Schutz von personenbezogenen Daten nach den jeweiligen Rechtsvorschriften der Vertragsparteien verlangt.

5.3.4 Weitergabe innerhalb der EU und des EWR

Die EU-Kommission hat gestützt auf ihre Rechtsordnung in einem Untersuchungsverfahren gewisse Informationspflichten gegenüber den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie gegenüber der EFTA-Überwachungsbehörde. Art. 10 Abkommen präzisiert die Pflichten im Rahmen der Anwendung des Abkommens. So hat die EU-Kommission vor einer Entscheidung die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zu konsultieren und ihnen eine Kopie der wichtigsten Beweismittel vorzulegen (Art. 11 und 14 Verordnung 1/2003¹¹).¹²

Die den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder der EFTA-Überwachungsbehörde zugänglich gemachten Informationen dürfen für keine anderen Zwecke als die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch die EU-Kommission verwendet und auch sonst nicht offengelegt werden (Abs. 2). Die WEKO wird bei Übermittlung von Informationen die EU-Wettbewerbsbehörde an diese Pflichten erinnern. Falls Zweifel am Schutz von Informationen bestehen, kann die WEKO von einer Übermittlung absehen, bis die notwendigen Zusicherungen vorliegen. Sollten Informationen in Verletzung dieser Pflichten weiter gegeben werden, würden unverzüglich die notwendigen Konsultationen und Korrekturen gemäss Art. 9 Abs. 2 Abkommen eingeleitet.

5.4 Würdigung

Mit dem im Abkommen neu vorgesehenen Informationsaustausch wird die Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden (hier Schweiz und EU) auf eine Stufe gehoben, welche einen echten Mehrwert in der Durchsetzung der Wettbewerbsrechte sowie in der Effizienz der Verfahren darstellen kann. Insofern wird das Abkommen eine wirksamere Umsetzung der Wettbewerbsrechte in der Schweiz und der EU ermöglichen. Was die Unternehmen schon heute tun können, nämlich ihre Verteidigung in Kartellrechtsuntersuchungen weltweit koordinieren, werden künftig auch die schweizerische und europäische Wettbewerbsbehörde bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsrechte tun können.

Der Hauptwert des Abkommens darf aber nicht allein im Austausch von vertraulichen Informationen bzw. Beweismitteln gemäss Art. 7 Abkommen gesehen werden. Dieser Austausch wird nur in wenigen Fällen tatsächlich zum Tragen kommen. Der Wert des Abkommens liegt vielmehr in der Möglichkeit, auch in der täglichen Arbeit der Wettbewerbsbehörden an Informationen zu gelangen, die bisher durch das Amtsgeheimnis geschützt sind.¹³ Zudem verankert das Abkommen das Prinzip der Äquivalenz der beiden Wettbewerbsrechte.

Für die Schweiz und die Schweizer Wettbewerbsbehörde ist das neue Abkommen sicher ein grosser Fortschritt

in der internationalen Zusammenarbeit. Bisher gab es überhaupt keine formellen Kooperationsmöglichkeiten und nun wird die Kooperation mit der EU auf ein Niveau angehoben, das weltweit (bisher) einzigartig ist.

¹¹ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 [heute 101 und 102] des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, 1 ff.

¹² Siehe die detaillierten Ausführungen in der Botschaft, BBl 2013, 3976 f.

¹³ So auch NZZ vom 18.5.2013, 27.

A 1.	2. Rapport annuel 2013 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Préface du Président	22	3.5	Marché intérieur	31
2	Décisions les plus importantes 2013	23	3.5.1	Notariat	31
3	Activités dans les différents secteurs	24	3.5.2	Activités dans d'autres domaines	31
3.1	Construction	24	3.6	Investigations	32
3.1.1	Accords de soumission	24	3.7	Relations internationales	32
3.1.2	Autres thèmes	25	3.8	Révision LCart – Etat des travaux	33
3.1.3	Thème spécial consortiums	25	4	Organisation et statistiques	33
3.2	Services	26	4.1	COMCO et Secrétariat	33
3.2.1	Services financiers	26	4.2	Statistiques	35
3.2.2	Profession libérales et services professionnels	26	5	L'accord de coopération avec l'UE	36
3.2.3	Marchés de la santé	27	5.1	Introduction	36
3.3	Infrastructure	27	5.2	Contenu de l'accord	36
3.3.1	Télécommunication	27	5.2.1	Préambule, définitions et but	36
3.3.2	Médias	28	5.2.2	Notifications et mise en oeuvre des mesures d'application	37
3.3.3	Energie	28	5.2.3	Courtoisie passive et active	37
3.3.4	Autres secteurs	29	5.2.4	Dispositions finales	37
3.4	Industrie et produits	29	5.3	Échange d'informations en particulier	38
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	29	5.3.1	Échange d'informations	38
3.4.2	Industrie horlogère	30	5.3.2	Utilisation des informations	39
3.4.3	Secteur de l'automobile	31	5.3.3	Protection et confidentialité des informations	39
3.4.4	Agriculture	31	5.3.4	Transmission au sein de l'UE et de l'EEE	40
			5.4	Appréciation	40

1 Préface du Président

En 2013, les décisions de la COMCO et les tâches du Secrétariat se sont concentrées sur les thèmes centraux de ces dernières années (les **cartels durs** et en particulier les **cartels de soumissions** et le **cloisonnement du marché**). Des enquêtes concernant des accords sur les prix dans le domaine du fret aérien, des accords de soumission entre constructeurs de routes dans le canton de Zürich et des restrictions d'importations parallèles de livres rédigés en français ont été clôturées. Des sanctions ont été prononcées dans ce cadre contre les contrevenants. Dans le domaine du marché intérieur, la COMCO a recommandé l'ouverture des marchés cantonaux cloisonnés s'agissant des prestations de notariat. Dans une enquête préalable, le Secrétariat n'a pas trouvé suffisamment d'indices de restrictions illicites à la concurrence qui auraient empêché une transmission des effets de change. En 2013, le Secrétariat a ouvert 7 nouvelles enquêtes qui portaient sur les thèmes centraux mentionnés en introduction. Il a également étendu deux enquêtes ouvertes dans le domaine des accords de soumission.

Un cas particulier – car unique sur le plan international – a été tranché par la COMCO dans le domaine du marché horloger. Pour des raisons historiques, Swatch Group bénéficie d'une position dominante sur les marchés des mouvements mécaniques et des assortiments. Avec ces « pièces maîtresses », Swatch Group approvisionne une grande partie des fabricants horlogers suisses de montres mécaniques « swiss made » mondialement très reconnues. Il a dévoilé son intention de réduire progressivement la livraison de ces pièces aux fabricants suisses de montres. Une diminution trop rapide de ces livraisons aurait constitué très vraisemblablement un abus de position dominante – les fabricants de montres auraient été entravés, voire même exclus du marché. Afin de conformer la diminution de ses livraisons à la loi sur les cartels, Swatch Group a essayé de trouver une solution par le biais d'un accord amiable avec le Secrétariat. Dans le cadre de cet accord amiable, le Secrétariat avait la tâche de trouver un équilibre entre la diminution des livraisons de Swatch Group et la disponibilité des substituts d'autres fabricants, afin que la concurrence sur le marché des montres mécaniques reste « efficace ».

Au printemps 2013, après une enquête de marché, le Secrétariat et Swatch Group ont trouvé un accord amiable et ont soumis ce dernier à la COMCO en vue de son approbation. Les auditions des fabricants de montres concernés menées par la COMCO ont révélé qu'une réduction des livraisons des mouvements mécaniques était considérée comme acceptable, mais qu'un arrêt des livraisons d'assortiments était prématuré en raison du manque d'alternatives disponibles sur le marché. Ceci a finalement conduit à un deuxième nouvel accord amiable autorisant Swatch Group à réduire progressivement la livraison des mouvements mécaniques jusqu'en 2019 pour terminer par l'arrêt total des livraisons, cela sans que Swatch n'abuse de sa position dominante. L'obligation de livrer des assortiments demeure pour l'instant inchangée. Une réduction, respectivement un arrêt de ces livraisons, n'est pas exclu dans le futur.

Cela dépendra de l'évolution de la situation présente sur le marché (émergence de sources de production alternatives).

La particularité de ce cas réside dans le fait qu'il ne s'agissait pas de juger et de sanctionner un abus d'une entreprise en position dominante. Il s'agissait plutôt d'encadrer un comportement qui était prévu, de façon à ce qu'aucun abus ne puisse se produire. Au regard du but de la loi sur les cartels, « *empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral* », une telle intervention de l'autorité de la concurrence n'est pas seulement adéquate, mais pour ainsi dire nécessaire.

Prof. Dr Vincent Martenet
Président COMCO

2 Décisions les plus importantes 2013

Dans le canton de Zürich, des **entreprises de construction** se sont concertées entre 2006 et 2009 sur le prix des offres pour une trentaine de soumissions et ont déterminé qui remporterait l'adjudication. La COMCO a prononcé à l'encontre de ces entreprises une sanction s'élevant en totalité à environ un demi-million de francs. Dans sa décision du 22 avril 2013, la COMCO a renoncé entièrement à sanctionner une entreprise sur la base du programme de clémence. L'enquête de la COMCO a été ouverte par des perquisitions en 2009. Elle a démontré environ une trentaine d'accords de soumission. Le volume de soumissions concerné par ces accords s'élève à presque 13 millions de CHF.

Dans sa décision du 27 mai 2013, en raison d'entraves aux importations parallèles, la COMCO a sanctionné 10 diffuseurs-distributeurs de **livres rédigés en français** actifs en Suisse par une amende s'élevant à environ 16,5 millions de CHF. Les 10 diffuseurs-distributeurs ont empêché les détaillants suisses de s'approvisionner à des prix inférieurs à l'étranger et particulièrement en France entre 2005 et 2011. L'enquête a établi que les diffuseurs-distributeurs ont mis en œuvre des systèmes de distribution, qui ont eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement des livres écrits en français. Les détaillants suisses n'ont pas pu s'approvisionner à l'étranger durant la période visée par l'enquête, en raison de l'exclusivité convenue par chaque diffuseur-distributeur avec les éditeurs. Ce cloisonnement du marché a permis aux diffuseurs-distributeurs concernés de maintenir et de profiter d'un niveau de prix des livres excessif en Suisse. Cette décision revêt une importance particulière pour l'autorité de la concurrence, car elle concrétise la lutte contre le cloisonnement du marché suisse. Pour l'heure, la procédure de recours est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

En vertu du droit cantonal, les **notaires** suisses n'ont pas la possibilité de faire reconnaître leur certificat de capacité dans un autre canton. Leur activité est limitée au territoire d'un canton. Le 23 septembre 2013, la COMCO a recommandé que les cantons reconnaissent les qualifications professionnelles équivalentes des notaires provenant d'autres cantons. Cela faciliterait grandement la mobilité professionnelle des notaires indépendants. Des mesures de restrictions telles que l'obligation de domicile, les clauses de réciprocité ou les exigences de nationalité devraient être abrogées. De plus, dans leurs offres d'emploi, les cantons qui connaissent le notariat officiel devraient également ne pas exclure les notaires formés dans un autre canton. Dans le même temps, la COMCO recommande au Conseil fédéral d'adopter la base légale, prévue dans le cadre de l'actuelle révision du Code civil (dispositions du Tit. fin. CC relatives à l'instrumentation d'actes authentiques), qui permet aux notaires d'instrumenter et de faire inscrire au registre foncier des actes authentiques dans le domaine immobilier pour toute la Suisse. Actuellement, un contrat concernant une affaire immobilière doit impérativement être instrumenté par un notaire du canton du lieu de situation de l'immeuble. Avec une reconnaissance intercantonale des actes authentiques en matière immobilière, les clients pourraient profiter d'une

plus grande offre et choisir leur notaire en fonction de leurs besoins en termes de qualité, de prestation et de prix sur tout le territoire suisse.

La COMCO a clos, en date du 21 octobre 2013, l'enquête sur la mise en œuvre de la nouvelle politique de livraisons de **Swatch Group** en validant l'accord amiable passé entre Swatch Group et le Secrétariat. Cet accord permet à Swatch Group de réduire les livraisons de façon échelonnée. L'obligation de livrer des mouvements mécaniques restera valable jusqu'au 31 décembre 2019. Sur la base de la moyenne des années 2009-2011, Swatch Group, respectivement ETA, doivent livrer en 2014/2015 75 %, en 2016/2017 65 % et en 2018/2019 55 % des quantités vendues. Dans ce cadre, Swatch Group, respectivement ETA, s'engagent à traiter chacun de leurs clients de manière égale. De plus, la clause en faveur des PME permet, dans des situations particulièrement difficiles, de s'écarter de cette règle au profit des clients concernés. La COMCO se réserve le droit de réexaminer cette obligation de livrer, au cas où la situation sur le marché évoluerait d'une manière sensiblement différente de ce qui a été envisagé. La COMCO estime qu'une réduction des livraisons des assortiments n'est en principe pas exclue ; une telle réduction apparaîtrait toutefois aujourd'hui comme prématurée. Il convient de tenir compte à cet égard de la situation présente sur le marché et de l'évolution dans ce domaine qui reste incertaine. La COMCO suivra attentivement cette évolution (en particulier la phase de test chez les différents producteurs).

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a décidé de clore l'enquête sur les **produits cosmétiques**, qui sont vendus avant tout par des instituts de beauté. Les restrictions à la concurrence ayant fait l'objet de l'enquête (accords de protection territoriale, interdictions du commerce online et recommandations de prix) n'ont pas eu un impact notable sur la concurrence. La COMCO est arrivée à cette conclusion en considérant notamment les parts de marché très peu importantes des entreprises visées par l'enquête, la faible concentration du marché et les différences de prix plutôt faibles au niveau international. Les entreprises visées par l'enquête ont dès lors adapté, de leur plein gré, les clauses contractuelles qui s'étaient révélées problématiques, ont déclaré expressément que les recommandations de prix en cause n'étaient pas contraignantes et en ont informé leurs acheteurs en conséquence.

Le Secrétariat a mené une enquête préalable, afin de déterminer dans quelle mesure 22 importants fournisseurs d'articles de marque, ainsi que Coop, Denner et Migros, ont répercuté les gains de change. Il était également question d'examiner si des éventuelles **non transmissions des avantages de cours de change** pouvaient s'expliquer par l'existence de restrictions illicites à la concurrence. Les réponses aux différentes questions posées aux acteurs du marché concernés n'ont laissé apparaître aucun indice sérieux d'accords sur les prix horizontaux ou verticaux potentiellement illicites. Elles n'ont pas révélé non plus d'indices suffisants, selon lesquels des interdictions d'importations parallèles, qui seraient problématiques du point de vue du droit des cartels, auraient existé. De même, aucun indice d'abus de position dominante d'une entreprise n'a

pu être identifié. Il n'y avait dès lors pas lieu d'ouvrir une enquête contre la Coop, Denner, la Migros ou l'un des 22 fournisseurs d'articles de marque. La plupart des fournisseurs d'articles de marque interrogée a accordé de meilleures conditions aux commerces de détail. Selon les données qu'ils ont eux-mêmes transmises, dans la plupart des cas, les commerces de détail ont permis à leurs propres clients d'en bénéficier pleinement.

Dans une décision du 2 décembre 2013, la COMCO a sanctionné 11 compagnies aériennes pour un total avoisinant 11 millions de CHF en raison d'un cartel de prix dans le secteur du **fret aérien**. L'enquête de la Commission de la concurrence a révélé que les compagnies aériennes se sont entendues sur des taux de fret, des surtaxes de carburant, des surtaxes pour risque de conflit armé, des surtaxes pour les frais de douane pour les États-Unis ainsi que le prélèvement des surtaxes. Tous ces éléments font partie intégrante du prix du transport de fret aérien. Il s'agit d'un cas d'accord horizontal. L'enquête a été caractérisée par un haut degré de complexité lié à l'existence d'une multitude d'accords bilatéraux en matière de transport aérien avec des États tiers. Parmi ces accords sur le transport aérien, celui conclu avec l'UE revêt une importance toute particulière. La Suisse a conclu cet accord dans le cadre des Accords bilatéraux I. Pour la Suisse, cet accord équivaut à une intégration dans le domaine du transport aérien. En plus de la loi sur les cartels, la COMCO a ainsi dû appliquer les règles du droit de la concurrence européen, ces dernières faisant partie intégrante de l'accord. La procédure de recours est pour l'instant encore pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Le 3 décembre 2013, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a admis les recours de Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Schweiz) AG et a annulé les trois amendes pour un total de 5.7 millions CHF infligées par la COMCO. Le 2 novembre 2009, la COMCO avait rendu trois décisions sanctionnant les entreprises pharmaceutiques Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Schweiz) AG, leur reprochant d'avoir fixé le prix de revente de leurs **médicaments « hors liste »** contre le dysfonctionnement érectile Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) et Cialis (Eli Lilly) sous forme de prix publics recommandés. En publiant leurs recommandations, ces entreprises auraient ainsi pris part à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels (LCart). Dans son analyse des rapports de concurrence en cause, le TAF conclut que, vu l'incidence psychologique du "facteur honte" sur les patients concernés, les conditions-cadres de la législation sur les médicaments (produits soumis à ordonnance et interdiction de publicité destinée au public) sont à même d'éliminer la concurrence sur les prix intramarque au niveau des points de vente, de sorte qu'il convient d'admettre une réserve légale au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. La loi sur les cartels n'étant pas applicable à la constellation litigieuse, les décisions attaquées sont dépourvues de base légale. La COMCO et le département ont recouru auprès du Tribunal fédéral contre ce jugement.

Le TAF a rejeté les recours du fabricant d'Elmex, GABA International SA (Gaba) et de sa preneuse de licence autrichienne Gebro Pharma Sàrl (Gebro) contre la décision de la COMCO du 30 novembre 2009 prononçant

une sanction. Une sanction d'un montant de 4.8 millions CHF avait été imposée à Gaba et de 10'000 CHF à Gebro. Le TAF considère une clause dans le contrat de licence qui liait les deux entreprises jusqu'au 1^{er} septembre 2006 comme un accord vertical illicite au sens de la LCart. Il confirme l'interprétation de la COMCO, selon laquelle une clause écrite interdisant les ventes passives depuis l'Autriche et par conséquent les importations parallèles en Suisse (interdiction des exportations) constitue un accord restreignant la concurrence de façon notable. La justification d'un tel accord par des motifs d'efficacité économique restait possible. Les conditions requises à cette fin ne sont toutefois pas remplies en l'occurrence. Le TAF approuve le point de vue de la première instance, selon lequel ce type d'accords est soumis à l'article 49a LCart et doit donc être sanctionné en vertu de cette norme. Les parties qui ont succombé ont déposé un recours au Tribunal fédéral.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

En janvier 2013, le secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant les systèmes d'annonce des fédérations cantonales des entrepreneurs. Comme constaté dans les enquêtes sur les routes et le génie civil dans les cantons d'Argovie¹ et de Zurich, de tels systèmes d'annonce des Fédérations d'entrepreneurs cantonales peuvent faciliter les accords de soumission. Le secrétariat s'est procuré une vue d'ensemble, pour savoir quelles fédérations connaissent encore un tel système. Pour une utilisation sans risque de violation de la loi sur les cartels, le secrétariat a proposé en été 2013, notamment que le nom des entreprises ayant notifié leur intérêt pour une soumission ne soit pas révélé aux autres entreprises avant le délai de remise des offres. L'enquête préalable sera probablement clôturée au deuxième trimestre 2014.

Le 30 octobre 2012, le secrétariat a ouvert une enquête construction en **Engadine inférieure** contre diverses entreprises de construction actives dans les routes, le génie civil et la construction ainsi que les marchés en amont et a effectué des perquisitions. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. En raison des informations obtenues des investigations, cette enquête a été étendue à d'autres entreprises le 22 avril 2013 ainsi qu'à l'ensemble du canton des grisons. Des perquisitions ont été à nouveau effectuées. L'analyse des données et documents saisis est en cours.

Le 5 février 2013, le secrétariat a ouvert une enquête sur le **nettoyage des tunnels** contre trois entreprises actives dans plusieurs régions et a effectué des perquisitions. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. L'analyse des données saisies est en grande partie terminée. De plus, le secrétariat a effectué une analyse du marché approfondie auprès des adjudicateurs de ce type de travaux.

¹ Cf. DPC 2012/2, p. 273 s., N 8 ss.

Le secrétariat a ouvert le 15 avril 2013 avec des perquisitions une enquête « **construction See-Gaster** » contre six entreprises actives dans le domaine des routes et du génie civil. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont fait des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. Le 21 octobre 2013, le secrétariat a étendu l'enquête à deux entreprises supplémentaires dans la région cible. Des perquisitions ont été à nouveau effectuées. L'analyse des données saisies est quasiment terminée.

Dans l'enquête « **routes et génie civil dans le canton de Zurich** », des auditions ont eu lieu au printemps 2013. Par décision du 22 avril 2013, la COMCO a prononcé des sanctions contre diverses entreprises pour un montant total d'environ un demi-million de francs. Une entreprise n'a pas payé d'amende car elle s'est auto-dénoncée et a coopéré avec les autorités de concurrence. L'enquête a été close sans suite pour trois entreprises car aucune violation de la loi n'a pu être prouvée à leur égard. La décision est entrée en force en l'absence de recours. Dans cette enquête, il s'agissait d'accords dans le domaine des routes et du génie civil. Les entreprises déterminaient à l'avance quelle entreprise devait remporter le marché et s'entendaient sur les prix de leurs offres. La COMCO a pu prouver des accords illicites dans une trentaine de soumissions entre 2006 et 2009. Les amendes se basent sur le chiffre d'affaires réalisé avec les accords illicites, la gravité de la restriction à la concurrence et le nombre de participations à des accords illicites.

Les recours contre la décision de la COMCO sur des accords de soumission dans le **canton d'Argovie** sont encore pendants devant le Tribunal administratif fédéral.

3.1.2 Autres thèmes

L'enquête « salles de bain » ouverte le 22 novembre 2011 a été continuée. Après l'envoi de questionnaires et l'analyse des données physiques et électroniques saisies lors des perquisitions, de nombreuses auditions de parties et de témoins ont eu lieu en automne 2012. En 2013, le secrétariat a envoyé à nouveau des questionnaires aux parties et aux fabricants de sanitaires, a conduit des négociations avec l'Union des grossistes en sanitaires pour conclure un accord amiable et a conduit une dernière série d'auditions. Parallèlement, le secrétariat a travaillé à la rédaction de la proposition du secrétariat selon l'art. 30 al. 2 LCart.

En raison d'autres procédures jugées plus prioritaires, l'enquête des **ferrements pour portes** a été mise au deuxième plan pendant le premier semestre 2013 et a été à nouveau reprise au second semestre. Les informations recueillies en 2012 ont été analysées et la proposition du secrétariat est en cours d'élaboration.

Suite aux deux enquêtes sur les accords de soumission dans **les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie** et le **canton de Zurich**, plusieurs maîtres d'ouvrages publics ont demandé accès aux actes de procédure concernant leurs soumissions affectées par un accord illicite. Ces demandes sont une conséquence de l'anonymisation dans les décisions de la COMCO (les projets concrets de construction touchés par les accords

illicites ne sont pas nommés). La décision d'accepter ces demandes d'accès aux documents et dans quelle mesure est en cours.

Les recours interjetés contre les décisions de la COMCO concernant les **ferrements de fenêtres** sont toujours pendants devant le Tribunal administratif fédéral.

3.1.3 Thème spécial consortiums

Dans le cadre de la révision partielle de la LCart (cf. 3.8), en rapport avec l'interdiction partielle des accords les plus nocifs du point de vue la concurrence, certains affirment que les autorités de concurrence adoptent déjà aujourd'hui une position très restrictive envers les consortiums et que les consortiums seraient interdits si l'interdiction partielle est adoptée par le Parlement (cf. par exemple *Gewerbezeitung* du 4 octobre 2013; *Handelszeitung* du 24 octobre 2013, p. 18). Ces affirmations sont inexactes. La preuve en est que dans les pays avoisinants qui connaissent le principe d'interdiction des cartels, les consortiums sont toujours répandus et reconnus comme licites. Le Conseil fédéral, le groupe de travail sur la révision de la LCart ainsi que le secrétariat ont eu des discussions de « clarification » avec les associations, les entreprises de construction et l'administration. Il sied de souligner les points suivants :

- Les consortiums sont et restent en principe non problématiques du point de vue de la loi sur les cartels.
- L'objet des procédures de la COMCO jusqu'à présent était des cartels de soumission et non des consortiums.
- De nombreuses raisons qui conduisent à former des consortiums, ne sont pas problématiques du point de vue cartellaire.

Les consortiums sont et restent en principe non problématiques du point de vue du droit des cartels.

Les consortiums sont certes des « ententes » au sens commun du terme. Ils ne sont dans la plupart des cas pas des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart car cela supposerait qu'ils aient pour but ou effet d'entraîner une restriction à la concurrence. Au contraire, les consortiums favorisent souvent la concurrence, dans la mesure qu'ils permettent aux entreprises (en particulier les PME) de pouvoir déposer une offre et de réaliser un projet. L'art. 5 LCart qui dispose quels accords sont illicites et qui contiendrait l'interdiction partielle, n'est applicable aux accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La preuve d'un tel accord selon le droit actuel comme dans le droit à l'avenir est à la charge des autorités de concurrence. Seulement dans des exceptions, les consortiums restreignent la concurrence et sont à qualifier comme des accords au sens de la LCart et à examiner de plus près.

Les procédures jusqu'à présent concernaient des accords de soumission, pas des consortiums.

Dans les enquêtes des routes et du génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich et des entreprises d'électricité bernoises, il s'agissait d'accords de soumission. Lors de ces accords, les entreprises convenaient entre elles à l'avance qui devait remporter le marché et les autres entreprises „protégeaient“ celle-ci en soumet-

tant des offres de couverture. De tels accords sont manifestement nocifs pour la concurrence et constituent une violation cartellaire. Les consortiums ont été appréhendés seulement lorsqu'ils étaient partie à de tels accords. Dans le cas des entreprises d'électricité de Berne, par exemple, les entreprises formaient des consortiums entre elles pour certaines soumissions mais ne révélaient pas leur existence au maître d'œuvre. Au contraire, elles soumettaient des offres indépendantes, faisant croire à de la concurrence entre elles et ainsi « trompaient » le maître d'œuvre. Il ne s'agissait pas de consortiums au sens propre mais de cartels de soumission (appelés ou cachés sous la forme d'un consortium). De vrais consortiums n'ont jamais été poursuivis ou interdits par la COMCO parce qu'ils ne sont en principe pas problématiques.

Les motifs licites pour former un consortium sont variés. Il a été parfois affirmé que la COMCO ne considère les consortiums pas problématiques que lorsque les partenaires du consortium ne seraient pas capables de réaliser le projet seul. Cette affirmation est inexacte. La COMCO ne s'est jamais penché sur les consortiums mais a seulement défini ce qu'était un consortium. Elle n'a pas cité de manière exhaustive les motifs qui peuvent inciter à former un consortium qui ne sont pas problématiques par rapport à la loi sur les cartels. Souvent des consortiums sont formés afin de pouvoir être à même de soumettre une offre. Les raisons en sont diverses : manque de connaissances spécifiques, raisons financières, capacités insuffisantes ou risque de dépendance. Les consortiums peuvent permettre une offre économiquement plus avantageuse (meilleur rapport qualité/prix). De tels consortiums ne sont pas problématiques du point de vue du droit de la concurrence et la révision de l'art. 5 LCart ne va rien y changer.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des marchés financiers, le Secrétariat s'est employé à accélérer la progression des procédures en cours, en particulier l'enquête sur les accords de manipulation des taux de référence **Libor, Tibor et Euribor**. Dans ce cadre, l'obtention de données à l'étranger a occasionné des difficultés, surtout à l'égard des données d'entreprises situées en Angleterre, en France ou aux Etats-Unis, pays connaissant des lois nationales interdisant le transfert de données à la Suisse ou les soumettant à des conditions restrictives. Le Secrétariat a dû rendre deux décisions portant sur l'obligation de renseigner. Une à l'encontre de Interdealt-Broker ICAP qui invoquait son incapacité de transmettre des données en l'absence d'une décision expresse d'un tribunal sans risquer de violer le UK Data Protection Act de 1998 (DPA). Le Secrétariat a constaté qu'un droit étranger s'opposant à la livraison d'informations ne pouvait soustraire à l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart. Dans le cadre du recours d'ICAP contre cette décision, le Tribunal administratif fédéral a considéré que le dommage d'ICAP n'était certes pas anodin, mais qu'il était cependant de moindre importance en comparaison à l'intérêt public à une procédure cartellaire rapide. Le Tribunal a dès lors contraint ICAP à remplir son obligation de renseigner. ICAP a considéré cet arrêt comme

remplissant l'exigence selon DPA d'une décision d'un tribunal pour la livraison de données. Une seconde décision sur l'obligation de renseigner a été rendue à l'encontre de la filiale suisse d'un holding français. Cette entreprise refusait de répondre à un questionnaire du Secrétariat en se fondant sur l'argument que ce dernier aurait dû être adressé à la société mère en France. Le recours déposé à l'encontre de la décision constatatoire a été rejeté par le Tribunal administratif fédéral. Cette autorité a constaté que la filiale suisse était tenue de transmettre la décision à la réelle destinataire au sein du groupe de société, dans le cas d'espèce, à la maison mère française.

La deuxième enquête a concerné les commissions d'interchange bancaires pour les cartes de crédit. Au cours de l'année, de nombreuses données ont été récoltées et analysées. Une enquête préalable a concerné l'introduction d'une nouvelle taxe de MasterCard (**Preauthorization-Fee**). De plus, une enquête préalable supplémentaire portant sur un éventuel accord sur les **taux de change dans le commerce des devises** entre différentes banques a été ouverte.

3.2.2 Profession libérales et services professionnels

Dans le domaine des professions libérales, une procédure est actuellement menée dans le domaine du tourisme, concernant les conditions contractuelles de **plates-formes de réservation en ligne pour les hôtels**. L'enquête a été ouverte à l'encontre des entreprises Booking.com, HRS et Expedia. L'analyse porte sur la clause dite de « la garantie du meilleur prix », qui implique pour un hôtel de facturer à un client ayant réservé une chambre au travers d'une plate-forme de réservation internet le meilleur prix facturé. Une autre clause concerne les interdictions de contingent, qui impliquent qu'un hôtel doive systématiquement mettre à disposition d'une plate-forme l'ensemble de ses chambres disponibles. De telles clauses pourraient être problématiques au regard de la LCart et ont nécessité des mesures d'investigation approfondie au cours de l'année. D'autres autorités de la concurrence à l'étranger ont aussi décidé d'investiguer ces pratiques.

Une enquête préalable a été close, suite à un accord trouvé avec l'entreprise visée. Cette procédure concernait le système de distribution d'un **organisateur de croisières**. Ce dernier ne permettait pas aux entreprises membres de son réseau de distribution (des agences de voyage avec siège en Allemagne), de vendre des voyages de son catalogue allemand à des ressortissants n'habitant pas dans ce pays. En d'autres termes, il était impossible pour un client suisse de commander un voyage, vendu par une agence allemande et décrit dans un catalogue allemand, le tout au prix pratiqué en Allemagne. Après l'intervention des autorités de la concurrence, l'entreprise concernée a accepté d'adapter son comportement et d'autoriser à l'avenir les agences de son réseau de distribution à vendre également leurs voyages organisés à des clients habitant en Suisse.

Le domaine de l'**informatique**, programmes et matériel, a nécessité également un grand nombre de clarifications. Une procédure a concerné la problématique de la maintenance d'une catégorie particulière d'équipement informatique. Selon certaines plaintes reçues à son en-

contre, une entreprise abuserait de sa position dominante pour coupler l'achat de mises à jour du software nécessaire à l'exploitation du matériel informatique qu'elle commercialise, avec des contrats de maintenance. Dans cette même procédure, ainsi que dans une autre, la problématique de la maintenance étrangère a également dû être analysée. Selon certaines informations, des éditeurs de logiciels informatiques rendraient plus difficile, pour le consommateur final, le fait de conclure un contrat de maintenance avec une autre entreprise que celle prévue par l'éditeur du produit concerné. Enfin, régulièrement, des plaintes ont été formulées à l'encontre de différentes entreprises, en raison des prix pratiqués, plus élevés en Suisse qu'à l'étranger. Certaines de ces procédures sont toujours en cours. Les autres ont pu être terminées sans suite.

Enfin, régulièrement en début de saison de ski, le Secrétariat est saisi de plaintes d'**écoles de ski** quant au comportement prétendument abusif de certaines entreprises de remontées mécaniques. Sont invoqués à cet égard les avantages dont bénéficieraient les écoles « traditionnelles » de ski, dans certaines stations, au détriment de nouvelles écoles concurrentes ou installées plus récemment. Dans la mesure où il s'agit de conflits privés, le Secrétariat invite généralement le plaignant à recourir au juge civil.

3.2.3 Marchés de la santé

Les investigations concernant l'enquête relative à la **commercialisation d'informations médicales** électroniques nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse se sont poursuivies en 2013. Des questionnaires ont été envoyés à plus de trois cents entreprises en Suisse. Les réponses sont en cours d'examen.

L'enquête préalable relative à la **convention** proposée par **santésuisse**, cosignée par les assureurs-maladie, concernant la **publicité aux assurés** (fixation des commissions pour les agents et pour les intermédiaires à un maximum de CHF 50.-, boycott des CallCenter) a mis en lumière des indices, qu'il pourrait constituer un accord au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et b LCart et affecter la concurrence entre les assureurs-maladie de façon notable. Même si la mesure prévue par la convention et visant à améliorer la qualité des prestations des intermédiaires n'a pas posé problème du point de vue de la LCart, compte tenu de ces résultats, **santésuisse** a décidé de supprimer la convention au cours du mois de février 2014. Les autorités de la concurrence sont d'avis que les assureurs-maladies doivent pouvoir disposer d'instruments d'information qui permettent de maintenir une concurrence efficace entre les acteurs du marché, conformément à la volonté du législateur. Grâce à l'information, les assurés peuvent bénéficier des meilleures offres lors du choix de leur assureur-maladie. Une réduction coordonnée de la publicité et de l'information aux assurés aurait pu avoir des effets négatifs sur les primes et sur la transparence du marché. L'enquête préalable étant restée sans objet, elle a été clôturée sans suite.

L'examen du marché des appareils auditifs a pu être achevé au cours de l'année 2013. L'analyse des données relatives à la période suivant l'introduction du nou-

veau système forfaitaire de remboursement des dépenses pour ces appareils a permis de clore cette enquête préalable. Au regard des prises de position sur le rapport intermédiaire ainsi que sur différents questionnaires, il n'a pas été possible de confirmer que les recommandations de prix sur les listes d'appareils auditifs de même que sur les listes de fabricants, publiées à l'intention des acousticiens, sont à imputer aux producteurs d'appareils auditifs. Il en ressort que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a eu une influence déterminante sur la publication ainsi que sur la forme concrète des prix de vente recommandés publiés sur la liste des appareils auditifs. Il n'a dès lors pas été possible de déterminer si, dans le cas concret, un acousticien se serait orienté sur la recommandation de prix de vente sur cette liste, voulue par les autorités ou sur celle figurant sur la liste des producteurs, étant donné que les prix sur les deux listes correspondaient largement. Dans le but d'encourager la concurrence sur le marché des appareils auditifs, le secrétariat serait favorable à une séparation des prestations de services des acousticiens et de la vente d'appareils. Une telle séparation pourrait réduire des mauvais incitants pour les acousticiens.

Dans le cadre de l'enquête préalable relative à la **distribution de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud**, le Secrétariat a rendu son rapport final d'enquête préalable en automne 2013. Le Secrétariat estime que les mesures entrées en force le 1er janvier 2013 permettent de classer la procédure sans suite. Ces mesures prises par l'Association Vaudoise d'Aide et de Soins à Domicile (AVASAD) prévoient notamment la fin des recommandations tarifaires, un approvisionnement libre pour les centres de moyens auxiliaires et la création d'une liste de fournisseurs distribuée aux professionnels.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Télécommunication

Le 18 juillet 2013, la COMCO a ouvert une enquête contre Swisscom (Schweiz) AG. Il s'agit de déterminer si Swisscom a abusé de sa position dominante **dans le domaine de l'Internet à haut débit** pour la clientèle commerciale, de sorte à entraver les concurrents en matière d'appels d'offres. Concrètement, il s'agit d'une procédure d'appel d'offres de la Poste relative à l'installation d'un accès Internet à haut débit pour l'ensemble de ses sites en Suisse, à laquelle Swisscom ainsi que deux autres fournisseurs de services de télécommunications ont participé. En ce qui concerne les deux autres fournisseurs de services, l'élaboration d'une offre pour la Poste dépendait de prestations intermédiaires fournies par Swisscom. Il existerait des indices selon lesquels Swisscom aurait fixé les prix pour ces prestations intermédiaires à un niveau empêchant les autres fournisseurs de formuler des offres de manière concurrentielle à l'égard de la Poste.

L'enquête « **Demande de réexamen Tele 2 vs. Swisscom** » a été close par décision du 18 mars 2013. Swisscom avait requis, en vertu de la possibilité prévue par le droit des télécommunications de « facturation du raccordement au réseau fixe », la levée de l'interdiction d'envoi de matériel publicitaire à l'occasion de la facturation du raccordement des abonnés, convenue avec la COMCO. Il apparaissait qu'aucune modification fonda-

mentale des rapports juridiques et effectifs n'était intervenue qui aurait indiqué une révision de l'accord à l'amiable. La requête de réexamen a donc été rejetée. .

En plus, la COMCO a procédé au contrôle de deux **fusions d'entreprises** dans le domaine des télécommunications, qui déjà au stade de l'examen préalable ont été jugées non problématiques.

3.3.2 Médias

Dans l'enquête « **Prix du livre en Romandie** », la COMCO conclut dans sa décision du 27 mai 2013 qu'entre 2005 et 2011, dix grossistes de livres en langue française avaient empêché les libraires suisses de s'approvisionner en livres à l'étranger à des prix plus bas, particulièrement en France. À cet effet, les grossistes ont élaboré un système de distribution qui a permis de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement pour les livres en langue française. Ainsi, entre 2005 et 2011 il n'a pu être effectué pratiquement aucune importation parallèle, les tentatives des libraires de se faire livrer à moindre coût directement depuis l'étranger échouant systématiquement. Ce cloisonnement du marché a permis aux grossistes de maintenir en Suisse un niveau de prix excessivement élevé pour les livres. La COMCO a prononcé contre les dix grossistes des sanctions pour un montant total d'environ CHF 16.5 millions pour des accords illicites en matière d'attribution de territoires. La majorité des entreprises sanctionnées ont déposé des recours auprès du Tribunal administratif fédéral. .

L'enquête ouverte contre l'Agence Télégraphique Suisse (ATS), « **Politique en matière de prix et autres pratiques** », a été poursuivie pendant l'année de référence comme prévu. Elle doit permettre de déterminer si l'ATS a abusé de son éventuelle position dominante pour entraver des concurrents et désavantager des clients. Une enquête préalable a révélé des indices que la politique de remises de l'ATS ainsi que l'octroi de rabais d'exclusivité pourraient avoir comme but une restriction de la concurrence ainsi qu'une barrière à l'entrée sur le marché.

L'enquête préalable « **Goldbach Group commercialisation de médias radiotélévisés** » a beaucoup avancé. Elle traite de la question de l'abus d'une éventuelle position dominante dans le domaine de la commercialisation de médias radiotélévisés par Goldbach Group. Sont concernés en particulier la pratique de fixation des prix, l'octroi de différents types de remises et la mise en œuvre d'une éventuelle stratégie d'éviction à l'encontre des concurrents.

En avril 2013, la COMCO a ouvert l'enquête « **Re-transmission du sport en direct dans le domaine de la télévision payante** ». Il doit être déterminé si CT Cinetrade AG a illégitimement refusé certaines prestations à des fournisseurs de plateformes TV concurrentes de Swisscom et si Cinetrade a discriminé certains fournisseurs de plateformes TV ainsi que certains clients. En effet, l'offre Teleclub peut être reçue à meilleur prix sur Swisscom TV que sur d'autres plateformes TV, ce malgré le fait que l'offre sportive sur Swisscom TV soit plus importante. En outre, il doit être déterminé dans le cadre de l'enquête, si le fait d'obliger les clients à recevoir

l'offre sportive conjointement avec l'offre de base constitue une transaction couplée illicite sous l'angle du droit des cartels. En mai 2013, trois opérateurs de câble ont présenté une requête de mesures provisionnelles et requis en particulier la mise à disposition du contenu de certains programmes ainsi que des possibilités d'approvisionnement pour de tels programmes. Les requêtes ont été rejetées par la COMCO par décision du 8 juillet 2013. La procédure de recours y relative est encore pendante.

En 2013, la COMCO a également dû procéder au contrôle de plusieurs **fusions d'entreprises** : lors du projet de fusion Tamedia / Ringier / Jobsuchmaschine, Tamedia AG et Ringier AG ont cherché à prendre communément contrôle de Jobsuchmaschine AG. Dans Tamedia / PPN AG, Tamedia a annoncé la prise de contrôle exclusive de l'entreprise PPN Schweiz AG, jusque-là contrôlée communément par Neue Zürcher Zeitung AG, Ringier et cXense AS. Dans Tamedia / Schibsted / SCMS / piazza.ch / car4you, Tamedia et Schibsted Classified Media NV projettent de prendre communément le contrôle de Schibsted Classified Media Switzerland AG et d'acquérir des parts dans l'entreprise piazza.ch et car4you. Dans Tamedia / Starticket, Tamedia a annoncé son intention de reprendre exclusivement le contrôle de Starticket AG. En outre, Tamedia a annoncé la reprise de la majorité du capital-actions et du contrôle de la Ziegler Druck-Verlags AG. Dans PubliGroupe / S1TV a été annoncée la prise de contrôle commune de S1TV AG par PubliGroupe S.A. et sa filiale ainsi que les fondateurs de S1TV. Dans Mediaspectrum, Inc. / Publigroupe S.A. / xentive SA, Mediaspectrum, Inc. ainsi qu'une partie tierce choisie à la discrétion de Mediaspectrum ont prévu d'acquérir une participation de 51% dans xentive SA, qui était jusque-là sous le contrôle exclusif de Publigroupe. Après l'exécution de la fusion, Xentive sera donc contrôlée communément par Mediaspectrum et Publigroupe. Enfin, dans Orell Füssli / Thalia, a été annoncée la fondation d'une entreprise commune de plein exercice active dans la vente de livres et de produits complémentaires à une clientèle en Suisse. Toutes ces opérations ont reçu le feu vert de la COMCO à la suite d'une évaluation dans le cadre de la procédure d'examen préalable.

3.3.3 Energie

En rapport avec une procédure d'opposition, en février 2013 une enquête préalable a été ouverte contre la société coopérative VSG ASIG (VSG) et ses membres. Dans le cadre de l'enquête préalable, il a dû être établi si les conventions dénommées **convention de la branche et l'accès au réseau pour le gaz naturel** notifiées par l'ASIG et ses membres constituaient des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 3, de l'article 4 et/ou de l'article 7 LCart. La convention de branche est un règlement de droit privé qui a été conclu entre l'ASIG (en tant que représentant de l'exploitant du réseau) et le groupement d'intérêts relatif au gaz naturel ainsi que le groupement des branches à forte consommation énergétique (en tant que représentant des consommateurs de gaz naturel, respectivement des utilisateurs du réseau) dans lequel sont définies les conditions d'acheminement de gaz naturel à des clients industriels par des tiers. En décembre 2013, le Secrétariat avait

informé les parties dans un rapport final détaillé— et notamment expressément quant à l'existence de la menace de sanctions — de ses réserves quant à la conformité au droit des cartels du règlement précité, en particulier certains critères d'accès au réseau. L'économie gazière a en revanche prévu des adaptations d'une grande partie des clauses, tenant ainsi compte au cours de l'enquête préalable déjà des réserves émises par le Secrétariat.

En mars 2013, le Secrétariat a ouvert l'enquête préalable « **Stratégie propriétaire ewb** ». L'enquête préalable vise à établir, si Energie Wasser Bern (ewb) a abusé de sa prétendue position dominante sur les marchés de l'approvisionnement pour les marchés en aval et adjacents, restreignant pour les entreprises actives sur ces marchés l'accès à et l'exercice de la concurrence. Au premier plan de l'enquête figuraient notamment le traitement préférentiel de la filiale d'ewb au moyen de subventions croisées issues du monopole, l'éventuelle utilisation de données du marché et de clients et /ou d'autres informations issues du monopole, ainsi que des possibles transactions couplées ou entraves techniques.

Enfin, dans le secteur de l'énergie, la COMCO a été invitée à prendre position dans diverses procédures de consultation. Il convient ici de mentionner en particulier les révisions partielles de la loi sur l'approvisionnement en électricité et de l'ordonnance sur l'énergie. Le Secrétariat a été consulté à ce sujet pour des questions de droit de la concurrence concernant l'accord sur l'électricité avec l'Union européenne.

3.3.4 Autres secteurs

Dans l'enquête **fret aérien** la COMCO est arrivée par décision du 2 décembre 2013 à la conclusion qu'entre 2000 et 2005, plusieurs compagnies aériennes ont convenu de certains éléments de la définition des prix. Il s'agit en l'occurrence des taux de fret, de surtaxes de carburant, de surtaxes pour le risque de conflit armé, de surtaxes de dédouanement pour les États-Unis et de la perception de surtaxes. Parallèlement à la loi suisse sur les cartels, la COMCO a dû appliquer une multitude d'accord en matière de transport aérien conclus avec d'autres États et entres autres celui conclu avec l'Union européenne (UE). La COMCO a sanctionné 11 compagnies aériennes concernant des accords horizontaux sur les prix pour un montant total avoisinant les 11 millions. La Deutsche Lufthansa AG (ainsi que sa filiale Swiss Airlines AG), qui dont l'auto-dénonciation permis l'ouverture de la procédure, a profité d'une exonération totale de sa sanction. De même, les sanctions de 5 autres compagnies s'étant auto-dénoncées ont été réduites substantiellement. En plus de la COMCO, la Commission UE et l'US Department of Justice ont également sanctionné le comportement des compagnies aériennes.

En Juillet 2013, la COMCO a ouvert l'enquête **systèmes de prix concernant les envois postaux pour la clientèle commerciale**. La Poste accorde des conditions spéciales à ses clients commerciaux à partir d'un chiffre d'affaire annuel de plus de CHF 100'000.-. L'enquête doit établir si la Poste a entravé ses concurrents sur le marché par l'élaboration et l'application du système de prix, dans la mesure où ce dernier revient à compliquer,

voire à empêcher la possibilité de recours par des clients commerciaux aux services des concurrents de La Poste. La suite de l'enquête vise à déterminer si la Poste a discriminé ou d'une autre manière désavantagé certains clients déterminés.

Dans le secteur du transport ferroviaire, la COMCO a **évalué l'opération de fusion notifiée BLS AG / BLS Cargo AG**. Selon la notification, BLS AG a modifié la convention d'actionnaires avec la Deutsche Bahn Schweiz Holding AG portant sur le contrôle en commun de BLS Cargo AG, le contrôle en commun par BLS et DB Holding étant transféré à BLS exclusivement. La notification de fusion a été jugée comme ne comportant aucun risque dans le cadre de la procédure d'examen préalable.

3.4 Industrie et produits

3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Le Secrétariat a poursuivi ses investigations, dans l'enquête sur les **pianos à queue et pianos** ouverte le 27 novembre 2012. Cette enquête a été ouverte suite à un appel d'offres de la Haute Ecole des arts de Zürich, au Toni-Areal, qui a révélé des indices de distorsions de la concurrence. Il existe, en particulier, de sérieux indices d'ententes sur le cloisonnement de certains territoires et d'ententes sur la fixation des prix. En outre, il se peut qu'en Suisse, les importations parallèles et directes depuis les pays voisins soient entravées, voire empêchées.

Le 3 juillet 2013, les autorités de la concurrence ont ouvert, sur plainte d'un revendeur, une enquête contre Musik Olar AG et ont procédé à une perquisition. Cette enquête a pour objet d'examiner si des accords verticaux sur la fixation des prix ont été conclus dans le cadre de la distribution d'**instruments à cordes** (guitares et basses) et d'accessoires.

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a décidé de clore l'enquête sur les **produits cosmétiques**, qui sont vendus avant tout par des instituts de beauté. Les restrictions à la concurrence ayant fait l'objet de l'enquête (accords de protection territoriale, interdictions du commerce online et recommandations de prix) n'ont pas affecté la concurrence de manière notable. La COMCO est arrivée à cette conclusion en considérant notamment les parts de marché très peu importantes des entreprises visées par l'enquête, la faible concentration du marché et les différences de prix plutôt faibles au niveau international. Les entreprises visées par l'enquête ont en outre adapté de leur plein gré les clauses contractuelles qui s'étaient révélées problématiques, ont déclaré expressément que les recommandations de prix en cause n'étaient pas contraignantes et en ont informé leurs clients en conséquence.

Le Secrétariat a poursuivi ses investigations, dans une enquête en cours contre **Jura Elektroapparate AG**. L'enquête avait été ouverte en date du 26 octobre 2011, dans le cadre de la non transmission des avantages de cours de change. Cette enquête doit déterminer si Jura Elektroapparate AG fixe des prix de revente minimums ou fixes et/ou procède à une attribution de certains territoires, de façon contraire à la loi.

S'agissant des accords verticaux, les recours suivants, déposés contre certaines décisions de la COMCO, étaient encore pendants au Tribunal administratif fédéral, à la fin de l'année 2013 : **Nikon, BMW, articles de sport/Roger Guénat SA**. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours déposé dans le cas GABA/Elmex, par arrêt du 19 décembre 2013 (voir chiffre 2 ci-dessus). La cause est désormais pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Le Secrétariat a examiné, lors d'une enquête préalable, dans quelle mesure les **gains de change dans le commerce de détail d'articles de marque** ont été répercutés sur le niveau suivant de la chaîne de distribution, soit sur les clients finaux suisses. Il a également été question d'examiner si une éventuelle non transmission des avantages de cours de change pouvait s'expliquer par l'existence de restrictions illicites à la concurrence. Le Secrétariat a questionné les trois commerces de détail en alimentation Coop, Denner et Migros, ainsi que 22 importants fournisseurs d'articles de marque, en particulier sur les avantages de cours de change qu'ils avaient répercutés sur les prix des trois produits de leurs cinq marques les plus importantes, où le chiffre d'affaires le plus élevé avait été réalisé. La plupart des fournisseurs d'articles de marque interrogés a accordé de meilleures conditions aux commerces de détail. Selon les données qu'ils ont eux-mêmes transmises, les commerces de détail ont permis, dans la plupart des cas, à leurs propres clients d'en bénéficier pleinement. De nombreux fournisseurs ont confirmé que les commerces de détail avaient bel et bien répercuté les avantages de cours de change. Les réponses aux différentes questions posées aux acteurs du marché concernés n'ont laissé apparaître aucun indice sérieux d'accords horizontaux ou verticaux sur la fixation des prix, qui auraient été illicites. Elles n'ont pas révélé non plus d'indices suffisants, selon lesquels des interdictions d'importations parallèles, qui seraient problématiques du point de vue du droit des cartels, auraient existé. De même, aucun indice d'abus de position dominante d'une entreprise n'a pu être identifié. Il n'y avait dès lors pas lieu d'ouvrir une enquête contre la Coop, Denner, la Migros ou l'un des 22 fournisseurs d'articles de marque.

Une enquête préalable a été ouverte dans le domaine des **articles de voyage**. Le Secrétariat a examiné s'il existait des indices d'ententes de protection territoriale et d'ententes sur la fixation des prix. Cet examen s'est concentré sur les entraves au commerce électronique transfrontalier.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a examiné les différences de prix des articles de sport des marques **adidas** et **NIKE**, sur le plan international. Lors de ses recherches, il a constaté que les consommateurs finaux avaient le choix d'acheter les articles de sport concernés dans les magasins spécialisés ou en ligne, en Suisse ou à l'étranger et de profiter ainsi de canaux de distribution plus favorables. En outre, les deux entreprises ont confirmé par écrit que les fournisseurs suisses agréés selon le système de distribution sélective en place pouvaient acheter, sans autre, des articles de sport aux grossistes ou fournisseurs se trouvant à l'étranger, aux conditions qui y étaient pratiquées.

Le 20 décembre 2012, la Fédération des coopératives Migros et Denner AG (ci-après : les requérantes) a déposé une demande, afin que les conditions fixées dans la décision **Migros/Denner** par la COMCO (DPC 2008/1, p. 129 ss), soient annulées, et ce avant le terme initialement prévu. Après avoir sondé le marché de façon approfondie, le Secrétariat a envoyé aux requérantes, en date du 18 avril 2013, sa proposition à la COMCO pour prise de position. Par courrier du 10 juin 2013, les requérantes ont retiré leur demande. Les conditions, qui valent aujourd'hui, restent ainsi encore en vigueur, comme prévu, jusqu'au 3 septembre 2014 – sauf la condition 6 sur l'interdiction des contrats d'exclusivité conclus avec les fournisseurs, qu'on a décidé d'appliquer indéfiniment.

3.4.2 Industrie horlogère

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a clos l'enquête ouverte contre **The Swatch Group AG** sur l'arrêt des livraisons de mouvements mécaniques et assortiments (ensemble des pièces qui composent les organes réglant la montre mécanique) que cette société prévoyait. Cette enquête a été ouverte en date du 6 juin 2011 et devait déterminer, si la mise en œuvre de la nouvelle politique de livraisons prévue pouvait constituer un abus de position dominante contraire à la réglementation sur les cartels. Dans le cadre de l'ouverture de cette enquête, la COMCO a décidé, en se basant sur un accord amiable conclu avec le Swatch Group, de prononcer des mesures provisionnelles, afin que les entreprises actives dans l'industrie horlogère ne rencontrent aucune difficulté de planification. Elle a décidé, en date du 7 mai 2012, d'appliquer ces mesures durant une année de plus, jusqu'à la fin de l'année 2013. Un accord amiable entre le Secrétariat et le Swatch Group a été conclu au printemps 2013, en se basant sur une étude de marché, où l'on a examiné, en particulier, si des sources d'approvisionnement alternatives au Swatch Group existaient et dans quel délai de telles sources pourraient en tous les cas être mises en place. Cet accord prévoyait une diminution des livraisons de mouvements mécaniques et assortiments, de façon échelonnée. Le 8 juillet 2013, la COMCO a décidé de refuser cet accord, car elle a considéré qu'une réduction des livraisons des assortiments (composants essentiels) était prématurée, au vu de la situation que connaissait le marché. Après de nouvelles négociations avec le Swatch Group, un nouvel accord amiable a été présenté à la COMCO. Il a mis en œuvre les points importants prédéfinis par la COMCO. Celle-ci l'a approuvé en date du 21 octobre 2013. Ce nouvel accord prévoit une réduction échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques jusqu'au 31 décembre 2019, où l'on fera face aux restrictions à la concurrence suite à l'arrêt des livraisons, au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart. L'obligation de livrer des assortiments de Swatch Group est encore valable provisoirement.

Par ailleurs, on a mis fin à la suspension de l'enquête sur les mouvements mécaniques ouverte contre **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (une société fille détenue à 100 % par le Swatch Group ; ci-après : ETA). Cette enquête porte sur l'augmentation des prix et les modifications des conditions de paiement qu'ETA a imposées à ses clients. Cette suspension s'est imposée,

dans la mesure où la situation sur le marché des mouvements mécaniques a dû être examinée, suite à l'enquête sur l'arrêt des livraisons de Swatch. Cette enquête doit déterminer si le comportement d'ETA représente un abus de position dominante contraire au droit des cartels.

3.4.3 Secteur de l'automobile

Suite à l'ouverture de l'enquête contre différents concessionnaires suisses des marques du **groupe Volkswagen** (VW, Audi, Skoda, Seat), en date du 22 mai 2013, la COMCO examine les informations recueillies sur l'existence d'éventuels accords sur la fixation des prix entre ces concessionnaires. Ces accords ont porté sur la fixation de rabais et déductions forfaitaires lors de la vente au détail de nouveaux véhicules des marques susmentionnées.

Au cours de l'année 2013, le Secrétariat a reçu de nombreuses **dénonciations de citoyens** sur les garanties et assurances octroyées lors de l'achat d'un véhicule à l'étranger (dans l'EEE) et sur les entraves aux importations parallèles ou directes. Il y a répondu en s'appuyant sur les dispositions du droit des cartels qui traitent des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile). Il en ressort en résumé que cette communication est largement appliquée en Suisse.

L'enquête préalable ouverte en novembre 2011 contre **Harley-Davidson** a été close sans suite. Cette enquête préalable a été ouverte suite aux dénonciations de citoyens, selon lesquelles Harley-Davidson avait probablement pris certaines mesures et ainsi contribué à cloisonner le marché suisse de la distribution des produits Harley-Davidson. Les importantes investigations réalisées ont démontré toutefois qu'il n'existait pas d'indice suffisant de fixation de prix de revente ou d'entrave au commerce en ligne en Suisse contraires à la loi. Le Secrétariat a estimé que l'interdiction d'exporter des produits Harley-Davidson des Etats-Unis en Suisse ne constituait pas une restriction notable de la concurrence.

3.4.4 Agriculture

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre d'environ 40 procédures de **consultation des offices** sur les modifications de loi et ordonnance, ainsi que sur les différentes interventions parlementaires. Il s'est à nouveau prononcé en faveur de la suppression de la protection douanière.

En outre, le Secrétariat a mené différentes observations de marché, comme par exemple dans le domaine des **pommes** (structure de distribution) ou des **outils** (cloisonnement du marché). La COMCO a rédigé aussi une expertise dans le domaine de l'**Emmentaler** et a pris position sur une requête d'autorisation exceptionnelle (art. 8 LCart) d'un comportement que le Tribunal fédéral avait qualifié d'illicite. Cette requête a toutefois été retirée, avant que le Conseil fédéral ne rende sa décision.

3.5 Marché intérieur

3.5.1 Notariat

Le 26 mars 2013, la COMCO a ouvert une enquête, au sens de la Loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02),

portant sur la libre circulation des notaires. Elle a invité les cantons à prendre position dans le cadre d'une consultation. En vertu du droit cantonal, les notaires suisses n'ont pas la possibilité de faire reconnaître leur certificat de capacité dans un autre canton. Leur activité est limitée au territoire d'un canton. En revanche, les notaires en provenance de l'Union européenne peuvent requérir, sur la base de l'Accord sur la libre circulation et de la Loi sur les qualifications professionnelles (Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications, LPPS, entrée en vigueur le 1er septembre 2013), la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles en Suisse, ce qui aboutit à une discrimination à rebours pour les notaires suisses. C'est précisément cela que la LMI cherche entre autres à éviter. Elle garantit aux actifs suisses des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Suisse à des personnes étrangères dans les accords internationaux.

L'enquête a débouché sur la Recommandation de la COMCO du 23 septembre 2013 à l'intention des cantons et du Conseil fédéral. En substance, la COMCO a recommandé aux cantons de reconnaître les formations équivalentes des notaires indépendants (exerçant dans le cadre du notariat latin) provenant d'autres cantons. Cela faciliterait grandement la mobilité professionnelle des notaires indépendants. Des mesures de restriction telles que l'obligation de domicile, les clauses de réciprocité ou les exigences de nationalité devraient être abrogées. De plus, dans leurs offres d'emploi, les cantons qui connaissent le notariat officiel devraient également ne pas exclure les notaires formés dans un autre canton.

Dans le même temps, la COMCO a recommandé au Conseil fédéral d'adopter la base légale, prévue dans le cadre de l'actuelle révision du Code civil (dispositions du Tit. fin. CC relatives à l'instrumentation d'actes authentiques), qui permet aux notaires d'instrumenter et de faire inscrire au registre foncier des actes authentiques dans le domaine immobilier pour toute la Suisse. Actuellement, un contrat concernant une affaire immobilière doit impérativement être instrumenté par un notaire du canton du lieu de situation de l'immeuble. Avec une reconnaissance intercantonale des actes authentiques en matière immobilière, les clients pourraient profiter d'une plus grande offre et choisir leur notaire en fonction de leurs besoins en termes de qualité, de prestation et de prix sur tout le territoire suisse.

L'introduction d'une reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles et des actes authentiques en matière immobilière recommandée par la COMCO ne touche pas à la compétence des cantons d'organiser le notariat en fonction de leurs besoins. Les institutions du notariat officiel et du notariat latin ne sont pas remises en question par les recommandations de la COMCO.

3.5.2 Activités dans d'autres domaines

Dans le domaine de l'**accès intercantonal au marché**, le Centre de compétence Marché intérieur s'est principalement concentré sur la libre circulation des notaires (cf. 5.3.1), les agents d'affaires brevetés et les services de sécurité privés.

Sur la base de la LMI, les offreurs ont le droit d'exercer leur activité dans d'autres cantons conformément aux prescriptions applicables à leur lieu de provenance. En application de ce principe, des agents d'affaires brevetés vaudois ont déposé des requêtes d'accès au marché dans les cantons de Genève et de Berne. Ces deux requêtes ont été rejetées. La COMCO a fait recours contre ces deux décisions négatives. Ces recours sont actuellement pendants par-devant les instances cantonales.

Dans le domaine des services de sécurité privés, l'accès intercantonal au marché et l'application de la LMI fonctionnent de manière insuffisante. C'est pourquoi le Centre de compétence Marché intérieur a fourni des conseils à plusieurs cantons, en matière de conformité des prescriptions d'accès au marché, dans le domaine des services de sécurité. La COMCO a interjeté deux recours contre des décisions du canton d'Argovie refusant l'accès au marché à des fournisseurs de prestations de sécurité. Le Tribunal administratif du canton d'Argovie a admis les deux recours. Dans le premier jugement, le Tribunal administratif a retenu que l'activité de contrôle de places de parking privées (mise à ban) ne constituait pas un service de sécurité et pouvait, contrairement à la pratique de l'administration, être exercée sans autorisation. Dans la deuxième procédure, la question se posait de savoir si un service de sécurité lucernois bénéficiant d'une autorisation du canton de Lucerne avait le droit de fournir des prestations dans le canton d'Argovie, alors que ce service ne disposait pas du brevet fédéral ASS exigé par ce canton. Selon le Tribunal administratif, l'administration cantonale n'a pas apporté la preuve que l'expérience professionnelle acquise, ainsi que la formation du service de sécurité lucernois, ne garantissaient pas le même niveau de sécurité visé par le canton d'Argovie (art. 3 al. 2 let. d LMI). Par ailleurs, l'exigence de la possession du brevet fédéral ASS n'est en principe pas nécessaire à la préservation d'intérêts publics prépondérants et n'est ainsi pas proportionnelle.

Dans le domaine des **marchés publics**, la COMCO a interjeté trois recours. Dans le cadre d'un appel d'offres pour des travaux d'étanchéité d'un dépôt d'ordures ménagères, la COMCO a fait valoir que les critères d'aptitude avaient été mal appliqués et prévus d'une manière telle qu'un seul offreur pouvait les remplir. Le Tribunal administratif n'a pas suivi cette argumentation ; les considérants de ce jugement n'ont pas encore été rendus. Par la suite, la COMCO a fait recours contre l'adjudication d'un marché pour la livraison de sacs-poubelles taxés aux détaillants, ainsi que le prélèvement et la gestion de la taxe au sac. Le Tribunal administratif a reconnu que l'adjudication du marché au-dessus des seuils pertinents, par le biais d'une procédure sur invitation, violait l'article 5 LMI, mais qu'en raison de motifs d'urgence, elle était justifiée au sens de l'article 3 LMI. La COMCO a fait recours contre cette décision par-devant le Tribunal fédéral. Finalement, la COMCO a fait recours contre l'adjudication, à la suite d'une procédure de gré à gré, d'un marché visant la construction d'un centre d'accueil pour requérants d'asile. Ce centre sera financé par des investisseurs privés avant d'être loué au canton. Selon l'appréciation de la COMCO, ce marché aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres public, conformé-

mément à l'article 5 LMI. Le recours est pendant devant le Tribunal administratif cantonal.

Dans le domaine des **transmissions de l'exploitation de concessions**, le Centre de compétence a constaté des manquements de quelques communes, dans le domaine de l'octroi d'autorisations d'usage du domaine public aux forains, pour les marchés annuels et leur a conseillé de concéder ces droits, à l'avenir, par le biais d'appels d'offres.

Le Tribunal fédéral peut, sur la base de l'article 10 al. 2 LMI, entendre la COMCO dans une procédure en cours. Pendant l'année sous revue, le Tribunal fédéral a invité la COMCO à prendre position dans deux cas. Le premier concernait l'admissibilité d'une obligation de domicile pour les notaires (2C_335/2013) ; le second avait pour objet l'interdiction de participer à des marchés publics pendant plusieurs mois (2C_315/2013). Les deux jugements n'ont pas encore été rendus.

3.6 Investigations

En 2013, des perquisitions ont eu lieu auprès de 25 entreprises au total dans le cadre de 5 interventions. La mise en œuvre de deux interventions en avril 2013 qui se sont suivies immédiatement a été particulièrement exigeante.

D'un point de vue juridique, l'entrée en force de l'art. 46 al. 3 DPA (1 mai 2013) devrait fortement améliorer la **protection de la correspondance avec l'avocat**. Les documents qui résultent de la relation avec un avocat sont protégés indépendamment de l'endroit où ils sont déposés ou de la date à laquelle la perquisition et la saisie ont eu lieu, c'est-à-dire même lorsqu'ils se trouvent en possession de l'entreprise. Le Tribunal pénal fédéral a déjà eu à se prononcer sur une procédure de levée des scellés, dans laquelle il a été précisé que la protection ne s'étendait pas aux documents qui n'avaient pas été initialement destinés à l'intention de l'avocat (notamment une correspondance préexistante avec des tiers), même si ceux-ci étaient notifiés à l'avocat par la suite en la forme d'annexes.

3.7 Relations internationales

Afin d'assurer une meilleure application de leur droit de la concurrence, la Suisse et l'UE ont signé un accord de coopération dans le domaine de la concurrence (cf. en détails ci-après chapitre 5). De plus, les autorités de concurrence ont participé comme d'habitude aux différents travaux des organisations internationales.

OCDE: Des représentants de la COMCO et du secrétariat ont participé aux trois réunions annuelles du comité de la concurrence. En coopération avec le SECO, différentes contributions ont été écrites et présentées. En 2013, les deux thèmes stratégiques « coopération internationale » et « l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence » ont été notamment approfondis. La révision de la recommandation de 1995 sur la coopération a été commencée. La procédure d'adhésion de la Russie a été continuée et celle de la Colombie a débuté.

ICN: Le groupe de travail Cartel I (Legal Framework) a conduit plusieurs webinars (audio-conférences avec présentation de slides). Le thème en a été le programme

de clémence avec en particulier les preuves que le candidat au programme de clémence doit fournir et la coopération continue à apporter avec les autorités de concurrence. Le groupe de travail Cartel II (Enforcement) a revu en 2013 le manuel de lutte contre les cartels et les tableaux récapitulatifs des autorités membres. Celui de la Suisse a été entièrement remis à jour. Au Cartel workshop en Afrique du Sud, les autorités ont discuté des méthodes alternatives de détection des cartels et de la structure des enquêtes. Le groupe de travail „Agency Effectiveness“ a été consacré au développement de best practices dans le domaine du management du personnel et la gestion du transfert de savoir au sein d'une autorité. Enfin, la COMCO a été représentée à la conférence annuelle.

CNUCED: La COMCO et le secrétariat ont participé à la 13^{ème} conférence des „Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy“. Le thème de la rencontre a été en particulier la coopération internationale dans les procédures cartellaires. Dans le cadre du programme COMPAL, qui a pour but de former des autorités de concurrence, une stagiaire colombienne et un stagiaire de l'Equateur ont été reçus à la COMCO pour une durée de trois mois chacun ainsi qu'une stagiaire égyptienne pour une durée d'un mois.

UE: L'accord de coopération avec l'UE est traité en thème spécial (cf. chapitre 5).

3.8 Révision LCart – Etat des travaux

Le 22 février 2012, le Conseil fédéral avait adopté, à l'attention du Parlement, son message sur la révision de la LCart et sur la loi fédérale sur l'organisation de l'autorité de la concurrence. Le message s'est fondé, d'une part, sur l'évaluation de la LCart, qui est prévue par la loi et, d'autre part, sur les résultats de trois procédures de consultation. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E), qui en était chargée, a examiné la totalité du paquet de réformes proposé et l'a transmis, au début du mois de mars 2013, au Conseil des Etats. Celui-ci a certes accepté le projet du Conseil fédéral en date du 21 mars 2013. Il a toutefois décidé de s'en écarter sur certains points.

La principale modification porte sur l'organisation institutionnelle des autorités de la concurrence. Le Conseil fédéral a prévu de son côté, suivant le modèle des tribunaux, d'instaurer une autorité de la concurrence et un tribunal de la concurrence, qui serait rattaché au Tribunal administratif fédéral, afin de bien séparer les étapes de l'enquête et de la décision, tout en accélérant la procédure jusqu'à la décision de dernière instance. En revanche, le Conseil des Etats n'a décidé qu'une légère révision, en se basant sur le modèle institutionnel déjà existant : la COMCO doit passer de 11-15 à 5 membres, n'être composée que d'experts indépendants (ce qui signifie plus aucun représentant/e d'associations) et rendre ses décisions en respectant un délai d'ordre de 12 mois, à l'instar du Tribunal administratif fédéral.

Le Conseil des Etats a largement suivi le Conseil fédéral pour ce qui est du droit matériel. En particulier, il a décidé d'adapter l'article 5 LCart : désormais, il n'est plus nécessaire de prouver que les accords horizontaux sur

la fixation des prix, les restrictions quantitatives et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et le cloisonnement géographique – qui constituent les cinq formes de cartels durs, pouvant déjà faire l'objet aujourd'hui de sanctions directes – affectent de manière notable la concurrence, dans un cas donné, et ce en raison de leurs effets particulièrement dommageables ; il est toutefois toujours possible de démontrer l'existence de motifs justificatifs de nature économique. Par ailleurs, le Conseil des Etats a précisé la proposition du Conseil fédéral, en adoptant une règle traitant explicitement du fardeau de la preuve de ces motifs justificatifs, ainsi qu'une norme spéciale pour « ARGE », ce qui a déjà constitué un thème important lors des délibérations de la CER-E. De plus, il a ajouté une « règle de minimis », selon laquelle les autorités de la concurrence n'examinent pas les restrictions n'ayant qu'un impact négligeable sur la concurrence.

Suivant le message, le Conseil des Etats a décidé d'améliorer le volet civil du droit des cartels (élargissement du droit de porter plainte aux clients/-tes finaux/-ales, interruption de la prescription durant les enquêtes administratives LCart et prise en compte des versements de dommages-intérêts en droit civil lors du calcul de la sanction), le contrôle des concentrations (introduire le test SIEC moderne, éviter d'examiner une nouvelle fois certaines fusions, qui l'ont été au niveau de l'UE et adapter les délais suisses à ceux de l'UE), ainsi que les procédures d'opposition (raccourcissement du « temps de réaction » pour ouvrir une procédure de 5 à deux mois, possibilité de ne prononcer des sanctions qu'à partir de l'ouverture d'une enquête, ainsi que possibilité de se conformer à la réglementation, sans risquer de se voir infliger une sanction pendant une « phase de test »).

Suite à la motion Schweiger, le Conseil des Etats a décidé d'adopter une règle, selon laquelle certaines mesures propres à faire respecter les dispositions du droit des cartels (ce que l'on nomme programme de mise en conformité), doivent avoir pour conséquence de diminuer le prononcé de sanctions administratives. En revanche, il a renoncé à l'introduction de peines contre les personnes physiques ayant participé à des ententes.

En fin de compte, il a décidé, en s'appuyant sur la motion Birrer-Heimo, – contre l'avis du Conseil fédéral –, d'introduire une nouvelle obligation de livrer (art. 7a du projet LCart). Il doit être interdit de refuser de vendre à l'étranger: indépendamment des éventuels accords conclus et de leur position sur le marché, les entreprises sont obligées de donner suite, dans les Etats de l'OCDE, aux commandes des clients suisses, et ce aux conditions qui sont pratiquées dans ces pays.

Depuis l'été 2013, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) est chargée d'examiner ce projet. Celui-ci sera traité vraisemblablement au printemps ou en été 2014 en séance plénière.

4 Organisation et statistiques

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2013, la COMCO a tenu 15 séances plénières d'un jour. Les statistiques font état (voir chiffre 4.2) du nombre de décisions rendues suite aux enquêtes et procédures de concentrations selon la LCart, ainsi qu'en

application de la LMI. L'année passée, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

A la fin de l'année 2013, le Secrétariat occupait 85 collaborateurs et collaboratrices (l'année précédente 83) (plein temps ou temps partiel), dont 43% de femmes (l'année précédente 39%). Cela correspond en tout à 75.8 (l'année précédente 72.6) postes à temps plein. Le personnel se composait ainsi : 58 collaborateurs et collaboratrices scientifiques (y compris la direction), ce qui correspond à 52.4 postes à temps plein ; l'année précédente 51.1 ; 13 (l'année précédente 11) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 13 (l'année précédente 11) postes à temps plein ; 14 collaborateurs et collaboratrices du Service des ressources et de la logistique, ce qui correspond à 10.4 (l'année précédente 10.5) postes à temps plein.

Le Secrétariat a collaboré à la mise en œuvre d'un rapport du Seco portant sur les mesures prises contre le franc fort et les résultats atteints, à l'attention de la Commission des finances. En résumé, on peut retenir ce qui suit pour ce qui est du domaine de compétence de la COMCO :

Le parlement a accordé à la COMCO et à son Secrétariat un budget supplémentaire de CHF 600'000 pour chacune des années 2012 et 2013, afin de faire face aux nombreuses dénonciations sur le franc fort et de pouvoir mener à bien les différentes procédures visant à lutter contre la cherté en Suisse. Le Secrétariat a affecté l'intégralité de ces nouvelles ressources à l'engagement de personnel et a ainsi pourvu 5 à 6 postes supplémentaires² en 2012 et 2013. Ces personnes ont œuvré de la façon suivante :

D'une part, le Secrétariat a mis en place une task-force en été 2011, afin de faire face aux nombreuses dénonciations. Cette task-force était chargée avant tout d'examiner les dénonciations qui lui parvenaient. Il s'agissait d'y répondre et en particulier de déterminer les faits qui relevaient du droit des cartels (trilage). Lorsque les faits à la base de la dénonciation relevaient du droit des cartels (soupçon d'accord horizontal/vertical ou abus de position dominante), le cas était en principe transmis pour traitement au service compétent du Secrétariat (observation de marché, enquête préalable ou enquête). D'autre part, grâce aux moyens supplémentaires à disposition, les services en cause ont bénéficié de personnel pour mener à bien les diverses procédures concernées.

De juillet 2011 à la fin de l'année 2013, le Secrétariat a reçu au total 485 dénonciations en rapport avec le franc fort, qui ont été traitées par la task-force. A la fin de l'année 2013, sur ces 485 dénonciations, 431 (89 %) avaient obtenu une réponse, 43 (9 %) avaient été transmises au Surveillant des prix et 11 (2 %) étaient encore en cours de traitement.

47 dénonciations sur 485 ont occasionné l'ouverture d'une procédure (7 enquêtes, dont 5 closes ; 14 enquêtes préalables, dont 9 terminées ; 26 observations de marché, dont 21 terminées). Dans ce contexte, les faits à la base de ces dénonciations ont été établis d'office, afin de déterminer s'ils étaient pertinents, soit illicites.

Dans le cadre de ces différentes procédures, la COMCO a rendu trois décisions en matière d'entraves aux importations parallèles (NIKON, BMW et IFPI Schweiz), en prononçant des sanctions élevées. Ces décisions et sanctions (BMW CHF 156 millions [pas entrée en force de chose jugée]; NIKON CHF 12.5 millions [pas entrée en force de chose jugée] ; IFPI Schweiz CHF 3.5 millions) ont certainement eu un effet dissuasif important sur les entreprises actives sur le plan international. Il a pu être constaté, dans le cadre de nombreuses enquêtes préalables et observations de marché, que le marché suisse était ouvert et que les importations tant parallèles que directes étaient possibles. On a aussi constaté parfois des obstacles techniques au commerce, qui ont pu entraver les importations parallèles. Du point de vue des autorités de la concurrence, il serait judicieux de supprimer, dans la mesure du possible, ces obstacles, afin de continuer à renforcer la libre circulation des marchandises et à intensifier la pression concurrentielle venant de l'étranger.

En fin de compte, le Secrétariat de la COMCO arrive à la conclusion que la somme supplémentaire de CHF 1.2 millions, mise à disposition pour les années 2012/2013, a permis d'atteindre les objectifs qu'elle devait justement réaliser.

² Le nombre de postes supplémentaires pour les années 2012 et 2013 est de 5 ou 6, en raison du nombre variable d'employés et de la différence entre les salaires des personnes en cause.

4.2 Statistiques

Enquêtes	2013	2012
Menées durant l'année	24	22
reprises de l'année précédente	17	15
ouvertes durant l'année	7	7
Décisions	7	5
dont accord amiable	1	3
dont décision de l'autorité	2	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	3	5
Décision de procédure	4	4
Mesures provisionnelles	0	0
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	1
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	27	33
Reprises de l'année précédente	18	18
Ouvertes durant l'année	9	15
Clôtures	11	17
dont ouverture d'enquêtes	3	4
dont adaptation du comportement	1	7
dont sans suite	7	6
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	7	10
Conseils	20	25
Observations de marchés	76	58
Dénonciations de non répercussion des gains de change	18	96
Autres demandes	547	680
Concentration		
Notifications	32	28
Pas d'intervention après examen préalable	26	28
Examens	0	0
Décisions de la COMCO	0	1
après examen préalable	0	1
après examen	0	0
Exécution provisoire	0	0
Recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	14	13
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	4	1
dont succès des autorités de la concurrence	3	1
dont succès partiel	0	0
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	1
dont succès des autorités de la concurrence	1	1
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	13	11
Avis, recommandations et prises de position etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPr ou 11a LTV)	1	2
Suivi des affaires	1	1
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	217	250

Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	5	8
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	1	1
Expertises (art. 10 I LMI)	2	1
Conseils (Secrétariat)	36	45
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	6	3

Les chiffres de cette statistique sont comparables à ceux des années passées. Le nombre des enquêtes closes, ainsi que celui des procédures pendantes ont augmenté. Le Secrétariat consacre la majeure partie de son temps à ces deux activités. Le Tribunal administratif fédéral a rendu, en 2013, un arrêt suite à la décision finale de la COMCO (médicaments hors liste), ainsi que deux arrêts suite aux décisions incidentes dans l'enquête du LIBOR. Le nombre de procédures de recours pendantes devant le Tribunal administratif fédéral reste comme auparavant très élevé. Le nombre d'annonces d'opérations de concentration d'entreprises a un peu augmenté, mais aucune de ces annonces n'a fait l'objet d'une enquête approfondie. Comme auparavant, le nombre d'observations de marché, de conseils, de toutes autres demandes, ainsi que de préavis, dans le cadre de procédures de consultation des offices, demeure élevé. Le Secrétariat a donc dû faire face à une charge importante de travail. Dans le cadre de la loi sur le marché intérieur, la COMCO a déposé davantage de recours pour lutter contre les obstacles cantonaux à l'accès au marché, ainsi qu'en matière de marchés publics.

5 L'accord de coopération avec l'UE

5.1 Introduction

Dans l'application de la LCart, la COMCO et son Secrétariat ne peuvent compter en grande partie que sur eux-mêmes. Il n'existe pas d'accord avec d'autres autorités de concurrence qui permette une coopération formelle dans l'application et mise en œuvre du droit en cause. Certes, l'autorité de concurrence peut, dans le cadre du comité de la concurrence de l'OCDE ou dans le cadre de l'International Competition Network (ICN), échanger de manière informelle des informations ou des expériences avec d'autres autorités de concurrence. Cependant, toutes les informations qui sont protégées par le secret de fonction ne peuvent être échangées en l'absence de base légale. Dans son rapport annuel 2010, la COMCO a défini, comme une de ses priorités, la lutte contre les cartels internationaux et a salué le mandat de négociation octroyé par le Conseil fédéral pour signer un accord de coopération dans le domaine du droit de la concurrence avec l'UE.³

Après la fin des négociations, le Conseil fédéral a signé le 17 mai 2012 l'accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (ci-après l'accord) et a adopté, le 22 mai 2013, le message adressé au Parlement y relatif.⁴ Selon le Conseil fédéral,⁵ l'absence de coopération avec l'UE (et d'autres autorités de concurrence) entrave « *la mise en œuvre effective de la législation suisse en matière de concurrence dans le cas des pratiques anticoncurrentielles transfrontières car elle rend difficile l'accès aux moyens*

de preuve situés hors du territoire suisse. Elle génère également une duplication du travail et un manque de cohérence s'agissant de décisions portant sur les mêmes faits. »

Le Conseil national a approuvé, à une importante majorité, l'accord lors de sa session d'automne 2013. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-CE) a suspendu le traitement de l'accord à sa séance du 7 novembre 2013, afin de clarifier le rapport avec la révision parallèle en cours de la LCart.

5.2 Contenu de l'accord

Dans le paragraphe suivant, les dispositions et le contenu de l'accord sont présentés brièvement. Un chapitre séparé (5.3) est consacré aux dispositions sur l'échange d'informations et les dispositions associées (art. 7-10 de l'accord).

5.2.1 Préambule, définitions et but

L'accord règle principalement la coopération entre les autorités suisses et européennes de la concurrence. C'est un accord de nature procédurale et qui ne prévoit pas d'harmonisation du droit matériel. En raison de l'absence de dispositions matérielles communes et d'un aspect d'accès au marché, la question d'institutions communes ne s'est pas posée. A l'exception de l'échange d'informations confidentielles, qui confère à cet accord le caractère d'un accord de 2^{ème} génération, l'accord s'inspire largement de l'accord entre l'UE et la Corée du Sud resp. entre l'UE et le Japon.

Le préambule cite quelques principes qui ont régi la négociation et la signature de l'accord. Il fait référence en particulier à la recommandation de 1995 sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux.⁶ L'affirmation la plus importante du point de vue de l'autorité suisse est que « *les systèmes d'application des règles de la concurrence de l'Union et de la Suisse reposent sur les mêmes principes et prévoient des règles similaires.* » Ainsi le principe de l'équivalence entre les deux ordres juridiques, aussi bien sur le plan procédural que sur les normes matérielles, est reconnu.

³ DPC 2011, 21 ss.

⁴ Voir le texte de l'accord et le message y relatif : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/3501.pdf>.

⁵ Message, BBl 2013 3680 ss.

⁶ Cf. <http://acts.oecd.org/Instruments/ListByCommitteeView.aspx> Competition Committee C(95) 130/Final.

Dans la disposition traitant du but (art. 1), il est rappelé quels sont les buts des mandats de négociation des deux parties signataires et que ces buts ont été atteints. Le but de l'accord est « *de contribuer à l'application efficace du droit de la concurrence de chaque partie par la coopération et la coordination, y compris l'échange d'informations, entre les autorités de concurrence des parties et d'éviter les conflits entre les parties pour toutes les questions touchant à la mise en œuvre du droit de la concurrence de chaque partie, ou de réduire la possibilité que de tels conflits surviennent.* »

Les définitions principales sont contenues à l'art. 2, comme celle des « autorités de concurrence ». Ainsi, « les autorités de concurrence » des deux parties contractuelles, le « droit de la concurrence » appliqué par ces autorités, ainsi que ce qu'on entend par « actes anti-concurrentiels », par « mesures d'application », par « informations obtenues au cours de la procédure d'enquête », par « informations obtenues dans le cadre de la procédure de clémence » et par « informations obtenues dans le cadre de la procédure de transaction » sont définis.

5.2.2 Notifications et mise en oeuvre des mesures d'application

Les autorités de concurrence d'une partie se notifient mutuellement par écrit les mesures d'application qui peuvent affecter des intérêts importants de l'autre partie (art. 3 de l'accord). Une liste exemplative de cas, qui doivent faire l'objet d'une notification, est donnée (art. 3 al. 2), ainsi que le moment de la notification dans les cas de concentrations d'entreprises et les autres cas (art. 3 al. 3 et 4). Ces notifications correspondent à la pratique vécue déjà aujourd'hui par les autorités.

Cette disposition sur les notifications ne concerne pas la notification d'actes de puissance publique. En raison des difficultés connues dans le passé, lorsque des décisions des autorités européennes ont été directement notifiées à des entreprises ayant leur siège en Suisse, les parties avaient l'intention de clarifier aussi ce point. Vu que dans le cas contraire, la notification de la COMCO à des entreprises ayant leur siège dans l'UE tombe dans la sphère de compétence des Etats membres, cette question n'a pas pu être clarifiée dans l'accord même. Toutefois, un échange de notes a eu lieu lors de la conclusion de l'accord le 17 mai 2013⁷, qui régit la notification d'actes de puissance publique (dans la mesure du possible). La Commission européenne notifiera à la COMCO les décisions destinées à des entreprises suisses n'ayant pas d'adresse sur le territoire de l'UE, qui les transférera aux entreprises concernées. Les documents dépourvus du caractère de puissance publique, comme des demandes de renseignements, peuvent être, sur une base volontaire, comme jusqu'à présent, envoyés aux entreprises directement à leur adresse suisse. L'UE ne pouvait pas offrir une solution similaire à la Suisse pour les notifications à des entreprises ayant leur siège dans l'UE. Elle s'est cependant engagée dans l'échange de notes à informer les pays membres de la solution convenue avec la Suisse et à les inviter à considérer une solution similaire pour la notification des actes de puissance publique de la COMCO.

L'art. 4 al. 1. de l'accord crée la base légale pour coordonner les mesures d'application concernant des questions liées. Ainsi, cette disposition permet par exemple de coordonner des perquisitions ou les conditions/charges pour une concentration d'entreprises. Jusqu'à présent, cela était seulement possible avec la permission („waiver“) de la ou des entreprises concernées. L'al. 2 désigne les éléments à prendre en compte lors de la décision de coordonner ou pas certaines mesures d'application. Sur la base de l'application autonome de son droit, chaque autorité peut réduire la coordination et décider de mettre en œuvre seule des mesures d'application (al. 3).

5.2.3 Courtoisie passive et active

Le principe de prévention des conflits (courtoisie passive) est contenu à l'art. 5 de l'accord. L'autorité de concurrence d'une partie doit prendre en considération les intérêts importants de l'autre partie contractuelle dans l'application de son droit de la concurrence afin d'éviter les conflits.

En revanche, le principe de courtoisie active contenu à l'art. 6 de l'accord permet à une autorité de concurrence de requérir de l'autorité de l'autre partie qu'elle prenne certaines mesures. L'autorité requise n'a aucune obligation de prendre les mesures demandées en vertu de la courtoisie active. Chaque autorité requise a plein pouvoir discrétionnaire sur la décision de prendre ou non les mesures demandées et sous quelle forme. Ainsi, il n'est pas possible, qu'en application de la courtoisie active, la Commission européenne demande à la Suisse d'effectuer des perquisitions en Suisse, pour y saisir des moyens de preuve.

Les deux dispositions sur la courtoisie négative et positive sont formulées de manière non contraignante, de telle sorte qu'elles seront principalement appliquées dans le domaine de la coopération informelle. La question de savoir à partir de quel moment et dans quelle mesure une autorité fera appel et agira sur la base de ces dispositions est laissée à sa propre discrétion.

5.2.4 Dispositions finales

Les art. 11 à 14 de l'accord contiennent les dispositions finales (usuelles). Ainsi, les parties contractuelles peuvent sur demande se consulter sur toutes les questions qui concernent l'application de l'accord, sur les possibilités de développer la coopération, sur les développements de leur droit de la concurrence respectifs (art. 11 al. 1 et 2 de l'accord). Les autorités de concurrence des parties contractuelles peuvent se rencontrer sur demande au niveau approprié pour discuter des thèmes évoqués à l'art. 11 al. 3 de l'accord.

Les communications sur la base de cet accord se font en langue anglaise et les autorités de concurrence désignent un point de contact pour le transfert de communications (art. 12 de l'accord).

⁷ Message, BBl 3479 et 3484 s.

Les deux autorités de concurrence conservent leur pleine autonomie dans l'application de leur droit respectif. L'accord ne doit pas être interprété de manière contraire au droit respectif de chaque partie (art. 13 de l'accord). L'art. 14 règle enfin l'entrée en vigueur de l'accord et les éventuelles modifications de celui-ci.

5.3 Échange d'informations en particulier

Les art. 7 à 10 de l'accord traitent de l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence et des divers mécanismes de protection, qui interviennent dans le cadre de l'utilisation et de la transmission d'informations confidentielles. Par informations confidentielles, il faut comprendre principalement, au sens de l'accord, les moyens de preuve à disposition d'une autorité, qui pourraient être utilisés par une autre autorité de la concurrence, lors d'une procédure parallèle.

L'échange d'informations et de moyens de preuve prévu dans l'accord ne figure pas dans les accords de coopération de l'UE conclus jusque-ici. L'accord entre la Suisse et l'UE devient ainsi un « second generation agreement », qui permet de façon notable aux deux autorités de la concurrence de mieux coopérer et dans une plus large mesure.

5.3.1 Échange d'informations

L'échange d'informations, tel qu'il est prévu à l'art. 7 de l'accord, est conçu en cascades.⁸ Plus l'information à communiquer nécessite d'être protégée, plus les conditions requises pour sa transmission sont strictes (en partant d'une transmission informelle jusqu'à la possibilité de la refuser).

Le principe de l'échange d'informations est prévu à l'art. 7 par. 1 de l'accord. Pour atteindre le but fixé par l'accord, les autorités suisses de la concurrence et celles de l'UE peuvent « *Auffassungen und Informationen über die Anwendung des jeweiligen Wettbewerbsrechts austauschen* ». Sont réservées les conditions, qui doivent être remplies, de l'art. 7 de l'accord et expressément les art. 8 à 10, qui portent sur la protection et l'utilisation des informations échangées.

Le premier niveau de la cascade autorise les autorités de concurrence à discuter de toutes les informations non confidentielles qu'elles ont obtenues au cours d'une procédure ou en-dehors de celle-ci (art. 7 par. 2 de l'accord). Cela concerne également les informations qui sont couvertes par le secret de fonction, telles que les informations sur une procédure en cours ou qui interviennent avant l'ouverture d'une enquête. Il s'agit cependant exclusivement d'informations que les autorités se sont communiquées oralement, l'échange de documents/moyens de preuve étant réservé selon les par. 3 et 4.

Le deuxième niveau porte sur l'échange de documents/moyens de preuve. Les autorités de concurrence peuvent échanger de telles informations, si les entreprises, qui les ont fournies, ont donné expressément leur consentement (par écrit ou waiver) (art. 7 par. 3 de l'accord). Les entreprises, qui ont consenti à l'échange, renoncent ainsi à la confidentialité des informations en cause et autorisent les autorités de concurrence à les communiquer. Dans la pratique, il est question ici

d'opérations de concentrations d'entreprises notifiées à deux parties plutôt que d'enquêtes sur d'éventuelles ententes en matière de concurrence. Lorsque les documents échangés contiennent des données à caractère personnel, celles-ci ne peuvent être transmises que si l'autre autorité de concurrence enquête sur des faits identiques ou connexes.⁹ Sinon, ces données, qui doivent être protégées, doivent être caviardées, de sorte qu'on ne puisse pas en prendre connaissance.

Le troisième niveau de la cascade traite du cas où l'entreprise concernée par l'échange de documents ou de moyens de preuves n'a pas donné son consentement. Dans ce cas, une autorité de concurrence ne peut transmettre les informations en cause qu'aux trois conditions suivantes et sur demande de l'autre autorité (art. 7 par. 4 de l'accord). Dans la pratique, ce type d'échange d'informations interviendra essentiellement dans le cadre de cartels internationaux ou d'abus de positions dominantes ayant des effets sur le plan mondial.

- Premièrement, les informations ne peuvent être transmises que si les deux autorités de concurrence enquêtent sur des comportements identiques ou connexes (par. 4 let. a). Cela doit en particulier exclure le risque de « fishing expeditions ». De plus, seules les informations déjà disponibles peuvent être transmises ; une requête visant à rechercher des informations supplémentaires est exclue.
- Deuxièmement, la requête doit satisfaire à certaines conditions formelles. Elle doit être présentée par écrit, contenir une description de l'état de fait faisant l'objet de l'enquête et mentionner les dispositions légales pertinentes applicables. De plus, les entreprises faisant l'objet de l'enquête et dont l'identité est disponible au moment du dépôt de la requête doivent être désignées (par. 4 let. b).
- Troisièmement, les autorités de concurrence peuvent déterminer, en se concertant, quelles sont les informations pertinentes en leur possession qui peuvent être transmises (par. 4 let. c). Les entreprises se concertent en principe par oral. Il s'agit d'éviter que l'autorité requise ne doive consacrer un temps trop important à la requête.

Indépendamment du consentement des entreprises concernées, aucune des deux autorités de concurrence n'est tenue de discuter ou de transmettre à l'autre autorité des informations obtenues au cours de l'enquête, notamment si cette discussion ou cette transmission s'avérait incompatible avec ses intérêts importants ou indûment compliquée (art. 7 par. 5 de l'accord). Des considérations d'ordre tactique peuvent constituer un tel intérêt important dans le cadre d'investigations, lorsque la transmission prématurée de l'information pourrait porter préjudice au bon déroulement de l'enquête.

⁸ En détail à ce sujet, Message BBI 2013, 3970 ss.

⁹ Le message, BBI 2013, 3972 renvoie à ce sujet à l'art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; SR 235.1).

Le quatrième niveau de la cascade concerne des informations et documents qui requièrent une protection particulière, par exemple les informations obtenues en vertu des procédures de clémence et celles qui sont transmises à une autorité dans le cadre de la négociation d'un accord à l'amiable. De telles informations ne peuvent être transmises que si l'entreprise, qui les a fournies, a donné expressément son consentement par écrit (art. 7 par. 6 de l'accord). Cette réserve est nécessaire pour que ces deux institutions juridiques, qui sont très importantes, ne soient pas vidées de leur sens, au cas où les entreprises ne pourraient plus compter sur un traitement confidentiel de ces informations. Dans le cadre des programmes de clémence, seule l'annonce en tant que telle nécessite toutefois une protection particulière. Les moyens de preuve accompagnant l'annonce, comme la correspondance ou d'autres moyens de preuve, qui auraient également pu être saisis lors d'une perquisition, peuvent être transmis selon l'art. 7 par. 3 et 4 de l'accord.

Au cinquième niveau de la cascade, l'autorité ne peut échanger des informations, lorsque l'utilisation de ces dernières est interdite en raison des principes de l'état de droit (art. 7 par. 7 de l'accord ; principe de la « double barrière », respectivement double barrier). Il s'agit avant tout des principes de l'état de droit applicables lors de l'obtention d'informations, comme la protection du secret professionnel des avocats (legal privilege), le principe de non-auto-incrimination ou d'autres principes relatifs à l'administration des preuves.

Les ordres juridiques des deux parties ont mis en place un système qui protège, dans une large mesure, les informations lorsque celles-ci sont récoltées. Dans le même sens, le par. 7 interdit la transmission d'informations dans certaines circonstances. Les informations transmises sont en outre suffisamment protégées lors de leur utilisation (accès au dossier, droit d'être entendu, droit de faire administrer des preuves, droit de recours contre une décision finale). Pour ces raisons, l'accord ne prévoit aucune voie de droit pour s'opposer à la transmission d'informations confidentielles. La transmission en tant que telle n'est pas une décision au sens de l'art. 5 PA, car elle ne crée, ni ne modifie aucun droit ou obligation des parties. Les parties concernées sont cependant informées, lorsque des documents sont transmis.

Si l'autorité de concurrence s'aperçoit que l'un des documents transmis contient des informations incorrectes, elle en informe immédiatement l'autre autorité de concurrence qui les corrige ou les supprime (art. 7 par. 8 de l'accord).

5.3.2 Utilisation des informations

L'autorité de concurrence ne peut utiliser les informations qui lui sont transmises selon l'art. 7 de l'accord comme bon lui semble. L'art. 8 de l'accord lui impose de respecter strictement certains principes.

En premier lieu, les informations dont l'autorité de concurrence discute avec l'autre autorité ou qu'elle lui transmet ne peuvent être utilisées que par celle-là et que pour l'application du droit de la concurrence (par. 1). La transmission aux autorités pénales ou fiscales n'est par

exemple pas autorisée. Aucune information discutée ou transmise au sens de l'accord ne peut être utilisée dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre une personne physique (par. 4).

Deuxièmement, les informations obtenues au cours de la procédure d'enquête et transmises à l'autre autorité ne sont utilisées par celle-ci que pour l'application de son droit de la concurrence ou en cas d'états de faits identiques ou connexes (par. 2).

Troisièmement, les informations, qui ont été transmises selon l'art. 7 par. 4 de l'accord, sans le consentement de l'entreprise concernée, ne peuvent être utilisées que dans le but défini dans la demande (par. 3).

Quatrièmement, l'autorité de concurrence peut exiger que les informations transmises ne soient utilisées que sous certaines conditions qu'elle précise. L'autorité destinataire ne peut utiliser ces informations, d'une manière contraire à ces conditions, sans le consentement préalable de l'autorité de concurrence les ayant transmises (par. 5).

5.3.3 Protection et confidentialité des informations

Certains principes régissent expressément la protection et la confidentialité des informations qui sont transmises selon l'art. 7 de l'accord (art. 9 de l'accord). Ils permettent de tenir compte du secret de fonction qui s'applique au sein des deux autorités de concurrence et de préserver les secrets d'affaires.

Selon le par. 1, il convient de traiter, de façon confidentielle, le fait qu'une demande qui tend à ce que certaines informations soient transmises, a été introduite. Seules les parties à la procédure sont informées à ce sujet, afin que les garanties constitutionnelles soient respectées. Les informations obtenues sont couvertes par les secrets de fonction et d'affaires et ne peuvent être divulguées à des tiers ou à d'autres pouvoirs publics (tribunaux civils et pénaux, autres services de l'administration). Des exceptions ne sont prévues que dans le but d'obtenir un mandat de perquisition (let. a), lorsque la divulgation de ces informations permet de garantir le respect du droit d'être entendues des parties à la procédure (let. b), en cas de divulgation dans le cadre de procédures de recours (Tribunal administratif fédéral et Tribunal fédéral en Suisse ; let. c), ainsi qu'en cas de divulgation, lorsque celle-ci est indispensable à l'exercice du droit d'accès aux documents officiels en vertu du droit d'une partie (let. d). Dans tous ces cas de figure, les autorités destinataires doivent garantir que les secrets d'affaires soient pleinement protégés.

Si l'autorité de concurrence s'aperçoit que des informations ont été utilisées ou divulguées d'une manière contraire aux dispositions qui visent à les protéger, elle en informe sans délai l'autre autorité. Elles mènent rapidement des consultations sur les mesures à prendre pour minimiser tout préjudice résultant d'une telle utilisation ou divulgation et pour veiller à ce que cette situation ne se reproduise pas (par. 2). Si les informations devaient être par exemple utilisées, de façon contraire à l'accord, dans une procédure civile (procédure en dommages et intérêts), les deux autorités devraient prendre les mesures nécessaires pour qu'une telle situation ne se reproduise pas à l'avenir.

Selon le par. 3, les parties à l'accord garantissent la protection des données à caractère personnel, conformément à leurs législations respectives.

pération avec l'UE apparaît jusqu'ici, sur le plan mondial, comme étant unique en son genre.

5.3.4 Transmission au sein de l'UE et de l'EEE

La Commission UE a, en vertu de son droit, le devoir de fournir certaines informations aux autorités compétentes des États membres, ainsi qu'à l'Autorité de surveillance AELE, lorsqu'intervient une procédure d'enquête. L'art. 10 de l'accord précise quels sont les devoirs à remplir pour appliquer cet accord. La Commission UE est ainsi tenue de consulter les autorités compétentes des États membres avant de rendre une décision et de leur faire parvenir une copie des moyens de preuve les plus importants (art. 11 et 14 du Règlement 1/2003¹⁰).¹¹

Les informations communiquées aux autorités de concurrence des États membres ou à l'autorité de surveillance AELE ne peuvent être utilisées à d'autres fins que l'application du droit de la concurrence de l'UE par la Commission UE et ne peuvent pas non plus être divulguées (par. 2). La COMCO rappellera aux autorités de concurrence UE que celles-ci doivent remplir ces obligations, lorsque des informations sont transmises. Si certains doutes subsistent sur le fait que les informations seront protégées, la COMCO peut renoncer à les transmettre, et ce tant qu'elle n'aura pas reçu les assurances nécessaires. Si des informations devaient être transmises de façon contraire à ces obligations, il serait procédé sans délai aux consultations et corrections nécessaires, conformément à l'art. 9 par. 2 de l'accord.

5.4 Appréciation

L'accord instaure désormais un système d'échange d'informations, qui permet aux autorités de concurrence en cause (ici la Suisse et l'UE) d'améliorer leur coopération, de mieux appliquer les droits de la concurrence et de mener plus efficacement les procédures concernées. L'accord permet ainsi une mise en œuvre plus efficace des droits de la concurrence en Suisse et dans l'UE. Aujourd'hui déjà, les entreprises peuvent se coordonner, notamment préparer leur défense dans les enquêtes en droit des cartels, et ce à l'échelle mondiale. Les autorités de concurrence européennes et suisses, à l'instar des entreprises, pourront désormais elles aussi se coordonner lors de la mise en œuvre de leurs droits de la concurrence.

Le principal intérêt de cet accord ne réside pas cependant seulement dans la possibilité d'échanger des informations confidentielles ou des moyens de preuve, au sens de l'art. 7 de l'accord. Cet échange n'interviendra en réalité que dans une minorité de cas. L'intérêt de cet accord réside bien plus dans la possibilité pour les autorités de concurrence d'avoir accès, dans leur travail quotidien, à des informations qui étaient jusque-là couvertes par le secret de fonction.¹² En plus, l'accord prévoit le principe de l'équivalence des deux droits de la concurrence.

S'agissant de la Suisse et des autorités de concurrence suisses, le nouvel accord constitue, sans aucun doute, un progrès considérable en matière de coopération internationale. Il n'existait en effet jusqu'ici aucune réelle possibilité de coopérer de façon formelle. Une telle coo-

¹⁰ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 Décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 [aujourd'hui 101 et 102], JO. L 1 du 4.1.2003, 1 ss.

¹¹ Voir les explications détaillées dans le Message, FF 2013, 3976 s.

¹² De même, la NZZ du 18.5.2013, 27.

A 1.	3. Rapporto annuale 2013 della Commissione della concorrenza (COMCO)
------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	42	3.5	Mercato interno	51
2	Principali decisioni del 2013	43	3.5.1	Attività notarili	51
3	Attività nei vari ambiti economici	44	3.5.2	Attività in altri settori	51
3.1	Costruzione	44	3.6	Indagini	52
3.1.1	Accordi di appalto	44	3.7	Affari internazionali	52
3.1.2	Altri ambiti	45	3.8	Revisione LCart – stato dei lavori	52
3.1.3	Tema specifico dei consorzi	45	4	Organizzazione e statistica	53
3.2	Servizi	46	4.1	COMCO e Segreteria	53
3.2.1	Servizi finanziari	46	4.2	Statistica	54
3.2.2	Professioni liberali e servizi professionali	46	5	Accordo di cooperazione con l'UE	55
3.2.3	Mercati sanitari	47	5.1	Introduzione	55
3.3	Infrastruttura	47	5.2	Contenuto dell'Accordo	55
3.3.1	Telecomunicazioni	47	5.2.1	Preambolo, scopo e definizioni	55
3.3.2	Media	47	5.2.2	Notifica e coordinamento degli atti di esecuzione	56
3.3.3	Energia	48	5.2.3	Cortesia passiva e cortesia attiva	56
3.3.4	Altri ambiti	49	5.2.4	Disposizioni finali	56
3.4	Produzione	49	5.3	Scambio di informazioni nello specifico	57
3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	49	5.3.1	Scambio di informazioni	57
3.4.2	Industria orologiera	50	5.3.2	Utilizzo delle informazioni	58
3.4.3	Settore automobilistico	50	5.3.3	Protezione e confidenzialità dell'informazioni	58
3.4.4	Agricoltura	50	5.3.4	Trasmissione all'interno dell'UE e del SEE	58
			5.4	Valutazione	59

1 Prefazione del presidente

Le decisioni della COMCO e il lavoro della Segreteria si sono concentrati anche nel 2013 sui temi centrali degli ultimi anni (cartelli hard core, in particolare accordi di appalto e di isolamento del mercato). Le inchieste sugli accordi sui prezzi nel settore del trasporto aereo, sugli accordi di appalto nel settore della pavimentazione stradale nel Cantone di Zurigo e sugli ostacoli alle importazioni parallele di libri in lingua francese si sono concluse con il sanzionamento delle imprese interessate. Nel settore Mercato interno la COMCO ha raccomandato l'apertura dei mercati delle prestazioni notarili, visto il loro isolamento cantonale. Un'inchiesta preliminare della Segreteria non ha fatto emergere indizi di mancato trasferimento ai consumatori dei vantaggi valutari derivanti dall'apprezzamento del franco tramite limitazioni illecite della concorrenza. Nel 2013 la Segreteria ha avviato, nei temi centrali menzionati all'inizio, sette nuove inchieste e ampliato due inchieste esistenti sugli accordi di appalto.

La COMCO ha dovuto decidere in merito a un caso particolare, unico a livello internazionale, relativo al mercato orologiero. Per via di circostanze storiche, il Gruppo Swatch ha una posizione dominante sul mercato dei movimenti meccanici e degli organi regolatori (gli elementi che regolano un movimento meccanico e costituiscono il cuore dell'orologio). Il gruppo fornisce a gran parte dei produttori svizzeri questi elementi fondamentali per gli orologi meccanici «swiss made», molto rinomati in tutto il mondo. Swatch aveva espresso l'intenzione di cessare gradualmente la fornitura di questi componenti. Una cessazione troppo rapida delle forniture sarebbe risultata con molta probabilità un abuso di posizione dominante che avrebbe ostacolato, se non addirittura escluso, gli altri produttori dal mercato degli orologi meccanici. Il Gruppo Swatch ha pertanto cercato, mediante una conciliazione con la Segreteria, di trovare una soluzione per sospendere le forniture nel rispetto della legge sui cartelli. Nel quadro di questa conciliazione la Segreteria aveva il compito di trovare un equilibrio tra la cessazione delle forniture da parte di Swatch e la disponibilità di tali prodotti da "fonti" alternative in modo da mantenere efficace la concorrenza sul mercato degli orologi meccanici.

Nella primavera del 2013 la Segreteria e il Gruppo Swatch sono giunti a una conciliazione che, dopo un test di mercato, è stata presentata alla COMCO per approvazione. Consultando i produttori di orologi coinvolti, la COMCO ha appreso che la cessazione della fornitura di movimenti meccanici è considerata accettabile, mentre quella degli organi regolatori appare prematura per la mancanza di alternative sufficienti. Si è quindi giunti a una seconda conciliazione, che autorizza il Gruppo Swatch a ridurre gradualmente entro la fine del 2019 la fornitura di movimenti meccanici per poi cessarla definitivamente, evitando un abuso di posizione dominante. Per il momento permane dunque l'obbligo di fornitura degli organi regolatori. Una riduzione o una cessazione di queste forniture sarà possibile in futuro, ma dipenderà dall'evoluzione del mercato stesso (sviluppo di produttori alternativi).

La particolarità di questo caso era il fatto che non si trattava di esaminare e sanzionare un abuso da parte di un'impresa che domina il mercato, ma piuttosto di regolamentare un comportamento preannunciato in modo tale da evitare l'insorgenza di un abuso. Considerando lo scopo della legge sui cartelli, «*impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale*» un intervento di questo genere dell'autorità della concorrenza non è solo compatibile con esso, ma addirittura necessario.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Presidente COMCO

2 Principali decisioni del 2013

Tra il 2006 e il 2009 i **costruttori di strade** operanti nel Cantone di Zurigo hanno concordato in anticipo i prezzi in circa 30 gare d'appalto, stabilendo anche chi avrebbe ottenuto l'aggiudicazione. Nella decisione del 22 aprile 2013 la COMCO ha inflitto multe a 12 imprese edili per un totale di circa mezzo milione di franchi. Un'azienda è stata interamente esonerata dal pagamento della multa perché si era autodenunciata. L'inchiesta, che aveva preso avvio nel giugno del 2009 con perquisizioni domiciliari, ha portato alla luce 30 accordi di appalto, per un volume complessivo di commesse di quasi 13 milioni di franchi.

Con la decisione del 27 maggio 2013 la COMCO ha sanzionato, per un totale di circa 16,5 milioni di franchi, dieci grossisti di **libri in lingua francese** per accordi illeciti sulla ripartizione dei mercati per zone. Dal 2005 al 2011 i grossisti avevano impedito alle librerie svizzere di acquistare i libri all'estero, soprattutto in Francia, a prezzi inferiori. Avevano sviluppato sistemi di vendita tali da limitare la concorrenza sul mercato in questione: i loro accordi esclusivi con le case editrici impedivano ai rivenditori di acquistare, nel periodo indicato, libri all'estero. Tale isolamento del mercato ha permesso ai grossisti di mantenere e - quindi sfruttare - un eccessivo livello dei prezzi dei libri nel nostro Paese. Questa decisione, che rappresenta un esempio concreto della lotta contro gli isolamenti del mercato, è molto importante per la concorrenza in Svizzera. La procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale è attualmente pendente.

Secondo il diritto cantonale i **notai** svizzeri non hanno la possibilità di far riconoscere il proprio certificato di capacità in altri Cantoni: la loro attività è dunque limitata al territorio cantonale. Il 23 settembre 2013 la COMCO ha dunque raccomandato il riconoscimento delle formazioni equipollenti dei notai liberi professionisti provenienti da altri Cantoni. Ciò faciliterebbe notevolmente la loro mobilità professionale all'interno della Svizzera. Dovrebbero quindi essere abolite le limitazioni quali l'obbligo di domicilio, le disposizioni sulla reciprocità e i requisiti in materia di cittadinanza. Inoltre, i Cantoni con il notariato di Stato dovrebbero tener conto, nell'assegnazione dei posti, anche dei professionisti formati in altri Cantoni. Al contempo la COMCO ha raccomandato al Consiglio federale di creare come previsto, con l'attuale revisione del Codice civile (CC, Titolo finale, Atti pubblici), una base legale che consenta a tutti i notai del Paese di registrare gli atti pubblici negli uffici cantonali del registro, anche nel settore dei contratti immobiliari. Ora infatti un contratto riguardante un fondo deve essere obbligatoriamente registrato da un notaio del Cantone in cui si trova il fondo. Il riconoscimento intercantonale degli atti pubblici nel caso dei contratti immobiliari permetterebbe ai clienti di disporre di un'offerta più ampia e di scegliere un notaio in tutta la Svizzera in base a criteri quali qualità, servizio e tariffe.

Il 21 ottobre 2013 la COMCO ha concluso l'inchiesta riguardante l'applicazione da parte del **Gruppo Swatch** della sua nuova politica in materia di forniture e ha approvato una conciliazione tra la Segreteria e il Gruppo

Swatch che consente a quest'ultimo di ridurre gradualmente le forniture di movimenti meccanici. Le forniture saranno garantite fino al 31 dicembre 2019. In base alla media degli anni 2009–2011, il Gruppo Swatch/ETA dovrà fornire nel 2014/2015 il 75 % del materiale, nel 2016/2017 il 65 % e nel 2018/2019 il 55 %, inoltre si impegna a garantire la parità di trattamento ai suoi clienti. La clausola concernente le PMI prevede, nei casi più gravi, deroghe a favore dei clienti coinvolti. Inoltre, se le condizioni del mercato dovessero evolvere in modo nettamente diverso dal previsto, la COMCO si riserva di riesaminare l'obbligo di fornitura. Una riduzione delle forniture degli organi regolatori degli orologi non viene esclusa a priori, ma per il momento sarebbe prematura considerare le attuali condizioni del mercato e l'incertezza degli sviluppi in questo ambito. La COMCO seguirà accuratamente l'evolversi della situazione (diversi produttori hanno avviato una fase di test).

Con la decisione del 21 ottobre 2013 la COMCO ha chiuso l'inchiesta relativa ai **prodotti cosmetici** distribuiti primariamente dagli istituti di bellezza. Le limitazioni della concorrenza esaminate (accordi di protezione territoriale, ostacoli al commercio online e raccomandazioni dei prezzi) non rappresentano un «intralcio notevole» alla concorrenza. La COMCO è giunta a questa conclusione dopo aver tenuto conto delle quote minime di mercato degli istituti oggetto dell'inchiesta, della bassa concentrazione di mercato e delle differenze di prezzo risultate piuttosto modeste nel confronto internazionale. Inoltre, gli istituti hanno adeguato di propria iniziativa le clausole contrattuali problematiche ed esplicitamente dichiarato non vincolanti le raccomandazioni di prezzo, informando in tal senso i loro acquirenti.

La Segreteria ha esaminato in un'inchiesta preliminare in che misura 22 fornitori di articoli di marca nonché Coop, Denner e Migros abbiano trasmesso i vantaggi legati al tasso di cambio per alcuni beni di uso quotidiano e se eventuali casi di **mancato trasferimento di tali vantaggi** siano riconducibili a limitazioni illecite della concorrenza. Il sondaggio presso gli operatori non ha fatto emergere indizi concreti di accordi illeciti verticali o orizzontali, né elementi sufficienti per presumere l'esistenza di ostacoli alle importazioni parallele, un aspetto problematico secondo la legislazione sui cartelli. Non sono stati riscontrati nemmeno indizi di pratiche illecite di un'impresa che domina il mercato. Non vi era dunque la legittimazione per aprire una procedura d'inchiesta contro Coop, Denner, Migros o uno dei 22 fornitori di articoli di marca. La maggior parte di questi ultimi ha dichiarato di aver concesso condizioni migliori ai commercianti al dettaglio. Secondo i dati trasmessi, gran parte di essi ha trasferito interamente i vantaggi valutari ai propri clienti.

Con la decisione del 2 dicembre 2013 la COMCO ha inflitto a 11 compagnie aeree una multa di circa 11 milioni di franchi per accordi illeciti sui prezzi. Dall'inchiesta è risultato che molte di esse avevano accordato elementi di prezzo nel settore del **trasporto aereo**, in particolare: i supplementi per i tassi di nolo, il carburante, la sicurezza, il rischio bellico, lo sdoganamento per gli USA e l'assegnazione dei sovraccarichi. Sulla base di queste pratiche le autorità in materia di concorrenza hanno comprovato l'esistenza di un accordo orizzontale sui

prezzi. Tra le altre particolarità dell'inchiesta vanno citate l'ampiezza e la complessità della procedura e l'applicazione di numerosi altri accordi sul traffico aereo con altri Stati. Tra questi ultimi va citato in particolare quello con l'Unione europea (UE), che ha obbligato la COMCO ad applicare nell'inchiesta anche le norme europee in materia di concorrenza: dal momento che costituiscono parte integrante dell'accordo, esse vigono anche in Svizzera. In parallelo, la COMCO ha fatto riferimento anche alla legge svizzera sui cartelli. La procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale è attualmente pendente.

Il 3 dicembre 2013 il Tribunale amministrativo federale (TAF) ha accolto i ricorsi delle ditte farmaceutiche Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA e Bayer (Schweiz) AG e annullato le tre sanzioni inflitte dalla COMCO per un totale di 5,7 milioni di franchi. Il 2 novembre 2009 la COMCO le aveva sanzionate per aver fissato, sotto forma di raccomandazioni di prezzo, i prezzi di rivendita dei loro **farmaci "fuori lista"** contro la disfunzione erettile, ovvero Viagra (Pfizer), Cialis (Eli Lilly) e Levitra (Bayer), mettendo dunque in atto un accordo illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 4 LCart. Nella sua analisi il TAF giunge alla conclusione che le condizioni quadro in materia di agenti terapeutici (obbligo di prescrizione medica e divieto di pubblicità e promozione) e l'effetto psicologico di "vergogna" dei pazienti, hanno annullato la concorrenza sul mercato interno a livello dei punti vendita in misura tale da dover ammettere la deroga giuridica secondo l'articolo 3 capoverso 1 LCart. Di conseguenza la LCart non è applicabile in questa fattispecie controversa, il che priva le decisioni impugnate della necessaria base giuridica. La COMCO e il Dipartimento hanno a loro volta impugnato queste sentenze presentando ricorso dinanzi al Tribunale federale.

Infine, il TAF ha respinto, con la sentenza del 19 dicembre 2013, i ricorsi di GABA International AG (Gaba), la società produttrice di **Elmex**, e di Gebro Pharma GmbH, la società austriaca titolare della licenza, contro la decisione della COMCO del 30 novembre 2009. A Gaba è stata inflitta una multa di 4,8 milioni di franchi, a Gebro di 10 000 franchi. Il TAF ha ritenuto che una clausola del contratto di licenza tra le due imprese in vigore fino al 1° settembre 2006 rappresentava, secondo la legge sui cartelli, un accordo verticale illecito sulla ripartizione del mercato per zone. Il TAF ha difeso l'interpretazione della COMCO, secondo la quale una clausola concordata per iscritto che vieta le vendite passive dall'Austria e di conseguenza le importazioni parallele in Svizzera (divieto di esportazione) rappresenta un accordo che intralcia notevolmente la concorrenza conformemente all'articolo 5 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 4 LCart. È prevista la possibilità di giustificare accordi del genere in base a motivi di efficienza economica, ma nel caso in questione non ve ne erano, pertanto l'accordo è stato giudicato illecito. Il Tribunale ha confermato il parere dell'autorità di grado inferiore, secondo cui tali accordi rientrano nella norma dell'articolo 49a LCart e devono essere sanzionati di conseguenza. Contro la sentenza del TAF, Gaba e Gebro hanno interposto ricorso dinanzi al Tribunale federale.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Nel gennaio 2013 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sui **sistemi di notifica delle associazioni cantonali degli impresari costruttori**. Come constatato nelle inchieste relative agli accordi nel settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Zurigo e Argovia¹, tali sistemi di notifica possono favorire eventuali accordi di appalto. La Segreteria è riuscita a farsi un quadro d'insieme delle società che li utilizzano e in quale misura. Nell'estate del 2013 ha proposto tra le altre cose che l'identità delle imprese che sottopongono un'offerta non sia più resa nota alle altre imprese partecipanti prima del termine per la presentazione delle offerte. L'inchiesta preliminare verrà probabilmente conclusa intorno ad aprile del 2014.

Il 20 ottobre 2012 la Segreteria ha avviato nella **Bassa Engadina** un'inchiesta a carico di sette imprese attive nel settore dell'ingegneria civile, della costruzione e della pavimentazione stradale nonché nei mercati a monte ed effettuato perquisizioni domiciliari. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui diverse imprese si sarebbero accordate per coordinare l'assegnazione di gare d'appalto, la ripartizione di progetti e dei clienti. Considerato l'esito delle indagini, il 22 aprile 2013 l'inchiesta è stata avviata nei confronti di altre imprese ed estesa all'intero **Cantone dei Grigioni**. Anche in questo caso sono state effettuate perquisizioni domiciliari. La valutazione dei documenti reperiti o ricevuti è attualmente in corso.

Il 5 febbraio 2013 la Segreteria ha avviato l'inchiesta sulla **pulizia delle gallerie** a carico di tre imprese attive a livello infraregionale ed effettuato perquisizioni domiciliari. In base agli indizi esistenti, sembrava che le imprese si fossero accordate sui prezzi, violando la legge sui cartelli, per coordinare l'attribuzione delle gare d'appalto e dei clienti. La valutazione dei dati sequestrati è praticamente conclusa. La Segreteria ha inoltre effettuato un'ampia indagine di mercato relativa agli organi responsabili dell'attribuzione dei lavori di pulizia delle gallerie.

Il 15 aprile 2013 la Segreteria ha avviato un'inchiesta sulle **prestazioni** edili nel distretto di See-Gaster a carico di sei imprese nel settore dell'ingegneria civile e della costruzione, effettuando perquisizioni domiciliari. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui diverse imprese si sarebbero accordate per coordinare l'assegnazione di gare d'appalto, la ripartizione dei progetti e dei clienti. Il 21 ottobre 2013 l'inchiesta è stata estesa ad altre due imprese attive nella regione e sono state nuovamente effettuate perquisizioni domiciliari. La valutazione dei dati sequestrati è praticamente conclusa.

¹ Cfr. DPC 2012/2, pag. 273 segg., Rz 8 segg.

Per quanto riguarda l'inchiesta nel settore della **costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Zurigo**, nella primavera del 2013 si sono tenute le audizioni. Con la decisione del 22 aprile 2013 la COMCO ha sanzionato diverse imprese edili per una somma complessiva di circa mezzo milione di franchi. Un'impresa è stata interamente esonerata dal pagamento perché si era autodenunciata cooperando poi con le autorità della concorrenza. Nei confronti di tre imprese l'inchiesta è stata sospesa senza seguito, poiché non è stata dimostrata alcuna violazione della legge sui cartelli. In assenza di ricorsi, la decisione è passata in giudicato. Nella fattispecie si è trattato di accordi di appalto nel settore della costruzione stradale e del genio civile. Le imprese edili si accordavano previamente su chi avrebbe dovuto aggiudicarsi l'appalto e sull'importo delle rispettive offerte. La COMCO ha potuto dimostrare l'esistenza di tali accordi in una trentina di casi tra il 2006 e il 2009. Le multe sono state calcolate in base al fatturato degli appalti che le imprese si sono aggiudicate, tenendo conto della gravità della limitazione della concorrenza e del numero di partecipanti coinvolti.

Per quanto riguarda gli **accordi di appalto in questo stesso settore nel Cantone di Argovia**, i ricorsi presentati dinanzi al Tribunale amministrativo federale contro la decisione della COMCO sono tuttora pendenti.

3.1.2 Altri ambiti

L'inchiesta aperta il 22 novembre 2011 contro i grossisti attivi nel **campo dei sanitari e dei bagni** è proseguita come previsto. Dopo l'invio dei questionari e l'esame dei dati fisici ed elettronici sequestrati durante le perquisizioni domiciliari, nell'autunno del 2012 sono stati sentiti in più occasioni le parti coinvolte e i testimoni. Nel 2013 la Segreteria ha nuovamente inviato questionari alle parti coinvolte e a vari produttori di sanitari, ha negoziato una conciliazione con l'Unione Svizzera dei Grossisti del Ramo Sanitari ed effettuato interrogatori finali. Nel contempo, la Segreteria sta lavorando alla proposta di decisione.

L'inchiesta relativa alla **ferramenta per porte** è stata accantonata nella prima metà dell'anno per dedicare più tempo ad altre procedure, dopo di che, nella seconda metà dell'anno è proseguita più celermente. La documentazione raccolta nel 2012 è stata esaminata e la Segreteria sta elaborando la proposta di decisione.

In seguito alle due inchieste sugli accordi di appalto nel **settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Argovia e Zurigo**, diversi committenti pubblici hanno richiesto la consultazione degli atti, in particolare di quelli riguardanti le gare d'appalto in cui sono coinvolti. Queste richieste derivano dalla parziale anonimizzazione delle decisioni (che non permette di identificare precisamente le singole gare). Attualmente si sta ancora esaminando se e in quale misura rendere accessibili tali dati.

Per quanto riguarda infine le decisioni della COMCO riguardanti gli articoli di **ferramenta per finestre e portefinestre**, i ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo federale sono tuttora pendenti.

3.1.3 Tema specifico dei consorzi

Nel quadro della revisione parziale della LCart (cfr. 3.8) e per quanto riguarda il cosiddetto divieto parziale di cartelli per gli accordi particolarmente nocivi, da più parti si ritiene che i consorzi – già oggi valutati molto severamente dalle autorità in materia di concorrenza – verranno vietati in futuro in caso di introduzione di tale divieto (cfr. *Journal des arts et métiers* del 4 ottobre 2013; *Han-delszeitung* del 24 ottobre 2013, p. 18). Questi timori sono tuttavia infondati, come dimostra già il fatto che nei Paesi limitrofi, dove i cartelli sono vietati, i consorzi continuano a essere diffusi e sono notoriamente ammessi. Il Consiglio federale, il gruppo di lavoro Revisione LCart e la Segreteria hanno pertanto condotto diversi "colloqui esplicativi" con le associazioni, le imprese edili e l'Amministrazione. In particolare, va sottolineato quanto segue:

- I consorzi non sono problematici dal punto di vista della legge sui cartelli e tali resteranno.
- Finora le procedure della COMCO hanno avuto per oggetto i cartelli nel settore degli appalti, non i consorzi.
- Molti dei motivi che portano alla costituzione di un consorzio non sono problematici per quanto riguarda la legislazione sui cartelli.

I consorzi non sono problematici dal punto di vista della legge sui cartelli e tali resteranno. Sebbene i consorzi siano comunemente considerati degli "accordi", secondo l'articolo 4 capoverso 1 LCart non sono regolarmente da intendere come tali, perché ciò presupporrebbe che si prefiggono o determinano una limitazione della concorrenza. Normalmente non è affatto questo lo scopo di un consorzio. Al contrario, i consorzi favoriscono addirittura la concorrenza poiché permettono alle imprese (soprattutto PMI) di presentare offerte per un determinato progetto e di realizzarlo. L'articolo 5 LCart, che stabilisce quali accordi sono illeciti e che conterrebbe anche il divieto parziale dei cartelli, vale però soltanto per gli accordi secondo la LCart. Se esiste un accordo in materia di concorrenza, è l'autorità della concorrenza che deve dimostrarlo: su questo punto il diritto vigente e l'eventuale diritto futuro non divergono. Unicamente nei casi in cui un consorzio limiti la concorrenza deve essere considerato un accordo in materia di concorrenza secondo la LCart ed esaminato in dettaglio.

Le procedure della COMCO riguardavano finora accordi di appalto, non consorzi. Nelle inchieste nel settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Argovia e Zurigo e delle installazioni elettriche a Berna sono stati esaminati accordi di appalto. In questi casi le imprese concordavano tra di loro in anticipo chi doveva aggiudicarsi la gara e le altre imprese presentavano pseudo-offerte più elevate. Gli accordi di appalto di questo genere sono palesemente dannosi per la concorrenza e contrari alla legge sui cartelli. I consorzi vengono esaminati soltanto se hanno preso parte ad accordi di appalto. Nel caso delle installazioni elettriche ad esempio, alcune imprese hanno costituito tra di loro un consorzio per determinati appalti, senza però rivelarlo al committente. I partner del consorzio hanno presentato offerte separate, dando l'impressione di essere in con-

correnza e traendo quindi in inganno il committente. Non si è dunque trattato di consorzi nel vero senso della parola, ma piuttosto di accordi di appalto (denominati erroneamente consorzi o dissimulati sotto tale nome). I veri consorzi non sono mai stati esaminati né proibiti dalla COMCO, poiché solitamente non sono problematici.

I motivi leciti per costituire un consorzio sono molteplici. Talvolta si ritiene che i consorzi non siano problematici per la COMCO soltanto se i suoi partner possono realizzare un determinato progetto unicamente insieme. Ma non è vero. Va osservato che la COMCO nelle sue decisioni non si è occupata affatto del contenuto dei consorzi, si è solo limitata a descriverli dal punto di vista terminologico. Nel fare questo non ha mai elencato in maniera esaustiva tutti i motivi per cui un consorzio debba essere considerato “non problematico”. Spesso si costituisce un consorzio proprio per presentare un’offerta. Possono infatti mancare le conoscenze tecniche, i mezzi finanziari, la disponibilità o si intendono evitare rischi di concentrazione. I consorzi possono anche permettere di presentare un’offerta economicamente più vantaggiosa (miglior rapporto prestazione-prezzo). Tali consorzi favoriscono la concorrenza e non sono problematici secondo la legge sui cartelli. La revisione dell’articolo 5 LCart non apporta dunque cambiamenti a questo proposito.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nell’ambito dei servizi finanziari la Segreteria si è concentrata a portare avanti le procedure in corso: l’inchiesta sugli accordi per influenzare i tassi d’interesse di riferimento **Libor**, **Tibor** e **Euribor** e i derivati che si basano su di essi. L’acquisizione di dati dall’estero è risultata molto laboriosa: in Inghilterra, Francia e negli USA le leggi nazionali vietano infatti la trasmissione di dati in Svizzera o la vincolano a condizioni restrittive. In due casi la Segreteria ha dovuto emanare **apposite decisioni** per ottenere informazioni dalle aziende coinvolte. Uno dei destinatari di tali decisioni è stato la società Interdealer-Broker ICAP, che ribadiva la sua impossibilità di fornire i dati senza una decisione giudiziaria, altrimenti avrebbe violato le disposizioni dello UK Data Protection Act 1998 (DPA). La Segreteria ha constatato che il diritto estero impedisce talvolta la trasmissione di informazioni, ma l’obbligo di fornire informazioni secondo l’articolo 40 LCart non viene messo in discussione. ICAP ha impugnato la decisione della COMCO, in merito alla quale il Tribunale amministrativo federale ha precisato che le ripercussioni per ICAP a seguito di un’eventuale violazione del DPA non sarebbero notevoli, in ogni caso, nella ponderazione degli interessi, questo aspetto vale di meno rispetto all’utilità, per la collettività, di un’inchiesta rapida. Ha quindi obbligato ICAP a dare seguito alla richiesta di informazioni. Per ICAP dunque questa sentenza rappresentava la decisione giudiziaria necessaria secondo il DPA per poter fornire informazioni. Una seconda decisione per l’ottenimento di informazioni è stata emanata contro la filiale svizzera di un gruppo francese che si rifiutava di rispondere a un questionario della Segreteria sostenendo che doveva essere inviato alla società madre francese. Il ricorso da essa presentato è stato respinto dal Tribunale amministrativo federale, il

quale ha stabilito che la filiale svizzera è tenuta a trasmettere internamente al gruppo, in questo caso alla società madre francese, la decisione ricevuta.

La seconda inchiesta riguarda le **commissioni interbancarie delle carte di credito (interchange fees)**. Nell’anno in rassegna sono stati raccolti molti dati, ancora in fase di analisi. Un’inchiesta preliminare aveva come oggetto l’introduzione di una nuova tassa di MasterCard (**preauthorization fee**). Inoltre, in autunno, è stata avviata un’altra inchiesta preliminare su eventuali accordi sui tassi di cambio nel **commercio di valute** tra diverse banche.

3.2.2 Professioni liberali e servizi professionali

Nel settore delle professioni liberali è attualmente in corso una procedura sulle condizioni contrattuali delle **piattaforme di prenotazione online per gli hotel**. L’inchiesta è stata aperta a carico di Booking.com, HRS ed Expedia. L’analisi verte sulla cosiddetta clausola «garanzia del miglior prezzo», che obbliga un hotel a fatturare la tariffa più bassa a un cliente che ha prenotato una camera tramite una piattaforma internet. Un’altra clausola concerne l’inammissibilità dei contingenti, per cui un hotel è tenuto a mettere sistematicamente a disposizione di una piattaforma la totalità delle camere disponibili. Clausole di questo tipo potrebbero essere problematiche dal punto di vista della LCart e hanno richiesto indagini approfondite nel corso dell’anno. Anche altre autorità della concorrenza all’estero hanno deciso di esaminare queste pratiche.

Un’inchiesta preliminare è stata chiusa dopo aver trovato un accordo con l’impresa interessata. Questa procedura riguardava il sistema di distribuzione di un **organizzatore di crociere**. Quest’ultimo non permetteva alle imprese aderenti alla sua rete di distribuzione (agenzie di viaggio con sede in Germania), di vendere viaggi dal catalogo tedesco a clienti non residenti nello stesso Paese. In altri termini, un cliente svizzero non poteva ordinare un viaggio venduto da un’agenzia tedesca e descritto in un catalogo tedesco, il tutto al prezzo praticato in Germania. Dopo l’intervento delle autorità della concorrenza, l’impresa interessata ha accettato di modificare il suo comportamento e di permettere in futuro alle agenzie della sua rete di distribuzione di vendere i viaggi organizzati anche ai clienti che vivono in Svizzera.

Anche il settore dell’**informatica** (programmi e hardware) ha richiesto un elevato numero di accertamenti. Una procedura ha riguardato la problematica del mantenimento di una determinata categoria di attrezzature informatiche. Secondo alcuni reclami ricevuti, un’impresa abuserebbe della sua posizione dominante associando l’acquisto di aggiornamenti del software – necessari per utilizzare gli strumenti informatici che commercializza – a contratti di manutenzione. In questa stessa procedura, così come in un’altra, è stato necessario analizzare la problematica della manutenzione estera. Secondo alcune informazioni, certi produttori di software renderebbero più difficile per il consumatore finale la conclusione di un contratto di manutenzione con un’impresa diversa da quella prevista dal fabbricante del prodotto. Infine, regolarmente, sono stati presentati ricorsi nei confronti di varie imprese per i prezzi praticati, risultati più elevati in Svizzera che all’estero. Alcune di

queste procedure sono tuttora in corso, le altre invece sono state concluse senza seguito.

Infine, regolarmente all'inizio della stagione sciistica, la Segreteria riceve reclami da parte di **scuole di sci** sul presunto comportamento abusivo di alcuni impianti di risalita. Al riguardo si menzionano i vantaggi di cui godrebbero, in alcune stazioni, le scuole "tradizionali" di sci a scapito delle scuole nuove o più recenti. Trattandosi di conflitti privati, la Segreteria invita generalmente le singole scuole a ricorrere al giudice civile.

3.2.3 Mercati sanitari

Nel 2013 sono proseguite le indagini relative all'inchiesta sulla **commercializzazione delle informazioni mediche** elettroniche necessarie per la distribuzione, la consegna e la fatturazione dei farmaci in Svizzera. Sono stati inviati questionari a oltre trecento imprese in tutto il Paese. Le risposte sono attualmente in fase di analisi.

L'inchiesta preliminare sulla **convenzione** proposta da santésuisse, confermata dagli assicuratori malattia, relativa alla **pubblicità e all'acquisizione di assicurati** ha messo in luce che questa convenzione costituisce un accordo secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettera a e b LCart e compromette notevolmente la concorrenza tra gli assicuratori malattia (limitazione delle provvigioni per intermediari, agenti e fornitori di servizi analoghi a un massimo di CHF 50.-, boicottaggio dei *call center*). Anche se la misura prevista dalla convenzione e relativa al miglioramento della qualità delle prestazioni degli intermediari non ha posto problemi dal punto di vista della LCart, tenuto conto dei risultati, santésuisse ha deciso di sopprimere la convenzione nel corso del mese di febbraio 2014. La Segreteria della COMCO è dell'avviso che gli assicuratori malattia devono poter disporre di strumenti d'informazione che permettano di mantenere una concorrenza efficace tra gli attori del mercato, conformemente alla volontà del legislatore. Grazie all'informazione, gli assicurati possono beneficiare di migliori offerte al momento della scelta del loro assicuratore malattia. Una riduzione coordinata della pubblicità e dell'informazione agli assicurati avrebbe potuto avere effetti negativi sui premi e sulla trasparenza del mercato. L'inchiesta preliminare, divenuta priva di oggetto, ha potuto essere archiviata senza seguito.

L'analisi del mercato degli **apparecchi acustici** ha potuto essere conclusa nel corso dell'anno in rassegna. L'analisi dei dati relativi al periodo successivo all'introduzione del nuovo sistema forfettario di rimborso delle spese per questi apparecchi ha permesso di chiudere questa inchiesta preliminare. Sulla base dei pareri sul rapporto intermedio e di ulteriori sondaggi non si è avvalorata la supposizione secondo cui le raccomandazioni di prezzo sulle liste degli apparecchi acustici e sui listini dei produttori pubblicati per i rivenditori siano imputabili ai produttori di apparecchi acustici. È risultato che l'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS) ha esercitato una notevole influenza sulla pubblicazione e sulla strutturazione concreta delle raccomandazioni di prezzo sui tariffari. Di fatto non è stato possibile appurare se uno specialista nel caso concreto si sia basato sulle raccomandazioni di prezzo ufficiali delle liste degli apparecchi acustici o su quelle delle liste dei produttori, dal momento che i prezzi delle due liste erano pressoché

identici. Per promuovere la concorrenza sul mercato degli apparecchi acustici la Segreteria è favorevole a disgiungere il servizio di consulenza dalla vendita degli apparecchi. Questa separazione potrebbe attenuare il rischio di falsi incentivi per gli specialisti del settore.

Nell'ambito dell'inchiesta preliminare sulla **distribuzione dei mezzi ausiliari nel Cantone di Vaud**, la Segreteria ha presentato il rapporto finale nell'autunno del 2013. La Segreteria ritiene che le misure entrate in vigore il 1° gennaio 2013 permettono di chiudere la procedura senza seguito. Le misure adottate dall'*Association Vaudoise d'Aide et de Soins à Domicile (AVASAD)* prevedono in particolare di porre fine alle raccomandazioni tariffarie, la fornitura libera dei mezzi ausiliari ai centri e la creazione di una lista di fornitori distribuita ai professionisti.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazioni

Il 18 luglio 2013 la COMCO ha avviato un'inchiesta a carico di Swisscom (Svizzera) AG per scoprire se l'azienda abbia abusato della sua posizione dominante sul mercato nel settore di **Internet a banda larga** al fine di ostacolare i suoi concorrenti nelle gare d'appalto. Nello specifico si tratta di un bando di concorso della Posta al quale Swisscom e altri due fornitori di servizi di telecomunicazione presentarono un'offerta per collegare tutte le sedi della Posta in Svizzera con la banda larga. Per poter presentare un'offerta alla Posta, gli altri due fornitori dovevano far ricorso a Swisscom per l'accesso ad Internet a banda larga. Secondo gli indizi esistenti, Swisscom avrebbe alzato così tanto i prezzi di tali prodotti che gli altri fornitori non sarebbero stati in grado di presentare alla Posta offerte concorrenziali.

L'inchiesta concernente il **riesame della questione Tele 2 versus Swisscom** è stata conclusa con la decisione del 18 marzo 2013. Swisscom aveva richiesto, in base all'opzione sancita nel diritto delle telecomunicazioni «fatturazione per l'uso della rete locale», la sospensione del divieto concordato con la COMCO di allegare pubblicità alle fatture per l'allacciamento. È risultato che le condizioni giuridiche ed effettive non hanno subito alcuna modifica sostanziale che potesse determinare l'abrogazione della conciliazione del maggio 2002. Di conseguenza la domanda di riesame è stata respinta.

Nel settore delle telecomunicazioni la COMCO ha dovuto valutare **due progetti di fusione** tra imprese che erano già state giudicate irrilevanti per la concorrenza durante l'esame preliminare.

3.3.2 Media

Nell'inchiesta sui **prezzi dei libri nella Svizzera francese** la COMCO è giunta alla conclusione, nella decisione del 27 maggio 2013, che nel periodo 2005 – 2011 dieci grossisti di libri in lingua francese hanno impedito alle librerie svizzere di acquistare i libri all'estero, in particolare in Francia, a prezzi inferiori. I grossisti avevano sviluppato sistemi di vendita tali da limitare la concorrenza sul mercato dei libri in lingua francese. Accordi esclusivi tra i grossisti e le case editrici hanno impedito ai rivenditori svizzeri di acquistare libri all'estero nel periodo in questione. Tra il 2005 e il 2011 non ci sono praticamente state importazioni parallele, ogni loro tentativo di riceve-

re libri dall'estero a prezzi più bassi falliva inesorabilmente. Questo isolamento del mercato ha permesso ai grossisti di mantenere i prezzi dei libri in Svizzera a un livello eccessivamente alto. La COMCO ha sanzionato i dieci grossisti per accordi illeciti sulla ripartizione dei mercati per un totale di circa 16,5 milioni di franchi. Gran parte delle imprese multate ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

L'inchiesta contro l'Agenzia telegrafica svizzera (ats) in merito alla **politica dei prezzi e ad altre sue pratiche** è proseguita come previsto. Essa è volta a rilevare se l'ats abbia abusato della sua presunta posizione dominante sul mercato ostacolando la concorrenza e penalizzando i clienti. Da un'inchiesta preliminare erano emersi indizi secondo cui la concessione di sconti esclusivi da parte dell'ats mirava a eliminare la concorrenza esistente e ad ostacolare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori.

L'inchiesta preliminare avviata nel 2012 sul **Gruppo Goldbach TV / commercializzazione radiofonica** ha compiuto molti passi avanti. In questo caso si esamina l'eventuale abuso di posizione dominante sul mercato da parte del Gruppo Goldbach per quanto riguarda la commercializzazione radiotelevisiva, in particolare la politica di determinazione dei prezzi, la concessione di diversi tipi di sconto e l'attuazione di un'eventuale strategia di eliminazione della concorrenza.

In aprile 2013 la COMCO ha avviato un'inchiesta sulla **trasmissione di eventi sportivi live sulla pay-TV** per chiarire se CT Cinetrade AG abbia negato in maniera ingiustificata determinate offerte alle piattaforme TV concorrenti di Swisscom TV e discriminato alcune piattaforme TV e clienti finali rendendo l'offerta Teleclub più conveniente tramite Swisscom TV che non con altre piattaforme (sebbene l'offerta sportiva di Swisscom TV sia più ampia). Infine, nell'ambito di questa inchiesta si dovrà chiarire se esiste un collegamento illecito secondo la legge sui cartelli dato dal fatto che i clienti finali possono ricevere i canali sportivi di Teleclub solo in associazione con un pacchetto di base. Nel maggio 2013 tre operatori via cavo hanno richiesto l'emanazione di misure cautelari e, in particolare, lo sblocco di determinati contenuti e delle possibilità di ricezione. In data 8 luglio 2013 la COMCO ha respinto queste domande in un'apposita decisione. La relativa procedura di ricorso è ancora pendente.

Anche nel 2013 la COMCO ha dovuto esaminare diversi progetti di fusione tra imprese nel settore dei media: con la concentrazione Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine, Tamedia AD e Ringier AG volevano assumersi il controllo congiunto di Jobsuchmaschine AG. Nel caso della fusione Tamedia/PPN AG, Tamedia ha notificato l'acquisizione del controllo esclusivo sulla società PPN Schweiz AG, fino ad allora controllata insieme a Neue Zürcher Zeitung AG, Ringier e cXense AS. Nel caso di Tamedia/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you, Tamedia e Schibsted Classified Media NV volevano assumere il controllo congiunto di Schibsted Classified Media Switzerland AG, della sottosocietà piazza.ch e di car4you Schweiz AG. Per quanto riguarda la fusione Tamedia/Starticket, Tamedia ha espresso l'intenzione di assumere il controllo esclusivo di Starticket AG. Tamedia ha infine notificato l'assunzione della maggioranza del

capitale azionario e del controllo della ditta Ziegler Druck- und Verlags AG. Per quanto riguarda la fusione PubliGroupe/S1TV, è stata comunicata l'assunzione di un controllo congiunto su S1TV AG da parte di Publigroupe S.A., delle sue affiliate e dei fondatori di S1TV. Per quanto concerne la concentrazione Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa, Mediaspectrum, Inc. e una terza parte che Mediaspectrum avrebbe nominato intendevano acquisire una partecipazione del 51 % in xentive sa, che fino ad allora era sotto il controllo esclusivo di Publigroupe. Per Xentive era dunque previsto, in seguito alla fusione, il controllo congiunto da parte di Mediaspectrum e Publigroupe. Infine, nel caso di Orell Füssli/Thalia, è stata notificata la costituzione di un'impresa comune a pieno titolo nel settore della vendita di libri e di prodotti complementari ai clienti finali in Svizzera. Dopo aver effettuato un esame preliminare la COMCO ha approvato tutti i progetti di concentrazione menzionati.

3.3.3 Energia

In seguito a una procedura di opposizione, nel febbraio 2013 è stata avviata un'inchiesta preliminare a carico della cooperativa VSG ASIG (VSG) e dei suoi membri. Lo scopo è chiarire se le norme comunicate dalla VSG e dai suoi membri relative al cosiddetto accordo delle associazioni sull'accesso alla rete del gas naturale possano rappresentare una limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoversi 3 e 4 e/o dell'articolo 7 LCart. L'accordo delle associazioni è una regolamentazione di diritto privato stipulata tra la VSG (come rappresentante dei gestori di rete), le comunità di interessi IG Erdgas ed Energieintensiver Branchen IGEB (come rappresentanti dei consumatori industriali di metano e dei clienti di rete) e in cui sono stabilite le condizioni del trasporto da parte di terzi ai clienti industriali. Nel mese di dicembre la Segreteria ha comunicato alle parti con un rapporto finale dettagliato – menzionando esplicitamente il rischio ancora esistente di sanzioni – le proprie riserve secondo la legislazione sui cartelli in merito ad alcune norme, in particolare ad alcuni criteri di accesso alla rete. Le imprese del settore hanno adeguato gran parte delle clausole, tenendo conto delle riserve della Segreteria già durante l'inchiesta preliminare.

Nel marzo 2013 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sulla **strategia di Energie Wasser Bern (ewb)** per appurare se ewb abusi o abbia abusato della sua presunta posizione dominante sui mercati a monte e a valle ostacolando l'accesso o l'esercizio della concorrenza ad altre imprese. Gli accertamenti si concentrano in particolare su eventuali favoritismi nei confronti delle proprie affiliate mediante sovvenzioni trasversali dal settore in monopolio, l'eventuale utilizzo di dati di mercato e di dati sulla clientela e/o di altre informazioni provenienti dal settore in monopolio e possibili pratiche di vendita vincolata od ostacoli tecnici.

Infine, la COMCO è stata invitata a prendere posizione in diverse procedure di consultazione inerenti al settore dell'energia: si citano al riguardo le revisioni parziali della legge e dell'ordinanza sull'approvvigionamento elettrico e dell'ordinanza sull'energia. Inoltre, la Segreteria è stata consultata su questioni di diritto dei cartelli in merito all'Accordo sull'energia elettrica con l'Unione europea.

3.3.4 Altri ambiti

Nell'inchiesta sul **trasporto aereo** la COMCO è giunta alla conclusione, nella decisione del 2 dicembre 2013, che nel periodo 2000 – 2005 diverse compagnie aeree si erano accordate su alcuni elementi di prezzo: i tassi di nolo, i supplementi per il carburante, per il rischio bellico, per lo sdoganamento per gli USA e l'assegnazione di sovraccarichi. Parallelamente alla legge svizzera sui cartelli, la COMCO ha dovuto applicare in questa inchiesta vari accordi sul trasporto aereo con altri Stati e in particolare quello con l'UE. La COMCO ha sanzionato 11 compagnie aeree per accordi orizzontali sui prezzi per un totale di circa 11 milioni di franchi. La tedesca Lufthansa AG (inclusa la sua affiliata Swiss Airlines AG), che aveva dato il via all'inchiesta con un'autodenuncia, ha beneficiato di un'esenzione totale. Le multe a carico di cinque altre società che si erano autodenunciate hanno subito riduzioni sostanziali. Oltre alla COMCO, anche la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense hanno sanzionato le compagnie aeree implicate. La decisione della COMCO non è ancora passata in giudicato.

Nel luglio 2013 la COMCO ha avviato l'inchiesta sul **sistema di prezzi per i clienti aziendali per la spedizione di lettere**. La Posta concede condizioni speciali ai clienti aziendali con un fatturato annuale superiore a 100 000 franchi. L'inchiesta era volta a chiarire se questo sistema di prezzi della Posta abbia ostacolato i suoi concorrenti sul mercato, ad esempio rendendo difficile o addirittura impedendo ai clienti aziendali di ottenere servizi da altri operatori. Inoltre si esaminerà se la Posta discrimina o penalizza in altro modo determinati clienti.

Nel settore relativo al traffico ferroviario la COMCO ha esaminato di recente il **progetto di concentrazione BLS SA/BLS Cargo SA**. Stando alla notifica, BLS SA ha disdetto l'accordo sull'esercizio dei diritti dell'azionista con la Deutsche Bahn Schweiz Holding AG, per cui BLS e DB Schweiz Holding AG non esercitano più il controllo congiunto su BLS Cargo, che passa sotto il controllo esclusivo di BLS. Nell'ambito dell'esame preliminare il progetto di concentrazione è stato ritenuto non problematico dal punto di vista del diritto sulla concorrenza.

3.4 Produzione

3.4.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

La Segreteria ha proseguito le indagini relative all'inchiesta **sui pianoforti e i pianoforti a coda**, avviata il 27 novembre 2012 a seguito di un bando di concorso della *Zurich University of the Arts*, che ha portato alla luce indizi di limitazioni della concorrenza. In particolare vi erano elementi concreti che lasciavano presumere l'esistenza di accordi sui prezzi e sull'isolamento di zone di vendita. Inoltre è possibile che vengano ostacolate o impedito le importazioni parallele e dirette dai Paesi limitrofi.

Il 3 luglio 2013, dopo la denuncia presentata da un commerciante, le autorità in materia di concorrenza hanno aperto un'inchiesta a carico di Musik Olar AG ed effettuato una perquisizione domiciliare. L'obiettivo è chiarire se la vendita di **strumenti a corda** (chitarre e

bassi) e dei relativi accessori sia stata caratterizzata da accordi verticali sui prezzi.

La COMCO ha deciso, con la decisione del 21 ottobre 2013, di sospendere l'inchiesta sui **prodotti cosmetici** venduti principalmente dagli istituti di bellezza. Le limitazioni della concorrenza esaminate (accordi di protezione territoriale, ostacoli al commercio online e raccomandazioni di prezzo) non compromettono in misura sostanziale la concorrenza. La COMCO è giunta a questa conclusione considerando il fatto che le quote di mercato delle aziende oggetto dell'inchiesta sono minime, la concentrazione del mercato bassa e le differenze di prezzo a livello internazionale piuttosto modeste. Inoltre le imprese hanno adeguato di loro iniziativa le clausole contrattuali problematiche, esplicitamente dichiarato non vincolanti le raccomandazioni di prezzo e informato al riguardo i loro clienti.

La Segreteria ha proseguito le indagini relative a un'inchiesta pendente a carico della **ditta di elettrodomestici Jura AG**. L'inchiesta era stata avviata il 26 ottobre 2011 in relazione alla mancata trasmissione dei vantaggi valutari. L'inchiesta dovrà chiarire se Jura AG stabilisce prezzi minimi o prezzi fissi e/o effettua assegnazioni di zone.

Per quanto riguarda gli accordi verticali, alla fine del 2013 risultavano pendenti dinanzi al Tribunale amministrativo federale i seguenti ricorsi: **Nikon, BMW, Altium SA (ex Roger Guénat SA)**. Il ricorso GABA/Elmex è stato respinto dal TAF il 19 dicembre 2013 (cfr. 2). Il caso è attualmente pendente dinanzi al Tribunale federale.

Nell'ambito di un'inchiesta preliminare la Segreteria ha esaminato in quale misura il commercio al dettaglio abbia trasferito al livello successivo e ai clienti finali svizzeri **i vantaggi legati al tasso di cambio nella vendita di prodotti di marca**. L'oggetto dell'inchiesta preliminare era appurare se l'eventuale mancata trasmissione di tali vantaggi sia riconducibile a limitazioni illecite della concorrenza. La Segreteria ha chiesto informazioni ai tre giganti del commercio al dettaglio Coop, Denner e Migros e ad altri 22 noti fornitori di prodotti di marca sui vantaggi valutari trasmessi per i tre prodotti più venduti delle loro cinque marche più importanti. La maggior parte dei distributori interpellati ha concesso condizioni migliori ai commercianti al dettaglio i quali, a loro volta, stando ai dati forniti, li hanno interamente trasmessi ai propri clienti, per lo meno nella maggior parte dei casi. I fornitori hanno confermato la trasmissione dei vantaggi valutari da parte di molti commercianti al dettaglio. Dal sondaggio non sono emersi indizi concreti di accordi orizzontali o verticali sui prezzi né di ostacoli alle importazioni parallele o di comportamenti abusivi da parte di imprese che dominano il mercato. Non è stato dunque necessario avviare una procedura d'inchiesta a carico di Coop, Denner, Migros o di uno dei 22 fornitori di articoli di marca.

Nel settore degli **articoli di viaggio** la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare a seguito di indizi di isolamenti territoriali e di imposizioni dei prezzi. Le indagini si concentrano sulle limitazioni del commercio online transnazionale.

Nel quadro di un'osservazione del mercato la Segreteria ha esaminato le differenze di prezzo a livello internazionale per gli articoli sportivi delle marche **adidas** e **NIKE**. Gli accertamenti compiuti le hanno permesso di constatare che i consumatori finali hanno diverse possibilità per acquistare gli articoli sportivi in questione nei punti vendita specializzati e nei negozi online in Svizzera e all'estero, scegliendo quindi i canali di vendita più convenienti. Inoltre, entrambe le imprese hanno confermato per iscritto che i rivenditori svizzeri che rientrano nel sistema di distribuzione selettiva possono acquistare senza limitazioni articoli sportivi da grossisti o rivenditori oltre confine alle condizioni vigenti all'estero.

Il 20 dicembre 2012 la Federazione delle cooperative Migros e Denner AG (di seguito: richiedenti) ha richiesto la soppressione anticipata degli oneri che la COMCO aveva stabilito nella decisione **Migros/Denner** (DPC 2008/1, 129 segg.). Dopo un'ampia indagine di mercato, il 18 aprile 2013 la Segreteria ha inviato alla COMCO il suo progetto di decisione. Il 10 giugno 2013 le richiedenti hanno ritirato la domanda, pertanto le condizioni ancora vigenti (ad eccezione del divieto di stipulare contratti esclusivi con i fornitori, che è stato deciso in maniera permanente) resteranno in vigore, come previsto, fino al 3 settembre 2014.

3.4.2 Industria orologiera

Con la decisione del 21 ottobre 2013 la COMCO ha concluso l'inchiesta a carico del **Gruppo Swatch AG** relativa alla prevista sospensione delle forniture dei movimenti meccanici e degli organi regolatori (gli elementi che regolano un movimento meccanico e costituiscono il cuore dell'orologio). L'inchiesta era stata avviata il 6 giugno 2011 e mirava ad appurare se l'attuazione della nuova politica rappresentasse un abuso di posizione dominante da sanzionare secondo la legge sui cartelli. Con l'avvio dell'inchiesta la COMCO decise, sulla base di una conciliazione con il Gruppo Swatch, misure cautelari per offrire alle imprese dell'industria orologiera un buon margine di pianificazione. Il 7 maggio 2012 tali misure sono state prorogate di un anno fino alla fine del 2013. In seguito a un test di mercato in cui è stato analizzato se esistono fornitori alternativi al Gruppo Swatch ed eventualmente quanto tempo è necessario affinché ciò si verifichi, nella primavera del 2013 è stata conclusa una conciliazione tra la Segreteria e il Gruppo Swatch, che prevede una riduzione graduale delle forniture dei movimenti meccanici e degli organi regolatori. L'8 luglio 2013 la COMCO ha deciso di respingere quest'accordo di conciliazione, poiché, considerate le condizioni del mercato attuali, una riduzione delle forniture di questi componenti chiave è stata giudicata prematura. Dopo nuove trattative con il Gruppo Swatch, la Segreteria ha presentato un nuovo progetto di conciliazione che attua i principi di base prestabiliti dalla COMCO e che quest'ultima ha approvato il 21 ottobre 2013. Il nuovo accordo prevede una riduzione graduale delle forniture di movimenti meccanici entro il 31 dicembre 2019 per far fronte alle limitazioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera a LCart derivanti dalla sospensione delle forniture. L'obbligo per il Gruppo Swatch di rifornire gli organi regolatori degli orologi viene provvisoriamente mantenuto.

Inoltre è stata annullata la sospensione dell'inchiesta relativa ai movimenti meccanici a carico della ditta **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (un'affiliata al 100 % del gruppo Swatch; di seguito ETA). Al centro dell'inchiesta vi erano aumenti di prezzo e modifiche delle condizioni di pagamento che l'ETA aveva comunicato solo parzialmente ai suoi clienti. La sospensione era necessaria in quanto l'inchiesta sulla cessazione delle forniture da parte di Swatch doveva esaminare le condizioni del mercato degli orologi meccanici. L'inchiesta dovrà chiarire se il comportamento della ditta ETA rappresenta, secondo il diritto in materia, un abuso di posizione dominante.

3.4.3 Settore automobilistico

Il 22 maggio 2013 è stata aperta un'inchiesta a carico di diversi concessionari svizzeri dei marchi del gruppo **Volkswagen** (VW, Audi, Škoda, Seat): la COMCO voleva approfondire le informazioni riportate di eventuali accordi sui prezzi tra i concessionari in questione per quanto riguarda la fissazione di sconti e di riduzioni forfetarie per l'acquisto di nuovi autoveicoli dei marchi indicati nel commercio al dettaglio.

Nel corso dell'anno in rassegna la Segreteria ha ricevuto numerose **richieste di cittadini** riguardanti i diritti di garanzia degli autoveicoli acquistati nello spazio SEE e la limitazione delle importazioni dirette o parallele, alle quali essa ha risposto facendo riferimento alla comunicazione sugli accordi verticali nel commercio di autoveicoli (Comunicazione Automobili). Nel complesso si ritiene che questa comunicazione trovi larga applicazione in Svizzera.

L'inchiesta preliminare aperta nel novembre 2011 a carico di **Harley-Davidson** è stata chiusa senza seguito. L'inchiesta era partita da segnalazioni dei cittadini secondo cui questa casa motociclistica avrebbe partecipato ad alcune misure che escludono la Svizzera dalla vendita di prodotti Harley-Davidson. Da approfonditi accertamenti è emerso nel frattempo che non ci sono indizi sufficienti di imposizione dei prezzi di rivendita o di limitazioni al commercio online in Svizzera. Il divieto di esportazione dei prodotti Harley-Davidson dagli USA in Svizzera è stato giudicato dalla Segreteria una limitazione non notevole della concorrenza.

3.4.4 Agricoltura

La Segreteria ha espresso il suo parere in circa 40 procedure di **consultazione degli uffici federali** su modifiche di leggi o di ordinanze nonché su interventi parlamentari, dichiarandosi favorevole a più riprese alla soppressione della protezione doganale.

La Segreteria ha condotto diverse osservazioni del mercato, ad esempio per quanto riguarda le **mele** (struttura di distribuzione) o gli **attrezzi** (isolamento del mercato). La COMCO ha inoltre redatto un parere riguardo all'**Emmental** e ha espresso la sua opinione in merito a una richiesta di autorizzazione eccezionale (art. 8 LCart), una pratica giudicata illecita dal Tribunale federale, ma la domanda è stata poi ritirata ancora prima della decisione del Consiglio federale.

3.5 Mercato interno

3.5.1 Attività notarili

Il 26 marzo 2013 la COMCO ha avviato un'inchiesta sulla libera circolazione dei notai organizzando una procedura di consultazione tra i Cantoni. Secondo il diritto cantonale i notai svizzeri non hanno la possibilità di farsi riconoscere il proprio certificato di capacità in altri Cantoni, la loro attività è limitata al territorio cantonale. Invece i notai dell'UE, in virtù dell'Accordo sulla libera circolazione Svizzera-UE e della legge federale sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (LDPS), in vigore dal 1° settembre 2013, possono richiedere il riconoscimento della loro qualifica in Svizzera. Ciò determina una discriminazione dei notai svizzeri, proprio uno degli scenari che la legge sul mercato interno (LMI) intende evitare. Essa prevede per gli svizzeri almeno gli stessi diritti che il nostro Paese concede agli stranieri in virtù di accordi internazionali.

L'inchiesta è sfociata nelle raccomandazioni della COMCO del 23 settembre 2013 ai Cantoni e al Consiglio federale. In sostanza la COMCO ha raccomandato ai Cantoni in cui vige il notariato in libera professione di riconoscere come equivalenti le patenti di notaio di altri Cantoni e di evitare restrizioni all'accesso al mercato quali l'obbligo di domicilio, i requisiti in materia di cittadinanza e disposizioni sulla reciprocità. Ciò agevolerebbe notevolmente la mobilità professionale dei notai liberi professionisti. Inoltre, i Cantoni con il notariato di Stato dovrebbero prendere in considerazione, nell'assegnazione dei posti, anche i notai formati in altri Cantoni.

Al contempo la COMCO ha raccomandato al Consiglio federale di creare, come previsto, nel quadro dell'attuale revisione del Codice civile (CC, Titolo finale, Atti pubblici) una base giuridica che consenta ai notai di tutta la Svizzera di registrare negli uffici cantonali del registro fondiario gli atti pubblici nel settore dei contratti immobiliari. Attualmente un contratto relativo a un immobile deve obbligatoriamente essere registrato da un notaio domiciliato nello stesso Cantone in cui si trova il fondo. Il riconoscimento intercantonale degli atti pubblici relativi a contratti immobiliari permette ai clienti di beneficiare di un'offerta più ampia e di scegliere il notaio più adatto in base alle loro esigenze di qualità, servizio e prezzo.

L'introduzione del riconoscimento intercantonale delle qualifiche professionali e degli atti pubblici per i negozi giuridici concernenti fondi, raccomandata dalla COMCO, non intacca la competenza dei Cantoni di organizzare il sistema notarile secondo le proprie esigenze. Le istituzioni del notariato di Stato e del notariato in libera professione non vengono messe in discussione dalle raccomandazioni della COMCO.

3.5.2 Attività in altri settori

Per quanto riguarda l'**accesso intercantonale al mercato**, il centro di competenza Mercato interno si è occupato principalmente della libera circolazione dei notai (cfr. 3.5.1), degli agenti giuridici e dei servizi di sicurezza privati.

Secondo la LMI, i fornitori hanno il diritto di offrire la loro attività in altri Cantoni secondo le prescrizioni del Cantone

ne d'origine. Su questa base, gli agenti giuridici del Canton Vaud hanno presentato una domanda di autorizzazione nei Cantoni di Ginevra e Berna. Entrambe le domande sono state respinte. La COMCO ha impugnato le due decisioni, le procedure di ricorso sono pendenti dinanzi alla prima istanza cantonale.

Nel settore dei servizi di sicurezza privati l'accesso al mercato intercantonale e l'attuazione della LMI risultano insoddisfacenti. Il centro di competenza Mercato interno ha quindi fornito consulenza a diversi Cantoni in merito alla strutturazione delle norme sull'accesso al mercato per i servizi di sicurezza. La COMCO ha presentato due ricorsi contro la mancata autorizzazione di due fornitori esterni di servizi di sicurezza nel Canton Argovia. Entrambi i ricorsi sono stati accolti dal Tribunale amministrativo cantonale. Nella prima sentenza il TAF ha ritenuto che l'attività di controllo dei parcheggi privati (divieti giuridici) non va considerata un servizio di sicurezza e, contrariamente alla prassi delle autorità, può essere esercitata senza autorizzazione. Nella seconda procedura si trattava di stabilire se un fornitore di servizi di sicurezza di Lucerna potesse accettare incarichi nel Canton Argovia, sebbene non disponesse dell'attestato professionale federale riconosciuto dall'Associazione imprese svizzere servizi di sicurezza (VSSU) richiesto in aggiunta in questo Cantone. Secondo il TAF, l'amministrazione cantonale non ha dimostrato che la pratica professionale e la formazione del fornitore lucernese non garantiscono la protezione cui si mira nel Canton Argovia (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI). Inoltre, l'attestato professionale federale non è necessario per la protezione degli interessi pubblici preponderanti, pertanto nemmeno conforme al principio di proporzionalità.

Nel settore degli **appalti pubblici** la COMCO ha presentato tre ricorsi. Nel quadro di un appalto per il riempimento bituminoso di una discarica, la COMCO ha sottolineato il fatto che i criteri di ammissione sono stati utilizzati in modo sbagliato, violando l'articolo 5 LMI e sono stati impostati in modo così restrittivo che soltanto un fornitore poteva soddisfarli. Il Tribunale amministrativo non si è attenuto a questa argomentazione, le motivazioni della decisione sono ancora pendenti. La COMCO ha inoltre presentato ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di sacchi ufficiali per rifiuti ai negozi del commercio al dettaglio e per la riscossione e gestione della tassa sul sacco. Il Tribunale amministrativo ha riconosciuto che l'aggiudicazione di una commessa superiore ai valori soglia nella procedura mediante invito viola l'articolo 5 LMI, ma è giustificabile per ragioni di urgenza secondo l'articolo 3 LMI. La COMCO ha fatto ricorso dinanzi al Tribunale federale. Infine, la COMCO ha presentato ricorso contro l'aggiudicazione mediante trattativa privata di un appalto per la realizzazione di un centro di asilo finanziato da un investitore privato e dato in affitto al Cantone. La COMCO ritiene che, conformemente all'articolo 5 LMI, questo progetto avrebbe dovuto essere oggetto di un bando pubblico. Il ricorso è pendente dinanzi al Tribunale amministrativo cantonale.

Per quanto riguarda il **conferimento di concessioni**, il centro di competenza ha criticato la prassi di aggiudicazione vigente in alcuni Comuni riguardo alle autorizzazioni per l'utilizzo del suolo pubblico da parte dei baracconisti durante le fiere, raccomandando in futuro di indire

gare pubbliche d'appalto per l'assegnazione di questi diritti di utilizzo.

Conformemente all'articolo 10 capoverso 2 LMI, la COMCO può essere sentita nel procedimento davanti al Tribunale federale. Lo scorso anno il Tribunale federale ha invitato la COMCO a prendere posizione in due casi: l'uno riguardava la liceità dell'obbligo di domicilio per i notai, l'altro il divieto di assegnare gare d'appalto a un fornitore per diversi mesi. Entrambe le sentenze sono ancora pendenti.

In vista della trasposizione interstatale dell'Accordo rivisto dell'OMC sugli appalti pubblici (GPA), il diritto della Confederazione (LAPub/OAPub) e dei Cantoni (CIAP) dovrà essere adeguato. Un gruppo di lavoro composto da rappresentanti della Confederazione e dei Cantoni sta elaborando un primo disegno di legge. La Segreteria si adopera affinché nel corso di questa revisione si tenga conto della tutela della concorrenza, della protezione giuridica e del diritto di ricorso della COMCO.

3.6 Indagini

Nel 2013 sono state compiute perquisizioni domiciliari presso 25 imprese nell'ambito di 5 procedure, due delle quali, effettuate una dopo l'altra nel mese di aprile, sono risultate particolarmente impegnative.

L'entrata in vigore dell'articolo 46 capoverso 3 DPA (1° maggio 2013) estende notevolmente, a livello giuridico, la **protezione della corrispondenza dell'avvocato**. I documenti derivanti dalla sua corrispondenza sono protetti da perquisizioni e sequestri, a prescindere dal luogo e dal momento in cui sono stati conservati, vale a dire anche se sono stati presi in custodia dall'impresa. Da allora c'è già stata una procedura di dissigillamento dei mezzi di prova dinanzi al Tribunale penale federale, il quale ha chiarito che tale protezione non si estende agli atti che non sono stati originariamente redatti per l'avvocato (ad esempio, la corrispondenza preesistente con terzi), nemmeno se tali documenti vengono poi inviati all'avvocato sotto forma di allegati.

3.7 Affari internazionali

Per una migliore attuazione dei diritti in materia di concorrenza, la Svizzera e l'UE hanno concluso un Accordo di cooperazione (cfr. 5). Inoltre, le autorità in materia di concorrenza hanno partecipato come di consueto ai lavori delle varie organizzazioni internazionali.

OCSE: rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai tre incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE e, in collaborazione con la SECO, hanno redatto e presentato diverse relazioni. Nel 2013 si è parlato in particolare dei due temi strategici «cooperazione internazionale» e «valutazione dell'attività e delle decisioni delle autorità in materia di concorrenza». La revisione della raccomandazione dell'OCSE del 1995 sulla cooperazione internazionale è stata avviata. La procedura di adesione della Russia è proseguita e nel contempo è stata avviata quella relativa alla Colombia.

ICN: Il gruppo di lavoro Cartel I (Legal Framework) ha realizzato diversi webinar (audioconferenze con presentazione di lucidi). Il tema è stato il programma di clemenza con particolare attenzione ai mezzi di prova che il

denunciante deve fornire e alla continua collaborazione con l'autorità in materia di concorrenza. Il gruppo di lavoro Cartel II (Enforcement) ha elaborato nel 2013 il manuale Anti-Cartel Enforcement e i Cartel Enforcement Templates. Il *template* svizzero è stato rinnovato alla base. Al Cartel Workshop in Sudafrica sono stati discussi anche i metodi alternativi per individuare i cartelli e la strutturazione delle inchieste. Il gruppo di lavoro Agency Effectiveness si è dedicato allo sviluppo delle buone pratiche nell'ambito della gestione del personale e delle conoscenze all'interno di un'autorità. Infine, la COMCO era rappresentata alla conferenza annuale dell'ICN (*International Competition Network*), la rete internazionale della concorrenza.

UNCTAD: Nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD), la Segreteria e la COMCO hanno partecipato alla 13a Conferenza dell'*Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*, dedicata alla collaborazione internazionale nelle procedure in materia di concorrenza. Nell'ambito del programma COMPAL, il cui obiettivo è sviluppare e rafforzare le autorità della concorrenza in America latina, una stagista colombiana e uno stagista ecuadoriano sono stati accolti per tre mesi nella Segreteria, mentre una ragazza egiziana ha svolto uno stage di un mese.

UE: L'Accordo di cooperazione con l'UE è stato trattato come tema specifico (cfr. 5).

3.8 Revisione LCart – stato dei lavori

Il 22 febbraio 2012 il Consiglio federale aveva approvato, e sottoposto per approvazione al Parlamento, il Messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge sull'Autorità della concorrenza. Il messaggio si basava sia sulla valutazione della LCart prevista dalla legge sia sui risultati delle tre procedure di consultazione. La Commissione consultiva dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati (CET-S) ha discusso l'intero pacchetto di riforma e all'inizio di marzo 2013 lo ha trasmesso al Consiglio degli Stati. Quest'ultimo ha accolto in data 21 marzo il progetto del Consiglio federale, stabilendo tuttavia alcune norme divergenti.

La modifica principale riguarda l'organizzazione istituzionale delle autorità della concorrenza. Al fine di separare l'autorità d'inchiesta da quella decisionale e di accelerare la decisione di ultima istanza, il Consiglio federale aveva previsto un'Autorità della concorrenza indipendente che conduce le inchieste e propone azione dinanzi a un tribunale di prima istanza indipendente, integrato a pieno titolo nel TAF. Tuttavia, il Consiglio degli Stati ha deciso una lieve modifica in base al modello istituzionale esistente: i membri della COMCO dovranno essere ridotti dalle attuali 11-15 a 5 unità e i membri dovranno essere esperti indipendenti (non saranno più ammessi i rappresentanti di associazioni), inoltre, per le loro decisioni sarà previsto – analogamente al Tribunale amministrativo federale – un termine ordinatorio di dodici mesi.

Dal punto di vista del diritto materiale, il Consiglio degli Stati condivide ampiamente la posizione del Consiglio federale. In particolare, ha deciso di modificare l'articolo 5 LCart: la novità è che per le cinque forme di accordi (di cartello) hard core già oggi sanzionabili direttamente –

accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, imposizioni verticali dei prezzi e isolamenti territoriali – non è più necessario dimostrare nel singolo caso che «intralciano notevolmente la concorrenza», visto il loro carattere particolarmente nocivo; la possibilità di giustificarli con ragioni di efficienza economica continua ad essere prevista. Il Consiglio degli Stati ha inoltre precisato la proposta del Consiglio federale con una regola esplicita in merito alle conseguenze dell'assenza di prove di motivi giustificativi e con una regola speciale per i consorzi, che già nelle consultazioni della CET-S sono stati un tema molto dibattuto. Infine, ha introdotto la regola «de minimis», secondo la quale le due autorità competenti in materia non si occupano delle limitazioni che hanno un influsso trascurabile sulla concorrenza.

Seguendo il testo del messaggio, il Consiglio degli Stati ha deciso miglioramenti nel diritto civile in materia di cartelli (estensione del diritto d'azione ai clienti finali, sospensione del termine di prescrizione durante le inchieste amministrative in applicazione della LCart e considerazione delle prestazioni di risarcimento danni nella determinazione della sanzione), nel controllo delle concentrazioni di imprese (introduzione del più moderno test SIEC, riduzione delle sovrapposizioni nella verifica delle concentrazioni già valutate dall'UE e armonizzazione dei termini procedurali con quelli in vigore nell'UE) e nelle procedure di opposizione (riduzione del «tempo di reazione» per avviare una procedura da cinque a due mesi, possibilità di infliggere sanzioni solo a partire dall'avvio di un'inchiesta formale e possibilità di adeguamento del comportamento senza il rischio di sanzioni durante una fase «sperimentale»).

In seguito alla mozione Schweiger il Consiglio degli Stati ha deciso di introdurre la regola secondo cui adeguate misure per rispettare le disposizioni in materia di diritto dei cartelli (i cosiddetti programmi di conformità) possono determinare una riduzione delle sanzioni amministrative. Ha per contro deciso di non introdurre sanzioni contro le persone fisiche che hanno partecipato a un cartello.

Infine, basandosi sulla mozione Birrer-Heimo – e contrariamente al parere del Consiglio federale – ha deciso di introdurre un nuovo obbligo di fornitura (art. 7a A-LCart). Sarà inoltre vietato negare la vendita all'estero: a prescindere dagli accordi e dalla posizione sul mercato, le imprese saranno tenute ad accettare ordinazioni da parte di clienti svizzeri alle condizioni vigenti nei Paesi OCSE.

Il progetto è all'esame della Commissione consultiva dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET-N) dall'estate del 2013 e verrà probabilmente trattato nel plenum nella primavera o nell'estate del 2014.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2013 la **COMCO** ha tenuto 15 riunioni plenarie di una giornata intera. Il numero delle decisioni prese in merito a inchieste, concentrazioni secondo la LCart e in applicazione della LMI è riportato nella statistica nel capitolo 4.2. Nell'anno in rassegna la composizione della Commissione è rimasta invariata.

A fine 2013 la **Segreteria** aveva alle proprie dipendenze 85 collaboratori (a tempo pieno e parziale), 43 % dei quali di sesso femminile, per un totale di 75,8 posti a tempo pieno (dati del 2012: rispettivamente 83, 39 % e 72,6). Il personale è ripartito nel modo seguente: 58 collaboratori scientifici (inclusa la direzione); vale a dire 52,4 posti a tempo pieno (nel 2012: 51,1), 13 stagisti in ambito scientifico per un totale di 13 posti a tempo pieno (nel 2012: 11), 14 collaboratori del servizio Risorse e logistica pari a 10,4 posti a tempo pieno (nel 2012: 10,5).

La Segreteria ha collaborato alla redazione di un rapporto della SECO per la Commissione delle Finanze relativo alle **misure contro l'apprezzamento del franco** e agli effetti prodotti.

Per gli anni 2012 - 2013 il Parlamento ha autorizzato per la COMCO e per la Segreteria un credito supplementare di CHF 600 000 ciascuna per far fronte alle numerose segnalazioni concernenti il franco forte e per poter lottare contro il fenomeno dei prezzi elevati in Svizzera. La Segreteria ha investito i fondi esclusivamente nel personale impiegando nei due anni in questione 5-6 collaboratori in più², come indicato qui di seguito.

Per far fronte all'elevato numero di segnalazioni, nell'estate del 2011 la Segreteria ha istituito una task force. Il suo compito primario era di prendere visione delle segnalazioni in arrivo, di preparare le risposte e di esaminare le fattispecie rilevanti secondo il diritto in materia di cartelli (cernita). In questi casi (sospetto di un accordo orizzontale/verticale o di abuso di una posizione dominante), la fattispecie veniva trasmessa al servizio competente della Segreteria (osservazione del mercato, inchiesta preliminare o inchiesta). Grazie alle risorse supplementari a disposizione i Servizi hanno potuto contare su maggior personale per trattare queste procedure.

Complessivamente da luglio 2011 alla fine del 2013 la Segreteria ha ricevuto e trattato, mediante la task force, 485 segnalazioni relative all'apprezzamento del franco. Di queste, 431 (89 %) hanno ricevuto una risposta, 11 (2 %) sono in corso di trattamento e 43 (9 %) sono state trasmesse al Sorvegliante dei prezzi.

Delle 485 segnalazioni e delle fattispecie esaminate d'ufficio sono state condotte in tutto 47 procedure, perché andava accertata la rilevanza o l'illegalità delle fattispecie secondo la legge sui cartelli (7 inchieste, di cui 5 concluse; 14 inchieste preliminari, di cui 9 concluse; 26 osservazioni del mercato, di cui 21 concluse).

Le procedure hanno portato a tre decisioni della COMCO sulla limitazione delle importazioni parallele (NIKON, BMW e IFPI Svizzera) con elevate sanzioni. Queste decisioni e sanzioni (BMW CHF 156 milioni [non ancora passata in giudicato]; NIKON CHF 12,5 milioni [non ancora passata in giudicato]; IFPI Svizzera CHF 3,5 mio) hanno sicuramente esercitato un forte effetto deterrente sulle imprese attive a livello transnazionale. In molte inchieste preliminari e osservazioni del mercato è stato

² A causa della fluttuazione del personale e delle diverse retribuzioni delle persone coinvolte, il numero di posti supplementari effettivi varia da 5 a 6 nei due anni in questione.

constatato che il mercato svizzero è aperto e che sono possibili sia le importazioni parallele sia le importazioni dirette. In alcuni casi sono stati riscontrati ostacoli tecnici al commercio che potrebbero limitare le importazioni parallele. Secondo l'autorità in materia di concorrenza sarebbe opportuno eliminare il più possibile tali ostacoli al fine di sviluppare la libera circolazione delle merci e di rafforzare la pressione concorrenziale dall'estero.

Nel complesso la Segreteria giunge alla conclusione che i fondi messi ulteriormente a sua disposizione negli anni 2012/2013, per un totale di 1,2 milioni di franchi, le hanno permesso di raggiungere gli obiettivi previsti.

4.2 Statistica

Inchieste	2013	2012
Eseguite nel corso dell'anno	24	22
riprese dall'anno precedente	17	15
avviate ex-novo	7	7
Decisioni finali	7	5
di cui conciliazioni	1	3
di cui ordini delle autorità	2	0
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	3	5
Decisioni incidentali	4	4
Misure cautelari	0	0
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	1
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	27	33
Riprese dall'anno precedente	18	18
Avviate ex-novo	9	15
Chiusure	11	17
di cui con apertura di un'inchiesta	3	4
di cui con adeguamento del comportamento	1	7
di cui senza seguito	7	6
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	7	10
Consulenze	20	25
Osservazioni del mercato concluse	76	58
Segnalazioni di mancato trasferimento dei vantaggi valutari	18	96
Altre questioni	547	680
Concentrazioni		
Notifiche	32	28
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	26	28
Esami approfonditi	0	0
Decisioni della COMCO	0	1
dopo l'esame preliminare	0	1
dopo l'esame approfondito	0	0
Realizzazione anticipata	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanzi al TAF e al TF	14	13
Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)	4	1
vinte dall'autorità della concorrenza	3	1
vinte solo in parte	0	0
Sentenze del Tribunale federale (TF)	1	1
vinte dall'autorità della concorrenza	1	1
vinte solo in parte	0	0
Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF o al TF)	13	11

Pareri, preavvisi, raccomandazioni, ecc..		
Pareri (art. 15 LCart)	1	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPr o 11a LTC)	1	2
Monitoraggio	1	1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	217	250
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	5	8
LMI		
Raccomandazioni / indagini (art. 8 LMI)	1	1
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	2	1
Consulenze (Segreteria)	36	45
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	6	3

I dati statistici hanno registrato fluttuazioni paragonabili a quelle degli anni precedenti. È aumentato il numero delle inchieste compiute e concluse e quello delle procedure di ricorso pendenti. Queste due sono le categorie che hanno impegnato di più la Segreteria. Nel 2013 il Tribunale amministrativo federale ha pronunciato una sentenza su una decisione finale della COMCO (farmaci fuori lista) e due sentenze su decisioni intermedie inerenti all'inchiesta LIBOR. Il numero delle procedure di ricorso pendenti dinanzi al Tribunale amministrativo federale resta molto alto. Sono leggermente aumentate le notifiche di concentrazioni di imprese, ma nessuna di esse ha richiesto un esame approfondito. Il numero delle osservazioni di mercato, delle consulenze, di altre questioni trattate e delle prese di posizione nelle consultazioni degli uffici è rimasto alto e ha comportato per la Segreteria una mole considerevole di lavoro. Nel settore della legge sul mercato interno la COMCO ha presentato maggiori ricorsi relativi alle barriere cantonali all'accesso al mercato e alle gare d'appalto pubbliche.

5 Accordo di cooperazione con l'UE

5.1 Introduzione

Finora nell'applicazione della LCart la COMCO e la Segreteria non potevano cooperare con terzi. Non esistono infatti accordi con altre autorità della concorrenza che permettano alla COMCO una collaborazione formale nell'attuazione del diritto in materia di concorrenza. È vero che, nell'ambito della cooperazione nel *Competition Committee* dell'OCSE o dell'*International Competition Network (ICN)* l'autorità in materia di concorrenza può scambiare informazioni ed esperienze a livello informale con le altre autorità competenti, ma tutte le informazioni protette dal segreto d'ufficio sfuggono a questo scambio perché manca una base giuridica. Nel rapporto annuale del 2010 la COMCO aveva indicato tra i suoi compiti prioritari la lotta contro i cartelli internazionali e accolto con favore il conferimento, da parte del Consiglio federale, del mandato negoziale per la conclusione di un Accordo di cooperazione con l'UE.³

Al termine delle trattative, il 17 maggio 2013 il Consiglio federale ha firmato l'«Accordo tra la Confederazione Svizzera e l'Unione europea concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza»⁴ (di seguito Accordo) e il 22 maggio 2013 ha

approvato il messaggio concernente l'approvazione di tale Accordo.⁵ Secondo il Consiglio federale la mancanza di possibilità di cooperare con l'UE (e altre autorità della concorrenza) «ostacola l'attuazione efficace della legislazione svizzera in materia di concorrenza in caso di pratiche anticoncorrenziali transfrontaliere poiché rende difficile l'accesso ai mezzi di prova situati al di fuori del territorio svizzero. Essa genera anche un raddoppiamento del lavoro e una mancanza di coerenza nelle decisioni relative alle stesse fattispecie».⁶

Il Consiglio nazionale ha approvato l'Accordo nella sessione autunnale 2013 a grande maggioranza. Il 7 novembre 2013 la CET-S ne ha sospeso la trattazione per chiarire il rapporto con la concomitante revisione della LCart.

5.2 Contenuto dell'Accordo

Nella sezione seguente si spiegano in breve le singole disposizioni e il contenuto dell'Accordo. Lo scambio di informazioni e le disposizioni ad esso relative (art. 7-10 dell'Accordo) vengono invece trattate successivamente in un altro paragrafo (5.3).

5.2.1 Preambolo, scopo e definizioni

L'Accordo disciplina la cooperazione tra le autorità svizzere in materia di concorrenza e quelle europee. Si tratta di un accordo di diritto procedurale e non prevede un'armonizzazione materiale dei diritti in materia. In assenza di disposizioni materiali in comune e visto che l'Accordo non prevede un aspetto legato all'accesso al mercato, non si è posta nemmeno la questione di istituzioni congiunte. A parte lo scambio di informazioni che viene ora contemplato formalmente, che conferisce all'Accordo il carattere di un «second generation agreement», l'Accordo si basa sugli accordi che l'UE ha già stipulato con la Corea del Sud e il Giappone.

³ DPC 2011, 40 segg.

⁴ Cfr. comunicato stampa: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=48908>.

⁵ Per il messaggio e il testo dell'Accordo, cfr. http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/index_24.html.

⁶ Messaggio, FF 2013 3298 segg.

Il preambolo menziona alcuni principi di base che hanno diretto la negoziazione e la conclusione dell'Accordo. Fa inoltre riferimento alla raccomandazione dell'OCSE del 1995 sulla collaborazione tra gli Stati membri in caso di comportamenti anticoncorrenziali che ostacolano il commercio internazionale.⁷ La dichiarazione più importante per l'autorità svizzera della concorrenza è «*che i sistemi d'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione e della Svizzera si basano sugli stessi principi e prevedono norme analoghe*». In questo modo l'UE riconosce il principio dell'equivalenza tra i due ordinamenti giuridici sia secondo il diritto procedurale, sia secondo il diritto materiale.

Nella definizione dello scopo (art. 1) si ripete quanto già contenuto nei mandati di negoziazione delle due parti, confermando dunque il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Lo scopo dell'Accordo è «*di contribuire all'efficace applicazione del diritto della concorrenza di ciascuna Parte attraverso la cooperazione e il coordinamento, compreso lo scambio di informazioni, tra le autorità in materia di concorrenza delle Parti, ed eliminare o ridurre la possibilità di controversie tra le Parti in tutte le questioni riguardanti l'applicazione del diritto della concorrenza di ciascuna Parte*».

I termini principali vengono definiti nell'articolo 2: si spiega cosa s'intende con «autorità in materia di concorrenza» delle Parti; il «diritto della concorrenza» applicato da tali autorità, nonché «gli atti anticoncorrenziali», «gli atti di esecuzione», le «informazioni ottenute tramite il procedimento di indagine», le «informazioni ottenute nell'ambito della procedura di trattamento favorevole» e le «informazioni ottenute nell'ambito della procedura di transazione».

5.2.2 Notifica e coordinamento degli atti di esecuzione

Le autorità in materia di concorrenza delle due Parti si notificano a vicenda, per iscritto, gli atti di esecuzione che possono coinvolgere interessi rilevanti dell'altra Parte (art. 3 Accordo). Viene elencata una serie di casi in cui è necessario effettuare una notifica (art. 3 par. 2), il momento in cui vanno effettuate le notifiche relative alle concentrazioni e a questioni diverse dalle concentrazioni (art. 3 par. 3 e 4). Queste notifiche corrispondono ampiamente alla prassi in uso già ora presso le rispettive autorità delle due Parti.

Questa disposizione non include la notifica o l'invio di atti di pubbliche autorità. Dal momento che in passato ci sono stati dei conflitti in caso di invio diretto di decisioni dell'autorità europea in materia di concorrenza a imprese con sede in Svizzera, vi era l'intenzione di chiarire anche questo aspetto. Tuttavia, visto che nel caso opposto l'invio di decisioni della COMCO a imprese con sede nell'UE rientra nella competenza degli Stati membri, non è stato possibile chiarire la questione all'interno dell'Accordo stesso. In occasione della firma, il 17 maggio 2013, è comunque avvenuto uno scambio di note tra la Svizzera e l'UE⁸, che disciplina (per quanto possibile) l'invio degli atti d'esercizio dei pubblici poteri. In futuro la Commissione europea invierà alla COMCO le decisioni relative a imprese svizzere che non hanno un recapito nell'UE la quale a sua volta le trasmetterà alle imprese interessate. Gli altri documenti che non provengono da

«un'autorità sovrana» (come le richieste di informazioni senza la minaccia di sanzioni) continueranno a essere inviate direttamente al recapito svizzero delle imprese. L'UE non ha potuto offrire alla Svizzera una soluzione analoga per l'invio degli atti d'esercizio dei pubblici poteri a imprese con sede nell'UE. Tuttavia, nello scambio di note si impegna a informare gli Stati membri in merito alla procedura concordata con la Svizzera esortandoli a prendere in considerazione una soluzione di questo genere per l'invio degli atti d'esercizio dei pubblici poteri da parte della COMCO.

L'articolo 4 paragrafo 1 dell'Accordo crea la base legale affinché le autorità in materia di concorrenza possano coordinare gli atti di esecuzione riguardanti situazioni correlate. Questa disposizione consente ad esempio di coordinare la tempistica delle loro perquisizioni o le condizioni e gli oneri da rispettare per una concentrazione. Finora ciò era possibile soltanto con una letter of waiver dell'impresa o delle imprese coinvolte. Il paragrafo 2 elenca gli elementi di cui tenere conto per stabilire se determinati atti di esecuzione possano essere coordinati. L'autorità in materia di concorrenza di ciascuna Parte può limitare il coordinamento e procedere autonomamente a uno specifico atto di esecuzione (par. 3).

5.2.3 Cortesia passiva e cortesia attiva

Il principio della prevenzione dei conflitti (cortesia passiva) è sancito dall'articolo 5 dell'Accordo. L'autorità in materia di concorrenza di una Parte riserva un'attenta considerazione agli interessi rilevanti dell'altra Parte nell'esecuzione del suo diritto della concorrenza e nella prevenzione dei conflitti.

Il principio della cortesia attiva di cui all'articolo 6 consente inoltre a un'autorità in materia di concorrenza di chiedere alla stessa autorità dell'altra Parte di adottare determinate misure. La cortesia attiva non implica tuttavia che l'autorità in materia di concorrenza destinataria della richiesta debba adottare gli atti richiesti. Essa decide liberamente se e in quale forma soddisfare la richiesta. Non è ad esempio possibile che la Commissione europea chieda alla COMCO, tramite la cortesia attiva, di effettuare perquisizioni domiciliari in Svizzera per ottenere mezzi di prova su questo territorio.

Entrambe le disposizioni sulla cortesia passiva e attiva sono formulate in maniera non vincolante, in modo tale che si applicano principalmente a livello informale. Spetta alla singola autorità valutare liberamente se e in quale misura avvalersi di queste disposizioni e attivarsi sulla base di esse.

5.2.4 Disposizioni finali

Gli articoli 11 - 14 dell'Accordo contengono le (consuete) disposizioni finali. Le Parti si consultano, su richiesta di uno di loro, su qualsiasi questione possa sorgere in merito all'attuazione dell'Accordo. Sempre su richiesta prendono in considerazione la possibilità di sviluppare ulteriormente la loro cooperazione e si informano reciprocamente di qualsiasi modifica intervenuta nel loro

⁷ Cfr. <http://acts.oecd.org/Instruments/ListByCommitteeView.aspx> in Competition Committee C(95) 130/Final.

⁸ Cfr. FF 2013 3302 segg. e 3331 segg.

diritto della concorrenza (art. 11 par. 1 e 2). Le autorità in materia di concorrenza delle parti si riuniscono al livello appropriato, su richiesta di una di loro e discutono i temi elencati all'articolo 11 paragrafo 3 dell'Accordo.

Ai sensi del presente Accordo le comunicazioni avvengono in inglese e le autorità di entrambe le Parti designano un punto di contatto per facilitare la trasmissione delle comunicazioni (art. 12).

Entrambe le Parti preservano la totale autonomia nell'applicazione del rispettivo diritto della concorrenza. Di conseguenza l'Accordo non va interpretato diversamente (art. 13). L'articolo 14 regola infine l'entrata in vigore dell'Accordo ed eventuali modifiche.

5.3 Scambio di informazioni nello specifico

Gli articoli 7 - 10 dell'Accordo regolano lo scambio di informazioni tra le autorità in materia di concorrenza e diversi meccanismi di protezione nell'utilizzo e nella trasmissione di informazioni confidenziali. Per informazioni confidenziali si intendono sostanzialmente i mezzi di prova che si trovano presso un'autorità e che potrebbero essere utili anche all'altra autorità in materia di concorrenza nell'ambito di una procedura parallela.

Lo scambio di informazioni o di mezzi di prova previsto nell'Accordo è un elemento che finora mancava negli accordi di cooperazione con l'UE. L'Accordo tra la Svizzera e l'UE diventa pertanto un «second generation agreement», che estende notevolmente dal punto di vista qualitativo le possibilità di cooperazione tra le autorità in materia di concorrenza delle due Parti.

5.3.1 Scambio di informazioni

Lo scambio di informazioni di cui all'articolo 7 dell'Accordo è strutturato a cascata.⁹ Maggiore è la necessità di proteggere l'informazione oggetto dello scambio, tanto più rigide saranno le condizioni per la trasmissione (dall'assenza di criteri formali fino alla possibilità di negare la trasmissione).

Il principio dello scambio di informazioni è sancito dall'articolo 7 paragrafo 1 dell'Accordo. Per realizzare lo scopo dell'Accordo, le autorità in materia di concorrenza delle Parti possono «*scambiarsi pareri e informazioni sull'applicazione del loro rispettivo diritto della concorrenza*». Sono fatti salvi i requisiti da soddisfare secondo l'articolo 7 e secondo gli articoli 8 e 10, che concernono la protezione e l'utilizzo delle informazioni scambiate.

In un primo livello della cascata le autorità in materia di concorrenza possono discutere tutte le informazioni non confidenziali, incluse quelle ottenute tramite il procedimento d'indagine (art. 7 par. 2). Ciò riguarda anche le informazioni coperte dal segreto d'ufficio, quali le informazioni relative a un procedimento aperto o prima dell'avvio formale di un'indagine. Tuttavia si tratta esclusivamente delle informazioni orali tra le autorità, dal momento che lo scambio di documenti/mezzi di prova è fatto salvo secondo i paragrafi 3 e 4.

Il secondo livello riguarda lo scambio di documenti/mezzi di prova. Le autorità in materia di concorrenza possono scambiarsi tali informazioni solo previo consenso esplicito delle imprese da cui provengono (scritto o in un *wai-ver*) (art. 7 par. 3). In tal modo le imprese che autorizza-

no lo scambio rinunciano alla confidenzialità dell'informazione e consentono alle autorità in materia di concorrenza di trasmettersi le informazioni. Nella prassi ciò potrebbe riguardare piuttosto i casi dei progetti di concentrazione di imprese notificati da entrambe le parti che non le indagini su accordi in materia di concorrenza. Se i documenti scambiati contengono dati relativi a persone, tali dati possono essere trasmessi solo se l'altra autorità in materia di concorrenza sta indagando sullo stesso comportamento od operazione, o su comportamenti od operazioni correlati.¹⁰ In caso contrario, tali dati devono essere coperti per impedire la divulgazione di informazioni protette.

Il terzo livello non prevede il consenso delle imprese allo scambio di documenti o di mezzi di prova. In questo caso un'autorità in materia di concorrenza può trasmettere le informazioni solo alle tre condizioni seguenti e su richiesta formale dell'altra autorità (art. 7 par. 4). Nella prassi questo tipo di scambio di informazioni verrà utilizzato soprattutto per perseguire cartelli internazionali o in caso di abuso transnazionale di posizione dominante sul mercato.

- In primo luogo le informazioni possono essere trasmesse solo se le due autorità in materia di concorrenza stanno indagando sullo stesso comportamento o sulla stessa operazione, o su comportamenti od operazioni correlati (par. 4 lett. a). Ciò dovrebbe escludere in particolare il rischio di *fishing expeditions*. Inoltre, possono essere scambiate solo le informazioni già disponibili: è esclusa la richiesta di informazioni supplementari.
- In secondo luogo la richiesta deve soddisfare determinati requisiti formali: deve essere scritta, includere una descrizione generale del caso e menzionare le disposizioni giuridiche rilevanti; inoltre deve identificare le imprese oggetto dell'indagine o del procedimento la cui identità è disponibile al momento della richiesta (par. 4 lett. b).
- In terzo luogo le autorità in materia di concorrenza determinano in concertazione quali informazioni in loro possesso siano rilevanti e possano essere trasmesse (par. 4 lett. c). La concertazione avviene di solito oralmente ed è volta a evitare oneri eccessivi per l'autorità destinataria della richiesta.

A prescindere dal consenso delle imprese interessate, nessuna autorità in materia di concorrenza è tenuta a discutere informazioni ottenute tramite il procedimento d'indagine o a trasmetterle all'altra autorità in materia di concorrenza, in particolare se ciò è incompatibile con i suoi interessi rilevanti o se è indebitamente gravoso (art. 7 par. 5). Possono ad esempio costituire un interesse rilevante le riflessioni tattiche, nei casi in cui la divulgazione anticipata di informazioni potrebbe compromettere il successo delle indagini imminenti.

⁹ Per maggiori dettagli si rinvia al Messaggio, FF 2013, 3305 segg.

¹⁰ Il messaggio, FF 2013 3307, rinvia a questo proposito all'art. 4 cpv. 2 della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (LPD; RS 235.1).

Il quarto livello della cascata riguarda informazioni e documenti che sottostanno a una protezione particolare, quali le informazioni ottenute nel quadro di una procedura di trattamento favorevole o di una procedura di conciliazione. Tali informazioni possono essere trasmesse solo dietro esplicito consenso dell'impresa che le ha fornite (art. 7 par. 6). Questa limitazione è necessaria per far sì che i due principali istituti di applicazione del diritto non perdano il loro senso, dal momento che le imprese non potrebbero più contare sul trattamento confidenziale di queste informazioni. Tuttavia, nelle procedure relative ai programmi di clemenza o d'immunità (il cosiddetto «sistema del bonus») solo la notifica gode di una protezione particolare. I mezzi di prova forniti quali la corrispondenza o i mezzi di prova ottenuti nel quadro di una perquisizione domiciliare possono essere trasmessi secondo l'articolo 7 paragrafi 3 e 4.

Nel quinto livello della cascata l'autorità di una Parte non può scambiare informazioni se l'uso di tali informazioni le è vietato per ragioni costituzionali (art. 7 par. 7; principio della doppia barriera o *double barrier*). Ciò riguarda in particolare i principi costituzionali relativi all'ottenimento delle informazioni come il diritto al segreto professionale (*legal privilege*), il principio di non-autoincriminazione e altri divieti di trattamento degli elementi probatori.

Considerata la protezione completa prevista in entrambi gli ordinamenti giuridici per l'ottenimento di informazioni e i rispettivi divieti di trasmissione di cui al paragrafo 7 e considerata l'adeguata protezione legale nell'uso delle informazioni trasmesse (visione degli atti, diritto di audizione, diritto all'offerta di prove, diritto di ricorso contro una decisione finale) l'Accordo non prevede protezione giuridica per la trasmissione effettiva di informazioni confidenziali. La trasmissione di per sé non è una decisione secondo l'articolo 5 PA, in quanto non motiva né modifica diritti o obblighi. Le Parti coinvolte vengono però informate della trasmissione dei documenti.

Se un'autorità ha trasmesso informazioni rivelatesi poi inesatte, per ragioni legate alla protezione dei dati ne informa immediatamente l'autorità in materia di concorrenza dell'altra Parte che le corregge o le elimina (art. 7 par. 8).

5.3.2 Utilizzo delle informazioni

L'autorità in materia di concorrenza che riceve informazioni secondo l'articolo 7 non è libera di utilizzarle a suo piacimento, l'articolo 8 dell'Accordo stabilisce in tal senso limiti ben precisi.

In primo luogo le informazioni ottenute o trasmesse possono essere utilizzate solo dall'autorità in materia di concorrenza ricevente e solo ai fini dell'applicazione del diritto in materia (par. 1). La trasmissione alle autorità penali o fiscali non è ad esempio ammessa. L'utilizzo in una procedura penale contro persone fisiche è esplicitamente vietato (par. 4).

In secondo luogo le informazioni ottenute e trasmesse nel quadro di un procedimento d'indagine possono essere utilizzate solo per l'applicazione del diritto della con-

correnza dell'autorità ricevente nel caso di una stessa fattispecie, o nel caso di fattispecie correlate (par. 2).

In terzo luogo le informazioni trasmesse in virtù dell'articolo 7 paragrafo 4 senza il consenso dell'impresa possono essere utilizzate solo ai fini definiti nella richiesta (par. 3).

In quarto luogo l'autorità in materia di concorrenza di una Parte può chiedere che le informazioni trasmesse siano utilizzate a determinate condizioni da essa specificate. L'autorità in materia di concorrenza ricevente può utilizzare le informazioni in questione in modo contrario a dette condizioni solo con il consenso preliminare dell'autorità in materia di concorrenza che le ha trasmesse (par. 5).

5.3.3 Protezione e confidenzialità delle informazioni

Le informazioni trasmesse secondo l'articolo 7 sottostanno a regole esplicite sulla protezione e la confidenzialità (art. 9). Queste regole specificano il segreto d'ufficio valido per entrambe le autorità in materia di concorrenza e il rispetto del segreto d'affari.

Il paragrafo 1 prevede che le richieste di trasmissione di informazioni siano trattate come atti confidenziali. Soltanto le parti coinvolte nella procedura vengono informate nell'ambito delle loro garanzie costituzionali. Le informazioni ottenute sottostanno al segreto d'ufficio e d'affari e non possono essere rese accessibili a terzi e ad altre autorità (tribunali civili e penali, altri uffici). Sono previste deroghe solo per ottenere un ordine dell'autorità giudiziaria (lett. a), il diritto di consultazione dei documenti per le Parti oggetto di un procedimento (lett. b), la divulgazione alle autorità giudiziarie nelle procedure d'appello (Tribunale amministrativo federale e Tribunale federale per la Svizzera; lett. c) e la divulgazione qualora sia indispensabile per l'esercizio del diritto d'accesso ai documenti secondo il diritto di una Parte (lett. d). In tutti i casi in cui è prevista una divulgazione secondo il paragrafo 1, il segreto d'affari deve essere tutelato integralmente dall'autorità che riceve le informazioni.

Se l'autorità in materia di concorrenza di una Parte apprende che le informazioni sono state utilizzate o divulgate in modo contrario alle disposizioni dell'articolo 9, ne informa immediatamente l'autorità dell'altra Parte. Esse si consultano senza indugio sui provvedimenti da prendere per ridurre al minimo gli eventuali pregiudizi e per garantire che tale situazione non si ripeta (par. 2). Se ad esempio le informazioni dovessero finire in una procedura civile (causa di risarcimento), entrambe le autorità in materia di concorrenza devono prendere provvedimenti affinché un caso del genere non si ripeta in futuro.

Il paragrafo 3 assicura la protezione dei dati personali conformemente alle rispettive legislazioni delle Parti.

5.3.4 Trasmissione all'interno dell'UE e del SEE

La Commissione europea è soggetta, in virtù del suo ordinamento giuridico, a determinati obblighi di informazione nei confronti delle autorità competenti degli Stati membri e dell'Autorità di vigilanza AELS. L'articolo 10 precisa la portata di questi obblighi nel quadro

dell'applicazione dell'Accordo. La Commissione europea deve consultare le autorità competenti degli Stati membri e trasmettere una copia dei principali documenti raccolti (art. 11 e 14 regolamento 1/2003¹¹).¹²

Le informazioni comunicate alle autorità competenti di uno Stato membro o all'Autorità di vigilanza AELS sono utilizzate al solo fine dell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione da parte della Commissione europea e non sono divulgate (par. 2). In caso di trasmissione di informazioni all'autorità garante della concorrenza dell'UE, la COMCO ricorderà questi obblighi. In caso di dubbi sulla protezione delle informazioni, la COMCO può negarne la trasmissione finché non le vengono fornite le garanzie necessarie. Se vengono trasmesse informazioni in violazione di questi obblighi, la COMCO avvia senza indugio le necessarie consultazioni con la Commissione europea conformemente all'articolo 9 paragrafo 2 dell'Accordo.

5.4 Valutazione

Lo scambio di informazioni previsto ora nell'Accordo porta la cooperazione tra le autorità in materia di concorrenza (svizzera e dell'UE) a un livello che può rappresentare un vero valore aggiunto nell'attuazione dei diritti della concorrenza e nell'efficienza delle procedure. In tal senso, l'Accordo consentirà un'attuazione più efficace del diritto della concorrenza in Svizzera e nell'UE. Ciò che le imprese possono fare già oggi, in particolare coordinare a livello mondiale la loro difesa nelle indagini sui cartelli, potranno farlo anche le autorità svizzera ed europea in materia di concorrenza per l'applicazione del loro diritto in materia.

Il valore principale dell'Accordo non risiede però solo nello scambio di informazioni confidenziali e di mezzi di prova previsto dall'articolo 7. Di fatto questo scambio avverrà unicamente in casi sporadici. Il valore dell'Accordo risiede piuttosto nella possibilità di ottenere informazioni per il lavoro quotidiano delle autorità in materia di concorrenza che finora erano protette dal segreto d'ufficio.¹³ Inoltre, l'Accordo sancisce il principio dell'equivalenza dei due diritti della concorrenza.

Per la Svizzera e l'autorità svizzera in materia di concorrenza il nuovo Accordo è un grande passo in avanti nella collaborazione internazionale. Finora non vi era alcuna possibilità formale, adesso invece la cooperazione con l'UE raggiunge un livello (per il momento) unico al mondo.

¹¹ Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 [ora 101 e 102] del trattato, GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1 e segg.

¹² Per maggiori dettagli si rinvia al Messaggio, FF 2013 3311 segg.

¹³ Cfr. anche la NZZ del 18.5.2013, pag. 27.

A 1.	4. Annual Report 2013 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Foreword from the President	61	3.5.1	Notaries	70
2	Most Important Decisions in 2013	62	3.5.2	Activities in other sectors	70
3	Activities in Individual Sectors	63	3.6	Investigations	71
3.1	Construction	63	3.7	International	71
3.1.1	Bid rigging	63	3.8	Revision of the Cartel Act – Progress Report	71
3.1.2	Further topics	64	4	Organisation and Statistics	72
3.1.3	Special topic: Consortia	64	4.1	Competition Commission and Secretariat	72
3.2	Services	65	4.2	Statistics	73
3.2.1	Financial services	65	5	The Cooperation Agreements with the EU	74
3.2.2	Liberal professions and professional services	65	5.1	Introduction	74
3.2.3	Health markets	66	5.2	Content of the Agreement	75
3.3	Infrastructure	66	5.2.1	Preamble, purpose and definitions	75
3.3.1	Telecommunications	66	5.2.2	Notifications and coordination of enforcement activities	75
3.3.2	Media	67	5.2.3	Negative and positive comity	76
3.3.3	Energy	67	5.2.4	Final provisions	76
3.3.4	Other sectors	68	5.3	Focus on the exchange of information	76
3.4	Product Markets	68	5.3.1	Exchange of information	76
3.4.1	Consumer goods industry and retail trade	68	5.3.2	Use of information	77
3.4.2	Watch industry	69	5.3.3	Protection and confidentiality of information	78
3.4.3	Automotive sector	69	5.3.4	Transmission within the EU and the European Economic Area	78
3.4.4	Agriculture	70	5.4	Assessment	78
3.5	Internal Market	70			

1 Foreword from the President

Once again in 2013, the decisions of the Competition Commission and the work of the Secretariat focused on the key themes tackled in the last few years (**hard cartels** and in particular **bid rigging** and **market foreclosures**). Investigations into price-fixing agreements in the field of aviation, bid rigging in the road-construction industry in the Canton of Zurich and into restraints on parallel imports of French-language books were concluded with sanctions being imposed on the companies at fault. In the internal market, the Competition Commission recommended the opening up of the cantonal markets for notarial services, which are currently subject to restrictions. In a preliminary investigation, the Secretariat was unable to detect any signs that foreign exchange benefits due to the strong Swiss franc had not been passed on to consumers as a result of unlawful restraints of competition. The Secretariat opened seven new investigations in 2013 into the key themes mentioned above and expanded two existing investigations into bid rigging agreements.

The Competition Commission was called on to decide a special case relating to the watch market – special because it is probably unique in international terms. For historical reasons the Swatch Group has held a dominant position in the market for mechanical watch movements and assortments (the regulating components of a mechanical watch movement). It supplies these core components to a large number of Swiss watch manufacturers for mechanical “Swiss-made” watches that are highly successful globally. The Swatch Group has expressed the intention of phasing out the supply of these products to Swiss watch manufacturers. A reduction in supply that is too rapid would probably constitute an abuse of the dominant position – the watch manufacturers would be obstructed in the market for mechanical watches, if not actually excluded from it. The Swatch Group therefore sought to find a solution for phasing out supplies in accordance with the Cartel Act by means of an amicable settlement with the Secretariat. In this amicable settlement, the Secretariat had the task of finding a balance between reducing supplies from the Swatch Group and the availability of products from alternative manufacturers, so as to maintain “effective” competition in the market for mechanical watches.

The Secretariat and the Swatch Group reached an amicable settlement in the spring of 2013 and, following a market trial, submitted it to the Competition Commission for approval. The hearings held by the Competition Commission for the watch manufacturers concerned showed that a discontinuation of supplies may be regarded as acceptable in relation to mechanical watch movements, but must be regarded as premature in relation to assortments due to the lack of sufficient alternatives. This eventually led to a second, revised amicable settlement, which allows the Swatch Group to gradually reduce the supply of mechanical watch movements by the end of 2019 and ultimately to stop supplies altogether, without abusing its dominant position. The duty to supply assortments continues for the time being. A reduction or termination of these supplies is possible in the

future, but depends on future market developments (creation of alternative sources of production).

The special feature of this case was that there was no abuse by a dominant undertaking to be assessed or sanctioned. Instead, the task was to regulate a planned practice so that no such abuse could occur. With regard to the aim of the Cartel Act, “*to prevent the harmful economic or social effects of cartels and other restraints of competition and, by doing so, to promote competition in the interests of a liberal market economy*”, such intervention by the competition authorities is not only consistent with this aim, but almost essential.

Prof. Dr. Vincent Martenet
President of the Competition Commission

2 Most Important Decisions in 2013

In the Canton of Zurich between 2006 and 2009, **road construction companies** agreed on prices in advance in the case of around 30 invitations to tender and decided who should be awarded the contract. In its decision of 22 April 2013, the Competition Commission imposed fines on 12 construction companies totalling approximately half a million francs. In relation to one company, the Competition Commission remitted the fine in full due to the company's voluntary report. The investigation began in June 2009 with an unannounced inspection. It revealed around 30 bid-rigging arrangements. The contract volume of the unlawful agreements amounts to just under CHF 13 million.

In an order dated 27 May 2013, the Competition Commission sanctioned ten wholesalers of **French-language books** due to unlawful territorial agreements, imposing fines totalling around CHF 16.5 million. The ten wholesalers prevented Swiss bookshops in the period from 2005 to 2011 from purchasing books from abroad – in particular in France – at lower prices. To achieve this, the wholesalers developed distribution systems designed to restrict competition in the procurement market for French-language books. It was impossible for the bookshops to purchase books from abroad during the period under investigation due to exclusive agreements between the wholesalers and the publishers. As a result of this market foreclosure, the wholesalers were able to maintain and thus exploit inflated prices for books in Switzerland. As a specific example of the campaign against market foreclosures, this decision is of great importance for competition in Switzerland. An appeal is currently pending before the Federal Administrative Court.

Under cantonal law, Swiss **notaries** cannot have their practising certificates recognised in other cantons. Their activities are limited to the territory of one canton. The Competition Commission therefore recommended on 23 September 2013 that the cantons recognise equivalent qualifications of professional notaries from other cantons who work in private practice. This will greatly facilitate the mobility of professional notaries in private practice within Switzerland. Restrictive measures such as domicile requirements, provisions on reciprocal rights or citizenship requirements should be abolished. In addition, cantons with public notarial offices should also consider applications from notaries who have qualified in another canton when recruiting staff. At the same time the Competition Commission recommended that the Federal Council, as part of the current revision of the Civil Code (Final Title of the Swiss Civil Code on public certification), should as planned introduce legislation that makes it possible for notaries to arrange for the registration of public deeds relating to real estate transactions in cantonal land registers throughout Switzerland. Currently, an agreement relating to a real estate transaction must be certified by a notary in the canton in which the property is located. The inter-cantonal recognition of public deeds relating to real estate transactions could allow clients to benefit from a broader range of services and choose a notary from anywhere in Switzerland according to their needs in terms of quality, service and price.

On 21 October 2013, the Competition Commission concluded the investigation into the **Swatch Group's** planned implementation of its new supply policy and approved an amicable settlement between the Secretariat and the Swatch Group. This gives the Swatch Group the opportunity to phase out the supply of mechanical watch movements. The obligation to supply will continue until 31 December 2019. Based on the average for the years 2009–2011, the Swatch Group and ETA must supply 75 % of the previous volume in 2014/2015, 65 % in 2016/2017 and 55 % in 2018/2019. In addition, the Swatch Group and ETA agree to give equal treatment to all customers. Furthermore, the SME clause allows a derogation from this arrangement in cases of special hardship for the benefit of affected customers. Should market conditions develop in a manner that is substantially different from what is expected, the Competition Commission reserves the right to reassess the obligation to supply. The Competition Commission also regarded a reduction in supplies for assortments possible in principle; but at present such a move would be premature. The decisive factors here are current market conditions and the uncertainty over developments in this industry. The Competition Commission will monitor developments closely (test phase at various manufacturers).

In an order dated 21 October 2013, the Competition Commission decided to discontinue the investigation relating to **cosmetic products** that are primarily sold through beauty salons. The restraints of competition under investigation (territorial protection agreements, restrictions on online trading and price recommendations) do not harm competition to a substantial extent. The Competition Commission reached this conclusion by taking account of the negligible market share of the businesses under investigation, the low market concentration and the rather modest international price differences. In addition, the businesses under investigation voluntarily amended the problematic contract clauses, expressly declared the price recommendations to be non-binding, and notified their customers accordingly.

In a preliminary investigation the Secretariat examined the extent to which 22 suppliers of well-known brands as well as Coop, Denner and Migros have passed on foreign exchange gains made from a selection of everyday consumer goods, and whether any **failure to pass on foreign exchange benefits** could be due to unlawful restraints of competition. The survey of market participants neither provided specific indications of unlawful horizontal or vertical price-fixing agreements, nor revealed sufficient evidence of restraints on parallel imports that would be problematic under competition law. Nor was it possible to identify any indications of improper practices by a dominant undertaking. Accordingly, there were no grounds for opening proceedings against Coop, Denner, Migros or any of the 22 brand product suppliers. Most of the brand product suppliers interviewed granted the retailers improved terms. According to the data they provided, in most cases the retailers passed these advantages on to their customers in full.

By order dated 2 December 2013, the Competition Commission sanctioned 11 airlines for unlawful price-fixing agreements in relation to **air freight**, with fines totalling around CHF 11 million. The investigation re-

vealed that various airlines had agreed on pricing elements in relation to air freight. Agreements concerned freight rates, fuel contracts, war risk surcharges, customs clearance charges for the USA and the commission paid on contract awards. Based on the practices relating to the various price elements, the competition authorities were able to prove a horizontal price-fixing agreement. The specific features of the investigation mainly were the scope and complexity of the proceedings and the use of a wide range of air traffic agreements with other states. Of the air traffic agreements, the one with the European Union (EU) is particularly worthy of mention. Due to this agreement, in the investigation the Competition Commission also had to apply the European rules on competition, which are an integral part of the agreement and thus also apply in Switzerland. The Competition Commission also applied the Swiss Cartel Act in parallel. Appeals are pending before the Federal Administrative Court.

On 3 December 2013, the Federal Administrative Court allowed the appeals filed by Pfizer AG, Eli Lilly (Swiss) SA and Bayer (Switzerland) AG and overturned the three fines totalling CHF 5.7 million imposed by the Competition Commission. In three sanctions rulings dated 2 November 2009, the Competition Commission held that the pharmaceutical companies Pfizer AG, Eli Lilly (Swiss) SA and Bayer (Switzerland) AG had fixed the retail prices for their off-list **medicines** for treating erectile dysfunction, Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) and Cialis (Eli Lilly), in the form of recommended retail prices and had thus implemented an unlawful agreement affecting competition under Article 5 paragraph 1 in conjunction with paragraph 4 Cartel Act. In its analysis of the relevant competitive relations, the Federal Administrative Court concluded that the general conditions under the law on therapeutic products ("prescription only" requirement and ban on public advertising) in view of the psychologically effective "embarrassment factor" among the patients concerned prevented price competition within the market at the level of retail outlets to the extent that a statutory reservation in terms of Article 3 paragraph 1 Cartel Act must be assumed. Accordingly it took the view that the Cartel Act did not apply to the matter in dispute, which meant that the contested sanction rulings had no legal basis. The Competition Commission and the Department have challenged the judgments in an appeal to the Federal Supreme Court.

Finally, in a judgment dated 19 December 2013, the Federal Administrative Court dismissed the appeals by the **Elmex** manufacturer GABA International AG (Gaba) and its Austrian licensee Gebro Pharma GmbH (Gebro) against the ruling on sanctions issued by the Competition Commission on 30 November 2009. In the ruling, Gaba was fined CHF 4.8 million and Gebro CHF 10,000. The Federal Administrative Court regarded a clause in the licence agreement between the two companies that applied until 1 September 2006 as an unlawful vertical territorial agreement under the Cartel Act. The Federal Administrative Court upheld the Competition Commission's interpretation, according to which a clause agreed-to in writing which prohibited passive sales from Austria and thus parallel imports into Switzerland (an export ban) constitutes an agreement under Article 5

paragraph 1 in conjunction with paragraph 4 Cartel Act, which significantly restricts competition. Justification on economic efficiency grounds remains possible, but does not apply in the present case, with the result that the agreement is unlawful. The court confirmed the view of the lower court, according to which such agreements fall under the sanction provisions of Article 49a Cartel Act and must accordingly be sanctioned. The unsuccessful parties have filed appeals with the Federal Supreme Court.

3 Activities in Individual Sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

In January 2013, the Secretariat began a preliminary investigation into **reporting systems of cantonal building contractors' associations**. As established in the investigations into the agreements in the roads and civil engineering sectors in the cantons of Aargau¹ and Zurich, these construction company reporting systems can encourage bid rigging. The Secretariat examined whether, and, if so, which building contractors' associations use these reporting systems. In order to establish a practice that is unobjectionable under competition law, in the summer of 2013 the Secretariat made various proposals, including that the names of the participating companies should no longer be made known before the deadline for submission of offers. It is expected that the preliminary investigation will be completed at the beginning of second quarter of 2014.

On 30 October 2012, the Secretariat began the **Lower Engadin construction** investigation into various companies in the sector for roads and civil engineering, surfacing work and building construction, as well as related upstream markets, and conducted an unannounced inspection. The Secretariat had received indications that several companies had entered into agreements to coordinate the award of contracts and to allocate construction projects and customers. Based on the results of these enquiries, the investigation was expanded on 22 April 2013 to include further companies and to cover the entire **Canton of Graubünden**. Once again, an unannounced inspection was carried out. The documents identified and obtained are currently being analysed.

On 5 February 2013, the Secretariat opened the **tunnel cleaning** investigation into three companies active in various regions and carried out unannounced inspections. The Secretariat had received indications that the companies had entered into price-fixing agreements in violation of competition law in order to coordinate the allocation of contracts and customers. Evaluation of the seized data secured has largely been completed. The Secretariat also conducted a comprehensive market survey of the authorities responsible for awarding tunnel cleaning contracts.

¹ See RPW 2012/2, p. 273 f., no 8 ff.

On 15 April 2013, the Secretariat opened the **Bauleistungen See-Gaster** investigation into six companies in the roads and civil engineering sector with an unannounced inspection. The Secretariat had received indications that several companies had entered into agreements to coordinate the award of contracts and allocate construction projects and customers. On 21 October 2013, the Secretariat extended the investigation to include two further companies in the target region; unannounced inspections were again carried out. Evaluation of the seized data has basically been completed.

In the investigation into **roads and civil engineering in the Canton of Zurich**, hearings before the Competition Commission were held in spring 2013. In an order dated 22 April 2013, the Competition Commission imposed fines on several construction companies totalling around half a million francs. One company was completely exempted from sanctions because it reported itself and cooperated with the competition authorities. In the case of three companies, the Competition Commission closed the investigation without taking any action because no violation of competition law could be proven. In the absence of appeals, the ruling has become legally binding. The case related to bid rigging in the roads and civil engineering sector. When an invitation to tender was issued, the construction companies agreed in advance which company would be awarded the contract and agreed on the bids to be made. The Competition Commission was able to prove that such agreements existed in relation to some 30 invitations to tender between 2006 and 2009. The fines were calculated on the basis of the value of the contracts that the construction companies had been awarded, while also taking account of the severity of the restraint of competition and the number of times the companies had participated in rigging bids.

Appeals are still pending before the Federal Administrative Court against the Competition Commission order relating to bid rigging in the **roads and civil engineering sector in the Canton of Aargau**.

3.1.2 Further topics

The investigation into **bathrooms**, opened on 22 November 2011, was completed on schedule. After questionnaires were sent out and physical and electronic data seized during unannounced inspections were analysed, numerous interviews with parties and witnesses were held in the autumn of 2012. In 2013, the Secretariat again sent questionnaires to the parties and various sanitary facilities manufacturers, conducted negotiations with the Swiss wholesalers' association for the sanitary facilities industry on an amicable settlement and conducted final hearings. In addition, the Secretariat drafted a proposed decision.

The investigation into **door products** was put on hold in the first half of 2013 in order to concentrate on other proceedings, but major progress was made in the second half of the year. The documents obtained in 2012 have been analysed and a proposed decision is being drafted.

Following the two investigations into bid rigging in the **roads and civil engineering sectors in the Canton of Aargau and the Canton of Zurich**, several public sector

clients requested access to the case files, particularly with regard to the contracts they had awarded. The requests were a consequence of the partial anonymity of certain decisions (it is not possible to identify specific contract awards). Clarification as to whether, and if so, to what extent, these requests to inspect the files can be met is currently underway.

Appeals are still pending before the Federal Administrative Court against the Competition Commission's decisions relating to **builders' supplies for windows and French doors**.

3.1.3 Special topic: Consortia

In the context of the partial revision of the Cartel Act (cf. 3.8), various parties have argued in connection with the partial cartel ban in the case of particularly harmful agreements affecting competition that consortia have already been particularly strictly assessed by the competition authorities and that consortia would be prohibited in future in the event of the adoption of the partial cartel ban (see for example the *Gewerbezeitung* of 4 October 2013; *Handelszeitung* of 24 October 2013, p. 18). These allegations are incorrect. This is easily proven by the fact that in neighbouring countries where bans on cartels apply, consortia are still widespread and generally recognised as lawful. The Federal Council, the working group for the revision of the Cartel Act, and the Secretariat have therefore held various explanatory meetings with associations, construction companies and local authorities. The following points should be stressed:

- in principle, consortia are and remain unproblematic under competition law.
- the targets of Competition Commission proceedings so far have been bidding cartels, not consortia.
- many of the reasons for forming consortia are essentially harmless under competition law.

In principle, consortia are and remain unproblematic under competition law. Although consortia are "arrangements" in the colloquial sense, they normally do not constitute agreements affecting competition under Article 4 paragraph 1 Cartel Act, as this would require that they would have the aim or effect of producing a restraint of competition. Normally, consortia do not. On the contrary, they often promote competition in that they enable businesses (in particular SMEs) that might otherwise be unable to do so, to bid for and carry out a specific project. However, Article 5 Cartel Act, which determines which agreements affecting competition are unlawful and which would also include the partial cartel ban, applies only to agreements affecting competition as defined in the Cartel Act. The competition authorities must prove whether such an agreement affecting competition exists under both currently applicable as well as future legislation. Only where consortia restrict competition by way of exception do they qualify as agreements affecting competition as defined in the Cartel Act and thus require investigation.

Competition Commission cases to date have related to bid rigging, not consortia. In the investigations into the roads and civil engineering sector in the cantons of

Aargau and Zurich and into electrical installations in Bern, bid rigging was in the spotlight. In such cases, companies agree with each other in advance who should be awarded a contract, and the other companies submit higher bogus bids in order to provide a semblance of probity. Such bid rigging agreements are obviously harmful to competition and violate competition law. Consortia have only been investigated when they have been involved in such bid rigging practices. In the case relating to electrical installations in Bern, for example, companies formed consortia for the purpose of individual bids, but did not disclose this fact to the clients. Instead the consortium partners submitted separate bids, giving the impression that they were competing with each other and thus deceiving the clients. These were not consortia in the true sense, but bidding cartels (which were designated or disguised as consortia). The Competition Commission has never investigated nor prohibited genuine consortia because they are, in principle, unproblematic.

There are many lawful reasons for forming a consortium. Occasionally it is claimed that the Competition Commission only regards consortia as unobjectionable under competition law if the consortium partners could only carry out a specific project if they joined together. This suggestion is incorrect. It should be noted that the Competition Commission has not considered consortia in the content of its decisions, but has only notionally defined consortia. In doing so, it has certainly not provided a conclusive list of all the reasons why consortia should be regarded as unproblematic. Consortia are often formed in order to make a bid that could otherwise not be made. This may be due to lack of expertise, financial constraints, lack of capacity or clustered risks. Forming a consortium may also make it possible to submit a more competitive offer (better price-performance ratio). Such consortia promote competition and are unobjectionable under competition law, and the revision of Article 5 Cartel Act will not change this situation.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the financial services sector, the Secretariat concentrated on making progress with ongoing proceedings. These involve the investigation into agreements to influence the reference interest rates **Libor**, **Tibor** and **Euribor**, as well as derivatives based on these rates. In this connection, obtaining data from abroad has proved to be very complex and time-consuming. The difficulties relate to data from companies located in the UK, France or the USA, because these countries have legislation prohibiting the disclosure of personal data in Switzerland or making such disclosure subject to restrictive conditions. In two cases, the Secretariat had to issue **orders to provide information**. One order involved the interdealer broker ICAP, which took the position that it could not release data without a court order, as it would otherwise contravene the UK Data Protection Act 1998 (DPA). The Secretariat decided that foreign law that might preclude the disclosure of information does not override the obligation to provide information under Article 40 Cartel Act. ICAP contested the information ruling, but the Federal

Administrative Court held that although the disadvantage to ICAP was not insubstantial due to a potential violation of the DPA, this was of less significance than the public interest in a prompt investigation. It therefore required ICAP to respond to the request for information. ICAP regarded the judgment as the court order required for the release of data in accordance with the DPA. A second information ruling was issued to the Swiss subsidiary of a French group of companies. It refused to respond to a questionnaire from the Secretariat, arguing that the questionnaire should be addressed to its French parent company. The Federal Administrative Court rejected the appeal. It held that the Swiss subsidiary was obliged to forward the information ruling to the correct recipient within the group, in this case the French parent company.

The second investigation relates to **credit card interchange fees**. In the reporting year, large amounts of data were collected, which are still being evaluated. A preliminary investigation considered the introduction of a new fee by MasterCard (the **pre-authorization fee**). In addition, in autumn a further preliminary investigation on possible agreements on exchange rates in **currency trading** between various banks was opened.

3.2.2 Liberal professions and professional services

In the liberal professions sector, proceedings are currently being conducted into the tourism industry relating to the contractual terms of **online booking platforms for hotels**. The investigation concerns the companies Booking.com, HRS and Expedia. The analysis focuses on what is known as the “best price guarantee” clause, which requires a hotel to charge a guest who has booked a room through an internet booking platform the best price that is offered. Another clause concerns a ban on quotas, which requires a hotel to make all its rooms available to a platform. These clauses could prove problematic under the Cartel Act and led to detailed investigations being carried out over the course of the year. Other competition authorities abroad have also decided to investigate these practices.

Another preliminary investigation was concluded after an agreement was reached with the company in question. At issue was a **cruise operator’s** sales system. This company did not allow companies that were members of its sales network (travel agencies based in Germany) to sell trips from its German catalogue to customers who did not live in Germany. In other words, it was impossible for a Swiss customer to book a cruise sold by a German agency and described in a German catalogue at the price charged in Germany. After the competition authorities intervened, the company concerned agreed to modify its conduct and in future to authorise the agencies in its sales network to sell their organised cruises to customers living in Switzerland as well.

The sector for **information technology**, programmes and equipment also saw a large number of investigations. One concerned the maintenance of a particular category of IT equipment. According to certain complaints received against it, the company concerned was abusing its dominant position by tying the purchase of updates of the software required to use its computer equipment to maintenance contracts. In the same case,

and in one other case, the issue of the maintenance carried out by foreign providers also had to be analysed. According to information received, some software providers were making it more difficult for the end consumer to conclude a maintenance contract with a company other than that provided by the seller of the product concerned. Finally, complaints were regularly received about various companies for imposing prices that are higher in Switzerland than abroad. Some of these proceedings are still ongoing. The others were concluded without action being taken.

Lastly, as is regularly the case at the start of the ski season, the Secretariat received complaints from **ski schools** regarding the allegedly abusive conduct of certain ski lift companies. The complaints relate to advantages accorded to “traditional” ski schools in certain resorts that are not given to rival schools or schools established more recently. Where the matter involves a private dispute, the Secretariat generally recommends the aggrieved party to take the matter to the local civil court.

3.2.3 Health markets

The investigations in the case relating to the **commercialisation of electronic medical information** required for the distribution, supply and billing of medicines in Switzerland were continued in 2013. Questionnaires were sent to more than three hundred companies in Switzerland. The responses are currently being examined.

The preliminary investigation into the **agreement** proposed by *santésuisse* and signed by health insurance companies relating to **advertising and the acquisition of insurance customers** revealed that the agreement on soliciting customers (fixing the commission for brokers, agents and providers of similar services at a maximum CHF 50.-, boycott of call centres) is an agreement under Article 5 paragraph 3 letters a and b Cartel Act that significantly restricts competition among health insurance companies. In 2012, the Federal Council approved the new Act on the Supervision of Social Health Insurance (HISA) and submitted it to Parliament. Article 18 paragraph 2 of the Act provides that the Federal Council may regulate remuneration for agency activities and the costs of advertising. As the Council of States has approved the HISA, the National Council will debate it soon. In view of this, the Secretariat decided to suspend the preliminary investigation pending the decision of Parliament. If Parliament does not enact Article 18 paragraph 2 HISA and the health insurance companies stand by the agreement, then the proceedings will be continued. In this event, the health insurance companies will risk the opening of an investigation and the imposition of related sanctions.

The investigation into the market for **hearing aids** was completed in 2013. The analysis of the data relating to the period following the introduction of the new flat-rate system for reimbursing the cost of hearing aids provided the evidence needed to close this preliminary investigation. The responses to the interim report and additional interviews failed to substantiate the assumption that both the recommended retail prices on the hearing aid lists and those on the manufacturers’ price lists that are given

to the hearing aid specialists are attributable to the hearing aid manufacturers. It became apparent that the Federal Social Insurance Office (FSIO) had a significant influence on the publication and the specific structure of the recommended retail prices on the tariff lists. In practice, it was impossible to ascertain whether a hearing aid specialist in a specific case followed the official recommended retail price on the hearing aid lists or the price on the manufacturers’ lists, as the prices on both lists were largely identical. With a view to encouraging competition in the market for hearing aids, the Secretariat would welcome the separation of the advisory activities of hearing aid specialists from the sale of the devices themselves. This separation could reduce the false incentives for hearing aid specialists.

In the preliminary investigation relating to the **distribution of medical aids and appliances in the Canton of Vaud**, the Secretariat submitted its final report on the preliminary investigation in autumn 2013. The Secretariat took the view that the measures that came into force on 1 January 2013 allowed the case to be closed without further action. These measures taken by the Association Vaudoise d’Aide and de Care à Domicile (AVASAD, Vaud Association for Assistance and Care at Home) provided in particular for an end to tariff recommendations, unrestricted provision of supplies to the centres for medical aids and appliances and the creation of a list of providers that will be distributed to professionals.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

On 18 July 2013, the Competition Commission opened an investigation into Swisscom (Schweiz) AG. It aims to reveal whether Swisscom has abused its market position **in relation to broadband internet** for business customers in order to obstruct competitors in contractual bidding procedures. Specifically this relates to an invitation to tender issued by Swiss Post, in which Swisscom and two other telecommunications service providers bid for the contract to link all Swiss Post offices in Switzerland to the same broadband internet network. The two other providers relied on wholesale products from Swisscom in order to make their bids to Swiss Post. There are indications that Swisscom set the prices for wholesale products at such a high level that the other telecommunications service providers were unable to make competitive offers to Swiss Post.

The investigation related to a **review of the Tele 2 v. Swisscom case** was concluded by an order dated 18 March 2013. Swisscom had requested that the ban agreed to with the Competition Commission on enclosing advertising with bills for subscriber connections be lifted, based on the option under the telecommunications law of “set-off of connections of the fixed network”. It was apparent that there had been no substantial change in the legal and factual circumstances that could have justified revoking the amicable settlement of May 2002. Accordingly the request for review was dismissed.

The Competition Commission also had to assess two **company mergers** relating to telecommunications, which were judged to be unobjectionable at the preliminary examination stage.

3.3.2 Media

In the investigation into **book pricing in French-speaking Switzerland**, the Competition Commission concluded in an order dated 27 May 2013 that in the period from 2005 to 2011 ten wholesalers of French-language books prevented Swiss bookshops from purchasing books from abroad – in particular in France – at lower prices. To do so, the wholesalers established distribution systems that they used to restrict competition in the procurement market for French-language books. Based on exclusive agreements between the wholesalers and publishers, the bookshops were unable to purchase books abroad during the period of the investigation. Accordingly between 2005 and 2011, practically no parallel imports took place, as attempts by the bookshops to source books directly from abroad at cheaper prices failed. As a result of this market foreclosure, the wholesalers were able to maintain inflated price levels for books in Switzerland. The Competition Commission fined the ten wholesalers a total of around CHF 16.5 million due to unlawful territorial agreements. Most of the companies fined have filed appeals with the Federal Administrative Court.

The investigation into **pricing policy and other practices** opened against the Swiss Press Agency (SDA, Schweizerische Depeschagentur) was continued in the reporting year, as planned. It is intended to reveal whether the SDA abused its possible dominant position by obstructing competitors and discriminating against clients. A preliminary investigation disclosed signs that the SDA's discounting policy, which grants exclusivity discounts, aimed to squeeze out existing competitors and prevent others from entering the market.

The preliminary investigation opened in 2012 into the **Goldbach Group's TV/radio marketing** is well advanced. It examines the question of abuse of a possible dominant position in television and radio marketing by the Goldbach Group. It focuses in particular on the pricing policy, the granting of various forms of discount and the possible implementation of a strategy to squeeze out competitors.

In April 2013 the Competition Commission opened the investigation into **Broadcasting Live Sport on Pay TV**. The aim is to clarify whether CT Cinetrade AG unfairly denied certain programming to TV platform providers competing with Swisscom TV and whether Cinetrade discriminated against certain TV platform providers and end customers, in that the Teleclub services can be obtained via Swisscom TV at lower prices than via other TV platforms, even though Swisscom TV offers a wider range of sports programmes. Finally, this investigation should clarify whether there is an unlawful tie-in arrangement under the Cartel Act if end customers can only receive the Teleclub sports channels if they also subscribe for a basic package. In May 2013, three cable network operators applied for precautionary measures to be ordered and basically requested that certain programming and supply options be made freely available. In an order dated 8 July 2013, the Competition Commission rejected these applications. The related appeal proceedings are still pending.

In 2013, the Competition Commission was also required to assess several **company mergers** in relation to the media: in the planned merger between Tamedia / Ringier / jobsuchmaschine, Tamedia AG and Ringier AG planned to take joint control of Jobsuchmaschine AG. In the case of Tamedia / PPN AG, Tamedia gave notice of the acquisition of the sole control of PPN Switzerland AG, a company previously controlled jointly with the Neue Zürcher Zeitung AG, Ringier and cXense AS. In the case of Tamedia / Schibsted / SCMS / piazza.ch / car4you, Tamedia and Schibsted Classified Media NV plans to take joint control of Schibsted Classified Media Switzerland AG, the company division piazza.ch and the car4you Switzerland AG. In the case of Tamedia / Starticket, Tamedia gave notice of its intention to take sole control of Starticket AG. Finally, Tamedia reported the takeover of a majority shareholding and control of Ziegler Druck- und Verlags AG. In the case of PubliGroupe / S1TV, notice was given of the establishment of joint control of S1TV AG by Publigroupe S.A. and its subsidiaries as well as the founders of S1TV. In the case of Mediaspectrum, Inc. / Publigroupe S.A. / xentive sa, Mediaspectrum, Inc. and a third party appointed by Mediaspectrum planned to acquire a 51 % shareholding in xentive sa, which had until then been under the sole control of Publigroupe. It was thus intended that Xentive be jointly controlled by Mediaspectrum and Publigroupe after the merger was completed. Lastly, in the case of Orell Füssli / Thalia, notice was given of the establishment of a full-function joint venture in relation to the sale of books and complementary products to end customers in Switzerland. Following an assessment in a provisional examination, all these mergers were given the green light by the Competition Commission.

3.3.3 Energy

Following an objection procedure, in February 2013 a preliminary investigation was opened into the cooperative VSG ASIG (VSG) and its members. The preliminary investigation is to ascertain whether the provisions of what is known as the **associations' agreement on access to the natural gas network** reported by VSG and its members could constitute unlawful restraints of competition under Article 5 paragraph 3 and 4 and / or Article 7 Cartel Act. The associations' agreement is a set of provisions under private law that has been concluded between VSG (as representative of the network operators) and the natural gas interest group as well as the interest group for energy-intensive industries (as representative of the industrial gas consumers and network customers), and which sets out the conditions for third-party transport to industrial natural gas customers. The Secretariat briefed the parties in December 2013 in a detailed final report – and with express reference to the continuing threat of sanctions – on its competition law-related concerns with regard to certain provisions, in particular individual network access criteria. The gas industry has made adjustments to most of the clauses, so that the Secretariat's concerns have already been taken into account in the course of the preliminary investigation.

In March 2013, the Secretariat began the preliminary investigation into the **ewb ownership strategy**. The preliminary investigation aims to show whether Energie

Wasser Bern (ewb) has abused or is abusing its allegedly dominant position in the supply markets in downstream/adjacent markets and has thus prevented other companies from entering into or exercising competition in these markets. The focus of the investigations is possible preferential treatment given to its own subsidiaries by means of cross subsidies from the monopoly sector, any use of market and customer data and/or other information from the monopoly sector as well as possible "tie-in" arrangements or technical restraints.

Finally, the Competition Commission was invited to express its views in relation to energy matters in various consultation procedures. Worth mentioning are partial revisions of the Electricity Supply Act, the Electricity Supply Ordinance and the Energy Ordinance. In addition, the Secretariat was consulted on competition law issues relating to the Electricity Agreement with the European Union.

3.3.4 Other sectors

In the investigation into **air freight agreements**, by an order dated 2 December 2013, the Competition Commission concluded that in the period from 2000 to 2005 several airlines had entered into agreements on pricing elements. The case relates to freight rates, fuel surcharges, war risk surcharges, customs clearance charges for the USA and commission on contract awards. In parallel with the Swiss Cartel Act, in this investigation the Competition Commission had to apply a range of agreements with other States and in particular the agreement with the European Union (EU). The Competition Commission sanctioned 11 airlines for horizontal price-fixing agreements, imposing fines totalling around CHF 11 million. The German Lufthansa AG (including its subsidiary Swiss Airlines AG), which had initiated the proceedings by making a voluntary report, benefited from a complete exemption from sanctions. In addition, the sanctions imposed on five other undertakings that had filed voluntary reports were substantially reduced. In common with the Competition Commission, the EU Commission and the US Department of Justice among others have sanctioned the airlines' conduct. The Competition Commission's decision is not yet legally binding.

In July 2013, the Competition Commission opened the investigation into the **business customers pricing system for letter post services**. Swiss Post grants special terms to business customers under its pricing system if their annual expenditure is over CHF 100,000. The investigation aims to establish whether Swiss Post is obstructing competitors in the market through the structure and application of its pricing system, for example by making it difficult or even impossible for business customers to obtain services from Swiss Post competitors. In addition, the question of whether Swiss Post discriminates against or otherwise adversely treats certain customers will be examined.

In the rail transport sector, the Competition Commission lastly assessed the **planned merger between BLS AG and BLS Cargo AG**. According to the report, BLS AG had terminated the shareholder agreement with Deutsche Bahn Schweiz Holding AG for the joint control of BLS Cargo AG, with the result that joint control of BLS Cargo by BLS and DB Holding had come under the ex-

clusive control of BLS. The planned merger was given the go-ahead following a provisional examination.

3.4 Product Markets

3.4.1 Consumer goods industry and retail trade

The Secretariat continued its investigations in the case relating to **grand pianos and pianos**, opened on 27 November 2012. The investigation was begun following an invitation to tender issued by the Zurich University of the Arts in the Toni Areal, which revealed indications of distortions of competition. In particular, there was specific evidence of agreements relating to the foreclosure of sales territories and price-fixing agreements. It may also be that parallel and direct imports from neighbouring countries into Switzerland are being obstructed or prevented.

On 3 July 2013, in response to a complaint from a retailer, the competition authorities opened an investigation into Musik Olar AG and carried out an unannounced inspection. The investigation will examine whether vertical price-fixing agreements were entered into relating to the sale of **stringed instruments** (guitars and basses) and accessories.

In an order dated 21 October 2013, the Competition Commission decided to terminate the investigation into **cosmetic products** that are primarily sold through beauty salons. The restraints of competition under investigation (territorial protection agreements, obstruction of online trading and price recommendations) do not adversely affect competition to a significant extent. The Competition Commission reached this conclusion in particular by taking account of the negligible market share held by the businesses under investigation, the low market concentration and the rather modest international price differences. In addition, the businesses under investigation voluntarily amended their problematic contract clauses, expressly declared the price recommendations to be non-binding and informed their customers accordingly.

The Secretariat continued its enquiries in the investigation into **Jura Elektroapparate AG**. The investigation began on 26 October 2011 in connection with the failure to pass on foreign exchange benefits. The investigation aims to establish whether Jura Elektroapparate AG is setting unlawful minimum or fixed prices and/or making unlawful territorial allocations.

In connection with vertical agreements, the following appeals against Competition Commission-decisions were pending before the Federal Administrative Court at the end of 2013: **Nikon, BMW, Alpine sports products/Roger Guénat SA**. The Federal Administrative Court dismissed the appeal in the GABA/Elmex case in a judgment dated 19 December 2013 (see above 2.). An appeal is pending before the Federal Supreme Court.

In a preliminary investigation, the Secretariat investigated the extent to which **foreign exchange benefits in relation to branded products in the retail sector** have been passed on to the next trading level or more particularly to Swiss end consumers. The subject of the preliminary investigation was the question of whether any failure to pass on foreign exchange benefits was due to

unlawful restraints of competition. The Secretariat questioned the three food retailers Coop, Denner and Migros as well as 22 suppliers of well-known brands in particular on the foreign exchange benefits that they granted for each company's three top-selling products from their five main brands. Most of the brand-product suppliers interviewed granted the retailers improved terms. In turn, according to the data they submitted, the retailers for the most part passed these advantages on to their customers in full. Many suppliers confirmed that the retailers had indeed passed on the foreign exchange benefits. The investigation failed to reveal any specific indications of unlawful horizontal or vertical price-fixing agreements, or any indications of problematic restraints on parallel imports under competition law or improper practices by dominant undertakings. Accordingly, there was no reason to open an investigation into Coop, Denner, Migros or any of the 22 brand-product suppliers.

In the **travel articles sector**, a preliminary investigation was opened in which the Secretariat is looking into allegations of the demarcation of territories and price fixing agreements. The focus is on the obstruction of cross-border online trading.

In a market monitoring procedure, the Secretariat looked into international price differences in relation to **adidas** and **NIKE** sports articles. The investigation revealed that end consumers have a wide range of opportunities to buy the relevant sports goods in specialist shops and online shops in Switzerland and abroad, and thus to choose more competitively-priced sales channels. In addition, both companies confirmed in writing that Swiss dealers authorised for selective distribution were freely able to purchase sports goods from wholesalers or retailers abroad on the terms applicable in the countries concerned.

On 20 December 2012, the Federation of Migros Cooperatives and Denner AG (the Applicants) filed an application for the early revocation of the requirements ordered by the Competition Commission in the **Migros/Denner** decision (RPW 2008/1, 129 ff.). Following a comprehensive market survey, on 18 April 2013 the Secretariat sent the Applicants its proposed decision for the Competition Commission so that they could respond. In a letter dated 10 June 2013, the Applicants withdrew their application. As a result the requirements remain in force as planned until 3 September 2014 – with the exception of Requirement 6 relating to the prohibition of exclusivity agreements with suppliers, which was ordered to be permanent.

3.4.2 Watch industry

In a decision dated 21 October 2013, the Competition Commission concluded the investigation into the **Swatch Group AG** relating to its plan to stop supplying mechanical watch movements and assortments (regulating components of a mechanical watch movement). The investigation was opened on 6 June 2011 and aims to establish whether the intended implementation of the new supply policy constitutes an unlawful abuse of a dominant position under competition law. On opening the investigation, the Competition Commission ordered precautionary measures based on an amicable agreement with the Swatch Group in order to allow watch in-

dustry companies to plan their activities with certainty. On 7 May 2012, these measures were extended for one year until the end of 2013. Based on a market trial, which in particular examined whether alternative sources of supply to the Swatch Group exist and how long it could take to develop such sources if need be, in spring 2013 an amicable settlement was concluded between the Secretariat and the Swatch Group. This provided for the phasing out of supplies of mechanical watch movements and assortments. On 8 July 2013, the Competition Commission decided to reject this settlement, as it regarded a reduction in supplies of assortments, which are key components, to be premature due to current market conditions. Following further negotiations with the Swatch Group, a new amicable settlement was presented to the Competition Commission, implementing the key data specified by the Competition Commission, and on 21 October 2013 the Competition Commission approved the new settlement. The new settlement provides for the phasing out of the supply of mechanical watch movements by 31 December 2019, but resolves the restraints of competition under Article 7 paragraph 2 letter a Cartel Act due to ending the supplies. As far as assortments are concerned, the Swatch Group's supply obligations continue to apply for the time being.

In addition, the previously suspended investigation relating to mechanical watch movements, which concerns **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA, a 100 % subsidiary of the Swatch Group) was reopened. At issue in this investigation are price increases and changes to payment terms that ETA communicated unilaterally to its clients. The suspension was necessary because market conditions in relation to mechanical watch movements were being examined in connection with the investigation into Swatch stopping its supply. The investigation aims to show whether ETA's conduct amounts to an unlawful abuse of a dominant position under competition law.

3.4.3 Automotive sector

With the opening of an investigation on 22 May 2013 into various Swiss concessionaries of manufacturers in the **Volkswagen Group** (VW, Audi, Škoda, Seat), the Competition Commission examined information that it had obtained on possible pricing arrangements between these concessionaries. The subject of these agreements was the fixing of discounts and flat-rate deductions in the retail sales of new vehicles by the manufacturers concerned.

In the course of 2013, the Secretariat received several **enquiries from members of the public** in connection with guarantees and warranties for vehicles purchased in members states of the European Economic Area and the obstruction of parallel or direct imports, and responded to these by drawing attention to the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade (MV Notice). Overall it must be assumed that this notice is widely applied in Switzerland.

The preliminary investigation into **Harley-Davidson** opened in November 2011 was terminated without consequences. The investigation was opened in response to enquiries from members of the public, who alleged that

Harley-Davidson was possibly involved in measures to foreclose the territory of Switzerland for the sale of Harley-Davidson products. The complex investigations have, however, revealed that there are insufficient indications of unlawful indirect price fixing or any unlawful obstruction of online sales in Switzerland. The Secretariat regarded the ban on the export of Harley-Davidson products from the USA to Switzerland as an insignificant restraint of competition.

3.4.4 Agriculture

The Secretariat expressed its views in around 40 **office consultation procedures** on amendments to acts and ordinances as well as on proposals from the Parliament. In doing so, it again called for the removal of border controls.

In addition, the Secretariat carried out various market monitoring procedures, such as in relation to **apples** (distribution structures) or **tools** (market foreclosure). The Competition Commission also prepared an expert report in relation to **Emmentaler** and aired its views on an application for the exceptional authorisation (Article 8 Cartel Act) of a practice declared unlawful by the Federal Supreme Court, which was however withdrawn before the Federal Council made its decision.

3.5 Internal Market

3.5.1 Notaries

On 26 March 2013, the Competition Commission opened an investigation under internal market law relating to the freedom of movement of notaries and held consultations with the cantons. Under cantonal law, Swiss notaries are unable to have their practising certificates recognised in other cantons. Their activities are limited to the territory of one canton. In contrast, notaries from the EU can request the recognition of their professional qualifications in Switzerland based on the Agreement on the Free Movement of Workers between Switzerland and the EU and the Professional Qualifications Act (Federal Act on Declaration Requirement and the Verification of Service Provider Qualifications in Regulated Professions, DRPA, in force since 1 September 2013). This leads to discrimination against Swiss notaries, and is precisely what the Internal Market Act (IMA) *inter alia* seeks to prevent. It grants the Swiss workforce at least the same rights as are granted to foreign persons by Switzerland in international agreements.

The investigation led to the Competition Commission making recommendations to cantons and the Federal Council on 23 September 2013. Essentially the Competition Commission recommends that cantons whose notaries work in private practice should recognise equivalent notary qualifications from other cantons and end restrictions on market access such as domicile or citizenship requirements and provisions on reciprocal rights. This would greatly increase the mobility of notaries in private practice within Switzerland. In addition cantons with public notaries' offices should consider notaries who have trained in other cantons when recruiting staff.

At the same time, the Competition Commission recommended that the Federal Council, as part of the current revision of the Civil Code (Final Title of the Swiss Civil

Code on public certification), should as planned create a statutory basis for allowing notaries to handle the registration of public deeds relating to real estate transactions in cantonal land registers throughout Switzerland. At present any agreement relating to a real estate transaction must be certified by a notary in the canton in which the property is located. With the inter-cantonal recognition of public deeds relating to real estate transactions, clients will benefit from a wider choice of notaries and can select their notary from anywhere in Switzerland according to their requirements with regard to quality, service and price.

The introduction of inter-cantonal recognition of professional qualifications and of public deeds relating to real estate transactions recommended by the Competition Commission does not affect the power of cantons to continue to organise the notaries' profession according to their needs. The Competition Commission's recommendations do not call into question the institutions of the Official Notary's Office and the private notary's office.

3.5.2 Activities in other sectors

In relation to **inter-cantonal market access**, the Competence Centre for the Internal Market concentrated primarily on the free movement of notaries (see 5.3.1), legal agents and private security companies.

Based on the IMA, service providers have the right to offer their services in other cantons according to the regulations of their canton of origin. On this basis, legal agents from the Canton of Vaud applied for authorisation in the cantons of Geneva and Bern. Both applications were turned down. The Competition Commission filed an appeal against the negative rulings. This is pending before the first cantonal instance.

In relation to private security companies, inter-cantonal access to the market and the implementation of the IMA can only be described as inadequate. The Competence Centre for the Internal Market therefore advised various cantons in connection with the internal market content of their regulations on market access for security companies. The Competition Commission filed two appeals against decisions not to licence non-local security service providers in the Canton of Aargau. Both appeals were upheld by the Administrative Court of the Canton of Aargau. In the first judgment, the Administrative Court held that checking private parking spaces (subject to a judicial ban on use) was not a security company task and may be carried out without authorisation, contrary to the official practice. In the second case, the question arose of whether a Lucerne security company licensed by the Canton of Lucerne could also operate in the Canton of Aargau, even though it did not hold the federally recognised VSSU (Association of Swiss Security Service Companies) licence, additionally required by the Canton of Aargau. According to the Administrative Court, the cantonal administration failed to prove that the current professional experience and training of the Lucerne security company did not guarantee the protection sought by the Canton of Aargau (Article 3 paragraph 2 Bst. d IMA). In addition, the requirement of the federal recognised VSSU licence is generally not necessary in order to protect overriding public interests and thus is not proportionate. The judgments are not yet legally binding.

In relation to **public procurement**, the Competition Commission filed three appeals. In connection with a contractual bidding procedure for the bituminous sealing of a landfill site, the Competition Commission argued that the eligibility criteria were wrongly applied in violation of Article 5 IMA and were interpreted so restrictively that only one supplier could meet them. The Administrative Court did not accept this argument; the grounds for its decision have still to be published. Then the Competition Commission filed an appeal against the award of a contract for the supply of official rubbish sacks to the retail trade and the levying and administration of the official charge for the sacks. The Administrative Court accepted that the award of the contract breached Article 5 IMA by exceeding the thresholds for bidding procedures, but that this was justified on the grounds of urgency under Article 3 IMA. In response, the Competition Commission filed an appeal with the Federal Supreme Court. Lastly, the Competition Commission filed an appeal against the direct award of a contract to build an asylum centre. The asylum centre is being funded by a private investor and will then be rented to the canton. In the opinion of the Competition Commission, this contract should have been subject to a public bidding procedure under Article 5 IMA. The appeal is pending before the Cantonal Administrative Court.

In relation to **award of licences**, the Competence Centre criticised the practice of certain communes when granting licences for the use of public land by travelling fairs at annual markets and recommended that in future such rights should be subject to a public bidding procedure.

The Federal Supreme Court may consult the Competition Commission in ongoing proceedings based on Article 10 paragraph 2 IMA. In the past year, the Federal Supreme Court invited the Competition Commission to provide opinions in two cases. These related to the issue of the permissibility of a residence requirement for notaries and of a multi-month ban on participation in bidding procedures for a supplier in the procurement sector. Judgments are still awaited in both cases.

With a view to the national implementation of the revised WTO Agreement on public procurement (GPA), the law on public procurement at federal (BöB/VöB) and cantonal (IAPP) levels should be amended. A working group with representatives from the Confederation and the cantons is currently preparing an initial draft. The Secretariat is committed to ensuring that in the course of this revision account will be taken of the protection of competition, legal protection and the Competition Commission's right of appeal.

3.6 Investigations

In 2013, unannounced inspections were carried out at a total of 25 companies as part of five procedures. Two immediately consecutive procedures carried out in April 2013 proved especially challenging.

In legal matters, **protection for lawyers' correspondence** was greatly increased with the entry into force of Article 46 paragraph 3 Administrative Criminal Law Act on 1 May 2013. Documents that constitute correspondence with lawyers are protected from examination and

seizure regardless of where they are held and the timing of their creation, i.e. even if they are being held by the company. In the meantime, unsealing proceedings have been brought before the Federal Criminal Court, which clarified that the protection did not extend to documents that were not originally prepared for the lawyer (especially existing correspondence with third parties), even if these documents were later sent to the attorney, e.g. as enclosures with other documents.

3.7 International

With a view to the improved enforcement of competition laws, Switzerland and the EU have entered into a cooperation agreement on competition (see in detail Section 5 below.). In addition, the competition authorities have again participated in the work of various international organisations.

OECD: representatives of the Competition Commission and the Secretariat participated in the three annual meetings of the OECD Competition Committee. In cooperation with SECO, various contributions were prepared and presented. In 2013, special attention was given to two strategic themes, "international cooperation" and "evaluating the activities and decisions of competition authorities". Work began on the revision of the OECD's 1995 recommendation on international cooperation. Russia's accession process was continued and Colombia's was initiated.

ICN: The Working Group Cartel I (Legal Framework) held several webinars (audio conferences with simultaneous slide presentations). The topic was the rules on principal witnesses with special emphasis on the evidence to be provided by the complainant and continuous cooperation with the competition authorities. In 2013, the Working Group Cartel II (Enforcement) revised the Anti-Cartel Enforcement Manual and the Cartel Enforcement Templates. The Swiss template was fundamentally reworked. At the cartel workshop in South Africa, the discussions included alternative methods for uncovering cartels and the structuring of investigations. The Working Group on Agency Effectiveness concentrated on developing best practices for personnel management and knowledge management within an authority. Finally, the Competition Commission was represented at the ICN annual conference.

UNCTAD: The Secretariat and Competition Commission attended the 13th conference of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. The theme of the conference included international cooperation in competition law proceedings. As part of the COMPAL programme, which aims to educate and strengthen competition authorities, one official from Colombia and Ecuador respectively completed three-month internships in the Secretariat, while an official from Egypt completed a one-month internship.

EU: The cooperation agreement with the EU is addressed as a special topic (Section 5 below).

3.8 Revision of the Cartel Act – Progress Report

On 22 February 2012, the Federal Council approved for the attention of Parliament its Dispatch on the Amendment of the Cartel Act and on the Federal Act on the

Organisation of the Competition Authorities. The Dispatch is based on the one hand on the evaluation of the Cartel Act required by law, and on the other on the results of three consultation procedures. The Economic Affairs and Taxation Committee of the Council of States (EATC-S), which is responsible for the preliminary examination, discussed the entire reform package and passed it on at the beginning of March 2013 to the Council of States. This approved the Federal Council draft on 21 March 2013, subject to certain amendments.

The main amendment relates to the institutional structure of the competition authorities. Whereas the Federal Council proposed a court-type model with a competition authority and a Competition Court affiliated to the Federal Administrative Court in order to separate the investigative and decision-making processes and to expedite matters up to the decision of the court of final instance, the Council of States decided only to make minor revisions based on the existing institutional model: the Competition Commission should be reduced from 11–15 members to five, who should only be independent experts (i.e. no industry representatives anymore) and should – in line with the Federal Administrative Court – be subject to a standard time limit of twelve months when making its decisions.

From the point of view of substantive law, the Council of States generally followed the Federal Council. In particular it decided to amend Article 5 Cartel Act: in a new move in relation to the five forms of hard (cartel) agreements that may already be directly sanctioned – i.e. horizontal pricing, quantity and territorial agreements as well as vertical pricing agreements and agreements on the demarcation of territories – due to the special harm that they cause, proving that these agreements significantly affect competition in any individual case is no longer necessary; the defence of justification on economic grounds, however, remains open. In addition, the Council of States added more detail to the Federal Council proposal with an express rule on bearing the consequences of failing to provide sufficient evidence of grounds for justification and with a special provision on consortia, which was a key theme in the discussions in EATC-S. It also added a “de-minimis rule” under which the competition authorities would not pursue restraints of competition that have a negligible effect on competition.

In keeping with the Dispatch, the Council of States decided to make improvements in the private law on cartels (broadening the right to bring legal action to end consumers, suspending time bar periods during administrative Cartel Act investigations and taking account of private law damages payments when determining fines), in the merger control procedure (introduction of the more modern SIEC tests, avoiding duplication of certain mergers assessed by the EU and harmonising Swiss deadlines with those of the EU) and in the objection procedure (shortening the “response time” to the opening of proceedings from five to two months, the possibility of sanctions only after an investigation has begun, as well as the opportunity to adapt without the risk of sanctions during a “test phase”).

In response to the Schweiger Motion, the Council of States decided on a rule according to which appropriate

measures to comply with competition law provisions (known as compliance programmes) should lead to a reduction of administrative sanctions. In addition, it chose not to introduce penalties for natural persons who have participated in cartels.

Finally, it decided in response to the Birrer-Heimo Motion – contrary to the view of the Federal Council – to introduce a new obligation to supply (Article 7a E-Cartel Act). A refusal to sell abroad should be prohibited: irrespective of agreements and market power, companies are obliged to fulfil orders from Swiss consumers on the terms applicable in the OECD countries.

Since summer 2013, the bill has been before the Economic Affairs and Taxation Committee of the Federal Council (WAK-N) and will probably be considered in plenary in the spring or summer of 2014.

4 Organisation and Statistics

4.1 Competition Commission and Secretariat

In 2013, the **Competition Commission** held 15 full-day plenary sessions. The number of decisions in investigations, merger proceedings under the Cartel Act and in application of the IMA are shown in the statistics in Section 4.2. In the past year, there was no change in the composition of the Commission.

At the end of 2013, the **Secretariat** employed 85 (previous year 83) staff members (full-time and part-time), 43 per cent of whom were women (previous year 39). This corresponds to a total of 75.8 (previous year 72.6) full-time positions. The staff was made up as follows: 58 specialist officers (including the management board; this corresponds to 52.4 full-time positions; previous year 51.1); 13 (previous year 11) specialist trainees, which corresponds to 13 (previous year 11) full-time positions; and 14 members of staff in Resources and Logistics Division, which corresponds to 10.4 (previous year 10.5) full-time positions.

The Secretariat contributed to a report prepared by SECO for the attention of the Finance Committee **on the measures to counter the strong Swiss franc** and the effects achieved. In relation to the Competition Commission, matters may be summarised as follows:

Parliament approved a supplementary credit of CHF 600,000 each for the Competition Commission and its Secretariat for 2012 and 2013 in order to deal with the numerous reports connected with the strong Swiss franc and to be able to conduct proceedings to combat Switzerland’s position as an “island of high prices”. The Secretariat invested these resources exclusively in staff and was able to fill a further 5-6 positions² in 2012 and 2013. These persons were used as follows:

² Due to staff fluctuations and the varying salaries of the persons concerned, the actual number of additional positions varied in the two reporting years between 5 and 6.

To cope with the large number of reports, the Secretariat set up a task force in the summer of 2011. This was primarily instructed to check, process, and answer the reports that were constantly being received and in particular to review them for competition law-relevant content (triage). If a report involved circumstances relevant under competition law (suspicion of horizontal /vertical agreements or abuse of market power), the case was normally passed on to the responsible service within the Secretariat for further processing (market monitoring procedure, preliminary investigation or investigation). In addition, the services were allocated staff from the available additional resources to process these proceedings.

In total, the Secretariat received 485 reports in connection with the strong Swiss franc between July 2011 and the end of 2013, which were all handled by the task force. Of the 485 reports, by the end of 2013, 431 (89 %) had been answered, 11 (2 %) were being processed and 43 (9 %) had been passed on to the Price Supervisor.

Of the 485 reports and the cases taken up ex officio, a total of 47 proceedings were raised in order to assess their relevance to competition law or the illegality of the reported circumstances (7 investigations, of which 5 have been concluded; 14 preliminary investigations, of

which 9 have been concluded; 26 market monitoring procedures, of which 21 have been concluded).

In these proceedings, the Competition Commission issued three decisions involving the imposition of substantial sanctions for the obstruction of parallel imports (NIKON, BMW and IFPI Switzerland). These decisions and sanctions (BMW CHF 156 million [not legally binding]; NIKON CHF 12.5 million [not legally binding]; IFPI Switzerland CHF 3.5 million) undoubtedly had a serious deterrent effect on companies active at an international level. In many preliminary investigations and market monitoring procedures, it was evident that the Swiss market is open and both parallel and direct imports are possible. In certain cases, technical trade barriers were identified that may obstruct parallel imports. From the point of view of the competition authorities, it would be reasonable to eliminate these wherever possible in order to increase the free movement of goods and bolster competitive pressure from abroad.

Overall the Secretariat of the Competition Commission has come to the conclusion that the CHF 1.2 million additionally made available in 2012/2013 has been successfully used to achieve the intended goals.

4.2 Statistics

Investigations	2013	2012
Conducted during the year	24	22
Carried forward from previous year	17	15
Investigations opened	7	7
Final decisions	7	5
Amicable settlements	1	3
Administrative rulings	2	0
Sanctions under Article 49a paragraph 1 Cartel Act	3	5
Procedural rulings	4	4
Precautionary measures	0	0
Sanctions proceedings under Article 50 ff. Cartel Act	0	1
Preliminary investigations		
Conducted during the year	27	33
Carried forward from previous year	18	18
Opened	9	15
Concluded	11	17
Investigations opened	3	4
Modification of conduct	1	7
No consequences	7	6
Other activities		
Notifications under Article 49a paragraph 3 let. a Cartel Act	7	10
Advice	20	25
Market monitoring	76	58
Reports of failure to pass on foreign exchange benefits	18	96
Other enquiries	547	680
Mergers		
Notifications	32	28
No objection after preliminary examination	26	28
Investigations	0	0

Decisions of the Competition Commission	0	1
After preliminary examination	0	1
After investigation	0	0
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	14	13
Judgments of the Federal Administrative Court	4	1
Success for the competition authority	3	1
Partial success	0	0
Judgments of the Federal Supreme Court	1	1
Success for the competition authority	1	1
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	13	11
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Article 15 Cartel Act)	1	1
Recommendations (Article 45 Cartel Act)	0	0
Expert reports (Article 47 Cartel Act, 5 paragraph 4 PMA or 11 TCA)	1	2
follow-up checks	1	1
Notices (Article 6 Cartel Act)	0	1
Opinions (Article 46 paragraph 1 Cartel Act)	217	250
Consultation procedures (Article 46 paragraph 2 Cartel Act)	5	8
IMA		
Recommendations / investigations (Article 8 IMA)	1	1
Expert reports (Article 10 I IMA)	2	1
Explanatory reports (Secretariat)	36	45
Appeals (Article 9 paragraph 2 ^{bis} IMA)	6	3

The figures in the statistics are comparable with those of previous years. The number of processed and concluded investigations has increased as has the number of pending appeal proceedings. These two categories make up the majority of the work carried out by the Secretariat. In 2013, the Federal Administrative Court issued one judgment on a final decision by the Competition Commission (off-list medicines) as well as two judgments on interim decisions in the LIBOR investigation. The number of appeals pending before the Federal Administrative Court still remains very high. There was a small increase in the number of reports of company mergers, although none was subjected to a detailed examination. The figures for market monitoring procedures, consultations, other enquiries completed and opinions in official consultations still remain high and involve a significant amount of work for the Secretariat. In relation to the Internal Market Act, the Competition Commission filed an increased number of appeals against cantonal restrictions on market entry and public bidding procedures.

5 The Cooperation Agreements with the EU

5.1 Introduction

To date the Competition Commission and its Secretariat have largely been left to their own devices when apply-

ing the Cartel Act. There are no agreements with other competition authorities that would permit the Competition Commission to formally cooperate in applying and enforcing competition law. Although the competition authorities may exchange information and experiences with other competition authorities on an informal basis as part of its involvement in the Competition Committee of the OECD or in the International Competition Network (ICN), no information that is protected by official secrecy can be exchanged in the absence of a statutory basis for doing so. In its annual report for 2010, the Competition Commission focused on the topic of combating international cartels and welcomed the mandate given to the Federal Council at the time to negotiate a cooperation agreement with the EU.³

³ RPW 2011, 2 ff.

After the negotiations concluded, the Federal Council on 17 May 2013 signed the “Agreement between the Swiss Confederation and the European Union concerning Co-operation on the Application of their Competition Laws” (referred to below mainly as “the Agreement”)⁴ and on 22 May 2013 submitted the Dispatch to Parliament for the approval of this Agreement.⁵ According to the Federal Council,⁶ the lack of any possibility of cooperation with the EU (and other competition authorities) adversely affects *“the effective implementation of Swiss competition legislation in connection with cross-border anti-competitive practices in that access to evidence outside the sovereign territory of Switzerland is made more difficult. It also leads to duplication of procedures and to a lack of coherency in decisions on the same factual circumstances.”*

The National Council approved the Agreement in the autumn session of 2013 by a large majority. The Council of States Economic Affairs Committee suspended its consideration of the matter on 7 November 2013 so as to clarify its relationship with the ongoing reform of the Cartel Act, which is being carried out in parallel.

5.2 Content of the Agreement

The individual provisions and the content of the Agreement are briefly explained in the following section. The exchange of information and the provisions related to this (Article 7-10 of the Agreement) are considered in a separate section (Section 5.3).

5.2.1 Preamble, purpose and definitions

In essence, the Agreement regulates cooperation between the Swiss and the European competition authorities. It is a purely procedural agreement and does not provide for any substantive harmonisation of competition laws. In the absence of joint substantive provisions and in the absence of any market access aspect to the Agreement, the issue of joint institutions did not arise. Apart from new provisions on exchanging information, which lends the Agreement the character of a “second generation agreement”, the Agreement is largely based on the agreements the EU has concluded with South Korea and Japan.

The Preamble sets out certain principles under which the Agreement was negotiated and concluded. It refers inter alia to the OECD recommendation of 1995 on cooperation between member countries on anticompetitive practices affecting international trade.⁷ The most important statement from the point of view of the Swiss competition authorities is that “the competition enforcement systems of the Union and of Switzerland are based on the same principles and contain comparable provisions”. The EU thus recognises the principle of equivalence between the two legal systems, both from a procedural and from a substantive-law viewpoint.

The purpose provision (Article 1) restates what was already included in the negotiating mandates of the two contracting parties and thus confirms that the goals set out therein have been achieved. The purpose of the Agreement is *“to contribute to the effective enforcement of the competition laws of each Party through cooperation and coordination, including the exchange of information between the competition authorities of the Parties*

and to avoid or lessen the possibility of conflicts between the Parties in all matters concerning the application of the competition laws of each Party”.

The key terms are defined in Article 2. The “competition authorities” of the two contracting parties; the “competition laws” applied by these authorities, and what is understood by the terms “anticompetitive activities”, “enforcement activities”, “information obtained by investigative process”, “information obtained under the leniency procedure” and “information obtained under the settlement procedure”.

5.2.2 Notifications and coordination of enforcement activities

The two competition authorities notify each other in writing of enforcement activities that could affect the important interests of the other contracting party (Article 3 agreement). A list is given of examples of cases in which notification must be given (Article 3 paragraph 2) and the time for notifications in relation to mergers and other cases is also set out (Article 3 paragraph 3 and 4). These notifications largely correspond to the practices already followed by the competition authorities in the EU and Switzerland.

This provision on notifications does not cover the notification or service of sovereign documents. Because in the past conflicts have arisen in relation to the direct service of decisions by the EU competition authorities on undertakings based in Switzerland, the intention was to deal with this issue as well. However, because in the converse case the service of Competition Commission decisions on undertakings domiciled in the EU falls within the jurisdiction of the EU member states, this issue could not be resolved in the Agreement itself. But an exchange of notes between Switzerland and the EU⁸, which regulates service of sovereign documents (as far as possible), took place on the occasion of the signing of the Agreement on 17 May 2013. The EU Commission will in future send decisions on Swiss undertakings that have no address in the EU to the Competition Commission, which will then forward them to the relevant undertaking. Documents that have no sovereign character (such as requests for information without threat of sanctions) may still be sent directly to the undertaking at its Swiss address. The EU was unable to offer Switzerland a comparable solution for the service of sovereign documents on undertakings domiciled in the EU. However, it has undertaken in the exchange of notes to inform its member states of the procedure agreed with Switzerland and to urge them to consider a similar solution with Switzerland for the service of sovereign documents from the Swiss Competition Commission.

Article 4 paragraph 1 of the Agreement creates the legal basis for the competition authorities to be able to coordinate their enforcement activities with regard to related

⁴ See the press release at <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=48908>.

⁵ See the Dispatch and the text of the Agreement at http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/index_24.html.

⁶ Dispatch, BBl 2013, 3962 f.

⁷ See <http://acts.oecd.org/Instruments/ListByCommitteeView.aspx> under Competition Committee C(95) 130/Final.

⁸ Dispatch, BBl 2013, 3966 f. and 3997 ff.

matters. Thus this provision allows the timing of inspections or requirements in connection with a merger to be coordinated. This was previously only possible with the consent of the undertaking or undertakings concerned. Paragraph 2 specifies factors that must be taken into account when considering whether particular enforcement activities can be coordinated. Based on the autonomous application of its own competition laws, either competition authority may limit coordination and proceed independently on a specific enforcement activity (paragraph 3).

5.2.3 Negative and positive comity

The principle of avoiding conflicts (negative comity) is covered by Article 5 of the Agreement. The competition authorities of one party must take account of the important interests of the other party when enforcing competition laws and avoid any conflicts.

On the other hand, the principle of positive comity set out in Article 6 of the Agreement makes it possible for a competition authority to request the authority of the other party to carry out certain measures. However, positive comity does not oblige the requested authority to carry out the enforcement activities. Each requested authority decides at its own discretion whether and in what way it will comply with the request. So is it not possible for the EU Commission to require the Competition Commission through positive comity to carry out unannounced inspections in Switzerland in order to obtain evidence there.

The two articles on negative and positive comity are formulated in non-binding language, with the result that they will mainly be applied in informal cooperation activities. When and to what extent a competition authority will make use of these provisions and act on their basis is left to their own discretion.

5.2.4 Final provisions

Articles 11 to 14 of the Agreement contain the (customary) final provisions. For example, the contracting parties, on request, will consult each other on any matters arising from the implementation of the Agreement, consider the possibility of further developing their cooperation and will inform each other of amendments to their respective competition laws (Article 11 paragraphs 1 and 2 of the Agreement). On request, the competition authorities of the contracting parties will meet at the appropriate level and discuss matters listed in Article 11 paragraph 3 of the Agreement.

Communications based on the agreement will be made in English and the two competition authorities will each designate a contact point for the transmission of communications (Article 12 of the Agreement).

Both competition authorities retain complete autonomy in the application of their own competition laws. Accordingly, the agreement must not be construed in a sense that is prejudicial to this (Article 13 of the Agreement). Lastly, Article 14 regulates the entry into force of the Agreement and any amendments made to it.

5.3 Focus on the exchange of information

Articles 7 to 10 of the Agreement cover the exchange of information between the competition authorities and various protective mechanisms for the use and passing on of confidential information. The Agreement essentially defines confidential information as evidence in the possession of one authority that could also assist the other competition authority in parallel proceedings.

The exchange of information or more specifically exchange of evidence envisaged by the Agreement is an element that was lacking in previous cooperation agreements with the EU. This makes the agreement between Switzerland and the EU a “second generation agreement”, which considerably expands the potential for cooperation between the two competition authorities in qualitative terms.

5.3.1 Exchange of information

The procedure for exchange of information set out in Article 7 of the Agreement is structured like a cascade.⁹ The higher the need to protect the information to be exchanged, the stricter the requirements for its transmission (from complete informality to the right to refuse transmission).

The principle governing the exchange of information is set out in Article 7 paragraph 1 of the Agreement. To achieve the purpose of the Agreement, the competition authorities of Switzerland and the EU may “share views and exchange information related to the application of their respective competition laws”. The requirements to be met under Article 7 of the Agreement and Articles 8 to 10, which relate to the protection and use of the exchanged information, are reserved.

In the first level of the cascade, the competition authorities may discuss any non-confidential information that they have obtained by investigative process or otherwise (Article 7 paragraph 2 of the Agreement). This also covers information that is subject to official secrecy, such as information on ongoing proceedings or that is available before the formal opening of an investigation. This provision relates only to the verbal exchange of information between the authorities, as the exchange of documents/evidence is governed by paragraphs 3 and 4.

The second levels relates to the exchange of documents/evidence. The competition authorities may exchange such information if the undertaking providing the information has given its express consent (in writing or in a waiver) (Article 7 paragraph 3 of the Agreement). In this way, the undertakings consenting to the exchange waive the confidentiality of information and authorise the competition authorities to make an exchange. In practice, this should normally concern cases of mutually notified mergers, rather than investigations into agreements

⁹ For more detail, see the Dispatch, BBI 2013, 3970 ff.

affecting competition. If the exchanged documents contain data on specific persons, the data may only be transmitted if the other competition authority is investigating the same or related matters.¹⁰ Otherwise the data must be redacted, so that it is not possible to see the protected data.

In the third level of the cascade, the undertakings do not consent to an exchange of documents or evidence. In this case, a competition authority can only transmit the information subject to the following three requirements and in response to a formal request from the other authority (Article 7 paragraph 4 agreement). In practice, this article will mainly apply to the exchange of information in relation to the prosecution of international cartels or to a cross-border abuse of a dominant position.

- First, information may only be transmitted if both competition authorities are investigating the same or related conduct (paragraph 4 let. a). This is primarily intended to rule out the risk of fishing expeditions. In addition, only information that is already available may be exchanged; a request for additional information is not permitted.
- Second, the request must meet certain formal requirements. It must be made in writing, must include a description of the matter under investigation and must cite the relevant legal regulations; in addition, the undertakings under investigation that are known at the time of the request must be identified (paragraph 4 let. b).
- Third, the competition authorities may consult to decide which documents in their possession are relevant and can be transmitted (paragraph 4 let. c). This consultation process will normally be verbal and is intended to prevent complying with a request from becoming a serious burden on the requested authority.

Irrespective of whether the undertakings concerned give their consent, each competition authority is free, or not required, to discuss information obtained in an investigation or to transmit such information to the other authority, in particular if this would be incompatible with its important interests or would be unduly burdensome (Article 7 paragraph 5 of the Agreement). Tactical considerations in the investigation may constitute an important interest if revealing information prematurely could jeopardise the success of imminent investigative measures.

The fourth level of the cascade relates to information and documents that are subject to special protection, in particular information from reports from the leniency system and information given to an authority in the course of settlement negotiations. This information may only be transmitted with the express consent of the undertaking that has provided the information (Article 7 paragraph 6 of the Agreement). This restriction is necessary so that the two very important institutions are not deprived of their purpose in the application of the law, because the undertaking can no longer count on the confidential treatment of the information concerned. However, special protection in relation to reports under the leniency system applies only to the reports themselves. Evidence provided, such as correspondence or

evidence obtained in an unannounced inspection, is eligible for transmission under Article 7 paragraphs 3 and 4 of the Agreement.

The exchange of information is not permitted on the fifth level of the cascade if an authority is not permitted to use the information under the procedural rights and privileges granted by its own laws (Article 7 paragraph 7 of the Agreement; the “double barrier”). This relates above all to legal principles on the disclosure of information such as legal professional privilege, the right against self-incrimination or other prohibitions on using illegally obtained evidence.

As a result of the comprehensive protection given in both legal systems relating to the procurement of information and the corresponding bans on transmission in paragraph 7, and in view of the adequate legal protection relating to the use of transmitted information (inspection of files, right to a fair hearing, right to offer evidence, right of appeal against the final decision), the Agreement does not provide for legal protection in relation to the actual transmission of confidential information. Transmission as such is not an administrative act under Article 5 APA, because it does not establish or modify any rights or obligations for the parties. However, the parties concerned are notified of the transmission of documents.

If an authority has transmitted information that subsequently proves to be incorrect, for data protection reasons it must immediately inform the other competition authority, which must correct the information or remove it from the case files (Article 7 paragraph 8 of the Agreement).

5.3.2 Use of information

A competition authority is not free to use information transmitted in accordance with Article 7 of the Agreement. Article 8 of the Agreement places tight restrictions on the authority in relation to this.

First, information that is discussed or transmitted may only be used by the recipient competition authority and only for the purpose of enforcing competition law (paragraph 1). Transmitting the information to the prosecution or tax authorities, for example, is not permitted. Use in criminal proceedings against natural persons is expressly prohibited (paragraph 4).

Second, information obtained and transmitted in investigation proceedings may only be used by the receiving authority to enforce competition law with regard to the same or related matters (paragraph 2).

Third, information that is transmitted in accordance with Article 7 paragraph 4 of the Agreement without the consent of the undertaking concerned may only be used for the purpose stated in the request (paragraph 3).

And finally, a competition authority can request that transmitted information may only be used subject to conditions that it specifies. The receiving authority may only derogate from these conditions if it obtains the prior consent of the other competition authority (paragraph 5).

¹⁰ The Dispatch, BBl 2013, 3972, refers in this connection to Art. 4 para. 2 of the Federal Act of 19 June 1992 on Data Protection (DSG; SR 235.1).

5.3.3 Protection and confidentiality of information

The information transmitted under Article 7 of the Agreement is subject to express rules on its protection and confidentiality (Article 9 of the Agreement). These rules put into specific terms the official secrecy and requirement to safeguard business secrets that apply to both competition authorities.

Under paragraph 1, the fact that a request for the transmission of information has been made must be treated as confidential. Only the parties to the proceedings are informed in accordance with the national legislation to which they are subject. The information obtained is subject to official and business secrecy and must not be disclosed to third parties or other public authorities (civil or criminal courts, other public offices). Exceptions are made only for the purpose of obtaining a search warrant from a court (let. a), disclosure to the parties to the proceedings to guarantee their right to a fair hearing (let. b), disclosure in appeal proceedings (Federal Administrative Court and Federal Supreme Court in Switzerland; let. c) and disclosure if it is indispensable for the exercise of the right of access to documents under the laws of a party (let. d). The protection of business secrets must be fully guaranteed by the receiving authority in all these cases.

If information is used or disclosed in violation of these protective provisions, the competition authority concerned must notify the other authority immediately. The parties must then consult immediately on steps to minimise any harm caused by such use or disclosure and to prevent any repetition (paragraph 2). If for example information is disclosed in civil proceedings (action for damages) in violation of the Agreement, the two competition authorities must take measures to ensure this does not recur in future.

Paragraph 3 calls for the protection of personal data in accordance with the respective legislations of the contracting parties.

5.3.4 Transmission within the EU and the European Economic Area

Based on its legal system, the EU Commission has certain information duties in investigation proceedings vis-à-vis the responsible authorities of its member states and the EFTA Supervisory Authority. Article 10 of the Agreement specifies the obligations that apply when implementing the Agreement. For example, the EU Commission must consult the competent authorities of the member states before making a decision and provide them with a copy of the most important evidence (Article 11 and 14 of Regulation 1/2003¹¹)¹².

The information made available to the competition authorities of the member states or the EFTA Supervisory Authority may not be used for any purpose other than the enforcement of EU competition law by the EU Commission and may not otherwise be disclosed (paragraph 2). The Competition Commission will remind the EU competition authorities of these duties when transmitting information. If there is any doubt as to whether information will be protected, the Competition Commission may refrain from transmitting it until the required assurances are provided. If information is transmitted in viola-

tion of these obligations, the required consultations and corrections will be initiated immediately in accordance with Article 9 paragraph 2 of the Agreement.

5.4 Assessment

With the exchange of information provided for in the Agreement, cooperation between competition authorities (here in Switzerland and in the EU) is raised to a level that will bring genuine added value in the enforcement of competition laws and in making procedures more efficient. In this respect, the Agreement will facilitate the more effective implementation of competition laws in Switzerland and the EU. What undertakings can already do, i.e. coordinate their defences in cartel-related investigations at a global level, Swiss and European competition authorities will also be able to do in the future when enforcing their competition laws.

The main value of the Agreement must not simply be seen as the exchange of confidential information or evidence in accordance with its Article 7. This exchange will only actually take place in a small number of cases. The value of the Agreement lies much more in the opportunity to access information previously protected by official secrecy¹³ in the daily work of the competition authorities. In addition, the Agreement cements the principle of the equivalence of the two competition laws.

For Switzerland and the Swiss competition authorities, the new agreement is certainly a major step forward in international cooperation. Until now, there have been no formal means of cooperation and now cooperation with the EU is being raised to a level that is (so far) unique in global terms.

¹¹ Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules laid down on competition in Articles 81 and 82 [now 101 and 102] of the Treaty, OJ. C 1 of 4.1.2003, 1 ff.

¹² See the detailed remarks in the Dispatch, BBI 2013, 3976 f.

¹³ See also NZZ of 18.5.2013, 27.

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préliminaires Inchieste preliminari
B 1.1	1. Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)

Schlussbericht vom 10. Januar 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Verfahren

1. Am 28. Februar 2012 reichten der Handels- und Industrieverein des Kantons Bern (Sektion Bern), KMU Stadt Bern-Gewerbeverband und der Verband der Arbeitgeber Region Bern (nachfolgend: Anzeiger) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen Energie Wasser Bern (nachfolgend: ewb oder Mutterhaus/Stammhaus ewb), die Bären Haustechnik AG, die Bären Elektro AG, die Guggisberg Dachtechnik AG sowie die Energiecheck Bern AG ein.

2. Die Anzeiger führten aus, dass ewb in den letzten Jahren im Rahmen der vom Gemeinderat der Stadt Bern am 13. Mai 2009 für ewb verabschiedeten neuen Eignerstrategie namhafte Beteiligungen an verschiedenen bisher privaten Unternehmen erworben habe. Den Schwerpunkt dieser Strategie habe der Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen in verschiedenen, den Monopolbereichen von ewb nachgelagerten oder benachbarten Märkten gebildet. Ewb verfüge zusammenfassend über ehemals private Unternehmen, welche umfassend Waren und Dienstleistungen im Bereich Haustechnik anbieten könnten. Es bestünden Anhaltspunkte, dass ewb die durch das staatliche Monopol in den Bereichen Energieversorgung, Wasserversorgung und thermische Kehrlichtverwertung begründete marktbeherrschende Stellung auf nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten durch Behinderung privater Unternehmen missbrauche (Behinderungsmissbrauch nach Art. 7 KG¹). Im Vordergrund stehe die Begünstigung von eigenen Tochter- und Schwestergesellschaften, welche in diesen Märkten tätig seien. Die Anzeiger beantragten die Durchführung einer Vorabklärung zur Prüfung der Kartellrechtskonformität der von ewb ver-

folgten Strategie. Allenfalls sei zuhanden des Gemeinderats der Stadt Bern eine Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG abzugeben, welche dem Gemeinderat aufzeige, wie er seine Eignerstrategie abzuändern habe, um den wirksamen Wettbewerb in den betroffenen Märkten zu fördern.

3. Mit Eingabe vom 6. Juli 2012 nahm ewb zur Anzeige Stellung und beantwortete Fragen, welche das Sekretariat mit Auskunftsbegehren vom 3. April 2012 gestellt hatte. Ewb bestritt, gegen das Kartellgesetz verstossen zu haben, und wies unter anderem darauf hin, dass die massgeblichen² Akquisitionen von ewb bereits vor der Verabschiedung der Eignerstrategie abgewickelt worden sei. Die Akquisitionen seien keine Folge der Eignerstrategie, sondern eine Reaktion auf den sich wandelnden und zunehmend liberalisierten Energiemarkt gewesen. Ewb führte bei den entsprechenden Antworten daher jeweils die Gesellschaften auf, mit welchen ewb „im Rahmen einer gewerblich geprägten Tätigkeit zusammenarbeitet“ und „an welchen ewb im Rahmen der Zusammenarbeit auch beteiligt ist bzw. war“. Darüber hinaus besteht oder bestand nach Angaben von ewb „keine hier relevante Zusammenarbeit auf bloss vertraglicher Basis (d.h. ohne Beteiligung von ewb an der Partnerin bzw. am Partner)“.³

4. Am 31. August 2012 äusserten sich die Anzeiger zur Stellungnahme von ewb vom 6. Juli 2012. Ewb reichte dazu am 26. September 2012 eine Stellungnahme ein.

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

² Mit Ausnahme der Guggisberg Dachtechnik AG beziehungsweise die massgebliche Kooperation in Bezug auf die Beteiligung an der Energiecheck Bern AG (vgl. auch unten, Rz 19).

³ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 3 und 8 (Frage 3).

5. Am 14. März 2013 eröffnete das Sekretariat gegen ewb als Mutterhaus der ewb-Gruppe eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen Eignerstrategie ewb. Mit gleichem Datum sandte das Sekretariat zur Klärung der offenen Fragen einen Fragebogen an ewb.

6. Mit Eingabe vom 29. Mai 2013 reichte ewb die Antworten zum Fragebogen zusammen mit weiteren Ausführungen und diversen Beilagen ein.

7. Am 4. Dezember 2013 fand ein Treffen mit Vertretern von ewb statt, an welchem das Sekretariat ewb über die Ergebnisse der Vorabklärung informierte und ewb Gelegenheit zur Stellungnahme gab. Darauf teilte ewb mit Eingabe vom 19. Dezember 2013 unter Beilage entsprechender Belege mit, dass ewb die vom Sekretariat am Treffen vorgeschlagenen Massnahmen zur Beseitigung der festgestellten kartellrechtlichen Bedenken ergriffen hat.⁴

A.2 Verfahren vor anderen Behörden

8. Gleichzeitig mit der Anzeige vom 28. Februar 2012 reichten die Anzeiger gegen die Einwohnergemeinde Bern beim Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland eine aufsichtsrechtliche Anzeige betreffend Eignerstrategie ewb und deren Umsetzung durch ewb ein.

9. Die Anzeiger stellen sich in diesem Verfahren auf den Standpunkt, die von ewb über Tochtergesellschaften in Konkurrenz zu Privaten erbrachten gewerblichen Tätigkeiten seien mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig. Die Voraussetzungen an die wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten seien hinsichtlich ewb und ihrer Tochtergesellschaften nicht erfüllt. Das Regierungstatthalteramt sei verpflichtet, aufsichtsrechtliche Massnahmen zu ergreifen und die Einwohnergemeinde Bern anzuweisen, ihre Eignerstrategie betreffend ewb zurückzunehmen und sie rechtskonform auszugestalten. Die Einwohnergemeinde Bern sei aufsichtsrechtlich anzuweisen, in Wahrnehmung ihrer Rechte hinsichtlich ewb und ihrer Kompetenz zum Erlass und zu Änderungen von Reglementen, alle notwendigen und geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass ewb die ihr übertragenen öffentlichen und gewerblichen Aufgaben in Übereinstimmung mit den massgebenden Normen des Kantons und des Bundes wahrnehme.⁵

10. Zuvor war der Gewerbeverband KMU Stadt Bern bereits mit Brief vom 24. Juni 2006 an den Gemeinderat der Stadt Bern gelangt mit der Forderung, dieser solle ewb als Aufsichtsbehörde veranlassen, das Vorhaben aufzugeben, die privaten Unternehmen Bärenheizungs AG und Bären Sanitär AG zu erwerben und ewb insbesondere zu untersagen, mit den beiden Unternehmen die fraglichen Verträge abzuschliessen. Der Gemeinderat der Stadt Bern hatte darauf geantwortet, er sehe keine Veranlassung für eine Intervention bei ewb. Die Integration der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG sei mit dem vom Gesetzgeber an ewb erteilten Leistungsauftrag vereinbar. Ausserdem sei der Gemeinderat nicht zuständig. Die geplante Akquisition falle in die abschliessende Kompetenz des Verwaltungsrats von ewb.⁶

11. Gegen diese Stellungnahme hatten der Gewerbeverband KMU Stadt Bern, der Spenglermeister- und Sanitärinstallateurverband (der Stadt Bern) sowie eine

Aktiengesellschaft Gemeindebeschwerde beim Regierungstatthalteramt Bern erhoben. Dieses war mit Entscheid vom 28. März 2007 mangels Legitimation der Beschwerdeführenden auf die Gemeindebeschwerde nicht eingetreten. Zudem hatte das Regierungstatthalteramt der Gemeindebeschwerde keine weitere Folge gegeben, soweit sie als aufsichtsrechtliche Anzeige an die Hand genommen werden konnte.⁷

12. Gegen diesen Entscheid hatten dieselben Parteien Gemeindebeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Bern erhoben, dies unter anderem mit dem Antrag, der Gemeinderat der Stadt Bern sei aufzufordern, ewb die Akquisition der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG zu untersagen. Der Regierungsrat beschränkte sein Verfahren auf die Frage, ob die Beschwerdeführenden zur Erhebung der Gemeindebeschwerde an das Regierungstatthalteramt Bern befugt gewesen waren, und kam zum Schluss, dass das Regierungstatthalteramt zu Recht mangels Legitimation der Beschwerdeführenden auf die Gemeindebeschwerde nicht eingetreten war. Die Beschwerde wurde daher mit Entscheid vom 9. April 2008 abgewiesen.⁸

13. Zudem hatte sich im Jahr 2006 eine dringliche städtische Motion der FDP Fraktion erfolglos gegen den Erwerb der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG durch ewb gerichtet.⁹

A.3 Ewb

14. Ewb ist eine rechtsfähige und im Handelsregister eingetragene Gemeindeunternehmung gemäss Art. 65 f. des Gemeindegesetzes des Kantons Bern¹⁰ in der Rechtsform einer selbständigen, autonomen öffentlich-rechtlichen Anstalt.¹¹ Ewb entstand 2002 – zunächst unter der Firma „Städtische Werke Bern (SWB) – im Rahmen der von den Stimmberechtigten der Stadt Bern in einer Gemeindeabstimmung gutgeheissenen Ausglie-

⁴ Vgl. dazu im Einzelnen unten, Rz 164 f., 169 ff., 175 f.

⁵ Anzeige vom 28. Februar 2012, Rz 14.

⁶ Beschwerdeentscheid des Regierungsrats des Kantons Bern vom 9. April 2008 betreffend Akquisition der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG durch ewb, Sachverhalt Bst. A und B (Beilage 8 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012).

⁷ Entscheid des Regierungstatthalteramts Bern vom 28. März 2007 betreffend Schreiben des Gemeinderates vom 17. August 2006 betreffend ewb (Beilage 7 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012).

⁸ Beschwerdeentscheid des Regierungsrats des Kantons Bern vom 9. April 2008 betreffend Akquisition der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG durch ewb (Beilage 8 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012). Aufgrund der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Legitimation äussert sich der Entscheid nicht weiter zum Rechtsbegehren, dass der Gemeinderat aufzufordern sei, ewb die umstrittenen Akquisitionen zu untersagen, sondern bezeichnet dieses Rechtsbegehren als gegenstandslos (vgl. E. 7.2). Ebenso wenig prüft der Entscheid die Rüge, die Stadt Bern habe gegen das Legalitätsprinzip verstossen, da die Akquisition der beiden Unternehmen nicht vom Leistungsauftrag von ewb gemäss ewr-Reglement gedeckt sei (vgl. E. 7.2).

⁹ Mit der Motion sollte der Gemeinderat der Stadt Bern unter anderem beauftragt werden, ein Jahresbudget von ewb, das den Erwerb der Bärenheizungs AG und der Bären Sanitär AG vorsah, nicht zu genehmigen. Vgl. Protokoll der Stadtratssitzung vom 11. Mai 2006, S. 678 f., online abrufbar unter: www.bern.ch > Stadtrat > Sitzungen, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹⁰ Gemeindegesetz des Kantons Bern vom 16. März 1998 (GG, BSG 170.11).

¹¹ Art. 1 Abs. 2 und 3 Reglement Energie Wasser Bern vom 15. März 2001.

derung des Elektrizitätswerks und der Gas-, Wasser- und Fernwärmeversorgung zu einem selbständigen Gemeindeunternehmen.¹²

15. Gesetzliche Grundlage für die Tätigkeiten von ewb ist das Reglement Energie Wasser Bern vom 15. März 2001 (nachfolgend: ewb-Reglement; ewr).¹³ Gemäss diesem erfüllt ewb öffentliche und gewerbliche Aufgaben in den Bereichen Energieversorgung (Elektrizität, Gas, Fernwärme), Wasserversorgung, thermische Kehrriechverwertung und Fernmeldedienste (Art. 1 Abs. 1 ewr). Das ewb-Reglement erlaubt es ewb, mit anderen Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts zusammenzuarbeiten sowie solche Unternehmen zu erwerben oder sich daran zu beteiligen (Art. 3 Abs. 2 ewr). Ewb ist berechtigt, „möglichst zu gewinnbringenden, mindestens aber zu kostendeckenden Preisen im Rahmen ihres Leistungsauftrages gewerbliche Leistungen anzubieten“ (Art. 13 ewr).

16. Ewb wird vom Gemeinderat beaufsichtigt (Art. 25 ewr) sowie von einer Treuhandgesellschaft und von der städtischen Finanzkontrolle kontrolliert.¹⁴ Art. 90 Abs. 1 der Gemeindeverordnung des Kantons Bern¹⁵ schreibt vor, dass Leistungen der Gemeinde, welche diese in Konkurrenz zu Privaten erbringt, mindestens zu kostendeckenden Preisen am Markt angeboten werden. Ausnahmen bedürfen einer Grundlage in einem Reglement (Art. 90 Abs. 2 GV).

A.4 Eignerstrategie und gewerbliche Tätigkeiten

17. Am 13. Mai 2009 beschloss der Gemeinderat der Stadt Bern die sogenannte „Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb) (nachfolgend: Eignerstrategie).¹⁶ Der Gemeinderat legte darin seine strategischen Ziele für ewb fest. Die Eignerstrategie präzisiert und konkretisiert das ewb-Reglement – insbesondere den Zweck und den Leistungsauftrag – und behandelt auch den Aspekt von neuen Geschäftsfeldern.¹⁷ Unter der Überschrift „Organisatorischer Rahmen und Kooperationen“ hält die Eignerstrategie unter anderem fest, dass bei einer Ergänzung und Erweiterung der Geschäftsfelder Tochtergesellschaften und Beteiligungen mit kompetenten Partnerinnen und Partnern eingegangen werden können.¹⁸

18. Heute übt das Mutterhaus ewb – neben den ihr im ewb-Reglement übertragenen öffentlichen Aufgaben – einerseits selber gewisse gewerbliche Tätigkeiten in Konkurrenz zu privaten Mitbewerbern aus (nachfolgend: Wettbewerbsbereiche innerhalb von ewb als Mutterhaus).¹⁹

19. Andererseits ist ewb gemäss den vorliegenden Angaben insbesondere über die folgenden Tochtergesellschaften²⁰ in Konkurrenz zu Privaten gewerblich tätig (nachfolgend: Wettbewerbsbereiche der Tochtergesellschaften von ewb):²¹

Gesellschaft	Beteiligungsanteil ewb	Erwerbszeitpunkt ²²
Bären Haustechnik AG ²³	100%	2006 ²⁴
Guggisberg Dachtechnik AG	100%	2011
Energiecheck Bern AG	60%	2003 ²⁵

20. Bis Ende 2012 hielt ewb zusätzlich eine Beteiligung von [...] an der (ebenfalls gewerblich tätigen) The Mobility House AG Schweiz. Ewb hatte diese Gesellschaft im Jahr 2010 zusammen mit der The Mobility House GmbH (Deutschland) als Gemeinschaftsunternehmen gegründet, ihren Aktienanteil von [...] aber per Anfang 2013 wieder verkauft.²⁶ Die Gesellschaft bezweckt die Entwicklung und Umsetzung von Konzepten für innovative Elektromobilitätslösungen für Privat-, Firmen- und öffentliche Kunden in der Schweiz und fördert zudem die Verbreitung der Elektromobilität.²⁷

21. Zu erwähnen ist weiter eine – im Februar 2011 erworbene – Minderheitsbeteiligung von ewb über [...] an der Solar Industries AG (in Liquidation). Am 17. April 2012 wurde über diese Gesellschaft der Konkurs eröffnet.²⁸ Der Zweck der Gesellschaft bestand in der Erbringung sämtlicher Aufgaben und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Produktion und dem Verkauf inklusive Beratung von Produkten innerhalb der gesamten Photovoltaik-Wertschöpfungskette.²⁹

¹² Vgl. dazu die Botschaft des Stadtrats der Stadt Bern an die Stimmberechtigten zur Gemeindeabstimmung vom 23. September 2001: Ausgliederung des Elektrizitätswerks und der Gas-, Wasser- und Fernwärmeversorgung zum selbständigen Gemeindeunternehmen „Städtische Werke Bern (SWB)“; Beilage 1 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012.

¹³ Beilage 5 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012. Das ewb-Reglement wurde vom Stadtrat von Bern beschlossen und von den Stimmberechtigten an der Gemeindeabstimmung vom 23. September 2001 angenommen.

¹⁴ Beschwerdeentscheid des Regierungsrats des Kantons Bern vom 9. April 2008 E. 5.3 (zitiert in Fn 6).

¹⁵ Gemeindeverordnung des Kantons Bern vom 16. Dezember 1998 (GV, BSG 170.11).

¹⁶ Beilage 2 zur Anzeige vom 28. Februar 2012.

¹⁷ Ziffern 9.1 und 6 Eignerstrategie.

¹⁸ Ziffer 8.4 Eignerstrategie.

¹⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 3.

²⁰ Gemäss Ziffer 3.6.3 des eingereichten Finanzhandbuchs Rechnungswesen (Beilage 9 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013) unterscheidet ewb folgende Beteiligungsarten: Gruppengesellschaften (Beteiligung >= 50 %), assoziierte Gesellschaften (Beteiligung >= 20 % < 50 %), sonstige Beteiligungen unter 20 %.

²¹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 3; Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 10 f.; Beilage 9 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012.

²² Im Zeitpunkt der Verabschiedung der Eignerstrategie (13. Mai 2009) war die Entwicklung der gewerblichen Tätigkeiten von ewb somit (wie geltend gemacht, oben, Rz 3) bereits weit fortgeschritten.

²³ [...].

²⁴ Erwerb Bärenheizungs AG und Bären Sanitär AG.

²⁵ Gründung durch die Städtischen Werke Bern SWB.

²⁶ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 5 f. (Frage 2).

²⁷ Handelsregisterauszug (Beilage 5 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013).

²⁸ Beilage 8 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

²⁹ Handelsregisterauszug (Beilage 7 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

23. Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.³⁰

24. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.³¹ Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt³², so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.³³

25. Die revidierten Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts³⁴ beschränken sich seit 1. Januar 2013 mit Bezug auf die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) auf das Kontrollprinzip, d.h. verzichten auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.³⁵ Wie nachfolgend ausgeführt wird, ist davon auszugehen, dass das Mutterhaus ewb seine Kontrollmöglichkeiten über die fraglichen Tochtergesellschaften auch tatsächlich ausübt. Vorliegend kann daher offen bleiben, ob beziehungsweise in welchen Fällen im Kartellrecht analog zum Obligationenrecht eine Beschränkung auf das Kontrollprinzip angezeigt ist.

26. Die Hinweise aus der Vorabklärung lassen zunächst darauf schliessen, dass es sich beim Mutterhaus ewb trotz der bestehenden engen Beziehungen zur Einwohnergemeinde Bern durchaus um ein von dieser wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen handelt, welches am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Es bestehen insgesamt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Gemeindebehörden über derartige Einflussmöglichkeiten³⁶ über ewb verfügen, dass die wirtschaftliche Selbstständigkeit von ewb verneint und ewb als Konzernunternehmen der Einwohnergemeinde Bern angesehen werden müsste.³⁷ Insbesondere sitzt im siebenköpfigen Verwaltungsrat von ewb mit Reto Nause derzeit nur ein einziger Vertreter des Gemeinderats der Stadt Bern. Reto Nause amtiert weder als Verwaltungsratspräsident noch als Vizepräsident des Verwaltungsrats und verfügt

über keine Zeichnungsberechtigung.³⁸ Bei der Verselbstständigung des Elektrizitätswerks und der Gas-, Wasser- und Fernwärmeversorgung zur selbständigen, autonomen öffentlich-rechtlichen Anstalt ging es gerade (auch) um die Einräumung des nötigen Handlungsspielraums für eine erfolgreiche Tätigkeit von ewb im veränderten Marktumfeld.³⁹

27. Im Gegensatz dazu ist – wie nachfolgend erläutert wird – davon auszugehen, dass die Bären Haustechnik AG, die Guggisberg Dachtechnik AG und die Energiecheck Bern AG den Unternehmensbegriff im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG nicht erfüllen, sondern ewb diese Tochtergesellschaften zu kontrollieren vermag und auch tatsächlich kontrolliert, dass diese Tochtergesellschaften somit nicht in der Lage sind, sich vom Mutterhaus ewb unabhängig zu verhalten.

28. Ewb kontrolliert je 100 % des Aktienkapitals und der Stimmen der Bären Haustechnik AG und der Guggisberg Dachtechnik AG. An der Energiecheck Bern AG hält ewb 60 % der Aktien. Der Verwaltungsrat der Bären Haustechnik AG und der Guggisberg Dachtechnik AG setzt sich aus je fünf und jener der Energiecheck Bern AG aus sechs Mitgliedern zusammen. Ewb nimmt im Verwaltungsrat von allen drei Gesellschaften je mit drei eigenen Vertretern beziehungsweise Geschäftsleitungsmitgliedern Einsitz. Zudem stellt ewb je den Verwaltungsratspräsidenten.⁴⁰ Wie ewb im Wesentlichen auch selber einräumt⁴¹, ist ewb somit in der Lage, diese Tochtergesellschaften zu kontrollieren.

³⁰ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; Samuel Jost, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGER 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BGER, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³¹ RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*. Vgl. auch Urteil des BGER, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³² Sogenanntes „Leitungsprinzip“ im Gegensatz zum „Kontrollprinzip“, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

³³ Urteil des BGER, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220.

³⁵ Vgl. Art. 663e Abs. 1 aOR, BBI 2008 1589, 1723 sowie Art. 963 Abs. 2 OR, der neu Kriterien festlegt, wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert.

³⁶ Art. 25 ff. ewr.

³⁷ Die Möglichkeiten der Einwohnergemeinde Bern, direkten Einfluss auf die unternehmensstrategischen Entscheidungen von ewb zu nehmen, sind insbesondere nicht mit [...].

³⁸ Art. 14 Abs. 1 ewr; Auszug Handelsregister Kanton Bern, online abrufbar unter: www.zefix.ch > Bern, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

³⁹ Botschaft des Stadtrats an die Stimmberechtigten zur Gemeindeabstimmung vom 23. September 2001 S. 5 (Beilage 1 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012). Vgl. auch BGE 137 II 199 E. 3.1, wo das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat, dass das Kartellgesetz auf die Swisscom als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts unabhängig davon anwendbar ist, dass Swisscom mehrheitlich dem Bund gehört.

⁴⁰ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 10 f. (Frage 4b) und S. 15 (Frage 10).

⁴¹ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 15 (Frage 10).

29. Ein Weg, um eine bestehende Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich auszuüben, ist die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen, also eine personelle Verflechtung. Liegt neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft auch eine solche personelle Verflechtung vor, d.h. es hat zumindest eine natürliche Person sowohl bei der Mutter wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne, ist daraus in der Regel zu folgern, dass die Muttergesellschaft effektiv einen Einfluss auf die Grundsatzentscheide der Tochtergesellschaft ausübt.⁴² Vom Vorliegen einer blossen Finanzbeteiligung, die sich auf die Ausübung von Aktionärsrechten beschränkt und mit der keinerlei Einfluss auf den Geschäftsgang genommen wird, ist unter solchen Umständen nicht auszugehen.

30. Ewb macht geltend, dass tatsächlich nur eine sehr schwach ausgeprägte einheitliche Leitung bestehe. Ewb lasse seinen Tochtergesellschaften im Bereich Gebäudetechnik seit jeher viel Spielraum.⁴³ Soweit ewb damit sinngemäss das Vorliegen eines Konzernsachverhalts verneint, überzeugen diese Ausführungen nicht. Es liegt auf der Hand, dass die in den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften einsitzenden Führungspersonlichkeiten von ewb ihre Verwaltungsratsmandate, ihre vernetzten Unternehmenskenntnisse und ihre Stimmenmehrheiten gezielt zur strategischen Führung der Tochtergesellschaften im Sinne der übergeordneten Strategie des Mutterhauses ewb einsetzen. Das Dokument „Grundsätze Kooperationsmanagement“ erhärtet dies, indem es festhält, dass ewb „Zur strategischen Steuerung und Führung von Kooperationspartnern, insbesondere bei Beteiligungen (...) gezielt ausgewählte Mandatsträger (Verwaltungs-/Stiftungsräte, Vorstandsmitglieder, Kommissionsmitglieder etc.)“ einsetzt.⁴⁴

31. Zudem hat ewb in der sogenannten „Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik“⁴⁵ die zentralen Rahmenbedingungen für die Tätigkeiten der Tochtergesellschaften im Bereich der Gebäudetechnik zusammenfassend wie folgt festgelegt:

- Der Abschnitt „Steuerungskonzept“ schreibt unter anderem vor, dass die Tochtergesellschaften als rechtlich selbständige Einheiten, welche von ewb kapital- und stimmenmässig beherrscht werden, geführt werden. Ewb stelle für jede einzelne Gesellschaft die Mitglieder oder einen Teil der Mitglieder des Verwaltungsrats.
- Sofern keine 100% Beteiligung gegeben sei, werde die Einflussnahme von ewb in entsprechenden Aktionärsbindungsverträgen verbindlich gesichert.⁴⁶
- Der Verwaltungsrat der jeweiligen Tochtergesellschaft stelle sicher, dass die Unternehmensstrategie von ewb auch in den Strategien der Tochtergesellschaften Niederschlag finde.
- Bekundet wird weiter die (auch umgesetzte) Absicht, dass der Verwaltungsrat der jeweiligen Tochtergesellschaft von einem Vertreter des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung von ewb präsiert wird.

- Die Entwicklung der Unternehmensstrategie, die mittelfristige Planung und die Festlegung der Jahresziele (Budget) der jeweiligen Tochtergesellschaft erfolgen „durch den Verwaltungsrat der jeweiligen Tochtergesellschaft und stehen im Kontext zur Unternehmensplanung des Mutterhauses.“⁴⁷
- Der Marktauftritt erfolgt unter der gemeinsamen Marke „Bären“, „wobei sichergestellt wird, dass die Marke ewb in der Kommunikation mitgeführt wird.“⁴⁸
- Zudem hat ewb vorgegeben, dass sich die Positionierung der Tochtergesellschaften wie auch deren Unternehmenskultur an der Unternehmensstrategie beziehungsweise den Unternehmenswerten von ewb orientieren. Für die Organe und Mitarbeitenden der Tochtergesellschaften gilt der Verhaltenskodex von ewb.

32. Auch das Dokument „Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik“ zeigt damit auf, dass eine einheitliche Leitung der Tochtergesellschaften und eine klare Einbindung in die Unternehmensstrategie von ewb beabsichtigt sind. Ewb räumt auch selber ein, dass seit jüngster Zeit formalisierte Grundsätze zur Führung der Tochtergesellschaften im Entstehen seien und sich der Umgang von ewb mit den (gewerblich tätigen) Tochtergesellschaften tendenziell in Bezug auf Fragen der Corporate Governance und der Compliance in Richtung einer engeren Führung bewege.⁴⁹ Die Anzeiger weisen im Übrigen zu Recht darauf hin, dass nicht nur personelle Verflechtungen bestehen, sondern die Bären Haustechnik AG auch in denselben Räumlichkeiten wie ewb untergebracht ist.⁵⁰

33. Zudem erstellt ewb eine konsolidierte Jahres- beziehungsweise Konzernrechnung (u.a.) unter Einbezug der Bären Haustechnik AG, Guggisberg Dachtechnik AG, Energiecheck Bern AG (je Vollkonsolidierung) wie auch der The Mobility House AG Schweiz (Quotenkonsolidierung). In den Konsolidierungskreis der ewb-Gruppe werden jene Gesellschaften aufgenommen, an deren Kapital ewb „eine direkte oder indirekte Beteiligung hält und bei denen sie im Besitz der Mehrheit der Stimmrechte ist oder über die sie eine anderweitige direkte oder indirekte Beherrschung ausübt.“⁵¹

⁴² In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*; RPW 2003/1, 92 Rz 23 *drittes Lemma*, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

⁴³ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 16 (Frage 11).

⁴⁴ Beilage 19 (S. 19, Ziffer 7.2) zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012.

⁴⁵ Beilage 18 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012.

⁴⁶ Hinsichtlich der Energiecheck Bern AG (Beteiligungsanteil 60 %) besteht gemäss den Angaben von ewb ein Aktionärsbindungsvertrag (Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 10 (Frage 4b)).

⁴⁷ Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik Ziffer 3 (Steuerungskonzept).

⁴⁸ Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik Ziffer 4 (Marktauftritt).

⁴⁹ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 16 und 18 (Frage 11).

⁵⁰ Eingabe Anzeiger vom 31. August 2012, S. 3.

⁵¹ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012 S. 96, 98, online abrufbar unter: www.ewb.ch > Wissen > Infomaterial, zuletzt besucht am 6. Januar 2014. Der Konsolidierungskreis umfasst auch die Solar Industries AG (Konsolidierung zum Anschaffungswert).

34. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass bei der ewb-Gruppe eine Konzernstruktur vorliegt, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Zum Unternehmen (ewb-Gruppe), welches vom persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wird, gehören nach dem Gesagten neben dem Mutterhaus ewb namentlich die vorliegend interessierenden Konzerngesellschaften Bären Haus-technik AG, Guggisberg Dachtechnik AG und Energiecheck Bern AG.

35. Ob auch die The Mobility House AG Schweiz und Solar Industries AG in Liquidation konzernmässig in die ewb-Gruppe eingebunden waren beziehungsweise eingebunden sind, kann offen bleiben. Fest steht, dass beide Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind beziehungsweise waren. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil der ewb-Gruppe wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich. Vom persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Abgesehen davon haben sich – wie nachfolgend aufgezeigt wird – ohnehin auch im Zusammenhang mit diesen beiden Gesellschaften keine Anhaltspunkte für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen ergeben.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

37. Das Bundesgericht hat in einem neueren Urteil⁵² klargestellt, dass die Kantonale Sachversicherung Glarus im Wettbewerbsbereich uneingeschränkt dem Wettbewerbsrecht und insbesondere der Kartellgesetzgebung untersteht. Hintergrund bildete ein neues kantonales Gesetz, welches es der Kantonalen Sachversicherung Glarus – einer selbständigen Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts – ermöglicht, neben dem Monopolbereich im Wettbewerb mit privaten Versicherungsgesellschaften weitere Gefahren zu versichern, sofern diese Versicherungen mit Fahrhabe und Gebäuden in Zusammenhang stehen. Das Bundesgericht bezeichnete das Kartellgesetz in dieser Konstellation für anwendbar und betonte, dass mit den dafür vorgesehenen Mitteln des Kartellgesetzes geahndet werden könnte, falls die Glarner Sach durch ihre Geschäftstätigkeit gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstossen sollte. Insbesondere sei es Sache der (Aufsichts- oder) Wettbewerbsbehörden, mit den ihnen zustehenden gesetzli-

chen Mitteln eine korrekte Kostenverteilung zu überprüfen und allenfalls zu erzwingen.⁵³

38. Damit übereinstimmend untersteht auch die ewb-Gruppe als privatrechtlich tätiges Unternehmen vollumfänglich dem Wettbewerbsrecht, soweit sie gewerbliche Tätigkeiten ausserhalb ihrer Monopolbereiche ausübt. Für die vorliegend interessierenden gewerblichen Tätigkeiten der ewb-Gruppe bestehen somit keine vorbehaltenen Vorschriften. In den Wettbewerbsbereichen untersteht die ewb-Gruppe uneingeschränkt der Kartellgesetzgebung.⁵⁴

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

39. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

41. Um festzustellen, ob sich ein Unternehmen in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, wird in einem ersten Schritt der sachlich und räumlich relevante Markt abgegrenzt (nachfolgend B.3.1.1) und in einem zweiten Schritt die Stellung auf diesem Markt geklärt (nachfolgend B.3.1.2).

B.3.1.1 Relevanter Markt

42. 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 VKU⁵⁵, der hier analog anzuwenden ist). 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, ebenfalls analog anzuwenden).

⁵² Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*.

⁵³ Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 3, E. 9.3.3, E. 9.4 mit Hinweisen.

⁵⁴ In diesem Sinne im Ergebnis auch RPW 2011/4, 483 Rz 133 f., Schlussbericht vom 30. November 2011 in Sachen *Vorabklärung betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG*: Für das Gebäudeversicherungsmonopol im Kanton Bern (Feuer- und Elementarschadenversicherung) gilt der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG. Hingegen bestehen weder für Zusatzversicherungen noch für sogenannte Nebentätigkeiten vorbehaltenen Vorschriften. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Gebäudeversicherung Bern und deren Tochtergesellschaften untersteht in diesen Bereichen dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Vgl. auch bereits RPW 1997/2, 161 Rz 35, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁵⁵ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

43. Gemäss Art. 1 Abs. 1 ewr erfüllt ewb öffentliche und gewerbliche Aufgaben in den Bereichen Energieversorgung, Wasserversorgung, thermische Kehrichtverwertung und Fernmeldedienste.

44. Im Bereich der öffentlichen Aufgaben gewährleistet ewb namentlich im Rahmen der übergeordneten Gesetzesbestimmungen jederzeit für das Gebiet der Stadt Bern die Wasserversorgung⁵⁶ und die thermische Kehrichtverwertung⁵⁷ sowie die Versorgung der Kundinnen und Kunden aller Abnehmerkategorien mit Energie (Elektrizität, Gas und Fernwärme, Art. 4 Abs. 1 ewr). Auch ist ewb zur Sicherstellung einer zweckmässigen Beleuchtung der Strassen und Plätze auf dem Gemeindegebiet der Stadt Bern zuständig (Art. 9 ewr).

45. Gewerbliche Aufgaben in Konkurrenz zu privaten Mitbewerbern übt die ewb-Gruppe aktuell (wie erwähnt⁵⁸) einerseits direkt über das Mutterhaus ewb (Wettbewerbsbereiche innerhalb von ewb als Mutterhaus) und andererseits über ihre gewerblich tätigen Tochtergesellschaften Bären Haustechnik AG, Guggisberg Dachtechnik AG und Energiecheck Bern AG aus (Wettbewerbsbereiche der Tochtergesellschaften von ewb).

46. Bei den gewerblichen Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich innerhalb von ewb als Mutterhaus handelt es sich gemäss den vorliegenden Angaben im Wesentlichen um folgende:⁵⁹

- Rohrnetzbau (teilweise);
- Lieferung von Biogas als Treibstoff und zum Heizen;
- Lieferung von Fernwärme;
- Energiedienstleistungen (wie Contracting; Energieberatung; Energieüberwachung);
- Hausinstallationen Gas, Wasser und Elektro;
- Paketlösungen im Bereich der Elektromobilität für die Zweiradmobilität (Elektrovelos, Roller) und für die Vierradmobilität (Elektroautos); Services; Versicherungen; Ökostrom;
- Telecom-Dienstleistungen für Private und Firmen auf Basis des Glasfasernetzes.

47. Über die genannten Tochtergesellschaften bietet die ewb-Gruppe gemäss den vorliegenden Angaben folgende Waren und Dienstleistungen in Konkurrenz zu Mitbewerbern an.⁶⁰

- Über die Bären Haustechnik AG: Heizung/Lüftung/Klimatechnik-Installationen und Ausführungsplanung
- Über die Guggisberg Dachtechnik AG: Fassadenbau und -sanierung, Flachdachbau und -sanierung, Giebeldachbau und -sanierung, Spenglerei

Mit den Tochtergesellschaften Bären Haustechnik AG und Guggisberg Dachtechnik AG ist die ewb-Gruppe Anbieterin von integralen nachhaltigen Haustechnik-Lösungen, wie beispielsweise Minerale-Lösungen sowie effiziente Heizungssysteme.

- Über die Energiecheck Bern AG:

Energieberatung, Kontrollen

48. Die The Mobility House AG Schweiz bietet Leistungen im Bereich der Entwicklung und Umsetzung von Konzepten für innovative Elektromobilitätslösungen für Privat-, Firmen- und öffentliche Kunden in der Schweiz an und fördert zudem die Verbreitung der Elektromobilität.⁶¹ Ewb ist an diesem ehemaligen Gemeinschaftsunternehmen (wie erwähnt⁶²) seit Anfang 2013 nicht mehr beteiligt.

49. Über die (konkursite) Solar Industries AG in Liquidation, an welcher ewb eine Minderheitsbeteiligung von [...] hält, bot ewb nach eigenen Angaben nie Waren und Dienstleistungen an und bezog auch selber für eigene Bedürfnisse nie solche Waren und Dienstleistungen.⁶³

50. Zusammenfassend verfügt die ewb-Gruppe somit über ein breites Angebot an Waren und Dienstleistungen sowohl im Bereich der wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben als auch in den Wettbewerbsbereichen innerhalb von ewb als Mutterhaus und den Wettbewerbsbereichen der Tochtergesellschaften.

51. Das Sekretariat hat in der Vorabklärung auf eine detaillierte Analyse beziehungsweise Erhebung der Substituierbarkeiten bezüglich der angebotenen Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite verzichtet. Auch ohne eine solche Detailanalyse kann für die weitere Beurteilung im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung jedoch (unpräjudiziell) davon ausgegangen werden, dass die beschriebenen Waren und Dienstleistungen, welche die ewb-Gruppe im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anbietet⁶⁴, von der jeweiligen Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks grundsätzlich nicht als substituierbar angesehen werden mit den Waren und Dienstleistungen, welche die ewb-Gruppe (und auch die The Mobility House AG Schweiz) im Rahmen der beschriebenen gewerblichen Tätigkeiten anbietet.⁶⁵

52. Im Folgenden wird daher davon ausgegangen, dass die von der ewb-Gruppe im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erbrachten Leistungen zumindest anderen relevanten Märkten zuzurechnen sind als die Waren und Dienstleistungen, welche die ewb-Gruppe direkt oder über eine Tochtergesellschaft in Konkurrenz zu Privaten anbietet.

⁵⁶ Ewb versorgt die Stadt Bern nach den Vorgaben des kantonalen Rechts mit Trink-, Brauch- und Löschwasser (Art. 12 ewr).

⁵⁷ Ewb erstellt, betreibt und unterhält thermische Kehrichtverwertungsanlagen für die Entsorgung von Siedlungsabfällen (Art. 10 ewr, 1. Satz).

⁵⁸ Oben, Rz 18 f.

⁵⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 3; Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 13f. (Fragen 7, 8a).

⁶⁰ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 13f. (Fragen 7 und 8b).

⁶¹ Handelsregisterauszug (Beilage 5 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013).

⁶² Oben, Rz 20.

⁶³ Oben, Rz 21; Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 7 (Frage 3).

⁶⁴ Oben, Rz 44.

⁶⁵ Oben, Rz 45 - 48.

53. Zu unterscheiden sind insofern jedenfalls (ein oder mehrere) vorgelagerte Märkte (öffentliche [Versorgungs-]Aufgaben) von (einem oder mehreren) nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten (Wettbewerbsbereiche innerhalb von ewb als Mutterhaus, Wettbewerbsbereiche der Tochtergesellschaften von ewb; insbesondere diverse Waren und Dienstleistungen im Bereich der Haustechnik).

54. Für die nachfolgende Beurteilung genügt die Beschränkung auf diese Feststellung. Welchen sachlichen und örtlichen Märkten die jeweiligen Waren und Dienstleistungen konkret zuzuordnen sind, kann vorliegend offen bleiben, da sich unabhängig davon zum jetzigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG ergeben.

B.3.1.2 Marktstellung

55. Im Bereich der vorstehend unterschiedenen vorgelagerten Märkte erfüllt das Mutterhaus ewb hauptsächlich gesetzliche Versorgungsaufträge. Die entsprechenden Tätigkeiten sind gewöhnlich ausschliesslich dem Mutterhaus ewb vorbehalten, d.h. ewb übt diese Tätigkeiten in der Regel unter Ausschluss aller anderen Personen aus und verfügt über entsprechende staatliche Monopole.⁶⁶

56. Konkret sieht das ewb-Reglement für den Bereich der Energieversorgung vor, dass in der Stadt Bern ausschliesslich ewb berechtigt ist, Kundinnen und Kunden mit Elektrizität⁶⁷, Gas⁶⁸ und Fernwärme zu versorgen, soweit nicht übergeordnetes Recht Lieferungen durch Dritte zulässt.⁶⁹ Eine Beschränkung der ausschliesslichen Lieferberechtigung von ewb nach Massgabe von übergeordnetem Recht besteht aufgrund der sogenannten ersten Stufe der Strommarktöffnung. Gestützt auf diese können Endverteiler sowie Geschäftskunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh pro Verbrauchsstätte den Stromlieferanten seit dem 1. Januar 2009 frei wählen. Das staatliche Monopol von ewb im Bereich der Stromversorgung beschränkt sich derzeit entsprechend auf die Haushalte und anderen Endverbraucher in der Stadt Bern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, welche heute weiterhin an ewb als Stromlieferantin gebunden sind (sogenannt feste Endverbraucher oder „kleine Endkunden/Endverbraucher“).⁷⁰

57. Hinsichtlich der (leitungsgebundenen) Erdgasversorgung – welche ewb für die Stadt Bern erfüllt – erklärt die Erdgasverordnung⁷¹ ewb für zuständig, das Erdgasnetz⁷² zu erstellen, betreiben, finanzieren, unterhalten und zu erneuern (Art. 22 GV). Zudem hält die Erdgasverordnung konkretisierend fest, dass Netzanschlussleitungen⁷³ nur durch ewb erstellt, geändert, unterhalten und ersetzt werden dürfen (Art. 25 GV). Ausschliesslich ewb vorbehalten ist auch die Installation, der Unterhalt, das Versetzen und Entfernen der Messeinrichtungen (Art. 32 GV). Auch Hausinstallationen⁷⁴ zwischen Hauptabsperrarmatur und Messeinrichtung dürfen ausdrücklich nur von ewb erstellt, geändert und unterhalten werden (Art. 36 Abs. 1 GV). Nicht zum Monopol von ewb im Bereich der Erdgasversorgung gehören hingegen Hausinstallationen nach der Messeinrichtung. Diese müssen zwar vor der Ausführung durch ewb bewilligt werden, dürfen aber auch durch Personen oder Firmen ausgeführt werden, die eine Installationsbewilligung von

ewb besitzen (Art. 36 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 38 GV). Eingriffe in plombierte Anlagenteile sowie die Betätigung der Hauptabsperrarmatur des Grundstücks bleiben aber – ausser in Notfällen – ewb vorbehalten (Art. 36 Abs. 2 Satz 2 GV).

58. Bei der Wasserversorgung handelt es sich im Kanton Bern um eine Gemeindeaufgabe.⁷⁵ Die Stadt Bern hat die Verantwortung für die Beschaffung, die Aufbereitung, den Transport und die Speicherung des Wassers (sogenanntes Primärsystem) und für die dafür erforderlichen Anlagen der Wasserverbund Region Bern AG übertragen. Im Übrigen erfüllt ewb die Aufgabe für die Stadt Bern.⁷⁶ Gegenstand dieser Aufgabe von ewb ist es namentlich, das Wassernetz⁷⁷ (inklusive Hydranten)⁷⁸ zu planen, erstellen, betreiben, finanzieren, unterhalten und zu erneuern sowie Trink- und Brauchwasser in einwandfreier Qualität abzugeben.⁷⁹ Ausschliesslich Sache von ewb ist es auch, Messeinrichtungen zu installieren, unterhalten, versetzen und zu entfernen sowie das Messresultat zu erfassen.⁸⁰ Zudem ist ewb zur Überwachung und Kontrolle der Netzanschlussleitungen⁸¹ sowie die

⁶⁶ Vgl. zum Monopolbegriff und den verschiedenen Arten staatlicher Monopole etwa: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 2009, § 45 Rz 2ff.

⁶⁷ Soweit ewb in ihrem Netzgebiet öffentliche Aufgaben der Stromversorgung erfüllt, gilt die Verordnung von Energie Wasser Bern vom 2. März 2006, Elektrizitätsverordnung (EV); Beilage 1 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

⁶⁸ Die Ausführungsbestimmungen für alle von ewb direkt mit Erdgas belieferten Kunden regelt die Verordnung von Energie Wasser Bern vom 26. Oktober 2006, Erdgasverordnung (GV); Beilage 3 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

⁶⁹ Art. 8 Abs. 6 ewr.

⁷⁰ Mit der zweiten Stufe der Strommarktöffnung soll die Marktöffnung auch auf die heutigen festen Endverbraucher ausgedehnt werden. Die entsprechenden Bestimmungen werden gegebenenfalls durch einen Bundesbeschluss der Bundesversammlung in Kraft gesetzt werden, welcher dem fakultativen Referendum untersteht (vgl. Art. 34 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung; Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7). Der Verlauf der politischen Diskussion und der genaue Zeitpunkt der Umsetzung lassen sich heute noch nicht genau abschätzen.

⁷¹ Oben, Fn 68.

⁷² Als Erdgasnetz werden alle Leitungen und Nebenanlagen auf öffentlichem und privatem Grund bezeichnet, die nach Dimension und Anlage für die Speisung der Netzanschlussleitungen bestimmt sind (Art. 20 Abs. 1 GV, zitiert in Fn 68).

⁷³ Die Netzanschlussleitung ist das Leitungsstück vom Erdgasnetz bis und mit der Hauptabsperrarmatur nach der Hauseinführung (Art. 20 Abs. 2 GV, zitiert in Fn 68).

⁷⁴ Zu den Hausinstallationen gehören alle Einrichtungen und Anlagen nach der Hauptabsperrarmatur, die für die Messung des Erdgases (Erdgaszähler), die Regulierung (Druckregler), den Betrieb und die Sicherheit der Apparate notwendig sind (Art. 20 Abs. 3 GV, zitiert in Fn 68).

⁷⁵ Art. 6 Abs. 1 Wasserversorgungsgesetz vom 11. November 1996 (WVG, BSG 752.32).

⁷⁶ Art. 1 der Verordnung von Energie Wasser Bern vom 26. Oktober 2006, Wasserverordnung (WV); Beilage 2 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

⁷⁷ Als Wassernetz werden alle Leitungen und Nebenanlagen auf öffentlichem und privatem Grund bezeichnet, die nach Dimension und Anlage für die Speisung der Netzanschlussleitungen und der Hydranten bestimmt sind (exklusiv Primärsystem, Art. 19 Abs. 1 WV, zitiert in Fn 76).

⁷⁸ Art. 23 WV (zitiert in Fn 76).

⁷⁹ Art. 3 Abs. 1, 10 und 21 WV (zitiert in Fn 76); Art. 12 Abs. 1 ewr.

⁸⁰ Art. 15 Abs. 1 und 2 sowie Art. 34 Abs. 1 WV (zitiert in Fn 76).

⁸¹ Bei der Netzanschlussleitung handelt es sich um das Leitungsstück vom Anschlussformstück des Wassernetzes bis zum Wasserzähler (Art. 19 Abs. 2 WV, zitiert in Fn 76).

Kontrolle der Hausinstallationen⁸² (in der Regel vor deren Inbetriebnahme) zuständig.⁸³ Während diese (ausschliesslich ewb übertragenen) Tätigkeiten zum Monopol von ewb im Bereich der Wasserversorgung gehören, dürfen Netzanschlüsse neben ewb auch durch Personen und Firmen geändert, unterhalten und ersetzt werden, welchen ewb eine entsprechende Installationsbewilligung erteilt hat.⁸⁴ Dasselbe gilt für Hausinstallationen. Auch diese dürfen nicht nur durch ewb sondern auch durch Personen und Firmen mit einer Installationsbewilligung ausgeführt werden, d.h. gehören ebenfalls nicht zum Monopol von ewb im Bereich der Wasserversorgung.⁸⁵

59. Über staatliche Monopole verfügt ewb auch bei der Entsorgung von Siedlungsabfällen sowie der öffentlichen Beleuchtung auf dem Gebiet der Gemeinde Bern.⁸⁶

60. Soweit ewb öffentliche Aufgaben in den Bereichen Energieversorgung (Elektrizität, Gas, Fernwärme), Wasserversorgung, thermische Kehrrechtverwertung und Strassenbeleuchtung erfüllt und im Sinne des Ausgeführten staatliche Monopole vorliegen, ist davon auszugehen, dass die ewb-Gruppe (über das Mutterhaus ewb) auf den entsprechenden vorgelagerten Märkten⁸⁷ eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG einnimmt.⁸⁸

61. Dagegen ergibt sich eine marktbeherrschende Stellung der ewb-Gruppe auf den nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten⁸⁹ gemäss den vorliegenden Informationen grundsätzlich weder aus den eigenen gewerblichen Tätigkeiten des Mutterhauses ewb noch den gewerblichen Tätigkeiten der Tochtergesellschaften. Ewb gibt insbesondere an, mit den fraglichen gewerblichen Tätigkeiten in keinem der stark fragmentierten „Teilmärkte“ mit einem bedeutenden Marktanteil vertreten zu sein.⁹⁰ Damit übereinstimmend dürfte es auf den nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten grundsätzlich genügend aktuelle Konkurrenz durch die verschiedensten in diesen Bereichen tätigen Marktteilnehmer geben. Für die nachfolgende Beurteilung wird daher davon ausgegangen, dass die ewb-Gruppe auf den nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten nicht marktbeherrschend ist.

62. Auf eine eingehendere Beurteilung der Marktstellung der ewb-Gruppe kann verzichtet werden, da unabhängig davon zurzeit keine Anzeichen für eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG bestehen, wie nachfolgend im Einzelnen dargelegt wird.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

63. Eine marktbeherrschende Stellung ist für sich allein nicht missbräuchlich. Zur Marktbeherrschung muss als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten.⁹¹

64. Die Anzeiger erheben zusammenfassend den Vorwurf, dass die ewb-Gruppe ihre marktbeherrschenden Stellungen auf den vorgelagerten Märkten (soweit staatliche Monopole vorliegen) möglicherweise dazu missbraucht (oder missbraucht hat), um andere Unterneh-

men auf den nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten durch eine Begünstigung der eigenen – auf diesen Märkten tätigen – Tochtergesellschaften in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. Das Verhalten der ewb-Gruppe stelle möglicherweise eine Behinderung der Konkurrenten auf den nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Märkten nach Art. 7 KG dar (Behinderungsmisbrauch).

B.3.2.1 Marktverschliessung

65. Vorab fragt sich, ob die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 7 KG grundsätzlich überhaupt erfüllt sein können bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden, wo ein Unternehmen seine ausschliesslich auf bestimmten vorgelagerten Märkten bestehende marktbeherrschende Stellung möglicherweise dazu missbraucht, um andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf nachgelagerten beziehungsweise benachbarten – d.h. anderen – Märkten zu behindern.

66. Die WEKO und das Sekretariat haben die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf einem vorgelagerten Markt für eine im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG unzulässige Behinderung von Konkurrenten auf einem nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Markt reicht, wiederholt bejaht:

- Im Schlussbericht in Sachen Vorabklärung betreffend Espace Media Groupe / Berner Zeitung AG / Solothurner Zeitung wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG hielt das Sekretariat fest, dass sich der beurteilte Fall von der "klassischen Form" der gezielten Preisunterbietung dadurch unterscheidet, dass nicht ein mögliches marktbeherrschendes Unternehmen auf dem betreffenden Markt tiefe Preise setze, sondern dieses angebliche Verhalten in einem anderen Markt an den Tag lege, in welchem es bisher (beinahe) nicht tätig gewesen sei. Dieser Umstand schliesse ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG im beurteilten Fall nicht aus.⁹²

⁸² Zu den Hausinstallationen gehören alle Leitungen und Einrichtungen im Gebäudeinnern ab Wasserzähler. Druckerhöhungsanlagen gehören zu den Hausinstallationen (Art. 19 Abs. 3 WV, zitiert in Fn 76).

⁸³ Art. 31 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 WV (zitiert in Fn 76).

⁸⁴ Art. 27 f. WV (zitiert in Fn 76).

⁸⁵ Art. 42 WV (zitiert in Fn 76).

⁸⁶ Art. 31b Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Bst. a des Bernischen Gesetzes vom 18. Juni 2003 über die Abfälle (Abfallgesetz, AbfG; BSG 822.1) und Art. 9 f. ewr.

⁸⁷ Oben, Rz 51 f.

⁸⁸ In diesem Sinne auch RPW 2011/4, 483 Rz 150, *Schlussbericht vom 30. November 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG*, wo die Gebäudeversicherung Bern auf dem Markt für die Feuer- und Elementarschadenversicherung aufgrund des staatlichen Monopols als marktbeherrschend bezeichnet wird.

⁸⁹ Oben, Rz 51 f.

⁹⁰ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 21.

⁹¹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, mit weiteren Hinweisen.

⁹² RPW 2003/1, 62 Rz 14, *Schlussbericht vom 25. November 2002 in Sachen Vorabklärung betreffend Espace Media Groupe / Berner Zeitung AG / Solothurner Zeitung wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG*, mit Hinweis auf EVELINE CLERC, Art. 7 LCart, in: Tercier/Bovet, *Droit de la concurrence – Commentaire Romand*, Basel 2002, S. 375, Rz 57.

- In einem Gutachten für das Handelsgericht des Kantons Bern wies die WEKO darauf hin, dass die Marktbeherrschung von Swisscom im Markt für Festnetzanschlüsse festgestellt worden sei, dass die beanstandeten Werbepraktiken von Swisscom dagegen im nachgelagerten Markt für Telefoniedienstleistungen stattgefunden hätten. Dies schliesse jedoch ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG nicht aus, „denn der Missbrauch kann auf einem anderen Markt stattfinden als auf dem Markt, auf welchem das Unternehmen marktbeherrschend ist. Ebenso kann das missbräuchliche Verhalten zwar auf dem beherrschten Markt stattfinden, aber Konsequenzen auf einem benachbarten Markt verursachen. Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktbeherrschung auf einem bestimmten Markt ausnützt, um auf einem Nachbarmarkt Marktmacht zu erwerben“.⁹³
- Zudem hielt die WEKO in Sachen SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern kann: Die Behinderung könne einerseits auf dem Markt stattfinden, in dem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe (sogenannte horizontale Marktverschliessung). Andererseits könne ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auf benachbarten, vor- oder nachgelagerten Märkten behindern, d.h. auf Märkten, auf denen das betrachtete Unternehmen nicht tätig oder zumindest nicht marktbeherrschend ist. Diese Situation werde in der Regel als vertikale Marktverschliessung bezeichnet (Anticompetitive Foreclosure). Eine solche Marktverschliessung tritt gemäss den weiteren Ausführungen der WEKO insbesondere dann auf, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ebenfalls auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Es besteht dann die Möglichkeit, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt zu übertragen, indem Konkurrenten auf dieser Marktstufe behindert werden.⁹⁴
- Schliesslich führte das Sekretariat auch im Schlussbericht in Sachen Vorabklärung betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) aus, dass eine Behinderung nicht nur auf derselben Marktstufe wie die Marktbeherrschung erfolgen kann, sondern auch in vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkten möglich ist. Es sei nicht notwendig, dass das marktbeherrschende Unternehmen auf diesen benachbarten respektive vor- oder nachgelagerten Märkten überhaupt präsent oder sogar marktbeherrschend ist. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens erleichtere diesem jedoch, seine Marktmacht auch auf andere Märkte zu übertragen (sogenanntes Leveraging).⁹⁵

67. Die Auffassung der WEKO und des Sekretariats wurde inzwischen sinngemäss auch vom Bundesgericht

bestätigt, hielt dieses doch in seinem Entscheid „Publigroupe“ fest, dass es bei der Behinderung sowohl der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs keine Rolle spielt, „ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert“.⁹⁶

68. Ein unzulässiger Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 KG kann somit nicht nur bei Behinderungen von Konkurrenten auf demjenigen Markt, in dem die Marktbeherrschung besteht, vorliegen, sondern auch, wenn ein Unternehmen die marktbeherrschende Stellung auf einem vorgelagerten Markt wie im vorliegenden Fall möglicherweise dazu missbraucht, um andere Unternehmen auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

69. Allfällige wettbewerbsrechtlich problematische Verhaltensweisen aus dem Zusammenspiel vom Mutterhaus ewb und den gewerblich tätigen Konzerngesellschaften (oder eigenen gewerblichen Tätigkeiten vom Mutterhaus ewb) werden daher grundsätzlich von der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG erfasst. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, da die gewerblich tätigen Konzerngesellschaften von ewb nicht als selbständige Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG qualifiziert werden können, sondern die ewb-Gruppe als Ganzes als Unternehmen zu betrachten ist.⁹⁷

B.3.2.2 Abgrenzung zum Verfahren vor dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland

70. Von der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG zu unterscheiden ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Staat beziehungsweise ewb als Gemeindeunternehmung überhaupt wirtschaftliche Tätigkeiten in Konkurrenz zu Privaten ausüben darf. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage in einem neueren Entscheid zusammenfassend wie folgt geäussert:⁹⁸

- Voraussetzung für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates ist eine formell-gesetzliche Grundlage (E. 6.3.2). Diese könne insbesondere

⁹³ RPW 2005/2, 445 Rz 72, Gutachten vom 4. Februar 2005 für das Handelsgericht des Kantons Bern im Zivilprozess in Sachen TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG.

⁹⁴ RPW 2011/1, 96 Rz 301 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), Verfügung vom 29. November 2010, mit Hinweisen auf das DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary Abuses, S. 21 ff. (online abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, zuletzt besucht am 6. Januar 2014), MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 94 ff., N 97, N 514 ff. sowie auf diverse internationale Leitentscheide.

⁹⁵ RPW 2011/4, 483, Rz 156, Schlussbericht vom 30. November 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG mit Verweis auf RPW 2011/1, 96 Rz 301 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

⁹⁶ BGE 139 I 72, E. 10.1.1, Publigroupe SA et al./WEKO.

⁹⁷ Oben, Rz 34; vgl. in diesem Sinne bereits RPW 2004/2, 407 ff., Swisscom ADSL, wo die WEKO die Swisscom-Gruppe als Ganzes als Unternehmen qualifizierte und die Bevorzugung der wirtschaftlich unselbständigen Swisscom Tochter Bluewin unter dem Aspekt von Art. 7 KG prüfte.

⁹⁸ Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, Kantonale Sachversicherung Glarus.

im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern, namentlich dann, wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut werde. Die gesetzliche Grundlage müsse aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll (E. 7.2).

- Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV⁹⁹; E. 6.3.2). Tritt ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entsteht den Privaten gemäss Bundesgericht bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit darstellt. Dies gilt jedenfalls solange, als das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt wird (E. 6.2.2).
- Da staatliche, konkurrenzierende Wirtschaftstätigkeit somit zu keiner Grundrechtseinschränkung (Wirtschaftsfreiheit) führt, verlangt das Bundesgericht kein öffentliches Interesse, das inhaltlich eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigen könnte. Für die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates genügt gemäss Bundesgericht grundsätzlich jedes öffentliche Interesse. Verlangt wird nur, dass die staatliche Tätigkeit nicht ausschliesslich privaten Interessen dient (E. 8.2).
- Das Bundesgericht weist darauf hin, dass die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen in erster Linie dem politischen Prozess beziehungsweise dem zuständigen Gesetzgeber obliegt. Habe das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so sei diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden. Es sei nicht Sache des Bundesgerichts, diese Entscheidung als unzulässig zu erklären, solange das Gesetz nicht Interessen verfolgt, die verfassungsrechtlich nicht zulässig oder geradezu willkürlich sind (E. 8.3).
- Nicht Voraussetzung für wirtschaftliches Handeln des Staates ist gemäss Bundesgericht, dass ein Marktversagen vorliegt oder die Privatwirtschaft nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken (E. 8.4).

71. Das erwähnte Urteil zeigt, dass das Bundesgericht einen demokratischen Entscheid zugunsten einer staatlichen Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich höher wertet als Einwände der Privatwirtschaft gegen staatliche Konkurrenz.¹⁰⁰ Wie das Bundesgericht betont, wird staatliche, konkurrenzierende Wirtschaftstätigkeit vom Bundesgesetzgeber in zahlreichen Fällen akzeptiert und vorausgesetzt. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates entspreche der gelebten Verfassungswirklichkeit. Sodann ist es gemäss Bundesgericht allgemein- und gerichtsnotorisch, dass zahlreiche Kantone und Gemeinden seit jeher Unternehmen in Konkurrenz zu privatwirtschaftlich betriebenen Unternehmen besitzen oder betreiben. Die Zulässigkeit gewerblicher Betriebe der öffentlichen Hand werde in

Art. 61 Abs. 2 OR¹⁰¹ seit jeher vorausgesetzt. Auch sehe das Kartellgesetz ausdrücklich vor, dass es Unternehmen des öffentlichen Rechts gebe, die im Wettbewerb zu privaten Unternehmen stehen (mit Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 KG) und setze damit die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Unternehmen voraus.¹⁰²

72. Diese Ausführungen des Bundesgerichts bedeuten nicht, dass Unternehmen des öffentlichen Rechts staatliche Wirtschaftstätigkeiten uneingeschränkt beziehungsweise ohne Beachtung gewisser einschränkender Rahmenbedingungen ausüben dürfen. Im Gegenteil verdeutlicht der erwähnte Entscheid auch, dass eine unternehmerische Tätigkeit des Staates nur unter der Grundvoraussetzung erfolgen soll, dass der Staat dabei den gleichen Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterworfen ist, er also bei seiner wettbewerblichen Tätigkeit keine Sonderrechte beansprucht.¹⁰³ Zudem hält das Bundesgericht (wie früher erwähnt)¹⁰⁴ fest, dass das betreffende Unternehmen des öffentlichen Rechts¹⁰⁵ im Wettbewerbsbereich uneingeschränkt dem Wettbewerbsrecht untersteht und mit den Mitteln des Kartellgesetzes geahndet werden kann, sollte mit Bezug auf die fragliche Geschäftstätigkeit ein Verstoss gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen vorliegen. Die Aufgabe der vorliegenden Vorabklärung besteht insofern darin zu prüfen, ob sich im Zusammenhang mit den unternehmerischen Tätigkeiten der ewb-Gruppe Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen ergeben. Konkret bildet die Frage Gegenstand der nachfolgenden Missbrauchskontrolle, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Verhalten der ewb-Gruppe die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG erfüllt.

73. Nicht Gegenstand der nachfolgenden Prüfung bildet dagegen die Frage, ob die ewb-Gruppe als Unternehmen des öffentlichen Rechts überhaupt zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten in Konkurrenz zu Privaten berechtigt ist. Die Aufgabe der nachfolgenden Missbrauchskontrolle besteht weder darin zu prüfen, ob das ewb-Reglement und die Eignerstrategie eine genügende gesetzliche Grundlage für die Ausübung der gewerblichen Tätigkeiten der ewb-Gruppe bilden, noch geht es bei der Prüfung möglicher Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 7 KG darum, ob die ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Das Vorliegen der Voraussetzungen für die gewerblichen Tätigkeiten der ewb-Gruppe ist Gegenstand des Verfahrens vor dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland¹⁰⁶ und gegebenenfalls dort zu prüfen.

⁹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁰⁰ CORNEL QUINTO, Felix Uhlmann, „Staatswirtschaft ja, aber fair“, in: NZZ vom 4. September 2012, online abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/meinung/debatte/staatswirtschaft-ja-aber-fair-1.17562531>, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹⁰¹ Zitiert in Fn 34.

¹⁰² Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 6.3.3.

¹⁰³ Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 9.1.

¹⁰⁴ Oben, Rz 37.

¹⁰⁵ D.h. im beurteilten Fall die Kantonale Sachversicherung Glarus.

¹⁰⁶ Oben, Rz 8 f.

B.3.2.3 Wettbewerbsverzerrung versus Behinderungsmissbrauch

74. Die Verbindung von Monopol- und Wettbewerbstätigkeit birgt zweifelsohne die Gefahr beziehungsweise das Potential einer Wettbewerbsverzerrung in sich. Ein solches Potential besteht einerseits in finanzieller Hinsicht (zum Beispiel durch eine ungenügende kalkulatorische Trennung der Monopol- und Wettbewerbsbereiche), kann sich andererseits aber auch daraus ergeben, dass ein staatliches Unternehmen aufgrund seiner Monopoltätigkeit im Verkehr mit den Kunden einen Vorteil gegenüber der Konkurrenz hat.¹⁰⁷

75. Die WEKO hielt in diesem Zusammenhang bereits in Sachen Telecom PTT/Blue Window fest, dass das Monopol über die Telefonie der damaligen Telecom PTT das Potential verschafft, nachgelagerte Märkte in wettbewerbsverfälschender Weise zu beeinflussen, beispielsweise mittels Quersubventionierung auf dem Internet-Provider-Markt zugunsten des eigenen Dienstes Blue Window und zuungunsten der privaten Provider.¹⁰⁸ Drohende Wettbewerbsverzerrungen ortete die WEKO etwa auch anlässlich der gesetzgeberischen Zulassung von privaten Geschäftsfeldern der SUVA.¹⁰⁹

76. Es ist jedoch zu beachten, dass im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG¹¹⁰ keine präventive Vorabkontrolle tendenziell gefährdeter Bereiche beziehungsweise eine „ex-ante Regulierung“ durch die Wettbewerbsbehörde erfolgt, sondern die Anwendung dieser Bestimmung voraussetzt, dass sich die darunter zu subsumierenden Sachverhalte tatsächlich verwirklicht haben. Blosser Hinweise auf die potenzielle Eignung der gewerblichen Tätigkeiten der ewb-Gruppe, privatrechtlich tätige Unternehmen zu benachteiligen, genügen als Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen eines möglicherweise unzulässigen Behinderungsmissbrauchs im Sinne von Art. 7 KG nicht.

77. Tatsächliche Wettbewerbsverzerrungen, welche auf staatliche Wirtschaftstätigkeit zurückzuführen sind, können zudem nicht per se als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG qualifiziert werden. Auf dem Markt wird letztendlich immer auch um Marktanteile gekämpft. Bemühungen, den Marktanteil zulasten eines Mitbewerbers zu erhöhen, können daher nicht an sich unzulässig sein.¹¹¹ Der Eintritt von öffentlichen Anbietern in privatwirtschaftliche Märkte kann den Wettbewerb auch stimulieren. Das Bundesgericht spricht von einem gewissen „Wettbewerb der Systeme“ zwischen Staats- und Privatunternehmen, der allenfalls eine wettbewerbslich erwünschte disziplinierende Wirkung entfalten kann.¹¹²

78. Erforderlich für die Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung gegen die ewb-Gruppe wegen allfälligen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG sind daher nicht Hinweise auf das naturgemäss gegebene Gefährdungspotential der vorliegenden Konstellation, sondern konkrete Anhaltspunkte, dass andere Unternehmen tatsächlich durch Verhaltensweisen der ewb-Gruppe, welche als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren sind, in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder wurden (Behinderungsmissbrauch).

B.3.2.4 Allgemeines zum Behinderungsmissbrauch

79. Bei einem Behinderungsmissbrauch werden aktuelle Konkurrenten durch verdrängendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt oder vom Markt verdrängt oder der Markteintritt potenzieller Konkurrenten wird be- oder gar verhindert. Es kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (Anticompetitive Foreclosure). Der Behinderungsmissbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen. Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich.¹¹³

80. Unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft.¹¹⁴

81. Die Behinderung (sowie auch die Benachteiligung) nach Art. 7 Abs. 1 KG werden durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG verdeutlicht, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹¹⁵

82. Die augenfälligste Form, wie ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt übertragen kann, besteht grundsätzlich in der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit möglichen Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt.¹¹⁶ Eine andere Möglichkeit ist die (vorliegend vor allem interessierende) Bevorzugung der eigenen, auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätigen

¹⁰⁷ Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 9.4 mit Hinweisen.

¹⁰⁸ RPW 1997/2, 161 Rz 39, *Telecom PTT/Blue Window*.

¹⁰⁹ RPW 2007/2, 317 insbesondere Rz 29 ff., 33, *Vernehmlassung zur Revision des Unfallversicherungsgesetzes*.

¹¹⁰ Davon zu unterscheiden ist einerseits die Möglichkeit des Sekretariats, Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anzuregen (Art. 26 Abs. 2 KG). Andererseits kann die WEKO den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Art. 45 Abs. 2 KG).

¹¹¹ RPW 2003/1, 62 Rz 43, *Espace Media Groupe / Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*.

¹¹² Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 8.5.

¹¹³ RPW 2011/1, 96 Rz 299 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹¹⁴ BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹¹⁵ BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹¹⁶ RPW 2011/1, 96 Rz 302, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Verweis auf RPW 2004/1, 102 Rz. 56, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* und RPW 2001/2, 284 ff. Rz. 165 ff., *Watt/Migros-EEF*.

Tochter- oder Schwestergesellschaft.¹¹⁷ Zudem besteht die Möglichkeit von Kopplungsverträgen.¹¹⁸ Vielfach wird eine Marktverschliessung weiter durch eine technische Behinderung erreicht, indem das marktbeherrschende Unternehmen verhindert, dass die Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt Produkte anbieten können, die kompatibel sind mit den Produkten, Anlagen, Systemen oder Einrichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem beherrschten Markt.¹¹⁹

B.3.2.5 Kein Behinderungsmissbrauch durch Geschäftsverweigerung, technische Behinderung oder Koppelungsverträge

83. Vorab kann festgehalten werden, dass vorliegend im jetzigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ewb-Gruppe Wettbewerbern im Rahmen der Erweiterung der Geschäftsfelder die Neuaufnahme oder Weiterführung der Geschäftsbeziehung verweigert hat und sich deshalb im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a KG missbräuchlich verhalten haben könnte. Ebensovienig ergeben sich zurzeit Anhaltspunkte für das Vorliegen eines der ewb-Gruppe vorzuwerfenden Behinderungsmissbrauchs im Zusammenhang mit technischen Behinderungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) oder unzulässigen Koppelungsverträgen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG). Solches wird von den Anzeigern auch nicht geltend gemacht.

84. Nachfolgend gilt es aber zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ewb-Gruppe im Zusammenhang mit der von den Anzeigern beanstandeten möglichen Bevorzugung ihrer gewerblich tätigen Gruppengesellschaften (oder auch der Wettbewerbsbereiche innerhalb vom Mutterhaus ewb) andere Unternehmen auf missbräuchliche Weise im Sinne von Art. 7 KG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (oder behindert haben) könnte.

B.3.2.6 Kein Behinderungsmissbrauch durch Quersubventionierung

B.3.2.6.1. Allgemeines

85. Eine Bevorzugung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe könnte erfolgen, indem diese mit Mitteln der Monopolbereiche quersubventioniert werden. Eine Quersubventionierung würde vorliegen, falls

- Leistungen, welche die Wettbewerbsbereiche (namentlich die gewerblich tätigen Gruppengesellschaften) vom Mutterhaus ewb beziehen, nicht oder nicht zu marktüblichen Bedingungen verrechnet werden (nachfolgend B.3.2.6.4);
- das Mutterhaus ewb von den Wettbewerbsbereichen (vor allem den gewerblich tätigen Gruppengesellschaften) Leistungen zu einem zu hohen Preis oder unberechtigt bezieht, indem vergaberechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden (nachfolgend B.3.2.6.5);
- Verluste der Wettbewerbsbereiche mit Mitteln der Monopolbereiche gedeckt werden (nachfolgend B.3.2.6.6).

86. Es fragt sich, ob Anzeichen für solche Quersubventionierungen der Wettbewerbsbereiche bestehen, und

unter welchen Umständen – gegebenenfalls – von einem kartellrechtlich unzulässigen Behinderungsmissbrauch ausgegangen werden muss.

87. Das Bundesgericht hat in Sachen Kantonale Sachversicherung Glarus¹²⁰ betont, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht vor Konkurrenz schützt, und sich der private Wirtschaftsteilnehmer deshalb nicht dagegen zur Wehr setzen kann, dass der Staat selber unternehmerisch tätig wird und zu ihm in Konkurrenz tritt. Dies gilt gemäss Bundesgericht (wie bereits erwähnt)¹²¹ jedoch nur, wenn der Staat dabei den gleichen Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterworfen ist, er also bei seiner wettbewerblichen Tätigkeit keine Sonderrechte beansprucht. Diese Voraussetzung ist gemäss Bundesgericht bei Quersubventionierungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich eines Staatsbetriebs nicht erfüllt. Eine Quersubventionierung ist laut Bundesgericht deshalb unzulässig, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen. Gemäss Bundesgericht überzeugt die Auffassung der herrschenden Lehre, dass öffentliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopolbereich, teilweise im Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen¹²² müssen und systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich unzulässig sind (E. 9.1). Dabei verlangt das Bundesgericht nicht, dass die Wettbewerbsbereiche in eine privatrechtliche Tochtergesellschaft ausgelagert werden. Die finanzielle Trennung von Geschäftsbereichen sei auch innerhalb ein und derselben juristischen Person möglich (E. 9.2).

88. Bei einer (systematischen) Quersubventionierung kann es sich namentlich um eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG handeln. So kam die WEKO etwa in Sachen Telecom PTT/Blue-Window unter anderem zum Schluss, dass die – auf dem schweizerischen Telefonmarkt

¹¹⁷ RPW 2011/1, 96 Rz 302, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Verweis auf RPW 1997/2, 161 Rz. 40, *Telecom PTT/Blue Window*.

¹¹⁸ RPW 2011/1, 96 Rz 302, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Verweis auf RPW 2005/1, 46 Rz. 54 f., Schlussbericht in Sachen *Vorabklärung betreffend Top-Card-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 und 7 KG*.

¹¹⁹ RPW 2011/1, 96 Rz 303, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Verweis auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 94), Art. 7 KG N 455 m.w.H. sowie PHILIPP J WEISER, *Regulating Interoperability: Lessons from AT&T, Microsoft, and beyond*, in: *Antitrust Law Journal* 2009 (Vol. 76), S. 271.

¹²⁰ Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*.

¹²¹ Oben, Rz 72.

¹²² Damit übereinstimmend erwähnte die WEKO bereits in Sachen *Telecom PTT/Blue-Window*, dass die erweiterten Dienste buchhalterisch selbständig zu behandeln sind, um Quersubventionen zu vermeiden (RPW 1997/2, 161 Rz 47).

marktbeherrschende – Telecom PTT mit ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Dienst Blue Window die privaten Internet-Provider auf dem dem Telefoniemarkt nachgelagerten Internet-Provider-Markt diskriminierte (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), indem sie den eigenen Dienst Blue Window quersubventioniert hat.¹²³

89. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Als Handelspartner gelten Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.¹²⁴ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hat zur Folge, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss. Dies heisst auch, dass marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet sind, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen grundsätzlich gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als jene für die eigenen Wirtschaftseinheiten.¹²⁵

90. Bei einer allfälligen systematischen Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche durch die Monopolbereiche der ewb-Gruppe könnte es sich grundsätzlich nur dann um eine unzulässige Ungleichbehandlung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG handeln, falls möglicherweise nicht zu marktüblichen Bedingungen verrechnete Leistungen zwischen den Monopol- und Wettbewerbsbereichen der ewb-Gruppe tatsächlich auch gegenüber anderen Unternehmen (eben „Handelspartnern“) angeboten werden, oder solche Leistungen zumindest von möglichen Handelspartnern nachgefragt werden.¹²⁶ Dies ist gemäss den vorliegenden Informationen tendenziell nicht der Fall. Die vorliegenden Informationen zeigen vielmehr, dass die ewb-Gruppe die Leistungen, welche die Wettbewerbsbereiche zur Unterstützung ihres Kerngeschäfts beim Mutterhaus beziehen – wie Leistungen in den Bereichen IT, Personaladministration, Marketing und Rechnungswesen – hauptsächlich nur konzernintern und nicht auch gegenüber Handelspartnern erbringt.¹²⁷

91. Der Fokus der nachfolgenden Prüfung hat daher darin zu liegen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ewb-Gruppe Wettbewerber (mit welchen sie bezüglich der gewerblichen Tätigkeiten konkurriert) durch allfällige systematische Quersubventionierungen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Zu denken ist hier an eine mögliche „preisliche Behinderung“¹²⁸. Von einem möglichen Behinderungsmissbrauch wäre insbesondere auszugehen, falls sich Anhaltspunkte ergeben, dass die ewb-Gruppe aufgrund von systematischen Quersubventionierungen Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen unterbietet, um aktuelle Wettbewerber zu schwächen oder vom Markt zu verdrängen, oder um den Markteintritt potenzieller Konkurrenten zu be- oder verhindern (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG).

B.3.2.6.2. Kalkulatorische Trennung der Monopol- und Wettbewerbsbereiche

92. Gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹²⁹ stellt sich zunächst die Frage, ob die ewb-Gruppe ihre Monopol- und Wettbewerbsbereiche kalkulatorisch ausreichend trennt.

93. Die Vorabklärung hat diesbezüglich Folgendes ergeben:

- Das Mutterhaus ewb ist hinsichtlich Rechnungslegung unterteilt in so genannte strategische Geschäftsfelder und weitere Geschäftsfelder. Seit 2010 werden folgende strategische Geschäftsfelder beziehungsweise weitere Geschäftsfelder unterschieden:¹³⁰

¹²³ RPW 1997/2, 161, *Telecom PTT/Blue-Window*. Wenn die Telecom PTT als marktbeherrschendes Unternehmen bzw. als Monopolistin auf dem Telefoniemarkt auf dem nachgelagerten Internet-Provider-Markt nur ihren eigenen Dienst Blue Window durch Erträge aus dem Monopolbereich mitfinanziert, stelle dies eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern dar (Rz 47).

¹²⁴ BGE 139 I 72, E. 10.2.1 und 10.2.3., *Publigroupe SA et al./WEKO*, mit weiteren Hinweisen.

¹²⁵ RPW 2011/1, 87 Rz 50, *Switch/Switchplus*, mit Hinweis auf RPW 2011/1, 96 Rz 488, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit weiteren Hinweisen.

¹²⁶ So sinngemäss auch RPW 2011/1, 87 Rz 51, *Switch/Switchplus*.

¹²⁷ Unten, Rz 105 ff.

¹²⁸ Oben, Rz 80.

¹²⁹ Oben, Rz 87.

¹³⁰ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 8 (Frage 4).

Sparte	SGF Strategisches Geschäftsfeld	GF Geschäftsfeld	Nr.
Elektrizität	Produktion	Produktion	1110
	Handel	Handel	1120
	Netz E	Netz E reguliert	1130
		Netz E Dienstleistungen	1135
		Beleuchtung	1150
Verkauf Strom	Verkauf Strom	1140	
Wärme	Wärme	Fernwärme	1540
		Netz G reguliert	1230
		Netz G Dienstleistungen	1235
		Verkauf G	1240
		EDL	1890
Wasser	Wasser	W Monopol	1300
		W WVRB Dienstleistungen	1305
		W Marktleistungen	1310
KVA	KVA	Kehricht	1500
New Business	Telekom	Telekom	1190
		Mobilität	1600
		Gebäudetechnik	1700

- Jedes Geschäftsfeld verfügt als Profitcenter über eine Erfolgsrechnung, Bilanz und Cashflow-Rechnung. Dem strategischen Geschäftsfeld New Business wird gemäss Angaben von ewb auch das Ergebnis der Tochtergesellschaften (Dividenden- und Darlehensertrag) im Bereich Gebäudetechnik zugeordnet. Die Spartenbildung und Abgrenzung der strategischen Geschäftsfelder orientiert sich primär an (betriebs-)wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die Trennlinien folgen nicht durchwegs den Grenzen der Tätigkeiten in den Monopol- und Wettbewerbsbereichen.¹³¹
 - Die gewerblich tätigen Tochtergesellschaften der ewb-Gruppe unterliegen als (rechtlich eigenständige) juristische Personen von Gesetzes wegen je selber der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung und verfügen entsprechend über eigene Jahresabschlüsse.¹³² Diese bilden zudem Bestandteil der konsolidierten Jahresbeziehungsweise Konzernrechnung von ewb.¹³³
 - Ewb wendet den höheren Rechnungslegungsstandard der Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung (Swiss GAAP FER) an und hat ein Finanzhandbuch mit entsprechenden Vorgaben erlassen.¹³⁴ Das Finanzhandbuch behandelt unter anderem die „Beziehungen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen“. Als nahe stehend werden für ewb insbesondere bezeichnet (Ziffer 5.6.2): „Tochtergesellschaften gemäss Konsolidierungskreis“, „Sämtliche in der Konzernrechnung einbezogenen assoziierten Gesellschaften“, „Eigner (Stadt Bern)“. Namentlich folgende Transaktionen mit diesen nahe stehenden Personen sind gemäss Finanzhandbuch offen zu legen:
 - Umsätze aus Dienstleistungen und Lieferungen
 - Material- und Dienstleistungseinkauf
 - Einkauf von übrigem Betriebsaufwand (z.B. Beratungsdienstleistungen)
 - Finanzanlagen und -verbindlichkeiten (z.B. Darlehen)
- Forderungen und Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen
 - Übrige Forderungen und Verbindlichkeiten (z.B. Anzahlungen, Vorsorgeeinrichtungen)
 - Wertberichtigungen und Forderungsverzichte auf Guthaben
 - Eventualverbindlichkeiten (z.B. Bürgschaften)
94. Die Wettbewerbsbereiche der Tochtergesellschaften sind nach dem Gesagten kalkulatorisch ausreichend von den Monopolbereichen der ewb-Gruppe getrennt: Indem ewb diese zentralen Wettbewerbsbereiche in (selber buchführungspflichtige) privatrechtliche Tochtergesellschaften ausgelagert hat, werden die Ergebnisse der entsprechenden gewerblichen Tätigkeiten separat erfasst. Damit sind die vom Bundesgericht aufgestellten Anforderungen – wonach die finanzielle Trennung von Geschäftsbereichen grundsätzlich auch innerhalb ein und derselben juristischen Person erfolgen könnte¹³⁵ – eingehalten.
95. Die Rechnungslegung vom Mutterhaus ewb folgt zwar anerkanntermassen nicht durchwegs den Grenzen der Tätigkeiten in den Monopol- und Wettbewerbsbereichen. Wie die obige Aufstellung zeigt, ist die Rechnungslegung aber klar nach den einzelnen Geschäftsbereichen gegliedert (insbesondere Sparte „New Business“) und in die einzelnen Geschäftsfelder mit je eigener Erfolgsrechnung, Bilanz und Cashflow-Rechnung unterteilt. Zudem sorgen der höhere Rechnungslegungsstandard und das Finanzhandbuch für Transparenz, vor allem indem dieses die Offenlegung von Transaktionen zwischen ewb und den interessierenden Gruppengesellschaften vorschreibt.

¹³¹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 7 f. (Frage 4).

¹³² Art. 957 Abs. 1 Ziffer 2 OR (zitiert in Fn 34); Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 8 (Frage 4) und S. 22.

¹³³ Oben, Rz 33.

¹³⁴ Beilage 9 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013. Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 58 (Fn 51). Ewb wendet das gesamte Swiss-GAAP-FER-Regelwerk an.

¹³⁵ Oben, Rz 87.

96. Zuständig für die Kontrolle der Einhaltung (auch dieser) Rechnungslegungsvorschriften ist die Revisionsstelle von ewb beziehungsweise die städtische Finanzkontrolle. Aufgabe der Revisionsstelle ist es unter anderem zu prüfen, ob die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen.¹³⁶ Es darf davon ausgegangen werden, dass die Berichte der Revisionsstelle jeweils die Rechtmässigkeit und Übereinstimmung der Jahres- und Konzernrechnungen von ewb mit dem höheren Rechnungslegungsstandard bestätigt haben.¹³⁷ Hinweise für eine Verletzung der internen Vorgaben gemäss Finanzhandbuch im Sinne einer ungenügenden Offenlegung von Transaktionen mit nahe stehenden Personen liegen nicht vor.

97. Insgesamt besteht keine Veranlassung, die Rechnungslegung der ewb-Gruppe mit Bezug auf die genügende Trennung der Monopol- und Wettbewerbsbereiche zu beanstanden.

98. Da die Formen möglicher Quersubventionierungen jedoch vielfältig sind und Quersubventionen durchaus auch bei einer an sich transparenten Rechnungslegung auftreten können¹³⁸, wird nachfolgend geprüft, ob möglicherweise unabhängig von obiger Schlussfolgerung Anhaltspunkte für systematische Quersubventionierungen der Wettbewerbsbereiche durch die Monopolbereiche der ewb-Gruppe bestehen.

B.3.2.6.3. Gesetzliche Vorgaben und interne Regelungen

99. Für ein vorhandenes Problembewusstsein und einen korrekten Umgang mit möglichen Quersubventionen sprechen verschiedene gesetzliche Vorgaben und interne Regelungen.

100. So sieht Art. 90 der Gemeindeverordnung des Kantons Bern¹³⁹ vor, dass „Leistungen der Gemeinde, welche diese in Konkurrenz zu Privaten erbringt, (...) mindestens zu kostendeckenden Preisen am Markt angeboten werden“ müssen und Ausnahmen einer Grundlage in einem Reglement bedürfen.

101. Das ewb-Reglement bestätigt dies und schreibt (darüber hinausgehend) vor, dass ewb berechtigt ist, „möglichst zu gewinnbringenden, mindestens aber zu kostendeckenden Preisen im Rahmen ihres Leistungsauftrages gewerbliche Leistungen anzubieten.“¹⁴⁰

102. Zusätzlich hat sich ewb in der Eignerstrategie¹⁴¹ ausdrücklich dazu verpflichtet, auf Querfinanzierungen zu verzichten. Die betreffenden Bestimmungen lauten wie folgt:

„3.4 Verzicht auf Quersubventionierung

ewb verzichtet darauf, Ergebnisse der verschiedenen Sparten in Mischkalkulationen zu verrechnen.“

„5.3 Ausschluss von Quersubventionierung

ewb vermeidet, einzelnen Kundengruppen Leistungen unterhalb kostendeckender Kalkulationen anzubieten und diese in Mischkalkulationen mit anderen Kundengruppen zu verrechnen.“

103. Damit übereinstimmend hat sich ewb in der sogenannten „Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik“¹⁴² unter anderem die Vorgabe gemacht, dass

- die ausgelagerten Unternehmen gewinnorientiert arbeiten und durch das Mutterhaus nicht subventioniert werden;
- die Tochtergesellschaften nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden und einen branchenüblichen Jahresgewinn erzielen;
- die Tochtergesellschaften sich (unter anderem) durch wettbewerbsfähige Preise auszeichnen, deren Kalkulation sich an betriebswirtschaftlichen Kriterien orientiert;
- die Tochtergesellschaften sich ihr langfristiges Bestehen durch ihre eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sichern.

104. Es bestehen keine Hinweise, dass die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben und internen Regelungen von der Revisionsstelle oder der städtischen Finanzkontrolle je bemängelt worden ist. Insbesondere betont ewb, dass bisher in den Revisionsberichten beziehungsweise in den Berichterstattungen an Geschäftsleitung und Verwaltungsrat von ewb nie irgendwelche Hinweise angebracht worden seien, wonach ewb gewerbliche Leistungen entgegen Art. 90 Abs. 1 der Gemeindeverordnung zu tieferen als zu kostendeckenden Preisen am Markt anbieten würde oder dass dafür Anzeichen erkennbar wären.¹⁴³

B.3.2.6.4. Leistungsbezug durch die Wettbewerbsbereiche

105. Gemäss dem Dokument „Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik“¹⁴⁴ sind die Tochtergesellschaften „verantwortlich für an ihre Anforderungen und ihre Struktur angepasste effiziente und kostenoptimierte administrative und logistische Prozesse bzw. Dienste, welche zur Unterstützung ihres Kerngeschäfts notwendig sind. Dies sind unter andern namentlich Leistungen in den Bereichen IT, Personaladministration, Marketing und Rechnungswesen. Unter Beachtung dieser Prämisse steht es den Tochtergesellschaften frei, diese Leistungen selber zu erbringen oder sie beim Mutterhaus oder bei Dritten zu beziehen“ (Ziffer 8).

¹³⁶ Art. 728a Abs. 1 Ziffer 1 OR (zitiert in Fn 34).

¹³⁷ So zuletzt der Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 90 f. und S.110 f. (Fn 51).

¹³⁸ In diesem Sinne auch: URS MEISTER, „Warum der Staat nicht in den Markt expandieren soll“, in: NZZ vom 7. August 2012, online abrufbar unter: <http://www.avenir-suisse.ch/20339/warum-der-staat-nicht-in-den-markt-expandieren-soll>, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹³⁹ Zitiert in Fn 15; vgl. auch oben, Rz 15.

¹⁴⁰ Art. 13 ewr.

¹⁴¹ Beilage 2 zur Anzeige vom 28. Februar 2012 sowie oben, A.4.

¹⁴² Eignerstrategie Tochtergesellschaften Gebäudetechnik vom 20. Mai 2010, S. 3 (Beilage 10 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013 und Beilage 18 zur Eingabe vom 6. Juli 2012).

¹⁴³ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 13 (Frage 8).

¹⁴⁴ Fn 142.

106. Nehmen die gewerblich tätigen Tochtergesellschaften (oder auch die Wettbewerbsbereiche innerhalb vom Mutterhaus ewb) dieses Angebot in Anspruch und beziehen zur Unterstützung ihres Kerngeschäfts bestimmte Leistungen beim Mutterhaus, kann damit grundsätzlich leicht eine Quersubventionierung des entsprechenden Wettbewerbsbereichs verbunden sein. Es fragt sich daher, ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe zum Beispiel

administrative/logistische Dienstleistungen, Infrastruktur oder auch Darlehen zu nicht marktgerechten Bedingungen vom Mutterhaus ewb beziehen.

107. Gemäss den Angaben von ewb haben die Guggisberg Dachtechnik AG und die Solar Industries AG im Jahr 2012 keine Leistungen von ewb bezogen. Andererseits hätten die folgenden Gesellschaften im Jahr 2012 folgende Leistungen von ewb bezogen:¹⁴⁵

Art der Leistung	Leistung von ewb an (CHF)		
	Bären Haustechnik AG	Energiecheck Bern AG	The Mobility House AG Schweiz
Energielieferungen	[...]		
Gewerbliche Leistungen, Materiallieferung und Vermietung, Leistung der eigenen Garage, Erdgasbezüge an der Tankstelle etc.	[...]		
Weiterverrechnung Mitarbeiter Jan. – März ([...] und an Bären weiterverrechnet)	[...]		
Ansprüche [...]	[...]		
Miete	[...]		
Miete		[...]	
Buchhaltungs- und Personaldienstleistungen, Informatik, Telefonie		[...]	
Miete			[...]
Dienstleistungen Finanz- und Rechnungswesen			[...]
Vermittlungsgebühren und Oekostrom			[...]
Weiterverrechnung Kopierkosten etc.			[...]
total	[...]	[...]	[...]

Tabelle 1

108. Ewb hat die in der Tabelle 1 genannten Leistungsverrechnungen mit verschiedenen Belegen beispielhaft dokumentiert. Mit den eingereichten Belegen wurden die Leistungen wie folgt belegt:

Leistung von ewb an	davon belegt (CHF)	Gegenstand der eingereichten Belege ¹⁴⁶
Bären Haustechnik AG (von total CHF [...])	[...]	<ul style="list-style-type: none"> Lehrlingsausbildung (21.8.-23.8.2012, CHF [...]) Lohnkosten [...] (Februar 2012, CHF [...]) [...] Mieten Büroräume Februar 2012 (CHF [...] statt [...]) Aussenabstellplätze Februar 2012 (CHF [...]) Innenabstellplätze Februar 2012 (CHF [...]) Garagen Februar 2012 (CHF [...]) Nebenkosten Mieträume Februar 2012 (CHF [...]) „Einsatz von 2 MA mit Steiger, je [...] Std.“ (CHF [...] ohne MwSt, verrechnet wurde somit ein Ansatz von CHF [...] / Std., zuzügl. MwSt) Arbeiten Holzikofenweg, Bern (u.a. Demontage Heizgaszähler, Rückbau Erdgasinstallationen, Erstellen neue Zählereinrichtungen; detaillierte Leistungsabrechnung über total CHF [...])

¹⁴⁵ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 11 (Frage 7.1).

¹⁴⁶ Beilage 11 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

		<ul style="list-style-type: none"> • Arbeiten Blumensteinstrasse, Bern (u.a. Demontage Erdgaszähler, Neuerstellen Erdgasinstallation; detaillierte Leistungsabrechnung über total CHF [...]) • Fahrzeugmiete (CHF [...] für [...] gefahrene Kilometer, d.h. [...] Rp/Km) • Bezüge Erdgastankstelle Oktober 2012 ([...] Kg à CHF [...] zuzügl. MwSt, total CHF [...]) • Leistungen Garage ewb (u.a. wurde ein Ansatz von CHF [...] / Std. für den Mitarbeiter der Garage verrechnet, total CHF [...]).
Energiecheck Bern AG (von total CHF [...])	[...]	<ul style="list-style-type: none"> • Bezüge Erdgastankstelle Juli 2012 ([...] Kg à CHF [...] zuzügl. MwSt, total CHF [...]) • Telecom Services / Glasfaserkabel März 2012 (CHF [...]) • Informatikanteil Juni 2012 (CHF [...]) • Telefonie Pauschalanschlüsse Juni 2012 ([...]) • Stundenverrechnung Buchhaltung 4. Quartal 2012 ([...] Std. à CHF [...]) • Stundenverrechnung Personal 4. Quartal 2012 ([...] Std. à CHF [...]) • Mieten Büroräume Januar 2012 (CHF [...] statt [...]) • Autounterstände Januar 2012 (CHF [...]) • Nebenkosten Mieträume Januar 2012 (pauschal, CHF [...])
The Mobility House AG Schweiz (von total CHF [...])	[...]	<ul style="list-style-type: none"> • Weiterverrechnung der Kopierermiete 2. Quartal 2012 (CHF [...]) • „Vermittlungsgebühr Vertrag Bäckerei [...] (...)“ ([...] Monate à CHF [...]) • Dienstleistungen Finanz- und Rechnungswesen Januar – Juni 2012 (geleistete Stunden gemäss einer separaten Aufstellung, total CHF [...]) • Miete Büroräume August 2012 (CHF [...] statt [...]) • 1 Autoabstellplatz August 2012 (CHF [...]) • Heiz- und Nebenkostenpauschale August 2012 (CHF [...])

Tabelle 2

109. Ewb betont, dass Leistungen aus Monopolbereichen in Wettbewerbsbereiche konsequent zu Bedingungen verrechnet würden, die einem Drittvergleich standhalten. Leistungen innerhalb der ewb-Gruppe und innerhalb des Mutterhauses würden zu Marktpreisen verrechnet. Es gelte der Fremdvergleichsgrundsatz. Der Leistungserbringer offeriere die Leistung zu gleichen Konditionen und Bedingungen und in gleicher (schriftlicher) Form wie er eine Leistung an einen Dritten offerieren würde. Auf der Seite des Leistungsempfängers erfolge die Bewertung der Leistung nach gleichen Kriterien wie die Offerten von Dritten. Die Tochtergesellschaften respektive ewb bezögen daraus keine Vorteile. Es komme häufiger vor, dass ein Dritter berücksichtigt werde, und nicht ein Leistungserbringer innerhalb der ewb-Gruppe oder von ewb Stammhaus.¹⁴⁷ Bei der Verrechnung von Mietaufwendungen habe ewb der Energiecheck Bern AG und der Bären Haustechnik AG Rabatte von [...] beziehungsweise [...] gewährt. Hierbei handle es sich allerdings nicht um „Subventionen“. Vielmehr seien diese Rabatte aufgrund der Marktverhältnisse auf den von ewb an sich angestrebten Mietzinseinnahmen gewährt worden, d.h. es handle sich nach den Rabatten um Marktzinsen.¹⁴⁸

110. Was die Frage der Gewährung von Darlehen oder anderer Formen von finanzieller Unterstützung an die Wettbewerbsbereiche betrifft, bestätigte ewb, teilweise Darlehen an Tochtergesellschaften zu gewähren.¹⁴⁹ Aktuell ist gemäss ewb ein Darlehen an die Bären Haustechnik AG vom 5. Dezember 2011.¹⁵⁰ Dieses räumt der Bären Haustechnik AG eine Kreditlimite in der Höhe von maximal CHF [...] ein. Der beanspruchte Kreditbetrag ist für die gesamte Dauer der Inanspruchnahme [...] zu verzinsen. Der Jahreszins ist jeweils per 31. Dezember des gleichen Kalenderjahres zu überweisen. Ist die Zinszahlung am 31. Januar des betreffenden Kalenderjahres noch immer ausstehend, ohne dass eine schriftliche Stundungsvereinbarung getroffen worden ist, wird der beanspruchte Kredit ohne weitere Kündigung per 31. März des gleichen Kalenderjahres zur Rückzahlung fällig. [...].

¹⁴⁷ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 12 (Frage 7.2) und S. 22 (Ziffer IV).

¹⁴⁸ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 12 (Frage 7.2).

¹⁴⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 15 (Frage 9.2).

¹⁵⁰ Beilage 20 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

111. Mit Darlehensvertrag vom 15. November 2011 gewährte ewb auch der The Mobility House AG Schweiz ein Darlehen.¹⁵¹ Vereinbart wurde, dass die Darlehenssumme von CHF [...]. Der Jahreszins ist jeweils per 31. Dezember zu überweisen. Ist die Zinszahlung am 31. Januar noch immer ausstehend, ohne dass eine schriftliche Stundungsvereinbarung getroffen worden ist, wird das Darlehen vereinbarungsgemäss ohne weitere Kündigung per 31. März zur Rückzahlung fällig. Dieses Darlehen besteht seit der Veräusserung der Beteiligung an dieser Gesellschaft nicht mehr.¹⁵²

112. Wie erwähnt, hat sich ewb dazu verpflichtet, Transaktionen mit ihren „Tochtergesellschaften gemäss Konsolidierungskreis“ sowie „sämtlichen in der Konzernrechnung einbezogenen assoziierten Gesellschaften“ in der Rechnungslegung offen zu legen, wobei keine Hinweise für eine ungenügende Offenlegung von solchen Transaktionen vorliegen.¹⁵³

113. Mit den eingereichten (in der Tabelle 2 beschriebenen) Dokumenten hat ewb zudem nachvollziehbar belegt, dass die von den fraglichen Gesellschaften in Anspruch genommenen Leistungen diesen tatsächlich in Rechnung gestellt werden. Die eingereichten Belege zeigen auch, dass die in Rechnung gestellten Beträge jeweils auf durchaus üblichen Berechnungsansätzen beruhen. Bei den vorliegenden Belegen handelt es sich teilweise um detaillierte Leistungsabrechnungen. Die Belege decken verschiedene Bereiche ab, bei welchen Leistungsbezüge zu nicht marktgerechten Bedingungen grundsätzlich naheliegen würden.

114. Aufhorchen lassen höchstens die Mietzinsrabatte von [...] zu Gunsten der Energiecheck Bern AG, der Bären Haustechnik AG und der The Mobility House AG Schweiz. Selbst wenn der Mietaufwand der drei betroffenen Gesellschaften durch die Rabatte im Vergleich zu ortsüblichen Mietpreisen leicht reduziert sein sollte (was ewb bestreitet), ist aber kaum anzunehmen, dass der freie Wettbewerb dadurch verfälscht wird beziehungsweise andere Unternehmen deshalb im Sinne von Art. 7 KG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder wurden. Voraussetzung dazu wären zumindest Anhaltspunkte, dass die ewb-Gruppe im Zusammenhang mit den gewährten Mietzinsrabatten Handelspartner diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) oder Wettbewerber „preislich behindert“¹⁵⁴, indem die möglicherweise begünstigten Gesellschaften ihre Waren oder Dienstleistungen dank der Kostenersparnis zu unteretzten Preisen am Markt anbieten, um Konkurrenten den Markteintritt zu erschweren oder aus dem Markt zu verdrängen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG). Solche Vorwürfe werden aber weder in der Anzeige gemacht, noch sind den vorliegenden Unterlagen entsprechende Hinweise zu entnehmen.

115. Hinweise für eine mögliche systematische Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche, indem diesen Darlehen zu nicht marktüblichen Bedingungen gewährt werden oder wurden, ergeben sich keine:

- Sowohl das Darlehen an die Bären Haustechnik AG als auch jenes an die The Mobility House AG Schweiz lässt beziehungsweise liess sich ewb [...] zu einem angemessenen Zinssatz vergüten.

- Stutzig machen könnte grundsätzlich der erwähnte¹⁵⁵ Verzicht von ewb auf eine Sicherstellung der Kreditlimite der Bären Haustechnik AG. Man muss jedoch beachten, dass es sich nicht um ein Darlehen an einen nicht weiter bekannten Dritten handelt, sondern um ein solches an die eigene 100%ige Konzerngesellschaft. Dass das Mutterhaus ewb gegenüber der Bären Haustechnik AG darauf verzichtete, das Risiko eines allfälligen Zahlungsausfalls formell abzusichern, erscheint nicht ungewöhnlich und sachlich mit Effizienzgewinnen begründbar. Auch andere Konzerngesellschaften dürften konzernintern von vergleichbaren Unterstützungen profitieren. Entscheidend ist, dass der beanspruchte Kreditbetrag marktgerecht entschädigt wird, was mit Bezug auf die Bären Haustechnik AG der Fall ist.
- Bezüglich des Darlehens an die The Mobility House AG Schweiz erwähnt die Zeitung „Der Bund“, dass ewb dieses Darlehen sowie die Beteiligung an der Mobility House gemäss einer ewb-Sprecherin als Vorsichtsmassnahme bereits über die letzten Jahre vollumfänglich abgeschrieben habe. Der Verlust werde das das ewb-Jahresergebnis 2013 daher nicht belasten.¹⁵⁶ Aufgrund des Scheiterns dieses Engagements und der Abschreibung der Beteiligung und des Darlehens resultiert für ewb zwar trotzdem ein erheblicher Verlust.¹⁵⁷ Kartellrechtlich ist aber nicht zu beanstanden, dass ewb – nachdem das Risiko entsprechender Ausfälle erkannt wurde und sich das Scheitern der Kooperation abzeichnete – die fraglichen Wertberichtigungen vornahm und die Kooperation wieder beendete. Anhaltspunkte auf einen möglicherweise unzulässigen Behinderungsmissbrauch ergeben sich aus diesem Ausstieg nicht.¹⁵⁸ Die Frage, ob ewb bezüglich der Erschliessung von neuen Geschäftsbereichen allenfalls engere Grenzen gesetzt werden sollen, ist primär auf politischer Ebene zu entscheiden.

116. Im Zusammenhang mit dem Leistungsbezug durch die Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe beim Mutterhaus ewb ergeben sich somit keine Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung.

¹⁵¹ Beilage 21 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2012.

¹⁵² Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 15 (Frage 9.2); oben, Rz 20.

¹⁵³ Oben, Rz 93, 95.

¹⁵⁴ Oben, Rz 80.

¹⁵⁵ Oben, Rz 110.

¹⁵⁶ CHRISTOPH LENZ, Neuer Rückschlag für ewb, in: Der Bund vom 19. April 2013, online abrufbar unter www.derbund.ch, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹⁵⁷ Gemäss dem erwähnten Zeitungsartikel (Fn 156) habe ewb im Zusammenhang mit der Abstossung der The Mobility House AG Schweiz CHF 600'000.- „in den Wind“ geschrieben.

¹⁵⁸ Siehe dazu auch unten, Ziffer B.3.2.6.6.

B.3.2.6.5. Leistungsbezug durch die Monopolbereiche

117. Die Wettbewerbsbereiche von ewb erbringen auch Leistungen für das Mutterhaus ewb. In dieser Konstellation könnte eine Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche erfolgen, falls das Mutterhaus ewb von den Wettbewerbsbereichen (vor allem den gewerblich

tätigen Gruppengesellschaften) Leistungen zu einem zu hohen Preis oder unberechtigt bezieht, indem vergaberechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden.

118. Ewb bezog von den gewerblich tätigen Gesellschaften im Jahr 2012 gemäss den gemachten Angaben Leistungen in folgendem Umfang:¹⁵⁹

Leistungen an ewb von	Leistungsumfang total (CHF)
Bären Haustechnik AG	[...]
Energiecheck Bern AG	[...]
Guggisberg Dachtechnik AG	[...]
The Mobility House AG Schweiz	[...]
total	[...]

Tabelle 3

119. Die in der vorstehenden Tabelle 3 genannten Leistungen an ewb sind wie folgt belegt:

Leistungen an ewb von (CHF)	davon belegt (CHF)	Gegenstand der eingereichten Belege ¹⁶⁰
Bären Haustechnik AG [...]	[...]	<ul style="list-style-type: none"> 18. Akontorechnung über CHF [...] betreffend KVA Bern Forsthaus, Los 8, 25 Sanitäre Anlagen Los 8, gemäss Offerte vom 19. März 2010 und Auftragschreiben vom 16. April 2010 (das gesamte Auftragsvolumen beträgt CHF [...]). Akonto-Zahlung über CHF [...] betreffend KVA Bern Forsthaus, Sanitäreanlagen Los 1 Hauptauftrag. 3. Akontorechnung über CHF [...] betreffend Fernwärmeleitung Kirchenfeldbrücke Bern, gemäss Offerte vom 12. April 2012 und Werkvertrag vom 25. April 2012 (das gesamte Auftragsvolumen beträgt CHF [...]). Reparatur Pumpe in Bärengarbe über CHF [...].
Energiecheck Bern AG [...]	[...]	<ul style="list-style-type: none"> Abnahmekontrolle (Projekt Kältezentrale [...], [...] Std. à CHF [...], total CHF [...] plus MwSt) Abnahmekontrolle (Projekt Glykolverteilung, [...],[...] Std. à CHF [...] total CHF [...] plus MwSt) HAK-Datenaufnahmen im Juni 2012 ([...] Std. à CHF [...], gemäss detaillierter Aufstellung, total CHF [...] plus MwSt)
Guggisberg Dachtechnik AG [...]	Gesamtbetrag	<ul style="list-style-type: none"> Spenglerarbeiten am Objekt von ewb an der Stöckackerstrasse 37, Bern ([...] Std. Vorarbeiter à CHF [...], [...] Std. Arbeiter à CHF [...]. plus Material, total CHF [...]) Flachdach-/Spenglerarbeiten am Objekt UW Engehalde 94, Bern, 1. und 2. Teilrechnung über CHF [...] und CHF [...].
The Mobility House AG Schweiz [...]	Gesamtbetrag	<ul style="list-style-type: none"> Ladestation (CHF [...])

Tabelle 4

120. Die eingereichten Belege zeigen beispielhaft auf, dass die gewerblich tätigen Gesellschaften ihre Leistungen dem Mutterhaus ewb in verschiedenen zentralen Bereichen ordentlich in Rechnung stellen. Die vorliegenden Rechnungen führen nicht nur den Gegenstand der in Rechnung gestellten Leistung auf, sondern enthalten auch Angaben zu den verrechneten – durchaus üblichen – Stundenansätzen und teilweise detaillierte Leistungsaufstellungen. Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten

oder eine unzulässige Quersubventionierung im Zusammenhang mit dem Leistungsbezug durch die Monopolbereiche von ewb können diesen Unterlagen nicht entnommen werden.

¹⁵⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 11 f. (Frage 7.1).

¹⁶⁰ Beilage 11 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

121. Zur Beurteilung steht aber noch, ob das Mutterhaus ewb möglicherweise Leistungen von den Wettbewerbsbereichen überhaupt unberechtigt bezieht, indem vergaberechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden, um die eigenen Wettbewerbsbereiche zu begünstigen. Die Anzeiger bringen diesbezüglich vor, die Sanitärarbeiten für die interne Kanalisation bei der neuen Fernheizzentrale (Forsthaus West), bei welcher ewb Bauherr ist, seien möglicherweise ohne korrekte Durchführung der Ausschreibung an die Bären Haustechnik AG vergeben worden.¹⁶¹

122. Ewb betont, ihre Leistungen gemäss dem für ewb massgebenden öffentlichen Vergaberecht zu beschaffen und freihändige Vergaben im Rahmen der gesetzlichen Ausnahmebestimmungen zu tätigen.¹⁶² Zudem reichte ewb die beiden folgenden Weisungen ein:¹⁶³

- Weisung zur Beschaffung von ewb vom 22. Februar 2010;
- Weisung Beschaffungsausschuss von ewb vom 8. November 2010.

123. Die Weisung zur Beschaffung „regelt im Rahmen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen im Rahmen des Supply Chain Management durch“ ewb. Die Weisung schreibt unter anderem vor, dass bei allen Beschaffungsfällen ohne bestehenden Rahmenvertrag mit einem Wert bis CHF 25'000.- mindestens ein schriftliches Angebot einzuholen ist. Bei Beschaffungsvorgängen ab CHF 25'000.- ausserhalb eines bestehenden Rahmenvertrages sind mindestens drei schriftliche vergleichbare Angebote einzuholen. Wenn dies nicht möglich ist (zum Beispiel bei Monopolen, Kundenvorgaben), sind die Gründe hierfür zu dokumentieren und in der Dokumentation des Bestellvorgangs festzuhalten. Bei Beschaffungsfällen ab CHF 100'000.- beschafft ewb nach den Verfahren gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht. Für bestehende Rahmenverträge ist gemäss Weisung nach den Bestimmungen des Beschaffungsrechtes mindestens alle drei Jahre ein Beschaffungsverfahren durchzuführen. Die Beschaffungsvolumen gleichartiger Güter und Leistungen sind zu bündeln. Unter dem Titel „Gleichbehandlung der Anbieter“ schreibt die Weisung unter anderem vor, dass jeder Lieferant gleich behandelt wird. Zudem untersagt es die Weisung, Gegengeschäfte einzugehen, „auch nicht mit Tochterunternehmen von ewb.“

124. Für die Durchführung der Vergabeverfahren nach den gesetzlichen Bestimmungen ist der sogenannte Beschaffungsausschuss zuständig. Dessen Organisation und Zuständigkeit hat ewb in der Weisung Beschaffungsausschuss geregelt.

125. Es besteht derzeit kein Grund zur Annahme, dass ewb beziehungsweise der Beschaffungsausschuss von ewb die gesetzlichen oder internen beschaffungsrechtlichen Vorgaben verletzt, um die eigenen Wettbewerbsbereiche zu begünstigen. Insbesondere ergeben sich keine Hinweise dafür, dass ewb die Bären Haustechnik AG ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit der Durchführung der Sanitärarbeiten für die interne Kanalisation bei der neuen Fernheizzentrale (Forsthaus) beauftragt hat. Im Gegenteil verdeutlichen die Hinweise in

der vorliegenden Akontorechnung über CHF [...] und Konto-Zahlung über CHF [...] betreffend KVA Bern Forsthaus auf „Los 8, 25 Sanitäre Anlagen Los 8“ beziehungsweise „Sanitäranlagen Los 1 Hauptauftrag“, dass die von der Bären Haustechnik AG in Rechnung gestellten Arbeiten Teil einer nach öffentlichem Beschaffungsrecht durchgeführten Beschaffung waren.¹⁶⁴ Zudem gilt es zu beachten, dass es nicht in der Kompetenz der Wettbewerbsbehörden liegt, sich zu allfälligen Mängeln im Vergabeverfahren zu äussern, sondern solche Rügen im dazu vorgesehenen vergaberechtlichen (Rechtsmittel-)verfahren vorzubringen sind.

126. Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung bestehen somit derzeit auch im Zusammenhang mit dem Leistungsbezug durch die Monopolbereiche keine.

B.3.2.6.6. Verlustdeckung mit Mitteln der Monopolbereiche

127. Eine Quersubventionierung liegt weiter auch dann vor, wenn ein Unternehmen Erträge aus einem Bereich benutzt, um auf einem anderen Markt die Verluste eines anderen Dienstes abzudecken. Ein solches Verhalten kann als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden, wenn die Erträge aus einem Monopolbereich die Verluste eines nachgelagerten oder benachbarten Dienstes abdecken, welcher ein strukturelles Defizit aufweist. Es ist nicht erforderlich, dass die nachgelagerten oder benachbarten Dienste von Anfang an rentabel sind. Vorübergehende Verluste für Investitionen in der Aufbauphase sind durchaus erlaubt. Solche Dienste müssen aber auf Dauer zumindest selbsttragend sein.¹⁶⁵

128. Eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe könnte daher grundsätzlich auch erfolgen, falls Wettbewerbsbereiche strukturelle Defizite aufweisen und entsprechende Verluste systematisch mit Mitteln der Monopolbereiche gedeckt würden, sodass auf Dauer nicht überlebende Wettbewerbsbereiche mit Mitteln der Monopolbereiche erhalten werden.

129. Ewb reichte für die Bären Haustechnik AG (inklusive für die in diese integrierten Gesellschaften), die Guggisberg Dachtechnik AG¹⁶⁶ und die Energiecheck Bern AG je eine Zusammenstellung der finanziellen Ergebnisse für die Jahre 2005 bis 2011/12 ein. Für das Geschäftsjahr 2012 reichte ewb die Geschäfts- und Revisionsberichte der drei erwähnten Gesellschaften ein.¹⁶⁷ Zudem äusserte sich ewb in diesem Zusammenhang im Wesentlichen wie folgt:

- Aus den eingereichten Unterlagen sei ersichtlich, dass die betreffenden Gesellschaften bezie-

¹⁶¹ Eingabe Anzeiger vom 31. August 2012, S. 4.

¹⁶² Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 12, Frage 7.2.

¹⁶³ Beilagen 12 und 13 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁶⁴ Oben, Rz 119 Tabelle 4.

¹⁶⁵ RPW 2011/1, 87 Rz 59, *Switch/Switchplus*, mit Hinweis auf RPW 2004/2, 443 Rz 160, *Swisscom ADSL*; vgl. auch RPW 2003/1, 62 Rz 42 f., *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung* sowie RPW 1997/2, 161 Rz 47, *Telecom PTT/Blue-Window*.

¹⁶⁶ Für die Guggisberg Dachtechnik AG aufgrund des Zeitpunkts des Erwerbs ab 2009.

¹⁶⁷ Beilagen 14 – 19 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

hungsweise Geschäfte profitabel seien. Einzig im Jahr 2011 habe die Bären Haustechnik AG einen Verlust hinnehmen müssen und seien gewisse Restrukturierungsmassnahmen notwendig gewesen. Der Bereich Gebäudetechnik beziehungsweise die Bären Haustechnik AG habe diese Phase aus eigener Kraft und insbesondere ohne Hilfe aus dem Monopolbereich bewältigt.¹⁶⁸

- Insgesamt defizitär sei derzeit die Sparte „New Business“ innerhalb vom Mutterhaus ewb. Das derzeitige Defizit dieser Sparte begründet ewb mit dem Projekt „Aufbau Glasfasernetz – FTTH (Fibre to the Home)“, welches sich in der typischen Phase des Projektaufbaus befinde. In dieser Phase würden die Aufbauposten das Geschäft belasten. Wie bei Infrastrukturprojekten üblich, könnten die Kosten durch die sich eben erst später einstellenden Erträge (noch) nicht gedeckt werden.¹⁶⁹
- Die Solar Industries AG sei [...] in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Am 17. April 2012 kam es zur Konkureröffnung.¹⁷⁰
- Wenn eine Tochterfirma Verluste mache, verhalte sich ewb grundsätzlich entsprechend den gesetzlichen Vorgaben des Obligationenrechts. Abhängig davon, ob ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vorliege, würden die erforderlichen Sanierungsmassnahmen veranlasst.¹⁷¹

130. Die eingereichten Zusammenstellungen der finanziellen Ergebnisse bestätigen, dass die Bären Haustechnik AG sowie die Gesellschaften, welche in diese integriert wurden (Bärenheizungs AG, Bären-Sanitär AG, Bären Elektro AG, Fritz Krebs & Co. AG) in den Jahren 2005 bis 2010 sowie im Jahr 2012 stets Jahresgewinne erwirtschaftet haben. Im Jahr 2011 resultierte für die Bären Haustechnik AG gemäss der eingereichten Aufstellung ein Jahresverlust von CHF [...]. Diesem stand ein auf die Rechnung 2011 vorgetragener Gewinn in der Höhe von CHF [...] aus dem Jahr 2010 gegenüber, sodass die Bären Haustechnik AG im Jahr 2011 im Ergebnis noch einen Bilanzverlust von CHF [...] verbuchte. Dieser Bilanzverlust wurde auf die neue Rechnung 2012 vorgetragen.

131. [Ausführungen im Geschäftsbericht 2012 der Bären Haustechnik AG zur weiteren Entwicklung und Restrukturierungsmassnahmen im Jahr 2012].

132. Im Jahr 2012 erwirtschaftete die Bären Haustechnik AG wieder einen Jahresgewinn (CHF [...]), mit welchem der vorgetragene Verlust aus dem Jahr 2011 (CHF [...]) vollständig ausgeglichen werden konnte. Im Ergebnis verbuchte die Bären Haustechnik AG im Jahr 2012 einen Bilanzgewinn von CHF [...].¹⁷²

133. Diese Ausführungen zeigen, dass die Bären Haustechnik AG selber erfolgreich die notwendigen Restrukturierungsmassnahmen zur Vermeidung weiterer Verluste der unwirtschaftlich betriebenen Bereiche eingeleitet und umgesetzt hat. Es trifft insofern zu, dass die Bären Haustechnik AG diese Phase aus eigener Kraft bewältigt hat. Anhaltspunkte, dass die Bären Haustechnik AG zur Überwindung der finanziellen Schieflage mit Mitteln aus den Monopolbereichen quersubventioniert worden ist, bestehen keine.

134. Weiter bestätigen die eingereichten Zusammenstellungen der finanziellen Ergebnisse, dass die Guggisberg Dachtechnik AG in den Jahren 2009 – 2012 stets Jahresgewinne (zwischen CHF [...] und CHF [...]) erwirtschaftete.¹⁷³ Die Energiecheck Bern AG machte gemäss der vorliegenden Zusammenstellung¹⁷⁴ im Jahr 2005 zwar einen Jahresverlust (CHF [...]), kompensierte diesen im Folgejahr 2006 jedoch wieder mit einem Jahresgewinn (CHF [...]). In den Jahren 2007 – 2012 konnte die Energiecheck Bern AG stets Bilanzgewinne (zwischen CHF [...] und CHF [...]) verbuchen. Insofern besteht hier bereits mangels Vorliegens von Verlusten kein Raum für eine allfällige kartellrechtlich zu beanstandende Verlustdeckung mit Mitteln der Monopolbereiche.

135. Was die finanziell angeschlagene und mittlerweile konkursite Solar Industries AG (in Liquidation) betrifft, weist der Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2012 von ewb darauf hin, dass der Bau der Solarmodulfabrik in Langenthal aufgrund von Liquiditätsproblemen der Solar Industries AG im 2. Quartal 2012 gestoppt werden musste und gegen den Verwaltungsratspräsidenten der Solar Industries AG Strafanzeige eingereicht wurde.¹⁷⁵ Buchhalterisch hat ewb den Restbuchwert ihrer Beteiligung an der in Konkurs gegangenen Solar Industries AG von CHF 3.0 Mio. im Geschäftsjahr 2012 wertberichtigt, d.h. abgeschrieben.¹⁷⁶ Als Folge der Wertberichtigung auf der Beteiligung Solar Industries AG weist die Erfolgsrechnung vom Mutterhaus ewb einen negativen Erfolg aus Beteiligungen gegenüber Nahestehenden aus.¹⁷⁷ Gegen dieses Vorgehen ist aus kartellrechtlicher Sicht nichts einzuwenden.

136. Hinsichtlich des Defizits der Sparte New Business weist der Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012 darauf hin, dass hier der Jahresverlust um CHF 7.6 Mio. auf CHF 15.8 Mio. gestiegen sei. Hauptgrund sei ein Impairment im Geschäftsfeld Mobilität, wo eine Wertberichtigung in der Höhe von CHF 6.0 Mio. auf der Gastankstelle Bernmobil vorgenommen worden sei.¹⁷⁸ Zudem weist neben ewb auch die Presse darauf hin, dass Hauptursache der „New Business“-Verluste „das mit Abstand grösste EWB-Projekt der Gegenwart“ sei, „die Installation eines unterirdischen Glasfasernetzes in der Stadt Bern“. Ewb hat sich zum Ziel gesetzt, bis 2020 das ganze Stadtgebiet der Stadt Bern mit Glasfasern zu erschliessen.¹⁸⁰

¹⁶⁸ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 14 (Frage 9.1), S. 15 (Frage 9.3).

¹⁶⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 15 (Frage 9.3).

¹⁷⁰ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 7 (Frage 3), S. 15 (Frage 9.3); Beilage 8 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁷¹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 15 (Frage 9.3).

¹⁷² Beilage 17 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 16, 20; Beilage 14 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁷³ Beilage 15 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁷⁴ Beilage 16 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁷⁵ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 12 (Fn 51).

¹⁷⁶ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 52, 66, 104 (Fn 51).

¹⁷⁷ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 62 (Fn 51).

¹⁷⁸ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 52, 84 (Fn 51).

¹⁷⁹ CHRISTOPH LENZ, Grosse Träume, rote Zahlen, in: Der Bund vom 14. Februar 2013, online abrufbar unter www.derbund.ch, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹⁸⁰ Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht ewb 2012, S. 11 (Fn 51).

137. Anhaltspunkte auf eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe ergeben sich zum heutigen Zeitpunkt – angesichts des langfristigen Planungshorizontes des sich in der Aufbauphase befindlichen Glasfaserprojektes – auch im Zusammenhang mit den Defiziten der Sparte New Business keine.

138. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe erfolgt oder erfolgte, indem defizitäre Wettbewerbsbereiche mit Mitteln der Monopolbereiche finanziell unterstützt und künstlich am Leben erhalten werden oder wurden.

B.3.2.6.7. Zusammenfassung

139. Die ewb-Gruppe hat ihre Monopol- und Wettbewerbsbereiche ausreichend kalkulatorisch getrennt und ist zusätzlich durch verschiedene gesetzliche Vorgaben und interne Regelungen zu einem korrekten Umgang mit möglichen Quersubventionen verpflichtet.

140. Die Leistungen, welche sich die Monopol- und Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe gegenseitig erbringen, werden soweit ersichtlich zu marktüblichen Bedingungen zur Verfügung gestellt und nach kaufmännischen Grundsätzen verrechnet.

141. Auch im Zusammenhang mit der geprüften allfälligen Deckung von Verlusten der Wettbewerbsbereiche mit Mitteln der Monopolbereiche der ewb-Gruppe ergeben sich zum heutigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Behinderungsmisbrauchs durch eine im Sinne von Art. 7 KG unzulässige Quersubventionierung.

142. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für eine Bevorzugung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe und missbräuchliche Behinderung von anderen Unternehmen durch kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierungen. Namentlich bestehen zurzeit weder Hinweise auf eine im Zusammenhang mit Quersubventionen stehende Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) noch liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die ewb-Gruppe Wettbewerber durch eine gegen sie gerichtete Unterbietung von Preisen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG).

B.3.2.7 Kein Behinderungsmissbrauch durch Datenaustausch

B.3.2.7.1. Allgemeines

143. Eine Bevorzugung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe könnte weiter grundsätzlich erfolgen, indem die Wettbewerbsbereiche auf Daten beziehungsweise Informationen zurückgreifen können, über welche die Monopolbereiche der ewb-Gruppe verfügen.

144. Die Anzeiger machen diesbezüglich geltend, es bestehe „eine erhebliche Gefahr“, dass die ewb-Gruppe Marktdaten, Kundendaten und andere Informationen aus den Monopolbereichen benutze oder benutzt habe, um sich auf den nachgelagerten oder benachbarten Märkten einen Vorteil zu verschaffen. Insbesondere bestehe „die

Gefahr“, dass Kundendaten aus den Monopolbereichen zur Akquisition von Kunden von Annexleistungen benutzt würden. Ein solcher Informationsfluss sei aufgrund der engen personellen Verflechtung zwischen ewb und den Tochtergesellschaften kaum zu vermeiden.¹⁸¹

145. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die ewb-Gruppe versucht sein könnte, einen gewissen Wettbewerbsvorteil zu eigenen Gunsten zu verwerfen, indem sie infolge ihrer Tätigkeiten in den Monopolbereichen bereits von Gesetzes wegen mit den Gebäudeeigentümern beziehungsweise Energie- und Wasserbezüglern aus ihrem Versorgungsgebiet im Kontakt steht, und deshalb bei der Akquisition für die gewerblichen Tätigkeiten bereits vorhandene Daten nutzen könnte.¹⁸² Wie bereits erwähnt¹⁸³, genügen blosse Hinweise auf die potenzielle Eignung der gewerblichen Tätigkeiten der ewb-Gruppe, privatrechtlich tätige Unternehmen zu benachteiligen, als Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen eines möglicherweise unzulässigen Behinderungsmisbrauchs im Sinne von Art. 7 KG jedoch nicht.

146. Für die Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung gegen die ewb-Gruppe wegen allfälligen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit dem Austausch von Daten zwischen den Monopol- und Wettbewerbsbereichen sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte erforderlich,

- dass ein Austausch beziehungsweise eine Nutzung von Marktdaten, Kundendaten oder anderen Informationen aus den Monopolbereichen zum Vorteil der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe tatsächlich stattfindet oder stattfand;
- dass es sich bei einem solchen Datenaustausch beziehungsweise bei einer solchen Datennutzung um einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung handelt, über welche die ewb-Gruppe auf den entsprechenden vorgelagerten Märkten¹⁸⁴ verfügt;
- dass andere Unternehmen durch einen solchen Datenaustausch beziehungsweise eine solche Datennutzung tatsächlich in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder wurden.

¹⁸¹ Anzeige vom 28. Februar 2012, Rz 32.

¹⁸² Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, *Kantonale Sachversicherung Glarus*, E. 9.4 analog.

¹⁸³ Oben, Rz 76 ff.

¹⁸⁴ Oben, Rz 51 f. und Rz 60.

147. Was die Frage betrifft, wann Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten beziehungsweise einen Missbrauch vorliegen, gilt es festzuhalten, dass nicht zwingend jeder Informationsfluss zwischen den Monopol- und Wettbewerbsbereichen der ewb-Gruppe als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden kann: Dass geschäftsrelevante Informationen konzern- (und damit unternehmens-) intern¹⁸⁵ ausgetauscht werden, ist ein üblicher und kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklicher Vorgang.

148. Andererseits besteht die Besonderheit der vorliegenden Situation darin, dass die ewb-Gruppe in erster Linie aufgrund ihrer staatlichen Monopole (und nicht der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) über die entsprechenden Informationen verfügt. Die ewb-Gruppe trägt unter diesen Umständen durchaus auch unternehmensintern eine besondere Verantwortung im Umgang mit den aus den Monopolbereichen stammenden Daten.

149. Als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wäre ein Datenaustausch oder eine Datennutzung innerhalb der ewb-Gruppe voraussichtlich dann zu qualifizieren, falls dieser beziehungsweise diese auf einer Behinderungsstrategie beruht, welche darauf abzielt, aktuelle oder potentielle Konkurrenten der eigenen Wettbewerbsbereiche von den entsprechenden nachgelagerten oder benachbarten Märkten zu verdrängen oder fernzuhalten.¹⁸⁶

150. Wie nachfolgend ausgeführt wird, ergibt die vorliegende Vorabklärung im Ergebnis jedoch keine genügenden Anhaltspunkte im oben beschriebenen Sinn, welche auf einen allfälligen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit dem Austausch von Daten zwischen den Monopol- und Wettbewerbsbereichen der ewb-Gruppe hindeuten.

B.3.2.7.2. Allgemeiner Umgang mit Daten aus den Monopolbereichen

151. Was den allgemeinen Umgang mit Daten aus den Monopolbereichen betrifft, betont ewb, dass der Bären Haustechnik AG, Guggisberg Dachtechnik AG und der Energiecheck Bern AG beziehungsweise generell den Tochtergesellschaften die Kundendaten von ewb nicht zur Verfügung stehen. Ewb führte im Frühjahr 2012 eine ewb-interne Überprüfung zum Umgang mit Personendaten durch. Diese Umfrage habe bestätigt, dass keine Kundendaten an ewb-Tochtergesellschaften herausgegeben werden.¹⁸⁷

152. Entgegen dieser Darstellung geht aus der erwähnten ewb-internen Umfrage lediglich hervor, dass keine Daten „für Marketingzwecke“ an ewb-Töchter weitergegeben werden. Das Sekretariat hat ewb deshalb aufgefordert konkretisierend zur Frage Stellung zu nehmen, ob ewb ihren Tochtergesellschaften Daten für andere Zwecke oder aus anderen Gründen zur Verfügung stellt (wie Gebäude- und/oder Adressdatensätze, Informationen über anstehende Elektroinstallationskontrollen/ Servicearbeiten / Renovationen oder andere geschäftsrelevante Informationen aus den Monopolbereichen). Ewb verneinte diese Frage ausdrücklich und hielt zudem fest, dass „aus dem Monopolbereich keine Daten und anderen geschäftsrelevanten Informationen an die Tochtergesellschaften übertragen werden“.¹⁸⁸ Ewb stelle ihren

Tochtergesellschaften keine Daten zur Verfügung und gewähre ihnen keine speziellen Einsichtsrechte in Informationen beziehungsweise Daten vom Mutterhaus ewb.¹⁸⁹

153. Zudem betont ewb, dass die Mitarbeitenden letztmals im Jahr 2012 lückenlos im Bereich Compliance geschult worden seien, und dass im Rahmen der Einführungsveranstaltung Compliance auf den Datenschutz besonders eingegangen werde.¹⁹⁰ Im Übrigen habe sich ewb bezüglich Datenschutz interne Regeln auferlegt. Nach diesen ergebe sich insbesondere klar, „dass Kundendaten nicht an Dritte (wozu auch die Tochtergesellschaften von ewb zu zählen sind) herausgegeben werden dürfen.“¹⁹¹

154. Diese internen Regelungen betreffen zwar spezifisch die Bearbeitung/Bekanntgabe von Kundendaten durch das Kundencenter (etwa bei Anfragen von Privaten) und den Umgang mit Daten, welche beim Besuch der Internetseiten von ewb hinterlassen werden. Die Ausführungen von ewb zeigen aber trotzdem, dass ewb grundsätzlich einen sensibilisierten Umgang mit (Kunden-)daten pflegt. Dabei ist ewb auf den erwähnten eigenen Angaben zu behaften, insbesondere darauf, dass weder Daten noch andere geschäftsrelevante Informationen aus den Monopolbereichen an die Tochtergesellschaften übertragen werden, und dass ewb ihre Tochtergesellschaften hinsichtlich der Herausgabe von Kundendaten als Dritte behandelt, also Kundendaten gemäss den internen Regelungen zum Datenschutz auch an die gewerblich tätigen Tochtergesellschaften nicht herausgegeben werden dürfen (weder für Marketingzwecke noch für an andere Zwecke oder aus anderen Gründen).

155. Unter diesen Umständen ergeben sich – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen zu den konkret im Raum stehenden Vorwürfen – keine Anhaltspunkte, dass ein Austausch beziehungsweise eine Nutzung von Marktdaten, Kundendaten oder anderen Informationen aus den Monopolbereichen zum Vorteil der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe tatsächlich stattfindet oder stattfand.

¹⁸⁵ Oben, Ziffer B.1.

¹⁸⁶ Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*; vgl. auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6.

¹⁸⁷ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 17; Beilage 21 zu dieser Eingabe.

¹⁸⁸ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 16 (Frage 10.1), S. 18 (Frage 10.3).

¹⁸⁹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 22 (Schlussbemerkungen).

¹⁹⁰ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 18; mit Hinweis auf eingereichte Slides Einführungsveranstaltung Compliance ewb, insbesondere Slide 18, Beilage 23 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁹¹ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 18 (Frage 10.2); mit Hinweis auf die Richtlinie Bekanntgabe von Personendaten durch das Kundencenter vom 5. März 2013 (Beilage 24 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013) und die Datenschutzerklärung ewb vom 8. Januar 2013 (Beilage 25 zur Eingabe vom 29. Mai 2013).

B.3.2.7.3. Periodische Kontrolle von Elektroinstallationen

156. Konkret bringen die Anzeiger vor, dass ewb im Formular betreffend die periodische Kontrolle der Elektroinstallationen die Eigentümer anfrage, ob sie ewb mit der Organisation der periodischen Kontrolle beauftragen wollen. Es sei davon auszugehen, dass ewb jeweils die eigene Tochtergesellschaft Energiecheck Bern AG mit der Kontrolle betraue oder diese bei der Auftragserteilung zumindest bevorzuge.¹⁹²

157. Ewb widerspricht und macht geltend, ewb richte sich im Zusammenhang mit den Aufforderungen zur periodischen Kontrolle von elektrischen Installationen nach dem Fact-Sheet Nr. 37 des Bundesamts für Energie, in welchem dieses namentlich festhalte, dass einzelne Anbieter solcher Kontrollen aus Gründen der Wettbewerbsneutralität nicht besonders empfohlen werden dürfen. Zur Veranschaulichung reichte ewb aufforderungsgemäss Beispiele der Standard-Schreiben ein, welche ewb verwendet, um Eigentümer elektrischer Installationen schriftlich aufzufordern, die periodische Elektroinstallationskontrolle im Sinne von Art. 36 der Niederspannungs-Installationsverordnung¹⁹³ durchführen zu lassen und den Sicherheitsnachweis bis zum Ende der Kontrollperiode einzureichen.¹⁹⁴

158. Das angesprochene Fact-Sheet Nr. 37¹⁹⁵ hält fest, dass Netzbetreiberinnen, welche an Kontrollunternehmen beteiligt sind oder solche beherrschen, in der Aufforderung zur Durchführung der periodischen Kontrolle aus Gründen der Wettbewerbsneutralität keinen einzelnen Anbieter besonders empfehlen dürfen, sondern zumindest alle Anbieter in der näheren Umgebung des Eigentümers der elektrischen Installation gleich behandeln und gleichermaßen empfehlen müssen. Zudem schlägt das Fact-Sheet Nr. 37 die folgende wettbewerbsneutrale Formulierung vor, welche an einem Kontrollunternehmen beteiligte Netzbetreiberinnen im Aufforderungsschreiben zur periodischen Kontrolle verwenden können:

„Das aktuelle Verzeichnis der kontrollberechtigten Unternehmen kann beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat, Inspektionen, Luppmenstrasse 1, 8320 Fehraltdorf, bezogen oder im Internet unter <http://www.esti.admin.ch/> → Aktuell → Verzeichnis der erteilten Kontrollbewilligungen abgerufen werden.

Falls es Ihnen dienen sollte, dass wir für Sie ein entsprechendes Kontrollorgan in Ihrem Namen beauftragen, so bitten wir Sie, das beiliegende Formular ausgefüllt zurückzusenden.“

159. Für das einem so formulierten Aufforderungsschreiben beigelegte Formular schlägt das Fact-Sheet Nr. 37 weiter vor, dass der Eigentümer der elektrischen Installation zur Gewährleistung der Wettbewerbsneutralität folgende Rubriken ankreuzen kann:

- „Wir bitten Sie, den Auftrag zur Installationskontrolle an ein kontrollberechtigtes Unternehmen weiterzuleiten.“
- „Wir bitten Sie, den Auftrag zur Installationskontrolle an nachstehendes, kontrollberechtigtes Unternehmen weiterzuleiten.“

160. Ewb hat die Formulierung, welche das Fact-Sheet Nr. 37 für das Aufforderungsschreiben vorschlägt (oben,

Rz 158) im eingereichten Standard-Aufforderungsschreiben zur periodischen Kontrolle¹⁹⁶ fast wörtlich übernommen. Insbesondere ist das verwendete Standard-Aufforderungsschreiben ohne Empfehlung eines Anbieters formuliert und weist auf das aktuelle Verzeichnis des Eidgenössischen Starkstrominspektorats (nachfolgend: ESTI) von unabhängigen Kontrollunternehmen hin. Dieses Standard-Aufforderungsschreiben ist entsprechend nicht zu beanstanden.

161. Hingegen sah das Formular, welches ewb diesem Aufforderungsschreiben nach eigenen Angaben seit dem 30. März 2012 jeweils beilegte (und als „Auftragserteilung“ bezeichnet)¹⁹⁷, einzig vor, dass ewb den Auftrag zur Installationskontrolle „an eine Kontrollunternehmung“ weiterleitet, falls der Eigentümer nicht selber ein unabhängiges Kontrollorgan für die Elektrokontrolle aufbieten will. Eine Option im Sinne der zweiten Rubrik gemäss Fact-Sheet Nr. 37 (oben, Rz 159), ein ganz bestimmtes kontrollberechtigtes Unternehmen zu bezeichnen und ewb damit zu beauftragen, den Kontrollauftrag an genau dieses weiterzuleiten, enthielt das Formular „Auftragserteilung“ von ewb nicht. Der Entscheid, an welches kontrollberechtigtes Unternehmen die retournierten Formulare zur Durchführung der Elektrokontrollen weitergeleitet werden, war damit ewb überlassen.

162. Ewb räumt denn auch ein, dass ewb abgesehen von einer Ausnahme alle Formulare „Auftragserteilung“ – welche den Aufforderungsschreiben seit dem 30. März 2012 bis zum 17. Mai 2013 beigelegt (total 1693) und in der Folge an die Elektrokontrolle von ewb retourniert worden sind (total 199) – an die Energiecheck Bern AG weitergeleitet hat (also total 198). Dabei betont ewb, dass die grosse Mehrheit (1494 oder 88.25%) der seit dem 30. März 2012 bis zum 17. Mai 2013 beigelegten Formulare „Auftragserteilung“ (1693) nicht an ewb retourniert und die entsprechenden Kontrollaufträge demnach durch die Eigentümer direkt in Auftrag gegeben wurden.¹⁹⁸

¹⁹² Eingabe Anzeiger vom 31. August 2012, S. 4. Beilage 4 zu dieser Eingabe.

¹⁹³ Verordnung vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV; SR 734.27).

¹⁹⁴ Beilage 26 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, vgl. auch Beilage 23 zur Eingabe ewb vom 6. Juli 2012.

¹⁹⁵ Online abrufbar unter www.bfe.admin.ch > Dokumentation > Rechtsgrundlagen des Bundes > Energierecht > Elektrizität > Dokumente zum Thema, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

¹⁹⁶ Beilage 26 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

¹⁹⁷ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 19 (Frage 11), Beilage 26 zu dieser Eingabe.

¹⁹⁸ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 19 (Frage 11).

163. Der Umstand, dass ewb die von den Eigentümern elektrischer Installationen retournierten Formulare „Auftragserteilung“ ohne entsprechenden Hinweis im Formular an die eigene Tochtergesellschaft Energiecheck Bern AG weiterleitete, stellt eine intransparente Nutzung von geschäftsrelevanten Informationen aus den Monopolbereichen zum Vorteil des Wettbewerbsbereichs „Elektroinstallationskontrolle“ der ewb-Gruppe dar. Zwar kann gestützt auf das vorliegende Zahlenmaterial nicht schlüssig beurteilt werden, ob Konkurrenzunternehmen infolge der bisher fehlenden Möglichkeit, ewb mit der Weiterleitung des Kontrollauftrags an ein ganz bestimmtes Kontrollorgan zu beauftragen, unzulässig in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wurden. Es liegt aber auf der Hand, dass die bisherige Formulierung des Formulars „Auftragserteilung“ von ewb und die gestützt darauf erfolgten Auftragsvergaben an die eigene Konzerngesellschaft Energiecheck Bern AG den Anforderungen des Fact-Sheets Nr. 37 an die Wettbewerbsneutralität widersprechen und nicht geduldet werden können.

164. Das Sekretariat machte ewb anlässlich des Treffens vom 4. Dezember 2013¹⁹⁹ auf die festgestellte Problematik aufmerksam, worauf sich ewb bereit erklärte, das Formular „Auftragserteilung“ wettbewerbsneutral umzuformulieren.²⁰⁰ In der Folge bestätigte ewb mit Eingabe vom 19. Dezember 2013 wie vereinbart schriftlich, dass das beanstandete Formular „Auftragserteilung“²⁰¹ gemäss den Anregungen des Sekretariats angepasst wurde und per sofort so verwendet wird. Gleichzeitig reichte ewb das angepasste Formular „Auftragserteilung“ ein.²⁰² Gemäss diesem können Eigentümer elektrischer Installationen – welche die Beauftragung eines Kontrollorgans zur Durchführung der Installationskontrolle ewb übertragen möchten und das Formular „Auftragserteilung“ deshalb an ewb retournieren – neu zwischen den beiden folgenden Möglichkeiten auswählen:

- „Wir bitten Sie, den Auftrag zur Installationskontrolle an ein kontrollberechtigtes Unternehmen weiterzuleiten.“
- „Wir bitten Sie, den Auftrag zur Installationskontrolle an nachstehendes, kontrollberechtigtes Unternehmen weiterzuleiten [anschliessend: Leerzeile für die Bezeichnung des gewünschten Kontrollunternehmens].“

165. Damit erfüllt ewb die Anforderungen gemäss Fact-Sheet 37 an die Wettbewerbsneutralität nicht nur hinsichtlich des Aufforderungsschreibens zur periodischen Kontrolle²⁰³ sondern auch mit Bezug auf das Formular „Auftragserteilung“. Unter diesen Umständen besteht derzeit keine Veranlassung, bezüglich des Verhaltens der ewb-Gruppe bei der Aufforderung zur Durchführung der periodischen Elektroinstallationskontrolle eine kartellrechtliche Untersuchung wegen eines möglicherweise unzulässigen Behinderungsmissbrauchs im Sinne von Art. 7 KG zu eröffnen.

B.3.2.7.4. Webauftritt

166. Die Anzeiger halten zudem das Marketingkonzept von ewb für bedenklich, weil eine Unterscheidung von staatlichen Versorgungsaufträgen und privatem Angebot von Annexleistungen auf der Webseite von ewb kaum möglich sei. Beispielsweise werde auf der Webseite von ewb unter der Rubrik „Elektrokontrolle“ darauf hingewiesen, dass ewb regelmässig Nachweise über erfolgte

Kontrollen gemäss Niederspannungsverordnung verlange. Auf derselben Seite werde auf die Dienstleistungen der Energiecheck Bern AG verwiesen. Wähle man den entsprechenden Link an, werde der Besucher auf die Webseite von Energiecheck Bern AG geführt. Die graphische Gestaltung der entsprechenden Webseite entspreche dem Design des allgemeinen ewb-Webauftritts. Für den Kunden und die Kundin sei eine Abgrenzung zwischen Monopolbereichen und Wettbewerbsbereichen also kaum möglich. Es könne sogar der Eindruck erweckt werden, dass ein Eigentümer von elektrischen Anlagen im Versorgungsgebiet von ewb die entsprechenden Kontrollen durch Energiecheck Bern AG durchführen lassen müsse.²⁰⁴

167. Diese Beanstandungen dürften hauptsächlich darauf zurückzuführen sein, dass die Anzeiger die Möglichkeit von ewb, mit zusätzlichen gewerblichen Tätigkeiten in Konkurrenz zu privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen zu treten, auch grundsätzlich in Frage stellen.²⁰⁵ Gegen das Vorhandensein staatlicher Konkurrenz an sich gerichtete Argumente von privaten Wirtschaftsteilnehmern sind aus kartellrechtlicher Sicht jedoch unbeachtlich.²⁰⁶ Der politische beziehungsweise demokratische Entscheid zugunsten einer staatlichen Wirtschaftstätigkeit hat insbesondere zur Folge, dass es als Ausfluss der im Wettbewerbsbereich geltenden Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)²⁰⁷ grundsätzlich auch zulässig sein muss, dass ein Unternehmen des öffentlichen Rechts wie jede andere privatwirtschaftlich tätige Person einen eigenen ansprechenden Webauftritt gestaltet und sich sowie die unter Wettbewerbsbedingungen angebotenen gewerblichen Tätigkeiten über dieses Medium vorstellt.²⁰⁸

168. Zu beanstanden sind entsprechend grundsätzlich weder eine blosser Verlinkung mit der Webseite einer zum gleichen Konzern gehörenden Tochtergesellschaft noch eine grafisch einheitliche Gestaltung der Webseiten der verschiedenen konzerneigenen Gesellschaften.

¹⁹⁹ Oben, Rz 7.

²⁰⁰ Vgl. auch das Fact-Sheet Nr. 38 zur Rolle des ESTI bei Hinweisen auf nicht wettbewerbsneutrales Verhalten von Netzbetreiberinnen bei der Aufforderung zur periodischen Elektroinstallationskontrolle. Danach prüft das ESTI bei einer entsprechenden Meldung, ob das Vorgehen einer Netzbetreiberin den Anforderungen der Niederspannungs-Installationsverordnung an die Neutralität entspricht. Ist dies nicht der Fall, weist das ESTI die betroffene Netzbetreiberin entweder an, die Aufforderungen entsprechend zu ändern oder lässt es in diskutablen Fällen mit einer Empfehlung an die Netzbetreiberin besenden.

²⁰¹ Beilage 26 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

²⁰² Beilage 1 zur Eingabe ewb vom 19. Dezember 2013.

²⁰³ Beilage 26 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

²⁰⁴ Anzeige vom 28. Februar 2012, Rz 37.

²⁰⁵ Dies wird veranschaulicht durch die verschiedenen diesbezüglich geführten und das noch laufende Verfahren vor anderen Behörden (oben, Ziffer A.2).

²⁰⁶ Oben, Rz 87.

²⁰⁷ Zitiert in Fn 99.

²⁰⁸ Vgl. dazu bzw. allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und freier Wettbewerbstätigkeit BGE 138 I 289, insbes. E. 2.8 (Switch/Bundesamt für Kommunikation BAKOM).

Ebenso wenig können Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 7 KG allein darin gesehen werden, dass aus dem Webauftritt möglicherweise nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, ob eine ausgeübte Tätigkeit zu den Monopolbereichen des Unternehmens gehört, oder in Konkurrenz zu anderen Unternehmen angeboten wird. Entscheidend ist, dass die ewb-Gruppe potentielle Kunden konsequent im konkreten Anwendungsfall darüber informiert, dass die fragliche Tätigkeit in Konkurrenz zu anderen Unternehmen angeboten wird und es dem Kunden frei steht, ein Unternehmen seiner Wahl zu beauftragen.

169. Was die von den Anzeigern bemängelte periodische Elektroinstallationskontrolle betrifft, wurde bereits ausgeführt, dass die Vorabklärung bezüglich der schriftlichen Aufforderung von ewb zur Durchführung der Kontrolle (u.a. aufgrund der vorgenommenen Anpassung des Formulars „Auftragserteilung“) keine Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten nach Art. 7 KG ergeben hat.²⁰⁹ Andererseits enthielt die Webseite von ewb mit Bezug auf die Elektrokontrolle den folgenden Hinweis, welchem ein Link auf die Webseite der Energiecheck Bern AG folgte:²¹⁰

„Unsere Elektrokontrolle führt selber keine Sicherheitskontrollen (Schlusskontrolle, Abnahmekontrolle oder periodische Kontrolle) durch. Ihren Auftrag nimmt gerne das Tochterunternehmen energiecheck bern ag (Tel. 031 321 33 96) entgegen.“

170. Dadurch empfahl ewb die eigene Tochtergesellschaft über die eigene Webseite für die Durchführung von Sicherheitskontrollen und insbesondere für die periodische Elektroinstallationskontrolle. Dies stand ebenfalls im Widerspruch zur Regelung gemäss Fact-Sheet Nr. 37²¹¹: Aus Gründen der Wettbewerbsneutralität ist von Netzbetreiberinnen, welche wie ewb an Kontrollunternehmen beteiligt sind oder solche beherrschen, zu verlangen, dass sie nicht nur in der eigentlichen Aufforderung zur Durchführung der periodischen Kontrolle, sondern auch bei Angaben auf der Webseite zum Bereich der Elektrokontrolle alle Anbieter in der näheren Umgebung des Eigentümers der elektrischen Installation gleich behandeln, ohne eine Empfehlung für einen einzelnen Anbieter abzugeben.

171. Da dies hinsichtlich der Webseite von ewb bisher nicht der Fall war, machte das Sekretariat ewb anlässlich des Treffens vom 4. Dezember 2013²¹² auch auf diese Problematik aufmerksam. Ewb erklärte sich anlässlich des Treffens bereit, die fragliche Stelle auf der Webseite wettbewerbsneutral umzuformulieren. Darauf teilte ewb dem Sekretariat mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 mit, dass die betreffende Passage auf der Webseite²¹³ am 5. Dezember 2013 gemäss den Anregungen des Sekretariats überarbeitet worden ist. Konkret bestätigte ewb, dass neben dem fraglichen Hinweis auf das Tochterunternehmen Energiecheck Bern AG für die Durchführung von Sicherheitskontrollen auch der anschliessende Link auf die Webseite dieses Tochterunternehmens entfernt worden ist. Zudem wird aufgrund der erfolgten Anpassungen auf der Webseite von ewb in der Rubrik Elektrokontrolle neu darauf hingewiesen, dass das aktuelle Verzeichnis der kontrollberechtigten Unternehmen beim ESTI bezogen oder im Internet unter www.esti.admin.ch abgerufen werden kann (mit Be-

zugsadresse und direktem Link auf das Verzeichnis der erteilten Installations- und Kontrollbewilligungen).²¹⁴

172. Unter diesen Umständen ergeben sich aktuell auch mit Bezug auf den Webauftritt von ewb keine Anhaltspunkte für ein Verhalten im Widerspruch zu Art. 7 KG.

B.3.2.7.5. Kundenzirkular bei Leerstand

173. Die Anzeiger werfen ewb weiter vor, bei Leerständen von Wohnungen im sogenannten Kundenzirkular bei Leerstand²¹⁵ darauf hinzuweisen, dass unter Umständen eine Zusammenlegung mehrerer Stromzähler sinnvoll wäre und dass hierfür eine konzessionierte Elektroninstallationsfirma beauftragt werden müsste. Ewb empfehle dabei gleich die Tochtergesellschaft Bären Elektro AG unter Angabe der Telefonnummer, während für die übrigen Anbieter dieser Dienstleistungen auf die Website des ESTI verwiesen werde.²¹⁶

174. Die fragliche Stelle im Kundenzirkular von ewb bei Leerstand lautet wie folgt:

„Unter Umständen ist eine Zusammenlegung mehrerer Stromzähler in Ihrer Liegenschaft sinnvoll. Wenden Sie sich auch dafür an eine konzessionierte Elektroinstallationsfirma. Eine aktuelle Liste der konzessionierten Firmen finden Sie auf der Website des Eidgenössischen Starkstrominspektorats (www.esti.admin.ch, Rubrik Aktuell), darunter befindet sich auch die Bären Elektro AG (Tel. 031 990 60 30).“²¹⁷

175. Mit dem Satzteil „darunter befindet sich auch die Bären Elektro AG“ weist das Kundenzirkular ausdrücklich darauf hin, dass die (ehemalige²¹⁸) Bären Elektro AG als konzessionierte Elektroinstallationsfirma für die allfällige Zusammenlegung mehrerer Stromzähler in Frage kommt. Aus dem Kundenzirkular geht zwar hervor, dass ein entsprechender Auftrag jeder konzessionierten Elektroinstallationsfirma erteilt werden kann. Zudem ist für den Empfänger des Schreibens ersichtlich, dass beim ESTI eine Liste der konzessionierten Elektroinstallationsfirmen geführt wird, welche im Internet heruntergeladen werden kann. Trotzdem ist offensichtlich, dass ewb das Gebot, sich wettbewerbsneutral zu verhalten und insbesondere keine Daten aus den Monopolbereichen zum Vorteil der Wettbewerbsbereiche zu nutzen verletzt, falls in den Kundenzirkularen bei Leerstand (weiterhin) auf eine eigene Tochtergesellschaft hingewiesen und damit faktisch eine Empfehlung für diese abgegeben wird.

²⁰⁹ Oben, Ziffer B.3.2.7.3.

²¹⁰ www.ewb.ch/de/angebot/strom/geschäftskunden/dienstleistungen/elektrokontrolle.html, besucht am 4. Dezember 2013.

²¹¹ Oben, Rz 158.

²¹² Oben, Rz 7.

²¹³ www.ewb.ch/de/angebot/strom/geschäftskunden/dienstleistungen/elektrokontrolle.html.

²¹⁴ www.ewb.ch/de/angebot/strom/geschäftskunden/dienstleistungen/elektrokontrolle.html, zuletzt besucht am 7. Januar 2014.

²¹⁵ Beilage 8 zur Anzeige vom 28. Februar 2012.

²¹⁶ Anzeige vom 28. Februar 2012, Rz 34.

²¹⁷ Beilage 8 zur Anzeige vom 28. Februar 2012.

²¹⁸ Die Bären Elektro AG wurde integriert in die Bären Haustechnik AG per 1. Januar 2012 (Fn 23).

176. Anlässlich des Treffens vom 4. Dezember 2013²¹⁹ wies das Sekretariat ewb auch auf diese Problematik hin. Ewb erklärte sich bereit abzuklären, ob das beanstandete Kundenzirkular bei Leerstand weiterhin verwendet wird sowie künftig in jedem Fall auf einen Hinweis auf eine eigene Tochtergesellschaft zu verzichten. Darauf teilte ewb dem Sekretariat mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 mit, dass das Kundenzirkular bei Leerstand in der beanstandeten Form²²⁰ nicht mehr verwendet wird. Zudem reichte ewb dem Sekretariat ein angepasstes Anschreiben betreffend Leerstand²²¹ ein mit der ausdrücklichen Bestätigung, dass dieses zur Anwendung gelangt und keinen Hinweis auf eine Tochtergesellschaft enthält.

177. Die fragliche Passage im eingereichten Anschreiben betreffend Leerstand lautet neu wie folgt:

„Unter Umständen ist eine Zusammenlegung mehrerer Stromzähler in Ihrer Liegenschaft sinnvoll. Wenden Sie sich auch dafür an eine konzessionierte Elektroinstallationsfirma. Eine aktuelle Liste der konzessionierten Firmen kann beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat ESTI, Luppenstrasse 1, CH-8320 Fehraltorf (Telefon 044 956 12 12) bezogen oder auf der Website des Eidgenössischen Starkstrominspektorats abgerufen werden (www.esti.admin.ch, Rubrik Aktuell).“

178. Damit enthält das von ewb verwendete Kundenzirkular bei Leerstand einerseits keinen Hinweis mehr auf eine Tochtergesellschaft der ewb-Gruppe. Andererseits weist ewb zusätzlich zur Webseite auch auf die Postadresse vom ESTI und dessen Telefonnummer als Bezugsmöglichkeit der Liste mit den konzessionierten Firmen hin.

179. Unter diesen Umständen besteht im Ergebnis keine Veranlassung, gegen die ewb-Gruppe im Zusammenhang mit dem Kundenzirkular für Leerstand eine kartellrechtliche Untersuchung wegen eines möglicherweise unzulässigen Behinderungsmissbrauchs im Sinne von Art. 7 KG zu eröffnen.

B.3.2.7.6. Solarstrategie 2020

180. Eine weitere Nutzung von geschäftsrelevanten Informationen aus den Monopolbereichen zum Vorteil der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe könnte im Zusammenhang mit dem ewb Entwicklungsprojekt „Umsetzung Solarstrategie 2020“ erfolgen, welches sich mit der Förderung der Solarenergie und der Realisierung von Photovoltaikanlagen in der Stadt Bern beschäftigt.²²² Ein Austausch von entsprechenden Informationen könnte insbesondere zu einer Bevorzugung der Bären Haustechnik AG, der Guggisberg Dachtechnik AG und/oder der Energiecheck Bern AG führen, indem diese dank solchen Informationen möglicherweise zusätzliche Aufträge (wie Beratungen, Erstellung von Photovoltaikanlagen, energetische Sanierungen) akquirieren können.

181. Ewb betont in der Eingabe vom 6. Juli 2012, dass sich die Guggisberg Dachtechnik AG, die Bären Haustechnik AG und ewb im Zusammenhang mit der Umsetzung des Solarkonzepts 2020 klare Regeln zur Sicherstellung des wettbewerbskonformen Verhaltens auferlegen würden. Namentlich werde potentiellen Kunden für Anlagen unter 50kWp eine Liste mit verschiedenen Anbietern zur Realisierung abgegeben.²²³

182. Auf Nachfrage des Sekretariats, Beispiele von solchen Listen einzureichen, stellte sich heraus, dass die erwähnte Liste zum Zeitpunkt der Eingabe vom 6. Juli 2012 erst „in Planung“ war und die Umsetzung einer solchen Liste erst im April 2013 lanciert wurde. Wie ewb weiter ausführt, wurde kurz darauf jedoch entschieden, „trotzdem auf die Erstellung der Liste zu verzichten und auf Swissolar zu verweisen.“²²⁴ Bei der entsprechenden (dem Sekretariat eingereichten) Liste handelt es sich um das Mitgliederverzeichnis von Swissolar, Schweizerischer Fachverband für Sonnenenergie.²²⁵ Das Mitgliederverzeichnis führt viele Unternehmen auf, welche sich mit der Nutzung von Solarenergie beschäftigen.

183. Aufgrund von diesen Angaben – auf welchen ewb zu behaften ist – geht das Sekretariat davon aus, dass das Mutterhaus ewb natürlichen oder juristischen Personen, welche im Zusammenhang mit der Solarstrategie 2020 als Kunden einer gewerblich tätigen Gruppengesellschaft in Frage kommen, konsequent (und ohne Empfehlung der eigenen Tochtergesellschaft) das aktuelle Mitgliederverzeichnis von Swissolar abgibt oder diese potentiellen Kunden zumindest deutlich auf die Möglichkeit hinweist, das Mitgliederverzeichnis auf der Homepage von Swissolar zu konsultieren.

184. Dies vorausgesetzt bestehen im heutigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise der ewb-Gruppe im Zusammenhang mit der Umsetzung des Solarkonzepts 2020. Das Sekretariat behält sich jedoch weitere Abklärungen vor, falls sich abzeichnen sollte, dass sich ewb nicht entsprechend der eigenen Darstellung verhält.

B.3.2.7.7. Erstellung und Erneuerung von Wasseranschlüssen

185. Die Anzeiger weisen weiter darauf hin, dass ewb die Aufgabe habe, Hauseigentümer rechtzeitig über eine bevorstehende Erneuerung der Wasseranschlüsse zu informieren. Aufgrund der Tatsache, dass die Bären Haustechnik AG solche Erneuerungen als Dienstleistung gewerbsmässig anbiete, bestehe eine erhöhte Gefahr,

²¹⁹ Oben, Rz 7.

²²⁰ Beilage 8 zur Anzeige vom 28. Februar 2012.

²²¹ Beilage 2 zur Eingabe vom 19. Dezember 2013.

²²² Antwort des Gemeinderats der Stadt Bern vom 2. Mai 2012 auf die interfraktionelle Motion BDP/CVP, GFL/EVP vom 3. November 2011: Solarzellen auf möglichst viele städtische Dächer! Online abrufbar unter www.bern.ch > Stadtrat > Geschäfte, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

²²³ Eingabe ewb vom 6. Juli 2012, S. 17 f. mit Hinweis auf Beilage 24 (vor allem Folie 4 [Kurzinformation Partnergesellschaften vom 5. April 2012]) und Beilage 25 zu dieser Eingabe (rechtliche Fragestellungen Solarstrategie 2020 und Einbindung ewb-Tochterunternehmen vom November 2011).

²²⁴ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 19 (Frage 12).

²²⁵ Beilage 27 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013; online abrufbar unter www.swissolar.ch > unser Verband, zuletzt besucht am 6. Januar 2014.

dass ewb die staatliche Funktion ausnütze, um die eigene Tochtergesellschaft zu bevorzugen. Weiter sei berichtet worden, dass ewb in einzelnen Fällen versucht habe, die Grundeigentümer davon zu überzeugen, dass der vom Grundeigentümer zu bezahlende Wasserhausanschluss (d.h. Verbindung der Wasserleitungen zwischen Detailerschliessung und Haus) zwingend durch die Bären Haustechnik AG vorgenommen werden müsse.²²⁶

186. Im Bereich der ewb übertragenen Wasserversorgung²²⁷ gilt es begrifflich zu unterscheiden zwischen dem „Wassernetz“, der „Netzanschlussleitung“ und der „Hausinstallation“:

- Als „Wassernetz“ werden alle Leitungen und Nebenanlagen auf öffentlichem und privatem Grund bezeichnet, die nach Dimension und Anlage für die Speisung der Netzanschlussleitungen und der Hydranten bestimmt sind (exklusiv Primärsystem).²²⁸
- Bei der „Netzanschlussleitung“ handelt es sich um das Leitungstück vom Anschlussformstück des Wassernetzes bis zum Wasserzähler.²²⁹
- Zu den „Hausinstallationen“ gehören alle Leitungen und Einrichtungen im Gebäudeinnern ab Wasserzähler. Druckerhöhungsanlagen gehören zu den Hausinstallationen.²³⁰

187. Die von den Anzeigern thematisierte Erneuerung beziehungsweise (erstmalige) Erstellung von Wasseranschlüssen betrifft grundsätzlich ausschliesslich die Netzanschlussleitungen. Gemäss der anwendbaren Wasserverordnung²³¹ gehören die Überwachung und Kontrolle der Netzanschlussleitungen zu den ausschliesslich an ewb übertragenen Tätigkeiten und somit zu den Monopolbereichen von ewb. Hingegen dürfen Netzanschlüsse neben ewb auch durch Personen und Firmen geändert, unterhalten und ersetzt werden, welchen ewb eine entsprechende Installationsbewilligung erteilt hat.²³² Der Umstand, dass Personen und Firmen mit einer Installationsbewilligung einzig berechtigt sind, Netzanschlüsse zu ändern, unterhalten und ersetzen, lässt darauf schliessen, dass zu den Monopolbereichen von ewb (neben der erwähnten Überwachung und Kontrolle) auch die erstmalige Erstellung der Netzanschlussleitungen zählt.

188. Übereinstimmend mit dieser Einschätzung gibt auch ewb an, dass das Erstellen von Wasserhausanschlüssen (verstanden als „Verbindung der Wasserleitungen zwischen Detailerschliessung und Haus“ im Sinne des Vorwurfs der Anzeiger) in den Monopolbereich von ewb fällt. Ewb schreibe in diesem Bereich die Kunden an, informiere sie über das Vorhaben und vereinbare Termine für die Arbeiten. Für diesen Bereich seien nur ewb-Mitarbeiter zuständig.²³³

189. Da es sich bei der erstmaligen Erstellung der Netzanschlussleitungen um eine ausschliesslich an ewb übertragene Tätigkeit handelt, ist diese Vorgehensweise aus kartellrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Dabei wird aufgrund den Ausführungen von ewb davon ausgegangen, dass Netzanschlussleitungen ausschliesslich von ewb-Mitarbeitern (Mutterhaus) erstellt werden. Anhaltspunkte dafür, dass ewb Netzanschlussleitungen

durch die Bären Haustechnik AG (erstmalig) erstellen lässt, bestehen im jetzigen Zeitpunkt somit keine.

190. Beim zweiten Vorwurf, ewb bevorzuge die Bären Haustechnik AG möglicherweise im Zusammenhang mit bevorstehenden Erneuerungen von Wasseranschlüssen, geht es gemäss den vorstehend verwendeten Begriffen darum, dass bestehende Netzanschlüsse beziehungsweise Netzanschlussleitungen „geändert, unterhalten oder ersetzt“ werden müssen. Dieser Bereich bildet nach dem Gesagten nicht Teil der Monopolbereiche von ewb, sondern steht allen Personen und Firmen mit einer entsprechenden Installationsbewilligung von ewb offen (Rz 187).

191. Die vorliegenden Unterlagen weisen darauf hin, dass ewb Kunden, welche ausdrücklich ein Angebot für die Durchführung von Arbeiten im Zusammenhang mit der Erneuerung einer Netzanschlussleitung wünschen, eine sogenannte „Pauschalofferte“ erstellt und diese Offerte den Kunden zusammen mit dem sogenannten Begleitformular „Erläuterungen zur Pauschalofferte für Erdgas- und Wassernetzanschlüsse“²³⁴ zukommen lässt. Dieses Begleitformular:

- weist darauf hin, dass es dem Kunden grundsätzlich frei steht, für die mit dem Leitungsersatz verbundenen Baumeisterarbeiten einen Unternehmer seiner Wahl zu beauftragen. Dasselbe gelte auch für den Zusammenschluss der Hausinstallation auf die neue Wasser-Netzanschlussleitung;
- erläutert, wie die Finanzierung der Erneuerung von Netzanschlussleitungen geregelt ist. Demnach wird bei der Frage, wer die Kosten einer Erneuerung der Netzanschlussleitung trägt, darauf abgestellt, ob die entsprechenden Arbeiten auf öffentlichem Grund oder auf dem privaten Grundstück erfolgen: Alle Baumeisterarbeiten auf öffentlichem Grund sowie die Kosten für die Erneuerung der Netzanschlussleitungen auf öffentlichem Grund gehen zulasten von ewb, während alle Baumeisterarbeiten auf dem privaten Grundstück sowie die Kosten für die Erneuerung der Netzanschlussleitungen auf dem privaten Grundstück inklusive Anpassungsarbeiten an der Installation im Haus zulasten des Eigentümers gehen;
- hält fest, dass das Angebot von ewb nur gilt, „wenn sowohl die Arbeiten auf privatem wie auch im öffentlichen Grund durch die gleichen, auch von uns beauftragten Unternehmen ausgeführt werden.“²³⁵

²²⁶ Anzeige vom 28. Februar 2012, Rz 36; Eingabe Anzeiger vom 31. August 2012, S. 4.

²²⁷ Dazu auch oben, Rz 58.

²²⁸ Art. 19 Abs. 1 WV, zitiert in Fn 76.

²²⁹ Art. 19 Abs. 2 WV, zitiert in Fn 76.

²³⁰ Art. 19 Abs. 3 WV (zitiert in Fn 76).

²³¹ Zitiert in Fn 76.

²³² Art. 27 f. und Art. 31 WV (zitiert in Fn 76).

²³³ Eingabe ewb vom 29. Mai 2013, S. 21 (Frage 14).

²³⁴ Beilage 28 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

²³⁵ Beilage 28 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013.

192. Durch den Hinweis im Begleitformular, dass es dem Kunden grundsätzlich frei steht, einen Unternehmer seiner Wahl zu beauftragen, legt ewb offen, dass auch Offerten bei Dritten eingeholt werden können und die selber offerierten Erneuerungsarbeiten somit Teil der in Konkurrenz zu anderen Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten bilden. Infolgedessen ist die Freiheit der Kunden, Vergleichsofferten bei anderen Unternehmen einzuholen, nicht beeinträchtigt. Dass ewb die Verbindlichkeit ihrer Pauschalofferten an die Bedingung knüpft, dass die Arbeiten auf privatem wie auch im öffentlichen Grund durch die gleichen, auch von ewb beauftragten Unternehmen ausgeführt werden, ändert daran nichts. Jedenfalls ergeben sich aus der beschriebenen Vorgehensweise von ewb im Zusammenhang mit der Erneuerung von Wasseranschlüssen derzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass das Mutterhaus ewb die ihr vorliegenden Informationen, wann Erneuerungen von Netzanschlüssen beziehungsweise Wasseranschlüssen voraussichtlich anstehen, tatsächlich dazu nutzt, um die Bären Haustechnik AG in der Akquisition von entsprechenden Aufträgen zu bevorzugen und um Konkurrenten im Sinne eines nach Art. 7 KG unzulässigen Behinderungsmissbrauchs in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

193. Gleichwohl wäre es zur (ergänzenden) Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen angezeigt, dass ewb Liegenschaftsbesitzer nicht erst bei der Unterbreitung der Offerte, sondern bereits im Zeitpunkt über die Möglichkeit der Beauftragung eines anderen Unternehmens informiert, in welchem diese erstmalig auf das Erreichen der mutmasslichen maximalen Nutzungsdauer des Wasseranschlusses und möglicherweise bevorstehende Sanierungen hingewiesen werden.²³⁶

194. Zusammenfassend bestehen im Zusammenhang mit der Erstellung und Erneuerung von Wasseranschlüssen derzeit somit keine Anhaltspunkte für eine gestützt auf Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise der ewb Gruppe.

B.3.2.7.8. Zusammenfassung

195. Zusammenfassend ergeben sich zum jetzigen Zeitpunkt im Zusammenhang mit dem möglichen Austausch oder der Nutzung von geschäftsrelevanten Informationen zwischen den Monopol- und den Wettbewerbsbereichen der ewb-Gruppe keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG. Mit Bezug auf die festgestellten problematischen Punkte (schriftliche Aufforderung zur Durchführung der periodischen Kontrolle von Elektroinstallationen, Empfehlung der Tochtergesellschaft Energiecheck Bern AG für Sicherheitskontrollen auf der Webseite von ewb, Empfehlung der [damaligen] Tochtergesellschaft Bären Elektro AG für die allfällige Zusammenlegung von mehreren Stromzählern im ewb-Kundenzirkular bei Leerstand) hat ewb im Nachgang zum Treffen vom 4. Dezember 2013 mit dem Sekretariat die vorgeschlagenen Massnahmen unverzüglich umgesetzt und sinngemäss bestätigt, dies künftig beizubehalten.²³⁷

B.3.3 Ergebnis

196. Zusammenfassend bestehen hinsichtlich der Eigentümerstrategie beziehungsweise der gewerblichen Tätig-

keiten der ewb-Gruppe zurzeit keine genügenden Anhaltspunkte für im Sinne von Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweisen.

197. Hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Bevorzugung der Wettbewerbsbereiche der ewb-Gruppe und missbräuchliche Behinderung von anderen Unternehmen ergeben sich konkret weder im Zusammenhang mit einem Austausch oder einer Nutzung von geschäftsrelevanten Informationen zwischen den Monopol- und Wettbewerbsbereichen (vgl. dazu zusammenfassend oben, Rz 195) noch mit Bezug auf allfällige Quersubventionen. Bezüglich Quersubventionen bestehen namentlich keine Hinweise auf eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) oder eine gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG). Auch liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die ewb-Gruppe Wettbewerbern im Rahmen der Erweiterung der Geschäftsfelder die Neuaufnahme oder Weiterführung der Geschäftsbeziehung verweigert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Ebenso wenig ergeben sich Anhaltspunkte für das Vorliegen eines unzulässigen Behinderungsmissbrauchs im Zusammenhang mit technischen Behinderungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) oder unzulässigen Koppelungsverträgen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG).

198. Das Sekretariat beschliesst daher, die Vorabklärung einzustellen. Weitere Abklärungen und die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums bleiben vorbehalten, falls sich ewb nicht entsprechend der in diesem Schlussbericht beschriebenen eigenen Darstellung verhalten sollte, oder sich sonstige Hinweise für kartellrechtlich problematische Sachverhalte ergeben sollten, welche sich von der vorstehend beschriebenen und als kartellrechtskonform qualifizierten Situation unterscheiden.

199. Unter den gegebenen Umständen besteht keine Veranlassung, dem Gemeinderat der Stadt Bern im Sinne des Eventualantrags der Anzeiger²³⁸ eine Empfehlung (Art. 45 Abs. 2 KG) mit Vorschlägen zur wettbewerbskonformen Umgestaltung der Eigentümerstrategie zu unterbreiten. Aufgrund der Bedeutung der Thematik und des laufenden Parallelverfahrens²³⁹ ist es jedoch angezeigt, dass dieser Schlussbericht unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse publiziert und neben ewb und den Anzeigern auch das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland über den Ausgang der Vorabklärung orientiert wird (Art. 48 und 49 KG).

²³⁶ Beilage 9 zur Anzeige vom 28. Februar 2012. Allenfalls (soweit mit vertretbarem Aufwand machbar) unter gleichzeitiger Abgabe des aktuellen Verzeichnisses der konzessionierten Installationsfirmen für Gas-, Wasser- und Abwasserinstallationen oder zumindest mit einem Hinweis darauf, wo das aktuelle Verzeichnis bezogen werden kann (Beilage 29 zur Eingabe ewb vom 29. Mai 2013).

²³⁷ Vgl. dazu im Einzelnen unter Rz 164 f., 169 ff., 175 f.

²³⁸ Oben, Rz 2.

²³⁹ Oben, Ziffer A.2.

B.4 Schlussfolgerungen

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

1. kommt zum Schluss, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
 2. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
 3. teilt ewb, den Anzeigern und dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland den Ausgang der Vorabklärung mit;
 4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG und allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

A Sachverhalt

A. 1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Die vorliegende Vorabklärung betrifft verschiedene Regelungen der „Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas“ (nachfolgend Verbändevereinbarung). Bei der Verbändevereinbarung handelt es sich um ein privatrechtliches Regelwerk, in welchem die Bedingungen des Dritttransports¹ zu industriellen Erdgaskunden festgelegt sind. Die Vereinbarung hat die Form eines Vertrags zwischen der Genossenschaft VSG ASIG (nachfolgend VSG), welche die Position der Netzbetreiber vertritt, und der Interessensgemeinschaft Erdgas (nachfolgend IG Erdgas) sowie der Interessensgemeinschaft Energieintensiver Branchen (nachfolgend IGEB), welche die Position der industriellen Erdgasbezüger bzw. der Netzkunden vertreten.

2. Ziel der Vorabklärung ist die Beurteilung, ob in Bezug auf folgende Regelungen der Verbändevereinbarung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 und/oder Art. 7 KG² bestehen, welche Anlass für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG geben:

- Kapazitätszuteilung nach dem First-Come-First-Served-Prinzip (Ziffer 2.2 der Verbändevereinbarung und Ziffer 3.2 der Allgemeinen Netznutzungsbedingungen [ANB])
- Inrechnungstellung von Netzstabilitätspönalen an Dritte, nicht aber an die Aktionäre der Regionalgesellschaften (Ziffer 2.5.3 der Verbändevereinbarung und Ziffern 6.3, 6.4 und 7.3 ANB)
- Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei einer Überschreitung der vereinbarten maximalen Transportkapazität durch Dritte, nicht aber bei einer Kapazitätsüberschreitung durch Aktionäre der Regionalgesellschaften (Ziffer 5.3 ANB)
- Kriterien für den Netzzugang: Netzzugang nach Massgabe der Vereinbarung wird ausschliesslich an Netzkunden gewährt, die eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Normkubikmeter pro Stunde (Nm³/h) nachfragen, das transportierte Erdgas primär als Prozessgas verwenden und über eine Lastgangmessung sowie Datenfernübertragung verfügen (Ziffer 4 der Verbändevereinbarung und Ziffer 2.3 ANB).

3. Die Vorabklärung richtet sich gegen den VSG sowie die von ihm vertretenen Mitglieder, das heisst die Netzbetreiber gemäss Mitgliederliste.³ Gegen die IG Erdgas

und die IGEB bzw. deren Mitglieder, das heisst die Netznutzer, wurde demgegenüber keine Vorabklärung eröffnet, da die oben beschriebenen Regelungen das Verhalten der Netzbetreiber und nicht jenes der Netznutzer regeln.

4. Der als Genossenschaft organisierte Verband VSG vertritt national und international die branchen- und energiepolitischen Interessen seiner Mitglieder. Seine Geschäftstätigkeit betrifft dabei vor allem die Bereiche Lobbying, Marketing und Öffentlichkeitsarbeit (PR).⁴ Bei den Mitgliedern des VSG handelt es sich grossmehrheitlich um lokale Erdgasversorger: Dies können sowohl reine Gasversorgungsunternehmen (nachfolgend GVU) als auch Querverbundunternehmen mit zusätzlichen Geschäftsbereichen, wie Strom, Wasser und Telekommunikation sein. Weitere Mitglieder des VSG sind die Swissgas AG (nachfolgend Swissgas) sowie die Regionalgesellschaften Gasverbund Mittelland AG (nachfolgend GVM), Erdgas Zentralschweiz AG (nachfolgend EGZ), Erdgas Ostschweiz AG (nachfolgend EGO) und Gaznat SA (nachfolgend Gaznat).⁵

5. Vertragsparteien des VSG sind – wie bereits erwähnt – die IG Erdgas und die IGEB. In der IG Erdgas sind 25 grosse sowie mittelständische Unternehmen mit einem jährlichen Bedarf von insgesamt 2 270 GWh Erdgas (227 000 000 Nm³) zusammengeschlossen. Ziel der IG Erdgas ist es – ähnlich wie beim Strom – im Gasbereich einen freien Markt einzuführen, wie dies in der EU schon seit längerer Zeit der Fall ist.⁶ Die IG Erdgas ist als Verein organisiert und wurde im Jahr 2006 gegründet.⁷

6. Die IGEB wurde im Jahre 1997 als einfache Gesellschaft gegründet und besteht seit September 2012 in der Rechtsform eines Vereins. Die IGEB setzt sich gegenüber Politik und Öffentlichkeit, Verwaltung und innerhalb der Organisationen für die spezifischen Interessen der energieintensiven Betriebe ein. Ihr gehören die Branchenverbände der Papier-, Glas-, Giesserei-, Zement- und Ziegelindustrie an. Ausserdem sind energieintensive Einzelunternehmungen der Stahl-, Metall-, Span-, Faserplatten-, Chemie- und Textilindustrie bei der IGEB organisiert. Die IGEB-Mitglieder repräsentieren gut 6 % des Strom- und gut 10 % des Erdgasverbrauchs der Schweiz.⁸

¹ Der Begriff Dritttransport meint die Durchleitung von Erdgas für einen netzfremden Lieferanten.

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Vgl. Beilage 1 zur Meldung vom 28. September 2012 (nachfolgend Meldung).

⁴ Vgl. www.erdgas.ch > Über uns > VSG (25.11.2013).

⁵ Vgl. www.erdgas.ch > Versorgung > Transportnetz Schweiz > Versorger (25.11.2013).

⁶ Vgl. Pressemitteilung der IG Erdgas vom 6.11.2012, abrufbar unter www.igerdgas.ch > News (25.11.2013).

⁷ Vgl. Internet-Handelsregisterauszug (25.11.2013).

⁸ Vgl. www.energieintensive.ch > Gemeinschaft > Porträt (25.11.2013).

7. Aus Sicht der im VSG organisierten Netzbetreiber stellt die Vereinbarung eine Branchenempfehlung dar. Da sich der VSG gegenüber seinen Vertragspartnern verpflichtet hat, mittels Erlass von verbandsrechtlichen Sanktionen dafür zu sorgen, dass alle seine Mitglieder die in der Vereinbarung (inkl. Beilagen) beschriebenen Verpflichtungen einhalten werden, ist davon auszugehen, dass sich die Netzbetreiber bei der Gewährung des Netzzugangs grundsätzlich an den Regeln der Verbändevereinbarung orientieren werden.⁹ Gestützt auf die derzeit vorliegenden Informationen ist indes davon auszugehen, dass einzelne als kartellrechtlich problematisch eingestufte Bestimmungen der Verbändevereinbarung von einigen Netzbetreibern zurzeit nicht angewendet werden. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) ist bis anhin insbesondere kein Fall bekannt, in dem einem Unternehmen bzw. einer Privatperson gestützt auf die Verbändevereinbarung der Netzzugang verwehrt worden wäre.

A.2 Verfahren

8. Mit Schreiben vom 28. September 2012 reichte der VSG – einerseits in seinem eigenen Namen und andererseits namens und im Auftrag seiner Mitglieder – beim Sekretariat eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein. Gegenstand dieser Meldung waren die vier oben genannten Regelungen der Verbändevereinbarung („First-Come-First-Served-Prinzip“, Netzstabilitätsplänen, rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts, Kriterien für den Netzzugang). Diese Regelungen wurden vom VSG als möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG gemeldet.

9. Die Abklärungen des Sekretariats im Rahmen des Widerspruchsverfahrens ergaben, dass die Anwendung der gemeldeten Regelungen der Verbändevereinbarung sowohl Tatbestände nach Art 7 KG als auch solche nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen könnte. Entsprechend eröffnete das Sekretariat am 28. Februar 2013 innerhalb der fünfmonatigen Widerspruchsfrist gegen den VSG und all seine durch ihn vertretenen Mitglieder, das heisst die Netzbetreiber gemäss der eingereichten Mitgliederliste¹⁰ eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

10. Am 3. Mai 2013 und am 12. Juli 2013 fanden zwischen dem Sekretariat und Vertretern des VSG Besprechungen statt. Dabei ging es in erster Linie darum, inwiefern die Vertragsparteien der Verbändevereinbarung die kritisierten Regelungen anpassen könnten, um die kartellrechtlichen Bedenken seitens des Sekretariats auszuräumen.

11. Mit Schreiben vom 21. September 2013 teilte der VSG schliesslich mit, dass am 17. September 2013 eine ausserordentliche Generalversammlung des VSG stattgefunden habe, anlässlich welcher diese den gegenüber dem Sekretariat in der Besprechung vom 12. Juli 2013 in Aussicht gestellten Anpassungen der Verbändevereinbarung zugestimmt habe.¹¹

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

12. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wett-

bewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

13. 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).

14. Die Mitglieder des VSG stellen Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Ob dies auch für den VSG selbst gilt, kann vorliegend offen gelassen werden. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist die Vorabklärung mangels Aktivität auf den vorliegend relevanten Märkten gegenüber dem VSG ohnehin einzustellen.¹²

B.2 Vorbehaltene Vorschriften und Zuständigkeit

B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften

15. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht von Bedeutung.

16. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften.¹³ Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)¹⁴ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).¹⁵ Nicht jede staatliche Intervention führt indes zwingend zur Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.¹⁶

⁹ Vgl. dazu Ziff. 1 der Verbändevereinbarung.

¹⁰ Vgl. Beilage 1 zur Meldung.

¹¹ Vgl. dazu nachstehend Rz 229 f.

¹² Vgl. dazu nachstehend Rz 97.

¹³ Zum Ganzen vgl. RPW 2012/3, 461 Rz 18 ff., *Erdgas Zentralschweiz AG*.

¹⁴ Vgl. Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2004/3, 873 E. 3.2, *Unique*, m. w. H.

¹⁵ Vgl. RPW 2010/4, 641 Rz 9, *EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte*; RPW 2010/4, 655 Rz 54, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁶ Vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003, RPW 2003/4, 917 f. E. 4.1, *Cablecom/Teleclub*, m. w. H.; RPW 2010/4, 655 Rz 55, *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2007/4, 520 Rz. 23, *Beschaffung von LTSH durch armasuisse*.

17. Die Wettbewerbsbehörden haben das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären.¹⁷ Vorbehaltene Vorschriften können sich sodann grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben.¹⁸ Unter „Vorschriften“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG fallen grundsätzlich sowohl Gesetze im formellen Sinne als auch – sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden – Verordnungen.¹⁹

18. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob im Versorgungsgebiet der im VSG organisierten GVG eine staatliche Markt- oder Preisordnung für den Transport und die Verteilung von Erdgas vorliegt (vgl. nachfolgend Rz 19 ff.) bzw. ob die vom VSG vertretenen GVG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet wurden (vgl. nachfolgend Rz 30 ff.).

B.2.1.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG

19. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor,²⁰ wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt werden (z. B. Produktions- oder Handelskontingentierung).²¹ Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird.²²

20. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren. Dabei kann genügen, wenn ein Markteingriff nur bei der Preisgestaltung erfolgt, da durch die Festlegung des Preises der Wettbewerb ebenfalls ausgeschlossen werden kann. Von einer staatlichen Marktordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ist indes nur dann auszugehen, wenn es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten.²³

21. Gemäss Art. 91 Abs. 2 BV²⁴ ist die Gesetzgebung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe Sache des Bundes. Dabei handelt es sich um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.²⁵ D. h., die Kompetenz deckt den ganzen genannten Sachbereich ab. Zudem liegt eine sog. „konkurrierende Kompetenz“ vor: Solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch macht, bleiben die Kantone zuständig. Die kantonale Kompetenz geht sodann in dem Umfang unter, als der Bund seine Zuständigkeit durch Erlass von Gesetzen ausfüllt.²⁶

22. Der Bund hat von seiner Zuständigkeit²⁷ durch Erlass des Rohrleitungsgesetzes²⁸ Gebrauch gemacht. Im

Bereich von Hochdruckrohrleitungsanlagen (d. h. Rohrleitungen mit einem Druck grösser als 5 bar)²⁹ hat der Bund nach Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG abschliessend geliefert. In diesem Bereich besteht damit keine kantonale Kompetenz mehr. Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG können sich daher bezüglich der Hochdruckrohrleitungsanlagen höchstens aus dem Bundesrecht ergeben.

23. Nach Art. 2 RLG unterliegen die Hochdruckrohrleitungsanlagen der Plangenehmigung durch den Bund. Zwar ist in Art. 3 RLG für die Plangenehmigung nicht vorausgesetzt, dass sich im fraglichen Gebiet nicht schon eine andere Hochdruckrohrleitungsanlage befindet. Eine gewisse Monopolisierung ist aber vom Gesetzgeber durchaus gewollt: In der Botschaft zum Rohrleitungsgesetz wird zu Art. 13 RLG festgehalten, dass mit der Transportpflicht einerseits die Ausnützung einer monopolistischen Stellung des Rohrleitungsinhabers und andererseits der Bau unnötiger, parallel verlaufender Leitungen verhindert werden soll.³⁰ Es ist jedoch nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung den Wettbewerb beim Betrieb von Rohrleitungsanlagen als Ordnungsprinzip ausdrücklich ausschliessen wollte.

24. Das Rohrleitungsgesetz auferlegt den Betreibern von Hochdruckrohrleitungsanlagen eine explizite Transportpflicht. Gemäss Art. 13 RLG ist eine Unternehmung verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene

¹⁷ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 315 E. 3, *Swissgrid*; RPW 2010/4, 655 Rz 57, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁸ Vgl. RPW 2011/2, 336 Rz 17, *Gutachten betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität*; RPW 2006/2, 230 Rz 26, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)*.

¹⁹ Vgl. PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H.

²⁰ Zum Ganzen vgl. RPW 2012/3, 461 ff. Rz 24 ff, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

²¹ RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.; BSK-KG MÜNCH (Fn 19), Art. 3 Abs. 1 N 15.

²² Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 875 E. 3.2.2, *Unique*; RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*.

²³ RPW 2010/4 656 Rz 60, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.

²⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁵ Vgl. RENÉ SCHAFFHAUSER, in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2. Auflage, 2008, Art. 91 N 17.

²⁶ Vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 227.

²⁷ Ursprünglich gestützt auf die Kompetenznorm von Art. 26^{bis} aBV, eingeführt durch Bundesbeschluss vom 14. Dezember 1960 (BBl 1960 II 1581), angenommen in der Volksabstimmung vom 5. März 1961.

²⁸ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1).

²⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Rohrleitungsverordnung vom 2. Februar 2000 (RLV; SR 746.11) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG.

³⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962, BBl 1962 II 791, 817.

Gegenleistung anbietet (Abs. 1). Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das Bundesamt für Energie (BFE) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen (Abs. 2). Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte (Abs. 3).

25. Die Transportpflicht von Art. 13 RLG vermag keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu begründen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Parteien zuerst über die Bedingungen des Dritttransports verhandeln. Zur Durchsetzung der Transportpflicht interveniert das BFE nur subsidiär, wenn sich die Parteien über die Vertragsbedingungen nicht einigen können. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht somit dem behördlichen Eingriff vor. Das BFE interveniert sodann nur zwischen den Streitparteien und im konkreten Fall. Das heisst, es erlässt keine allgemeingültige Tarifordnung. Art. 13 Abs. 2 RLG unterscheidet sich damit etwa von der Interventionsordnung von Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG³¹, wonach die Elektrizitätskommission (EiCom) Netznutzungstarife und -entgelte sowie Elektrizitätstarife von Amtes wegen überprüft und Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen kann.

26. Die Regelung in Art. 13 Abs. 2 RLG entspricht eher der Bestimmung zur Interkonnektion im Fernmeldewesen gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG.³² Danach verfügt die Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) die Bedingungen des Zugangs, wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen können. Die Preisregulierung durch die ComCom ist subsidiär.³³ Auch hier geht die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten dem behördlichen Eingriff vor.³⁴ Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.³⁵ Da die ComCom nur intervenieren kann, wenn die Parteien keine Einigung erzielen und ein Beteiligter die Intervention beantragt, muss auch in Fällen, in welchen bewusst überhöhte Interkonnektionstarife festgesetzt werden, eine kartellrechtliche Prüfung möglich sein. Zudem kann, selbst wenn ein Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG durchgeführt wird, von der ComCom nicht geprüft werden, ob Preisabsprachen zwischen den Mobilfunkteilnehmern stattgefunden haben.³⁶

27. Da auch bei Art. 13 Abs. 2 RLG keine behördliche Intervention von Amtes wegen vorgesehen ist und das BFE nur tätig wird, wenn sich die Parteien nicht einigen können, wird – entsprechend der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF zu Art. 11a FMG (bzw. Art. 11 Abs. 3 aFMG) – die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes durch die genannte Bestimmung nicht ausgeschlossen. Da aufgrund von Art. 13 RLG das BFE nur dann intervenieren kann, wenn die Parteien selber keine Einigung erzielen können, das BFE mithin nicht von sich aus Eingriff in die Preisgestaltung nehmen kann, stellt diese Bestimmung keine Vorschrift dar, welche eine staatliche Markt- und Preisordnung begründet. Entsprechend bleiben die Möglichkeiten einer kartellrechtlichen Prüfung und damit auch

einer allfälligen Sanktionierung von unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 49a KG bestehen.

28. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch sonst keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb in Bezug auf den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf dem Hochdruckrohrleitungsnetz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG einschränken würden.

29. Das Rohrleitungsgesetz findet lediglich auf den Bereich der Hochdruckrohrleitungsanlagen in vollem Umfang Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a RLV). Auf andere Rohrleitungsanlagen, insb. Niederdruckrohrleitungsanlagen ist das RLG gemäss Art. 41 RLG demgegenüber nur anwendbar in Bezug auf die Bestimmungen über die Haftpflicht und Versicherung (Abschnitt III; Art. 33–40) und jene über Strafen und Verwaltungsmassnahmen (Abschnitt V; Art. 44–47a). Dies hat zur Folge, dass insbesondere Art. 13 RLG auf den Niederdruckbereich nicht anwendbar ist³⁷ und dass für diesen Bereich – abgesehen von den in Art. 41 RLG genannten Bereichen – bisher grundsätzlich die Kantone bzw. allenfalls die Gemeinden zum Erlass von Bestimmungen zuständig bleiben. Es sind keine Rechtsvorschriften bekannt, die für ein bestimmtes Gebiet der Schweiz ein Monopol bzw. eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG für die Versorgung von Endkunden mit Erdgas begründen würden. Solche wurden seitens der Netzbetreiber denn auch nicht geltend gemacht. Aufgrund der historisch gewachsenen Struktur der Schweizer Gasbranche kommt den lokalen GVU zwar vielerorts ein Versorgungsmonopol zu. Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein rechtliches, sondern lediglich um ein faktisches Monopol. Damit sind insgesamt auch auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene keine Bestimmungen ersichtlich, die Wettbewerb bezüglich den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf dem Niederdruckrohrleitungsnetz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG einschränken würden.

B.2.1.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG

30. Einen Anwendungsvorbehalt begründen auch Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen können die Wirtschaftsverfassungen

³¹ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

³² Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

³³ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 219 E. 5.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO* (bezogen auf den inhaltlich Art. 11a Abs. 1 FMG entsprechenden altrechtlichen Art. 11 Abs. 3 aFMG).

³⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 223 E. 6.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

³⁵ Vgl. BGE 137 II 199, 207 E. 3.4 (= RPW 2011/3, 444 E. 3.4), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*; Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.

³⁶ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 224 f. E. 6.4, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

³⁷ Vgl. dazu Urteil des BVGer A-6650/2009 vom 21.5.2010, insb. E. 6. Der Entscheid wurde rechtskräftig.

des Bundes oder der Kantone anstelle einer staatlichen Markt- oder Preisordnung auch weniger weit reichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts mit besonderen Rechten ausstatten. Die Botschaft weist jedoch darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Soweit sich Unternehmen ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, haben sie sich entsprechend nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten.³⁸

31. Bezüglich den Netzzugang und die Transportbedingungen für Dritte auf dem Hochdruckrohrleitungsnetz billigt das Rohrleitungsgesetz den Leitungseigentümern keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden Rechte zu. Die Bedingungen unterstehen grundsätzlich der Vertragsfreiheit der Parteien. Lediglich wenn sich die Parteien nicht einigen können, entscheidet gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG – wie zuvor erwähnt – das BFE.

32. Ebenso wenig sind auf kantonaler und kommunaler Ebene Rechtsvorschriften bekannt, die den Leitungseigentümern von Niederdruckrohrleitungsanlagen besondere Rechte zubilligen würden. Solche wurden denn auch nicht geltend gemacht.

B.2.2 Zuständigkeit

33. Die Netzbetreiber machen in ihrem Schreiben vom 2. Juli 2013 erstmals geltend, die Wettbewerbskommission sei nicht zuständig für die Beurteilung über den Netzzugang. Für den Hochdruckbereich ergebe sich dies aus der spezialgesetzlichen Bestimmung von Art. 13 Abs. 2 RLG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 RLG, wonach ausschliesslich das BFE für die Beurteilung des Netzzugangs zuständig sei. Zur Beurteilung des Netzzugangs bezüglich Rohrleitungsanlagen mit einem Betriebsdruck von 5 bar scheine die Wettbewerbskommission demgegenüber auf den ersten Blick zuständig zu sein, doch führe dies nicht zu einem praktikablen Ergebnis. Da bei einem Netzzugangsgesuch in der Regel sowohl Hochdruckleitungsanlagen als auch Niederdruckleitungsanlagen in Anspruch genommen würden, erscheine es nicht sinnvoll, dass für einen Teil des Netzzugangsgesuchs das BFE und für einen anderen Teil des Netzzugangsgesuchs die Wettbewerbskommission zuständig sein solle. Eine solche „geteilte“ Zuständigkeit berge das Risiko in sich, dass bezüglich Netzzugang sich widersprechende Entscheide ergehen könnten. Aus diesem Grund sei die Erdgasbranche heute der Auffassung, dass die in Art. 13 RLG vorgesehene ausschliessliche Zuständigkeit des BFE nicht nur für Netzzugangsgesuche für Rohrleitungsanlagen mit einem Betriebsdruck von über 5 bar bestehe, sondern diese ausschliessliche Zuständigkeit auch auf Rohrleitungsanlagen mit einem Betriebsdruck von 5 bar und darunter auszudehnen sei.³⁹

34. Wie oben erwähnt⁴⁰, stellt Art. 13 RLG keine vorbehaltene Vorschrift dar. Dies bedeutet, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und damit auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden durch die genannte Bestimmung nicht ausgeschlossen werden. Denn in Art. 13 Abs. 2 RLG werden lediglich der Entscheid über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses und der Entscheid über die Vertragsbedingungen ausdrücklich dem

BFE zugeordnet. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die WEKO, falls entsprechende Tatbestände des KG erfüllt wären, unzulässige Verhaltensweisen im Sinne des Kartellgesetzes zu ahnden und allenfalls zu sanktionieren hat. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bezüglich der Beurteilung des Netzzuganges zu Rohrleitungsanlagen wird durch Art. 13 RLG dementsprechend nicht beschränkt.

35. Der Umstand, dass damit in Bezug auf Hochdruckrohrleitungsanlagen eine doppelte Zuständigkeit von WEKO und BFE vorliegt, mag zwar unpraktikabel erscheinen, ändert jedoch nichts daran, dass Art. 13 RLG weder die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes noch die Zuständigkeit der WEKO ausschliesst. Lediglich aus Praktikabilitätsüberlegungen kann eine vom Gesetz vorgesehene Zuständigkeit nicht einfach ausser Acht gelassen werden.

36. Selbst wenn man davon ausginge, dass Art. 13 RLG eine vorbehaltene Vorschrift darstellen würde – wovon wie gesehen nicht auszugehen ist – hätte dies nur beschränkt Auswirkungen auf die vorliegende Beurteilung: Wie oben ausgeführt wurde, ist Art. 13 RLG nur auf den Hochdruckbereich anwendbar.⁴¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich ausdrücklich festgehalten, dass die Zuständigkeitsnorm von Art. 13 Abs. 2 RLG im Niederdruckbereich nicht anwendbar und das BFE folglich nicht zur Regelung der Transportpflicht und -bedingungen zuständig ist.⁴² Daraus erhellt, dass die WEKO für die Beurteilung des Netzzugangs zumindest im Niederdruckbereich ohnehin zuständig bleiben würde. Entsprechend würden sich die nachfolgenden Ausführungen lediglich auf den Niederdruckbereich beziehen. Da Erdgaslieferungen an Endkunden in aller Regel nebst der Durchleitung durch das Hochdrucknetz in aller Regel auch eine Durchleitung durch das Niederdrucknetz erfordern, würde selbst eine auf den Niederdruckbereich beschränkte Zuständigkeit der WEKO im Wesentlichen nichts an der Beurteilung der zur Diskussion stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung ändern.

B.2.3 Fazit

37. Betreffend die Netzzugangsbedingungen und den Transport von Erdgas sowohl über Hoch- wie auch Niederdruckrohrleitungsanlagen liegen keine vorbehaltenen Vorschriften vor. Es sind sodann auch keine anderen vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ersichtlich, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind. Daraus erhellt, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und damit auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden vorliegend nicht eingeschränkt sind.⁴³

³⁸ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 873 f. E. 3.2, *Unique*; RPW 2010/4 658 Rz 85, *Hors-Liste Medikamente*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468, 540.

³⁹ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 9 ff.

⁴⁰ Vgl. Rz 15 ff.

⁴¹ Vgl. oben, Rz 29.

⁴² Vgl. Urteil des BVGer A-6650/2009 vom 21.5.2010, E. 6.

⁴³ Zum Ganzen vgl. auch BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

38. Anzufügen bleibt, dass die Vorschrift von Art. 13 Abs. 1 RLG, wonach die Betreiber von Rohrleitungsanlagen lediglich dann verpflichtet wird, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, sofern dies „technisch möglich“ und „wirtschaftlich zumutbar“ ist, dem Kartellgesetz und insbesondere Art. 7 KG grundsätzlich nicht widerspricht. Denn ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich nur dann unzulässig im Sinne von Art. 7 KG, wenn sich seine Verhaltensweise nicht sachlich rechtfertigen lässt. Als sachliche Rechtfertigungsgründe fallen sodann in erster Linie kaufmännische Grundsätze, aber auch technische Gründe in Betracht.⁴⁴ Dies bedeutet, dass zwischen der Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs nach dem Rohrleitungsgesetz und jener nach dem Kartellgesetz keine wesentlichen Unterschiede auszumachen sind. Entsprechend liegt diesbezüglich keine Gesetzeskollision vor und es muss auch nicht bestimmt werden, welche der beiden Gesetzesbestimmungen der anderen vorgehen würde.

B.3 Grundlagen der Verbändevereinbarung

39. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind spezifische Regelungen der Verbändevereinbarung. Um deren allfällige Wettbewerbswidrigkeit beurteilen zu können, sind vorab einige Vorbemerkungen zur Struktur der Schweizer Erdgasbranche anzubringen sowie die Grundzüge des Netzzugangs gemäss Verbändevereinbarung zu erläutern.

B.3.1 Vorbemerkungen

40. Erdgas stellt ähnlich wie Strom einen leitungsgebundenen Energieträger dar. Im Unterschied zu Strom lassen sich Gasmengen indes bis zu ihrer weiteren Verwendung speichern und somit in einem gewissen, aller-

dings durchaus beschränkten Umfang vorhalten. Die Speicherbarkeit von Erdgas ist bedeutend für den Ausgleich von Bedarfsschwankungen: Während angebotsseitig ein kontinuierlicher Gasfluss gegeben ist, unterliegt die Nachfrage nach Erdgas einem zyklischen Tages-, Wochen- und Jahresrhythmus mit zum Teil deutlichen Schwankungen.

41. Um Angebot und Nachfrage nach Erdgas zusammenzubringen, sind oft Strecken von mehreren Tausend Kilometern zu überwinden. Der Transport von Erdgas erfolgt herkömmlicherweise in gasförmigem Zustand unter hohem Druck durch Überland- und Unterwasser-Pipelines. In einigen Fällen wird Erdgas auch durch starke Abkühlung verflüssigt und in speziellen Tankschiffen über grosse Distanzen aus Fördergebieten transportiert, die nicht ans internationale Transportnetz angeschlossen sind. In Entladungs-Terminals wird das verflüssigte Erdgas (Liquefied Natural Gas, LNG) zurück in den gasförmigen Zustand gebracht und in das herkömmliche Pipelinesystem eingespeist. Die letztendliche Versorgung der Endkunden erfolgt in gasförmigem Zustand über feingliedrige Verteilnetze.

42. Abbildung 1 stellt die Wertschöpfungskette des Erdgassektors schematisch dar. Von zentraler Bedeutung sind die Bereiche Gewinnung und Beförderung. Bei der Beförderung von Erdgas gilt es im Wesentlichen zwischen dem (weiträumigen) Transport über Hochdruckrohrleitungen und der (kleinräumigen) Verteilung über Niederdruckrohrleitungen zu unterscheiden. Eng mit dem Transport und der Verteilung von Erdgas verbunden ist die Speicherung, die für den nötigen Druckausgleich bei Bedarfsschwankungen sorgt.

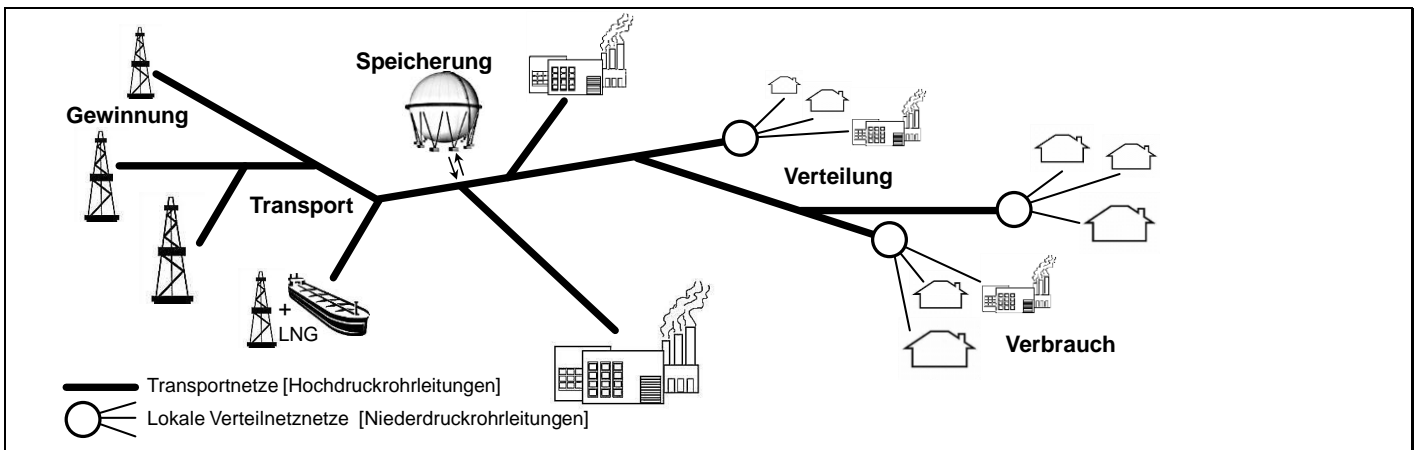


Abbildung 1: Wertschöpfungskette des Erdgassektors

43. Die Tätigkeiten des Transports und der Verteilung von Erdgas werden in aller Regel als natürliche Monopole angesehen, da es zu kostenintensiv wäre, wenn andere Anbieter parallele Rohrleitungsnetze aufbauen würden.⁴⁵ Dies impliziert, dass aufgrund des Monopolcharakters des Leitungsnetzes grundsätzlich nur ungenügend Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas stattfinden kann. Gleichwohl kann bei geeigneter Regulierung des Netzzugangs wirksamer Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung – also dem tatsächlichen Verkauf von Erdgas an Endkunden – entstehen.⁴⁶

⁴⁴ Vgl. dazu unten Rz 108 ff.

⁴⁵ Vgl. RPW 2011/4, 674 Rz 78, *Fluxys/Swissgas/Transitgas* sowie den Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall COMP/M.3696 – E.ON / MOL, Rz 97 f.

⁴⁶ W. KIP VISCUSI/JOHN M. VERNON/JOSEPH E. HARRINGTON, JR., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3. Aufl. 2000, 616 ff. diskutieren am Beispiel des US-amerikanischen Erdgasmarktes den Übergang von einem System regulierter Erdgaspreise zu einem System des freien Netzzugangs (sog. Open Access Policy). Für eine Einführung in die Thematik der Berechnung von Netzzugangspreisen vgl. OZ SHY, *The Economics of Network Industries*, 2001, 117 ff.

Struktur der Schweizer Erdgasbranche

44. Die Schweiz verfügt über keine (bekannten) grossen, wirtschaftlich nutzbaren Erdgasvorkommen und ist deshalb vollumfänglich auf Gasimporte angewiesen. Die Importe erfolgen mehrheitlich über Lieferverträge mit Vertragspartnern aus Deutschland, Frankreich, Italien und den Niederlanden.⁴⁷

45. Die Schweizer Erdgasbranche ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die lokalen GVU an den in der Wertschöpfungskette vorgelagerten Unternehmen beteiligt sind und damit entsprechend Einfluss auf deren Verhalten nehmen können.

46. Die rund hundert GVU in der Schweiz (meist direkt oder indirekt in kommunalem Besitz) sind in den vier Regionalgesellschaften GVM, EGZ, EGO und Gaznat organisiert – das heisst, sie sind die Anteilseigner der Regionalgesellschaften, deren Kernaufgabe wiederum in der Beschaffung und dem Transport von Erdgas für die in ihrer Region tätigen GVU liegt.

47. Um sich im internationalen Markt besser zu positionieren, haben die Regionalgesellschaften die gemeinsame Beschaffungsorganisation Swissgas gegründet. Swissgas ist die national gewichtigste Erdgasimporteurin der Schweiz. Mit einem Anteil von 51 % ist Swissgas zudem Hauptaktionärin der Transitgas AG (nachfolgend Transitgas),⁴⁸ welche das Schweizer Teilstück einer wichtigen transeuropäischen Erdgaspipeline von den Gasfeldern Nordeuropas nach Italien betreibt.⁴⁹ Mit einer jährlichen Transportkapazität von rund 18 Mrd. Nm³ Erdgas⁵⁰ stellt die Transitgasleitung die Hauptschlagader der Schweizer Erdgasversorgung dar.

48. Entlang der Transitgasleitung betreibt Swissgas mehrere Zollmessstationen, über die das dem Transitgasnetz entnommene Erdgas in das Schweizerische Hochdrucktransportnetz eingespeist und zu den Erdgasnetzen der Regionalgesellschaften transportiert wird. Aus diesen regionalen Transportnetzen gelangt das Erdgas schliesslich in die Verteilnetze der lokalen GVU und von dort zu den Endkunden.

49. Im Wesentlichen ist darauf hinzuweisen, dass die Unternehmen, die in der Schweiz über Erdgasleitungen verfügen und somit Erdgastransporte ausführen können, grundsätzlich auch im Bereich der Erdgaslieferung – also im Bereich des Erdgasverkaufs an Endkunden oder Wiederverkäufer – tätig sind und umgekehrt. Damit treten die Schweizer Gasunternehmen stets in einer Doppelfunktion auf: zum einen als Erdgasverkäufer, zum anderen als Transporteur bzw. Verteiler dieses Erdgases.

Keine abschliessende Regelung der Transportpflicht

50. Das schweizerische Erdgasnetz ist – zumindest in der Theorie – bereits seit dem Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahr 1964 für Drittlieferanten zugänglich. Wie erwähnt (vgl. Rz 24 ff.), sind die Betreiber von Rohrleitungsanlagen gemäss Art. 13 Abs. 1 RLG verpflichtet, vertraglich Erdgastransporte für Dritte zu übernehmen, wenn dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet. Die effektiven Modalitäten des

Netzzugangs hat der Gesetzgeber jedoch weitgehend offen gelassen.

51. Bis zur Einführung der ersten EU-Richtlinie zum europäischen Erdgasbinnenmarkt⁵¹ blieben die Bestimmungen von Art. 13 RLG weitgehend totor Buchstabe.⁵² Erst ab dem Jahr 2001 haben Dritte Zugang zur Transitgasleitung gefordert, um Erdgas von Deutschland nach Italien zu transportieren. Seither sind auf der Grundlage von privatrechtlichen Übereinkommen regelmässig Transittransporte *durch* die Schweiz erfolgt.

52. Mit Blick auf die Öffnung des EU-Erdgasbinnenmarktes hat die Schweizer Gasindustrie einen eigenen Branchenstandard entwickelt, der den Netzzugang Dritter koordiniert und somit den *Direktimport* von Erdgas grundsätzlich ermöglicht. Die gewährten kommerziellen Konditionen des Netzzugangs sorgten in der Praxis jedoch für langwierige Konflikte mit der gasverbrauchenden Industrie.

53. Am 1. Oktober 2012 ist die in Rede stehende Verbändevereinbarung in Kraft getreten. Ob diese die bestehenden Konflikte mit den Endverbrauchern zu lösen vermag, ist offen.

B.3.2 Grundzüge des Netzzugangs gemäss Verbändevereinbarung

54. Ziel der Verbändevereinbarung ist die Sicherstellung eines reibungslosen Gasnetzzugangs für die Belieferung von industriellen Grossverbrauchern in der Schweiz. Die Netznutzung wird analog der Regelung im Stromversorgungsrecht auf der Basis eines *Netzanschlussvertrages*, eines *Netznutzungsvertrages* und eines (optionalen) *Bilanzgruppenvertrages* gewährt (vgl. Abbildung 2). Diese Verträge werden nach standardisierten Mustern erstellt.

⁴⁷ Vgl. www.erdgas.ch > Versorgung > Herkunft des Erdgases > Lieferanten (25.11.2013).

⁴⁸ Vgl. www.transitgas.ch > Gesellschaft > Aktionäre (25.11.2013).

⁴⁹ Vgl. www.transitgas.ch > Gesellschaft > Zweck (25.11.2013).

⁵⁰ Vgl. www.transitgas.ch > Transport & Unterhalt (25.11.2013).

⁵¹ ABl. L 204/1 vom 21.7.1998.

⁵² Vgl. Bundesamt für Energie BFE, Neuordnung des Erdgassektors in der Schweiz, 2007, S. 1.

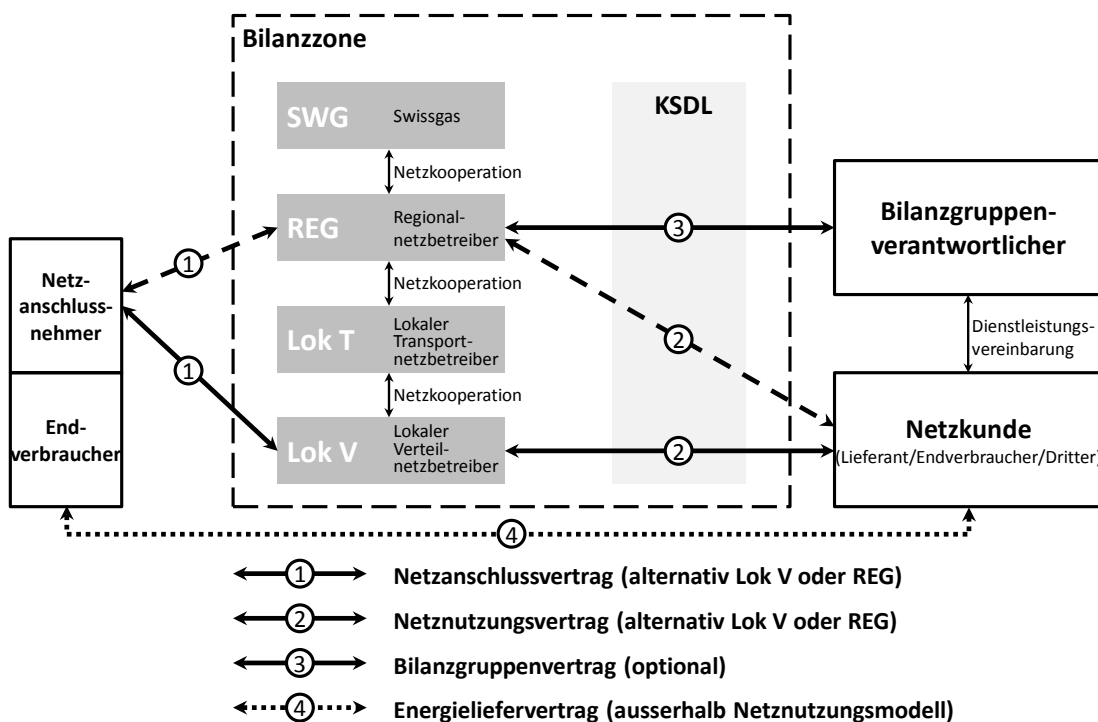


Abbildung 2: Das schweizerische Netzzugangsmodell⁵³

55. Die zentrale Instanz für die Abwicklung von Netzzugangsgesuchen ist die bei Swissgas angesiedelte Koordinationsstelle Durchleitung (nachfolgend KSDL). Sie koordiniert im Auftrag der Netzbetreiber den Netzzugang über sämtliche Netzebenen hinweg und stellt Standardverträge sowie andere netzzugangsrelevante Informationen zur Verfügung. Die KSDL gibt interessierten Netzkunden Auskunft über freie Transportkapazitäten auf dem schweizerischen Hochdrucknetz und publiziert auf ihrer Internetplattform⁵⁴ die Netznutzungsentgelte (pro Netzebene) der Netzbetreiber.

56. Die Verbändevereinbarung unterscheidet die *Netzebenen Überregional, Regional und Lokal*:⁵⁵

- Die *Überregionale Ebene* betrifft den Transport auf der Transitgasleitung ab Grenzübergangspunkt bis zur Ausspeisung in die regionalen Zonen. Diese Netzebene wird durch Swissgas kommerziell betrieben.
- Die *Regionale Ebene* betrifft den Transport ab Transitgasleitung⁵⁶ bis zum lokalen Netzbetreiber oder – wenn ein entsprechender Netzanschluss ans Regionalnetz vorhanden ist – zum Endverbraucher. Der Bilanzausgleich⁵⁷ findet auf der Netzebene Regional statt. Diese Netzebene wird durch die regionalen Netzbetreiber betrieben.
- Die *Lokale Ebene* betrifft den Transport bzw. die Verteilung zum Endverbraucher. Das Erdgas wird von den lokalen Netzbetreibern üblicherweise von der Übergabestation (regional) bis zum Endverbraucher transportiert.⁵⁸ Diese Netzebene wird durch die lokalen Netzbetreiber betrieben.

57. Um Erdgas von einer Einspeisestelle in das schweizerische Erdgasnetz zur Ausspeisestelle beim Endverbraucher transportieren zu lassen, nimmt der Netzkunde – dies kann ein Erdgaslieferant oder ein Dienstleister, aber auch der Endverbraucher selbst sein – eine oder mehrere dieser Netzebenen in Anspruch. Für jede in Anspruch genommene Netzebene wird ein separates Netznutzungsentgelt in Rechnung gestellt. Für die Netzebene Lokal erfolgt die Ermittlung des Netznutzungsentgelts gemäss dem Branchenstandard „Nemo“⁵⁹, für die Netzebenen Regional und Überregional gemäss dem Branchenstandard „Entgelte für regionale und überre-

⁵³ Eigene Darstellung in Anlehnung an Ziff. 2.5 der Vereinbarung.

⁵⁴ Vgl. www.ksdl-erdgas.ch (25.11.2013).

⁵⁵ Die Netzebenen Überregional und Regional sind grundsätzlich dem Hochdruckbereich zuzuordnen, die Netzebene Lokal dem Niederdruckbereich.

⁵⁶ Grenznahe Regionalnetze sind teilweise direkt mit einem ausländischen Vorliegernetz verbunden. In diesem Fall kann das Erdgas auch an einem Grenzübergangspunkt auf der Ebene Regional übernommen werden.

⁵⁷ Bilanzausgleich meint das Ausgleichen der Differenz zwischen den von Erdgaslieferanten in das Netz eingespeisten und von ihren Kunden effektiv verbrauchten Erdgasmengen innerhalb einer bestimmten Zeitperiode.

⁵⁸ An gewissen Orten übernimmt der lokale Netzbetreiber das zu transportierende Erdgas nicht direkt aus dem Regionalnetz, sondern aus dem Netz eines vorgelagerten anderen lokalen Netzbetreibers. Um eine Doppelbelastung (sog. „Pancaking“) von Endverbrauchern in nachliegenden Netzen zu vermeiden, wird die Lokale Ebene in diesem Fall weiter unterteilt in eine Lokale Transportebene und eine Lokale Verteilebene.

⁵⁹ Vgl. Beilage 8 zur Meldung; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Nemo Handbuch (25.11.2013).

gionale Zonen“.⁶⁰ Gemäss Ziffer 6 der Verbändevereinbarung sind die Netzbetreiber verpflichtet, Dritte und bestehende Lieferanten (Endverteiler/regionale Gasgesellschaften) mit den gleichen Kosten für die Netznutzung zu belasten.

58. Der Netzkunde schliesst lediglich einen Netznutzungsvertrag mit jenem Netzbetreiber ab, an dessen Netz der zu beliefernde Endverbraucher angeschlossen ist. Mit diesem Netznutzungsvertrag erhält er auch automatischen Zugang zu den entsprechenden Vorliegeretzen in der Schweiz.

59. Integrierender Bestandteil von jedem Netznutzungsvertrag sind die für alle drei Netzebenen gleichermaßen geltenden *Allgemeinen Netznutzungsbedingungen (ANB)*.⁶¹ Diese regeln die allgemeinen Modalitäten des Netzzugangs. Dazu zählen insbesondere die Verfahren für die Kapazitätszuteilung und den Bilanzausgleich sowie Fristen und Abläufe betreffend Mengenanmeldungen, Mengenzuordnungen und Abrechnungen.

60. Zur Stabilisierung des Drucks im schweizerischen Erdgasnetz ist der Netzkunde verpflichtet, sein Lastprofil stundengenau zu prognostizieren und im Voraus verbindlich zu nominieren. Der Netzkunde hat sodann sicherzustellen, dass die von ihm gemäss nominiertem Lastprofil in das schweizerische Erdgasnetz eingespeisten Energiemengen möglichst zeitgleich an einer Ausspeisestelle zurückgenommen werden (sog. Bilanzausgleich). Ergibt sich (kurzfristig) eine Änderung der zu transportierenden Erdgasmengen, ist eine Renomination vorzunehmen.

61. Infolge unvermeidbarer und strukturell nicht planbarer Lastschwankungen kann es sich ergeben, dass die Zeitgleichheit von Ein- und Ausspeisung (trotz Renominationsmöglichkeit) nicht erreicht werden kann. Aus diesem Grund wird dem Netzkunden auf dem regionalen Transportnetz ein individuelles Toleranzband gewährt, innerhalb dessen stündliche Differenzen zwischen Ein- und Ausspeisemenge unentgeltlich sind.⁶² Bei Verletzung dieses Toleranzbandes muss der Netzkunde grundsätzlich eine Netzstabilitätspönale bezahlen und ist verpflichtet, den vertragskonformen Zustand umgehend wieder herzustellen.⁶³

62. Netzkunden, die sich in der gleichen regionalen Zone (Bilanzzone) befinden, haben die Möglichkeit, sich zu einer *Bilanzgruppe* zusammenschliessen. Die Mitglieder dieser Bilanzgruppe können die ihnen zur Verfügung gestellten Toleranzbänder kumulieren und so von der Verschachtelung ihrer unterschiedlichen Lastprofile profitieren. Dies hat den Effekt, dass Toleranzbandüberschreitungen und damit auch Pönalisierungen seltener vorkommen. Die Bilanzgruppe bestimmt einen Bilanzgruppenverantwortlichen. Dieser schliesst mit dem Netzbetreiber der entsprechenden regionalen Zone einen Bilanzgruppenvertrag ab⁶⁴ und erstattet täglich Meldung über die für seine Bilanzgruppe zu transportierende Erdgasmenge (sog. Nominationsmanagement; vgl. auch Rz 64).

Konkreter Ablauf der Netznutzung

63. Der Ablauf einer Netznutzung kann in die Phasen *Anbahnung* und *Abwicklung* unterteilt werden. Die Anbahnung der Netznutzung gestaltet sich wie folgt.⁶⁵

- Der interessierte Netzkunde sendet seinen Antrag auf Netzzugang an die KSDL, welche verifiziert, ob die Voraussetzungen für den Netzzugang gemäss Verbändevereinbarung erfüllt sind.
- Die KSDL informiert die betroffenen Netzbetreiber, welche prüfen, ob der beantragte Netzzugang im Sinne von Art. 13 RLG durchführbar ist. Bei positiver Prüfung sendet der vertragsschliessende Netzbetreiber einen Netznutzungsvertrag an die KSDL. Die KSDL prüft den Netznutzungsvertrag und sendet ihn dem Gesuchsteller zur Unterzeichnung.
- Mit Unterzeichnung des Netznutzungsvertrags erhält der Netzkunde das Recht, vom vertraglich definierten Einspeisepunkt zum vertraglich definierten Ausspeisepunkt Erdgas innerhalb einer vereinbarten Kapazität zu transportieren. Hierfür halten die betroffenen Netzbetreiber dem Netzkunden eine Transportkapazität in der Höhe der vertraglich festgelegten, maximal nutzbaren Stundengenmenge (in Nm³/h) vor.
- Der Netzkunde hat die Möglichkeit seinen Netznutzungsvertrag in eine Bilanzgruppe seiner Wahl innerhalb einer Bilanzzone einzubringen. Dazu schliesst er mit dem entsprechenden Bilanzgruppenverantwortlichen einen Dienstleistungsvertrag ab. Der Bilanzgruppenverantwortliche⁶⁶ informiert den regionalen Netzbetreiber mit Kopie an die KSDL schriftlich.

64. Die Phase Abwicklung gestaltet sich im Wesentlichen wie folgt.⁶⁷

- Während der gesamten Laufzeit des Netznutzungsvertrags ist der Netzkunde bzw. Bilanzgruppenverantwortliche verpflichtet, bis um 12.00 Uhr des Vortages stundengenau für den kommenden Gastag (06.00 Uhr bis 06.00 Uhr des Folgetages) den Lastgang zu prognostizieren und diesen verbindlich beim Netzbetreiber an der Einspeisestelle anzumelden (Nomination des Lastprofils für den Folgetag).
- Ergibt sich aus produktionstechnischen Gründen (kurzfristig) eine Änderung dieses Lastprofils, ist eine Renomination vorzunehmen. Diese muss dem Netzbetreiber an der Einspeisestelle mindestens drei Stunden vor Wirksamkeit mitgeteilt wer-

⁶⁰ Vgl. Beilage 9 zur Meldung; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Grundsätze zu Entgelte regionale und überregionale Zone (25.11.2013).

⁶¹ Vgl. Beilage 7 zur Meldung; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Allgemeine Netznutzungsbedingungen (ANB) (25.11.2013).

⁶² Das für den Bilanzausgleich zur Verfügung gestellte Toleranzband basiert auf dem jeweils verfügbaren Netzpuffer des betroffenen regionalen Netzbetreibers und wird dem Netzkunden proportional zu der von ihm gebuchten Transportkapazität zugeteilt.

⁶³ Vgl. Ziff. 2.5.3 der Verbändevereinbarung und Ziff. 6.3 ANB.

⁶⁴ Vgl. Beilage 6 zur Meldung; www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Bilanzgruppenvertrag (BGV) (25.11.2013).

⁶⁵ Vgl. Ziff. 2.5.1 der Verbändevereinbarung.

⁶⁶ Gemäss Ziff. 2.4.6 der Verbändevereinbarung ist der regionale Netzbetreiber der Bilanzgruppenverantwortliche.

⁶⁷ Vgl. Ziff. 2.5.2 der Verbändevereinbarung, Ziff. 7 ANB sowie Ziff. 6 des Bilanzgruppenvertrags.

den. Pro Monat können 60 unentgeltliche Renominierungen getätigt werden.⁶⁸ Darüber hinausgehende Änderungen sind kostenpflichtig.

- Der Bilanzzonenverantwortliche informiert den Netzkunden bzw. den Bilanzgruppenverantwortlichen monatlich über die Nutzung des Toleranzbandes und stellt bei einer Toleranzbandverletzung die Pönale in Rechnung.⁶⁹

65. Der Netzkunde ist berechtigt, die für ihn vorgehaltene maximale Stundenmenge flexibel (allerdings nur in Form eines nominierten Lastprofils) zu nutzen. Über die vertraglich vereinbarte Transportkapazität hinaus steht dem Netzkunden eine Steuerungsdifferenz von zusätzlich zwei Prozent der vereinbarten maximal nutzbaren Stundenmenge zur Verfügung. Die Nutzung dieser Steuerungsdifferenz ist entgeltpflichtig und wird rückwirkend für die ganze Vertragsperiode, maximal ein Jahr, in Rechnung gestellt. Überschreitet der Netzkunde sowohl die vertraglich vereinbarte maximale Transportkapazität wie auch die Steuerungsdifferenz von zwei Prozent, wird diese Überschreitung dahingehend sanktioniert, dass rückwirkend ein erheblich erhöhtes Jahreskapazitätsentgelt in Rechnung gestellt wird.⁷⁰

66. Abschliessend ist auf den Unterschied zwischen einer *Toleranzbandverletzung* und einer *Überschreitung der maximal nutzbaren Transportkapazität* hinzuweisen. Eine Toleranzbandverletzung liegt vor, wenn das tatsächliche und das nominierte Lastprofil des Netzkunden zu stark voneinander abweichen. Dies ist dann der Fall, wenn die an der Ausspeisestelle gemessene Stundenmenge entweder wesentlich höher oder aber wesentlich tiefer ausfällt als die vom Netzkunden angemeldete und entsprechend reservierte Stundenmenge. Demgegenüber liegt eine Überschreitung der maximal nutzbaren Transportkapazität vor, wenn der Netzkunde an der Ausspeisestelle eine höhere Stundenmenge in Anspruch nimmt, als im Netznutzungsvertrag für den Maximalfall vereinbart wurde.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

67. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

68. Um abklären zu können, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG bestehen, ist in erster Linie zu prüfen, ob die vom VSG vertretenen Netzbetreiber (nachfolgend Netzbetreiber) bzw. der VSG eine marktbeherrschende Stellung innehaben (B.4.1), wozu vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist (B.4.1.1). Erst in einem nachfolgenden Schritt ist zu klären, ob und welche unzulässigen Verhaltensweisen vorliegend erfüllt sein könnten (B.4.2 und B.5).

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

69. 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).

70. Um festzustellen, ob sich die Netzbetreiber bzw. der VSG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.4.1.1 Marktabgrenzung

71. Die Praxis der Wettbewerbskommission bezüglich Marktabgrenzungen im Erdgasbereich lehnt sich stark an die Praxis der EU-Kommission an.⁷¹ Demnach gilt es im Erdgasbereich insbesondere⁷² zwischen den folgenden Märkten zu unterscheiden:

Infrastrukturbezogene Märkte:

- Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasverteilung (über ein Niederdruckrohrleitungsnetz)

Märkte für den Verkauf von Erdgas:

- Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer
- Markt für Erdgaslieferung an Endkunden⁷³

72. Bei infrastrukturbezogenen Erdgasmärkten ist grundsätzlich eine enge räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass die geographische Ausdehnung der einzelnen Transport- und Verteilnetze getrennte räumlich relevante Märkte definieren.⁷⁴

73. Die räumliche Dimension der Erdgasverkaufsmärkte ist abhängig vom jeweiligen Regulierungsrahmen. Gemäss Praxis der EU-Kommission kann nur dann von einem nationalen oder gar internationalen Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer bzw. für Erdgaslieferung an Endkunden ausgegangen werden, wenn erstens ein Wahlrecht für die Nachfrager besteht und zweitens ein diskriminierungsfreier Netzzugang zu den Transport- bzw. Verteilnetzen gewährt ist. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen.⁷⁵

⁶⁸ Vgl. Ziff. 7.1 f. ANB.

⁶⁹ Vgl. Ziff. 2.5.2 der Verbändevereinbarung.

⁷⁰ Vgl. Ziff. 5 ANB.

⁷¹ Vgl. RPW 2011/4, 674 ff. Rz 77 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*; zum Ganzen vgl. auch RPW 2012/3, 463 Rz 42, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

⁷² Vorliegend nicht berücksichtigt werden unter anderem die Bereiche Erschliessung, Erzeugung und Speicherung von Erdgas, Planung und Konstruktion von Erdgasleitungen, Systemdienstleistungen, LNG sowie Handelsplattformen für Erdgas.

⁷³ Der Markt für Erdgaslieferung an Endkunden kann grundsätzlich weiter unterteilt werden nach verschiedenen Endkundengruppen (bspw. Gaskraftwerke, grosse Industriekunden, kleine Industrie- und Gewerbetunden, Haushalte etc.).

⁷⁴ Vgl. RPW 2012/3, 464 Rz 46, *Erdgas Zentralschweiz AG*; RPW 2011/4, 675 Rz 79 f., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall *COMP/M.3696 – E.ON/MOL*, Rz 126 ff.

⁷⁵ Vgl. RPW 2012/3, 464 Rz 47 f., *Erdgas Zentralschweiz AG*; RPW 2011/4, 675 Rz 81, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 9.12.2004 im Fall *COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP*, Rz 271 ff.

B.4.1.1.1. Sachliche Marktabgrenzung

74. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁷⁶, der hier analog anzuwenden ist).

75. Mit der Verbändevereinbarung werden die Bedingungen des Netzzugangs zu den lokalen Erdgasverteilnetzen sowie den regionalen und überregionalen Erdgastransportnetzen geregelt. Auf Seite des VSG handelt es sich bei den Adressaten der Verbändevereinbarung um Unternehmen, die in der Schweiz ein Erdgasverteil- und/oder ein Erdgastransportnetz betreiben. Marktgegenseite dieser Unternehmen sind all jene Teilnehmer am Wirtschaftsprozess, die Erdgas von einem Punkt A zu einem Punkt B bringen wollen und dabei grundsätzlich auf die in der Schweiz vorhandene Transport- und/oder Verteilinfrastruktur zurückgreifen könnten. Erdgas kann einerseits durch Rohrleitungen befördert werden oder, in verflüssigter Form, auch in speziellen Tankfahrzeugen. Mangels einer entsprechenden LNG-Infrastruktur kann die leitungsgebundene Beförderung von Erdgas derzeit jedoch weder in der Schweiz noch sonst wo auf dem europäischen Festland durch Flüssiggastransporte ersetzt werden. Mit dem Aufbau einer solchen Infrastruktur ist in den nächsten Jahren auch nicht zu rechnen.

76. Die Marktgegenseite der Netzbetreiber fragt somit den Transport und/oder die Verteilung von Erdgas über ein Rohrleitungsnetz nach. Demnach kann festgestellt werden, dass sich die Verbändevereinbarung auf die folgenden sachlich relevanten Märkte auswirkt:

- Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz) und
- Markt für Erdgasverteilung (über ein Niederdruckrohrleitungsnetz).

77. Neben dem Netzbetrieb sind die durch die Verbändevereinbarung gebundenen VSG-Mitglieder in der Regel auch als Erdgasverkäufer an Endkunden und/oder Wiederverkäufer tätig. Als Endkunden fallen dabei grundsätzlich all jene Teilnehmer am Wirtschaftsprozess in Betracht, die Erdgas als Energiequelle verbrauchen möchten. In der Schweiz sind dies in erster Linie private Haushalte, Industriebetriebe und Dienstleistungsunternehmen.⁷⁷ Während die Industriebetriebe das bezogene Erdgas vorwiegend als Prozessenergie für Produktions- und Fertigungsverfahren einsetzen, stehen bei den Haushalten und den Dienstleistungsunternehmen die Anwendungen Raumheizung, Warmwasseraufbereitung und Kochen im Vordergrund.⁷⁸ Entsprechend der hauptsächlichsten Verwendungsart von Erdgas zur Wärmebereitstellung werden Haushalte und Dienstleistungsunternehmen nachfolgend gemeinsam als *Wärmekunden* bezeichnet. Industriegas, die Erdgas primär als Prozessenergie⁷⁹ verwenden, werden nachfolgend auch *Prozessgaskunden* genannt.

78. Obwohl Erdgas bei der Nutzung zur Wärmebereitstellung grundsätzlich im Wettbewerb mit anderen Energieträgern steht, ist der tatsächliche Austausch des Energieträgers Erdgas für einen Wärmekunden in den

meisten Fällen mit sehr hohen Wechselkosten verbunden. Da der Wärmekunde durch das bei ihm installierte Heizsystem an den Energieträger Erdgas gebunden ist, kommt ein Wechsel zu einem anderen Energieträger de facto nur im Rahmen einer periodischen Erneuerung des Heizsystems – und damit relativ selten – in Betracht. Eine für die sachliche Marktabgrenzung entscheidende regelmässig wiederkehrende Nachfragestruktur mit austauschbaren Energieträgern liegt damit offenkundig nicht vor. Die typische Nachfragekonstellation eines Endkunden, der Erdgas zum Heizen, zur Warmwasseraufbereitung oder zum Kochen verwendet, ist vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass ein Austausch des Energieträgers ausscheidet – sei dies, weil der Endkunde als Mieter rechtlich überhaupt an der Installation einer anderen Heizungsanlage (bzw. eines anderen Boilers oder Kochherds) gehindert ist, oder sei dies, weil die Umstellung auf einen anderen Energieträger nicht nur erhebliche Investitionen und/oder bestimmte sachlich-räumliche Voraussetzungen (wie etwa die Möglichkeit des Anschlusses an ein Fernwärmesystem oder vorhandener Platz für den Einbau eines Öltanks) erfordern würde, sondern in Anbetracht der Restnutzungsdauer der bestehenden Anlage auch unwirtschaftlich wäre.⁸⁰

79. Im Gegensatz zu Wärmekunden ist es Prozessgaskunden zum Teil möglich, kurzfristig zwischen Erdgas und anderen Energieträgern zu wechseln, da ihre Produktionsanlagen für den temporären Betrieb mit Ersatzenergie – in der Regel Heizöl – ausgerüstet sind. In der Schweiz haben mehrere industrielle Grosskunden *abschaltbare Gaslieferverträge* abgeschlossen. Diese Verträge sehen vor, dass der Gaslieferant in Zeiten hohen Gesamtverbrauchs (Peak-Zeiten) die Belieferung des Kunden unterbrechen kann und dafür einen günstigeren durchschnittlichen Erdgaspreis gewährt. Dank dem Einsatz von sogenannten Zweistoffbrennern können diese Industriegas Kunden ihre Produktion auch im „Abschaltungsfall“ aufrechterhalten. Die vollständige Substitution von Erdgas ist aber auch für abschaltbare Prozessgaskunden nur auf lange Frist möglich. Dies deshalb, weil der Produktionsprozess klar auf die Verwendung von Erdgas ausgerichtet und der Einsatz von Ersatzenergie lediglich als Behelfslösung konzipiert ist. Für einen dauerhaften Einsatz von Ersatzenergie sind, ähnlich wie bei den Wärmekunden, hohe Investitionen notwendig. In Anbetracht der verbleibenden Nutzungsdauer der bestehenden Produktionsanlage wären diese Investitionen nur dann wirtschaftlich, wenn es zu einem markanten, beständigen Anstieg des Gaspreises, verglichen mit dem

⁷⁶ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷⁷ Eine untergeordnete Rolle spielt Erdgas in der Schweiz bislang im Bereich der Mobilität und bei der Stromproduktion. Letzteres würde sich durch den Bau eines Gaskombikraftwerks ändern.

⁷⁸ Vgl. www.erdgas.ch > Publikationen > Statistiken und Karten (25.11.2013).

⁷⁹ Prozessgas ist Energie, die gewerblichen und industriellen Produktions- und Fertigungsverfahren dient.

⁸⁰ Zum Ganzen vgl. Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.12.2008 KVR 2/08 OLG Celle.

Preis der Ersatzenergie, käme. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Verschärfung geltender Emissionsvorschriften den Ersatz des vergleichsweise emissionsarmen Erdgases zusätzlich erschwert. Abschliessend gilt es darauf hinzuweisen, dass gewisse industrielle Produktionsprozesse überhaupt erst durch die Verwendung von Erdgas möglich wurden (so z. B. die Schutz- und Reaktionsgaserzeugung in der Metallverarbeitung, der direkte Erdgaseinsatz zu Trocknungszwecken und die optimale Regelungsmöglichkeit sensibler Produktionsprozesse). Damit ist der Wechsel des Energieträgers für einige Prozessgaskunden aus technischer Sicht unmöglich.

80. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die überwiegende Mehrheit der Endkunden ihre Erdgasnachfrage nicht in angemessener Frist auf einen anderen Energieträger umstellen könnten. Die von den Endkunden nachgefragte Dienstleistung besteht somit aus der Belieferung mit Erdgas. Gleiches gilt für die Marktgegenseite der Wiederverkäufer, die Erdgas für den Weiterverkauf an erdgasverbrauchende Dritte nachfragen. Somit sind für die Beurteilung der Verbändevereinbarung nebst den Transport- und Verteilmärkten auch die folgenden sachlich relevanten Märkte zu berücksichtigen:

- *Markt für Erdgaslieferung an Endkunden* und
- *Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer.*

B.4.1.1.2. Räumliche Marktabgrenzung

81. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Markt für Erdgastransport

82. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Ausdehnung eines Erdgastransport- oder Erdgasverteilnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt definiert (vgl. Rz 72).

83. Somit stellen insbesondere die Transportnetze der vier Regionalgesellschaften, aber auch die Transportnetze von Swissgas und Transitgas in ihrer jeweiligen Ausdehnung je für sich einen eigenen räumlich relevanten Markt dar. Dies ist deshalb richtig, weil ein Erdgastransport auf dem Netz von Swissgas beispielsweise nicht mit einem Erdgastransport auf dem Netz einer Regionalgesellschaft substituiert werden kann und umgekehrt. Die in der Schweiz vorhandenen Transportnetze sind zwar untereinander verbunden, sie überlappen sich jedoch nicht. Aus diesem Grund besteht für den Erdgastransport von einem Punkt A zu einem Punkt B in den meisten Fällen auch nur eine mögliche Transportroute.

Markt für Erdgasverteilung

84. Das soeben Ausgeführte gilt gleichermassen für die Verteilebene. Da sich die Netzgebiete der lokalen Verteilnetzbetreiber gegenseitig nicht überschneiden, stellt jedes Erdgasverteilnetz in seiner räumlichen Ausdehnung einen eigenen räumlich relevanten Markt für Erdgasverteilung dar.

Markt für Erdgaslieferung an Endkunden

85. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden teilen die Auffassung der europäischen Wettbewerbsbehörden, wonach bei der geografischen Abgrenzung der Märkte für den Verkauf von Erdgas auf den Regulierungsgrad des zu untersuchenden Marktes abzustellen ist. Demnach kann nur dann von einem überregionalen, nationalen oder gar internationalen Markt für Erdgaslieferungen an Endkunden ausgegangen werden, wenn einerseits ein Versorgerwahlrecht für Endkunden besteht und andererseits ein diskriminierungsfreier Zugang zu den Transport- und Verteilnetzen gewährt ist. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen, die darauf hinausläuft, dass jeder einzelne Gasversorger mit seinem historisch gewachsenen Leitungsnetz einen eigenen abgeschlossenen räumlich relevanten Markt definiert.⁸¹

86. Anders als in der EU ist es in der Schweiz bis heute nicht zur Entflechtung des Erdgasbereichs gekommen. An vielen Orten kommt dem lokalen Verteilnetzbetreiber daher auch heute noch ein faktisches Versorgungsmonopol zu. Rein rechtlich wäre es den Endkunden zwar möglich, den Erdgasversorger nach Gutdünken zu wechseln. Damit ein solcher Wechsel stattfinden kann, ist es allerdings nötig, dass netzfremde Erdgaslieferanten diskriminierungsfreie Zugangsbedingungen zu den lokalen Verteilnetzen sowie zu den diesen Netzen vorgelegten Transportnetzen vorfinden.

87. Die Frage, ob diskriminierungsfreie Zugangsbedingungen zu den Transport- und Verteilnetzen in der Schweiz gewährt sind, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Gestützt auf Art. 13 RLG und Art. 7 KG können netzfremde Erdgaslieferanten zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Durchleitung von Erdgas geltend machen, eine eigentliche Regulierung der Netzzugangsbedingungen und des Netznutzungsentgelts ergibt sich aber weder aus dem Rohrleitungsgesetz noch aus dem Kartellgesetz. Stattdessen hat die Schweizer Gasindustrie eine eigene Branchenlösung für den Netzzugang erarbeitet, welche jedoch nicht allgemein verbindlich ist.⁸²

88. Die Branchenlösung der Schweizer Gasindustrie orientiert sich am „Prinzip des verhandelten Netzzugangs“ und unterscheidet sich damit klar vom „System des regulierten Netzzugangs“, welches die EU für ihre Mitgliedsländer verbindlich vorschreibt. Die Differenz zwischen einem verhandelten und einem regulierten Netzzugangssystem besteht insbesondere darin, dass im ersten Fall die Aushandlung des Netzzugangs und der Netzentgeltberechnung den jeweiligen Marktpartnern überlassen bleibt, während im zweiten Fall eine staatliche Behörde verbindliche Vorschriften erlässt und deren Einhaltung überwacht.⁸³

⁸¹ Vgl. dazu RPW 2011/4, 675 ff Rz 81 und 99 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

⁸² Vgl. Rz 50 ff.

⁸³ Vgl. dazu auch oben Rz 25 ff.

89. Mangels allgemeinverbindlicher Zugangsregeln ist eine generelle Aussage darüber, ob nichtdiskriminierende Zugangsbedingungen zu den lokalen Erdgasverteilnetzen in der Schweiz gewährt sind, nicht möglich. Eine Aussage kann höchstens einzelfallspezifisch gemacht werden. Vor diesem Hintergrund muss die definitive räumliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für Erdgaslieferung an Endkunden offen bleiben. Es gilt aber klar darauf hinzuweisen, dass die Abgrenzung eines nationalen oder gar internationalen Endkundenmarktes grundsätzlich möglich wäre, da der Gesetzgeber bislang keine Vorschriften erlassen hat, die ein Gebietsmonopol für die Belieferung von Endkunden mit Erdgas begründen würden.

Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer

90. Obige Ausführungen betreffend den Markt für Erdgaslieferung an Endkunden gelten sinngemäss auch für den Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer. Aus rechtlicher Sicht steht einer freien Lieferantenwahl für Wiederverkäufer nichts Grundsätzliches entgegen. In Abwesenheit von verbindlichen, nichtdiskriminierenden Zugangsbedingungen zu den Schweizer Transportnetzen ist es jedoch unklar, ob Wiederverkäufer ihren Erdgaslieferanten auch tatsächlich frei wählen könnten. Da diese Frage nur für den spezifischen Einzelfall beantwortet werden kann, muss die definitive räumliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer vorliegend offen bleiben.

B.4.1.1.3. Relevante Märkte

91. Im Ergebnis liegt eine Vielzahl von relevanten Märkten vor: Jedes in der Schweiz existierende Transport- und Verteilnetz bildet einen in sich geschlossenen Markt für Erdgastransport bzw. Erdgasverteilung im jeweiligen Netzgebiet.

92. Die definitive räumliche Abgrenzung der Märkte für Erdgaslieferung an Endkunden und Wiederverkäufer ist offen zu lassen.

B.4.1.2 Marktstellung

93. Ein Unternehmen gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 KG als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

94. In diesem Zusammenhang stellt das Kartellrecht auf die Unternehmen zur Verfügung stehenden Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben.⁸⁴ Werden hingegen Unternehmen aufgrund der der Marktgegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen diszipliniert, bestehen solche Spielräume nicht. Je umgehender die Marktgegenseite auf Verhaltensänderung bzw. Preisänderungen reagiert, desto stärker werden die Handlungsspielräume eingeengt und das betroffene Unternehmen diszipliniert. Fehlt hingegen eine solche Disziplinierung verbleiben dem Unternehmen mitunter grosse Verhaltens- und Preissetzungsspielräume. Für den Erdgastransport zu einem bestimmten Punkt in der Schweiz ist regelmässig nur eine Transportroute gangbar. Oft durchströmt das zu trans-

portierende Erdgas dabei die Netze mehrerer Netzbetreiber. Somit sind für den Erdgastransport meist Dienstleistungen von mehr als einem Transportnetzbetreiber notwendig. Da diese Transportdienstleistungen untereinander nicht substituierbar sind, stehen den Netzkunden jedoch keine Alternativen zur Verfügung, welche disziplinierend auf das Verhalten der Transportnetzbetreiber einwirken könnten. An einer solchen Disziplinierung durch die Marktgegenseite fehlt es auch bei den Verteilnetzbetreibern: Da sich die Verteilnetzgebiete in der Schweiz in der Regel nicht überlappen, ist ein Endverbraucher nur an ein Verteilnetz angeschlossen. Damit verbleibt den jeweiligen Verteilnetzbetreibern, als lokal einzige Anbieter von Erdgasverteilungsdienstleistungen, genügend Spielraum, um ihre Interessen gegenüber den Netzkunden einseitig durchzusetzen.

95. Aufgrund des natürlichen Monopolcharakters von Erdgasrohrleitungsanlagen sowie der fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ist davon auszugehen, dass sich die Schweizer Netzbetreiber als Anbieter von Erdgastransport- resp. Erdgasverteilungsdienstleistungen in ihren Netzgebieten in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können. Damit ist festzustellen, dass es sich bei den durch die Verbändevereinbarung gebundenen VSG-Mitglieder um marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG handelt.⁸⁵

96. Die Marktbeherrschung der VSG-Mitglieder besteht insbesondere betreffend die relevanten Märkte für Erdgastransport und Erdgasverteilung. Ob die durch die Verbändevereinbarung gebundenen Netzbetreiber einzeln oder gemeinsam auch marktbeherrschend betreffend die relevanten Märkte für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer und/oder Endkunden sind, kann vorliegend offen bleiben.

97. Im Unterschied zu seinen Mitgliedern ist der VSG weder direkt noch indirekt als Netzbetreiber oder Erdgasverkäufer auf den vorliegend relevanten Märkten tätig. Entsprechend kann ausgeschlossen werden, dass der VSG diesbezüglich eine marktbeherrschende Stellung innehat, womit sich die Prüfung der weiteren Tatbestandselemente nach Art. 7 KG in Bezug auf den VSG erübrigt. Obwohl Vertragspartei der Verbändevereinbarung kann die vorliegende Vorabklärung in Bezug auf den VSG demzufolge eingestellt werden.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

98. Gemäss 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.

⁸⁴ Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 10.1 (= RPW 2010/2, 297 E. 10.1), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

⁸⁵ Diese Ansicht findet sich auch in Ziff. 7.1 der Meldung.

99. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Marktbeherrschung für sich allein nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn – wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält – als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt; insofern trägt das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens). Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (in der Regel aktuelle oder potentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch). Unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden.

100. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen.⁸⁶

101. Missbrauch umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw.

Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) zu prüfen.⁸⁷

102. In Bezug auf die vier vorliegend zur Diskussion stehenden Regelungen:⁸⁸

- Kapazitätszuteilung nach dem First-Come-First-Served-Prinzip;
- Inrechnungstellung von Netzstabilitätsspanalen an Dritte, nicht aber an die Aktionäre der Regionalgesellschaften;
- Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei einer Überschreitung der vereinbarten maximalen Transportkapazität durch Dritte, nicht aber bei einer Kapazitätsüberschreitung durch Aktionäre der Regionalgesellschaften;
- Kriterien für den Netzzugang:
 - Vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm³/h;
 - Primäre Nutzung des transportierten Erdgases als Prozessgas;
 - Der Netznutzer muss über eine Lastgangmessung sowie Datenfernübertragung verfügen;
 - Das Erdgas wird nicht für die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen verwendet;

könnten insbesondere die zwei folgenden Tatbestandsvarianten erfüllt werden:

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG) sowie
- Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG).

B.4.2.1 Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2. Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG

103. Grundsätzlich gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen das Prinzip der Vertragsfreiheit und damit die Möglichkeit, seine Geschäftspartner frei zu wählen. Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt eine Ausnahme von diesem Prinzip dar: Sofern durch eine Geschäftsverweigerung – z. B. durch eine

⁸⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1 130 f., E. 10.1.1, *Publigruppe SA et al./WEKO*, m. w. H.

⁸⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1 130 f., E. 10.1.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*, m. w. H.

⁸⁸ Vgl. oben Rz 2.

Lieferverweigerung, eine Bezugssperre oder die Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung („essential facility“) – der Wettbewerb auf einem benachbarten Markt erschwert oder behindert wird, kann ein marktbeherrschendes Unternehmen gezwungen werden, mit Dritten zu kontrahieren. Von einer Wettbewerbsbehinderung ist insbesondere dann auszugehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem „nachgelagerten“ Markt mit dem Nachfrager konkurriert, dem es die Lieferung eines Inputs oder den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung verweigert. Der Begriff „nachgelagerter Markt“ bezeichnet den Markt, auf dem eine Ware oder Dienstleistung angeboten wird, für deren Produktion bzw. Erbringung der verweigerter Input oder die nicht zugängliche wesentliche Einrichtung benötigt wird.

104. Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung ist auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen:⁸⁹

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten,
- die Verweigerung betrifft den Zugang zu einer Einrichtung, deren Nutzung objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können,
- die Verweigerung führt zu einer Wettbewerbsbehinderung oder einer Benachteiligung der Marktgegenseite,
- die Verweigerung kann nicht durch „legitimate business reasons“ gerechtfertigt werden.

B.4.2.1.1. Geschäftsverweigerung

105. Zunächst ist erforderlich, dass ein potentieller Geschäftspartner (d. h. ein möglicher Nachfrager oder Anbieter) versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen, und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann direkt (wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine solche explizit ablehnt) oder indirekt (beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen) erfolgen.⁹⁰

B.4.2.1.2. Objektive Notwendigkeit des Zugangs zu einer Einrichtung

106. Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem bestimmten Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass es ohne den besagten Zugang nicht dennoch möglich sein könnte, auf dem besagten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Der Zugang zu einer Einrichtung ist aber dann als notwendig anzusehen, wenn es kein tatsächliches oder potentiell Substitut gibt, das die Wettbewerber für eine Tätigkeit auf dem besagten Markt verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen.⁹¹

B.4.2.1.3. Wettbewerbsbehinderung

107. Wie oben ausgeführt⁹² hat die Prüfung der einzelnen Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Vielmehr genügt eine Behinderung bzw. Benachteiligung. Da es sich bei der Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG in erster Linie um einen Anwendungsfall des Behinderungsmissbrauchs gegenüber Konkurrenten handelt,⁹³ ist insbesondere zu prüfen, ob durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eine Behinderung, d. h. ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt.⁹⁴

B.4.2.1.4. Keine Legitimate Business Reasons

108. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe („legitimate business reasons“) rechtfertigen lässt.⁹⁵ 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. Daneben anerkennt die Lehre auch weitere Kriterien, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsstruktur, den Nichtleistungswettbewerb, die normzweckorientierte Interessenabwägung. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder nichtzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb.⁹⁶

⁸⁹ Vgl. dazu auch RPW 2011/1, 144 Rz 306, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK-KG (Fn 19), Art. 7 KG N 72.

⁹⁰ Vgl. RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. w. H.

⁹¹ Vgl. dazu auch RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Hinweis auf Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“, Rz 83. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 89) Art. 7 N 125, wo verlangt wird, 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.

⁹² Vgl. Rz 101.

⁹³ Vgl. JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 7 N 10.

⁹⁴ Vgl. RPW 2011/1, 151 Rz 346, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁹⁵ Vgl. RPW 2010/1, 167 Rz 325, *Swisscom ADSL*.

⁹⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1 131, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.

109. Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten („Gebot der Unerlässlichkeit“).⁹⁷

110. Wettbewerbsbeschränkungen sollen nach ihren rein wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen beurteilt werden. Die Saldotheorie, die der Kartellkommission unter dem Kartellgesetz von 1985 vorschrieb, die wettbewerbslichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung mit gesamtpolitischen Aspekten abzuwägen, wurde mit dem Kartellgesetz 1995 abgeschafft. Die Wettbewerbsbehörden können demnach im Rahmen von Art. 7 KG nur sog. „legitimate business reasons“ als Rechtfertigungsgründe berücksichtigen. An die Stelle der Saldotheorie tritt die Kompetenz des Bundesrates, Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen eines überwiegenden öffentlichen Interesses zuzulassen. Die wettbewerbsrechtliche und gesamtpolitische Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen sind somit streng nach Verfahren und Behörde getrennt.⁹⁸ Dies hat insbesondere zur Folge, dass politische Motive – wie etwa kultur-, gesundheits- oder versorgungspolitische Motive – bei einer Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden nicht berücksichtigt werden dürfen.

111. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung zu einem Netzwerk aufgrund der qualifizierten Abhängigkeit zur Einrichtung hohe Anforderungen zu stellen. Die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG kann aber insbesondere dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn Kapazitätsengpässe oder technische Probleme vorliegen⁹⁹ beziehungsweise „wenn die wirtschaftlichen Leistungen des Kunden objektiv nicht mehr genügen oder wenn die Abnahme- oder Lieferpolitik des Kunden derart geändert wird, dass sie vom Marktbeherrscher aus ökonomischen Gründen nicht mehr getragen werden kann“.¹⁰⁰ Sodann ist im Zusammenhang mit einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist. Vor diesem Hintergrund, d. h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt.¹⁰¹

B.4.2.2 Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG

112. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert.

113. Die Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind:¹⁰²

- Es liegt eine Ungleichbehandlung vor,
- die Ungleichbehandlung betrifft einen Handelspartner,
- die Ungleichbehandlung führt zu einer Wettbewerbsbehinderung oder einer Benachteiligung der Marktgegenseite,
- die Ungleichbehandlung kann nicht durch „legitimate business reasons“ gerechtfertigt werden.

B.4.2.2.1. Ungleichbehandlung

114. Der Tatbestand der Diskriminierung verlangt zunächst eine Ungleichbehandlung. Eine solche liegt sowohl bei einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte als auch bei einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte vor. Diskriminierungsgegenstand sind entweder die Preis- oder die Geschäftsbedingungen, wobei der Begriff „sonstige Geschäftsbedingungen“ weit auszulegen ist.¹⁰³

115. Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss. Dies bedeutet auch, dass marktbeherrschende Unternehmen der Pflicht unterliegen, Wettbewerber auf vor- bzw. nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten.¹⁰⁴ Darunter sind nicht nur Tochtergesellschaften, sondern alle in einer besonders nahen Beziehung stehende Unternehmen wie insbesondere Muttergesellschaften zu verstehen.¹⁰⁵ Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen

⁹⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 89), Art. 7 KG N 69 ff. und 135; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 91), Rz 28 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu MARCEL MEINHARDT/FELIX PRÜMMER, in: BSK-KG (Fn 19), Art. 8 KG N 2.

⁹⁹ Vgl. BGE 129 II 497, 540 f. E. 6.5.4 (= RPW 2003/4, 962 f.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

¹⁰⁰ Vgl. Botschaft 1994 (Fn 38), S. 571; zum Ganzen vgl. auch RPW 2011/2, 341 Rz 69, Gutachten betr. Gebühren für die Lieferung von Elektrizität.

¹⁰¹ Vgl. RPW 2011/1, 173 f. Rz 447 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 89), Art. 7 KG N 133 m. w. H.

¹⁰² Zum Ganzen vgl. RPW 2012/3, 467 f. Rz 73 f., *Erdgas Zentralschweiz AG*.

¹⁰³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1 132, E. 10.2.3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.

¹⁰⁴ Vgl. RPW 2011/1, 93 Rz 50, *Switch/Switchplus*; RPW 2011/1, 179 Rz 488, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 74., *Erdgas Zentralschweiz AG*.

beliefern, die nicht ungünstiger sind als für die eigenen Wirtschaftseinheiten.¹⁰⁶ Auch in der europäischen Praxis und Rechtsprechung erfasst der Tatbestand der Diskriminierung Sachverhalte, bei welchen konzerninterne und konzernexterne Wirtschaftseinheiten unterschiedlich behandelt werden.¹⁰⁷

B.4.2.2.2. Betroffenheit von Handelspartnern

116. Die Ungleichbehandlung muss gegen Handelspartner gerichtet sein. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.¹⁰⁸ Dabei genügt es, wenn das von der Ungleichbehandlung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. Mit anderen Worten handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt werden.¹⁰⁹

B.4.2.2.3. Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite

117. Auch bei dieser Tatbestandsvariante ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹¹⁰

B.4.2.2.4. Keine Legitimate Business Reasons

118. Schliesslich ist zu ermitteln, ob nicht ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die durch die Ungleichbehandlung verursachte Wettbewerbsbehinderung vorliegt.¹¹¹

B.5 Beurteilung der vier zur Diskussion stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung im Lichte von Art. 7 KG

B.5.1 First-Come-First-Served-Prinzip

B.5.1.1 Inhalt

119. Gemäss Ziffer 2.2 der Verbändevereinbarung und Ziffer 3.2 ANB werden ungenutzte Netzkapazitäten nach dem First-Come-First-Served-Prinzip vergeben. Dies kann zur Folge haben, dass ein Netzbetreiber, nachdem er die in seinem Netz physisch vorhandenen Kapazitäten bereits für die Eigennutzung in Anspruch nimmt und/oder diese auf Vertragsbasis bereits an bestimmte Dritte vergeben hat, weiteren Dritten keinen Netzzugang mehr gewähren kann. Dadurch könnte sowohl eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG als auch eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vorliegen.

B.5.1.2 Ausführungen Netzbetreiber

120. Die Netzbetreiber führen betreffend das First-Come-First-Served-Prinzip aus, dass im schweizerischen Erdgasnetz aktuell und auch in naher Zukunft genügend Kapazitäten vorhanden seien. In der Regel sei es zudem so, dass bestehende Erdgaslieferungen durch von einem Drittlieferanten erbrachte Erdgaslieferungen substituiert würden, weshalb die für diese Lieferung erforderliche Transportkapazität von vornherein zur Verfügung stünde. Die Frage eines Kapazitätsengpas-

ses könne sich deshalb höchstens dann stellen, wenn ein Grosskunde neu an das Erdgasnetz angeschlossen und dieser Neuanschluss zu einer Modifikation der erforderlichen Transportkapazitäten führen würde. Die Regelung der Zuteilung von Transportkapazitäten nach dem First-Come-First-Served-Prinzip sei deshalb vorwiegend theoretischer Natur.¹¹²

121. Überdies wird geltend gemacht, dass es aufgrund der limitierten Netzkapazitäten einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für die Verhaltensweise der Netzbetreiber gebe: Wenn die vorhandenen Netzkapazitäten aufgebraucht seien, würde der betreffende Netzbetreiber Dritten den Netzzugang nämlich ausschliesslich deshalb nicht gewähren, weil er keine verfügbaren Kapazitäten mehr habe. Der Umstand, dass der betreffende Netzbetreiber diesen Dritten keinen Netzzugang mehr gewähre und diese Dritten gegenüber anderen Dritten, denen er den Netzzugang bereits gewährt habe, unterschiedlich behandle, sei somit sachlich gerechtfertigt durch die nicht vorhandene Kapazität. Dies entspreche sodann auch der Regelung in Art. 13 RLG, wonach Transporte für Dritte nur dann übernommen werden müssten, wenn dies technisch möglich sei.¹¹³

B.5.1.3 Im Verlaufe der Vorabklärung vorgeschlagene Änderungen

122. Um möglichen Bedenken des Sekretariats in Bezug auf die genannte Ungleichbehandlung zu begegnen, gaben die Netzbetreiber im Verlaufe der Vorabklärung bekannt, dass das First-Come-First-Served-Prinzip zum gegebenen Zeitpunkt dahingehend modifiziert werde, dass bei Kapazitätsengpässen die zur Verfügung stehenden Kapazitäten auktioniert würden, wie dies heute bereits auf der Transitgasleitung der Fall sei.¹¹⁴

¹⁰⁶ Vgl. RPW 2011/1, 93 Rz 50, *Switch/Switchplus*; RPW 2011/1, 179 Rz 488, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁰⁷ Vgl. etwa das Urteil des EuG vom 21.10.1997 im Fall «Deutsche Bahn (DB) AG» (T-229/94, Deutsche Bahn AG/Kommission, Slg. 1997 II-1689), in welchem das Vorliegen einer Verletzung von Art. 82 Abs. 2 Bst. c EGV (Diskriminierung) mit der folgenden Schlussfolgerung bejaht wird: „Nach alledem hat die Kommission ausreichende Beweise zur Stützung ihrer Beurteilung des Verhaltens der DB erbracht und rechtlich hinreichend dargetan, dass die DB durch ihr Verhalten unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen erzwungen und dadurch ihren Handelspartnern, die auf den Weststrecken tätig sind, einen Nachteil im Wettbewerb mit ihr selbst und ihrer Tochtergesellschaft Transfracht zugefügt hat“ (Rz 93); vgl. auch den Entscheid der Europäischen Kommission vom 2.6.2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz 234 ff.; bestätigt in Urteil des EuG vom 9.9.2009 (T-301/04, Clearstream).

¹⁰⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1 132, E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁹ Vgl. RPW 2012/3, 468 Rz 78., *Erdgas Zentralschweiz AG*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 89), Art. 7 KG N 215.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben Rz 101.

¹¹¹ Vgl. dazu oben Rz 110 ff.

¹¹² Vgl. Meldung, Ziff. 2.1.3 a), S. 8; Schreiben von 2. Juli 2013, S. 4.

¹¹³ Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 a), S. 10 f.

¹¹⁴ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 5.

B.5.1.4 Kartellrechtliche Würdigung

123. Solange auf dem schweizerischen Erdgasnetz genügend Kapazitäten vorhanden sind, wovon zurzeit auszugehen ist, zeigt das in Rede stehende First-Come-First-Served-Prinzip keine Marktwirkungen, da grundsätzlich allen Netzzugangsgesuchen entsprochen werden kann. Dem Sekretariat sind denn auch bis anhin keine Einzelfälle bekannt, in denen gestützt auf das First-Come-First-Served-Prinzip ein Netzzugang verweigert worden wäre. Entsprechend wird der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und jener von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG mangels Geschäftsverweigerung bzw. mangels Diskriminierung nicht erfüllt.

124. In Ziffer 2.2 der Verbändevereinbarung werden die Netzbetreiber sodann ausdrücklich dazu verpflichtet, keine künstlichen Kapazitätsbuchungen durch Reservationen vorzunehmen oder zuzulassen. Aufgrund dieser Bestimmung und im Zusammenhang mit der vorgesehenen Auktionierung knapper Netzkapazitäten scheint auch für den Fall von Kapazitätsengpässen sichergestellt, dass Netzbetreiber und Dritte die gleichen Chancen auf Kapazitätszuteilung haben werden. Entsprechend können die kartellrechtlichen Bedenken des Sekretariats diesbezüglich voraussichtlich ausgeräumt werden.

125. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass – solange genügend Kapazitäten auf dem schweizerischen Erdgasnetz vorhanden sind – das First-Come-First-Served-Prinzip keine Marktwirkungen zeigt und somit als kartellrechtlich unbedenklich angesehen werden kann. Auch falls es später zu Kapazitätsengpässen kommen sollte, erscheint Ziffer 2.2 der Verbändevereinbarung und damit das dort genannte First-Come-First-Served-Prinzip unter Berücksichtigung der geplanten Auktion in einer vorausschauenden Betrachtungsweise nicht als kartellrechtlich problematisch. Bis anhin ist allerdings unklar, wie diese Auktionen genau ablaufen werden und ob sich allenfalls diesbezüglich Hinweise bzw. Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse ergeben könnten. Dies kann vorliegend jedoch nicht beurteilt werden. Somit ist die laufende Vorabklärung in Bezug auf das First-Come-First-Served-Prinzip mangels derzeitiger Auswirkungen einzustellen.

B.5.2 Netzstabilitätspönalen

B.5.2.1 Inhalt

126. Gemäss Ziffer 2.5.3 der Verbändevereinbarung i. V. m. Ziffer 6.3 ANB müssen Dritte – im Gegensatz zu den Regionalgesellschaften und deren Aktionären – bei Überschreitung des für die Nutzung des Regionalnetzes gewährten Toleranzbandes eine Netzstabilitätspönale bezahlen. Durch diese Regelung kommt es zu einer Ungleichbehandlung von verschiedenen Gruppen von Netzkunden, was eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte.

B.5.2.2 Ausführungen Netzbetreiber

127. Als Grund für die Inrechnungstellung von Netzstabilitätspönalen machen die Netzbetreiber geltend, dass bei Über- und Unterschreitung des Toleranzbandes die

Netzstabilität gefährdet werde, was den Zusammenbruch des Erdgasnetzes zur Folge haben könne. Die Pönale erfolge einzig in der Absicht, den Netzkunden zur Einhaltung des ihm zugeteilten Toleranzbandes anzuhalten, damit das Erdgasnetz nicht zusammenbreche, und habe somit einen sachlichen Rechtfertigungsgrund. Damit der Netzkunde keine unnötigen Pönalen bezahlen müsse, seien im Netznutzungsentgelt sechzig unentgeltliche Renominationen¹¹⁵ pro Monat enthalten. Zudem würden in der Anfangsphase, in welcher der Netzkunde noch Erfahrungen sammeln müsse, sogar neunzig unentgeltliche Renominationen gewährt.

128. Die regionalen Netzbetreiber hätten auch keineswegs die Absicht, mit der Netzstabilitätspönale einen Ertrag zu erzielen. Allfällige Erträge aus der Netzstabilitätspönale verblieben nämlich nicht beim Netzbetreiber, sondern würden im darauf folgenden Gasjahr auf der Ertragsseite bei der Festsetzung des Netznutzungsentgelts berücksichtigt und so zu einer Reduktion des nach Branchenstandards berechneten Netznutzungsentgelts führen.

129. Im Gegensatz zu singulären Dritttransporten würden die Aktionäre, für welche der regionale Netzbetreiber Erdgastransporte durchführe, eine Bilanzgruppe bilden. Bilanzgruppenverantwortlicher sei die Regionalgesellschaft selbst. Da die Regionalgesellschaft für die Gesamtheit der Aktionäre den Bilanzausgleich sicherstelle, setze sich das Toleranzband aus der Summe der den Aktionären zugeteilten Toleranzbänder zusammen. Aufgrund des Verschachtelungseffektes und des Zusammenwirkens von Netzmanagement und Beschaffung seien Über- und Unterschreitungen des Toleranzbandes ausgeschlossen, weshalb sich gegenüber den Aktionären die Regelung einer Netzstabilitätspönale erübrige. Da auch die Netzkunden das Recht hätten, eine Bilanzgruppe zu bilden und einen Bilanzgruppenverantwortlichen mit der Sicherstellung des Bilanzausgleichs zu beauftragen, könnten auch Netzkunden vom Verschachtelungseffekt profitieren, der die Über- oder Unterschreitung des Toleranzbandes verhindere, sodass Aktionäre der Regionalgesellschaften und Dritte diesbezüglich gleich behandelt würden.

130. Schliesslich müssten die Aktionäre der Regionalgesellschaften die Folgekosten eines durch Über- oder Unterschreitung des Toleranzbandes ausgelösten Netzzusammenbruchs tragen, weshalb die Aktionäre zwecks Vermeidung dieser Folgekosten ein eigenes Interesse daran hätten, die ihnen zugeteilten Toleranzbänder einzuhalten. Auch aus diesem Grund erübrige sich gegenüber den Aktionären die Regelung einer Netzstabilitätspönale.¹¹⁶

¹¹⁵ Renomination bedeutet eine kurzfristige Änderung der Anmeldung der zu transportierenden Erdgasmenge durch den Netzkunden.

¹¹⁶ Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 b), S. 11 f.

B.5.2.3 Im Verlaufe der Vorabklärung vorgeschlagene Änderungen

131. Aufgrund seitens des Sekretariats geäussertes Bedenken betreffend die kartellrechtliche Zulässigkeit einer solch unterschiedlichen Behandlung von Netzkunden und Aktionären, teilte der VSG im Verlaufe der Vorabklärung mit, er beabsichtige seine Mitglieder verbindlich anzuweisen, dass die Netzstabilitätspönale ab dem 1. Oktober 2013 auch von den Regionalgesellschaften erhoben werde.¹¹⁷ Gemäss Angaben des VSG hat die ausserordentliche Generalversammlung des VSG vom 17. September 2013 dieser Änderung zwischenzeitlich zugestimmt.¹¹⁸

132. Der Verwaltungsrat des VSG hat bereits eine Umsetzungsrichtlinie betreffend Netzstabilitätspönale (Umsetzungsrichtlinie VV - 03/2013) erlassen. Die Umsetzungsrichtlinie beschreibt die Grundsätze zur Überwachung und Pönalisierung von Toleranzbandverletzungen der Bilanzgruppe der Vertriebs- und Handelseinheiten der Regionalgesellschaften, welche die Erdgastransporte für die Aktionäre der Regionalgesellschaften durchführen. Sollte die regionale Vertriebs- und Handelseinheit das ihr zugewiesene Toleranzband nicht einhalten, werden ihr durch die Netzeinheit die nach den Regeln der Verbändevereinbarung anfallenden Pönalen verrechnet. Mehreinnahmen aus der Pönalisierung fliessen zudem als Deckungsdifferenz in die Berechnung der zukünftigen Netznutzungsentgelte ein.¹¹⁹ Diese Handhabung habe zur Folge, dass Dritte und regionale Vertriebs- und Handelseinheiten in Bezug auf die Netzstabilitätspönale identisch behandelt würden. Da die Umsetzung und Einführung der Netzstabilitätspönale für die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten aufwändig sei, könne die Netzstabilitätspönale für die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten allerdings nicht per sofort, sondern erst per 1. Oktober 2013 eingeführt und spätestens per 1. Oktober 2014 umgesetzt werden. Die Erdgasbranche sei auf diese Umsetzungszeit angewiesen.¹²⁰

B.5.2.4 Kartellrechtliche Würdigung

133. Gegen die Einführung eines Netzstabilitätspönalen-Systems an sich ist aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden. Mit der oben erwähnten Ergänzung, wonach auch die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten im Falle der Über- und Unterschreitung des Toleranzbandes eine Netzstabilitätspönale bezahlen müssen, stellt die Regelung betreffend Netzstabilitätspönale voraussichtlich keinen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG dar. Da die konkreten Details der Umsetzung (noch) nicht bekannt sind, kann zurzeit jedoch nicht abgeschätzt werden, ob sich daraus allenfalls kartellrechtliche Bedenken ergeben könnten. Davon ist allerdings gestützt auf die bisher bekannten Angaben nicht auszugehen.

134. Ob auch für die Zeit vor der Umsetzung der genannten Änderung eine Diskriminierung von Handelspartnern grundsätzlich verneint werden kann, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden.

135. Grundsätzlich gilt, dass wenn das Unternehmen, das im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens eine Wettbewerbsbeschränkung gemeldet hat, nach der Ein-

leitung einer Vorabklärung oder Untersuchung an der Wettbewerbsbeschränkung festhält und diese weiterpraktiziert, der direkten Sanktionierbarkeit unterliegt, falls sich nach Abschluss der Untersuchung ergibt, dass die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist.¹²¹ Will das Unternehmen der direkten Sanktionierbarkeit entgehen, muss es die praktizierte Wettbewerbsbeschränkung einstellen. In diesem Fall ist die Wettbewerbsbeschränkung an sich sofort aufzugeben, doch wird man den Unternehmen in der Praxis eine kurze Frist zur Aufgabe der erst relativ kurz praktizierten Wettbewerbsbeschränkung (gemäss Widerspruchsfrist maximal fünf Monate) zugestehen müssen.¹²²

136. Die Frage, wie lange eine solch angemessene Übergangsfrist zu bemessen ist, lässt sich nicht abstrakt beantworten; vielmehr sind dabei jeweils die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Grundsätzlich stets zu beachten ist jedoch, dass das meldende Unternehmen im Rahmen eines Widerspruchsverfahren mit der Eröffnung einer Vorabklärung bzw. Untersuchung rechnen muss und sich bereits von Beginn weg darauf einstellen kann, dass es – um einer möglichen Sanktionierung zu entgehen – das gemeldete Verhalten kurzfristig wieder einstellen muss. Damit handelt es sich hierbei nie um ein völlig unerwartetes Szenario.¹²³

137. Gemäss der bestehenden Regelung müssen lediglich Dritte, nicht aber die Aktionäre bzw. die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten im Falle der Über- und Unterschreitung des Toleranzbandes eine Netzstabilitätspönale bezahlen. Auch wenn es – wie geltend gemacht wird – möglicherweise lediglich in Ausnahmefällen zu einer Verletzung des Toleranzbandes seitens der regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten kommen würde – kommt es bei der Anwendung der genannten Regelung grundsätzlich zu einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte. Ausweichmöglichkeiten stehen Dritten, welche ein bestimmtes Netz nutzen möchten, grundsätzlich keine zur Verfügung. Die genannte Ungleichbehandlung ist sodann grundsätzlich gegen Unternehmen gerichtet, die auf einem benachbarten Markt – vorliegend auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkunden – tätig sind. Damit würde auch das Kriterium der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt, sofern ein solches Unternehmen zumindest versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. Die Behinderung in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs wäre schliesslich darin zusehen, dass Dritte – im Gegensatz zu den Aktionären – nebst dem Netznutzungsentgelt im Falle der Über- und Unterschreitung des

¹¹⁷ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 5.

¹¹⁸ Vgl. Schreiben vom 21. September 2013.

¹¹⁹ Vgl. Umsetzungsrichtlinie VV - 03/2013: Netzstabilitätspönale (Beilage 1 zum Schreiben vom 2. Juli 2013).

¹²⁰ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 6.

¹²¹ Zum Ganzen vgl. auch RPW 2012/3, 473. Rz 113 f., *Erdgas Zentralschweiz AG*.

¹²² Vgl. dazu CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK-KG (Fn 19), Art. 49a N 225, m. w. H.

¹²³ Vgl. auch RPW 2012/3, 474 Rz 121, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

Toleranzbandes eine Netzstabilitätspönale bezahlen müssten. Dadurch fallen bei Dritten für die Nutzung des regionalen Netzes – im Falle der Über- und Unterschreitung des Toleranzbandes – zusätzliche Kosten an, die den Aktionären der Regionalgesellschaften unter den gleichen Voraussetzungen nicht verrechnet werden würden. Die ersten drei Tatbestandselemente einer Diskriminierung von Handelspartnern Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG im Sinne von wären dadurch erfüllt.¹²⁴

138. Die seitens der Netzbetreiber diesbezüglich angeführten sachlichen Rechtfertigungsgründe vermögen grundsätzlich nicht zu überzeugen: Nimmt ein Aktionär für einen Eigentransport die Infrastruktur seiner Regionalgesellschaft in Anspruch, so gefährdet er durch die von ihm verursachten Druckschwankungen die Netzstabilität nämlich genauso wie jeder Drittkunde. Auch kommen bei einem Netzzusammenbruch grundsätzlich alle Erdgaslieferanten gleichermassen zu Schaden, weshalb nicht ersichtlich ist, dass nur die Netzbetreiber ein Interesse an der Vermeidung eines solchen Zusammenbruchs hätten und diesen somit keine Pönale angedroht werden müsste. Schliesslich ist auch das Argument, dass allfällige Erträge aus der Netzstabilitätspönale im darauffolgenden Gasjahr auf der Ertragsseite bei der Festsetzung des Netznutzungsentgelts berücksichtigt würden, nicht zielführend, da von einer allfälligen Senkung des Netznutzungsentgelts auch die Aktionäre profitieren würden. Entsprechend wären voraussichtlich keine sachlichen Rechtfertigungsgründe dafür ersichtlich, um die Aktionäre bzw. die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten von der Netzstabilitätspönale-Regelung ausdrücklich auszuschliessen. Daraus erhellt, dass die bisher geltende Regelung betreffend die Netzstabilitätspönale in einem konkreten Anwendungsfall durchaus zu einer Verletzung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führen könnte.

139. Dem Sekretariat ist allerdings bisher kein Fall bekannt, in welchem Dritten Netzstabilitätspönalen in Rechnung gestellt worden wären. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die bisherige Regelung bis anhin keine relevanten Auswirkungen zeigte. Es kann jedoch – solange diese einseitige Regelung nach wie vor gilt – für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden, dass Dritte eine solche Pönale bezahlen müssen und es somit zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG kommen könnte.

140. Gemäss den Angaben des VSG werde die neue Regelung ab dem 1. Oktober 2013, jedoch spätestens ab dem 1. Oktober 2014 in Kraft treten. Demzufolge ist zurzeit noch unklar, ab wann genau die neue Regelung Geltung beanspruchen wird. Zum heutigen Zeitpunkt und unabhängig von einem konkreten Einzelfall kann somit vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Umsetzung der neuen Regelung innerhalb einer angemessenen Übergangsfrist erfolgen wird oder nicht. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang lediglich, dass eine Umsetzungsfrist von über einem Jahr doch lang erscheint.

141. Zusammenfassend ist die neue Regelung, wonach auch die regionalen Vertriebs- und Handelseinheiten im Falle der Über- und Unterschreitung des Toleranzbandes eine Netzstabilitätspönale bezahlen müssen, zu

begrüssen. Die Anwendung dieser neuen Regelung wird voraussichtlich – soweit dies ex ante und abstrakt überhaupt beurteilt werden kann – nicht zu einem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führen. Mangels eines konkreten Anwendungsfalles der bisherigen Regelung betreffend die Netzstabilitätspönale ist auch diesbezüglich bisher kein kartellrechtlicher Verstoß festzustellen. Damit ist die Vorabklärung in Bezug auf die Regelung der Netzstabilitätspönale einzustellen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass, falls sich zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der Inrechnungstellung von Netzstabilitätspönalen in einem konkreten Einzelfall Hinweise bzw. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoß ergeben sollten, diesbezüglich eine Vorabklärung bzw. eine Untersuchung eröffnet wird. Die Angemessenheit der Höhe der Netzstabilitätspönale ist zudem nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung.

B.5.3 Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts

B.5.3.1 Inhalt

142. Gemäss Ziffer 5.3 ANB müssen Dritte – teilweise im Gegensatz zu den Aktionären der Regionalgesellschaften auf dem Regionalnetz und im Gegensatz zu den regionalen und lokalen Netzbetreibern auf ihren eigenen Netzen – bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten maximalen Transportkapazität ein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen, das rückwirkend für die gesamte Vertragslaufzeit in Rechnung gestellt wird. Durch die Anwendung dieser Regelung kommt es zu einer Ungleichbehandlung von verschiedenen Gruppen von Netzkunden, was eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte.

B.5.3.2 Ausführungen Netzbetreiber

143. Die Netzbetreiber machen geltend, für die vorgenannte Ungleichbehandlung bestehe ein sachlicher Rechtfertigungsgrund: Das erhöhte Netznutzungsentgelt bei Überschreitung der gebuchten Kapazität solle verhindern, dass Dritte ihre Transportkapazität zu knapp buchen und bei einer Überschreitung der Transportkapazität im Vergleich zu denjenigen Dritten, die korrekt gebucht hätten, bevorteilt würden. Da mit den für Aktionäre durchgeführten Transporten auf dem regionalen (und mit den Eigentransporten auf dem lokalen) Netz die Erdgasversorgung von tausenden Erdgasbezüglern sichergestellt werde, komme es aufgrund des Verschachtelungseffekts in der Regel nicht zu einer Transportkapazitätsüberschreitung, weshalb für den in der Praxis nicht vorkommenden Fall auch keine Pönale vorgesehen sei.¹²⁵ Beim Umstand, dass die lokalen Netzbetreiber bei der Überschreitung der Kapazität auf dem lokalen Netz

¹²⁴ Vgl. dazu oben Rz 112 ff.

¹²⁵ Vgl. Meldung, Ziffer 2.3 d), S. 15.

kein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen müssten, handle es sich zudem nicht um eine Verhaltensweise, die nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfasst werde, da das Kartellgesetz nicht vorsehe, dass das marktbeherrschende Unternehmen sich selber und Dritte gleich behandeln müsse.¹²⁶

B.5.3.3 Im Verlaufe der Vorabklärung vorgeschlagene Änderungen

144. Um möglichen Bedenken des Sekretariats in Bezug auf die genannte Ungleichbehandlung zu begegnen, gab der VSG im Verlaufe der Vorabklärung bekannt, er beabsichtige seine Mitglieder verbindlich anzuweisen, dass auch integrierte Branchenunternehmen ab dem 1. Oktober 2013, spätestens jedoch ab dem 1. Oktober 2014, bei einer Überschreitung der Kapazität ein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen müssen.¹²⁷ Gemäss Angaben des VSG hat die ausserordentliche Generalversammlung des VSG vom 17. September 2013 dieser Änderung zwischenzeitlich zugestimmt.¹²⁸

145. Die Umsetzungsrichtlinie VV - 02/2013 betreffend Pönalisierung Kapazitätsüberschreitung, welche der Verwaltungsrat des VSG bereits verabschiedet hat, beschreibt die Grundsätze zur Buchung von Transportkapazitäten, Überwachung und Pönalisierung von Kapazitätsüberschreitungen von integrierten Branchenunternehmen.¹²⁹ Gemäss dieser Richtlinie müssen auch die eigenen Vertriebs- und Handelseinheiten die von ihnen benötigten Transportkapazitäten auf dem eigenen Gasnetz nach den Regeln der Verbändevereinbarung buchen. Die eigene Netzeinheit überwacht die Einhaltung der gebuchten Transportkapazität und bei Überschreitung der gebuchten Transportkapazität gelangen die Regeln der Verbändevereinbarung zur Anwendung. Die Mehreinnahmen aus der Pönalisierung fliessen als Deckungsdifferenz in die Berechnung der zukünftigen Netznutzungsentgelte mit ein.¹³⁰ Mit dieser neuen Regelung würden Dritte und eigene Vertriebs- und Handelseinheiten in Bezug auf die Pönalisierung bei der Kapazitätsüberschreitung identisch behandelt, weshalb keine möglicherweise diskriminierende Verhaltensweise mehr vorliege. Die Umsetzung und Einführung der Pönalisierung von Kapazitätsüberschreitungen gegenüber den eigenen Vertriebs- und Handelseinheiten erfordere allerdings einen erheblichen personellen und finanziellen Aufwand, welchen die 106 Gasversorgungsunternehmen in der Schweiz nicht in kurzer Zeit umsetzen könnten. Aus diesem Grund hätten die Gasversorgungsunternehmen bis zum 1. Oktober 2014 Zeit zur Umsetzung; die Erdgasbranche sei auf diese Umsetzungszeit angewiesen.¹³¹

B.5.3.4 Kartellrechtliche Würdigung

146. In Bezug auf die kartellrechtliche Würdigung kann grundsätzlich auf die Ausführungen zur Netzstabilitäts-pönale verwiesen werden.¹³² Auch bei der Regelung betreffend die rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts steht der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG im Vordergrund.

147. Mit den oben angeführten Änderungen der Umsetzungsrichtlinie VV - 02/2013, wonach auch integrierte Branchenunternehmen bei Kapazitätsüberschreitungen pönalisiert werden, wird die Ungleichbehandlung zwi-

schen Dritten und den eigenen Vertriebs- und Handelseinheiten grundsätzlich aufgehoben. Damit stellt die Regelung betreffend die rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts bzw. betreffend die Pönalisierung bei Kapazitätsüberschreitungen voraussichtlich keinen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG dar. Da die konkreten Details der Umsetzung (noch) nicht bekannt sind, kann zurzeit jedoch nicht abgeschätzt werden, ob sich daraus allenfalls kartellrechtliche Bedenken ergeben könnten. Die vorliegende vorausschauende und abstrakte Beurteilung vermag zudem eine Prüfung eines allenfalls in Zukunft auftretenden Einzelfall nicht zu ersetzen.

148. Ob auch für die Zeit vor der Umsetzung der genannten Änderung eine Diskriminierung von Handelspartnern grundsätzlich verneint werden kann, kann ebenfalls nicht abschliessend beurteilt werden.

149. Wenn – wie aufgrund der bestehenden Regelung – lediglich Dritte, nicht aber die Netzbetreiber bei Überschreitung der Transportkapazitäten mit der rückwirkenden Erhöhung des Netznutzungsentgelts pönalisiert werden, stellt dies grundsätzlich eine Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte dar. Von der Anwendung dieser Regelung betroffen wären in erster Linie Dritte, die Endkunden in der Schweiz mit Erdgas beliefern möchten, also Handelspartner der Netzbetreiber. Die Behinderung in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs wäre schliesslich darin zu sehen, dass Dritte – im Gegensatz zu den integrierten Branchenunternehmen – bei Überschreitung der Transportkapazitäten rückwirkend ein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen müssten. Dadurch bezahlen Dritte für die Nutzung des Erdgasnetzes – im Falle der Überschreitung der Transportkapazitäten – ein im Vergleich zu den Netzbetreibern erhöhtes Netznutzungsentgelt. Der geltend gemachte sachliche Rechtfertigungsgrund, wonach es aufgrund des Verschachtelungseffektes in der Regel nicht zu einer Transportkapazitätsüberschreitung der Netzbetreiber kommen werde, schliesslich auch nicht zu überzeugen. Nur weil die Gefahr von Transportkapazitätsüberschreitungen bei den Netzbetreibern allenfalls kleiner ist als bei Dritten, rechtfertigt es sich nicht, erstere gänzlich von der Pönalisierungsregelung auszunehmen. Entsprechend kann nicht ausgeschlossen werden, die Anwendung der bisherigen Regelung betreffend die rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts zu einer Verletzung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führen könnte.

¹²⁶ Vgl. Meldung, Ziffer 2.1.3 d), S. 10.

¹²⁷ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 7.

¹²⁸ Vgl. Schreiben vom 21. September 2013.

¹²⁹ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 7.

¹³⁰ Vgl. Umsetzungsrichtlinie VV - 02/2013: Pönalisierung Kapazitätsüberschreitung (Beilage 2 zum Schreiben vom 2. Juli 2013).

¹³¹ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 7.

¹³² Vgl. oben Rz. 133 ff.

¹³³ Vgl. oben Rz. 115.

150. Wie bereits ausgeführt,¹³³ greift das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG auch dann, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften oder Geschäftseinheiten anders behandelt als deren Konkurrenten. Insofern sind auch die lokalen Netzbetreiber als marktbeherrschende Unternehmen in ihrem Netzgebiet grundsätzlich verpflichtet, sich und Dritte in Bezug auf den Netzzugang und das diesbezüglich zu leistende Entgelt gleich zu behandeln.

151. Dem Sekretariat ist allerdings bisher kein Fall bekannt, in welchem Dritte aufgrund von Kapazitätsüberschreitungen pönalisiert worden wären. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die jetzige Regelung bis anhin keine relevanten Auswirkungen zeigte. Es kann jedoch – solange nach wie vor die bisherige Regelung in Kraft ist – für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden, dass Dritte eine solche Pönale bezahlen müssen, d. h. das zu bezahlende Netznutzungsentgelt nachträglich erhöht wird. Gemäss den Angaben des VSG hätten die Gasversorgungsunternehmen bis zum 1. Oktober 2014 Zeit, um die neue Regelung umzusetzen. Ob diese Umsetzungszeit angemessen ist, kann nicht abstrakt beurteilt werden; auf den ersten Blick scheint sie allerdings etwas lang. Falls in der Zeit bis zur Umsetzung der Regelung ein Dritter aufgrund von Kapazitätsüberschreitungen tatsächlich pönalisiert würde, müsste anhand des konkreten Einzelfalls beurteilt werden, ob dies eine Diskriminierung im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt und ob eine raschere Umsetzung der neuen Regelung tatsächlich nicht möglich bzw. zumutbar gewesen wäre.

152. Zusammenfassend ist die neue Regelung, wonach auch die integrierten Branchenunternehmen die von ihnen benötigten Transportkapazitäten auf dem eigenen Gasnetz nach den Regeln der Verbändevereinbarung buchen und bei Überschreitung der gebuchten Transportkapazität ein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen müssen, zu begrüssen. Die Anwendung dieser neuen Regelung wird voraussichtlich – soweit dies ex ante und abstrakt überhaupt beurteilt werden kann – nicht zu einem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führen. Mangels konkretem Anwendungsfall der bisherigen Regelung betreffend die nachträgliche Erhöhung des Netznutzungsentgelts ist auch diesbezüglich bisher kein kartellrechtlicher Verstoß festzustellen. Damit ist die Vorabklärung in Bezug auf die nachträgliche Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei Transportkapazitätsüberschreitungen einzustellen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass, falls sich zu einem späteren Zeitpunkt in einem konkreten Einzelfall Hinweise bzw. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoß durch die nachträgliche Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei Kapazitätsüberschreitungen ergeben sollten, diesbezüglich eine Vorabklärung bzw. eine Untersuchung eröffnet wird. Die Angemessenheit der Höhe des allenfalls zu bezahlenden (erhöhten) Netznutzungsentgelts ist zudem nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung.

B.5.4 Kriterien für den Netzzugang

153. Gemäss der Verbändevereinbarung erhalten verschiedene potentielle Netzkunden keinen Zugang zu den Schweizer Erdgasnetzen. So ist nach Ziffer 4 der Ver-

bändevereinbarung und Ziffer 2.3 ANB nur derjenige netzzugangsberechtigt, wer pro Verbrauchsstelle kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die vertragliche Transportkapazität des Netznutzers beträgt mindestens 200 Nm³/h. Auf dem Betriebsareal eines Unternehmens mit einem Bezugsvertrag können verschiedene Anschlussstellen kumuliert werden.
- Der Netznutzer setzt Erdgas primär als Prozessgas ein.
- Der Netznutzer verfügt über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung gemäss ANB.

154. Ebenfalls nicht anwendbar ist die Verbändevereinbarung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen, mit Ausnahme von Wärme-Kraft-Anlagen deren Wärme überwiegend für industrielle Zwecke Anwendung findet und welche wärmegeführt sind.¹³⁴

155. Mit den genannten Netzzugangskriterien werden verschiedene potentielle Netzkunden vom Netzzugang nach Massgabe der Verbändevereinbarung ausgeschlossen. Damit besteht eine Ungleichbehandlung von Netzkunden, die sowohl eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG als auch eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte.

156. Nachfolgend werden die genannten Voraussetzungen der Verbändevereinbarung einzeln einer voraussichtlichen kartellrechtlichen Würdigung unterzogen, welche jedoch eine allenfalls später vorzunehmende Einzelfallanalyse nicht zu ersetzen vermag. Es wird dabei zuerst auf das Kriterium eingegangen, wonach der Netznutzer über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung verfügen muss (vgl. B.5.4.1). Danach wird die Nichtanwendbarkeit der Verbändevereinbarung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen geprüft (vgl. B.5.4.2). Schliesslich werden die beiden Zugangskriterien minimale Transportkapazität von 200 Nm³/h und primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas eingehend analysiert (vgl. B.5.4.3).

B.5.4.1 Lastgangmessung und Datenfernübertragung

157. Um gemäss der Verbändevereinbarung Netzzugang zu erhalten, muss der potenzielle Netznutzer über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung verfügen.

¹³⁴ Vgl. Meldung, Ziffer 2.1.3 c), S. 9.

158. Seitens der Netzbetreiber wird diesbezüglich ausgeführt, die Lastgangmessung und Datenfernübertragung seien Voraussetzungen dafür, dass der Netzzugang aufgrund der Notwendigkeit der Datenbereitstellung für ein Bilanzierungs- und Abrechnungssystem effizient abgewickelt werden könne. Es sei somit sachlich gerechtfertigt, nur denjenigen Kunden Netzzugang zu gewähren, die über solche Anlagen verfügten. Netzkunden den Netzzugang ohne Lastgangmessung und Datenfernübertragung zu gewähren, hätte bei den Netzbetreibern einen erheblichen Zusatzaufwand zur Folge, was wirtschaftlich nicht mehr zumutbar sei. Zudem könne ohne Lastgangmessung und Datenfernübertragung der Gasfluss in den Gasleitungen nicht mehr verfolgt werden, was wiederum die Netzstabilität des Gasnetzes gefährden könne.¹³⁵

159. Um möglichen Bedenken des Sekretariats in Bezug auf diese Netzzugangsvoraussetzung zu begegnen, gab der VSG im Verlaufe der Vorabklärung bekannt, er beabsichtige seine Mitglieder verbindlich anzuweisen, dass ab dem 1. Oktober 2013 der Netzbetreiber die Investitionskosten der für die Drittbelieferung notwendigen Messeinrichtungen tragen werde. Als Gegenleistung erhebe der Netzbetreiber vom Netzkunden ein monatliches Messentgelt analog zur Stromwirtschaft. Im Sinne der Verursachergerechtigkeit werde das Messentgelt individuell je Kunde kalkuliert und dem jeweiligen Netzkunden auch dann in Rechnung gestellt, wenn der Endkunde zum bisherigen Lieferanten zurückwechsle. Die Höhe des Messentgelts errechne sich aus den Kapital-, Betriebs- und Unterhaltskosten der Messeinrichtung. Sei anstelle einer neuen Messeinrichtung lediglich eine Anpassung der bestehenden Messeinrichtung notwendig, erfolge die Berechnung des Messentgelts ausschliesslich auf Basis dieser Zusatzkosten. Mit dieser Lösung könnten die heute zum Teil als Hürde beurteilten hohen Investitionskosten für netzzugangsberechtigte Gasbezügler vermieden werden. Die Umsetzung der neuen Richtlinie müsse spätestens bis zum 30. September 2014 erfolgen.¹³⁶ Gemäss Angaben des VSG hat die ausserordentliche Generalversammlung des VSG vom 17. September 2013 dieser Änderung zwischenzeitlich zugestimmt.¹³⁷

160. Sofern Lastgangmessung und Datenfernübertragung für die Bilanzierung, Abrechnung und Netzstabilität tatsächlich notwendig sind, erscheint es dem Sekretariat im Sinne einer vorausschauenden Betrachtungsweise grundsätzlich als sachlich gerechtfertigt, wenn lediglich solche Kunden Netzzugang erhalten, die über die genannten Messeinrichtungen verfügen. Insbesondere im Zusammenhang mit der neuen Regelung, wonach die notwendigen Messeinrichtungen von den Netzbetreibern vorfinanziert werden und den Netzkunden anschliessend ein monatliches Messentgelt in Rechnung gestellt wird, ist voraussichtlich keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bzw. Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG auszumachen. Die Berechnung dieses Messentgelts ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung, weshalb die Beurteilung der Angemessenheit dieses Entgelts vorliegend offen bleibt.

161. Die bisherige Regelung, wonach die notwendigen Messanlagen – soweit diese nicht bereits bestehen –

durch den Netzbetreiber an der Netzanschlussstelle auf Kosten des Netzkunden errichtet werden (Ziffer 4.1 und 4.3 ANB), könnte sich sodann insofern als kartellrechtlich problematisch erweisen, als dass ein Netzbetreiber die notwendige Mess- und Datenübertragungsinfrastruktur entweder gar nicht oder nur zu prohibitiven Bedingungen erstellen und damit einem potenziellen Netzkunden den Netzzugang faktisch verwehren würde. Diesfalls wäre insbesondere eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG zu prüfen.

162. Dem Sekretariat sind allerdings bisher keine Fälle bekannt, in welchen potenziellen Netzkunden der Netzzugang gestützt auf das Kriterium, wonach der Netzkunde über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung verfügen muss, der Netzzugang verweigert worden wäre. Entsprechend sind zurzeit keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden. Falls es jedoch bis zur Umsetzung der neuen Regelung zu einer Netzzugangsverweigerung kommen sollte oder dieser nur unter erschwerten Bedingungen ermöglicht würde, wäre aufgrund des konkreten Einzelfalls zu entscheiden, ob insbesondere ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vorliegen würde oder nicht. Ob die Umsetzung der neuen Regelung – die gemäss Angaben der Netzbetreiber irgendwann zwischen dem 1. Oktober 2013 und dem 30. September 2014 zu erfolgen habe – innerhalb einer angemessenen Übergangsfrist erfolgen würde oder nicht, kann ebenfalls nicht in vorausschauender Weise und abstrakt beurteilt werden, sondern wäre anhand eines konkreten Einzelfalls zu prüfen.

B.5.4.2 Keine Anwendbarkeit der Verbändevereinbarung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen

163. Gemäss Ziffer 4 der Verbändevereinbarung findet die Verbändevereinbarung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen keine Anwendung.

164. Gemäss den Angaben der Netzbetreiber bedeute dies jedoch nicht, dass für die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen kein Netzzugang bestehe. Da die für die Belieferung solcher Anlagen erforderlichen Gasmengen erheblich höher seien als jene, die für die Belieferung von industriellen Grosskunden benötigt würden, werde es notwendig sein, für solche Transporte ein auf die besonderen Umstände angepasstes Regelwerk zu entwickeln.¹³⁸

¹³⁵ Vgl. Meldung, Ziffer 2.3 c), S. 14; Schreiben vom 2. Juli, S. 8.

¹³⁶ Vgl. Schreiben vom 2. Juli, S. 8; Umsetzungsrichtlinie VV - 01/2013: Messeinrichtungen / Messentgelt (Beilage 3 zum Schreiben vom 2. Juli 2013).

¹³⁷ Vgl. Schreiben vom 21. September 2013.

¹³⁸ Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 c), S. 14.

165. Sofern sich die nachgefragte Erdgasmenge und/oder die Art und Weise der Belieferung eines Gaskombikraftwerken bzw. einer Fernwärmeanlagen wesentlich von den nachgefragten Erdgasmenge und/oder der Art und Weise der Belieferung eines Industriekunden unterscheidet, ist keine Ungleichbehandlung darin zu erblicken, dass diese beiden grundsätzlich verschiedenen Kundengruppen nicht gestützt auf das gleiche Regelwerk Netzzugang erhalten. Somit ist aus kartellrechtlicher Sicht dem Grundsatz nach nichts dagegen einzuwenden, wenn die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen nach einem eigenen, noch zu entwickelnden Regelwerk vorzustatten gehen soll und die Verbändevereinbarung auf die Belieferung solcher Anlagen keine Anwendung findet.

166. Da in der Schweiz zurzeit (noch) keine Gaskombikraftwerke bestehen und bisher keine Hinweise dafür vorliegen, dass der Netzzugang für die Belieferung von Fernwärmeanlagen nicht bzw. in diskriminierender Weise gewährt wird, ist die vorliegende Vorabklärung in diesem Punkt einzustellen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass zu einem späteren Zeitpunkt falls sich im Zusammenhang mit der Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen in einem konkreten Einzelfall Hinweise bzw. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss ergeben sollten, diesbezüglich eine Vorabklärung bzw. eine Untersuchung eröffnet wird. Da zudem die Einzelheiten des noch zu entwickelnden Regelwerks betreffend die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen nicht bekannt sind, kann dieses vorliegend auch nicht beurteilt werden.

B.5.4.3 Minimale Transportkapazität von 200 Nm³/h und primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas

167. Gemäss Ziffer 4 der Verbändevereinbarung erhalten lediglich jene Endkunden Netzzugang, deren vertragliche Transportkapazität mindestens 200 Nm³/h beträgt. Zudem müssen die Netznutzer das Erdgas primär als Prozessgas einsetzen.

168. Dadurch, dass gemäss der Verbändevereinbarung nicht alle, sondern nur nach speziellen Kriterien ausgewählte Endkunden Netzzugang erhalten, könnten insbesondere die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt werden. Dabei gilt es bereits hier zu betonen, dass den Wettbewerbsbehörden bisher kein Fall bekannt ist, in welchem ein Netzbetreiber einem potentiellen Netzkunden den Netzzugang tatsächlich gestützt auf die Verbändevereinbarung verweigert hätte. Die nachfolgenden Ausführungen stellen demzufolge lediglich eine voraussichtliche kartellrechtliche Würdigung der genannten Problematik dar. Sie ersetzen jedoch nicht die notwendige Einzelfallbetrachtung, falls es später tatsächlich gestützt auf die Verbändevereinbarung zu einer Netzzugangsverweigerung kommen sollte.

B.5.4.3.1. Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG

169. Wird einem potentiellen Netzkunden der Netzzugang aus dem Grund verweigert, dass er eine Transportkapazität von weniger als 200 Nm³/h nachfragt und/oder das zu transportierende Erdgas nicht primär

als Prozessgas verwenden wird, ist darin grundsätzlich eine Geschäftsverweigerung zu erblicken. Auch das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Zugangs zu einer Einrichtung wäre in diesem Fall wohl erfüllt, da die Belieferung eines Kunden mit Erdgas ohne Durchleitung durch das entsprechende Erdgasnetz grundsätzlich nicht möglich ist und diesbezüglich auch keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Schliesslich hat die Verweigerung des Netzzugangs auch einen direkten Effekt auf die Wettbewerbssituation im nachgelagerten Markt für Erdgaslieferung an Endkunden. Drittlieferanten (netzfremde Lieferanten von Erdgas) werden in der Aufnahme des Wettbewerbs um Endkunden behindert, da eine Belieferung von Endkunden nur dann möglich ist, wenn das zu liefernde Erdgas auch tatsächlich durchgeleitet wird. Nebst der Behinderung von potentiellen Konkurrenten kommt es auf dem Markt für Erdgaslieferung auch zu einer möglichen Ausbeutung der Marktgegenseite. Endkunden ohne Anspruch auf Netzzugang sind auf eine Belieferung durch ihren lokalen Netzbetreiber angewiesen und dementsprechend auch von diesem abhängig.¹³⁹

B.5.4.3.2. Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG

170. Die konsequente Anwendung des Netzzugangskriteriums der minimalen Transportkapazität führt dazu, dass ein Endkunde mit einer vertraglichen Kapazität von 200 Nm³/h Netzzugang erhält und damit seinen Erdgaslieferanten frei wählen kann, während einem Endkunden mit einer minimal kleineren vertraglichen Kapazität von 195 Nm³/h der Netzzugang verweigert wird und die freie Lieferantenwahl verwehrt bleibt. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von grundsätzlich gleichartigen Sachverhalten vor. Eine ähnlich gelagerte Ungleichbehandlung resultiert aus der Anwendung des Netzzugangskriteriums der primären Verwendung von Erdgas als Prozessgas: Dieses verlangt, dass für die Belieferung eines Wärmekunden auch dann kein Netzzugang gewährt wird, wenn diese Belieferung zu einem identischen Lastprofil führen würde wie die Belieferung eines netzzugangsberechtigten Prozessgaskunde. Auch hier liegt eine Ungleichbehandlung von grundsätzlich gleichen Sachverhalten vor, da bei identischem Lastprofil die Erdgasdurchleitung zu einem Prozessgaskunden den grundsätzlich gleichen technischen Aufwand verursachen wird, wie die Erdgasdurchleitung zu einem Wärmekunden. Von der vorstehend beschriebenen Ungleichbehandlung betroffen sind Drittlieferanten, die auf dem nachgelagerten Markt, das heisst auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkunden, tätig sind oder grundsätzlich tätig werden könnten. Diese sind spätestens dann als Handelspartner der Netzbetreiber zu betrachten, wenn sie in einem konkreten Fall um eine Erdgasdurchleitung zu einem Endkunden ersucht haben. Durch die beschriebene Ungleichbehandlung werden die Handelspartner in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs um Endkunden behindert.¹⁴⁰

¹³⁹ Zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vgl. oben Rz 112 ff.

¹⁴⁰ Zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG vgl. oben Rz 112.

B.5.4.3.3. Erstes Zwischenfazit

171. Daraus erhellt, dass ein Netzbetreiber, der einem Endkunden und damit potenziellen Netzkunden gestützt auf die Verbändevereinbarung keinen Netzzugang gewährt, weil dieser entweder eine vertragliche Transportkapazität von weniger als 200 Nm³/h nachfragt und/oder weil er das Erdgas nicht primär als Prozessgas nutzen wird, voraussichtlich sowohl den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG als auch jenen von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt, falls dieses Verhalten im konkreten Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt werden kann. Seitens der Netzbetreiber werden denn auch zahlreiche Gründe geltend gemacht, welche die oben skizzierte Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bzw. Diskriminierung von Handelspartnern sachlich rechtfertigen würden. Dementsprechend werden nachfolgend die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe genannt und – soweit dies im Rahmen einer vorausschauenden Betrachtungsweise und losgelöst von einem konkreten Einzelfall überhaupt möglich ist – kartellrechtlich analysiert.

B.5.4.3.4. Sachliche Rechtfertigungsgründe

a. Unzumutbarkeit der sofortigen Marktöffnung

Ausführungen Netzbetreiber

172. Die Netzbetreiber machen in grundsätzlicher Weise geltend, eine sofortige Marktöffnung sei aus mehreren Gründen unmöglich. Möglich und zumutbar sei lediglich eine schrittweise Marktöffnung.¹⁴¹

173. Ein Vergleich mit der schweizerischen Stromversorgungsgesetzgebung oder mit ausländischen Energiegesetzgebungen (Strom und Gas) zeige, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen in der Schweiz unpräzise seien und der Detaillierungsgrad äusserst gering. Eine Umsetzung des Netzzugangs sei deshalb nur möglich, wenn die gesetzlichen Grundlagen durch präzisere und erläuternde Vorschriften ergänzt würden. Aus diesem Grund habe die Gaswirtschaft in einer ersten Phase freiwillig selber ein Regelwerk entwickelt. Gestützt auf die Verbändevereinbarung sei die Gaswirtschaft heute in der Lage, für eine überschaubare Anzahl Kunden Dritttransporte durchzuführen. Für diese überschaubare Anzahl Kunden könnten mit einem akzeptablen Aufwand die erforderlichen IT-Systeme und das erforderliche Personal bereitgestellt werden. Hingegen könne mit den bestehenden IT-Systemen und mit dem bestehenden Personal nicht eine unbeschränkte Anzahl Dritttransporte abgewickelt werden. Aus diesem Grund sei die Marktöffnung schrittweise anzugehen. Bei dieser schrittweisen Vorgehensweise müsse zuerst das Regelwerk weiterentwickelt werden, damit die Gaswirtschaft überhaupt wisse, in welche IT-Systeme Investitionen erforderlich seien und wie viele Personen sie für die Abwicklung des Netzzugangs überhaupt ausbilden müsste.¹⁴²

Kartellrechtliche Würdigung

174. Dem Argument, eine sofortige Marktöffnung sei weder möglich noch zumutbar, ist in erster Linie entgegenzuhalten, dass heute sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich der Nutzung von Erdgasnetzen keine gesetzlichen Monopole bestehen. Der

schweizerische Gasmarkt ist vielmehr bereits seit 1964 geöffnet. Damals trat das Rohrleitungsgesetz in Kraft, welches Unternehmen mit eigenen Rohrleitungsanlagen verpflichtet, vertraglich Erdgastransporte für Dritte zu übernehmen, wenn dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet.¹⁴³ Dies bedeutet, dass Netzbetreiber gestützt auf das Rohrleitungsgesetz seit rund fünfzig Jahren verpflichtet sind, Erdgas durchzuleiten, auch wenn dieses nicht beim angestammten Gasversorger – sprich, dem lokalen Netzbetreiber – gekauft wird. Dass eine solche Durchleitungspflicht auch aufgrund der Bestimmungen des Kartellgesetzes besteht, sollte spätestens seit dem rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*¹⁴⁴ klar sein, in welchem festgehalten wurde, dass die Weigerung eines Elektrizitätswerks, den Strom eines Drittunternehmens durch sein Netz zu einem in ihrem Versorgungsgebiet domizilierten Endverbraucher zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist.

175. Dem geltend gemachten Rechtfertigungsgrund, eine Marktöffnung könne nicht von heute auf morgen erfolgen, kann somit nicht gefolgt werden, da die Netzbetreiber bereits seit fast fünfzig Jahren verpflichtet sind, Dritten – sofern wirtschaftlich zumutbar und technisch möglich – Netzzugang zu gewähren und somit bereits seit längerem mit Zugangsgesuchen hätten rechnen müssen und entsprechende Vorkehrungen hätten treffen können.

176. Das Argument, bei anderen leitungsgebundenen Märkten (Strom, Telekommunikation) sei ebenfalls die Vorgehensweise der schrittweisen Marktöffnung gewählt worden,¹⁴⁵ kann für die vorliegende Beurteilung ebenfalls nicht herangezogen werden. In den genannten Bereichen besteht – im Gegensatz zum Erdgasbereich – eben gerade eine gesetzliche Grundlage, welche die einzelnen Marktöffnungsschritte konkret festlegt.

177. Zuzustimmen ist den Netzbetreibern allerdings insofern, als die bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Erdgasdurchleitung in der Schweiz wenig detailliert sind. Das Engagement der Netzbetreiber und der Industriekunden selbst eine konstruktive Lösung zu finden, ist in diesem Zusammenhang als sehr positiv zu werten. Damit eine solche Lösung jedoch vor dem Kartellgesetz standhalten kann, darf sie insbesondere keine Diskriminierung zu Lasten einzelner Kundengruppen enthalten. Denn der Ausschluss bestimmter Kundengruppen bzw. das Setzen von Marktzutrittschranken bedarf grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage, um nicht mit den Bestimmungen des Kartellgesetzes in Konflikt zu geraten. Ein zwischen den Vertretern von verschiedenen Branchen abgeschlossenes Vertragswerk vermag eine

¹⁴¹ Vgl. z. B. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 2 f.

¹⁴² Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 13 f.

¹⁴³ Vgl. dazu oben Rz 23 ff. und Rz 50.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*.

¹⁴⁵ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 2.

solche gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen. Mit anderen Worten kann die Gewährung des Netzzugangs gestützt auf das Kartellgesetz durch einen privatrechtlich abgeschlossenen Vertrag grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.¹⁴⁶

b. Keine Einzelfallbetrachtung

Ausführungen Netzbetreiber

178. Die Netzbetreiber machen geltend, dass bei der Frage, ob ein bestimmter Transport technisch unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar sei und damit ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung des Netzzugangs bestehe, nicht nur beurteilt werden dürfe, ob ein Netzbetreiber in der Lage sei, einen Dritttransport für einen Netzkunden durchzuführen, dessen gebuchte Transportkapazität weniger als 200 Nm³/h betrage; sondern dieser einzelne Transport vielmehr auf eine Vielzahl von Fällen hochzurechnen sei. Dies mit der Folge, dass die Durchführung einer Vielzahl von solchen Transporten technisch nicht mehr möglich bzw. wirtschaftlich nicht mehr zumutbar wäre. Falls ein Unternehmen in einem Einzelfall den Netzzugang – trotz Nichterfüllung der Kriterien – gewähre, sei es zudem an das entsprechende Präjudiz gebunden mit der Folge, dass es auch in Zukunft Transporte für weitere Transportkunden, welche die Kriterien gemäss Verbändevereinbarung nicht erfüllen würden, durchführen müsse. Aus diesem Grund sei es sachlich gerechtfertigt, bereits einen Transport für einen Transportkunden mit einer Transportkapazität von weniger als 200 Nm³/h nicht durchzuführen, auch wenn dieser eine Transport möglicherweise technisch möglich bzw. wirtschaftlich zumutbar wäre. Dies deshalb, weil nicht massgebend sei, ob dieser eine Transport, sondern eine Vielzahl von gleichgelagerten Transporten technisch möglich bzw. wirtschaftlich zumutbar wären.¹⁴⁷

179. In einem vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilenden Fall habe eine Privatperson eine Briefkastenanlage installiert gehabt, deren Briefeinwurföffnungen statt der erforderlichen 25 cm nur 22.5 cm breit gewesen seien. Die Schweizerische Post habe mit Verfügung festgehalten, dass an den betreffenden Adressen keine den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Briefkastenanlagen existieren würden, für das Anbringen entsprechender Anlagen eine Frist von 30 Tagen eingeräumt werde und, falls diese Frist ungenutzt verstreiche, die Postsendungen auf der lokalen Poststelle zurückgehalten würden. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil (BVGr, 7. August 2012, A-6736/2011, E.3.4) unter anderem festgehalten, einen Massstab, wann der Mehraufwand noch als vertretbar zu gelten habe, nenne die Verordnung nicht. Weiter zu berücksichtigen sei, dass die Vorinstanz die Postzustellung als Teil des Universaldienstes in der ganzen Schweiz gewährleisten müsse (Art. 2 Abs. 1 und 2 PG). Nach konstanter Rechtsprechung sei es deshalb gerechtfertigt, wenn die Vorinstanz den durch eine Ausnahmeregelung bedingten Mehraufwand nicht nur im konkreten Einzelfall in Betracht ziehe, sondern diesen auf sämtliche Postkunden in der ganzen Schweiz in vergleichbarer Situation hochrechne. Führe eine solche Hochrechnung zu einem nicht unerheblichen Mehraufwand, sei dieser nur dann vertretbar, wenn ernsthafte Gründe von einem

gewissen Gewicht dafür vorliegen würden. Die gleichen Überlegungen seien auch für die von der Erdgasbranche vorgeschlagenen Netzzugangslimiten anwendbar.¹⁴⁸

Kartellrechtliche Würdigung

180. Zunächst ist festzustellen, dass es im genannten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Wesentlichen um die Frage ging, ob es mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sei, wenn der Ordnungsgeber auf eine Ausnahmeregelung bezüglich der einzuhaltenden Mindestmasse der Einwurföffnungen von Briefkastenanlagen verzichte.¹⁴⁹ Wie die Netzbetreiber zu Recht ausführen, hat das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang festgehalten, dass es nach konstanter Rechtsprechung gerechtfertigt sei, wenn die Vorinstanz den durch die Ausnahmeregelung bedingten Mehraufwand nicht nur im konkreten Einzelfall in Betracht ziehe, sondern diesen auf sämtliche Postkunden in der ganzen Schweiz in vergleichbarer Situation hochrechne.¹⁵⁰

181. Das genannte Bundesverwaltungsgerichtsurteil lässt sich jedoch in keiner Weise mit der vorliegend in Rede stehenden Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Netzzugangsverweigerungen zu Schweizer Erdgasnetzen vergleichen. Im oben genannten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ging es im Wesentlichen um die Frage nach der Verfassungsmässigkeit einer Ordnungsbestimmung. Demgegenüber sind vorliegend mögliche sachliche Rechtfertigungsgründe für eine potenzielle Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bzw. für eine Diskriminierung von Handelspartnern zu prüfen. Während es bei Ersterem mit anderen Worten um die Frage ging, ob es verhältnismässig ist, dass in einer Verordnung – das heisst einer generell-abstrakten Norm – auf eine Ausnahmeregelung verzichtet wird, geht es vorliegend um eine vorausschauende Betrachtung eines potenziellen Kartellrechtsverstosses, das heisst um einen möglichen zukünftigen Einzelfall. Bereits daraus erhellt, dass sich die beiden Angelegenheiten kaum miteinander vergleichen lassen. Auch kann die Regelung in einer Ordnungsbestimmung nicht mit einer „privatrechtlichen Regulierung“ – wie der Verbändevereinbarung – verglichen werden, da die beiden auf völlig unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen. Schliesslich ging es im in Rede stehenden Bundesverwaltungsgerichtsurteil darum, dass für alle die gleichen Vorgaben zur Anwendung gelangen sollten, während die Verbändevereinbarung im Gegensatz dazu bezweckt, den Grossteil der Erdgasbezüger vom Anwendungskreis dieser Vereinbarung auszuschliessen.

¹⁴⁶ Vgl. dazu auch oben, Rz 15 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 18.

¹⁴⁸ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 3 f.

¹⁴⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-6736/2011 vom 7.8.12, E. 3.3.

¹⁵⁰ Vgl. Urteil des BVGer A-6736/2011 vom 7.8.12, E. 3.4.

182. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und unterschiedlichen Fragestellungen aus dem angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für die vorliegende Beurteilung nichts ableiten lässt. Vielmehr ist das Kartellgesetz so konzipiert, dass die Wettbewerbswidrigkeit einer strittigen Verhaltensweise stets aufgrund einer Einzelfallanalyse zu beurteilen ist.

c. Eine vollständige Marktöffnung mit Netzzugang für alle Endkunden sei zum heutigen Zeitpunkt technisch nicht möglich

Ausführungen Netzbetreiber

183. Gemäss den Ausführungen der Netzbetreiber bestehe mit den beiden gemeinsam von den Industriekunden und der Gaswirtschaft gewählten Zugangsgrenzen – Transportkapazität grösser als 200 Nm³/h sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas – eine Marktöffnung für gut 25 % des gesamten Gasabsatzes in der Schweiz. Dies entspreche rund 300 Endverbrauchern. Auch die EU habe den Weg der schrittweisen Marktöffnung gewählt, indem vorerst für rund 25 % des Gasabsatzes der Netzzugang eingeräumt worden sei. Von einer vollen Marktöffnung in einem Schritt habe die EU aber bewusst abgesehen. Die beiden Marktzugangsgrenzen seien bewusst so gewählt worden, dass maximal 300 Endverbraucher Netzzugang erhalten würden. Dies sei die für die Erdgasbranche massgebende Grenze. Es sei zwar auch denkbar, Netzkunden, die das Erdgas nicht primär als Prozessgas nutzen, den Netzzugang zu gewähren. In diesem Fall müsse aber die Mindesttransportkapazität von 200 Nm³/h angehoben werden, damit sichergestellt werden könne, dass nicht mehr als maximal 300 Endverbraucher den Netzzugang in Anspruch nehmen könnten.¹⁵¹ Die Vertragsparteien hätten sich jedoch für eine kombinierte Zugangsgrenze (Mindesttransportkapazität und Nutzung als Prozessgas) entschieden, weil insbesondere die produzierenden Betriebe mit hohen Energieverbräuchen im Produktionsbereich in Konkurrenz zu europäischen oder weltweiten Standorten ständen.¹⁵²

184. Aufgrund der Marktöffnung für 300 Endverbraucher müsse die Erdgasbranche damit rechnen bzw. darauf vorbereitet sein, dass alle diese 300 Endverbraucher den Netzzugang beanspruchen würden. Simulationen hätten ergeben, dass 300 Dritttransporte aufgrund der regionalen Verteilung der Endverbraucher mit viel zusätzlichem Einsatz der betroffenen Mitarbeiter der Netzbetreiber und entsprechenden Mehrkosten durchgeführt und abgebildet werden könnten. Die Abwicklung von 300 Dritttransporten dürfe deshalb noch knapp als technisch möglich beurteilt werden. Die Erdgasbranche habe bei der BET GmbH in Aachen eine Studie in Auftrag gegeben,¹⁵³ weshalb eine vollständige Marktöffnung mit Netzzugang für alle Endverbraucher inklusive Haushaltskunden zum heutigen Zeitpunkt technisch nicht möglich sei und weshalb eine vollständige Marktöffnung nur schrittweise und mit einer Übergangszeit umgesetzt werden könne. Aus dieser Studie ergebe sich im Wesentlichen Folgendes:

185. Bei aktuell 300 netzzugangsberechtigten Endkunden sei das Wechselkundengeschäft für alle Beteiligten heute „durchaus überschaubar“. Deshalb seien derzeit

keine expliziten Prozesse und Systeme für die Abwicklung des Lieferantenwechsels erforderlich. Eine vollautomatisierte Abwicklung von spezifischen Einzelfällen sei technisch nahezu unmöglich. Weiter erscheine der mögliche volkswirtschaftliche Nutzen der dafür notwendigen Investitionen in umfassende Systeme sowie die Beschreibung erforderlicher Sonderfälle des Einzelkundengeschäfts in standardisierte Prozesse zu gering. Das Einzelkundengeschäft werde deshalb heute weitgehend manuell durchgeführt und die hierfür notwendigen einfachen IT-Systeme seien aus bereits bestehenden Lösungen entwickelt worden. Der operative Aufwand werde zwar bislang ohne zusätzliches Personal geleistet; dies sei aber nur möglich, indem das bestehende Personal Zusatzleistungen erbringe. Um ein Massenkundengeschäft im Schweizerischen Gasmarkt zu etablieren, müssten sowohl die IT-Systeme als auch der hierfür qualifizierte Personalbestand weiter ausgebaut und der gesamte Prozessablauf notwendigerweise standardisiert und automatisiert werden.

186. Neben der Entwicklung und Etablierung von grundlegenden Prozessen und Rahmenbedingungen sei die Installation einer umfassenden Messinfrastruktur zur Umsetzung eines eventuellen Massenmarktes notwendig. Derzeit sei dies aus Effizienzgründen noch nicht der Fall. Faktisch habe hierfür bislang kein Bedarf bestanden. Heute seien aufwändige Messsysteme nur dort aufgebaut, wo dies für die operative Netzsteuerung bzw. zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlich erscheine. Bei einer weiteren Marktöffnung erforderliche Abwicklungssysteme, z. B. für „kleine“ Endverbraucher, müssten erst noch entwickelt und erprobt werden. Die Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern hätten gezeigt, dass z. B. die Ermittlung und der Test von Standardlastprofilen durchaus zeitintensiv seien und mehrere Jahre in Anspruch nehmen würden. Eine solche Datenbasis sei aber Grundvoraussetzung, um im Rahmen des Energiedatenmanagements eine korrekte Mengenzuordnung auf verschiedene Lieferanten durchführen zu können. Die heute anzutreffende IT-Landschaft sei äusserst heterogen und reiche von modifizierter Standardsoftware über eigenprogrammierte Extranetlösungen bis hin zum Einsatz von Microsoft Excel. Es stünde ausser Frage, dass die Abwicklung eines Massenkundengeschäfts (bei vollständiger Marktöffnung) mit diesen Lösungen heute nicht möglich sei. Entsprechend stelle der Umbau der IT die grösste Herausforderung dar.

¹⁵¹ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 12.

¹⁵² Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 2.

¹⁵³ Vgl. Beilage 4 zum Schreiben vom 2. Juli 2013, BET GmbH, Kurzstellungnahme zur stufenweisen Öffnung des Gasnetzzugangs in der Schweiz.

187. Bei einer vollständigen Marktöffnung sei es für die Einzelkundenbetrachtung notwendig, ein zählpunkt-scharfes Energiedatenmanagement und eine zählpunkt-scharfe Netznutzungsabrechnung vorzuhalten. Dies könne nur gewährleistet werden, wenn entsprechende Investitionen in eine umfängliche IT-Infrastruktur (Software, Datenbanken) und Kommunikationstechnik (Einheitlicher Nachrichtenaustausch, Formate u. Technik) getätigt würden. Darüber hinaus seien Investitionen in qualifiziertes Fachpersonal sowie Schulung und Ausbildung bestehender Mitarbeiter notwendig, um neue Prozesse und neue IT bedienen zu können. Für reine Gasversorgungsunternehmen, die im Gegensatz zu Querverbundunternehmen nicht über Erfahrungen aus der Strommarktliberalisierung verfügten, sei der damit einhergehende Aufwand erheblich und die Umstellung würde möglicherweise mehrere Jahre dauern.

188. Zusammenfassend könnten heute aufgrund fehlender Automatismen und Standardisierungen nicht eine unbeschränkte Anzahl von Dritttransporten abgewickelt werden. Die Gewährung des Netzzugangs für alle Netzkunden sei aktuell technisch nicht möglich. Mit den beiden gewählten Netzzugangsvoraussetzungen – Transportkapazität grösser als $200 \text{ Nm}^3/\text{h}$ sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas – werde gewährleistet, dass nicht mehr als 300 Dritttransporte durchgeführt werden müssten. Diese Anzahl Dritttransporte entspreche den mit den heutigen Systemen möglichen Abwicklungen.¹⁵⁴ Auch im gesetzlich geregelten Strombereich seien Kleinkunden mit einem Verbrauch von weniger als 100 MWh nicht netzzugangsberechtigt.¹⁵⁵

Kartellrechtliche Würdigung

189. Zunächst gilt es zu erinnern, dass falls eine Gewährung des Netzzugangs aus technischen Gründen nicht möglich sein sollte, ein Netzbetreiber weder nach dem Kartellgesetz, noch nach dem Rohrleitungsgesetz verpflichtet ist, Dritten diesen Zugang zu gewähren.¹⁵⁶

190. Mit den vorstehenden Ausführungen macht die Erdgaswirtschaft im Wesentlichen geltend, es sei heute aus technischen Gründen lediglich möglich, 300 Erdgaskunden in der Schweiz Netzzugang zu gewähren, während ein Massenmarkt in diesem Bereich zur Zeit technisch (noch) nicht möglich sei. Damit sei die Einschränkung des Netzzugangs auf Prozessgaskunden mit einer Transportkapazität von mindestens $200 \text{ Nm}^3/\text{h}$ sachlich gerechtfertigt. Dieser Argumentationsweise kann vorliegend aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden:

191. In erster Linie gilt es hier nochmals zu betonen, dass im Rahmen einer kartellrechtlichen Vorabklärung bzw. Untersuchung stets eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden muss.¹⁵⁷ Es ist somit grundsätzlich nicht möglich, zum Voraus und losgelöst von einem konkreten Einzelfall eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung einer potentiellen Verhaltensweise vorzunehmen. Vielmehr sind – insbesondere bei der Prüfung von sachlichen Rechtfertigungsgründen – der tatsächliche Sachverhalt und die Gegebenheiten der einzelnen Unternehmen zu berücksichtigen. Wie die Netzbetreiber selber ausführen, ist die IT-Landschaft bei den verschiedenen Netzbetreibern äusserst heterogen ausgestaltet und reiche von modifizierter Standardsoftware über ei-

genprogrammierte Extranetlösungen bis hin zum Einsatz von Microsoft Excel. Der mit der neuen IT einhergehende Aufwand sei für reine GVUs, die im Gegensatz zu Querverbundunternehmen nicht über Erfahrungen aus der Strommarktliberalisierung verfügten, erheblich und daure möglicherweise mehrere Jahre. Schliesslich wird ausgeführt, dass heute aufwändige Messsysteme nur dort aufgebaut seien, wo dies für die operative Netzsteuerung bzw. zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlich erscheine.¹⁵⁸ Daraus erhellt, dass zumindest bei einigen Unternehmen durchaus bereits aufwändige Messsysteme bestehen und dass die technischen Vorrichtungen bei den einzelnen Netzbetreibern insgesamt sehr unterschiedlich ausgeschaltet sind. Dies hat zur Folge, dass auch der Aufwand einer allfälligen IT-Umstellung je nach Unternehmen stark variieren würde. Es kann somit bereits aus diesem Grund nicht für alle über hundert Netzbetreiber in der Schweiz einheitlich bestimmt werden, ob bzw. ab welchen Schwellenwerten die Gewährung des Netzzugangs technisch unmöglich ist. Aus der Situation, dass es einem bestimmten Netzbetreiber aus technischer Sicht beispielsweise grundsätzlich möglich erscheint, maximal dreissig Kunden den Netzzugang zu gewähren, kann nicht geschlossen werden, dass ein anderer Netzbetreiber ebenfalls maximal dreissig Netzkunden zulassen muss, obwohl dieser aufgrund seiner IT, seinem Personal und seiner Erfahrung grundsätzlich in der Lage wäre, bedeutend mehr Durchleitungen von Erdgas durchzuführen. Solche fixe Beschränkungen bräuchten eine gesetzliche Grundlage und können nicht gestützt auf eine privatrechtliche Vereinbarung allgemeinverbindlich festgelegt werden.¹⁵⁹ Insbesondere sind auch die Wettbewerbsbehörden vorliegend nicht befugt solche Begrenzungen in rechtverbindlicher Weise zu statuieren bzw. sämtliche Netzbetreiber von einer allfälligen Sanktionierung zu befreien.

192. Darüber hinaus muss es für die Beurteilung der technischen Komponente auch eine Rolle spielen, bei welchem bzw. welchen Unternehmen diese 300 Netzzugänge nachgefragt werden. Werden all diese Netzzugänge beim gleichen Netzbetreiber nachgefragt, könnte das Argument der technischen Machbarkeit – je nach Unternehmen – in der Tat relevant werden. Werden demgegenüber bei jedem Unternehmen beispielsweise vier (und damit insgesamt mehr als 300) Durchleitungsgesuche gestellt, erscheint es höchst zweifelhaft, weshalb eine solche Durchleitung für die einzelnen Netzbetreiber technisch unmöglich sein sollte. Mit anderen Worten kann wiederum nur in Bezug auf jedes einzelne Unternehmen festgestellt werden, wie viele Durchleitungen technisch möglich sind.

¹⁵⁴ Vgl. Schreiben vom 3. Juli 2013, S. 14 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 c), S. 14.

¹⁵⁶ Vgl. oben Rz 24 ff und 118.

¹⁵⁷ Vgl. oben Rz 182.

¹⁵⁸ Vgl. oben Rz 186 f.

¹⁵⁹ Vgl. oben Rz 176 f.

193. Selbst wenn sodann davon auszugehen wäre, dass der Netzzugang schweizweit nur 300 Netzkunden gewährt werden kann und dies insgesamt als sachlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt werden würde, erklärt dies noch nicht, weshalb gerade jene Kunden Netzzugang erhalten sollen, die die beiden Kriterien (Transportkapazität grösser als 200 Nm³/h sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas) erfüllen. So erläutern die Netzbetreiber insbesondere nicht, weshalb gerade diese beiden Kriterien zu diskriminierungsfreien Ergebnissen führen würden. Mit den genannten Kriterien wird vor allem auch nicht sichergestellt, dass tatsächlich 300 Kunden Netzzugang erhalten, sondern nur, dass es nicht mehr als 300 Kunden sind. Sofern also nicht alle, die aufgrund der Verbändevereinbarung Netzzugang erhalten würden, diesen auch tatsächlich in Anspruch nehmen – wovon wohl nicht ausgegangen werden kann – wird die von den Netzbetreibern als technisch möglich definierte Grenze von 300 Netzkunden nicht ausgereizt. Mit anderen Worten erhalten in diesem Fall weniger Kunden Netzzugang, als es aufgrund der technischen Gegebenheiten möglich wäre. Somit sind die in der Verbändevereinbarung enthaltenen Kriterien (Transportkapazität grösser als 200 Nm³/h sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas) nicht geeignet, um sicherzustellen, dass tatsächlich so vielen Kunden Netzzugang gewährt wird, wie es aus technischer Sicht möglich wäre. Dies könnte demgegenüber beispielsweise dadurch erreicht werden, indem schlicht die ersten 300 Kunden Netzzugang erhalten würden, die diesen verlangen oder wenn Auktionsverfahren durchgeführt würden. Somit ergibt sich, dass selbst wenn das von den Netzbetreibern angeführte Argument der technischen Unmöglichkeit von mehr als 300 Durchleitungen für Dritte als sachlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt würde, damit nicht begründet werden könnte, inwiefern die ausgewählten Kriterien (Transportkapazität grösser als 200 Nm³/h sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas) zu diskriminierungsfreien Ergebnissen führen würden.

194. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Gewährung eines Netzzugangs technisch möglich ist oder nicht, stets anhand des konkreten Einzelfalls beurteilt werden muss. Eine ex ante Beurteilung, welche darüber hinaus noch für alle über hundert Netzbetreiber, die in technischer und personeller Hinsicht jeweils sehr unterschiedlich ausgestattet sind, gleichermassen gelten soll, ist demgegenüber nicht möglich. Dies bedeutet jedoch nicht, dass wenn es in Zukunft tatsächlich zu einer Beurteilung eines konkreten Einzelfalls betreffend Netzzugangsverweigerung kommen sollte, das Argument, die Gewährung des Netzzugangs sei aus technischen Gründen nicht möglich, nicht tatsächlich greifen könnte. Es müsste dann jedoch bezogen auf die konkrete Situation, den konkreten Netzbetreiber und den in Rede stehenden Netzkunden erläutert werden, weshalb die Gewährung des Netzzugangs aus technischen Gründen unmöglich sei.

d. Eine vollständige Marktöffnung mit Netzzugang für alle Endkunden sei zum heutigen Zeitpunkt wirtschaftlich unzumutbar

Ausführungen Netzbetreiber

195. Um die Durchführung von mehr als 300 Dritttransporten (= unbegrenzte Anzahl Dritttransporte) durchzuführen, müssten gemäss den Angaben der Netzbetreiber erhebliche initiale Investitionskosten getätigt werden. Diese Investitionskosten könnten zwar theoretisch über das Netznutzungsentgelt auf die Erdgasbezüger weitergewälzt werden. Damit würde sich der Energieträger Erdgas aber für alle Erdgasbezüger, also auch für diejenigen, die den Netzzugang nicht beanspruchen würden, verteuern. Da der Energieträger Erdgas bei einer Verteuerung zu anderen alternativen Energieträgern, wie Strom, Öl, Fern- oder Erdwärme nicht mehr konkurrenzfähig wäre, könnten die Netzbetreiber diese Investitionskosten praktisch aber nicht über das Netznutzungsentgelt auf die Erdgasbezüger weiterwälzen, sondern müssten diese Investitionskosten selber tragen, was wirtschaftlich nicht mehr zumutbar sei. Zudem könnten sich diese Kosten im Nachhinein als unnützlich erweisen, da die Nachfrage im Endkundensegment eher gering sei. Aus diesem Grund sei es für die einzelnen Netzbetreiber wirtschaftlich nicht tragbar (Art. 13 Abs. 1 RLG), heute die initialen Investitionskosten zu tätigen, welche für die Durchführung von mehr als 300 Dritttransporten (= unbegrenzte Anzahl Dritttransporte) erforderlich seien.¹⁶⁰

Kartellrechtliche Würdigung

196. Auch die Frage, ob die Gewährung eines Netzzugangs wirtschaftlich zumutbar ist oder nicht, kann grundsätzlich nicht abstrakt und im Sinne einer Gesamtbeurteilung aller Netzbetreiber beantwortet werden, sondern wäre stets anhand eines konkreten Einzelfalls zu beurteilen.¹⁶¹ Ausschlaggebend kann somit nicht sein, welche Kosten für sämtliche Netzbetreiber noch im Bereich des wirtschaftlich Zumutbaren liegen würden. Das schweizerische Erdgasnetz ist eben gerade nicht im Eigentum eines einzigen Unternehmens, sondern gehört rund hundert verschiedenen Unternehmen, die alle über sehr unterschiedliche Strukturen verfügen. Somit wäre auch in Bezug auf die Frage nach der wirtschaftlichen Zumutbarkeit stets zu fragen, welche Kosten und Investitionen in Bezug auf die spezielle Ausgangssituation eines jeden Netzbetreibers, das heisst dessen technische Ausrüstung, dessen Personal und gestützt auf dessen allgemeine wirtschaftliche Lage noch als wirtschaftlich zumutbar zu betrachten sind und welche nicht.

197. Die Netzbetreiber sprechen des Weiteren von „erheblichen initialen Investitionskosten“, die getätigt werden müssten, falls es im Bereich des Netzzugangs zu

¹⁶⁰ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 18.

¹⁶¹ Vgl. dazu oben Rz 191 und 194.

einem „Massenmarkt“ kommen sollte. Gleichzeitig machen sie jedoch geltend, dass die Nachfrage im Endkundensegment eher gering sei und sich diese Ausgaben daher im Nachhinein als unnützlich erweisen könnten. Wenn also selbst die Netzbetreiber von einer geringen Nachfrage im Endkundensegment ausgehen, ist nicht ersichtlich, weshalb sie dann die genannten erheblichen Investitionen überhaupt tätigen müssten, um den wenigen an einem Netzzugang interessierten Endkunden Zugang zu gewähren. Vielmehr sind die Netzbetreiber gehalten, lediglich – aber immerhin – jene Investitionen vorzunehmen, die aufgrund der zu erwartenden Nachfrage notwendig und zumutbar erscheinen.

198. Zum Argument, dass der Energieträger Erdgas bei einer Verteuerung zu anderen alternativen Energieträgern, wie Strom, Öl, Fern- oder Erdwärme nicht mehr konkurrenzfähig sei, bleibt anzufügen, dass die überwiegende Mehrheit der Endkunden ihre Erdgasnachfrage nicht in angemessener Frist auf einen anderen Energieträger umstellen könnten.¹⁶²

e. Gefährdung der Versorgungssicherheit

Ausführungen Netzbetreiber

199. Die Netzbetreiber machen geltend, sie seien verantwortlich für die technische Versorgungssicherheit der Schweiz mit Erdgas, was u. a. zur Gestaltung des heutigen Netzzugangsregimes geführt habe.

200. Aus Gründen der Versorgungssicherheit werde die Schweiz über insgesamt zwölf Einspeisepunkte mit Erdgas versorgt. Falle eine Einspeisung weg, könne die sichere Versorgung über die anderen Einspeisepunkte weiterhin aufrechterhalten werden.

201. Die etablierten Lieferanten der schweizerischen Erdgasindustrie hätten deswegen Verträge abgeschlossen, welche es ermöglichten, Erdgas an anderen Grenzübergangspunkten als Wallbach (dem grössten Einspeisepunkt in der Schweiz) zu importieren. Dadurch könne sichergestellt werden, dass der Ausfall von Wallbach durch die Nutzung der anderen Einspeisepunkte kompensiert werden könne. Diese Verträge würden allerdings Ausspeisekapazitäten aus den vorgelagerten Netzen für den Import von Erdgas in die Schweiz beinhalten, wodurch Kosten entstünden, die unabhängig von deren Nutzung anfallen würden. Die Direktimporteure („Dritte Lieferanten“) würden heute nichts zu dieser Vorkhaltung und der zugehörigen Kostentragung beitragen. Die Direktimporteure würden ihre Kunden (ausser Endkunden in der Zone Bündner Rheintal) ausschliesslich über Wallbach beliefern, da dies die wirtschaftlich günstigste Variante sei. Im Rahmen der Verbändevereinbarung mit einer entsprechenden Teilmarktöffnung habe die schweizerische Gaswirtschaft dies akzeptiert. In Bezug auf die Einspeisung bestehe heute somit eine Diskriminierung zulasten der traditionellen Lieferkette, weil Drittlieferanten einseitig nur den finanziell günstigsten Einspeisepunkt in Wallbach vertraglich zugrunde legen würden, während die angestammten Energieversorgungsunternehmen für Ihre Transporte auch die andern, zur Netzstabilität erforderlichen, teureren Grenzübergangspunkte nutzen müssten.

202. Die einfachste Alternative zum Abwenden von Markteingriffen durch die Netzbetreiber zur Gewährleis-

tung der Versorgungssicherheit sei die Abgrenzung von Marktplätzen innerhalb der Schweiz. Dies laufe aber den aktuellen Bestrebungen der Gaswirtschaft und der Industriekundenverbände entgegen.

203. Neben einem effizienten Netzzugang sei somit die Installation eines neuen Kapazitäts- und Netzentgeltregimes notwendig, damit die Handelsseite die tatsächliche Physik nicht negativ beeinflusse. Lösungsansätze hierfür müssten jedoch zuerst erarbeitet und geprüft werden.

204. Insgesamt sei eine vollständige Marktöffnung zum heutigen Zeitpunkt technisch nicht möglich (Art. 13 Abs. 1 RLG), da eine Marktöffnung mit mehr als 300 Dritttransporten die Versorgungssicherheit gefährden könne.¹⁶³

Kartellrechtliche Würdigung

205. Zum Argument der Gefährdung der Versorgungssicherheit gilt es in erster Linie anzumerken, dass unklar ist, woraus die Netzbetreiber die geltend gemachte Versorgungssicherheit bzw. der angeblich bestehende Versorgungsauftrag der angestammten Erdgasversorgungsunternehmen ableiten. Insbesondere wurde keine gesetzliche Grundlage für eine solch ausschliessliche Pflicht der Netzbetreiber beigebracht.¹⁶⁴ Solange es sich somit um rein versorgungspolitische Motive handelt, die jedoch einer gesetzlichen Grundlage entbehren, können diese im Rahmen einer kartellrechtlichen Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Politische Motive könnten vielmehr ausschliesslich im Rahmen eines Ausnahmegesuchs an den Bundesrat im Sinne von Art. 8 KG in Betracht gezogen werden.¹⁶⁵

206. Somit kann auch der aus der Versorgungssicherheit hergeleiteten Begründung, eine Marktöffnung mit mehr als 300 Dritttransporten sei zum heutigen Zeitpunkt nicht möglich, nicht gefolgt werden.¹⁶⁶ Zudem machen die Netzbetreiber selber geltend, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, um die Versorgungssicherheit aufrechtzuerhalten. So wird einerseits die Abgrenzung von Marktplätzen genannt und andererseits die Installation eines neuen Kapazitäts- und Netzentgeltregimes. Zur Abgrenzung von Marktplätzen wird dabei lediglich ausgeführt, dies widerspreche den aktuellen Bestrebungen der Gaswirtschaft und der Industriekundenverbände. Eine tatsächliche Begründung, weshalb diese Variante nicht gewählt wird, fehlt jedoch. Dass die Installation eines neuen Kapazitäts- und Netzentgeltregimes nicht von heute auf morgen möglich ist, leuchtet zwar ein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Netzbetreiber einfach darauf berufen könnten, Drittlieferungen seien aufgrund der vorhandenen Technik auf eine bestimmte Anzahl beschränkt. Vielmehr sind die Netzbetreiber grundsätzlich gehalten, die aufgrund der zu erwartenden Nachfrage notwendigen und zumutbaren Investitionen vorzunehmen.

¹⁶² Vgl. dazu oben Rz 78 ff.

¹⁶³ Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 18 ff.

¹⁶⁴ Vgl. dazu oben Rz 21 ff.

¹⁶⁵ Vgl. oben Rz 110.

¹⁶⁶ Zum Argument der technischen Unmöglichkeit vgl. zudem oben Rz 189 ff.

207. Schliesslich bleibt auch hier erneut anzuführen, dass das Argument, ein bestimmter Netzzugang sei aus technischen Gründen nicht möglich, zwar allenfalls ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung darstellen könnte, nicht jedoch für die durch die Verbändevereinbarung hervorgerufene Ungleichbehandlung. Mit anderen Worten lässt sich durch die angeführten technischen und versorgungssicherheitspolitischen Gründe nicht erklären, weshalb diese nur gegenüber Kunden gelten sollten, welche die beiden Kriterien der Verbändevereinbarung (Transportkapazität grösser als 200 Nm³/h sowie primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas) nicht erfüllen.

f. Unternehmensbegriff nach Art. 13 Abs. 1 RLG

Ausführungen Netzbetreiber

208. Die Netzbetreiber machen geltend, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des RLG am 1. März 1964 sei noch nicht zwischen Netzbetrieb und Energielieferung unterschieden worden, sondern die Belieferung von Endverbrauchern sei mit integrierten Verträgen erfolgt. Integrierte Erdgaslieferungsverträge würden einerseits die Lieferung des Erdgases in der gewünschten Menge und andererseits auch alles andere beinhalten, das es brauche, um das Erdgas bedarfsgerecht zum Kunden zu bringen, wie den Transport und die Systemdienstleistungen.

209. Wenn in Art. 13 Abs. 1 RLG die Rede davon sei, dass Dritttransporte nur dann durchgeführt werden müssen, wenn diese wirtschaftlich zumutbar sind, bedeute dies, dass der Netzzugang ganz allgemein dann verweigert werden könne, wenn er für die betreffende Unternehmung wirtschaftlich nicht zumutbar sei. Es sei zu beachten, dass Art. 13 Abs. 1 RLG nicht vom „Netzbetreiber“, sondern von der integrierten „Unternehmung“ spreche. In einer integrierten Welt, welche dem Gesetzgeber bei Erlass von Art. 13 Abs. 1 RLG vorgeschwebt sei, könne der Netzzugang nicht nur dann verweigert werden, wenn der Netzzugang für die betreffende Unternehmung auf dem Transportmarkt wirtschaftlich unzumutbar sei, sondern auch dann, wenn der Netzzugang auf dem Energiemarkt zu wirtschaftlich unzumutbaren Ergebnissen führe.¹⁶⁷

Kartellrechtliche Würdigung

210. In Art. 2 Abs. 4 RLG wird der Begriff „Unternehmung“ als „Betreiberin der Rohrleitungsanlage“ definiert.¹⁶⁸ Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass vom klaren Wortlaut der genannten Bestimmung abzuweichen wäre. Zudem sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb die ausdrückliche Definition von Art. 2 Abs. 4 RLG nicht auch auf Art. 13 RLG Anwendung finden sollte. Dass der Gesetzgeber bereits bei Erlass des RLG sehr wohl zwischen Netzbetrieb und Energielieferung unterschied, ergibt sich überdies aus dem Inhalt von Art. 13 RLG selbst. Denn wenn der Gesetzgeber nicht bereits dazumal erkennt hätte, dass zwischen diesen beiden Leistungen zu unterscheiden ist, hätte er keine Bestimmung erlassen müssen, die explizit die Durchleitungspflicht für Dritte und damit den Netzbetrieb regelt.

211. Insgesamt bedeutet dies, dass unter dem Begriff „Unternehmung“ im Sinne von Art. 13 RLG der Betreiber einer (Hochdruck-) Rohrleitungsanlage zu verstehen ist.

Der Begriff umfasst somit entgegen der Ansicht der Netzbetreiber nicht das „integrierte Unternehmen“, sondern lediglich jenen Teil des Unternehmens, der den Netzbetrieb beinhaltet. Ob dies jedoch zur Folge hat, dass sich die technische Unmöglichkeit bzw. wirtschaftliche Unzumutbarkeit aus jenem Bereich des Unternehmens ergeben muss, der den Betrieb der Rohrleitungsanlage beinhaltet, kann vorliegend offen bleiben.

212. So oder anders ist an dieser Stelle erneut festzuhalten, dass Art. 13 RLG ohnehin keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 KG darstellt.¹⁶⁹

g. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit aufgrund bestehender Bezugsverpflichtungen

Ausführungen Netzbetreiber

213. Gemäss den Ausführungen der Netzbetreiber ist die Versorgung von Erdgaskunden in der Schweiz während der letzten Jahrzehnte ausschliesslich durch die schweizerische Erdgaswirtschaft sichergestellt worden. Die schweizerische Erdgaswirtschaft habe dabei mangels Grossspeichern und eigenen Erdgasvorkommen in der Schweiz sowie aufgrund von verhältnismässig geringem Leitungspuffer in ihrem Leitungsnetz die notwendige Flexibilität grösstenteils durch entsprechend gestaltete Bezugsverträge im Ausland beschaffen müssen.¹⁷⁰

214. Zwecks Sicherung der Versorgungssicherheit hätten die schweizerischen „Integrierten Erdgasversorgungsunternehmen“¹⁷¹ somit langfristige Bezugsverträge mit sogenannten „Take-or-Pay“-Verpflichtungen (ToP-Verpflichtungen) abgeschlossen. Dies sei europaweit Standard gewesen. Der Lieferant habe sich dabei verpflichtet, während der gesamten Vertragsdauer die jeweils langfristig festgelegten maximalen Jahres- und Stundenmengen bereitzustellen und zu liefern. Als Gegenstück zur Lieferverpflichtung des Verkäufers habe sich der Abnehmer verpflichtet, eine definierte jährliche Gasmenge zu bezahlen (Minimum Pay), unabhängig davon, ob er diese Menge tatsächlich beziehe. Ein Minimum Pay von 75 % bedeute beispielsweise, dass der Abnehmer 75 % der jeweiligen vertraglichen Jahresmenge zu bezahlen habe, unabhängig davon, ob er diese beziehe oder nicht, während der Lieferant in der Lage sein müsse, 100 % dieser Menge bereitzustellen. Mit solchen Langfristverträgen sei die Versorgung der Schweiz gesichert worden. Zudem hätten mit den Langfristverträgen Transportkapazitäten bis zu Schweizer Grenze gesichert werden können, die in diesem Umfang sonst nicht verfügbar gewesen wären. Die Sicherung der Transportkapazitäten diene ebenfalls der Versorgungssicherheit. Die Mindestabnahmeverpflichtung sei als Gegenleistung von den schweizerischen Erdgasbezüglern in der Erwartung eingegangen worden, dass man das auf jeden Fall zu bezahlende Erdgas in der Schweiz auch absetzen könne. Die schweizerische Gaswirtschaft habe solche Verträge mit Laufzeiten bis längstens ins Jahr 2023 abgeschlossen.

¹⁶⁷ Vgl. Schreiben von 2. Juli 2013, S. 22.

¹⁶⁸ Vgl. dazu auch RPW 2011/4, 672 Rz 51, *Fluxys/Swissgas/ Transitgas*.

¹⁶⁹ Vgl. oben, Rz 25 ff.

¹⁷⁰ Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 c), S. 12 f.

¹⁷¹ Vgl. dazu oben Rz 208 ff.

215. Die Langfristverträge seien zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, als es sich bei den Vertragspartnern der schweizerischen Erdgasversorgungsunternehmen um ein vorgelagertes Oligopol von Erdgasproduzenten gehandelt habe. Dazumal sei eine Marktöffnung noch kein Thema gewesen und es habe keinen liquiden Grosshandelsmarkt für Gas gegeben. In den letzten sechs Jahren habe sich in Europa jedoch ein liquider Grosshandelsmarkt für Gas entwickelt und die Marktpreise seien seit dem Abschluss der Langfristverträge markant gesunken. Eine weitere rasche Öffnung des Schweizer Gasmarkts könne aufgrund der bestehenden langfristigen Beschaffungsverträge und der damit verbundenen hohen Beschaffungskosten für viele Gasversorger zu existenziellen Problemen führen. Eine zeitlich gestaffelte Marktöffnung hingegen biete Gewähr dafür, dass sich die Gasversorger stufenweise auf die neuen Rahmenbedingungen einstellen könnten. Gleichzeitig lasse sich damit das finanzielle Risiko abfedern, weil zahlreiche Langfristverträge in den nächsten zehn Jahren auslaufen würden.

216. Es sei unbillig, wenn die Erdgasbranche auf der einen Seite ihre Erdgasbezüge aus den Take-or-Pay-Verpflichtungen nicht mehr absetzen könne, auf der anderen Seite aber ihre abgeschlossenen Langfristverträge erfüllen müsse. Während die Erdgasversorgungsunternehmen auf den – unter anderen Rahmenbedingungen und für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit – abgeschlossenen Verträge sitzen bleiben würden, könnten neu eintretende Unternehmen ohne diese „Altlast“ operieren und den Endverbrauchern marktpreisbasierte Angebote unterbreiten. Zudem sei festzustellen, dass die angestammten Erdgasversorgungsunternehmen seit jeher die Versorgungssicherheit der Schweiz sicherstellen würden. Es liege nicht im Interesse der schweizerischen Gasbezüger und Gasbezügerinnen, wenn die Erdgasversorgungsunternehmen diesen Versorgungsauftrag nicht mehr wahrnehmen würden. Neue Marktakteure hätten hingegen keinen Versorgungsauftrag bzw. hätten aus wirtschaftlichen Gründen kein Interesse daran, einen solchen Versorgungsauftrag freiwillig wahrzunehmen. Damit würden neue Marktakteure gegenüber den angestammten Erdgaslieferanten über einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verfügen. Eine vollständige Marktöffnung müsse deshalb zwingend von regulatorischen Massnahmen, womöglich auf Gesetzesstufe, begleitet werden, wonach auch die neuen Marktakteure einen Beitrag an die Versorgungssicherheit der Schweiz leisten müssten.

217. Eine schnelle Marktöffnung ohne regulatorische Massnahmen auf Gesetzesstufe schaffe damit ungleiche Voraussetzungen für die Marktakteure. Die Schweizer Erdgasversorgungsunternehmen müssten somit entweder ebenfalls marktpreisbasierte Angebote machen und würden damit aufgrund ihrer höheren Beschaffungskosten eine negative Handelsmarge erreichen. Oder sie würden Gefahr laufen, viele Endverbraucher an neue Wettbewerber zu verlieren und dadurch hohe „ToP-Zahlungen“ an die Lieferanten leisten zu müssen, da die „ToP-Mengen“ unterschritten werden würden.

218. Zudem sei zu beachten, dass im Falle der finanziellen Bedrängnis der Erdgasversorgungsunternehmen, die erforderlichen Investitionen ins Netz ausbleiben würden

und dies wiederum der Netzstabilität und der Versorgungssicherheit zuwiderlaufe. Eine vollständige Marktöffnung sei deshalb – analog zur Marktöffnung im Strombereich – nur möglich, wenn durch gesetzliche Vorschriften der Investitions-, Betriebs- und Unterhaltschutz gewährleistet werde.

219. Eine kurzfristige vollständige Marktöffnung sei aus den genannten Gründen wirtschaftlich nicht zumutbar im Sinne von Art. 13 Abs. 1 RLG, weshalb sich die „Integrierten Unternehmen“ bei einer Verweigerung des Netzzugangs auf einen sachlichen Rechtfertigungsgrund berufen könnten.¹⁷²

Kartellrechtliche Würdigung

220. Zusammengefasst wird von den Netzbetreibern damit geltend gemacht, dass die Schweizer Erdgasversorgungsunternehmen langfristige Bezugsverträge abgeschlossen hätten, weshalb eine weitere rasche Öffnung des Schweizer Gasmarkts aufgrund der damit verbundenen hohen Beschaffungskosten für viele Gasversorger zu existenziellen Problemen führen würde. Deswegen sei es wirtschaftlich nicht zumutbar, den Netzzugang mehr als 300 Netzkunden zu gewähren. Dies bedeutet, dass sich der angeführte Rechtfertigungsgrund auf einen anderen Markt bezieht als die mutmassliche kartellrechtswidrige Verhaltensweise: Während der Abschluss der angeführten Langfristverträge nämlich die Liefermärkte betrifft, findet die Nichtgewährung des Netzzugangs in erster Linie auf den Transport- bzw. Verteilmärkten statt.

221. Bei der Prüfung von „legitimate business reasons“ ist im Allgemeinen zu beachten, dass zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und dem geltend gemachten Rechtfertigungsgrund ein enger sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Obwohl vorliegend der geltend gemachte Rechtfertigungsgrund andere Märkte (Liefermärkte) betrifft, als jene, auf denen die allfälligen Kartellrechtsverstösse stattfinden würden (Transport- bzw. Verteilmärkten), wäre ein solch enger sachlicher Zusammenhang aufgrund der besonderen Beziehungsnähe zwischen den Liefermärkten einerseits und den Transport- und Verteilmärkten andererseits wohl zu bejahen.

222. Grundsätzlich als sachlicher Grund für eine Geschäftsverweigerung anerkannt, wird sodann der Umstand, dass das marktbeherrschende Unternehmen beim Eingehen der in Rede stehenden Geschäftsbeziehung existenziellen Problemen ausgesetzt würde. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik der Nutzung einer „essential facility“ ist überdies zu berücksichtigen, dass die Anreize, in das Erdgasnetz und damit in den sicheren und fortschrittlichen Bestand dieser Anlagen zu investieren, erhalten bleiben sollten.¹⁷³

¹⁷² Vgl. Schreiben vom 2. Juli 2013, S. 22 ff; vgl. auch Meldung, Ziff. 2.3 c), S. 13 f.

¹⁷³ Vgl. oben Rz 111.

223. Vorliegend kann indes nicht abschliessend sowie in allgemeiner Weise und ex ante beurteilt werden, ob die bestehenden Bezugsverpflichtungen als sachlicher Grund für die Verweigerung des Netzzugangs herangezogen werden können. Vielmehr müsste auch hier bezogen auf den konkreten Sachverhalt beurteilt werden, welcher Netzbetreiber welche Verbindlichkeiten aus welchen Gründen und für welche Zeitdauer eingegangen ist. Erst dann könnte ermittelt werden, ob eine konkrete Verweigerung eines Netzzugangs im Einzelfall aufgrund von sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann oder nicht. Anzumerken ist jedoch, dass der damalige Abschluss dieser langfristigen Bezugsverträge mit den enthaltenen „Take-or-Pay“-Verpflichtungen sowie die daraus entstehende Notwendigkeit der Netzbetreiber, dieses Erdgas (mindestens grösstenteils) auch tatsächlich absetzen zu können, zumindest nachvollziehbar erscheint.¹⁷⁴ Auch hier gilt jedoch, dass selbst wenn diese Verträge in einem konkreten Einzelfall als sachliche Rechtfertigung für eine Netzzugangsverweigerung herangezogen werden könnten, dies nicht erklärt, weshalb die Auswirkungen dieser Verträge alleine von den Kleinkunden und Wärmekunden zu tragen sind. Mit anderen Worten könnte das Bestehen der Langfristverträge im Einzelfall zwar allenfalls einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung darstellen. Die aufgezeigte Ungleichbehandlung zwischen jenen Kunden, die die Kriterien nach der Verbändevereinbarung erfüllen und damit Netzzugang erhalten und jenen Kunden, die aufgrund der Verbändevereinbarung keinen Netzzugang erhalten, lässt sich mit den genannten Verträgen und Verpflichtungen aber weder begründen noch sachlich rechtfertigen.¹⁷⁵

224. Schliesslich gilt es zu erwähnen, dass der Ruf nach regulatorischen Massnahmen angesichts der von den Netzbetreibern beschriebenen Situation, die sich aufgrund der eingegangenen „Take-or-Pay“-Verpflichtungen ergibt, verständlich erscheint. Es ist jedoch nicht möglich, solche Massnahmen im Rahmen einer kartellrechtlichen Vorabklärung festzuschreiben. Dies überschreitet schlicht die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung des Kartellgesetzes. Die von den Netzbetreibern angestrebte Rechtssicherheit kann nur vom Gesetzgeber herbeigeführt werden, indem dieser verbindliche regulatorische Vorgaben schafft.¹⁷⁶

B.5.4.3.5. Zweites Zwischenfazit

225. Zusammenfassend ergibt sich, dass die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe die aufgezeigte potenzielle Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG nicht in allgemeiner Weise sachlich zu rechtfertigen vermögen.

226. Die Frage, ob die Verweigerung des Netzzugangs sachlich gerechtfertigt werden kann – mithin die Frage, ob die Gewährung des Netzzugangs technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist – kann stets nur anhand eines konkreten Einzelfalls beurteilt werden. Eine ex ante Beurteilung, welche darüber hinaus noch für alle über hundert Netzbetreiber, die in wirtschaftlicher, struktureller, technischer und personeller Hinsicht jeweils sehr unterschiedlich ausgestattet sind, gleichermassen

gelten soll, ist demgegenüber grundsätzlich nicht möglich.

227. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe im Einzelfall – falls es später einmal zu einer Netzzugangsverweigerung aufgrund der Nichterfüllung der Kriterien der Verbändevereinbarung kommen sollte – nicht tatsächlich greifen könnten. Es müsste dann jedoch bezogen auf die konkrete Situation, den konkreten Netzbetreiber und den in Rede stehenden Netzkunden erläutert werden, weshalb die Gewährung des Netzzugangs aus sachlichen wie insbesondere wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht möglich wäre. So ist es insbesondere denkbar, dass ein oder mehrere der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe eine potenzielle Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG sachlich zu rechtfertigen vermögen. Schwieriger dürfte es demgegenüber werden, die aufgezeigte Ungleichbehandlung zwischen jenen Kunden, die die Kriterien nach der Verbändevereinbarung erfüllen und damit Netzzugang erhalten und jenen Kunden, die aufgrund der Verbändevereinbarung keinen Netzzugang erhalten, sachlich zu rechtfertigen.

228. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Pflicht der Netzbetreiber, Dritten Netzzugang zu gewähren – sofern wirtschaftlich zumutbar und technisch möglich – aufgrund des Rohrleitungsgesetzes grundsätzlich seit fast fünfzig Jahren besteht. Es fehlt in diesem Bereich jedoch seit jeher an einer konkreten gesetzlichen Grundlage, welche die Modalitäten des Netzzugangs und allfällige Marktöffnungsschritte festlegen würde. Das Engagement der Netzbetreiber und der Industriekunden in dieser Angelegenheit selbst eine konstruktive Lösung zu erarbeiten, erscheint deswegen mehr als verständlich und ist grundsätzlich positiv zu werten. Die Verbändevereinbarung und damit ein zwischen verschiedenen Branchen abgeschlossenes privatrechtliches Vertragswerk vermag eine gesetzliche Grundlage allerdings nicht zu ersetzen. Dies hat unter anderem zur Folge, dass die Verbändevereinbarung die im Kartellgesetz enthaltenen Vorschriften beachten muss und vor allem keine Diskriminierung zu Lasten einzelner Kundengruppen enthalten darf. Der Ruf nach regulatorischen Massnahmen seitens der Netzbetreiber erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere aufgrund der allenfalls notwendigen technischen Anpassungen und aufgrund der offenbar eingegangenen „Take-or-Pay“-Verpflichtungen nachvollziehbar. Es ist jedoch nicht möglich, solche Massnahmen im Rahmen einer kartellrechtlichen Vorabklärung festzuschreiben. Dies überschreitet schlicht die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung des Kartellgesetzes. Die von den Netzbetreibern angestrebte Rechtssicherheit kann vielmehr nur durch regulatorische Vorgaben des Gesetzgebers herbeigeführt werden.

¹⁷⁴ Da es für die vorliegende Beurteilung nicht notwendig war und die Existenz solcher „Take-or-Pay“-Verpflichtungen grundsätzlich nicht bezweifelt wird, wurde bis anhin darauf verzichtet, Einsicht in die einzelnen Verträge zu nehmen. Käme es in Zukunft jedoch zu einer Netzzugangsverweigerung, welche mit solchen „Take-or-Pay“-Verpflichtungen begründet würde, wären diese im Rahmen des konkreten Verfahrens zu prüfen.

¹⁷⁵ Vgl. dazu auch oben Rz 193.

¹⁷⁶ Vgl. dazu auch oben Rz 176 f.

B.5.4.3.6. Zugeständnisse der Netzbetreiber

229. Bereits anlässlich des Gesprächs zwischen dem Sekretariat und Vertretern des VSG vom 12. Juli 2013 wurden seitens der Netzbetreiber – falls sich dadurch das Sanktionsrisiko deutlich reduzieren lasse – in Bezug auf die Netzzugangskriterien weitere Zugeständnisse in Aussicht gestellt. Mit Schreiben vom 21. September 2013 teilten die Netzbetreiber schliesslich mit, die Mitglieder des VSG hätten der Senkung der Zugangsgrenze auf 150 Nm³/h, der Schaffung einer schweizweiten Bilanzzone sowie der Einführung eines Marktzugangsmodells, „im Rahmen der technischen Möglichkeiten“, per 1. Oktober 2015 zugestimmt. Dies jedoch geknüpft an die Bedingung, „dass der Schlussbericht der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vorabklärungen eine Formulierung enthält, die das potentielle Sanktionsrisiko erheblich senkt“. Die Branche belege mit dieser Zustimmung den Willen und das Engagement auf dem Weg der Marktöffnung schrittweise und konsequent weiterzugehen.

230. Der Umstand, dass die Netzbetreiber planen, Massnahmen zu ergreifen, damit künftig mehr potenziellen Netzkunden der Zugang zu den Schweizer Erdgasnetzen gewährt werden kann, ist sehr zu begrüssen. Dies vermag allerdings an der obigen Einschätzung nichts zu verändern. So ändert sich insbesondere nichts an der oben ausgeführten potenziellen Diskriminierung, denn die geschilderte Ungleichbehandlung würde voraussichtlich auch bei einer Zugangsgrenze von 150 Nm³/h bestehen bleiben, würde aber immerhin weniger potenzielle Netzkunden betreffen, wodurch sich auch das Sanktionsrisiko reduzieren würde. Die Wettbewerbskommission könnte jedoch – sollte es künftig zu einer Netzzugangsverweigerung gestützt auf die Verbändevereinbarung kommen – solche Zugeständnisse nicht in den Sinne berücksichtigen, als dass sie von einer Sanktion von vornherein absehen könnte. Wie bereits mehrfach angeführt, steht es alleine dem Gesetzgeber zu, generelle Marktzutrittschranken in allgemeinverbindlicher Weise festzusetzen.¹⁷⁷

B.5.4.3.7. Fazit

231. Die beiden Netzzugangskriterien der Verbändevereinbarung, wonach lediglich jene Endkunden Netzzugang erhalten, deren vertragliche Transportkapazität mindestens 200 Nm³/h beträgt und welche das Erdgas zudem primär als Prozessgas einsetzen, können nicht per se als kartellrechtlich unproblematisch angesehen werden. Vielmehr wäre eine konkrete Netzzugangsverweigerung gestützt auf eines der beiden genannten Kriterien voraussichtlich als Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG bzw. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG zu werten, falls sich diese Verweigerung im Einzelfall nicht sachlich rechtfertigen liesse.

232. Dem Sekretariat sind bis anhin jedoch keine konkreten Fälle bekannt, in welchen der Netzzugang gestützt auf die Kriterien in der Verbändevereinbarung verweigert worden wären. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass die Verbändevereinbarung bis anhin keine relevanten Auswirkungen gezeitigt hat und es kann bis zum heutigen Zeitpunkt kein kartellrechtlicher Verstoss festgestellt werden. Damit ist die Vorabklärung

in diesem Punkt einzustellen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass, falls es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Netzzugangsverweigerung kommen sollte oder sich anderweitige Hinweise bzw. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss ergeben würden, diesbezüglich eine Vorabklärung bzw. eine Untersuchung eröffnet wird.

B.6 Beurteilung der vier zur Diskussion stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung im Lichte von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

233. Konkrete Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung könnten abgesehen von den oben genannten Tatbeständen nach Art. 7 KG allenfalls auch Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG erfüllen.

234. Dabei gilt es auch hier zu betonen, dass den Wettbewerbsbehörden bisher keine konkreten Auswirkungen einer solchen allfälligen Abrede bekannt wären. Die nachfolgenden Ausführungen stellen demzufolge lediglich eine voraussichtliche kartellrechtliche Würdigung der genannten Problematik dar, welche jedoch nicht die notwendige Einzelfallbetrachtung anhand eines konkreten Sachverhalts ersetzen kann. Da das Hauptaugenmerk der vorliegenden Vorabklärung zudem auf den unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen liegt und sich viele Fragestellungen wiederholen, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf das Wesentlichste.

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

236. Als Wettbewerbsabreden gelten nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG „rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

237. Ob durch die Verbändevereinbarung bzw. durch die darin enthaltenen Klauseln das Tatbestandsmerkmal der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt wird, kann vorliegend offen bleiben. Es wird nachfolgend nur kurz auf die sanktionsbedrohten Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eingegangen und summarisch erläutert, weshalb diese im vorliegenden Fall voraussichtlich nicht erfüllt werden. Auf eine Prüfung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 1 KG wurde zudem aufgrund der fehlenden Sanktionsdrohung vorliegend verzichtet. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass einzelne Klauseln der Verbändevereinbarung eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen könnten.

¹⁷⁷ Vgl. dazu etwa Rz 176 f. und Rz 224.

B.6.1 Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

238. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird bei folgenden Abreden die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

239. Es könnte argumentiert werden, dass sich die Netzbetreiber durch die Verbändevereinbarung u. a. auf ein einheitliches Vorgehen betreffend die Berechnung der Netzstabilitätspönaen,¹⁷⁸ der rückwirkenden Erhöhung des Netznutzungsentgelts¹⁷⁹ sowie des Messentgelts¹⁸⁰ und damit in Bezug auf die Berechnung einzelner potenzieller Preisbestandteile der Netznutzung geeinigt hätten. Das eigentliche Netznutzungsentgelt, welches im vom VSG erlassenen „Nemo-Manual“ (Branchenstandard für die Ermittlung von Netznutzungsentgelten in lokalen Erdgasnetzen) geregelt wird, ist demgegenüber nicht Gegenstand der vier in Rede stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung und damit der vorliegenden Vorabklärung.

240. Die genannten Bestimmungen haben somit einen Einfluss auf den Preis für den Transport und die Verteilung von Erdgas und zeitigen somit Auswirkungen auf die sachlich relevanten Märkte der Erdgasverteilung und des Erdgastransports. Da jedoch praxismässig davon ausgegangen wird, dass die Ausdehnung eines jeden Erdgastransport- oder Erdgasverteilnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt definiert,¹⁸¹ sind die an der potentiellen Abrede beteiligten Netzbetreiber nicht auf den gleichen räumlichen Märkten tätig. Entsprechend stehen sie beim Erdgastransport bzw. bei der Erdgasverteilung nicht in direkter Konkurrenz zueinander. Ein potentielles Konkurrenzverhältnis ist ebenfalls zu verneinen. Dies, weil Markteintritte in diesen Bereichen aufgrund des Monopolcharakters von Erdgasnetzen nicht wirtschaftlich sind und damit grundsätzlich ausgeschlossen werden können.

241. Somit ist festzuhalten, dass auf den sachlich relevanten Märkten für Erdgasverteilung und Erdgastransport zwar möglicherweise eine Abrede über die indirekte Festsetzung von Preisen vorliegen könnte, diese Abrede aber nicht zwischen Unternehmen getroffen würde, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb zueinander stehen. Der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird demzufolge voraussichtlich nicht erfüllt. Damit wird aber nichts über die Angemessenheit dieser Pönaen und Entgelte ausgesagt; diese ist nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung.

242. Andere sich aus den vier gegenständlichen Regelungen der Verbändevereinbarung ergebende Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG sind vorliegend bisher nicht ersichtlich und wurden von den Parteien im Rah-

men des Widerspruchsverfahrens auch nicht geltend gemacht. Entsprechend ist die Vorabklärung in diesem Punkt einzustellen.

B.6.2 Wettbewerbsabrede über Mindest- oder Festpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG

243. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

244. Wie bereits erwähnt,¹⁸² haben sich die Netzbetreiber vorliegend durch die Verbändevereinbarung u. a. auf ein einheitliches Vorgehen betreffend die Berechnung der Netzstabilitätspönaen,¹⁸³ der rückwirkenden Erhöhung des Netznutzungsentgelts¹⁸⁴ sowie des Messentgelts¹⁸⁵ geeinigt. Von einer Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen kann diesbezüglich jedoch nicht die Rede sein. So ist in erster Linie bereits fraglich, ob es sich bei den genannten Entgelten und Pönaen überhaupt um wesentliche Preisbestandteile handelt. Dies aufgrund des Umstandes, dass diese nur unter bestimmten Umständen, wie insbesondere bei vertragswidrigem Verhalten anfallen. Die potenzielle Abrede betrifft sodann nicht einen Wiederverkaufspreis, da die vorliegend relevante Leistung der Regionalnetzbetreiber – also die Durchleitung einer bestimmten Erdgasmenge durch das regionale Transportnetz – nicht durch den Lokalnetzbetreiber an den Endkunden weiterverkauft wird. Vielmehr stellt der Transport des Erdgases eine in sich abgeschlossene Dienstleistung dar, welche als solche nicht erneut veräussert, sondern höchstens durch jemand anderen in Rechnung gestellt werden kann. Eine Abrede über die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen ist daher im Zusammenhang mit den vier in Rede stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung nicht ersichtlich.

245. Andere sich aus den vier gegenständlichen Regelungen der Verbändevereinbarung ergebende Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sind vorliegend bisher nicht ersichtlich und wurden von den Parteien im Rahmen des Widerspruchsverfahrens auch nicht geltend gemacht. Entsprechend ist die Vorabklärung in diesem Punkt einzustellen.

B.6.3 Fazit

246. Im Zusammenhang mit den vier in Rede stehenden Regelungen der Verbändevereinbarung sind bislang keine Abreden ersichtlich, die den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG erfüllen würden. Die Vorabklärung ist demzufolge diesbezüglich einzustellen. Offen gelassen wurde demgegenüber, ob die genannten Regelungen allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen könnten.

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben Rz 126 ff.

¹⁷⁹ Vgl. dazu oben Rz 142 ff.

¹⁸⁰ Vgl. dazu oben Rz 157 ff.

¹⁸¹ Vgl. oben Rz 82.

¹⁸² Vgl. oben Rz 239 ff.

¹⁸³ Vgl. dazu oben Rz 126 ff.

¹⁸⁴ Vgl. dazu oben Rz 142 ff.

¹⁸⁵ Vgl. dazu oben Rz 157 ff.

B.7 Kosten

247. Nach Art. 2 Abs. 1 der GebV-KG¹⁸⁶ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Nicht gebührenpflichtig sind demgegenüber Unternehmen, die zwar eine Vorabklärung verursacht haben, diese aber keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG).

248. Vorliegend wird in Bezug auf die Kosten der Vorabklärung auf die Gebührenerhebung verzichtet. Das Sekretariat behält sich jedoch ausdrücklich vor, den Parteien künftig die Kosten der Vorabklärung aufzuerlegen, sofern die Voraussetzungen nach der Gebührenverordnung KG erfüllt sind. Dies betrifft insbesondere Konstellationen, bei welchen – wie vorliegend – im Nachgang an ein Widerspruchsverfahren eine Vorabklärung eröffnet werden musste und sich im Rahmen der Vorabklärung bestätigte, dass das gemeldete Verhalten nicht als kartellrechtlich unbedenklich beurteilt werden kann.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass in Bezug auf den VSG keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
2. stellt fest, dass bezüglich der Regelung „Kapazitätszuteilung nach dem First-Come-First-Served-Prinzip“ bis anhin keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen;
3. nimmt zur Kenntnis, dass das First-Come-First-Served-Prinzip beim Auftreten von Kapazitätsengpässen dahingehend konkretisiert werden soll, dass die zur Verfügung stehenden Kapazitäten auktioniert werden;
4. stellt fest, dass die Regeln der geplanten Kapazitätsauktion derzeit nicht definiert sind und eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung daher nicht möglich ist;
5. stellt fest, dass die Anwendung der Regelung „Netzstabilitätspönanen“ unter gewissen Umständen eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte;
6. nimmt zur Kenntnis, dass die Netzstabilitätspönanen per 1. Oktober 2013, spätestens jedoch per 1. Oktober 2014, auch von den Regionalgesellschaften erhoben wird;
7. stellt fest, dass bezüglich der Regelung „Netzstabilitätspönanen“ mit dieser Anpassung voraussichtlich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen werden;
8. stellt fest, dass die Anwendung der Regelung „Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei einer Überschreitung der vereinbarten maximalen Transportkapazität“ unter gewissen Umständen eine Diskriminierung von Handels-

partnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte;

9. nimmt zur Kenntnis, dass auch integrierte Branchenunternehmen ab dem 1. Oktober 2013, spätestens jedoch ab dem 1. Oktober 2014, bei einer Überschreitung der Kapazität ein erhöhtes Netznutzungsentgelt bezahlen müssen;
10. stellt fest, dass bezüglich der Regelung „Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts bei einer Überschreitung der vereinbarten maximalen Transportkapazität“ mit dieser Anpassung voraussichtlich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen werden;
11. stellt fest, dass die Anwendung des Kriteriums für den Netzzugang, wonach der Netzkunde über eine Lastgangmessung sowie Datenfernübertragung verfügen muss, unter gewissen Umständen eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte;
12. nimmt zur Kenntnis, dass ab dem 1. Oktober 2013, spätestens jedoch ab dem 1. Oktober 2014 der jeweilige Netzbetreiber die Investitionskosten der für die Drittbelieferung notwendigen Messeinrichtungen tragen wird und als Gegenleistung vom Netzkunden ein monatliches Messentgelt analog zur Stromwirtschaft erhebt;
13. stellt fest, dass bezüglich des Kriteriums für den Netzzugang, wonach der Netzkunde über eine Lastgangmessung sowie Datenfernübertragung verfügen muss, mit dieser Anpassung voraussichtlich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen werden;
14. stellt fest, dass in Bezug auf die Nichtanwendbarkeit der Verbändevereinbarung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
15. stellt fest, dass die Anwendung des Kriteriums für den Netzzugang, wonach der Netzkunde eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm³/h nachfragen muss, unter gewissen Umständen eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte;
16. stellt fest, dass die Anwendung des Kriteriums für den Netzzugang, wonach das transportierte Erdgas primär als Prozessgas genutzt werden muss, unter gewissen Umständen eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte;

¹⁸⁶ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

-
17. beschliesst die Vorabklärung – mit den genannten Vorbehalten, das heisst insbesondere der weiterhin bestehenden Sanktionsdrohung – einzustellen;
 18. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
 19. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1.1

3. Distribution de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud

Rapport final du 24 septembre 2013 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Distribution de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud relatif à de prétendus accords illicites selon l'art. 5 LCart

A En fait

1. Le 11 octobre 2011, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: « Secrétariat ») a reçu une dénonciation d'une entreprise. Dans cet écrit, la société se plaignait d'un verrouillage du marché des moyens auxiliaires dans les cantons de Vaud et Fribourg consécutif à de prétendus abus de position dominante de trois entités, à savoir: le bureau des moyens auxiliaires (ci-après: « BUMA »), l'Association Secutel et Moyens Auxiliaires (ci-après: « ASEMA ») et ProSenectute Fribourg.¹

2. BUMA et ASEMA sont des structures spéciales de l'Association vaudoise d'aide et de soins à domicile (ci-après: « AVASAD ») qui distribuent des moyens auxiliaires. Lors de ses recherches préliminaires, le Secrétariat a constaté qu'il existait un troisième centre de moyens auxiliaires, à savoir CMS+. Ces trois opérateurs (ci-après: « CMA ») couvrent le canton de Vaud pour la distribution de moyens auxiliaires.

3. ProSenectute Fribourg est une fondation qui a pour but de fournir des prestations d'aide aux personnes qui en ont besoin. Elle est également active dans les domaines du sport, de la formation et de l'assistance so-

ciale. Elle vend (ou loue) également des moyens auxiliaires aux personnes âgées (plus de 60 ans).

4. Par un courrier du 25 octobre 2011, dans le cadre de l'observation de marché 31-0402, le Secrétariat a demandé à BUMA, ASEMA et ProSenectute Fribourg de répondre à une série de questions concernant le marché des moyens auxiliaires.

5. Les 12 et 19 janvier 2012, le Secrétariat a entendu les représentants de ProSenectute Fribourg et de l'AVASAD.

6. Après clarification de la situation, le Secrétariat n'a pas constaté d'indices de restrictions à la concurrence en ce qui concerne le volet fribourgeois (ProSenectute Fribourg) de la plainte initiale. Ce volet de la procédure a été clôturé par un courrier transmis aux parties le 5 mars 2012. Le volet vaudois, quant à lui, est demeuré ouvert, des indices de possibles restrictions de la concurrence persistant.

7. Lors de l'audition du 19 janvier 2012, l'AVASAD a mis en évidence l'existence d'une liste de prix pour les produits les plus demandés vendus par les trois CMA vaudois dans le cadre des soins à domicile offerts par les Centres médico-sociaux (ci-après: « CMS »)². En effet, sous réserve de l'acceptation par un comité de pilotage de l'AVASAD, le choix de ces produits et leurs prix sont fixés annuellement conjointement par ces trois CMA.

Tableau 1: Liste des prix (état 2012)

Désignation de l'article	Prix CHF 2011 et 2012 (location mensuelle)
1) Planche de bain 69 cm	70.-
2) Rehausse-WC 10 cm	170.- (20.-)
3) Rollator 4 roues	220.- (35.-)
4) Fauteuil roulant AVS	dès 900.- (80.-)
5) Barre d'appui 41 cm	40.-
6) Siège de douche	130.- (25.-)
7) Plots de surélévation	dès 85.-
8) Pince de préhension / longue-main	61cm : 20.- / 76cm : 25.-
9) Barre latérale de redressement	170.- (20.-)

¹ Acte no 1.

² Ces centres offrent par exemple des soins infirmiers, des soins d'hygiène et de confort, la livraison de repas à domicile <www.avasad.ch> (9.7.2013).

Désignation de l'article	Prix CHF 2011 et 2012 (location mensuelle)
10) Cadre de marche bronze pliable Accessoires : roulettes, freins, patins	110.- (20.-) Roulettes: 60.- (5.-) / freins: 40.- (5.-) / patins ski : 30.- (5.-)
11) Chaise percée réglable en hauteur (seau inclus)	285.- (30.-)

Source: Questionnaires 2012/2013 AVASAD, BUMA et CMS+.

8. Dans un courrier daté du 10 avril 2012 adressé à l'AVASAD, le Secrétariat a confirmé la prise de connaissance de l'intention de l'AVASAD de réformer le système de distribution des moyens auxiliaires dans le canton de Vaud et a pris également connaissance de l'agenda prévu, agenda préalablement discuté avec le Secrétariat. Le Secrétariat a pris également note qu'une décision pourrait être rendue le 19 juin 2012 ou le 21 juin 2012. Ce courrier exigeait également que l'AVASAD tienne informé le Secrétariat de chaque étape.

9. Le 5 décembre 2012, par un envoi d'une deuxième série de questionnaires à l'AVASAD, ASEMA, BUMA et CMS+, le Secrétariat a communiqué l'ouverture de l'enquête préalable 22-0434. Des questionnaires ont également été envoyés à des entreprises concurrentes actives dans la vente de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud. Le but de l'ouverture de cette enquête préalable était notamment de formaliser la procédure devant les autorités du canton de Vaud et de vérifier dans le cadre légal actuel la pertinence des mesures que l'AVASAD, par l'entremise de son représentant légal, avait l'intention de soumettre au Secrétariat.

10. Par une écriture du 17 décembre 2012, l'AVASAD a transmis au Secrétariat une copie des courriers adressés à l'Association pour la Santé, la Prévention et le maintien à domicile (ci-après: « ASPMAD »)³, à la Fondation de la Côte⁴ ainsi qu'à ASEMA. Ces courriers contiennent les mesures prévues afin d'améliorer le niveau de concurrence entre les trois CMA dans le domaine des moyens auxiliaires dans le canton de Vaud. Suite à une discussion avec le Secrétariat, l'AVASAD a proposé les mesures suivantes entrées en force le 1^{er} janvier 2013:

- a. Les commissions techniques de coordination de l'AVASAD sont dissoutes;
- b. L'AVASAD ne fera plus de recommandations tarifaires;
- c. L'AVASAD ne fixera plus les prix des articles vendus ou loués dans les centres, ce qui autorise les CMA à fixer leurs propres prix;
- d. Les CMA sont libres de s'approvisionner selon leurs propres critères;
- e. Les CMA sont libres de choisir le logiciel pour le suivi et la facturation;
- f. Les professionnels distribueront aux CMS une liste de tous les fournisseurs de moyens auxiliaires⁵.

B En droit

11. L'enquête préalable a pour but de déterminer s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence au sens de la LCart⁶, en ce sens que les trois distributeurs de moyens auxiliaires en lien avec l'AVASAD se seraient accordés sur les prix de certains articles. Le cas échéant, l'enquête préalable a en même temps pour objectif de vérifier la pertinence des mesures proposées par l'AVASAD par rapport aux indices de restriction de la concurrence à vérifier.

B.1 Champ d'application

12. La Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart). Par entreprise on entend les entités engagées dans le processus économique qui offrent ou acquièrent des biens ou des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart).

13. L'AVASAD est une association de droit public autonome, dotée d'une personnalité juridique⁷ et instituée par la Loi sur l'Association vaudoise d'aide et de soins à domicile du 6 octobre 2009 (LAVASAD, RSV 801.11). La mission de l'AVASAD est de mettre en œuvre sur l'ensemble du territoire vaudois la politique d'aide et de soins à domicile, ainsi que des mesures en matière de promotion de la santé et de prévention. Concrètement, l'AVASAD est l'organisation faîtière à la tête de l'aide et des soins à domicile vaudois⁸.

³ BUMA est rattaché à l'ASPMAD.

⁴ CMS+ est rattaché à la Fondation de la Côte.

⁵ Acte no 10.

⁶ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

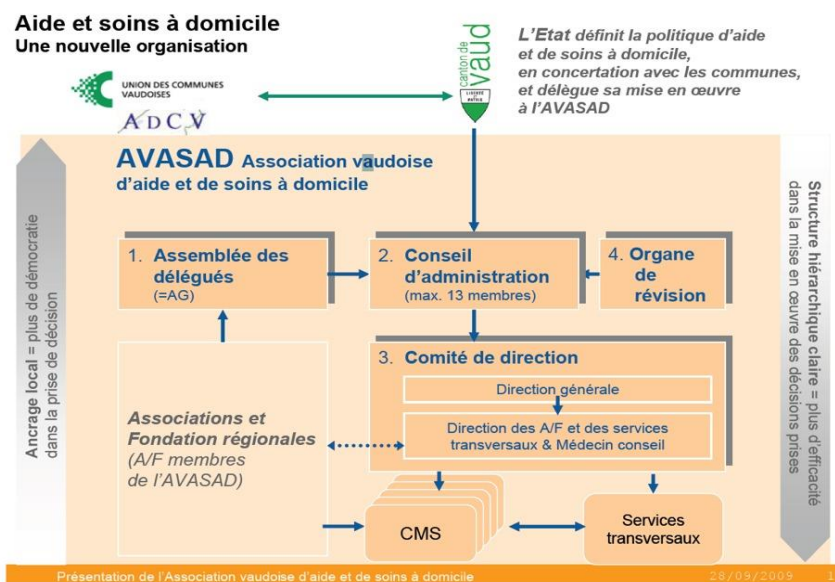
⁷ Art. 1 LAVASAD.

⁸ Acte no 3, 1.

14. L'AVASAD a été créée dans le but de réduire le nombre de lits « EMS »⁹ en favorisant le maintien à domicile¹⁰. L'AVASAD a été créée sur mandat du Conseil d'Etat du canton de Vaud et est placée sous la surveillance de ce dernier, tandis que les CMA ont été créés sur une décision de la direction de l'AVASAD¹¹ et ne

sont pas institués par la LAVASAD. Les CMA s'occupent chacun d'un secteur géographique précis¹².

15. L'AVASAD accomplit ses différentes missions par le biais de ses sept associations et fondations régionales¹³, elle est organisée de la façon suivante:



Source : <http://www.avasad.ch/jcms/m_7011/fr/organisation> (23.7.2013)

16. La distribution de moyens auxiliaires par le biais des trois CMA n'apparaît pas parmi les tâches que la LAVASAD prévoit pour l'association; de même les trois CMA ne font pas partie de l'organigramme de l'AVASAD mais leur activité s'intègre tout de même dans cette organisation:

- CMS+ n'a pas de personnalité juridique propre. Il est rattaché à la Fondation de la Côte;
- BUMA n'a pas de personnalité juridique propre. Il est rattaché à l'ASPMAD;
- ASEMA est une association inscrite au registre du commerce disposant d'une direction propre.¹⁴

17. En l'espèce, les trois CMA ont été créés dans le but de mettre à disposition des CMS des centres où trouver de façon efficace les moyens auxiliaires dont les patients ont besoin dans le cadre des soins à domicile. Les trois CMA offrent donc des biens (moyens auxiliaires) et services (livraison, location, installation). Ces trois centres, même s'ils sont liés à une association qui agit sur le marché plutôt en tant qu'association dotée de certaines prérogatives de puissance publique pour influencer une activité économique¹⁵, sont bel et bien des entreprises au sens de la LCart.

B.2 Prescriptions réservées

18. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart).

19. Comme mentionné *supra*, la Loi cantonale sur l'Association vaudoise d'aide et de soins à domicile institue l'AVASAD. Elle a notamment pour but de décrire les différentes missions de cette association (art. 2 LAVASAD). Comme déjà souligné ci-dessus, les CMA ne sont pas directement institués par la LAVASAD. Néanmoins deux dispositions de cette loi pourraient être considérées comme pertinentes pour l'analyse de l'existence de prescriptions réservées, l'AVASAD a en particulier pour mission de:

- contribuer à la maîtrise de l'évolution des coûts de la santé par une affectation optimale des ressources à disposition¹⁶.
- proposer toute mesure innovante afin de favoriser le maintien à domicile à des conditions sociales et économiques adéquates¹⁷.

⁹ Etablissements médicaux-sociaux.

¹⁰ Cf. art. 3 al. 3 LAVASAD.

¹¹ Acte no 11.

¹² BUMA: Nord vaudois et Broye-Vully / ASEMA: région Chablais valaisan et Est-vaudois / CMS+: région Lausanne et la Côte.

¹³ ABSMAD (la Broye), APREMADOL (Ouest Lausannois), APROMAD (Couronné Lausannois), ASANTE SANA (Est Vaudois), ASPMAD (Nord Vaudois), Fondation de la Côte (La Côte) et Fondation soins Lausanne (Lausanne); Acte no 3.

¹⁴ Acte no 11.

¹⁵ CR Concurrence - VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, art. 2 LCart N 42 ss.

¹⁶ Art. 2 al. 4 let. c LAVASAD.

¹⁷ Art. 2 al. 4 let. d LAVASAD.

20. Dans le but de maîtriser les coûts et d'affecter de façon optimale les ressources à disposition, trois associations membres de l'AVASAD ont créé ces trois CMA qui sont à disposition des CMS pour la vente, la location, la livraison et l'installation de moyens auxiliaires à l'avantage des personnes prises en charge dans le cadre des soins à domicile. Il pourrait également s'agir d'une mesure innovante eu égard au fait que les trois CMA ne se limitent pas à vendre des moyens auxiliaires comme d'autres magasins spécialisés actifs dans le canton mais proposent gratuitement des périodes d'essais, la livraison à domicile ainsi que, si nécessaire, l'installation de certains moyens auxiliaires.

21. Eu égard à ces éléments, les agissements de l'AVASAD concernant la mise sur pied, la gestion et l'organisation de ces trois CMA pourraient être justifiés par des dispositions légales sans que la LAVASAD ne prévoie *expressis verbis* ces centres et leur activité. Dans ce contexte, sans viser une restriction de la concurrence, il paraîtrait tout à fait normal pour l'AVASAD de chapeauter la politique des prix (et d'organiser la distribution) de ses membres.

22. Cependant, la LAVASAD ne contient aucune disposition qui tendrait à restreindre la concurrence entre différentes associations/fondations régionales d'aide et de soins à domicile ou par rapport à l'offre de prestations des CMS et d'autres opérateurs privés. De même, la LAVASAD ne comprend pas de dispositions qui justifieraient la fixation de prix ou de tarifs sur le marché des moyens auxiliaires.

23. Cette analyse sommaire, suffisante dans le cadre d'une enquête préalable, semble montrer qu'une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart n'existe pas. En outre, les parties n'ont, à aucun moment de la procédure, mis en avant l'existence d'éventuelles prescriptions réservées.

B.3 Appréciation selon l'art. 5 LCart

24. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

25. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, « sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a) qui fixent directement ou indirectement les prix;
- b) qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c) qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux ».

B.3.1 Accord en matière de concurrence

26. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la

mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

27. Selon cette définition, il faut premièrement qu'une action collective soit consciente et voulue de la part des entreprises concernées et deuxièmement que l'accord vise ou entraîne effectivement une restriction à la concurrence.

28. En l'espèce, la création d'une liste de prix des produits les plus demandés entre BUMA, ASEMA et CMS+ dans le cadre des soins à domicile constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

29. La liste en cause est composée des moyens auxiliaires les plus demandés dont les prix sont proposés par les trois responsables des CMA à un comité de pilotage constitué des directeurs des fondations et associations régionales et des services transversaux de l'AVASAD.¹⁸ Les prix des moyens auxiliaires de cette liste sont donc identiques dans les trois CMA BUMA, ASEMA et CMS+. Cette liste a été actualisée avec effet au 1er janvier 2011 (chaque année la liste de produits est mise à jour)¹⁹, elle n'a pas subi de changement pour l'année 2012.

30. En l'espèce, la liste coordonne les prix des produits les plus demandés et leur approvisionnement. Or, la présomption de l'art. 5 al. 3 let. a LCart vise la fixation de tout prix ou élément de prix concernant une prestation déterminée ou l'ensemble des prestations d'une entreprise. Cette liste est donc à considérer comme un accord sur les prix selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart. Partant, l'accord en question est présumé supprimer la concurrence efficace.

B.3.2 Renversement de la présomption

31. En cas d'existence d'un tel accord, il s'agit en premier lieu d'examiner si la présomption de suppression de la concurrence se vérifie. Dans la négative, une éventuelle affectation notable de la concurrence doit être analysée.

32. Avant d'examiner si la présomption peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché de produits et le marché géographique de référence.

B.3.2.1 Marché de référence

a) Remarques préliminaires

33. Le marché des moyens auxiliaires est un marché semi-régulé²⁰ dans la mesure où il existe des listes pour le remboursement desdits moyens, listes qui sont instituées par voie d'ordonnance fédérale²¹.

¹⁸ Acte no 3, procès-verbaux fournis par les entreprises en annexe du questionnaire du 5 décembre 2012.

¹⁹ Acte no 4.

²⁰ Le Secrétariat est déjà entré en matière sur les questions de fond lorsque le marché est partiellement régulé par des listes de prix découlant de la loi (Cf. DPC 2011/2, 248, *Markt für Hörgeräte*).

²¹ Notamment l'Ordonnance du 29 novembre 1976 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (OMAI ; RS 831.232.51).

34. Il apparaît, selon les informations récoltées, que le cercle des demandeurs est constitué principalement de personnes au bénéfice de l'AVS, bien qu'une partie de la demande provienne également de personnes bénéficiaires de prestations LAMal et AI.²² De plus, les personnes dont les revenus ne couvrent pas les besoins vitaux ont droit à des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI pour l'achat et la location de moyens auxiliaires, tout comme celles qui sont bénéficiaires de prestations dans le cadre de l'assurance-maladie selon la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Enfin, le reste des demandeurs est composé de clients ne disposant pas d'opportunité de remboursement.

35. Dans le cas de l'AVS, le système est le suivant: la personne reçoit un montant précis sur présentation de la facture (un montant forfaitaire fixe de CHF 900.- pour un fauteuil roulant standard, l'AVS prend en charge 75 % des coûts effectifs des autres moyens auxiliaires). Seuls les moyens auxiliaires prévus par l'Ordonnance du 28 août 1978 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-vieillesse (OMAV; RS 831.135.1) sont remboursés. C'est le patient qui décide auprès de quel opérateur il désire acquérir le moyen auxiliaire (à l'exception des fauteuils roulants avec équipement spécial). Les personnes âgées seraient donc libres de se fournir où elles le désirent.²³

b) *Marché de produits*

36. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange, dans le cas concret les utilisateurs de moyens auxiliaires, considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.²⁴

37. Etant donné que les fabricants de moyens auxiliaires proposent, en général, l'ensemble des produits faisant partie d'une catégorie et que les revendeurs disposent d'un large éventail de ces différents produits, il paraît opportun de considérer, dans le cadre de cette enquête préalable et sur la base des informations fournies par les entreprises, l'ensemble des moyens auxiliaires comme faisant partie du marché relevant, ce qui laisse la porte

ouverte à une délimitation plus étroite dans le cadre d'une analyse approfondie²⁵.

c) *Marché géographique*

38. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits²⁶.

39. Selon l'AVASAD, les différents CMA couvrent principalement le territoire du canton de Vaud. Par conséquent, dans le cadre de cette enquête préalable et sur la base des informations à disposition, le canton de Vaud a été considéré comme étant le marché géographique de référence.

B.3.2.2 *Evaluation de la situation concurrentielle*

a) *Renversement de la présomption*

40. De par la loi, l'AVASAD s'occupe de l'aide et des soins à domicile dans le canton de Vaud. La remise et la vente de moyens auxiliaires constituent des activités accessoires de l'AVASAD qu'elle accomplit principalement par le biais de ses trois CMA (BUMA, ASEMA et CMS+).

41. De nombreuses entreprises concurrentes implantées dans le canton de Vaud vendent des moyens auxiliaires aux revendeurs et aux ergothérapeutes, tout en faisant de la vente directe aux particuliers (p.ex. Sodimed SA et SRS SA). Des orthopédistes vendent également des moyens auxiliaires, tout comme des entreprises de vente en ligne, aussi bien en Suisse qu'à l'étranger (notamment Gloor Rehab & Co AG).

42. Eu égard à ce qui précède, il appert que la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart pourrait être renversée. Il faut dès lors se demander si les restrictions supposées à la concurrence peuvent tout de même affecter la concurrence de façon notable.

b) *Analyse de la notabilité*

43. En 2012, les parts de marché cumulées des trois CMA dépassaient à peine 15 % sur le marché relevant, comme le montre le tableau 2 ci-dessous.

Tableau 2: Chiffres d'affaires et parts de marchés pour tous les moyens auxiliaires dans le canton de Vaud²⁷

Tous les moyens auxiliaires	BUMA	ASEMA	CMS+	Total	Autres entreprises
Chiffre d'affaires en CHF	304'471	599'816	701'749	1'606'036	9'049'382
Pourcentage	2.9%	5.6%	6.6%	15.1%	84.9%

Source : Questionnaires aux CMA et aux entreprises tierces

²² Acte no 8 ; acte no 2.

²³ Acte no 8.

²⁴ Cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; 251.4), DPC 1999/3, 455, N 62.

²⁵ Dans ce contexte, il faudrait notamment tenir compte des prestations accessoires (essai, livraison, location et installation) que les trois entreprises offrent par rapport à leurs principaux concurrents ; cf. DPC

2013/3 (pas encore publié), N 160 s., *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*.

²⁶ Cf. par analogie art. 11 al. 3 let. b. OCCE, DPC 1999/3, 457, N 70.

²⁷ Si l'on ne devait considérer que les dix produits les plus demandés mentionnés sur la liste en cause, les parts de marchés des trois CMA seraient triplées dans la mesure où ces produits sont principalement destinés aux clients/patients des CMS, ces derniers sont conseillés par le personnel soignant, principalement les ergothérapeutes, membres de l'AVASAD.

44. A cela s'ajoute le fait que la majorité des entreprises interrogées dans le canton de Vaud reprennent les listes de prix de vente conseillés qui sont publiées par les producteurs et les importateurs/distributeurs. C'est pourquoi, les différences de prix entre les acteurs sur le marché sont faibles. Seule une entreprise propose certains moyens auxiliaires, parmi ceux qui sont les plus demandés, à des prix cassés qui peuvent être jusqu'à 40 % moins cher que le niveau moyen des prix des entreprises concurrentes²⁸. Outre cette entreprise qui dispose d'une politique de prix plus agressive, le niveau de prix est assez homogène entre les trois CMA et les autres concurrents, même si ceux-là incluent dans leur prix des prestations supplémentaires. Cette constatation pourrait s'expliquer par le fait que le système de fixation des prix pratiqué par l'AVASAD se fonde sur l'observation du niveau moyen de prix du marché²⁹ et sur les listes de prix conseillés émises par les producteurs et distributeurs. Il faut également mettre en évidence l'existence des opportunités de remboursement de certains moyens auxiliaires dans le cadre de différentes législations (LAVS, LAI, LAMal, LAA), les montants remboursés étant des facteurs indirects utilisés par les fabricants/revendeurs pour déterminer leurs prix de vente finaux dans le canton de Vaud.

45. En conclusion, la notabilité de l'effet sur la diminution de la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart ne peut pas d'entrée être exclue. Cependant, une analyse plus approfondie ne se justifie pas, en l'espèce, dans la mesure où:

- le marché vaudois des moyens auxiliaires est influencé par une réglementation qui fixe à la fois les tâches de l'AVASAD et le remboursement de certains de ces moyens;
- les mesures prises par les trois entreprises en cause devraient favoriser la concurrence sur les prix des moyens auxiliaires les plus demandés car les CMA sont désormais en concurrence les uns avec les autres. A terme, elles devraient aussi faciliter l'accès aux clients/patients des CMS pour les entreprises concurrentes et permettre également d'offrir une plus grande transparence pour les clients, tout en créant davantage de concurrence entre les différents fournisseurs;
- les chiffres d'affaires concernés révèlent le faible impact économique du marché en question;
- le pronostic incertain du résultat d'un éventuel approfondissement ne parle pas en faveur d'une utilisation efficace des ressources de l'autorité³⁰.

46. Compte tenu de ces circonstances, le Secrétariat clôt son enquête préalable, même s'il continuera à contrôler l'application des mesures prises par BUMA, ASEMA et CMS+ (art. 26 al. 2 LCart).

C Conclusions

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence se fonde sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. clôt l'enquête préalable 22-0434;

2. informe les parties concernées de ses conclusions;
3. publie le présent rapport au recueil *Droit et politique de la concurrence (DPC)*.

²⁸ Acte no 7.

²⁹ Acte no 3.

³⁰ DPC 2007/2, 188 N 83, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*.

Schlussbericht vom 24. Februar 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

A.1 Verfahren und Gegenstand

1. Mit Schreiben vom 1. April 2011 hat der Verband der Schweizer Krankenversicherer santésuisse (nachfolgend: santésuisse) eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG¹ eingereicht. Gegenstand war die Branchenvereinbarung betreffend Kundenwerbung² (nachfolgend: Vereinbarung/Branchenvereinbarung), welche santésuisse zuhanden von Bundesrat Didier Burkhalter, ehemaliger Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern (nachfolgend: EDI), ausgearbeitet hat. Eine erste Information diesbezüglich erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) seitens santésuisse am 18. Februar 2011.

2. santésuisse erklärte, dass das Telefonmarketing infolge Bekanntwerden der seitens des EDI intendierten Verordnungsänderung (konkret Anpassung von Art. 84 Abs. 3 KVV³, welcher neu ein Verbot der Entrichtung von Maklerprovisionen im Bereich der Grundversicherung vorsehen sollte) Thema geworden sei. Der Verband hätte sodann das Gespräch mit dem EDI gesucht und unter dem Eindruck der drohenden Revision sowie hohen Erwartungshaltung alternativ zum Revisionsentwurf den Abschluss einer Branchenvereinbarung vorgeschlagen, um weitergehender Regulierung vorzubeugen⁴. Zweck der Vereinbarung, welche per 1. Juni 2011 in Kraft getreten ist, sei es, einerseits eine markante Einsparung im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (nachfolgend: OKP) zu erzielen⁵, andererseits die von der Politik als grosses Ärgernis in der Öffentlichkeit dargestellte Anzahl an Telefonaten sukzessive zu reduzieren⁶. Dies soll grundsätzlich anhand folgender Massnahmen erreicht werden:

- Verzicht auf telefonische Kaltakquise⁷ durch Krankenversicherer/Dritte sowie keine Finanzierung der entsprechenden Kosten aus der OKP (Ziffer 3 der Vereinbarung);
- Limitierung der Provisionskosten an Makler und Vermittler auf maximal CHF 50.–, analog geltend für Vergleichsdienste⁸ (Ziffer 4 der Vereinbarung) und
- Regelung von Qualitätsanforderungen in der Vermittlertätigkeit (Ziffer 5 der Vereinbarung).

3. Mit der Branchenlösung solle gemäss santésuisse im Wesentlichen sichergestellt werden, dass die Versicherten in der Grundversicherung die Gewähr haben, dass mit den von ihnen – im Rahmen der OKP – bezahlten Prämien weder fragwürdige Akquisitionsmethoden mittels eines aggressiven Telefonmarketings noch über-

mässige Provisionen für Makler und Vermittler (nachfolgend auch: M&V) finanziert würden.⁹

4. Die Mitglieder von santésuisse – zum Zeitpunkt der Meldung waren es rund 70 an der Zahl¹⁰ – unterzeichneten die Branchenvereinbarung und verpflichteten sich damit zur Einhaltung der in der Vereinbarung festgehaltenen Bestimmungen. [...].

5. Gestützt auf die im Widerspruchsverfahren erhältlichen Informationen konnte der gemeldete Sachverhalt nicht abschliessend beurteilt werden. Mögliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, welche Anlass zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG geben könnten, waren nicht auszuschliessen. Das Sekretariat teilte daher infolge Konsultation und Entscheidung der Wettbewerbskommission santésuisse mit Schreiben vom 12. Juli 2011 die Eröffnung einer Vorabklärung mit.

6. Mit Schreiben vom 8. August 2011 teilte santésuisse dem Sekretariat mit, an der Umsetzung der Vereinbarung in der beschlossenen Form festzuhalten und diese als wichtigen Lösungsbeitrag und geeignete Alternative zu dem vom Bundesrat ursprünglich vorgeschlagenen Verordnungsentwurf zu betrachten.¹¹ Mit Schreiben vom 25. August 2011 liess das Sekretariat santésuisse auf deren Wunsch weitergehende Informationen betreffend das Verfahren zukommen. Per 30. August 2011 stellte das Sekretariat santésuisse sodann einen Fragebogen zu, welchen diese per 29. September 2011 beantwortete. Im weiteren Verlauf wurden, wie nachfolgend aufgelistet, verschiedene potentiell von der Vereinbarung betroffene Marktteilnehmer befragt.

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

² Dies obschon die Vereinbarung nicht eigentlich Werbung betrifft, sondern weitergehend die Kundenakquisition seitens der Versicherer regelt und dabei konkret Bestimmungen betreffend Telefonmarketing/-akquisition, Höhe der Maklerprovisionen sowie Qualitätsanforderungen enthält.

³ Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

⁴ santésuisse, Schreiben vom 29. September 2011, Antwort F2.2.

⁵ Gemäss Schätzungen von santésuisse würden dank der in der Vereinbarung enthaltenen Massnahmen zwischen CHF 60 und 100 Mio. jährlich eingespart (vgl. Brennpunkt Gesundheitspolitik 1/11, S. 1; Pressemitteilung des EDI vom 20.1.2011, www.edi.admin.ch).

⁶ santésuisse, Schreiben vom 29. September 2011, Antwort F12.

⁷ Gemäss Duden handelt es sich bei der Kaltakquise um Akquise, die durch eine (telefonische) Kontaktaufnahme ohne vorherige Geschäftsbeziehung oder vorherige Einwilligung des potenziellen Kunden erfolgt (<http://www.duden.de/rechtschreibung/Kaltakquise>, 23.08.2012), um diesen von dem Kauf eines Produktes oder einer Dienstleistung zu überzeugen.

⁸ Gemäss santésuisse seien Vergleichsdienste weder als Broker noch Makler einzustufen, weshalb die Regelung, auf expliziten Wunsch des Bundesrates, der seinen eigenen Vergleichsdienst um weitere Funktionalitäten ergänzen und promoten wolle, analog auch für vermittelnde Internetportale gelten soll.

⁹ Vgl. Meldung santésuisse, S. 1.

¹⁰ Vgl. www.bag.admin.ch sowie nachstehend, Rz 19.

¹¹ santésuisse, Schreiben vom 8. August 2011, S. 2.

7. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2011 wurden die Maklerzentrum Schweiz AG, die Unabhängige Versicherungsberatung Schweiz GmbH¹² sowie der Verband Schweizerischer Versicherungsnehmer und Versicherungsmakler befragt.

8. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2011 wurde die comparis.ch AG sowie bonus.ch befragt. Comparis hatte erstmals mit Schreiben vom 25. März 2011 mitgeteilt, sich im Rahmen eines allfälligen Verfahrens betreffend die Branchenvereinbarung santésuisse vernehmen lassen zu wollen. Mit Schreiben vom 5. Mai 2011 wurde Comparis in der Folge dazu befragt und nahm mit Schreiben datiert vom 18. Mai 2011 ausführlich Stellung. Im Folgenden reichte Comparis wiederholt unaufgefordert Akten ein, so geschehen mit Schreiben vom 11. Juli 2011 und Schreiben vom 17. Oktober 2011, mit welchem sie diverse Kündigungen seitens Krankenversicherern sowie einen Artikel aus der Handelszeitung vom 13. Oktober 2011 einreichte. Weiter am 17. November 2011 persönlich übergeben wurde eine Kopie des Schreibens vom 27. September 2011 von santésuisse an alle dem Verband angeschlossenen Krankenversicherer mit der Aufforderung, sich an die Vereinbarung zu halten und, sofern noch nicht erfolgt, die Verträge entsprechend anzupassen. Auch Comparis wurde seitens des Sekretariates mit Schreiben vom 12. Juli 2011 über die Eröffnung einer Vorabklärung informiert.

9. Auf Stufe Call Center wurden mit Schreiben vom 8. März 2012 die Callpoint AG, die cosma Dialog AG, die avocis Telag AG sowie die baruti GmbH befragt. Mit Schreiben vom 15. März 2012 wurden die Teleperformance Schweiz, die Conduit SA sowie die SwissCall GmbH befragt.

10. Mit Schreiben vom 26. März 2012 liess Comparis dem Sekretariat das Rundschreiben 13/11 der santésuisse vom 18. Mai 2011 betreffend „Inkraftsetzung der Vereinbarung betreffend Kundenwerbung per 01.06.2011“ zukommen. Dieses informiert über das bevorstehende Inkrafttreten der Vereinbarung und die Pflichten, die sich für die Krankenversicherer daraus ergeben.

11. Mit Vertretern der Maklerzentrum Schweiz AG fand am 16. Mai 2012 zudem ein Gespräch statt, in dessen Folge diese am 15. Juni 2012 ein weiteres Schreiben einreichte. Einzelne Krankenversicherer wurden zudem auf Anfrage betreffend Eröffnung und Ablauf des Verfahrens informiert. Von verschiedenen Seiten wurden ausserdem im Verlauf des Verfahrens Presseauszüge, Communiqués und ein Rundschreiben von santésuisse eingereicht.

12. Mit Schreiben vom 28. November 2012 wurde den Parteien und denjenigen Dritten, welche sich in der Sache bereits aktiv an das Sekretariat gewandt hatten, im Sinne einer Zwischeninformation mitgeteilt, dass die laufenden Ermittlungen im Rahmen der Vorabklärung fortgeführt würden, weil sich die anfänglichen kartellrechtlichen Bedenken nicht hätten zerstreuen lassen und Daten betreffend 2012 nach Jahresende noch zu erheben sein würden.

13. Mit Schreiben vom 14. Februar 2013 wurde den Krankenversicherern ein Fragebogen zugestellt, um

Daten betreffend die Zeiträume vor und nach Inkrafttreten der Vereinbarung zu erheben, mithilfe derselben sich die Auswirkungen der Vereinbarung abschätzen und die Arbeitshypothesen verifizieren lassen würden. Nebst Beantwortung von Fragen betreffend wahrgenommene Auswirkungen der Vereinbarung sowie allfällige Veränderungen ihrer Kundenakquisitionsstrategie wurden die Versicherer aufgefordert, zwei Tabellen betreffend Versichertenbestand einerseits und Ausgaben für Kundenakquisition der Jahre 2006 bis 2012 andererseits auszufüllen.

14. Mit Schreiben vom 4. Juli 2013 wurden die Krankenversicherer, welche in ihren Antwortschreiben auf den Fragebogen des Sekretariates vom 14. Februar 2013 lauterkeitsrechtlich fragwürdige Praktiken gewisser Makler angedeutet hatten, informiert, dass eine allfällige entsprechende Problematik in den Tätigkeitsbereich des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO fallen würde.

15. 2013 haben einige Krankenversicherer beschlossen, santésuisse zu verlassen und einen neuen Branchenverband namens curafutura zu gründen. Diesem gehören seit 2014 die CSS, Helsana, Sanitas und KPT als Mitglieder an.¹³ Auswirkungen auf die Branchenvereinbarung sind bis heute keine bekannt. Die Branchenvereinbarung gelte gemäss santésuisse auch für diese Krankenversicherer fort.

16. Anlässlich eines Gesprächs am 6. Februar 2014 hat das Sekretariat santésuisse über die Schlussfolgerungen der Vorabklärung ausführlich informiert. Am 7. Februar 2014 hat der Verwaltungsrat von santésuisse entschieden, per sofort die Vereinbarung aufzuheben. Das Sekretariat wurde über diesen Entscheid am 11. Februar 2014 schriftlich informiert.

A.2 Kundenakquisition im Grundversicherungsreich

A.2.1 Grunddaten und Allgemeines

17. Jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz muss sich im Rahmen der OKP versichern.¹⁴ Die Krankenversicherer können aber jährlich den Krankenversicherer (nachfolgend auch: Versicherer) wechseln¹⁵, um bessere Leistungen und/oder tiefere Prämien zu erlangen.

18. Um diese Kunden konkurrieren die im Grundversicherungsbereich tätigen Krankenversicherer. Die Versicherer versuchen je nach Strategie, ihren Versichertenbestand auszubauen (neue Versicherte zu gewinnen) oder aber zu pflegen, sprich keine Kunden an andere Versicherer zu verlieren. In diesem Zusammenhang ist einerseits eine tiefe Prämie anzustreben, andererseits müssen sich die Versicherer selbst möglichst effizient organisieren und u.U. einen Verkaufsapparat unterhalten, über welchen neue Versicherte geworben werden können. Ihnen stehen dazu verschiedene Möglichkeiten offen, über welche sie in Kontakt mit den Versicherten

¹² Vertritt nach eigenen Angaben [...] % der Makler und Vermittler.
¹³ www.curafutura.ch (13.08.2013).

¹⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10).

¹⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 1 KVG.

treten und ihre Produkte vertreiben können („Vertriebs-/Akquisitionskanäle“). Diese werden nachfolgend in Rz 29 ff. überblicksartig dargestellt.

19. Gemäss Statistiken des Bundesamtes für Gesundheit (nachfolgen: BAG) waren im Jahr 2011 63 Krankenversicherer im Bereich der OKP tätig gegenüber 81 im Jahre 2010. Davon gehörten 28 Krankenversicherer acht unterschiedlichen Gruppen an (CSS, Groupe Mutuel, ÖKK, Sympany, Helsana, KPT, Visana und Sanitas – siehe Anhang 1). Die restlichen 35 Unternehmen waren selbstständig. Damit waren im Jahr 2011 im Prinzip lediglich **43 eigenständige Anbieter** in diesem Segment tätig.

20. Die acht grössten Unternehmen (respektive Gruppen) decken im jährlichen Schnitt etwa 80 % des Marktes der Krankengrundversicherung mit einem jeweiligen

Versichertenbestand von über 500'000 Personen ab (nachfolgend: **G8**).¹⁶ Die Marktkonzentration ist deshalb stärker, als es die Zahlen des BAG vermuten lassen. Auf die restlichen 39 Unternehmen verteilen sich die verbleibenden 20 %, wobei grosse Unterschiede zwischen diesen Unternehmen zu verzeichnen sind. Fünf dieser Unternehmen¹⁷ haben einen Versichertenbestand von jeweils mehr als 100'000 Versicherten (nachfolgend: **G5**), während die übrigen Krankenversicherer (34 im Jahr 2010 und 30 im Jahr 2011) einen Versichertenbestand weit unter letztgenannter Grenze aufweisen (nachfolgend: **GREST**; siehe Anhang 2).

21. Aus nachfolgender Tabelle geht die Verteilung der Versicherten auf diese drei Gruppen, die durchschnittliche Wechselquote (siehe Rz 44) pro Gruppe sowie die durchschnittliche Prämienhöhe (bei einer Wahlfranchise von CHF 300.–) hervor:

Tabelle 1: Grunddaten betreffend den Krankenversicherungsbereich der OKP

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Total Versicherte		7'507'545	7'577'132	7'669'611	7'748'922	7'822'633	7'846'484	7'844'774
Variation gegenüber Vorjahr			0.9%	1.2%	1.0%	0.9%	0.3%	0.0%
davon	G8	6'009'039	6'078'375	6'194'745	6'289'025	6'349'631	6'321'108	6'367'603
	ausmachend vom Total	80.0%	80.2%	80.8%	81.2%	81.2%	80.6%	81.2%
	Variation gegenüber Vorjahr		1.1%	1.9%	1.5%	1.0%	-0.5%	0.7%
	G5	993'248	979'723	951'032	931'420	950'450	1'068'675	953'140
	ausmachend vom Total	13.2%	12.9%	12.4%	12.0%	12.2%	13.6%	12.2%
	Variation gegenüber Vorjahr		-1.4%	-3.0%	-2.1%	2.0%	11.1%	-12.1%
	GREST	505'258	519'034	523'834	528'476	522'552	456'701	524'031
	ausmachend vom Total	6.7%	6.9%	6.8%	6.8%	6.7%	5.8%	6.7%
	Variation gegenüber Vorjahr		2.7%	0.9%	0.9%	-1.1%	-14.4%	12.8%

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Anzahl Wechsel pro Jahr (Wechselquote)		739'132	740'864	796'787	886'511	1'143'240	1'000'816	820'608
In Prozent vom Total Versicherte		9.8%	9.8%	10.4%	11.4%	14.6%	12.8%	10.5%
Variation gegenüber Vorjahr			0.2%	7.0%	10.1%	22.5%	-14.2%	-22.0%
davon	G8	583'397	626'252	700'934	774'367	940'887	743'606	654'845
	Variation gegenüber Vorjahr		6.8%	10.7%	9.5%	17.7%	-26.5%	-13.6%
	G5	106'509	63'270	45'098	53'279	123'356	210'171	114'065
	Variation gegenüber Vorjahr		-68.3%	-40.3%	15.4%	56.8%	41.3%	-84.3%
	GREST	49'226	51'342	50'755	58'953	78'998	47'038	51'698
	Variation gegenüber Vorjahr		4.1%	-1.2%	13.9%	25.4%	-67.9%	9.0%

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Durchschnittliche Prämien in CHF		2'184	2'230	2'249	2'304	2'527	2'769	2'908
davon	G8	2'440	2'453	2'450	2'451	2'691	3'029	3'094
	Variation gegenüber Vorjahr		0.5%	-0.1%	0.1%	8.9%	11.2%	2.1%
	G5	2'282	2'379	2'432	2'457	2'684	2'982	3'126
	Variation gegenüber Vorjahr		4.1%	2.2%	1.0%	8.5%	10.0%	4.6%
	GREST	2'125	2'171	2'189	2'248	2'465	2'653	2'806
	Variation gegenüber Vorjahr		2.1%	0.8%	2.6%	8.8%	7.1%	5.5%

Quelle: Statistiken des BAG (2006–2010); Fragebögen Krankenversicherer (2011–2012).
Erarbeitung: Sekretariat.

¹⁶ Zu dieser Gruppe gehören: CSS (Gruppe), Helsana (Gruppe), Groupe Mutuel, Assura, Sanitas (Gruppe), Swica, Visana (Gruppe) und Concordia.

22. Gestützt auf die in Tabelle 1 dargestellten Daten sowie mit Blick auf die bisherigen Befragungen und Abklärungen scheint es dem Sekretariat sachgerecht, die Krankenversicherer für die Analyse der Auswirkungen der Vereinbarung in die drei genannten Gruppen G8, G5 und GREST zu unterteilen, welche dem Anschein nach in Bezug auf die Kundenakquisition unterschiedliche Strategien und Möglichkeiten zur Nutzung der einzelnen Kanäle haben. Diese weisen in Bezug auf die Entwicklung der durchschnittlichen Prämien sowie die Wechselquote¹⁸ je unterschiedliche Charakteristika auf: entspricht für die GREST die Wechselquote ihrem Marktanteil über die Jahre hinweg, scheinen sich die G5 schwerer zu tun, neue Versicherte an sich zu ziehen. Wechselnde Versicherte wählen eher ein Unternehmen der G8. Eine mögliche Ursache für diese Situation lässt sich in der Entwicklung der durchschnittlichen Prämien finden: die Gruppen G8 und G5 haben zwar grundsätzlich

höhere Prämien als die GREST¹⁹, die Prämien der G8 sind aber zwischenzeitlich gesunken und haben sich mittlerweile den durchschnittlichen Prämien der G5 angeglichen. Die schwindende Differenz zu den Prämien der G5 (letztere waren 2012 gar im Schnitt höher als diejenigen der G8), könnte diese Situation respektive die schwächere Wechselquote teilweise erklären. Weiter ist denkbar, dass gerade die grossen Versicherer auch im Bereich der Zusatzversicherung infolge grösserer Finanzkraft und allenfalls breiterem Angebot stärker präsent sind, was der angeblich nach wie vor bestehenden Tendenz der Zusatzversicherten, Grund- und Zusatzversicherung beim gleichen Anbieter abzuschliessen, entgegen kommt.²⁰

23. Diese nach Gruppen unterschiedlichen Strategien und damit die entsprechende Einteilung scheinen auch die in der folgenden Tabelle festgehaltenen Angaben zu bestätigen:

Tabelle 2: Ausgaben betreffend Kundenwerbung/-akquisition im Grundversicherungsbereich

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Gesamtausgaben für Werbung in CHF		124'037'290	132'595'332	155'740'018	156'039'220	183'495'549	170'244'256	149'831'885
davon	G8	108'065'245	115'478'482	137'989'340	135'567'970	151'059'474	142'019'304	126'113'540
	ausmachend vom Total	87.1%	87.1%	88.6%	86.9%	82.3%	83.4%	84.2%
	Variation gegenüber Vorjahr		6.4%	16.3%	-1.8%	10.3%	-6.4%	-12.6%
	G5	21'768'544	27'566'570	28'983'217	31'098'617	34'295'318	24'515'173	20'077'473
	ausmachend vom Total	17.6%	20.8%	18.6%	19.9%	18.7%	14.4%	13.4%
	Variation gegenüber Vorjahr		21.0%	4.9%	6.8%	9.3%	-39.9%	-22.1%
	GREST	5'767'734	8'406'544	11'587'057	11'094'389	8'771'087	3'745'374	3'745'797
	ausmachend vom Total	4.7%	6.3%	7.4%	7.1%	4.8%	2.2%	2.5%
	Variation gegenüber Vorjahr		31.4%	27.4%	-4.4%	-26.5%	-134.2%	0.0%

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Interne Ausgaben für Werbung in CHF		72'458'626	75'161'535	81'336'291	83'129'155	102'921'449	108'311'471	105'634'487
davon	G8	66'730'809	69'313'483	76'072'725	77'306'279	87'242'342	97'502'819	95'840'098
	ausmachend vom Total	92.1%	92.2%	93.5%	93.0%	84.8%	90.0%	90.7%
	Variation gegenüber Vorjahr		3.7%	8.9%	1.6%	11.4%	10.5%	-1.7%
	G5	4'772'381	4'524'654	4'263'000	4'814'525	14'543'894	9'410'500	8'625'000
	ausmachend vom Total	6.6%	6.0%	5.2%	5.8%	14.1%	8.7%	8.2%
	Variation gegenüber Vorjahr		-5.5%	-6.1%	11.5%	66.9%	-54.5%	-9.1%
	GREST	955'436	1'323'399	1'000'566	1'008'352	1'135'213	1'398'152	1'169'390
	ausmachend vom Total	1.3%	1.8%	1.2%	1.2%	1.1%	1.3%	1.1%
	Variation gegenüber Vorjahr		27.8%	-32.3%	0.8%	11.2%	18.8%	-19.6%

¹⁷ Zu dieser Gruppe gehören: KPT (Gruppe), Sympany (Gruppe), Atupri, ÖKK (Gruppe) und EGK.

¹⁸ Vgl. dazu auch die Ausführungen zur Wirksamkeit, Rz 44.

¹⁹ So lagen beispielsweise 2011 die durchschnittlichen Prämien der G8 (mit CHF 3'029.–) um 9.4 % und die der G5 (mit CHF 2'982.–) um

7.7 % über den durchschnittlichen Jahresprämien aller Versicherer. Die GREST hingegen lagen 4.2 % (mit CHF 2'652.–) unter dem Durchschnittswert.

²⁰ Vgl. auch nachstehend, Rz 38.

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Externe Ausgaben für Werbung in CHF		51'578'846	57'433'797	73'428'174	72'910'692	80'588'935	61'950'969	43'808'429
davon	G8	41'334'617	46'165'000	60'941'062	58'261'692	63'817'130	44'516'486	29'869'047
	ausmachend vom Total	80.1%	80.4%	83.0%	79.9%	79.2%	71.9%	68.2%
	Variation gegenüber Vorjahr		10.5%	24.2%	-4.6%	8.7%	-43.4%	-49.0%
	G5	8'646'000	8'955'000	8'831'000	10'359'000	14'276'005	15'037'700	11'405'400
	ausmachend vom Total	16.8%	15.6%	12.0%	14.2%	17.7%	24.3%	26.0%
	Variation gegenüber Vorjahr		3.5%	-1.4%	14.8%	27.4%	5.1%	-31.8%
	GREST	1'598'228	2'313'797	3'656'112	4'290'000	2'495'800	2'396'783	2'533'981
	ausmachend vom Total	3.1%	4.0%	5.0%	5.9%	3.1%	3.9%	5.8%
	Variation gegenüber Vorjahr		30.9%	36.7%	14.8%	-71.9%	-4.1%	5.4%

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Werbeausgaben für einen Eintritt in CHF		131.61	160.22	239.11	167.96	100.97	131.08	159.13
davon	G8	308.43	334.34	542.21	258.28	230.79	245.34	244.23
	Variation gegenüber Vorjahr		7.7%	38.3%	-109.9%	-11.9%	5.9%	-0.5%
	G5	226.47	226.47	462.36	387.51	228.96	256.72	206.85
	Variation gegenüber Vorjahr		0.0%	51.0%	-19.3%	-69.2%	10.8%	-24.1%
	GREST	61.66	61.66	132.08	116.33	48.52	71.76	120.82
	Variation gegenüber Vorjahr		0.0%	53.3%	-13.5%	-139.7%	32.4%	40.6%

Quelle: Fragebögen Krankenversicherer. Erarbeitung: Sekretariat.

24. Diese Daten zeigen demnach gewisse Unterschiede betreffend Strategien der Kundenakquisition der drei Gruppen.²¹ Ab 2010 haben die Gruppen G8 und G5 die externen Ausgaben (d.h. Ausgaben für von externen Anbietern bezogene Dienstleistungen²²) reduziert, wobei diese Verminderung bei der G8 stärker ausfiel. Diese Aussage gilt auch für das Jahr 2012. Die internen Ausgaben der drei Gruppen sind von 2010 bis 2012 stabil geblieben.

25. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch wichtig zu präzisieren, dass die Versicherer im Verwaltungsrat der santésuisse entsprechend der Stärke dieser drei Gruppen vertreten sind.²³ Daher ist zu vermuten, dass auch die Entscheide im Verband überwiegend von den G8 und G5 geprägt und die Möglichkeiten zur Einflussnahme entsprechend verteilt sind. Das Sekretariat wird diese Situation im Bericht, soweit notwendig, berücksichtigen.

26. Den Versicherten ihrerseits stehen verschiedene Möglichkeiten offen, sich über die Angebote der Versicherer zu informieren, wobei zunächst danach differenziert werden kann, wer den Prozess initiiert. Wechselwillige Versicherte können einerseits selbst aktiv werden und direkt den gewünschten neuen Krankenversicherer kontaktieren, eine Beratung wünschen und/oder eine Offerte anfordern und diese unterzeichnen (Vertragsabschluss). Andererseits kann ohne (explizites) Ersuchen eines Versicherten mit diesem Kontakt aufgenommen und ein Gesprächstermin vereinbart werden. Anlässlich desselben wird die Situation des Versicherten evaluiert und allenfalls ein Vertragsabschluss erzielt.

27. Auch wenn theoretisch der Versicherte aus eigener Initiative und damit aktiv eine derartige Beratung nachfragen kann, vermutet das Sekretariat, dass im Kran-

kenversicherungsbereich die Kontaktaufnahme und Andienung eines Beratungstermins in der Regel von aussen erfolgt.²⁴ Dazu kontaktieren Call Agenten (von Call Centern, M&V oder Krankenversicherern) potentielle Versicherungsnehmer zwecks Terminvereinbarung. Der zum Termin erscheinende Berater ist sodann mehr oder weniger unabhängig (ein Mitarbeiter der Versicherung oder ein Vermittler, der eine oder mehrere Versicherungen vertritt²⁵). Da die Kontaktaufnahme unaufgefordert und in Unwissenheit über ein allfälliges Nachfragebedürfnis erfolgt, wird allgemein auch von Kaltakquise gesprochen.²⁶

²¹ Die G8 wendete 2012 z.B. 84.2 % der Gesamtausgaben für Werbung auf, auf die G5 entfielen 13.4 % und auf die GREST die übrigen 2.5 %. Verglichen mit der Anzahl der Neueintritte pro Jahr ergibt das im Schnitt CHF 159.13 an Werbe- (korrekt eigentlich Akquisitions-) ausgaben pro Versicherungswechsel. Auch in Bezug auf diese durchschnittlichen Ausgaben lassen sich Unterschiede je nach Gruppe verzeichnen, wie die obenstehende Tabelle 2 zeigt.

²² Vgl. dazu auch Rz 32.

²³ 2012 gehörten sechs der zwölf Verwaltungsratsmitglieder der G8 (CSS, Helsana, Groupe Mutuel, Swica, Visana und Concordia) und vier den G5 an (KPT, Sympany, Atupri und EGK).

²⁴ Gemäss Aussagen der Befragten würden sich die Kunden nur selten an Ihre Versicherungsgesellschaft wenden und kämten oft zeitlebens nicht in den Genuss einer persönlichen Beratung. Kunden bemühten sich in der Regel nur selten aktiv um eine Beratung, obschon diese vielfach dringend nötig wäre. Andere Befragten gehen davon aus, dass die Kunden nicht sonderlich proaktiv seien und durch Kundenwerbung angestossen werden können. Für die Proaktiven seien Vergleichsdienste der bevorzugte Kanal, da sie jederzeit und praktisch über Internet verfügbar seien und keinerlei Druck.

²⁵ Vgl. dazu auch nachstehend, Rz 38.

²⁶ Der Terminus wurde für die Zwecke der Vereinbarung enger definiert (vgl. auch Rz 105).

28. In diesen Prozess der Kundenakquisition sind somit regelmässig verschiedene Akteure involviert. Die verschiedenen Konstellationen werden nachfolgend vereinfacht dargestellt und mittels Graphiken veranschaulicht. Versicherer können Ihre Produkte grundsätzlich, wie dargestellt, selbst, z.B. über eigene Mitarbeiter, vertreiben (Eigenvertrieb; auch In-house-Lösungen) oder aber vertraglich entsprechende Dienstleistungen und damit Vertriebskanäle einkaufen (Fremdvertrieb). Dieser Grobeinteilung der Vertriebskanäle in Eigen- und Fremdvertrieb folgen die nachfolgenden Ausführungen. Die meisten Versicherer, die eine In-house-Lösung betreiben, scheinen zusätzlich externe Dienstleistungen in diesem Bereich nachzufragen. Es scheinen somit seitens der Krankenversicherer vorwiegend Multi-Channel-Strategien verfolgt zu werden.

A.2.2 Eigenvertrieb

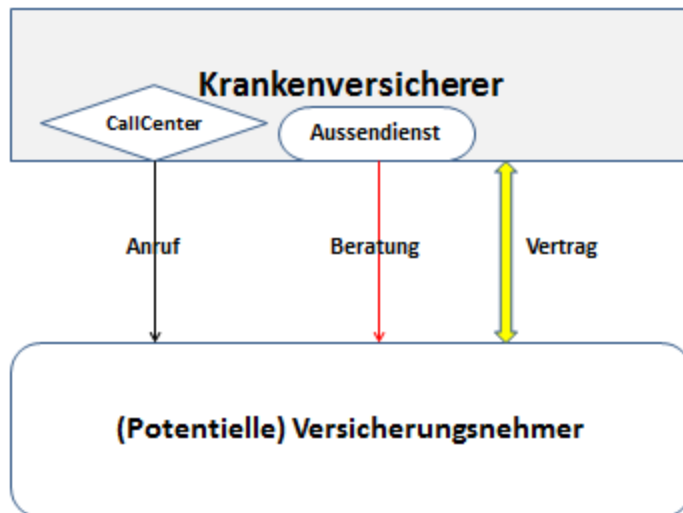
A.2.2.1 In-House Lösungen

29. Krankenversicherer können grundsätzlich über einen eigenen Aussendienst mit Call Agenten wie auch Bera-

tern und Vermittlern verfügen (Verkaufs-/Marketingapparat), welcher bestehende und potentielle Versicherungsnehmer betreut. Die Kontaktdaten werden beispielsweise über aktuelle und frühere Versicherungsverhältnisse, Gesamtarbeitsvertragslösungen, Umfragen und Wettbewerbe etc. erlangt. Der Berater versucht grundsätzlich, das eigene Produkt aus der Grund- aber auch Zusatzversicherung zu verkaufen und sich von der Konkurrenz abzugrenzen.

30. Daneben kann ein wechselwilliger Versicherter, wie oben erwähnt, direkt auf den gewünschten neuen Krankenversicherer zukommen und eine Beratung wünschen respektive eine Offerte anfordern. In diesen beiden Fällen läuft der ganze Kontakt zwischen dem Versicherten und dem Aussendienst/Verkaufsapparat des entsprechenden Versicherers ab.

Abbildung 1: In-House Lösung



31. Aus den im Rahmen der Befragungen eingegangenen Antworten ging wiederholt hervor, dass die Variante „eigener Aussendienst“ insbesondere eine Option für grössere Krankenversicherer darstellt.²⁷ Dies da den vorgebrachten Vorteilen (wie gute Kenntnis der eigenen Produkte sowie Kontroll- und Lenkungsmöglichkeiten) vergleichsweise hohe Fixkosten gegenüber stehen.

32. Versicherer, die keinen kompletten eigenen Verkaufs- und Marketingapparat unterhalten, können die entsprechenden Dienstleistungen in unterschiedlichem Ausmass von externen Anbietern nachfragen. Sie können Teile der Kundenakquisition und Pflege selbst über-

nehmen oder sämtliche Dienstleistung von Dritten beziehen. Denkbar ist grundsätzlich der Einkauf von Call Center- und/oder Beratungs-/Vermittlungsdienstleistungen externer Anbieter.

²⁷ Vgl. Tabelle 2. Aus dieser geht hervor, dass die G8 und G5 ab 2011 die externen Ausgaben reduziert haben, wobei die Reduktion bei der G8 stärker ausfiel. Bei der Gruppe GREST sind diese Ausgaben konstant geblieben.

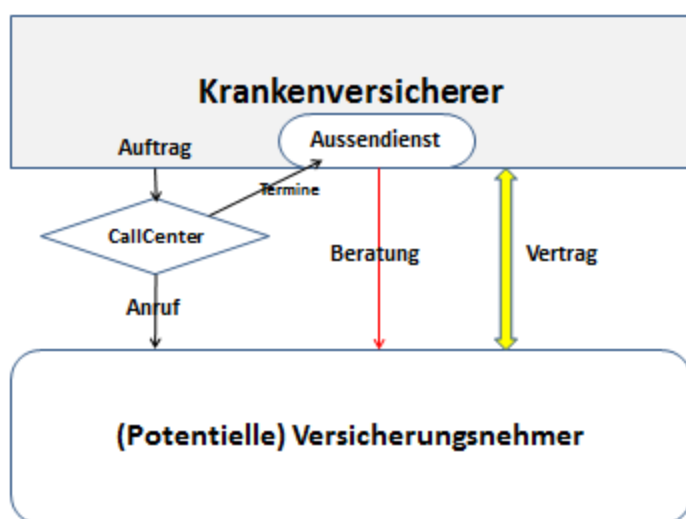
A.2.2.2 Call Center

33. Der Versicherer kann sich darauf beschränken, Call Center-Dienstleistungen extern nachzufragen. Call Center konzentrieren sich in der Regel darauf, potentielle Versicherungsnehmer zwecks Terminvereinbarung (im Namen des Versicherers) zu kontaktieren (häufig ohne Differenzierung zwischen Grund- und Zusatzversicherung). Der Versicherer kann anschliessend seinen eigenen In-House-Berater, der gegebenenfalls den Vertrag mit dem Versicherungsnehmer abschliesst, zum Termin schicken. Diese Art des Vertriebs könnte man auch als eine Art „Fremdvertrieb light“ bezeichnen, welcher aber

infolge Erbringung der zentralen Dienstleistungen durch den Versicherer selbst vorliegend zum Eigenvertrieb gerechnet wird.

34. Die Vorteile einer Auslagerung dieser Dienstleistungen seien u.a., dass Call Center über die notwendigen Human Resource-Kompetenzen, entsprechende Spezialisierung, technische Ausrüstung sowie die Fähigkeit verfügen würden, grosse Volumen zu bewältigen. Die zu kontaktierenden, potentiellen Versicherungsnehmer bestimmen gemäss bisherigen Angaben anscheinend die Krankenversicherer.

Abbildung 2: Call Center



35. In der Praxis können sowohl Versicherer als auch Vermittler(-organisationen) über ein eigenes Call Center verfügen oder aber diese Dienstleistung ihrerseits jeweils extern nachfragen. Die gezielte Kontaktierung u.a. zwecks Vereinbarung eines Gesprächstermins wird in der Branche auch als Outbound bezeichnet. Demgegenüber bezeichnet man als Inbound, wenn der Kunde den Agenten kontaktiert.²⁸ Es scheinen gar eigentliche Terminbörsen zu existieren, die auf Vorrat vereinbarte Termine an jedweden Vermittler oder Versicherer verkaufen.

36. Darüber hinaus fehlen in Zusammenhang mit diesem Kanal bis anhin im Rahmen der Vorabklärung noch jegliche Informationen betreffend die Anzahl der von Call Agenten jährlich vereinbarten Beratungstermine (u.a.) im OKP-Bereich sowie zum Verhältnis der durch externe Call Center induzierten Anrufe zu denjenigen durch interne Call Agenten. Ebenso wenig liegen gesicherte Angaben zu den entsprechenden Umsätzen insbesondere der externen Call Center vor (Anteil an den Verwaltungskosten der Krankenversicherer). *santésuisse* gab an, infolge Überschlagsrechnung und im Sinne einer Schätzung²⁹ davon auszugehen, dass mit dem in der Vereinbarung enthaltenen Verbot der Kaltakquise jährli-

che Einsparungen von ungefähr CHF 15 Mio. zu erreichen seien. Dass diese Schätzungen zu optimistisch waren, zeigt sich bereits mit Blick auf die Zahlen des Berichts der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Obligatorischen Krankenversicherung.³⁰

A.2.3 Fremdvertrieb – Outsourcing

A.2.3.1 Makler und Vermittler

37. Die Krankenversicherer haben sodann die Möglichkeit, Makler und Vermittler mit der Akquisition neuer Kunden zu beauftragen. Makler und Vermittler können über eigene Call Center auch den Anruf der potentiellen Versicherungsnehmer übernehmen oder diesen Schritt

²⁸ Wikipedia, <http://de.wikipedia.org/wiki/Callcenter> (16.08.2013).

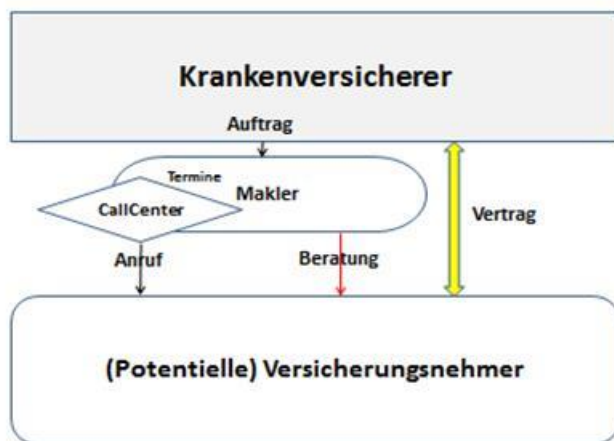
²⁹ Vgl. auch nachstehend, Fn 64.

³⁰ Vgl. Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Obligatorischen Krankenversicherung: Evaluation der Prämien genehmigung und der Aufsicht über die Krankenversicherer, Publikation Juli 2010, abrufbar unter http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=184&Itemid=179&lang=de (nachfolgend: Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung; 19.08.2013) sowie zu den dort enthaltenen konkreten Zahlen nachfolgend, Fn 35.

ihre Seite wieder an externe, auf Call Center-Dienstleistungen spezialisierte Unternehmen auslagern. Dass ein Krankenversicherer zwar ein eigenes Call Center betreibt, nicht aber Vermittler und Berater beschäftigt,

ist aus Sicht des Sekretariates eher unwahrscheinlich, da vertiefte Kenntnisse über die Branche und einzelne Produkte insbesondere auf Stufe Vermittlung und Beratung vonnöten sind.³¹

Abbildung 3: Makler und Vermittler



38. M&V vertreiben im Minimum die Produkte eines Krankenversicherers. Je mehr Versicherer sie vertreten, desto „objektiver“ ist grundsätzlich die dem Kunden angebotene Beratung (Information über mehrere Versicherungsprodukte).³² M&V werden seitens der Versicherer auf Provisionsbasis in Abhängigkeit von der Anzahl Versicherungsabschlüsse bezahlt. Der Vertrag kommt stets zwischen Krankenversicherer und Versicherungsnehmer zustande. Mit Beratungen im OKP-Bereich sind in der Praxis regelmässig auch solche betreffend Zusatzversicherungen verbunden. Dies da es angeblich nach wie vor einem starken und weit verbreiteten Bedürfnis der Versicherten entspreche, Grund- und Zusatzversicherung bei ein und demselben Krankenversicherer abzuschliessen.³³ Es wird versucht, die Versicherungsdeckung des Versicherten (mehr oder weniger) zu optimieren, vom Deckungsumfang her³⁴ wie auch in finanzieller Hinsicht.

39. santésuisse geht von einem mit dem Abschluss der Vereinbarung verbundenen denkbaren Einsparungspotential von ca. CHF 20 Mio. auf Stufe der Makler und Vermittler aus. Gemäss Aussage eines befragten Unternehmens entspreche dieser Betrag ungefähr 10 % der gesamten Provisionsausgaben für Vermittlung und Beratung von Krankenversicherungsprodukten im Bereich der Grund- und Zusatzversicherung.³⁵ Dem stehe gegenüber, dass Einsparungen seitens der Versicherten in der Praxis v.a. im OKP-Bereich möglich seien und markant ausfallen könnten. Bei konsequenter objektiver Beratung der in der Schweiz wohnhaften Personen durch externe Makler könnten bereits im Bereich der OKP deutlich grössere Einsparungen erzielt werden.³⁶ Gemäss den Befragungsergebnissen beliefen sich vor Inkraftsetzung der Vereinbarung die marktüblichen Honorare auf CHF 100.– bis 200.–.

A.2.3.2 Vergleichsdiensteanbieter

40. Um die Prämien der Krankenversicherer zu vergleichen, haben Krankenversicherte seit einigen Jahren u.a. die Möglichkeit, (Internet-) Vergleichsdienste für Krankenversicherer³⁷ (kostenlose Informationsplattformen) zu konsultieren und, sofern gewünscht und angeboten³⁸,

³¹ Gemäss Aussagen der befragten Call Center bedinge eine optimale und seriöse Beratung neben der Beantwortung einfacher Fragen, die allenfalls auch ein Call Center direkt beantworten könnte, eine Beratung des potentiellen Versicherungsnehmers durch M&V. Call Center würden M&V demnach eine grosse Vorarbeit abnehmen, damit diese sodann eine optimale Beratung sicherstellen könnten. Gemäss einer Firma, die im Bereich M&V tätig ist, würden Vergleichsdienste wie auch Call Center nur Hilfsdienste für M&V wie auch Krankenversicherer anbieten, könnten deren Arbeit aber nicht ersetzen.

³² Der Vorteil gegenüber einer Beratung durch die Krankenversicherer selbst sei die Unabhängigkeit derselben, wenn sie durch M&V erfolgt. Siehe auch vorne, Rz 27.

³³ Gemäss eines befragten M&V Unternehmens bestünde eine entsprechende Tendenz der Versicherten, um den administrativen Aufwand zu minimieren. Vgl. auch nachstehend, Rz 65.

³⁴ Im Hinblick auf eine effizientere Risikodeckung.

³⁵ Dieses Unternehmen geht von „Provisionskosten im Krankenversicherungsmarkt insgesamt“ von rund CHF 200–300 Mio. pro Jahr aus, gemessen an einem Gesamtmarktvolumen von rund CHF 50 Mia. Gemäss dem Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Obligatorischen Krankenversicherung wurden im Jahr 2008 über CHF 32 Mio. auf Provisionen für Versicherungsabschlüsse (Entschädigungen für Makler, Versicherungsvermittler usw.) verwendet, weiter über CHF 15 Mio. für Kontaktprovisionen (Zahlung für Offertanfragen [z.B. Comparis, bonus.ch], Vermittlung von Beratungsgesprächen); vgl. Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung (Fn 30), 48 und 79.

³⁶ Die regelmässig mit Beratungen im KVG-Bereich einhergehenden Beratungen im VVG-Bereich brächten ihrerseits ein entsprechendes, zusätzliches Optimierungspotential mit sich.

³⁷ Z.B. comparis.ch, bonus.ch, K-Tipp.

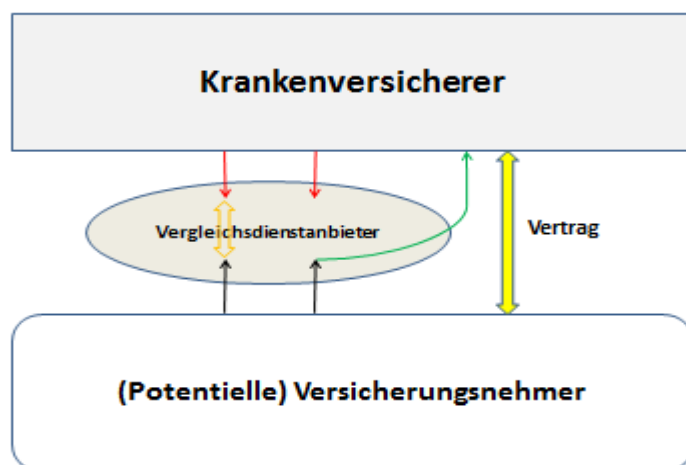
³⁸ Bei entsprechendem Vertrag zwischen Vergleichsdiensteanbieter und Versicherer, vgl. dazu nachfolgend, Rz 41.

direkt über diese eine Offerte bei dem Krankenversicherer ihrer Wahl einzuholen (automatisierte, für Versicherer kostenpflichtige Offert-Prozesse). Diese Dienste sind besonders im Bereich der OKP informativ, da dank Öffentlichkeit der Prämien absolute Transparenz besteht. Dies grundsätzlich unabhängig von einem allfälligen Vertragsverhältnis mit den einzelnen Krankenversicherern. Vergleichsdienste erhöhen damit allgemein die Transparenz in Bezug auf die angebotenen Prämien³⁹ im Bereich der OKP, was den Wechsel des Krankenversicherers vereinfacht und (damit) den Wettbewerbsdruck unter den Krankenversicherern verstärkt.

41. Vergleichsdienste bieten Krankenversicherern die Nutzung ihrer Systeme zwecks Abwicklung von Offert-

prozessen und damit verbundene Dienstleistungen an. Sie finanzieren sich in der Regel aus Werbeeinnahmen sowie Entschädigungen für Offertübermittlungen. Für Letzteres waren auf Anzahl Offertanfragen basierende Entschädigungen üblich (Betrag pro Anklicken des Links). Gemäss den Angaben der Vergleichsdienste sei es ihre Aufgabe, Angebot und Nachfrage zusammenzuführen, nicht aber, weitergehend Einfluss zu nehmen. Die anschliessenden Vertragsverhandlungen und -beziehungen würden sich gänzlich ihrem Einfluss entziehen, weshalb sie üblicherweise auch erfolgsunabhängig entlohnt würden.

Abbildung 4: Vergleichsdienstanbieter



42. Das BAG betreibt die Seite priminfo.ch. Dabei handelt es sich um eine reine Vergleichsplattform ohne Offertfunktionen. Die Einrichtung entsprechender Schnittstellen und Funktionen sei zum Zeitpunkt der Verhandlungen betreffend die Vereinbarung seitens des BAG vorgesehen gewesen, dann aber verworfen worden.

43. Die Vereinbarung sollte Einsparungen von bis zu CHF 25 Mio. auf Stufe der Vergleichsdienste ermöglichen.⁴⁰

A.2.4 Wirksamkeit der Kanäle

44. Gemäss dem Sekretariat vorliegenden Informationen werden die verschiedenen Kanäle seitens der Krankenversicherer unterschiedlich stark genutzt, was Rückschlüsse auf deren Wirksamkeit und Effizienz aus Sicht der jeweiligen Krankenversicherer zulässt.⁴¹ Wenngleich gesicherte Angaben fehlen, so wurden in folgender Darstellung die von santésuisse zu den Akten gegebenen Schätzungen den Zahlen des Marktforschungsinstituts GfK⁴² gegenübergestellt. Aufgezeigt werden soll die Relation zwischen den einzelnen „Kanälen“ und der Anzahl über diese erfolgende Krankenversicherungswechsel/Neuzugänge im Verhältnis zu den gesamten Versicherungswechseln in einem Jahr (Wechselquote):

³⁹ Gemäss Angaben eines Vergleichsdienstanbieters würden sich ca. 30 % aller Versicherten über Vergleichsdienste orientieren, wobei noch eine erhebliche mögliche Dunkelziffer besteht. Vgl. auch die entsprechenden allgemeinen Ausführungen in RPW 2011/3, 374 Rz 16 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

⁴⁰ Nicht substantiierte Schätzung von santésuisse, welche verglichen mit den Zahlen im Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Obligatorischen Krankenversicherung (Fn 30) klar zu hoch ausfällt (vgl. Fn 35).

⁴¹ Vgl. dazu z.B. vorne, Rz 22 ff.

⁴² Eingereicht von [...].

Tabelle 3: Prozentuale Wechselquote je nach Kanal

Gemäss Umfrage GfK				Gemäss Aussage santésuisse	
Eigenvertrieb	2009	2010	2011	Eigenvertrieb	
Im Internet-Website Versicherer	8.6	9.1	10.5	30.0 Inteme Abschlüsse durch Versicherer selber	
Telefonisch - CallCenter Versicherer	6.6	5.7	3.4	8.0 Interne telefonische Kaltakquise	
Persönlich bei Filiale	7.4	9.1	4.7		
Persönlich über Vertreter Versicherer	19.6	21.6	21.2		
Tot.	42.2	45.5	39.8	38.0 Tot.	
Fremdvertrieb				Fremdvertrieb	
Im Internet - Vergleichsdienstanbieter	25.9	22.7	17.9	10.0 Vergleichsdienstanbieter	
Telefonisch - Versicherungsvertreter	8.3	7.9	6.0	k.A. Externe telefonische Kaltakquise	
Unabhängige Makler	7.6	9.5	15.4	50.0 Externe Makler & Vermittler	
Tot.	41.8	40.1	39.3	60.0 Tot.	
Nicht bestimmbar					
Freunde / Bekannte	7.2	6.8	8.0		
Arbeitgeber	1.5	1.3	2.9		
Anders	2.2	2.4	4.2		
Weiss nicht / keine Angabe	5.1	4.0	6.0		
Tot.	16	14.5	21.1		
TOT.	100	100.1	100.2	98.0 TOT.	

Quelle: Fragebögen. Zusammenfassung und tabellarische Darstellung: Sekretariat.

45. Auf die Frage, wie viel Prozent der Versichertenwechsel aus der telefonischen Kaltakquise resultieren und wie viel Prozent auf die anderen Vermittlungskanäle entfallen (gemessen an den gesamten Wechseln in einem Jahr), gab santésuisse die in obiger Tabelle zusammengetragenen Prozentsätze an. Verglichen mit den Angaben der GfK liegen diese in Bezug auf den Eigenvertrieb relativ nahe beieinander, anders die Schätzungen betreffend die mit Fremdvertrieb erzielte Wechselquote. Insbesondere die Wirksamkeit der Aktivitäten der unabhängigen M&V wird konträr eingeschätzt.⁴³

46. Weiter bestehen aber auch betreffend die Vergleichsdienstanbieter grosse Differenzen. Letztere stellen insbesondere für kleine und mittlere Krankenversicherer einen wichtigen Kanal zur Kundenakquisition dar. santésuisse selbst schreibt, dass deshalb aus der Optik der einzelnen Versicherer und damit je nach Grösse des Unternehmens dieser Anteil höher ausfallen würde.⁴⁴ Comparis führt aus, dass im Jahr 2010 [...] von [...] Offertanfragen über ihre Homepage zu einem Vertragsabschluss geführt hätten bei rund 1 Mio. Krankenkassenwechsel gesamt. Dies entspreche einer Abschlussquote von durchschnittlich 36.5 % für die Partnerkassen.⁴⁵ Eine mögliche Erklärung für diese starke Diskrepanz könnte sein, dass die Einschätzung santésuisse' diejenige der Verwaltungsräte und damit vornehmlich der grossen Versicherer wiedergibt, welche andere Möglichkeiten zur Kundenakquisition haben. Folglich könnte bei dieser Einschätzung die Bedeutung und Wirksamkeit (Beitrag zu Anzahl Wechseln) dieses Kanals tendenziell unterschätzt worden sein.

A.2.5 Haltung des BAG bzw. des EDI gegenüber Kundenwerbung

47. Auch wenn der Idee des Gesetzgebers folgend Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern grund-

sätzlich erwünscht wäre⁴⁶, so ist dieser in der Praxis aus verschiedenen Gründen im Bereich der Grundversicherung nicht voll ausgeprägt. Nicht nur bleibt den Versicherern aufgrund der ausgedehnten gesetzlichen Regelung im Bereich der sozialen Krankenversicherung und des Gesundheitswesens allgemein wenig Spielraum, in Folge der Regulierung bestehende Fehlanreize stören auch das „freie Spiel der Marktkräfte“.⁴⁷

⁴³ So geht santésuisse davon aus, dass circa 10 % aller Versicherungsneuzugänge gestützt auf Offertanfragen via Vergleichsdienstanbieter erfolgen, 50 % infolge Beratung/Vermittlung durch externe, nicht bei einer Versicherung angestellte M&V. Demgegenüber gehen gemäss GfK knappe 26 % der Versicherungswechsel auf Internet/Vergleichsdienstanbieter zurück und lediglich 7.6 % auf die Tätigkeit unabhängiger Makler. Daneben wurden 8.3 % der wechselnden Versicherten telefonisch kontaktiert und anschliessend von einem Versicherungsvertreter beraten. Ob und wenn ja wie viele der von unabhängigen Maklern beratenen Versicherten vorgängig (z.B. durch diesen) telefonisch kontaktiert wurden, ergibt sich nicht aus den Zahlen der GfK.

⁴⁴ santésuisse, Schreiben vom 29. September 2011, Antwort F14.

⁴⁵ Comparis, Schreiben vom 18. Mai 2011, Antwort F6. Weiter geht weder aus der Erhebung noch den Schätzungen hervor, wie viele der wechselwilligen Versicherten vor oder nach einer Kontaktierung und/oder Beratung (zusätzlich) einen Prämienvergleich via Homepage der Vergleichsdienstanbieter vornehmen, ohne aber eine Offerte über diesen anzufordern.

⁴⁶ Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung (Fn 30), 58; vgl. auch die unter anderem in diesem Zusammenhang stehenden Massnahmen gemäss Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Strategie und dringliche Punkte) vom 26. Mai 2004, BBl 2004 4259. Dem Wettbewerb unter den Krankenversicherern dient das Prinzip der freien Wahl desselben (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 11, 143).

⁴⁷ Vgl. bspw. die Ausführungen in RPW 2004/4, 1299 Rz 29 ff., *Festsetzung und Genehmigung von Tarifen im Bereich der Versicherung "allgemein ganze Schweiz"*.

48. Anstatt zu versuchen, den Wettbewerb zu intensivieren, gerieten in letzter Zeit die Ausgaben für Kundenwerbung/Akquisition allgemein vermehrt in die Kritik. Dies kann einerseits auf eine Erhöhung der Anzahl Telefonanrufe (u.a.) seitens einiger Krankenversicherer und die damit zusammenhängende zunehmende Sensibilisierung und Verärgerung der Bevölkerung betreffend Telefonmarketing allgemein zurückgeführt werden. Andererseits wurde die Thematik u.a. mit Unterstützung der Konsumentenorganisationen zum Politikum. Darüber hinaus werden allgemein die Verwaltungskosten der Krankenversicherer – obschon regelmässig etwa 5 % der Prämieinnahmen eines Versicherers nicht übersteigend und damit prinzipiell unter Kontrolle – auch in Zusammenhang mit der Diskussion über die Einheitskasse oft negativ bemöhrt. Das BAG stellte für das Jahr 2008 fest, dass die Krankenversicherer rund CHF 114 Mio. für Kundenwerbung zulasten der sozialen Krankenversicherung ausgegeben haben.⁴⁸ Seitdem bestanden seitens des EDI/BAG starke Bestrebungen, auf den Erlass von Bestimmungen hinzuwirken, welche es erlauben würden, Massnahmen betreffend Telefonwerbung unter dem Deckmantel einer Eindämmung der Kostenentwicklung zu ergreifen. Die in letzter Zeit in diesem Zusammenhang initiierten Schritte werden sodann in Zusammenhang mit der Prüfung vorbehaltener Vorschriften noch überblickartig genannt.⁴⁹

49. Das BAG hatte ursprünglich zudem die Absicht, den von ihr betriebenen Prämienrechner auszubauen und mit Offert-Funktionen ähnlich denen der anderen Vergleichsdienstanbieter auszustatten und damit einen „kostenlosen“ Vergleichsdienst anzubieten.⁵⁰ Comparis führt zu diesen Plänen aus, dass ein entsprechendes kein einfaches und insbesondere kein „kostenloses“ Unterfangen wäre, da der Betrieb einer solchen Plattform technisch anspruchsvoll und kostenintensiv sei. Die Kosten würden sodann zwar nicht mehr unter den Verwaltungskosten ausgewiesen, wären aber allgemein mit Steuermitteln zu decken und folglich keine Einsparungen (staatshaushaltstechnische Verschiebung).⁵¹ Mittlerweile sei man von diesem Ziel u.a. aus rechtlichen Gründen abgerückt.⁵²

A.2.6 Werbung und Wettbewerb

50. Wenngleich es vorliegend allgemein um Kundenwerbung im Sinne von Kundenakquisition und nicht eigentlich um Werbung an sich geht, so erfolgt im Rahmen derselben doch stets auch bis zu einem gewissen Grad Werbung und hat dieses Thema demnach auch vorliegend eine gewisse Relevanz. Es folgen deshalb einige allgemeine Ausführungen zu diesem Aspekt. 2004 hat sich die WEKO bereits zu den verschiedenen Funktionen und der wirtschaftlichen Bedeutung von Werbung geäussert. In Bezug auf Werberestriktionen für die Berufe im Gesundheitswesen hat sie – ohne weiter zu differenzieren – Folgendes präzisiert:⁵³

51. „Durch die in Artikel 27 Absatz 1 sowie Artikel 94 f. Bundesverfassung (BV) garantierte Wirtschaftsfreiheit und freiheitliche Wirtschaftsordnung bekennt sich die Schweiz ausdrücklich zur Wettbewerbswirtschaft. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert dem Einzelnen die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2

BV). Als Voraussetzung zu deren ungehinderten Ausübung wird auch das Recht auf Werbung vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst.⁵⁴

52. Der ungehinderte Zugang zum Markt und der freiheitliche Wettbewerb gewährleisten grundsätzlich ein optimales Funktionieren der Wirtschaft. Wettbewerb erfolgt jedoch nicht nur mit dem Preis für bestehende Produkte, sondern auch mit neuen Produkten.

53. Werbung stellt einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Als Kommunikationsinstrument kann Werbung die Markttransparenz erhöhen, indem sie über die Existenz eines (neuen) Anbieters und dessen Angebot an Gütern oder Dienstleistungen sowie den Preis, die Beschaffenheit (Qualität) und den Verwendungszweck eines Produktes orientiert.⁵⁵ Die Funktionen der Werbung, sprich ihre Rolle bei der Kommunikation zwischen Produzent, Händler und Konsument, kann je nach Standpunkt und Wertvorstellung von Manipulation über Beeinflussung und Überzeugung bis zur reinen Information des Konsumenten reichen.⁵⁶

54. Entsprechend unterscheidet die Lehre anhand ihrer (beabsichtigten) Wirkungen drei Arten von Werbung: die informative, die komplementäre und die persuasive/überzeugende Werbung. Werbung von informativem Charakter stärkt das Bewusstsein der Konsumenten und reduziert Suchkosten. Dies wiederum resultiert in erhöhter Preissensitivität und wirkt dadurch Marktmacht senkend. Konzentriert sich die Werbung auf das Herausstreichen von Produktunterschieden und die Markenpflege sowie Produktdifferenzierung, kann diese u.U. auch mit einer Verstärkung der Marktposition einhergehen.⁵⁷

55. Die komplementäre Art von Werbung stellt auf die Bedeutung der Werbung im Konsumprozess ab, indem sie dem Konsumenten einen zusätzlichen Nutzen bringt, wie beispielsweise ein Gefühl grösseren sozialen Prestiges oder als Signal höherer Qualität. Entsprechend kann sich komplementäre Werbung positiv oder negativ auf die Nachfrage und den Konsum auswirken. Aus diesem Blickwinkel betrachtet kann Werbung die Marktmacht der Unternehmen stärken, sofern sie den Nutzen der Konsumenten erhöht. Dies muss aber nicht so sein.⁵⁸

⁴⁸ Vgl. Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung (Fn 30), 48, sowie zu den zugrundeliegenden Daten, 79.

⁴⁹ Vgl. nachstehend, Rz 78 ff.

⁵⁰ Vgl. auch vorne, Rz 42.

⁵¹ Comparis, Schreiben vom 18. Mai 2011.

⁵² santésuisse, Schreiben vom 29. September 2011, Antwort F23.

⁵³ RPW 2001/4, 768 f. Rz 2 ff., *Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Aargau*.

⁵⁴ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

⁵⁵ H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, 54 ff.

⁵⁶ JEAN-PAUL THOMMEN, Managementorientierte Betriebswirtschaftslehre, 5. Auflage, Zürich 1996, 187, E. 6.3.1.

⁵⁷ P. NELSON, The economic consequences of advertising, J. Bus. 48, 1975, 213–241 (auf Englisch: the informative view of advertising).

⁵⁸ GARY S. BECKER/KEVIN M. MURPHY, A simple theory of advertising as a good or bad, Quarterly Journal of Economics 1993, Vol. 108(4), 941–964 (auf Englisch: the complementary view of advertising).

56. Betreffend die persuasive Art von Werbung geht die Lehre davon aus, dass derartige Werbung die Präferenzen der Konsumenten beeinflussen, Bedürfnisse wecken und zu unbegründeter Produktdifferenzierung führen kann. Dies kann zu nachlassender Preissensitivität und damit Nachfrageelastizität beitragen, so dass in letzter Konsequenz Preise leichter erhöht und die Gewinnmarge ausgedehnt werden kann.⁵⁹ Hingegen kann überzeugende Werbung auch einen „Bumerang-Effekt“ haben, wenn der Konsument den manipulativen Anteil der Werbung erkennt.⁶⁰

57. Insbesondere bei letztgenannter Form von Werbung kann ein reklamebezogener Wettstreit konkurrierender Unternehmen, welcher auf eine Ablenkung und Konzentration der Nachfrage anstelle einer Erhöhung der Produktivität gerichtet ist, – je nach Sensitivität der Konsumenten für die Werbung – zu einer Art „prisoner's dilemma“ führen.⁶¹ Diesfalls würden die Unternehmen weniger Gewinn erwirtschaften, obschon die Werbung jedes Unternehmens darauf abzielt, seinerseits die Präferenz der Konsumenten zu gewinnen.⁶²

58. Wie einleitend erwähnt, gilt es in diesem Zusammenhang zunächst herauszustreichen, dass es *santésuisse* entgegen ihrer Aussagen und Wortwahl und anders als der Name der Branchenvereinbarung suggeriert nicht eigentlich darum geht, Einfluss auf das Werbeverhalten der einzelnen Versicherer zu nehmen. Im Zentrum stehen Massnahmen betreffend einzelne Vertriebskanäle für Krankenversicherungsprodukte der OKP. Wenngleich ein entsprechender Vertrieb stets auch mit einem werbenden Element einhergeht, so steht dieses im Rahmen vorliegender Vorabklärung dem Gegenstand der Vereinbarung folgend nicht im Vordergrund. Auch aus den Ausführungen *santésuisse* lässt sich folgern, dass allgemein eine Beeinflussung des Vertriebs beabsichtigt war. Relevant ist *in casu* folglich nicht eine Charakterisierung und Untersuchung des werbenden Elementes, als vielmehr eine solche der Vertriebsstrukturen und der mit den Massnahmen erzielten Auswirkungen auf den Vertrieb von Krankenversicherungsprodukten im Allgemeinen und die Vertriebskanäle im Besonderen.

59. Weiter kann infolge fehlender entsprechender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass kein „prisoner's dilemma“ gegeben ist. Seitens der Befragten und insbesondere *santésuisse* wurde nicht vorgebracht, dass die bisherigen Investitionen ineffizient gewesen seien und ein Zwang zu entsprechender Akquisition bestand, nur weil die übrigen Versicherer auch auf diese Art akquirieren. Es wird ebenso wenig behauptet, das Werbevolumen insgesamt überschreite die „volkswirtschaftlich effiziente“ Schwelle. *santésuisse* äusserte sich im Gegenteil dahingehend, dass gerade telefonische Akquise ein bewährtes Element im Prozess der Kundenakquisition sei.

A.2.7 Auswirkungen der Vereinbarung/Befragungsergebnisse

60. Gemäss *santésuisse* sollte mittels den in der Vereinbarung vorgesehenen Massnahmen, wie eingangs erwähnt, sichergestellt werden, dass die Versicherten in der Grundversicherung die Gewähr haben, dass mit den von ihnen – im Rahmen der OKP – bezahlten Prämien

weder fragwürdige Akquisitionsmethoden mittels eines aggressiven Telefonmarketings, noch übermässige Provisionen für M&V finanziert werden. Es wurden infolge Überschlagsrechnung und im Sinne einer Schätzung Einsparungen von CHF 60 bis 100 Mio. für möglich gehalten.⁶³ Gemäss dem Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle werden jährlich „Wettbewerbskosten“ von CHF 200 bis 300 Mio. für die Anwerbung von neuen Versicherten ausgegeben, zuzüglich Querfinanzierungen aus dem Bereich der Zusatzversicherungen.⁶⁴

61. Die seitens *santésuisse* intendierten, infolge Abschluss der Branchenvereinbarung erhofften, Einsparungen betragen CHF 25 Mio. auf Stufe der Vergleichsdiensteanbieter, CHF 15 Mio. infolge des Verbots von Kaltakquise und CHF 20 Mio. auf Stufe M&V.⁶⁵

62. Aus den Antworten der befragten Unternehmen im Bereich M&V, Call Center und Vergleichsdienste ging hervor, dass sich die **Krankenversicherer** in Bezug auf die Limitierung der Provisionszahlungen durchwegs an die Vereinbarung halten.⁶⁶ Weiter, dass die Festlegung der Provision auf maximal CHF 50.– pro Abschluss die vor Beschluss der Vereinbarung marktüblichen Honorare grösstenteils im mindesten halbiert, wenn nicht gar weitergehend reduziert hat.⁶⁷ Eine qualitativ hochstehende Beratung im Bereich der Grundversicherung könne zu diesem Betrag nicht mehr angeboten werden, eine solche Provision reiche für eine kostendeckende Beratung bei weitem nicht mehr aus.

⁵⁹ U.a. KYLE BAGWELL, The economic analysis of advertising, in: Handbook of Industrial Organisation, Armstrong/Porter (eds.), 2005, Vol. 3, Chapter 28 (auf Englisch: the persuasive/combatative view of advertising).

⁶⁰ GERT KRAMMER, Demagogie und Populismus in Politischer Werbung – eine Untersuchung von Werbemitteln der FPÖ, Diplomarbeit Universität Wien, Juni 2009, 10 (http://othes.univie.ac.at/7187/1/2009-07-13_9704898.pdf; 19.08.2013).

⁶¹ Vgl. dazu auch nachstehend, Rz 59.

⁶² YUXIN CHEN/YOGESH V. JOSHI/JAGMOHAN S. RAJU/Z. JOHN ZHANG, A Theory of Combative Advertising, Marketing Science, Vol. 28(1), 2009, 1–19. Übertragen auf telefonische Kaltakquise hiesse dies, dass die Versicherer „gezwungen“ wären, trotz deren imageschädigender Wirkung telefonische Kaltakquise zu betreiben, wollen sie keine Marktanteile an die Konkurrenten verlieren.

⁶³ *santésuisse* geht davon aus, dass bei einer vorsichtigen Schätzung in einem normalen, d.h. kommerziell durchschnittlichen Jahr, etwa CHF 60 Mio. Einsparungen zugunsten der OKP resultieren würden. Das Einsparpotential sei stark davon abhängig, ob es sich um ein Jahr mit starker oder moderater Prämienhöhung handele. Für eine Übersicht über die intendierten Einsparungen je Stufe vergleiche auch nachfolgend, Rz 61.

⁶⁴ Die Betriebskosten im KVG-Bereich werden mit einer Verwaltungskostenentschädigung aus dem Zusatzversicherungsgeschäft zu rund einem Drittel entlastet. Der VVG-Bereich entschädigt den KVG-Bereich für verschiedenste Dienstleistungen, z.B. für Werbungs- und Marketingaktivitäten). Der Personalaufwand stellt die grösste Ausgabenposition bei den Betriebskosten der Krankenversicherungen dar (Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung [Fn 30], 47).

⁶⁵ Approximative Angaben gemäss *santésuisse*. Vgl. auch vorne, Rz 60.

⁶⁶ Courtagen seien von der Vereinbarung nicht betroffen (Fn 8).

⁶⁷ Vgl. dazu vorne, Rz 39. Demgegenüber geht *santésuisse* davon aus, dass M&V nicht merklich weniger verdienen würden als bisher, da viel aus der Zusatzversicherung finanziert werde. Diese Annahme von *santésuisse* wird durch Aussagen einiger Krankenversicherer gestützt: es scheint, dass vermehrt Provisionen für KVG/VVG Kombi-Produkte geschaffen werden. Gegenteilig äusserte sich ein im Bereich M&V tätiges Unternehmen, welches ausführte, dass sich mit Beratung und Vermittlung im Bereich des VVG nicht viel verdienen lasse und die entsprechenden Provisionen nicht einfach erhöht werden könnten.

63. Weniger konsequent würde die Vereinbarung im Bereich der Qualitätsstandards durchgesetzt. Betreffend die telefonische Kaltakquise sind die Ergebnisse noch undurchsichtig, da die kommunizierten nicht den intendierten Massnahmen entsprechen⁶⁸ und entsprechend deren Auswirkungen schwer festzumachen sind.

64. Weiter seien gemäss Aussagen von im Bereich M&V tätigen Unternehmen die folgenden Entwicklungen respektive deren Akzentuierung zu erwarten:

65. Kleinere **M&V** würden zunehmend vom Markt verschwinden, wobei das gleiche Schicksal mittel- und langfristig auch die grösseren Makler treffen könnte. Damit würde die Bedeutung eines eigenen Marketing-/Aussendienstes für die Krankenversicherer zunehmen.⁶⁹ Letzteres sei indes aus Kostengründen nur für die grösseren Versicherer eine Option. Diese könnten ein eigenes Call Center sowie unternehmenseigene (angestellte) Berater und Aussendienstmitarbeiter unterhalten. Für kleinere Versicherer seien dagegen insbesondere Vergleichsdienste ein tauglicher Kanal. Weiter würde ein eigener Aussendienst insbesondere für die Beratung des eigenen Versichertenbestandes und zur Bestandswahrung taugen. Daraus lässt sich folgern, dass die vereinbarten Massnahmen v.a. für die grossen, etablierten Versicherer vorteilhaft sind und diesen helfen, sich ihren Kundestamm zu sichern und Versichertenfluktuationen entgegenzuwirken. Darüber hinaus bestehe weitherum bei den Versicherten nach wie vor die Tendenz und der Wunsch, Grund- und Zusatzversicherung beim gleichen Versicherer abzuschliessen (Minimierung des administrativen Aufwands, ein Ansprechpartner⁷⁰). In diesem Zusammenhang wird weiter vorgebracht, der Kunde könne erst durch eine umfassende Beratung im Grundversicherungsbereich, in welchem die grössten Einsparungen möglich sind, auf einen Versicherungsbedarf im Bereich der Zusatzversicherung sensibilisiert werden. Eingesparte OKP-Prämien könnten sodann auch für Leistungsverbesserungen im VVG-Bereich und damit zur Optimierung genutzt werden.

66. Von Seiten der **Call Center** wurde angegeben, dass als Folge der Vereinbarung weniger bis keine reinen Grundversicherungsberatungstermine mehr vereinbart würden, obschon gemäss M&V das Einsparungspotential in diesem Bereich am markantesten sei. Das Auftragsvolumen (Zahl zu kontaktierender Personen) sowie der Umsatz seien 2011 auch zufolge der Verunsicherung im Markt stark zurückgegangen. Weiter wird vermutet, dass bei steigendem Druck auf die Call Center eine verstärkte Verlagerung ins Ausland einsetzen und damit Qualitätseinbussen einhergehen werden. Es wird zudem davon ausgegangen, dass mittels telefonischer Kontaktierung deutlich mehr Personen angesprochen und letztlich Versicherungsabschlüsse initiiert werden können als durch andere Formen der Werbung und des Direktmarketings.⁷¹ Zahlen liegen dem Sekretariat bis anhin keine vor. Als Beispiel wird Printwerbung vorgebracht, welche praktisch keine messbaren Resultate erziele. Darüber hinaus sei Direktwerbung keine Alternative, da die Bevölkerung darauf bereits sensibilisiert sei und diese grossmehrheitlich ablehnen würde.

67. Die befragten **Vergleichsdienste** gaben an, dass die Provisionsregelung auch ihnen gegenüber umge-

setzt würde trotz ihres anders gearteten Geschäftsmodells⁷². Sie hatten 2011 diverse Vertragskündigungen zu gewärtigen und seien gezwungen gewesen, ihre Verträge und Konditionenmodelle anzupassen. Grosse Umsatzrückgänge wurden beklagt (santésuisse und insbesondere auch der Bundesrat proklamierten in diesem Bereich die grössten Einsparungspotentiale in der Höhe von CHF 25 Mio.⁷³). Die befragten Vergleichsdienste gaben an, dass es unter diesen Bedingungen schwieriger geworden sei, die ihnen angestammte Aufgabe (Schaffung von Transparenz, Zusammenführung von Angebot und Nachfrage und dadurch letztlich Stärkung des Wettbewerbs) zu erfüllen. Sie gehen von steigenden Suchkosten für den potentiellen Versicherungsnehmer, in der Folge von weniger Krankenversicherungswechseln und dadurch Vorteilen insbesondere für die grösseren Versicherer aus, für welche Vergleichsdienste als Informations- und Vertriebskanal geringere Bedeutung hätten⁷⁴. Der Wettbewerbsdruck unter den Versicherern lasse nach. Eine in diesem Bereich tätige Firma geht davon aus, dass den grossen Versicherern u.a. auch deshalb an einer auf diese Weise erfolgenden Reduzierung der Anzahl Kassenwechsel gelegen sei, weil ihre OKP-Kunden gleichzeitig „deren Leads für VVG-Dienstleistungen“ seien, welche mit Gewinn angeboten werden dürfen.⁷⁵

68. Entsprechend ging aus den Befragungen hervor, dass zusammengefasst folgende Meccanos befürchtet werden: Infolge der Vereinbarung würden keine Einsparungen erzielt werden, sondern vielmehr die externen Kosten der Versicherer zulasten eines Ausbaus der eigenen Fixkosten beschränkt und damit tendenziell eher mehr als weniger Kosten entstehen.⁷⁶ Die Transparenz für den Versicherungsnehmer schwinde und die Information werde einseitiger und jeweils seitens der Versicherer erfolgen. Dadurch nehme der Druck auf den Versicherungsnehmer zu und seine freien Wahlmöglichkeiten zufolge geringerer Transparenz ab. Seine Suchkosten

⁶⁸ Vgl. dazu nachstehend, Rz 103 ff.

⁶⁹ Es wird davon ausgegangen, dass gesamthaft tendenziell eher mehr als weniger Kosten resultieren würden. Externe Kosten würden zulasten eines Ausbaus der eigenen Fixkosten beschränkt. Es werde keine Einsparungen geben.

⁷⁰ Vgl. auch vorne, Rz 38.

⁷¹ Telefonmarketing sei die beste Möglichkeit, um zu einer grösseren Anzahl an Beratungsgesprächen zu kommen.

⁷² Vgl. vorne, Rz 41. Abschlussprovisionen seien unüblich, da seitens der Vergleichsdienste keinerlei Einfluss auf den Entscheid des potentiellen Versicherungsnehmers genommen wird.

⁷³ Unklar ist, was mit „Einsparung“ dieser Beträge gemeint ist: kommt es zu einer effektiven Verringerung der Verwaltungskosten und damit Einsparungen oder lediglich zu buchungstechnischen Verschiebungen?

⁷⁴ Gerade kleinere Versicherer könnten sich eine Zusammenarbeit mit M&V nicht leisten und würden stärker mit Vergleichsdiensten arbeiten.

⁷⁵ Dieses Unternehmen gibt an, ohne Neukunden in der Grundversicherung gebe es in der Regel auch keine Neukunden im Bereich der Zusatzversicherung.

⁷⁶ Unklar, ob dies im Sinne eines Anstiegs der Verwaltungskosten allgemein oder relativ im Sinne von weniger effizientem Einsatz der Mittel (weniger Akquisitionstätigkeit bei gleich hohen Kosten) gemeint ist.

steigen. Zudem würden davon insbesondere die grösseren Versicherer, die sich andere Akquisitionskanäle leisten könnten, profitieren. Diese würden dann die Kommunikation beherrschen. Für kleinere, günstigere Versicherer seien Vergleichsdienste ein wichtiger Kanal. Ohne Kassenwechsel sinken die Anreize, Produkte und Dienstleistungsqualität zu verbessern.

69. Die 2012 zwecks Verifizierung dieser Thesen durchgeführten Erhebungen seitens der Krankenversicherer haben folgendes Bild ergeben: Die Krankenversicherer bewerten die Vereinbarung und das mit dieser verfolgte Ziel positiv, die in den Augen der Öffentlichkeit als Ärgernis empfundenen Anrufe und aggressiven Verkaufsmethoden einzudämmen und ein entsprechendes Signal zu senden. Die Branche verspricht sich von dieser Massnahme ein positiveres Image. Darüber hinaus gehen die Einschätzungen betreffend die einzelnen konkreten Massnahmen seitens der drei Gruppen aber auseinander.

70. Kritische Stimmen kommen insbesondere von der GREST. Diese geben an, sich an die Vereinbarung zu halten, wobei aktuell kaum Anpassungsbedarf für sie daraus resultiere. Die GREST scheinen aktuell mehrheitlich eine Strategie der Kundenpflege und nicht eines Ausbaus des Kundenstamms zu betreiben und folglich entsprechende Dienstleistungen kaum nachzufragen. Den grösseren Versicherungen werfen sie vor, sich nicht an die Vereinbarung zu halten, indem sie die entsprechenden Aktivitäten (insbesondere Kaltakquise im Sinne von Anrufen zwecks Vereinbarung von Beratungsterminen) in die Zusatzversicherung verlagern. Daraus kann gefolgert werden, dass die GREST einerseits bereits jetzt gewisse Veränderungen im Markt beobachten können, andererseits Nachteile zum Zeitpunkt werden gewärtigen müssen, in dem sie allenfalls aktiv Kundenakquisition betreiben wollen. Dies da sie über weniger finanzielle Mittel verfügen und in der Regel ausschliesslich im Bereich der Grundversicherung tätig sind.⁷⁷

71. Die G5 und G8 geben zwar ihrerseits in Bezug auf telefonische Kaltakquise an, sich an die Vereinbarung zu halten. Ihre Angaben bestätigen indes indirekt die Annahme der GREST. Aus diesen geht hervor, dass bei den Ausgaben der G5 und G8 eine Senkung der externen Ausgaben bei gleichzeitig leichter Erhöhung der internen Ausgaben stattgefunden hat.⁷⁸ Weiter geben Versicherer der G5 und G8 an, ihre Aktivitäten (teilweise in Folge der Vereinbarung) im Bereich der Zusatzversicherung verstärkt zu haben.⁷⁹

72. Betreffend M&V haben die Erhebungen ergeben, dass bereits vor Abschluss der Vereinbarung insbesondere Unternehmen der G5 und G8 mit M&V zusammen arbeiteten. Die entsprechenden Unternehmen gaben an, ihre Geschäftsbeziehungen infolge Vereinbarung und entsprechend dieser angepasst zu haben und M&V sowie Vergleichsdienstleistern aktuell lediglich noch maximal 50.– CHF pro akquiriertem Kunden zu entlohnen. Dies deckt sich mit den Aussagen von Comparis und bonus.ch, welche ihrerseits angaben, dass sie ihre an sich erfolgsunabhängigen Geschäftsmodelle hätten anpassen müssen. In diesem Zusammenhang merkten zwei Krankenversicherer ergänzend an, dass es heute infolge Kürzung und mit einer Provision in der genannten

Höhe schwierig sei, einen M&V für den OKP-Bereich zu verpflichten⁸⁰, und dass ein entsprechender Betrag deren Dienstleistung nicht ausreichend entschädige.⁸¹

73. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vereinbarung im Bereich der OKP grundsätzlich angewandt und umgesetzt wird. Von den mit der Vereinbarung beschlossenen Massnahmen scheinen darüber hinaus, abgesehen von den Imageaspekten, vor allem die G5 und G8 zu profitieren. Nicht realisieren lassen sich indes die mit der Vereinbarung angeblich möglichen Einsparungen⁸² (zwischen 2011 und 2012 betragen die Nettoeinsparungen demgegenüber lediglich CHF 20.5 Mio.⁸³). Einerseits wurden verschiedenste und klar überhöhte Schätzungen betreffend die angeblich möglichen Einsparungen in Bezug auf Werbung und Akquisition im Bereich der OKP gehandelt, andererseits ein Teil der „eingesparten“ Ausgaben für bisher externe Massnahmen durch solche für interne kompensiert.⁸⁴

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

75. 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). Sowohl die Krankenversicherer als auch Makler, Vermittler, Call Center und Vergleichsdienste sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

76. santésuisse ihrerseits ist ein Verein im Sinn von Art. 60 ff. ZGB.⁸⁵ Als Branchenverband der schweizerischen Krankenversicherer im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) vertritt sie die gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder⁸⁶ sowie die der Branche gegenüber den schweizerischen Behörden und, über die Geschäftsstellen, gegenüber den kantonalen Behörden.

⁷⁷ Vgl. zur häufigeren parallelen Tätigkeit im Zusatzversicherungsbereich bspw. Rz 22 und 148.

⁷⁸ Drei der G5 und fünf der G8 geben an, die Ausgaben im Anschluss an den Abschluss der Vereinbarung auf den VVG-Bereich verlagert zu haben. Von den restlichen Versicherern dieser Gruppen liegen diesbezüglich keine oder ungenügende Angaben vor.

⁷⁹ Dahingehend, indes teilweise einen Zusammenhang mit der Vereinbarung bestreitend, die Aussagen verschiedener Krankenversicherer.

⁸⁰ [...].

⁸¹ So explizit [...], welche angibt, eine Beschränkung der Vergütungen für Akquisitionen zwar grundsätzlich zu begrüssen, dass es aber nicht sein sollte, dass die Personen für die Arbeit nicht mehr ausreichend entschädigt würden.

⁸² Vgl. zu diesen vorne, Rz 61.

⁸³ Vgl. vorne, Tabelle 2.

⁸⁴ Vgl. vorne, Tabelle 2.

⁸⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, ZGB; SR 210. Vgl. auch vorne, Rz 1.

⁸⁶ Vgl. Statuten santésuisse, Art. 4 Abs. 1.

77. Ob und unter welchen Voraussetzungen *santésuisse* als Verband ebenfalls als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes betrachtet werden könnte, kann vorliegend offen gelassen werden, da die einzelnen Mitglieder zweifelsohne als solche zu qualifizieren sind.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

79. Trotz der im Grundversicherungsbereich höheren Regulierungsdichte gibt es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Bestimmungen betreffend Versicherungsvermittlung⁸⁷ sind im Bereich der OKP nicht anwendbar.⁸⁸ Gemäss Art. 3 Bst. u des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241)⁸⁹ dürfen Personen mit Sterneintrag im Telefonbuch nicht zwecks Werbung kontaktiert werden. Letzteres gilt zwar auch in Zusammenhang mit der Kundenakquisition im Grundversicherungsbereich, begründet aber keinen Vorbehalt betreffend Anwendung der kartellgesetzlichen Bestimmungen. Eine gesetzliche Grundlage für Vorgaben i.S. Verwendung der Verwaltungsausgaben betreffend Provisionsausgaben besteht bislang nicht. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von *santésuisse* denn auch nicht geltend gemacht.⁹⁰

80. Aus dem Verwaltungsratsprotokoll von *santésuisse* vom 12. Januar 2011 geht vielmehr hervor, dass sich die Krankenversicherer bewusst waren, dass mit der Vereinbarung eine im Wettbewerb zu regelnde Frage tangiert wird.⁹¹ Davon zeugt gerade auch, dass *santésuisse* eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG einreichte. Darüber hinaus stehen folgende Umstände einem allfälligen Vertrauen in die Unbedenklichkeit und Zulässigkeit vorliegender Vereinbarung diametral entgegen: *santésuisse* wurde nicht nur während des Widerspruchsverfahrens und insbesondere zu dessen Abschluss über die Bedenken des Sekretariates sowie, damit zusammenhängend, die geplante Eröffnung einer Vorabklärung informiert. *santésuisse* wurde auch vorgängig zur Eröffnung noch einige Zeit eingeräumt zwecks Information ihrer Mitglieder und Entscheid betreffend weiteres Vorgehen. Dies mit dem Ergebnis, dass *santésuisse* explizit erklärte, an der Vereinbarung und der geplanten Umsetzung festzuhalten und die Ergebnisse der Vorabklärung abwarten zu wollen. Entsprechend besteht aus Sicht des Sekretariates auch von vornherein keine Möglichkeit, Vertrauensschutz in Zusammenhang mit den im Folgenden kurz darzustellenden Regulierungsbestrebungen des EDI geltend zu machen.

81. Seit 2008 bestehen insbesondere seitens des EDI starke Bestrebungen, auf den Erlass von Bestimmungen hinzuwirken, welche es erlauben würden, Massnahmen betreffend Ausgaben für Versicherungsmäkelei und Te-

lefonwerbung zu ergreifen.⁹² Nachdem zunächst der mittlerweile abgelehnte KVG-Revisionsentwurf betreffend „Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung“ vom 29. Mai 2009 ein Verbot der Versicherungsvermittlung und Telefonwerbung im Bereich der OKP vorsah, wurde mit einer entsprechenden Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) geliebäugelt, von welcher der Bundesrat aber sodann ebenfalls absah.

82. Sodann versuchte das EDI mit Erfolg, die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Entwurf des Gesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG) und damit eine gesetzliche Grundlage für Interventionen und eine staatliche Kontrolle der Ausgaben für Versicherungsmäkelei und Telefonwerbung zu erwirken. Dabei schienen weniger Fakten als politische Attraktivität des Themas und Mutmassungen betreffend die Auswirkungen im Vordergrund zu stehen. Konzeptionell stimmig ist dieses Anliegen nicht.⁹³ Eine entsprechende Massnahme wäre mit dem im Bereich der sozialen Krankenversicherung vom Gesetzgeber gewollten – wenn auch regulierten – marktwirtschaftlichen Wettbewerb nicht konform.

83. Der Bundesrat hat am 15. Februar 2012 den Entwurf für das neue KVAG (Entwurf KVAG) verabschiedet und dem Parlament unterbreitet. Art. 18 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes sieht vor, dass der Bundesrat die Entschädigung der Vermittlertätigkeit und die Kosten für Werbung regeln kann.⁹⁴

84. Der Ständerat hat während der Frühjahrsession 2013 über den Entwurf KVAG debattiert und im Rahmen der ständerätlichen Diskussionen hat Herr BR Berset den Parlamentariern erläutert, dass die Verabschiedung

⁸⁷ Vgl. Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG; SR 961.01) sowie Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (VAG; SR 961.011). Per 1. April 2011 waren 12'953 Versicherungsvermittler (42 % ungebundene und 58 % gebundene Vermittler gemäss Art. 183 Versicherungsaufsichtsverordnung [AVO]) in dem Register der FINMA aufgeschaltet.

⁸⁸ Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b VAG sind Versicherungsunternehmen, welche einer besonderen Aufsicht unterstellt sind, von der Aufsicht nach diesem Gesetz ausgenommen. Dies ist bei Grundversicherern der Fall. Vgl. auch Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBl 2003 3809.

⁸⁹ In Kraft seit 1. April 2012.

⁹⁰ Vgl. Meldung *santésuisse*. Hingegen haben sich *santésuisse* und einzelne Versicherer indirekt in Zusammenhang mit den in den folgenden Randziffern dargestellten politischen Bestrebungen dahingehend geäussert.

⁹¹ Das Votum eines Verwaltungsratsmitglieds wurde protokolliert, wonach man „Versicherer, welche sich einer solchen Lösung [keine Finanzierung von Telefonwerbung mehr aus der OKP] nicht unterziehen, nicht sanktionieren kann, weil sich die Fragestellung innerhalb der Rahmenbedingungen des Wettbewerbs bewegt“ (vgl. VR-Protokoll 12.1.2011 [Fn 8], B, Diskussion).

⁹² Vgl. auch vorne, Rz 48.

⁹³ So schon Stellungnahme des Sekretariates im Rahmen der Ämterkonsultationen i.S. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungs-Aufsichtsgesetz; KVAG); siehe auch RPW 2012/1, 7 3.2.2 a.E., *Jahresbericht 2011 der Wettbewerbskommission*.

⁹⁴ BBl 2012 1941.

von Art. 18 Abs. 2 Entwurf KVAG bedeutsam sei, da für den Fall, dass die WEKO die Vereinbarung als kartellwidrig betrachte, eine gesetzliche Grundlage für allfällige Massnahmen fehle.⁹⁵ Der Artikel wurde schlussendlich mit Stichtscheid des Präsidenten angenommen.

85. Am 5. Dezember 2013 hat der Nationalrat Eintreten und Rückweisung zwecks Integration der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in das KVG beschlossen. Die Vorlage geht zurück an den Ständerat und sodann allenfalls in die Differenzbereinigung. Sollte Art. 18 Abs. 2 Entwurf KVAG sodann in letzter Konsequenz angenommen werden, käme dem Bundesrat (unter bestimmten Umständen) Verordnungskompetenz in diesem Bereich zu.

86. Es ist indes anzumerken, dass selbst wenn eine entsprechende Bestimmung mittlerweile erlassen worden wäre, diese nicht automatisch einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen würde. Zu prüfen wäre, inwiefern der Gesetzgeber effektiv einen Wettbewerbsausschluss beabsichtigte.

87. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass auch Art. 8 KG vorliegend kein taugliches Instrument ist. Eine Berufung auf die entsprechende Bestimmung seitens *santésuisse* oder der Krankenversicherer in Zusammenhang mit den bisherigen Bestrebungen des Bundes scheidet bereits gestützt auf den Wortlaut besagter Bestimmung aus. Eine ausnahmsweise Zulassung gemäss Art. 8 KG kommt erst in Betracht, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung in einem Verwaltungsverfahren oder in einem Zivilprozess für unzulässig erklärt wurde. Das Vorliegen eines Vorentscheides stellt die formelle Voraussetzung für das Stellen eines entsprechenden Antrages an den Bundesrat dar. Im Verwaltungsverfahren muss der Entscheid durch die WEKO und damit nach Durchführung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG getroffen werden. Weder Widerspruchsverfahren noch Schlussberichte einer Vorabklärung genügen in diesem Zusammenhang.⁹⁶

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede betreffend Preis/Menge

88. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und/oder 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG zwischen den Krankenversicherern bestehen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

89. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von einer allfälligen Charakterisierung der Vereinbarung als Einkaufsvereinbarung, mit welcher die fraglichen Massnahmen vorliegend gewisse Ähnlichkeiten aufweisen. Ziel gemeinsamer Einkaufsvereinbarungen und -regelungen ist es in der Regel, Nachfragemacht zu schaffen, die zu niedrigeren Preisen oder qualitativ besseren Produkten oder Dienstleistungen für die Verbraucher führen kann. Nachfragemacht kann jedoch unter bestimmten Umständen auch Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben.⁹⁷ Dem Willen des Gesetzgebers entsprechend werden daher auch Nachfragekartelle wie bei-

spielsweise Einkaufsvereinbarungen gemäss herrschender Lehre und bisherigen Feststellungen der WEKO grundsätzlich von den eingangs genannten Bestimmungen erfasst.⁹⁸ Ob und unter welchen Voraussetzungen sodann Effizienzvorteile zu erwarten sind, ist erst in Zusammenhang mit möglichen Rechtfertigungsgründen von Relevanz und zu prüfen.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

90. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

91. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

92. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.⁹⁹ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.¹⁰⁰

93. Die Krankenversicherer sind Unternehmen gleicher Marktstufe und als solche Konkurrenten hinsichtlich Krankenversicherungsprodukten und damit der Akquisition von neuen Versicherten und der möglichst effizienten Erbringung der ihnen obliegenden Versicherungsdienstleistungen. Sie müssen ihre Kosten im Griff haben, um eine möglichst attraktive Prämie erzielen zu können, und die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel möglichst effizient nutzen, wozu auch die Wahl der effizientesten Akquisitionskanäle gehört. Vorliegend haben sich die Krankenversicherer in Form einer schriftlichen Vereinbarung einerseits bewusst verpflichtet, inskünftig auf die telefonische Kaltakquise von Versicherten zu verzichten, und sich andererseits auf eine maximale Berater- und Vermittlerprovision untereinander verständigt. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken liegt damit zweifelsfrei vor.

⁹⁵ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2013 S (Frühjahrsession) 210.

⁹⁶ Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 31 N 9 f. Weiter Beratung vom 13. April 2012 zuhanden des Eidgenössischen Finanzdepartements, E. 2., nicht veröffentlicht.

⁹⁷ Vgl. dazu z.B. RPW 2008/4, 564 ff. Rz 121 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, oder auch Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 1 ff., Rz 194 (nachfolgend: EU-Horizontal-Leitlinien).

⁹⁸ RPW 2008/4, 554 Rz 75, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, mit den entsprechenden Verweisen auf die Lehre sowie Rz 76 für die vergleichbare Rechtslage in der EU.

⁹⁹ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: BSK KG (Fn 96), Art. 4 Abs. 1 N 81.

¹⁰⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 99), Art. 4 Abs. 1 N 82.

b) Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

94. Gerade das Bestreben der Krankenversicherer, bei den Berater- und Vermittlerprovisionen einen aus ihrer Sicht angemessenen maximalen Preis festzulegen und auf das Telefonmarketing zu verzichten, zeigt, dass die Verhaltensweise mindestens eine Preis- und Mengenbeeinflussung durch die Krankenversicherer bezweckt. Die beschriebenen Massnahmen ermöglichen es den Krankenversicherern allem Anschein nach auch faktisch, ihr Verhalten abzustimmen und dementsprechend den wirksamen Wettbewerb zu beschränken. Damit liegen vorderhand *in casu* überwiegende Anhaltspunkte dafür vor, dass mittels der Vereinbarung der Wettbewerb und die aus diesem fliessenden Funktionen beeinträchtigt werden (sollen).

95. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung demnach, wie erwähnt unabhängig von ihrem allfälligen Charakter als Einkaufsvereinbarung, als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

B.3.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

96. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden vermutet, welche die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a), die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Bst. b) oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Bst. c) zum Gegenstand haben, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

97. Vorliegend sind damit grundsätzlich zwei Aspekte der Vereinbarung zu unterscheiden, welche wie folgt verschiedenen Tatbeständen zugeordnet werden können:

a. Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

98. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen und -komponenten und erfasst ferner direkte ebenso wie indirekte Preisfixierungen.

99. Die von allen Krankenversicherern unterschriebene Vereinbarung sieht u.a. die Limitierung der Aufwandentschädigung beim Versicherungsabschluss zur Obligatorischen Krankenpflegeversicherung, d.h. der Provisionen für Makler und Vermittler aus der Grundversicherung, vor.¹⁰¹ Analog gilt diese Regelung für Offerten der Internetvergleichsdienste und portale. Als Höchstbetrag werden CHF 50.– pro Versicherungsabschluss zur OKP festgelegt.¹⁰² Dieser muss die Summe an Entschädigungen aller Art nach KVG abdecken.¹⁰³

100. Die Vereinbarung setzt damit direkt einen (Maximal-) Preis von CHF 50.– pro Versicherungsabschluss OKP fest, welcher (deutlich) unter den bisherigen Aufwandentschädigungen pro Versicherungsabschluss liegt.¹⁰⁴ Die an der Abrede beteiligten Unternehmen stehen zudem der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb. Unabhängig von den Beweggründen, dem Grad der Umsetzung und den Auswirkungen im konkreten Fall

greift bei Vorliegen einer solchen Abrede die Vermutung, dass durch diese wirksamer Wettbewerb beseitigt wird (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

101. Darüber hinaus kann im Ergebnis in der Preisabrede eine kollektive Verweigerung, die marktüblichen Preise für die Dienstleistungen der Marktgegenseite zu bezahlen, und damit ein Boykott derselben gesehen werden. Es ist zu vermuten, dass infolge willkürlicher Festlegung des Betrages auf unter die Hälfte des bisher üblichen Preises die Kosten der Dienstleistungen nicht mehr gedeckt sind.

b. Boykott gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG

102. Weiter wurde die Einschränkung von Bezugsmengen in Form eines Verzichts auf telefonische Kaltakquise und damit eines Boykotts¹⁰⁵ der entsprechenden Dienstleistungsanbieter und Vertriebskanäle vereinbart. Die Vereinbarung sieht in Ziffer 3 „Kaltakquise“ vor, dass die Krankenversicherer keine Kosten für die telefonische Kaltakquise mehr aus der OKP finanzieren. Weiter verpflichten sie sich, „die telefonische Kaltakquise im Rahmen der OKP weder selber noch durch von ihnen direkt beauftragte Dritte, namentlich Call Center, durchführen zu lassen“.¹⁰⁶

103. Gemäss Wortlaut der Vereinbarung und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit gilt dies absolut. Demnach sollen (potentielle) Versicherungsnehmer ohne Veranlassung ihrerseits weder durch die Krankenversicherer selbst, noch durch beauftragte Dritte telefonisch kontaktiert werden. Auf das aktive Abwerben eines (wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird) bestimmten Teils des Versichertenbestandes eines jeden Krankenversicherers soll folglich verzichtet werden. Die Wirkungen dieser Massnahme wären entsprechend breit. Es wären keine Terminvereinbarungen zwecks Beratung und damit kein aktives Abwerben auf einem entsprechend initiierten Vertriebskanal mehr möglich. Sämtliche Anbieter der entsprechenden Dienstleistungen würden ihrer Geschäftsgrundlage beraubt.

104. In Realität haben die Krankenversicherer den Begriff telefonische Kaltakquise indes deutlich enger ausgelegt, wie die nachfolgenden Ausführungen zur telefonischen Kaltakquise zeigen.

¹⁰¹ Vgl. auch vorne, Rz 2. Diese Bestimmung soll gemäss dem der Konkretisierung der Vereinbarung dienenden Communiqué Vermittlungsgebühren aller Art umfassen und sowohl für ungebundene als auch an einen Krankenversicherer gebundene Vermittler gelten. „Wilde Makler“ seien solche, die ohne Auftrag von Krankenversicherern tätig sind (vgl. Communiqué „weniger Beschwerden wegen Telefonwerbung“ vom 31. Juli 2012, auf <http://www.santesuisse.ch/de/communiqués.html?navid=27>; 20.08.2012). Damit gilt diese Regelung grundsätzlich für in- wie externe Beratung und Vermittlung.

¹⁰² Vereinbarung santésuisse, Ziff. 4.

¹⁰³ Vgl. Präsentation Vereinbarung Kundenwerbung santésuisse, Folie 11 (http://www.santesuisse.ch/de/dyn_output.html?content.vcid=6&content.cid=31696&detail=yes&navid=2422, unter „konkretisierte Branchenvereinbarung santésuisse“; 20.08.2012).

¹⁰⁴ Für die bisherige Höhe der Provisionskosten vgl. Rz 38.

¹⁰⁵ Dazu, dass auch Boykotte den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG erfüllen können, vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 567 f. (E. 231.4).

¹⁰⁶ Gemäss Angaben von santésuisse wollte man damit sowohl die selbst als auch von beauftragten Dritten durchgeführte Kaltakquise zurückbinden.

105. Der Begriff „telefonische Kaltakquise“ wird in der Vereinbarung nicht näher definiert und, wie die Abklärungen ergeben haben, durch *santésuisse* unter Bezugnahme auf ein Schreiben an den Bundesrat restriktiv ausgelegt und enger gefasst.¹⁰⁷ Demnach wird unter telefonischer Kaltakquise die Kontaktaufnahme anhand eingekaufter Nummern von potenziellen Versicherten, mit welchen seit fünf Jahren keine Kundenbeziehungen bestehen, verstanden.

106. Keine Kaltakquise liegt damit gemäss *santésuisse* ferner bei gegebenem Einverständnis des Versicherten und potentiellen Versicherungsnehmers vor. Explizites Einverständnis liegt vor bei ausgefüllten Flyern im Rahmen von Wettbewerben und Marketingaktivitäten, Zusagen per Internet und ausdrücklicher Bewilligung von Kunden, die selbst ein Angebot einholen. Von einer impliziten Einverständniserklärung wird ausgegangen bei Vorliegen eines VVG-Vertragsverhältnisses, eines Kollektivvertrages mit einem Arbeitgeber und wenn der potentielle Versicherungsnehmer während der letzten fünf Jahre einmal Kunde war¹⁰⁸ (da während dieser Zeit Versicherungsleistungen auszurichten sind, wenn ein Versicherter den Krankenversicherer wechselt). Demnach sei lediglich eine Kontaktaufnahme mit Versicherten, welche weder ihr Einverständnis dafür gegeben noch in den letzten fünf Jahren bei der entsprechenden Unternehmung versichert waren, als Kaltakquise zu betrachten.

107. Entgegen dem Vereinbarungstext und der Wahrnehmung in der Öffentlichkeit gilt die Vereinbarung in diesem Aspekt folglich nicht absolut, wobei noch unklar ist, ob und wie die (versteckte) Konkretisierung von den Krankenversicherern bei der Umsetzung der Vereinbarung beachtet wird.

108. Trotz diesen Unsicherheiten steht jedenfalls fest, dass die Krankenversicherer über die Vereinbarung den Kreis der potentiell zu Kontaktierenden und damit die Menge an „nachgefragten“ (intern wie extern durch Dritte erbrachten) Dienstleistungen (Bezugsmenge; Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) beschränken.

c. Schlussfolgerung

109. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Vereinbarung über gemeinsame Einkaufspreise sowie betreffend eine gemeinsame Einschränkung von Bezugsmengen, eine Art „Nachfragekartell“, gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG vorzuliegen scheint und zu überprüfen sein wird. Es ist folglich davon auszugehen, dass die in diesem Artikel statuierte Vermutung greift, wonach der wirksame Wettbewerb infolge Vereinbarung beseitigt ist.

110. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Vermutung allenfalls widerlegt werden könnte. Auswirkungen können grundsätzlich auf Stufe Makler und Vermittler, der Vergleichsdienste, Call Center wie auch der Versicherten zu verzeichnen sein. Um festzustellen, ob Anhaltspunkte dahin gehen, dass die Abrede wirksamen Wettbewerb effektiv beseitigt oder aber die Vermutung umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.1.1. Sachlich relevanter Markt

111. Analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Als Marktgegenseite wird die Gegenseite derjenigen Unternehmen bezeichnet, welchen das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.

112. Von der Abrede der in *santésuisse* vereinten Krankenversicherer betroffen sind die in Zusammenhang mit dem Vertrieb von Krankenversicherungsprodukten tätigen Dienstleister, die M&V, Vergleichsdienstleister sowie Erbringer von Call-Center-Dienstleistungen. Die Krankenversicherer fragen Vermittlungsdienstleistungen und damit Vertriebskanäle bei Vermittlern, Beratern und Vergleichsdiensten nach, um ihre Krankenversicherungsprodukte dem Versicherten anzubieten und (möglichst viele) Vertragsabschlüsse zu erzielen (Fremdvertrieb¹⁰⁹). Die Krankenversicherer sind gleichzeitig selbst in der Kundenakquisition tätig (eigener Verkaufsapparat/Aussendienstmitarbeiter; Eigenvertrieb). Sie konkurrieren also bis zu einem gewissen Grad mit externen Maklern und Vermittlern bezüglich Vermittlungsdienstleistungen respektive sind zu diesen komplementär.¹¹⁰ Die Dienstleistungen der Vermittler und Berater empfängt der potentielle Versicherungsnehmer, welcher sie letzten Endes über seine Prämien für sein primär nachgefragtes Gut, eine Versicherung im OKP-Bereich, (mit-)bezahlt.

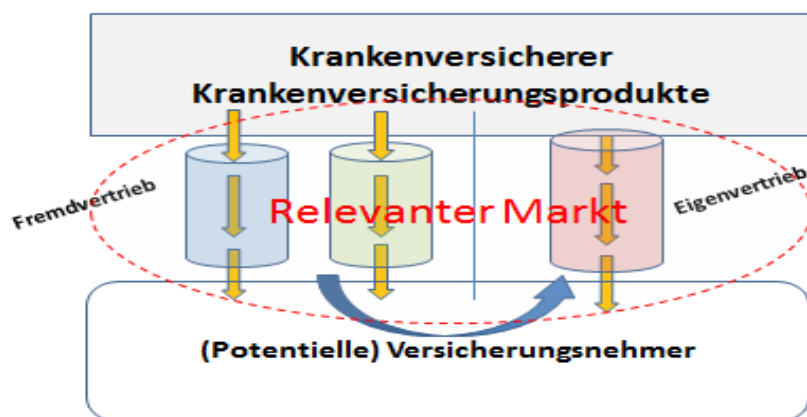
¹⁰⁷ Die Aussagen *santésuisse* sind in diesem Punkt nicht konsistent. So verwies sie bspw. in ihren Antworten einerseits auf das Schreiben an Bundesrat Didier Burkhalter vom 9. März 2011 zur Konkretisierung der Abmachung in Bezug auf die telefonische Kaltakquise, hielt aber gleichzeitig fest, dass der Vereinbarungstext, welcher deutlich restriktiver formuliert ist, verbindlich sei.

¹⁰⁸ Vgl. Präsentation (Fn 103), Folie 10.

¹⁰⁹ Vgl. die entsprechenden Ausführungen in RPW 2008/2, 262 Rz 28, *Swiss Life*.

¹¹⁰ Dahingehend äussert sich auch ein im Bereich M&V tätiges Unternehmen, welches davon ausgeht, dass insgesamt prozentual nicht weniger Verträge im Bereich der Grundversicherung abgeschlossen werden, aber weniger durch Makler zufolge Reduktion der Anzahl Anbieter. Belege für ein entsprechendes Verhalten fehlen. Vgl. zudem vorne, Rz 28, wonach Multi-Channel-Strategien verbreitet zu sein scheinen.

Abbildung 5: Relevanter Markt



113. **Marktgegenseite** der Krankenversicherer sind somit einmal die **Versicherten**, welche Krankenversicherungsprodukte über verschiedene Kanäle nachfragen, sowie andererseits die **Anbieter eben dieser Kanäle/Vertriebswege, insbesondere M&V und Vergleichsdienste**.¹¹¹ Aufgrund ihrer Funktion stehen Letztere zwischen Krankenversicherern und Versicherungsnehmern (Nachfrager nach Krankenversicherungsprodukten). Darüber hinaus bestehen insofern Interdependenzen, als die Nachfrage nach Vermittlungsdienstleistungen letztlich von der Endnachfrage der Versicherungsnehmer abhängig ist. Ausgehend von diesen Marktgegenseiten und dem Gegenstand der Abrede, die Beratung und Vermittlung von Krankenversicherungsprodukten der OKP, ist zu fragen, welche Dienstleistungen substituierbar sind.

114. Vermittler, Berater und Vergleichsdienste für Versicherungsprodukte bieten allgemein ein breites Spektrum an Dienstleistungen in folgenden Versicherungsbereichen an: Fahrzeuge, Haushalt, Unfall, Gebäude, Haftpflicht, Rechtsschutz, Vorsorge (Leben) sowie Krankheit. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Dienstleistungserbringung in diesen Bereichen als Substitute zu würdigen sind.

115. Krankenversicherte fragen, wie erwähnt, Krankenversicherungsprodukte über die verschiedenen Kanäle nach. Versicherungen aus anderen Segmenten stellen dafür keine Substitute dar. Die gesamte Bevölkerung der Schweiz hat sich im Rahmen der OKP zu versichern. Ihr ist mit einem Angebot in einem anderen Segment in diesem Zusammenhang nicht gedient. Auch die Krankenversicherer fragen Vertriebskanäle entsprechend für keine anderen als Krankenversicherungsprodukte nach. Die Vermittlungsdienstleister können ihr entsprechendes Angebot nicht durch Dienstleistungen betreffend andere Produkte ersetzen. Sie müssen Vertriebskanäle für Krankenversicherungsprodukte anbieten, um die Nachfrage seitens der Krankenversicherer abzuholen. Der sachlich relevante Markt kann folglich im mindesten auf **Vermittlung und Beratung von Krankenversicherungsprodukten der OKP** eingegrenzt werden.

116. Es stellt sich weiter die Frage, ob ein solcher Markt nach den einzelnen Kanälen weiter zu segmentieren und beispielsweise je Kanal ein Markt abzugrenzen wäre. In diesem Zusammenhang kann Folgendes angemerkt werden:

117. Einerseits bieten sich die Kanäle nicht gleichermassen für alle Krankenversicherungsprodukte an¹¹², andererseits hängt die Nachfrage nach Vermittlungsdienstleistungen seitens der Krankenversicherer von der Akzeptanz und Nachfrage nach den einzelnen Kanälen durch die Versicherungsnehmer ab.

118. Die Kanäle unterscheiden sich hinsichtlich der potentiellen Klientel, dem Umfang des persönlichen Kontaktes, des mit ihrer Nutzung verbundenen Aufwandes (Kosten für die Krankenversicherer) etc. Obschon damit davon ausgegangen werden kann, dass die Bedeutung der einzelnen Absatzkanäle für die Krankenversicherer variiert, so scheint doch häufig ein Mix an Vertriebskanälen nachgefragt zu werden.¹¹³ Letzteres lässt auf deren Substituierbarkeit schliessen.¹¹⁴ Ebenso, dass es für den Entscheid eines Versicherungsnehmers nicht primär eine Rolle zu spielen scheint, über welchen Kanal er eine Versicherung angeboten erhält (obschon sie in unterschiedlichem Ausmass mit Zusatzleistungen einhergehen und insofern u.U. schlechte Substitute darstellen). Indes muss die Frage, ob Submärkte abzugrenzen sind, *in casu* nicht abschliessend beantwortet werden, da die Abrede alle Kanäle gleichermassen erfasst und insofern branchenumfassend ist.

¹¹¹ Call Center erbringen gemäss Angaben der befragten Unternehmen vornehmlich „Hilfsdienstleistungen“, indem sie Termine vereinbaren und diese den M&V zur Verfügung stellen (vgl. auch vorne, Fn 31).

¹¹² Die Datenanalyse seitens des Sekretariates hat bspw. eine Korrelation zwischen Prämienhöhe und Eignung der Kanäle ergeben. Je höher die Prämie eines Produktes im Vergleich, desto geringer grundsätzlich die Eignung für einen Vertrieb über Vergleichsplattformen (vgl. auch Rz 68 und 65 ff.).

¹¹³ Vgl. auch vorne, Rz 28.

¹¹⁴ Vgl. RPW 2002/3, 510 f. Rz 29, Coop/EPA.

119. Es ist im Folgenden demnach davon auszugehen, dass dem primären Untersuchungsgegenstand und damit dem Gegenstand der Abrede folgend als sachlich relevanter Markt der Markt für **‘Beratungs- und Vermittlungsdienstleistungen sowie damit verbundene Dienstleistungen betreffend Krankenversicherungsprodukte der OKP’** definiert werden kann. Werden die Akteure auf diesem Markt in ihrer Tätigkeit beschränkt (primäre, direkte Auswirkungen der Vereinbarung auf Stufe Vertriebskanäle), so wirkt sich dies u.a. wegen ihrer Intermediärfunktion weiter angebots- wie nachfragegeseitig aus (sekundäre Auswirkungen), weshalb auch diese Aspekte im Folgenden zu berücksichtigen sein werden. Die Auswirkungen können zufolge Intermediärfunktion der Vermittlungsdienstleister nicht isoliert auf dem vorliegend abgegrenzten Markt gesucht werden.

120. Zu einem entsprechenden Ergebnis käme man im Übrigen auch, wenn man die Überlegungen in Zusammenhang mit Einkaufsvereinbarungen (Einkaufsmärkten) seitens der EU¹¹⁵ im Rahmen der vorliegenden Analyse und gerade auch in Zusammenhang mit der Markt-abgrenzung nutzbar macht. Demnach können von gemeinsamen Einkaufsregelungen zwei Märkte betroffen sein: erstens die unmittelbar von der gemeinsamen Einkaufsregelung betroffenen Märkte, d.h. die relevanten „Einkaufsmärkte“, und zweitens die „Verkaufsmärkte“, d.h. die nachgelagerten Märkte, auf denen die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung als Verkäufer tätig sind.¹¹⁶

B.3.2.1.2. Räumlich relevanter Markt

121. 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). Der Markt für Beratung und Vermittlung von Krankenversicherungsprodukten und damit verbundene Dienstleistungen betreffend Krankenversicherungsprodukte der OKP ist höchstens national, möglicherweise aber regional abzugrenzen, wobei die definitive Abgrenzung vorliegend offen gelassen werden kann.

B.3.2.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

122. Gemeinsame Einkaufsregelungen können wettbewerbsfördernde oder wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Einkaufsmärkten und/oder auf nachgelagerten Verkaufsmärkten haben. Zu den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zählen zum Beispiel höhere Preise, geringere Produktionsmenge, Produktqualität oder -vielfalt, Innovation, Marktaufteilung oder wettbewerbswidrige Verschliessung des Marktes für andere mögliche Einkäufer.¹¹⁷

123. Den EU-Horizontal-Leitlinien ist in Bezug auf Einkaufsgemeinschaften zu entnehmen: „Wenn Wettbewerber einen erheblichen Teil ihrer Produkte zusammen einkaufen, kann sich für sie der Anreiz für Preiswettbewerb auf den Verkaufsmärkten erheblich verringern. Falls die Parteien dort über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügen, der nicht auf Marktbeherrschung hinauslaufen muss, ist es wahrscheinlich, dass die mit der gemeinsamen Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise nicht an die Verbraucher weitergegeben werden.“

124. Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern, was wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnte, zum Beispiel Qualitätsrückgang, Nachlassen von Innovationsanstrengungen oder letzten Endes ein suboptimales Angebot“.¹¹⁸

125. Ein Teil der Lehre unterscheidet in Bezug auf die wirtschaftlichen Auswirkungen im Rahmen der Analyse grundsätzlich zwischen Nachfragekartell (*buyer cartel*) und Einkaufsgemeinschaft oder -kooperation (*buying group*). Der fundamentale Unterschied zwischen einer (zulässigen) Einkaufsgemeinschaft und einem derartigen Kartell besteht darin, dass die Unternehmen sich zusammenschliessen, um Effizienzen eines gemeinsamen Vorhabens zu erreichen.¹¹⁹ Zu derartigen Effizienzen sind insbesondere solche zu zählen, die auf Stufe der Produzenten dank erhöhter Käufermacht erreicht werden, wie zum Beispiel Reduktion der Transaktionskosten, Senkung der Stückkosten usw.¹²⁰ Eine Einkaufsgemeinschaft ist deswegen aus wirtschaftlicher Sicht grundsätzlich als weniger schädlich einzustufen und aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz oft gerechtfertigt, wobei auch diese Form von Kooperation in der neueren Lehre und Praxis zunehmend hinterfragt wird.¹²¹

126. Aus wirtschaftlicher Sicht eher problematisch (und in bestimmten Gesetzgebungen als per se unzulässig) werden Nachfragekartelle eingestuft. Anders als Einkaufsvereinbarungen bezwecken diese regelmässig nicht die Erzielung von Effizienzvorteilen, sondern, wie bei klassischen Angebotskartellen, die Begrenzung wirtschaftlich relevanter Dimensionen des Wettbewerbs.¹²² Trotzdem zeigen ein Teil der Lehre und auch Behörden in ihren Entscheiden betreffend Nachfragekartelle noch mehr Zurückhaltung als gegenüber Angebotskartellen. Positive Auswirkungen könnten unter Umständen verzeichnet werden, wenn das Nachfragekartell zu steigender Effizienz auf Stufe der Produzenten führt, d.h. es zu einer Senkung der Kosten bei gleichzeitiger Erhöhung der Produktion und Weitergabe der Einsparungen in Form von tieferen Preisen an die Konsumenten kommt¹²³ (Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt).

¹¹⁵ Vgl. die entsprechenden Ausführungen in: EU-Horizontal-Leitlinien (vgl. Fn 97), Rz 194 ff.

¹¹⁶ EU-Horizontal-Leitlinien (vgl. Fn 97), Rz 197.

¹¹⁷ Vgl. die entsprechenden Ausführungen in: EU-Horizontal-Leitlinien (vgl. Fn 97), Rz 200.

¹¹⁸ EU-Horizontal-Leitlinien (vgl. Fn 97), Rz 201, 202.

¹¹⁹ JOEL DAVIDOW, Antitrust, Foreign Policy, and International Buying Cooperation, 84 Yale Law Journal 268, 1974, 271-74.

¹²⁰ THOMAS A. PIRAINO JR., A Proposed Antitrust Approach to the Conduct of Retailers, Dealers and Other Resellers, Wash. L. Rev. 799, 1998, 835-836.

¹²¹ PETER C. CARSTENSEN, Buyer Cartels Versus Buying Groups: Legal Distinctions, Competitive Realities, and Antitrust Policy, in: William & Mary Business Law Review, Vol1/iss1/2, 2010. Vgl. auch RPW 2006/2, 398 E. 5.2., *Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes*.

¹²² NATALIE ROSENFELT, The Verdict on Monopsony, 20 Loy. Consumer L. Rev. 402, 2008, 405-406.

¹²³ ALAN J. DEVLIN, Questioning the Per Se Standard in Cases of Concerted Monopsony, Hastings Business Law Journal, Vol. 3, No. 223, 2007, 241-243.

127. Gestützt auf diese ersten einführenden Erläuterungen sind *in casu* die folgenden Schlussfolgerungen zu ziehen:

128. Erstens: Bei den in *santésuisse* vereinten Krankenversicherern handelt es sich gemäss aktuell vorliegenden Informationen nicht um eine Einkaufsgemeinschaft unter Nachfragern, da die Vereinbarung weder eine Zusammenlegung von Einkaufstätigkeiten noch entsprechende dahingehende Investitionen seitens der Krankenversicherer vorsieht.

129. Die Vereinbarung *santésuisse* betreffend Kundenwerbung ist eine Abrede, die Entschädigungen (Preise) für eine Marktgegenseite einseitig festlegt und diese teilweise boykottiert. Sie hat damit weder zum Ziel, die Verkäufer im Rahmen von Verhandlungen zu besseren Verkaufskonditionen zu bewegen, noch Gegenmacht zu erzeugen. Die Anbieter im vorliegenden Fall haben kaum Marktmacht und setzen auch nicht unangemessene (d.h. monopolistische) Preise oder andere Bedingungen durch.

130. Es handelt sich deshalb nicht um eine Einkaufsvereinbarung, sondern um ein Nachfragekartell, das nicht vor dem Hintergrund der Gegenmacht-Theorie zu analysieren ist und nicht nach dieser gerechtfertigt werden kann.

131. Zweitens liegt vorliegend jedoch auch kein klassisches Nachfragekartell im Sinne einer Input-/Output-Relation vor, weil die Nachfrager (die Mitglieder des Kartells, *in casu* die Krankenversicherer) keinen Inputfaktor (ein Gut oder eine Dienstleistung) bei den Vermittlungsdienstleistungsanbietern kaufen, welchen sie weiterverarbeiten (Output/Produkt) und den Konsumenten verkaufen. Die wirtschaftliche Analyse kann sich deshalb nicht eins zu eins auf die (klassische) Lehre und die entwickelte Praxis betreffend (Nachfrage-)Kartelle stützen.¹²⁴

132. Aufgrund der folgenden Angaben führt die Abrede der Krankenversicherer wohl zu keiner Beseitigung des Wettbewerbs. Die Vermittlungsdienstleistungen und damit die verschiedenen Absatzkanäle können weiter von den Versicherern und den Versicherten in Anspruch genommen werden. Die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen bieten nach wie vor ihre Dienstleistungen an und haben – wenn auch begrenzt – Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung.

133. Der Boykott hat demnach „nur“ zu einer teilweisen Blockade der Call Center in ihrer Tätigkeit geführt. Es werden trotz der Vereinbarung weiterhin (wenn auch geringere) Provisionen von CHF 50.- für einen Vertragsabschluss im Bereich OKP bezahlt. Entsprechende Angebote scheinen, zumindest aktuell noch, weiter auf dem Markt zu sein.

134. Der Wettbewerb zwischen Eigen- und Fremdvertrieb (Vermittlung von Krankenversicherungsprodukten) respektive zwischen den einzelnen Vertriebskanälen ist demzufolge nicht beseitigt. Hingegen könnten die Massnahmen, sofern effektiv nicht kostendeckend, schleichend zu Marktaustritten sowie einer Verschlechterung des Angebots führen. Weiter denkbar ist eine Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Eigen- und Fremdver-

trieb, da eine Umsetzung der Massnahmen intern nicht gleichermassen wie extern zu erwarten ist.¹²⁵

B.3.2.3 Zwischenergebnis

135. Es kann zusammenfassend davon ausgegangen werden, dass keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs erfolgt und die Vermutung widerlegt werden kann. Es ist folglich zu prüfen, ob Anhaltspunkte für die Erheblichkeit der Abrede bestehen.

B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

136. Vorliegend lässt sich, wie dargelegt, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wahrscheinlich widerlegen. Die folgenden Ausführungen werden indes zeigen, dass Anhaltspunkte vorhanden sind, dass die hier zur Beurteilung stehende Abrede eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zur Folge hat.

137. Bei der damit verbundenen Prüfung werden kumulativ sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt grundsätzlich einzelfallweise im Rahmen einer Gesamtbeurteilung.¹²⁶

B.3.3.1 Qualitatives Element

138. Für das Vorliegen des qualitativen Elements der Erheblichkeit ist es ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. *In casu* liegt eine horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3. Bst. a KG und ein Boykott gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vor, beides „harte Kartelle“. Aus qualitativer Sicht scheint demnach Erheblichkeit ohne Weiteres gegeben.¹²⁷

B.3.3.2 Quantitatives Element

139. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb zu. Dies gilt grundsätzlich auch für Nachfragekartelle und sogar für Einkaufsgemeinschaften, sollten sich im Einzelfall die regelmässig erwarteten Effizienzen nicht einstellen respektive diese nicht mal beabsichtigt sein.¹²⁸ Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen.¹²⁹ Es genügt entsprechend der Nachweis, dass die in Frage stehende Abrede Auswirkungen im relevanten Markt hatte.

¹²⁴ Für eine Zusammenfassung: JING HAO, Buyers' Cartels, An Empirical Study of Prevalence and Economic Characteristics, Department of Agricultural Economics, Purdue University, April 2011.

¹²⁵ Vgl. dazu auch die nachfolgenden Ausführungen im Rahmen der Erheblichkeit, Rz 142 und 147 ff.

¹²⁶ Allfällige Implikationen für die Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 in Sachen Gaba und Gebro (vgl. RPW 2013/4, 750 ff.) ergeben, wurden im Rahmen dieses Schlussberichtes nicht mehr berücksichtigt.

¹²⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die allgemeinen Ausführungen zur Schädlichkeit von Nachfragekartellen, Rz 122 ff., sowie die theoretischen Ausführungen in RPW 2012/2, 398 ff. Rz 1043 ff., *Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau*, und dabei insbesondere Rz 1046.

¹²⁸ Siehe dazu die allgemeinen Ausführungen in Rz 122 ff. Betreffend die *in casu* verfolgten Absichten vgl. auch Rz 3 und 158.

¹²⁹ Vgl. bspw. RPW 2012/1, 118 f. Rz 494 ff., *Nikon*, ebenso RPW 2012/3, 540 Rz 240, *BMW*.

140. Die Ergebnisse einer vom Sekretariat in diesem Zusammenhang durchgeführten statistischen Analyse zeigen eine positive Korrelation zwischen den Ausgaben für Kundenakquisition¹³⁰ und der Anzahl jährlicher Neuzugänge bei den Krankenversicherern. Diese positive Korrelation ist für die Periode 2011-2012 stärker als für die Periode 2006–2010.¹³¹ Diese Analyse zeigt, dass Krankenversicherer dank dieser Investitionen in der Lage sind, neue Versicherte an sich zu ziehen. Infolge fehlender Daten war es indes im Rahmen der Vorabklärung nicht möglich, die Effizienz der einzelnen Kanäle abzuschätzen.¹³² Aus diesen im Rahmen der Erheblichkeit zu berücksichtigenden Ergebnissen lässt sich folgern, dass eine Senkung der Ausgaben erhebliche Auswirkungen haben könnte, ein Beweis für solche sind sie aber nicht.

141. Im Rahmen der Prüfung der Erheblichkeit sind sodann sämtliche Auswirkungen einer Abrede zu berücksichtigen. Vorliegendes Kartell ist demnach aus zwei Gründen kartellrechtlich sehr wahrscheinlich erheblich:

142. Erstens kann davon ausgegangen werden, dass die Abrede starke Auswirkungen auf den Markt für Vermittlung und Beratung von Krankenversicherungsprodukten der OKP/die Vertriebskanäle gehabt hat und noch haben wird. Zweitens ist zu vermuten, dass die Senkung der Honorare für Makler und Vermittler sowie für Vergleichsdienstleister und der Boykott der Call Center bezüglich eines Teiles ihrer Dienstleistungen den Wettbewerb zwischen Eigen- und Fremdvertrieb (zu Gunsten des ersteren) erheblich beeinträchtigt (von einer „Multi-“ hin zu einer „One-Channel“-Strategie). Zu den Folgen der Massnahmen im Einzelnen:

143. Die Honorare sind ohne ersichtlichen sachlichen Grund auf einen Schlag branchenweit um etwa zwei Drittel reduziert worden¹³³, wobei anscheinend die gleichen Dienstleistungen wie bis anhin für diesen Betrag erwartet werden. Dass Makler und Vermittler für diesen Betrag von CHF 50.– kaum die gleichen Dienstleistungen (insbesondere Beratung) und in demselben Masse werden anbieten können wie bisher, liegt auf der Hand.¹³⁴ Die vorliegend willkürlich (statt gestützt auf Kostensenkungen infolge Effizienzsteigerung) erfolgte Festlegung¹³⁵ dieses Betrages hat aller Wahrscheinlichkeit nach zu Verzerrungen bei der Allokation der Ressourcen geführt (es wird weniger und von schlechterer Qualität angeboten).

144. Daneben sind die Vergleichsdienstleister von der Vereinbarung – mindestens in wirtschaftlicher Hinsicht – stark betroffen. Wie diese ihr Geschäftsmodell inskünftig ausgestalten werden und damit inwiefern sie ihre „Funktion“ gegenüber den Versicherten (unabhängige Information und Schaffung von Transparenz) weiterhin werden wahrnehmen (können), ist noch unklar. Dies umso mehr als diesem Kanal eine besondere Bedeutung bei der Kundenakquisition für die kleinen (günstigeren¹³⁶) Krankenversicherer zukommt.

145. Weiter ist vom Verzicht auf die telefonische Kaltakquise nicht nur die Branche der Call Center selbst betroffen, sondern auch M&V, die dadurch zusätzlich in ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigt werden. Diese Dienstleister sind nicht mehr frei in der Wahl der zu kontaktierenden potentiellen Versicherungsnehmer. Der Kreis

derselben wird eingeschränkt, was eine geringere Zahl an Beratungsterminen und damit an Möglichkeiten zur Information seitens der Versicherten zur wahrscheinlichen Folge hat.

146. Dies wurde im Rahmen des Widerspruchsverfahrens bereits für die wahrscheinlichste der drei dazumal als möglich erachteten Hypothesen gehalten.¹³⁷ Es wurde in Betracht gezogen, dass das vereinbarte, veränderte Verhalten zu einer Informationsreduktion auf Stufe Versicherte führt, was Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation unter den Krankenversicherern hat. Die Versicherten erhalten weniger Anstösse und verfügen über weniger Informationsmöglichkeiten betreffend Prämien als heute und wechseln infolgedessen seltener ihre Versicherung trotz (allenfalls) bestehender Optimierungsmöglichkeiten. Bei nachlassender Transparenz ist schwindender Wettbewerbsdruck auf die grösseren Versicherer wahrscheinlich.¹³⁸ Diese stehen untereinander weniger im Prämienwettbewerb, weil sich das Risiko, Versicherte durch Krankenversicherungswechsel zu verlieren, reduziert hat.

147. In Zusammenhang mit nachlassendem Wettbewerbsdruck auf die grösseren Versicherer steht auch die zweite der in Rz 142 genannten möglichen Auswirkungen. Es besteht die Vermutung, dass es infolge Vereinbarung zu einer Verlagerung der Fremdvertriebsaktivitäten hin zu mehr Eigenvertrieb kommt und dass davon die Grossen unter den Krankenversicherern profitieren könnten. Bereits der von der Eidgenössischen Finanzkontrolle erstellte Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung hält fest, dass – ist Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern gewollt – es diesen möglich sein muss, ihre Produkte zu bewerben.¹³⁹ Ist dies auf einem Kanal nicht mehr möglich, so werden die Versicherer auf andere Kanäle ausweichen (müssen).

¹³⁰ Gesamtausgaben für die Werbung (gemäss Fragebögen Krankenversicherer).

¹³¹ Vgl. Anhang 3.

¹³² Vgl. Anhang 3.

¹³³ Vgl. dazu auch vorne, Rz 38.

¹³⁴ *santésuisse* gibt an, dass Assura, welche sich nicht an die Regelung halten müsse, dadurch Vorteile hätte, welche sie wettbewerblich ausnutzen könne.

¹³⁵ Dieser Eindruck wird noch dadurch unterstützt, dass *santésuisse* ursprünglich beabsichtigte, dem Bundesrat eine Maximalprovision von CHF 100.– vorzuschlagen, diesen Betrag aber sodann, um die intendierten Einsparungen ausweisen zu können, schlicht um weitere CHF 50.– reduzierte.

¹³⁶ Vgl. vorne, Tabelle 1, sowie zur Einteilung der Versicherer Rz 20.

¹³⁷ Weiter wurde von folgenden beiden Hypothesen ausgegangen: M&V und Vergleichsdienste bieten trotz verminderter Honorare weiterhin im gleichen Masse Krankenversicherungsprodukte an. Der Wegfall der telefonischen Kaltakquise wird über andere Kanäle gänzlich kompensiert (Hypothese gleichbleibende Wettbewerbsintensität). Oder es erfolgt eine Ausweitung des Dienstleistungsangebots und es werden verstärkt Krankenversicherungsprodukte angeboten (Erhöhung der Wettbewerbsintensität).

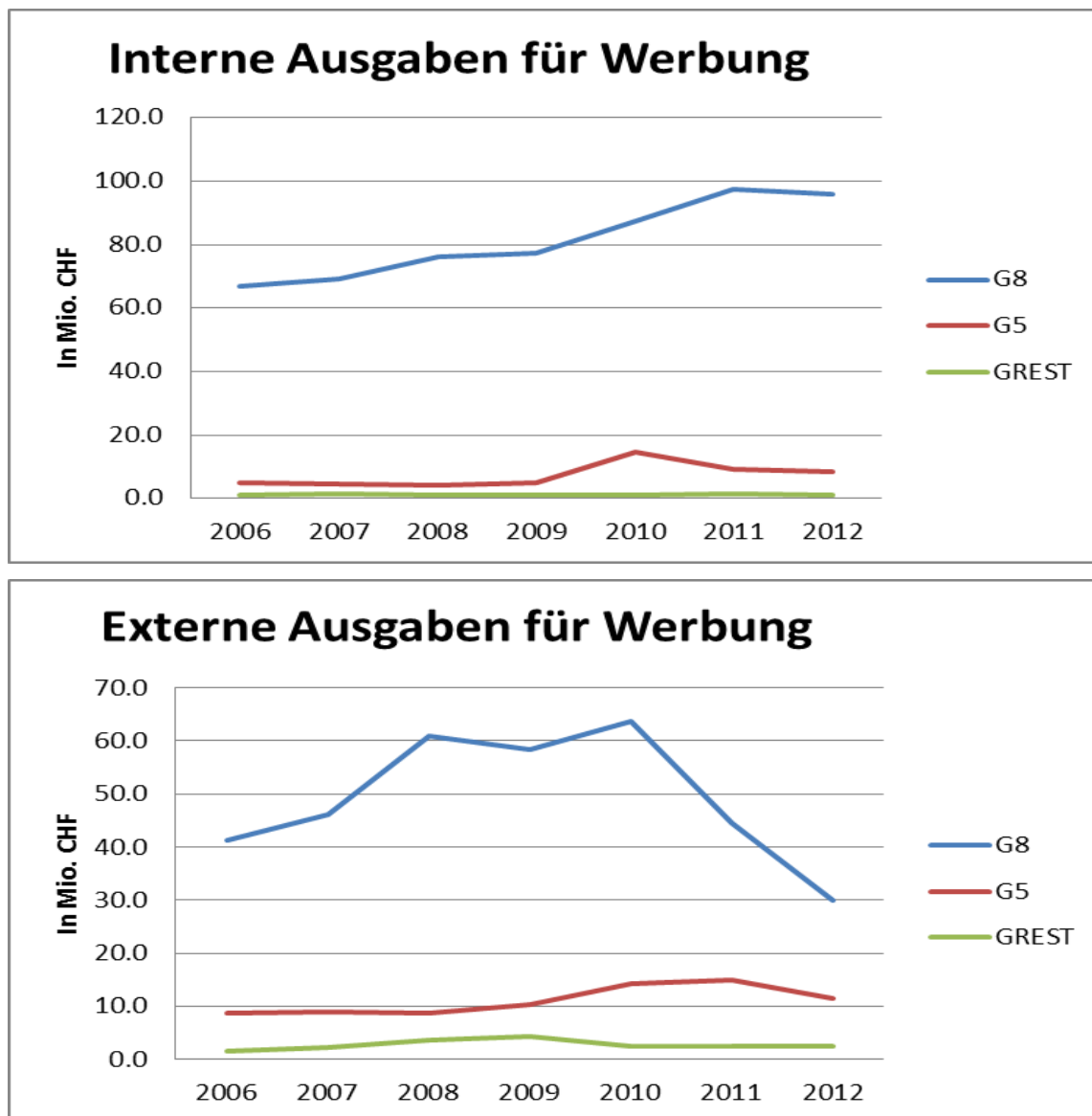
¹³⁸ Zu diesem Schluss kam beispielsweise eine Studie in Bezug auf den amerikanischen Brillenmarkt: Vgl. LEE BENHAM, The effect of advertising on the price of eyeglasses, in: Journal of Law and Economics, Vol. 15, No. 2 (Oct., 1972), 337–352.

¹³⁹ Bericht zur Obligatorischen Krankenversicherung (Fn 30), 48 (E. 6.2. a.E.); vgl. auch vorne, Rz 47. Weiter wird in diesem auf S. 58 im Rahmen der Schlussfolgerungen festgehalten, dass die Krankenversicherungen die Betriebskosten direkt beeinflussen können, jedoch kein Interesse daran haben, die Verwaltungskosten unnötig zu erhöhen, sondern vielmehr bestrebt seien, diese auf einem möglichst tiefen Niveau zu halten.

148. Die Vereinbarung führt in casu dazu, dass „Fremdvertrieb“ nicht mehr in gleichem Masse wie bis anhin möglich ist. Die G8 haben seit 2006 den eigenen Ausendienst ausgebaut und folglich heute grössere Kapazitäten.¹⁴⁰ Letzteres war und ist den kleinen und mittleren Versicherern demgegenüber nicht gleichsam möglich, weshalb es zu Wettbewerbsverzerrungen unter diesen kommen wird (siehe Abbildung 5). Die kleinen und mittleren Versicherer trifft der Verlust der Möglichkeit, die aus ihrer Sicht effizientesten Vertriebskanäle zu nutzen, zudem stärker als die grösseren Versicherer, welche über mehr finanzielle Mittel verfügen.¹⁴¹ Ein optimaler Ressourceneinsatz ist allgemein nicht mehr möglich.

Auch zufolge ihrer häufig stärkeren parallelen Tätigkeit im Bereich der Zusatzversicherung haben die grösseren Versicherer Vorteile.¹⁴² Anlässlich Beratungen betreffend Zusatzversicherungsprodukte sind weiterhin solche betreffend Grundversicherungsprodukte zulässig. Die grossen, alteingesessenen Versicherer werden demnach in der öffentlichen Wahrnehmung zufolge ihrer breiteren Möglichkeiten zur Kundenwerbung und -akquisition stärker präsent sein und mehr wechselwillige Versicherungsnehmer an sich ziehen respektive Abgänge dadurch verhindern können. Die kleineren, oftmals günstigeren Versicherer¹⁴³ haben das Nachsehen.¹⁴⁴

Abbildung 5: Entwicklung der internen und externen Ausgaben für Kundenakquisition



Quelle: Fragebögen Krankenversicherer

¹⁴⁰ Vgl. vorne, Tabelle 2.

¹⁴¹ Vgl. dazu Rz 68 sowie Rz 144 mit den entsprechenden Verweisen.

¹⁴² Diese sind in der Regel gleichzeitig im VVG-Bereich tätig. Gemäss den Ergebnissen der Befragungen entspricht es heute scheinbar nach wie vor einem verbreiteten Bedürfnis, Grund- und Zusatzversicherung

bei ein und demselben Versicherer abzuschliessen. Vgl. auch vorne, Rz 38.

¹⁴³ Vgl. dazu vorne, Tabelle 1, sowie zur Einteilung der Versicherer Rz 20.

¹⁴⁴ Vgl. auch vorne, Rz 70.

149. Dass bei einer solchen Entwicklung den kleineren Versicherern nicht die gleichen Möglichkeiten offen stehen wie den grösseren, haben auch die Befragungen ergeben.¹⁴⁵ Gerade kleinere Versicherer, welche an sich schon weniger Mittel für Kundenakquisition/-werbung zur Verfügung haben, sind auf die anscheinend kostengünstigeren, mit weniger Fixkosten verbundenen Fremdvertriebskanäle angewiesen und folglich bei einer entsprechenden Entwicklung im Wettbewerb benachteiligt.

150. Bei der oben geschilderten Entwicklung werden ausserdem die prokompetitiven Wirkungen informativer Werbung beeinträchtigt, da den Versicherten weniger Möglichkeiten als vor Abschluss der Vereinbarung zur Verfügung stehen, sich objektiv über den Krankenversicherer, der das beste Preis-Leistungs-Verhältnis anbietet, zu erkundigen und allenfalls den Krankenversicherer zu wechseln.¹⁴⁶ Die Suchkosten für die Versicherten steigen, auf einen Versicherungswechsel wird zufolge nachlassender Transparenz häufiger verzichtet. Sinkt das Risiko, Versicherte durch Krankenversicherungswechsel zu verlieren, stehen die Krankenversicherer untereinander weniger im (Prämien-)Wettbewerb.

151. In diesem Zusammenhang bleibt zwar anzumerken, dass die Vereinbarung im Prinzip nicht nur für Fremdvertriebskanäle gilt.¹⁴⁷ Diese lässt sich hingegen schon praktisch nicht eins zu eins auf den eigenen Aussendienst, der noch weitere Aufgaben zu erfüllen hat und nicht unbedingt ausschliesslich auf Provisionsbasis arbeitet, übertragen. Eine Anwendung auch auf den versicherungseigenen Aussendienst sowie insbesondere eine Überprüfung der Einhaltung scheint daher schwerlich bis gar unmöglich. Es kann folglich festgestellt werden, dass der in Rz 145 skizzierte Rückgang der Dienstleistungen der M&V sowie Call Center zu einer Verlagerung und Verstärkung der – insbesondere den grossen Versicherern möglichen – Eigenvertriebsaktivitäten und damit zu Verzerrungen zu deren Gunsten geführt hat.¹⁴⁸

152. Diese erheblichen Auswirkungen können dementsprechend nicht durch eine überproportionale Erhöhung der Ausgaben und/oder der Bemühungen „in-house“ seitens der grössten Krankenversicherer kompensiert werden.¹⁴⁹ Die Transparenz und Wahlmöglichkeiten seitens der Versicherten nehmen ab und damit der Wettbewerbsdruck der kleineren (in der Regel nicht altingesessenen) Versicherer auf die grösseren. Letztere laufen weniger Gefahr, Versicherte an Konkurrenten zu verlieren.

153. Die durch die Vereinbarung eingesparten CHF 20,5 Millionen¹⁵⁰ würden so zu einer Senkung der Anzahl Krankenversicherungswechsel, einer Dämpfung des Werbe- und damit des Preis-/Prämienwettbewerbs unter den Krankenversicherern und, wiederum als Folge, zu einem durchschnittlich stärkeren Wachstum der Preise bzw. der Prämien führen (weniger Anreize, innovative, wirtschaftlich effiziente Lösungen – u.a. in Bezug auf Prozesse und/oder Produkte – auf den Markt zu bringen).¹⁵¹ Aus volkswirtschaftlicher Sicht betrachtet sind damit Anhaltspunkte vorhanden, dass die Vereinbarung – sollten damit überhaupt Einsparungen erzielt werden – gesamthaft und langfristig gesehen zu einem Wohlfahrtsverlust führen könnte.

154. Die Abrede wäre demnach als erheblich zu qualifizieren. Ein solches Ergebnis wäre im Übrigen auch mit Blick auf Art. 7 KG und die mit diesem seitens des Gesetzgebers verfolgte Stossrichtung stimmig. Eine Erzwungung unangemessener Preise (willkürliche Reduktion der Entschädigungen/Preise auf die Hälfte bis einen Drittel) und/oder die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Boykott der Call Center und M&V betreffend einen Teil ihrer Dienstleistungen) seitens marktmächtiger Unternehmen, sind gemäss Kartellgesetz unzulässig und – mit Ausnahme des Vorliegens von *legitimate business reasons* – sanktionsbedroht. Wenngleich eine eigentliche Anwendung von Art. 7 KG infolge einer Vielzahl der in *santésuisse* vereinten Unternehmen *in casu* nicht als tauglicher Ansatz erachtet wird, so sollten entsprechende Überlegungen aber wegen der weitreichenden Parallelen betreffend Vorgehen der Kartellisten/Auswirkungen der Vereinbarung mit den von Art. 7 KG erfassten Tatbeständen soweit als möglich im Rahmen der Beurteilung Berücksichtigung finden und mit einbezogen werden.¹⁵²

B.3.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

155. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut diesem Artikel sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie kumulativ (a) dazu dienen, die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; (b) notwendig sind um dieses Ziel zu erreichen; und (c) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

¹⁴⁵ Vgl. dazu auch vorne, Rz 65 sowie Rz 68.

¹⁴⁶ Vgl. vorne, Rz 146.

¹⁴⁷ In Zusammenhang mit dem Verzicht auf telefonische Kaltakquise wird gemäss Vereinbarung nicht nach dem Erbringer der Dienstleistung differenziert. Grundsätzlich soll weder von eigenen noch fremden Telefondienstleistern telefonische Kaltakquise betrieben werden. Weiter sollen die CHF 50.– ebenfalls ohne explizite Differenzierung sämtliche Entschädigungen abdecken (vgl. Präsentation [Fn 103], Folie 11).

¹⁴⁸ Vgl. Tabelle 2; von 2006–2011 haben die G8 die internen Ausgaben ständig erhöht.

¹⁴⁹ Vgl. Tabelle 2; von 2011 bis 2012 sind die internen Ausgaben um 1,7 % gesunken.

¹⁵⁰ Vgl. Tabelle 2.

¹⁵¹ Vgl. Tabelle 1.

¹⁵² In der EU wird der sogenannte kollektive Boykott als eine der schwersten Verletzungen des Wettbewerbsrechts betrachtet. Die EU-Rechtsprechung unterscheidet zwischen einem „defensive boycott“, dessen Ziel die Bestrafung eines „troublemaking“ Kunden, Lieferanten oder Mitbewerbers ist, und einem „predatory boycott“ dessen Ziel es ist, die Marktgegenseite zu einer bestimmten Haltung zu zwingen (VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Fifth Edition, 2010, 4.3. Collective Boycotts, 378 ff.).

156. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Aufzählung der Effizienzgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend.¹⁵³ Es reicht dagegen, wenn eine der Effizienzen erzielt wird, um die erste der drei gesetzlichen Voraussetzungen für die Rechtfertigung zu erfüllen.¹⁵⁴

157. Bevor die Effizienzgründe untersucht werden, ist vorab darauf hinzuweisen, dass Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nicht schon dann vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht der einzelnen Parteien effizient ist (so ist das Abschöpfen/Erzielen einer Kartellrente aus Sicht des Unternehmens durchaus effizient).¹⁵⁵ Vielmehr ist der Effizienzbegriff des Kartellgesetzes im volkswirtschaftlichen Sinne zu verstehen und ein objektiverer Massstab anzulegen. Es sind also die objektiven Vorteile der Abrede zu berücksichtigen, der subjektive Standpunkt der Parteien bleibt unbeachtlich.¹⁵⁶ Die wirtschaftlichen Vorteile der Abrede müssen sodann die Nachteile für den Wettbewerb überwiegen.¹⁵⁷ Die von den Parteien *in casu* genannten Aspekte stellen wenn, dann ausnahmslos „Effizienzgewinne“ aus eigener betriebswirtschaftlicher Sicht dar.

158. Gemäss Aussagen der Parteien hat die Abrede zum Ziel, einerseits lästige Telefonate an potentielle Versicherungsnehmer zu unterbinden und andererseits einen Beitrag zur Senkung der Verwaltungskosten im Grundversicherungsbereich zu leisten. Die Abrede ist somit *prima vista* nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz getroffen worden, sondern angeblich auf politischen Druck hin und primär zu dem Zweck, den Ruf der Krankenversicherer zu verbessern.

159. Nichtsdestotrotz wird die Abrede nachfolgend, soweit angezeigt, summarisch auf die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erwähnten und möglicherweise mit ihr verbundenen Effizienzgründe überprüft. Da die Abrede eine Senkung der Verwaltungskosten sowie ein Absehen von lästigen und damit möglicherweise „ineffizienten“ Telefonaten zum Ziel hat, kommen grundsätzlich die folgenden drei Effizienzgründe in Frage.

Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten

160. Herstellungs- und Vertriebskosten können durch die koordinierte Nutzung von Produktionsfaktoren von kleineren Produktionseinheiten gesenkt werden. Damit lassen sich Kostenvorteile bzw. Produktionsstrukturen, wie sie grössere Unternehmen erreichen, verwirklichen.¹⁵⁸

161. Vorliegend handelt es sich, wie schon oben festgehalten¹⁵⁹, um kein klassisches Nachfragekartell. Die Vereinbarung betrifft keine Produktionsfaktoren, die direkt oder indirekt in die Krankenversicherungsprodukte einfließen (*in-* und *output-Meccano*).¹⁶⁰ Entsprechend legen die Krankenversicherer nicht nur keine Einkaufstätigkeiten zusammen, ihr Verhalten dient auch weder dem Aufbau/der Erhöhung von Käufer-/Gegenmacht, um im Rahmen von Verhandlungen bessere Einkaufskonditionen zu erwirken (Skalenerträge), noch der Vermeidung von Doppel- oder Mehrfachkosten – in diesem Fall bei der Kundenakquisition – (Verbundvorteile).¹⁶¹

162. Zwar hätte eine Nettoeinsparung infolge Abrede (lediglich CHF 20,5 Mio. gegenüber den intendierten CHF 60 Mio.¹⁶²) möglicherweise einen gewissen (wenn

auch geringen) Einfluss auf die Verwaltungskosten der Krankenversicherer begründet¹⁶³, jedoch liegt darin nicht automatisch eine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten. Die Massnahmen haben keine Rationalisierung/Effizienzsteigerung in Bezug auf Herstellungs- oder Vertriebsabläufe zum Ziel und entsprechend auch keine Auswirkung auf die Herstellungs- oder Vertriebskosten der Krankenversicherer oder anderer, in die Vermittlung involvierten Parteien.

163. Das Vorliegen dieses Effizienzgrundes ist folglich aus heutiger Sicht zu verneinen.

Keine Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren

164. Dieser Rechtfertigungsgrund erfasst Verbesserungen hinsichtlich der eigentlichen Produkte und Produktionsverfahren. Der Begriff wird von Lehre und Praxis weit ausgelegt. Als Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren gelten auch eine breitere Angebotspalette sowie die Verbesserung des Vertriebs. Hersteller können durch horizontale Vereinbarung das Angebot verbreiten¹⁶⁴ bzw. horizontale Vereinbarungen können den Hersteller zwingen, das Angebot zu erhöhen und die Preise zu senken.

165. Die im Rahmen der Vereinbarung getroffenen Massnahmen werden Produkte – in diesem Fall Dienstleistungen – oder Produktionsverfahren, sei es für die Versicherer oder für die Vermittler, Vergleichsdienste und Call Center, nicht verbessern. Die Call Center werden einen Teil (und nicht unbedingt den „lätigsten“) ihrer Dienstleistungen nicht mehr erbringen können und die Versicherten riskieren, weniger Beratung und von schlechterer Qualität zur Verfügung zu haben, da die Maximalprovision von CHF 50.– für die Deckung der Kosten willkürlich und nicht aus wirtschaftlichen Gründen festgelegt worden ist. Eine Verbesserung des Vertriebs könnte indes bspw. durch Qualitätsförderungsmassnahmen erzielt werden.

¹⁵³ Vgl. BGE 129 II 18, 45 E. 10.3; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK KG (Fn 96), Art. 5 KG N 304; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 5 KG N 11; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Auflage 2011, Art. 5 KG N 34.

¹⁵⁴ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz 404.

¹⁵⁵ SHK-REINERT (Fn 153), Art. 5 N 13; BORER (Fn 153), Art. 5 KG N 46.

¹⁵⁶ BORER (Fn 153), Art. 5 KG N 46.

¹⁵⁷ FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 94.

¹⁵⁸ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 153), Art. 5 KG N 306.

¹⁵⁹ Vgl. Rz 131.

¹⁶⁰ Denkbar bspw. wenn Versicherer Behandlungen zugunsten ihrer Versicherten bei Spitälern im Rahmen von Tarifvereinbarungen „einkaufen“.

¹⁶¹ Vgl. die entsprechenden Ausführungen in BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 153), Art. 5 KG N 307 ff.

¹⁶² Vgl. vorne, Rz 73.

¹⁶³ Dies, sofern allfällig mit den Massnahmen erzielte – wenn auch gemessen an den gesamten Gesundheitskosten minime – Einsparungen effektiv zu einer Reduktion der Verwaltungskosten und nicht lediglich einer Umverteilung innerhalb derselben führen und damit an die Versicherten weitergegeben werden. Die intendierten Einsparungen machen gemessen an den gesamten Gesundheitskosten weniger als 0.3 % aus (vgl. Anhang 3).

¹⁶⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 153), Art. 5 N 314 ff.

166. Auch das Vorliegen dieses Effizienzgrundes ist zu verneinen.

Keine rationellere Nutzung von Ressourcen

167. Umfasst werden zunächst Ressourcen unternehmerischer Natur wie Geld, darüber hinaus aber auch natürliche (Umwelt-) und ideelle Ressourcen (Wissen).¹⁶⁵ Die Festlegung eines Betrages von max. CHF 50.– führt zu keiner rationelleren Nutzung von Ressourcen, weder seitens der Krankenversicherer noch der übrigen in die Vermittlung involvierten Parteien.

168. Der Boykott der telefonischen Kaltakquise könnte allenfalls als bessere/sinnvollere Nutzung von Ressourcen betrachtet werden: anstatt das Geld in „lästige“ und sich für die Branche kontraproduktiv auswirkende Telefonate zu investieren, wird dieses (theoretisch) eingespart. Indes geht es bei dieser Massnahme nicht um eine „Nutzung“ von Ressourcen und hat diese folglich auch keinen verbesserten Einsatz derselben zur Folge; der Vertrieb von Krankenversicherungsprodukten wird dadurch nicht optimiert.

169. Auch in diesem Fall ist kein Rechtfertigungsgrund vorhanden.

170. Abschliessend kann festgehalten werden, dass keiner der in Art. 5 Abs. 2 KG abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gegeben scheint. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Effizienzen überhaupt verfolgt werden. Eine der Bedingungen für die Feststellung der Zulässigkeit einer wettbewerbsbeeinträchtigenden Abrede ist somit nicht erfüllt, weshalb Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vereinbarung *santésuisse* betreffend Kundenwerbung folglich gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig ist. Ausführungen zur Notwendigkeit der Vereinbarung und zur Frage, ob diese den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind somit hinfällig.

B.3.5 Ergebnis

171. Gemäss dem oben Ausgeführten kann festgehalten werden, dass vorliegend Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG bestehen.

172. Denn die Abklärung haben folgende direkten sowie indirekten Beeinträchtigungen des wirksamen Wettbewerbs in Folge der Branchenvereinbarung ergeben: Direkt auf Stufe Call Center, M&V sowie Vergleichsdiensteanbieter führt die Abrede zu einer starken Reduktion und Nivellierung der Preise (Einnahmen) sowie zu einem Verzicht auf bestimmte Dienstleistungen (Boykott). Indirekt bewirkt die Vereinbarung auf Stufe Versicherer eine Internalisierung (Eigenvertrieb) sowie Verlagerung der Akquisitionsbemühungen in den Bereich der Zusatzversicherung. Bei einer entsprechenden Entwicklung sind kleinere Versicherer benachteiligt. Weiter wird die Information für die Versicherten zunehmend einseitiger, die Transparenz nimmt ab und die Suchkosten steigen. Dadurch wird der Prämienwettbewerb eingeschränkt (weniger Effizienzreize) und der Erhalt der Stammkundschaft begünstigt.¹⁶⁶

B.4 Anregung

173. Vorliegend wird auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip die Vorabklärung eingestellt. Dies insbesondere aus dem Grund, dass *santésuisse*, nachdem ihr das Sekretariat seine Bedenken betreffend die Vereinbarung mitgeteilt hat, diese am 7. Februar 2014 aufgehoben hat.

174. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. *santésuisse* hat, nachdem ihr das Sekretariat seine Bedenken betreffend die Vereinbarung mitgeteilt hat, diese am 7. Februar 2014 aufgehoben. Damit hat *santésuisse* die zur Beurteilung stehende Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft beseitigt.

175. Ausgehend von diesem Umstand wird im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und die Vorabklärung eingestellt. Ein Nachweis der Tendenzen, welche im Rahmen der Analysen der Vorabklärung festgestellt wurden, auch für die Folgejahre, würde die Erhebung umfangreicher Datensätze betreffend weitere Jahre bedingen. Dies würde mit einer langen Verfahrensdauer sowie grossem Ressourcenaufwand einhergehen. Weiter nimmt das Sekretariat mit dieser Entscheidung Rücksicht auf die fortgeschrittene parlamentarische Diskussion betreffend den Entwurf KVAG.

C Kosten

176. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Die Verursacher eines Verfahrens müssen dann keine Kosten übernehmen, wenn in der Untersuchung kein unzulässiges Verhalten der Beteiligten festgestellt wird, wenn sie also nicht „unterliegen“ und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Umgekehrt besteht eine Gebührenpflicht, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung erhärtet haben oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*).

177. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen, welche mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Die Ermittlungen betrafen die Vereinbarung betreffend Kundenwerbung der in *santésuisse* vereinten Krankenversicherer, welche von *santésuisse* dem Sekretariat gemeldet wurde (vgl. Rz 1 ff.). Somit sind die Krankenversicherer, welche zum Zeitpunkt der Eröffnung der Vorabklärung die Vereinbarung unterschrieben und in der Folge angewandt haben, als Verursacher der Vorabklärung zu qualifizieren.

¹⁶⁵ Siehe BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 153), Art. 5 N 327 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch vorne, Rz 142.

178. santésuisse hat, nachdem ihr das Sekretariat seine Bedenken betreffend die Vereinbarung mitgeteilt hat, letztere am 7. Februar 2014 aufgehoben. Basierend auf den Anhaltspunkten für eine erhebliche Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs durch die Branchenvereinbarung (vgl. Rz 136 ff.) ist davon auszugehen, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet hätte, hätten santésuisse und deren Mitglieder die Vereinbarung nicht aufgehoben. Somit sind die Krankenversicherer sinngemäss als unterliegend zu betrachten und unterstehen einer Gebührenpflicht.¹⁶⁷

179. Gebühren werden den am in Frage stehenden Untersuchungsgegenstand beteiligten Untersuchungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV, SR 172.041.1]). Im vorliegenden Fall haben die zum damaligen Zeitpunkt in santésuisse vereinten Krankenversicherer die Branchenvereinbarung unterzeichnet und umgesetzt, auf welche somit jeweils ein entsprechender Anteil der anfallenden Gebühren entfällt. santésuisse hat entschieden, die in Zusammenhang mit der Vorabklärung entstandenen Verfahrenskosten gegenüber dem Sekretariat zu übernehmen.

180. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die gesamten, im Rahmen der Vorabklärung angefallenen Verfahrenskosten betragen vorliegend CHF [...].

D Schlussfolgerungen

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

1. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
2. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit und
3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
4. Die Verfahrenskosten von CHF [...] werden santésuisse auferlegt.

¹⁶⁷ Vgl. BGE 128 II 247, 257 f.

Anhang 1: Liste der in die Gruppen eingegliederten Krankenversicherer

Name und Stand 2010	Änderungen 2010/2011	Bestand 2011
CSS Kranken-Vers. AG		853'941
Auxilia Kranken-Vers. AG		12'112
Intras Kranken-Vers. AG		210'729
Arcosana AG		123'122
Sanagate AG		29'660
CSS Gruppe		1'229'563
CM de la Fonction Publique	PHILOS	NA
Caisse-maladie EOS	PHILOS	NA
CMBB	AVENIR	NA
Avenir Assurance Maladie SA		191'690
Caisse-maladie Hermes	EASY SANA	NA
Panorama Kranken- und Unfallversicherung	PHILOS	NA
KK St. Moritz	AVENIR	NA
La Caisse Vaudoise	EASY SANA	NA
Easy Sana Assurance Maladie SA		187'007
Avantis Assureur maladie	PHILOS	NA
Philos Assurance Maladie SA		282'183
Caisse-maladie Universa	MUTUEL	NA
CM de Troistorrents	PHILOS	NA
Fondation Natura Assurances.ch	MUTUEL	NA
AMB		9'990
Mutuel Assurance Maladie SA		393'407
Groupe Mutuel		1'064'277
maxi.ch		2'398
aerosana Versicherungen AG	PROGRES	NA
sansan Versicherungen AG		167'494
Helsana Versicherung AG		585'975
avanex Versicherungen AG		185'628
Progrès Versicherungen AG		195'215
Helsana Gruppe		1'136'709
KPT Krankenkasse AG		346'668
publisana		3'542
AGLIA Krankenkasse AG		7'656
KPT Gruppe		357'867
Wincare Versicherungen AG		197'605
Sanitas Grundversicherungen AG		316'004
Compact Grundversicherungen AG		51'907
Sanitas Gruppe		565'515
SUPRA		41'570
SanaTop Versicherungen AG	SUPRA	NA
SUPRA		41'570
SWICA Krankenversicherung AG		619'924
carena schweiz	SWICA	NA
SWICA		619'924
Moove Sympany AG		10'397
Vivao Sympany Schweiz AG	VIVAO	NA
Xundheit	VIVAO	NA
Vivao Sympany AG		155'980
Sympany Gruppe		166'377
Visana		442'506
vivacare AG		10'124
sana24		62'455
Visana Gruppe		515'084
ÖKK		148'455
Krankenversicherung Flaachthal AG		2'271
ÖKK Gruppe		150'726

Anhang 2: Liste der Krankenversicherer gemäss G8, G5 und GREST(30)

Name	Durchschnittlicher Bestand 2011 (Quelle BAG)
CSS Gruppe*	1'229'563
Helsana Gruppe*	1'136'709
Groupe Mutuel*	1'064'277
ASSURA*	623'760
Sanitas Gruppe*	565'515
SWICA*	619'924
CONCORDIA Kranken- und Unfallversicherung AG*	540'359
Visana Gruppe*	515'084
KPT Gruppe*	357'867
EGK Grundversicherungen*	240'769
Sympany Gruppe*	166'377
Atupri*	163'269
ÖKK Gruppe*	150'726
Agrisano*	101'101
PROVITA Gesundheitsversicherung AG*	54'527
SUPRA*	41'570
Aquilana Versicherungen*	38'225
sodalis gesundheitsgruppe*	35'770
Innova Krankenversicherung AG*	34'019
Kolping*	21'816
Sumiswalder Krankenkasse*	20'138
Krankenkasse Luzerner Hinterland*	18'542
KRANKENKASSE SLKK*	16'666
KLuG Krankenversicherung	13'945
GALENOS*	13'795
Rhenusana*	9'452
Krankenkasse Birchmeier	8'090
CM de la Vallée d'Entremont	7'950
vita surselva*	6'935
KK Wädenswil*	6'552
kmu-Krankenversicherung*	6'454
Glarner Krankenversicherung*	5'874
Innova Wallis AG*	5'824
Krankenkasse Steffisburg*	4'514
KK Visperterminen	4'363
Bezirkskrankenkasse Einsiedeln	3'557
Cassa da malsauns Lumneziana	2'491
sanavals Gesundheitskasse	2'333
Krankenkasse Stoffel Mels KKS	1'693
Krankenkasse Simplon	977
KK INSTITUT INGENBOHL	843
Krankenkasse Turbenthal	385
KK Zeneggen	171
Summe	7'862'770
Bestand am 31. Dez. (Quelle: Fragebögen)	7'846'484
* Grund- und Zusatzversicherung	

Anhang 3: Analyse de corrélation et évolution de la Wechselquote – santésuisse

Une analyse de corrélation a été effectuée sur les variables « dépenses pour les acquisitions », « entrée », « sorties » et « primes » afin de mettre en lumière les liens possibles entre ces différentes variables, cela pour différents échantillons afin de mettre en évidence une éventuelle dynamique dans le comportement des assureurs. Les observations non indépendantes, soit les assureurs formant des groupes, ont été traitées en commun, cela afin de diminuer les risques de biais dans les résultats. Les groupes G8, G5 (agrégé en G13) et GREST ont été traités de façon analogue pour les années 2006 à 2012.

On constate que les dépenses sont fortement corrélées avec le nombre d'entrées. Il existe un lien significatif (au seuil de 5 %) entre ces deux variables, cela est valable pour les 3 échantillons. Si le nombre d'entrées est conséquent, les dépenses pour les acquisitions auront tendance à être supérieures à la moyenne.

La corrélation entre les dépenses pour l'acquisition et le montant des primes est moins clair. Dans notre analyse, cette corrélation est uniquement significative (au seuil de 10 % seulement) chez les plus petits assureurs. La corrélation entre le nombre d'entrées et les primes tout comme celle entre le nombre de sorties est difficilement interprétable pour les plus petits assureurs (GREST), cette corrélation n'est cependant jamais significative en ce qui concerne les plus grands assureurs (G13).

L'analyse de corrélation ne donne aucune précision quant au sens de la causalité. L'interprétation des relations entre les variables doit donc être prudente. Toutefois, dans le premier cas, soit de la corrélation entre les dépenses pour les acquisitions et les entrées, le lien de causalité semble relativement évident, les dépenses pour les acquisitions devraient théoriquement favoriser une augmentation du nombre d'entrées.

Le montant des dépenses pour les acquisitions varie entre 120 et 150 millions, représentant environ une infime fraction (<1 %) du total des primes. On peut donc a priori exclure la possibilité que ces dépenses influent de manière significative sur le montant des primes. Cette thèse est confirmée par les résultats exposés supra.

L'accord de santésuisse viserait à minimiser les possibilités de flux sortants ce qui leur permettrait d'investir moins en dépenses d'acquisition tout en continuant à maintenir ou à augmenter leurs primes. Or, il se trouve que les flux sortant et entrant ont augmenté entre 2006 et 2010, passant de 9.85 % à 14.61 % puis diminué en 2011 et 2012 (voir Tableau 2 du rapport). Cette baisse pourrait être interprétée comme un effet de l'accord.

Données 2006-2010		
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées		
G 13	0.67847	<.0001
G REST	0.75394	<.0001
Primes vs entrées		
G 13	-0.0023	0.9854
G REST	0.18346	0.0061
Primes vs sorties		
G 13	0.1358	0.2806
	0.31665	<.0001
Dépenses publicité vs primes		
G 13	0.0422	0.0794
G REST	0.13416	0.0785
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées	0.803	<.0001
Primes vs entrées	0.14249	0.0157
Primes vs sorties	0.18351	0.0018
Dépenses publicité vs primes	0.15796	0.0156

Données 2011-2012		
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées		
G 13	0.63291	0.005
G REST	0.52692	<.0001
Primes vs entrées		
G 13	-0.09033	0.6608
G REST	0.07702	0.5873
Primes vs sorties		
G 13	0.18307	0.3707
G REST	0.03366	0.8127
Dépenses publicité vs primes		
G 13	0.14254	0.4873
G REST	0.43685	0.0014
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées	0.80649	<.0001
Primes vs entrées	0.21609	0.0574
Primes vs sorties	0.28646	0.011
Dépenses publicité vs primes	0.27369	0.016

Données 2006-2012		
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées		
G 13	0.65344	<.0001
G REST	0.349	<.0001
Primes vs entrées		
G 13	-0.0023	0.9854
G REST	0.1435	0.0415
Primes vs sorties		
G 13	0.00907	0.932
G REST	0.27561	<.0001
Dépenses publicité vs primes		
G 13	0.12898	0.2338
G REST	0.31122	<.0001
	Coefficient	P-value
Dépenses publicité vs entrées	0.80238	<.0001
Primes vs entrées	0.17214	0.0014
Primes vs sorties	0.17478	0.0012
Dépenses publicité vs primes	0.1828	0.0018

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Kosmetikprodukte (Dermalogica)

Verfügung vom 21. Oktober 2013 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend Kosmetikprodukte (Dermalogica) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG gegen 1. Care on Skin GmbH in Oberentfelden, vertreten durch [...], 2. Dermalogica Inc., in Carson, USA

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Basierend auf einer Anzeige eines Kosmetikinstituts¹ (nachfolgend: Anzeiger) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) am

26. Oktober 2011 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG² gegen die Care on Skin GmbH (nachfolgend: Care on Skin), Oberentfelden. Care on Skin ist die schweizerische Generalimporteurin von Hautpflegeprodukten der Marke Dermalogica (nachfolgend: Dermalogica-Produkte). Laut dem Anzeiger hat Care on Skin den Verkauf von Dermalogica-Produkten über das Internet verboten. Zudem machte der Anzeiger Schwierigkeiten beim Parallelimport von Hautpflegeprodukten der Marke Dermalogica geltend. Am 9. Februar 2012 wurde das Verfahren auf Dermalogica Inc. (nachfolgend: Dermalogica), USA, ausgedehnt. Dermalogica ist die Herstellerin der Dermalogica-Produkte.

2. Die nachfolgende Abbildung 1 zeigt den Vertrieb von Dermalogica-Produkten von der Produktion in den USA bis zum Schweizer Konsumenten grafisch auf.

Abbildung 1: Vertrieb von Dermalogica-Produkten in der Schweiz



Quelle: Eigene Darstellung.

2. Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um eines der Verfahren, welche im Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen im Herbst 2011 eröffnet wurden.³ Mit der Untersuchung wird geprüft, ob sich Care on Skin und Dermalogica für den

¹ Der Terminus „Kosmetikinstitut“ wird in der vorliegenden Verfügung sowohl für Kosmetikinstitute als auch für Hotel Spas verwendet, da Kosmetikprodukte in Hotels meist über ein hoteleigenes oder integriertes Kosmetikinstitut abgesetzt werden (vgl. unten, Rz 165).

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 27.10.2011, Sekretariat WEKO eröffnet weitere Verfahren zur Nichtweitergabe von Währungsvorteilen, abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00163/01079/index.html?lang=de>>.

Vertrieb von Dermalogica-Produkten an unzulässigen Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietschutz, Mindest- oder Festpreise oder Beschränkungen des Online-Handels gemäss Art. 5 KG beteiligt haben. Konkret werden die Vertriebsverträge für Dermalogica-Produkte auf kartellrechtlich problematische Klauseln geprüft sowie eine allfällige Einflussnahme von Dermalogica oder Care on Skin auf die Beschaffungs-, Preis- und Verkaufspolitik der Wiederverkäufer untersucht.

4. Mittels Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietschutz, Mindest- oder Festpreise und Beschränkungen des Online-Handels können die Preise in der Schweiz höher gehalten werden als dies unter freiem Wettbewerb möglich wäre. In einem solchen Fall zeitigen Wettbewerbsabreden – sofern sie nicht gerechtfertigt werden können – volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen und sind unzulässig. Um beantworten zu können, ob in casu unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen, sowie zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse befragte das Sekretariat nebst den Untersuchungsadressatinnen weitere in- und ausländische Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetik institute abgesetzt werden (nachfolgend auch: Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen), Kosmetik institute im In- und Ausland, Online-Shops sowie den Schweizerischen Fachverband für Kosmetik (SFK).

5. Im Laufe der Untersuchung stellte das Sekretariat fest, dass nicht nur bei den Untersuchungsadressatinnen, sondern auch in den Vertriebsverträgen anderer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetik institute abgesetzt werden (nachfolgend auch: Hautpflegeprodukte), wettbewerbsrechtlich problematische Klauseln vorhanden waren. Auch deklarierten mehrere Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten ihre Preislisten nicht als unverbindlich. Zudem wurden Preisempfehlungen praktisch flächendeckend eingehalten.

6. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Hautpflegeprodukte, welche überwiegend über Kosmetik institute abgesetzt werden (vgl. unten, Rz 160 ff.), deutete darauf hin, dass zumindest die Mehrzahl der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, die in den Vertriebsverträgen von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen identifiziert wurden, sowie der Preisempfehlungen, welche die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen ihren Abnehmern abgeben, den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigten (vgl. unten, Rz 203 ff.). Offen war hingegen, ob die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen – namentlich infolge eines kumulativen Abschottungseffekts durch gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze (vgl. Ziff. 13 VertBek⁴) – den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermochten. Angesichts der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt entschied das Sekretariat aus Gründen der Verhältnismässigkeit, auf weitere Marktabklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren. Dem sind alle vom Sekretariat kontaktierten Hersteller und Distributoren freiwillig nach-

gekommen, weshalb das Sekretariat keine weiteren Ermittlungen in der Sache mehr vornahm. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wurde auf eine Eröffnung der Untersuchung gegen die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen verzichtet.

A.2. Verfahren

7. Am [...] 2011 erhielt das Sekretariat von einem Kosmetikinstitut (Anzeiger) die Meldung, wonach es ihm von Care on Skin untersagt worden sei, Dermalogica-Produkte über das Internet zu verkaufen. In der Folge reichte das Kosmetikinstitut den zwischen ihm und Care on Skin geschlossenen Kooperationsvertrag ein und machte Schwierigkeiten beim Parallelimport von Dermalogica-Produkten geltend.

8. Nach weiterer Kommunikation mit dem Anzeiger zur Klärung offener Fragen eröffnete das Sekretariat am 26. Oktober 2011 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Care on Skin wegen möglicher unzulässiger Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG. Im Eröffnungsschreiben forderte das Sekretariat Care on Skin zudem auf, ihm je eine Kopie der Verträge mit ihren Lieferanten zukommen zu lassen und zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.

9. Am 27. Oktober 2011 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mittels Medienmitteilung über die Untersuchungseröffnung.

10. Mit Schreiben vom 8. November 2011 reichte Care on Skin ein Fristerstreckungsgesuch ein, welchem das Sekretariat mit Schreiben vom 14. November 2011 teilweise entsprach.

11. Am 29. November 2011 wurde die Eröffnung der Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und gleichentags im Bundesblatt (BBI) publiziert.⁵

12. Am 2. Dezember 2011 reichte Care on Skin ihre Stellungnahme zu der gegen sie eröffneten Untersuchung ein. In dieser Stellungnahme beantragte Care on Skin, dass die Untersuchung einzustellen und das Resultat in geeigneter Form zu kommunizieren sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Dem Ersuchen nach Bekanntmachung des Ausgangs des Verfahrens wird insofern nachgekommen, als im Rahmen der üblichen Medienmitteilung über den Abschluss des Verfahrens informiert wird. Weitergehende Informationspflichten der Wettbewerbsbehörden bzw. entsprechende Ansprüche der Parteien bestehen nicht.

13. Am 17. Januar 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Anhörung eines betroffenen Dritten nach Art. 40 KG statt. Dieser betroffene Dritte lieferte dem Sekretariat allgemeine Marktinformationen, welche teilweise für die spätere Befragung von Marktteilnehmern verwendet wurden.

⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁵ SHAB Nr. 232 vom 19.11.2011, S. 34; BBI 2011 8788.

14. Am 19. Januar 2012 rief das Sekretariat den Schweizerischen Kosmetik- und Waschmittelverband (SKW) an. Auf Nachfrage wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass der Verband über keine (Umsatz-)Zahlen betreffend Kosmetikprodukte verfüge, die vorwiegend über Kosmetikinstitute abgesetzt würden. Über den Absatzkanal Kosmetikinstitute würden andere Marken abgesetzt als jene, welche die Mitglieder des SKW im Portfolio hätten. Die Mitglieder des SKW würden ihre Produkte primär über den Detailhandelskanal verkaufen.

15. Am 31. Januar 2012 informierte das Sekretariat Care on Skin über den geplanten Ablauf der vorgesehenen Parteieinvernahme.

16. Am 2. Februar 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Parteieinvernahme mit Care on Skin statt. Am selben Tag fasste das Sekretariat in einer E-Mail zusammen, welche Informationen Care on Skin im Nachgang zur Parteieinvernahme einzureichen hatte.

17. Am 9. Februar 2012 dehnte das Sekretariat die Untersuchung auf Dermalogica aus und sandte Dermalogica einen Fragebogen zu. Zudem versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an 20 Händler von Dermalogica-Produkten in den USA. Über diese Schreiben wurden gleichentags die U.S. Federal Trade Commission sowie das U.S. Department of Justice informiert.

18. Ebenfalls am 9. Februar 2012 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an 20 deutsche Händler von Dermalogica-Produkten. Gleichentags informierte das Sekretariat das Bundeskartellamt über diesen Vorgang.

19. Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 stellte Care on Skin dem Sekretariat diejenigen Unterlagen zu, die das Sekretariat anlässlich der Parteieinvernahme vom 2. Februar 2012 einverlangt hatte.

20. Am 23. Februar 2012 sandte das Sekretariat Care on Skin einen Fragebogen zu. Gleichentags stellte das Sekretariat zehn Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Deutschschweiz und zwei Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Westschweiz einen Fragebogen zu. Ausserdem wurden an 33 Schweizer Händler von Dermalogica-Produkten⁶ und an zwei Online-Shops Auskunftsbegehren verschickt. Zusätzlich wurde dem Schweizerischen Fachverband für Kosmetik (SFK) ein Fragebogen zugestellt. Gleichentags wurden auch Auskunftsbegehren an fünf Hersteller und Distributoren aus Frankreich und sechs Hersteller und Distributoren aus Deutschland gesandt. Die Autorité de la concurrence sowie das Bundeskartellamt wurden entsprechend informiert.

21. Am 28. Februar 2012 verschickte das Sekretariat zwei weitere Fragebogen an Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Schweiz. Ebenfalls am 28. Februar 2012 wurde einem deutschen Händler von Dermalogica-Produkten erneut ein Fragebogen zugesandt, weil eine frühere Zustellung nicht erfolgreich war.

22. Am 7. März 2012 stellte der Anzeiger dem Sekretariat weitere Informationen betreffend das (neue) Webkonzept von Care on Skin zu.

23. Mit Schreiben vom 8. April 2012 reichte Dermalogica innert erstreckter Frist den beantworteten Fragebogen samt Anhängen ein.

24. Mit Schreiben vom 23. April 2012 reichte Care on Skin innert erstreckter Frist den beantworteten Fragebogen ein. Gleichzeitig beantragte sie, dass ihr Akteneinsicht zu gewähren sei. Mit Schreiben vom 26. April 2012 lehnte das Sekretariat dieses Gesuch vorläufig ab, da noch nicht alle Akten in bereinigter Form vorlagen. Am 14. Mai 2012 wurde Care on Skin schliesslich teilweise elektronische Akteneinsicht gewährt.

25. Nachdem einigen der befragten Unternehmen eine Fristerstreckung gewährt wurde und alle säumigen Unternehmen gemahnt wurden, gingen schliesslich die beantworteten Fragebogen im Zeitraum vom 27. Februar 2012 bis 22. Juni 2012 beim Sekretariat ein. Einigen befragten Unternehmen stellte das Sekretariat per E-Mail oder Telefon Ergänzungsfragen. Während alle Schweizer Händler und Schweizer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten den erhaltenen Fragebogen beantwortet haben, war der Rücklauf aus dem Ausland sehr gering. Von den 20 Händlern von Dermalogica-Produkten in den USA erhielt das Sekretariat gar keinen Fragebogen zurück. Von den 20 deutschen Händlern von Dermalogica-Produkten antworteten lediglich drei. Ein an einen deutschen Händler von Dermalogica-Produkten adressierter Fragebogen konnte ferner nicht zugestellt werden, weil der Empfänger gemäss Rückmeldung der Post unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden konnte. Schliesslich sandten lediglich zwei der elf angeschriebenen Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten aus Frankreich und Deutschland den ausgefüllten Fragebogen zurück. Zudem meldete sich ein Hersteller/Distributor telefonisch beim Sekretariat und erklärte, dass er keine Hautpflegeprodukte im Sortiment führe, sondern lediglich dekorative Kosmetik vertreibe, worauf das Sekretariat entgegnete, dass er den Fragebogen nicht beantworten solle. Von Auskunftsverfügungen wurde abgesehen. Die Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG ist zwar mit Sanktionen bedroht (Art. 52 und 55 KG), gegenüber ausländischen Marktteilnehmern sind allfällige Auskunftsverpflichtungen mangels internationaler Kooperationsabkommen zurzeit jedoch nicht durchsetzbar.⁷

26. Nach Prüfung der eingereichten Dokumente der befragten Marktteilnehmer stellte das Sekretariat fest, dass nicht nur bei den Untersuchungsadressatinnen, sondern auch in den Vertriebsverträgen anderer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten wettbewerbsrechtlich problematische Klauseln vorhanden waren. Auch deklarierten mehrere Hersteller und Distributoren ihre Preislisten nicht als unverbindlich. Zudem wurden Preisempfehlungen praktisch flächendeckend eingehalten. Basierend auf den verfügbaren Informationen war allerdings anzunehmen, dass zumindest die Mehrzahl dieser wettbewerbsbeschränkenden Klauseln sowie

⁶ Zu den Schweizer Händlern von Dermalogica-Produkten zählen in erster Linie Kosmetikinstitute, aber auch Globus Zürich, Hotel Spas, Hautärzte und eine Apotheke. Gemäss Aussage von Care on Skin ist zentral, dass die Produkte über eine ausgebildete Fachperson abgesetzt werden, die eine Hautanalyse durchführen kann.

⁷ Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 37 (Entscheidung noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

dieser Preisempfehlungen den Wettbewerb nicht erheblich zu beeinträchtigen vermochten (vgl. oben, Rz 5 f.). Aus Gründen der Verhältnismässigkeit entschied das Sekretariat, auf weitere Marktabklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren.

27. Mit Schreiben vom 29. August 2012 informierte das Sekretariat Dermalogica über die vorläufigen Ergebnisse des Verfahrens und bat Dermalogica, bis zum 1. Oktober 2012 die vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen umzusetzen oder andere Vorkehrungen zu ergreifen, welche die kartellrechtlichen Bedenken ausräumten. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 reichte Dermalogica innert einer zweimal erstreckten Frist Belege für die umgesetzten Massnahmen ein. Die zweimalige Fristerstreckung war dadurch begründet, dass Dermalogica infolge des Schreibens des Sekretariats vom 29. August 2012 auch [...].

28. Mit Schreiben vom 3. September 2012 wurde Care on Skin über die vorläufigen Ergebnisse des Verfahrens informiert und gebeten, bis zum 4. Oktober 2012 die vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen umzusetzen oder andere Vorkehrungen zu ergreifen, welche die kartellrechtlichen Bedenken ausräumen. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2012 reichte Care on Skin Belege für die umgesetzten Massnahmen ein. Care on Skin äusserte, dass sie aufgrund ihrer Grösse gar keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden treffen könne und das gesamte Verfahren sowie insbesondere gewisse Abklärungen nicht notwendig gewesen seien. Sie behielt sich zudem vor, nach Abschluss des Verfahrens eine angemessene Parteientschädigung zu verlangen, wobei eine Regelung analog der Einstellung des Strafverfahrens zu wählen sei.

29. Im Zeitraum vom 27. September 2012 bis 26. Oktober 2012 teilte das Sekretariat 14 Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Schweiz, drei Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in Frankreich, acht Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in Deutschland und einem Hersteller/Distributor in Spanien die in der Untersuchung identifizierten kartellrechtlichen Bedenken mit und empfahl diesen Unternehmen Massnahmen, um diese Bedenken zu beseitigen.

30. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 informierte das Sekretariat das deutsche Bundeskartellamt und die französische Autorité de la concurrence über die Schreiben an die Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten aus den entsprechenden Ländern. Am 25. Oktober 2012 wurde die spanische Comisión Nacional de la Competencia über das Schreiben an den Hersteller/Distributor mit Sitz in Spanien in Kenntnis gesetzt. Am 26. Oktober 2012 wurde das deutsche Bundeskartellamt schliesslich über ein weiteres Schreiben an Unternehmen in Deutschland informiert.

31. Nachdem die spanische Post mitgeteilt hatte, dass das Schreiben an den Hersteller/Distributor mit Sitz in Spanien nicht abgeholt worden sei, wurde der Brief am

26. November 2012 an die [...] Unternehmenszentrale gesandt.

32. Im Zeitraum vom 17. Oktober 2012 bis 7. Juni 2013 reichten alle angeschriebenen Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten Belege für die Umsetzung der vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen ein. Bei den meisten Unternehmen fand vorher ein iterativer Beratungsprozess mit dem Sekretariat statt, um Lösungen für die identifizierten Kartellrechtsprobleme zu finden. Einige Unternehmen überarbeiteten bei dieser Gelegenheit ihre (europäischen) Vertriebsverträge grundsätzlich, weshalb ihnen eine längere Frist zur Umsetzung der empfohlenen Massnahmen eingeräumt wurde.

33. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 nahm das Sekretariat Stellung zu den umgesetzten Massnahmen von Care on Skin. Das Sekretariat teilte Care on Skin mit, dass die vom Sekretariat vorgeschlagenen Massnahmen zur Beseitigung der geäusserten kartellrechtlichen Bedenken im Grundsatz umgesetzt wurden. Care on Skin kennzeichnet die Preislisten nun explizit als unverbindlich und die von ihr belieferten Händler wurden schriftlich auf diesen Umstand hingewiesen. Zudem wies Care on Skin die Händler darauf hin, dass diese einen eigenen Online-Shop mit eigener Preisgestaltung betreiben dürfen. Ferner stellt Care on Skin in ihrer Kooperationsvereinbarung klar, dass Querlieferungen zulässig sind und teilte dies den Händlern schriftlich mit. Schliesslich gab Care on Skin gegenüber dem Sekretariat eine Zusage ab, Parallelimporte weder direkt noch indirekt zu behindern. Schliesslich hielt das Sekretariat in diesem Schreiben fest, dass keine gesetzliche Grundlage für eine Parteientschädigung im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren existiere, womit kein Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden bestehe.

34. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 teilte das Sekretariat Dermalogica mit, dass es die angeregten Massnahmen als umgesetzt und die vorgeschlagenen Vertragsänderungen als vorgenommen erachtete, nachdem Dermalogica in ihren Verträgen präzisiert hatte, dass Exporte in die Schweiz zulässig sind und ihre Distributoren darüber informiert hatte.

35. Im Zeitraum vom 13. November 2012 bis 21. August 2013 bestätigte das Sekretariat den einzelnen Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten (zum Teil nach mehrmaligem Schriftenwechsel), dass infolge Umsetzung der empfohlenen Massnahmen keine kartellrechtlichen Bedenken mehr bestanden.

36. Da sämtliche kontaktierten Unternehmen ihre Vertriebsverträge und Preislisten auf Ersuchen des Sekretariats hin sinngemäss anpassten und ihre Vertriebspartner entsprechend informierten (vgl. oben, Rz 6), wurde entschieden, auf weitere aufwändige Marktabklärungen, welche notwendig gewesen wären, um die Frage nach der Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG abschliessend zu klären, zu verzichten und die Untersuchung nicht auf die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen auszudehnen.

37. Mit Schreiben vom 5. September 2013 wurde der Antrag des Sekretariats Care on Skin und Dermalogica zur Stellungnahme zugestellt. Zudem wurden Dermalogica

gica in einem Begleitschreiben die für Dermalogica wesentlichen Inhalte des Antrags in englischer Sprache mitgeteilt.

38. Mit E-Mail vom 17. September 2013 teilte Care on Skin mit, dass voraussichtlich auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichtet werde. Weiter thematisierte Care on Skin erneut den Ersatz von Parteikosten und ersuchte das Sekretariat um eine diesbezügliche Stellungnahme.

39. In der Folge ergänzte das Sekretariat den Antrag vom 5. September 2013 um Ausführungen bezüglich Parteikosten und unterbreitete Care on Skin den ergänzten Antrag am 20. September 2013 für eine allfällige Stellungnahme zu den Ergänzungen.

40. Mit Eingabe vom 20. September 2013 unterbreitete Dermalogica dem Sekretariat ihre Stellungnahme zum Antrag. Dermalogica hob in dieser Stellungnahme nochmals hervor, dass weder eine Absicht, Exporte in die Schweiz zu untersagen, noch eine entsprechende Vereinbarung bestanden habe. Man sei davon ausgegangen, dass die Schweiz Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums (nachfolgend: EWR) sei, was dadurch unterstrichen würde, dass man den Begriff „EWR“ auch im Vertrag mit Care on Skin verwendet habe. Eine wörtliche Auslegung von „EWR“ hätte zum Ergebnis geführt, dass es Care on Skin gleichzeitig erlaubt und verboten gewesen wäre, in der Schweiz tätig zu sein.

41. Am 29. September 2013 teilte Care on Skin mit, dass sie auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichte. Weiter ersuchte sie das Sekretariat um Bekanntgabe von Name und Adresse des Anzeigers, weil es ihr nicht zumutbar sei, weiterhin mit ihm zusammenzuarbeiten.

42. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 teilte das Sekretariat Care on Skin mit, dass diesem Ersuchen nicht stattgegeben werden kann und begründete dies folgendermassen. Die Behörde darf die Einsicht in die Akten u.a. verweigern bzw. einschränken, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone oder wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG⁸). Eine Einschränkung der Akteneinsicht muss auf einer Interessenabwägung im Einzelfall beruhen.⁹ Soweit anzeigende Personen wirtschaftliche Repressalien (z.B. Diskriminierungen oder Lieferverweigerungen) zu befürchten haben, ist die Wahrung ihrer Anonymität regelmässig höher einzuschätzen als das Interesse des Einsichtsbefugten, nicht nur den Inhalt der Information, sondern auch die Identität der anzeigenden Person zu kennen.¹⁰ Zudem ist auch das öffentliche Interesse der Wettbewerbsbehörden an der Geheimhaltung der Identität von anzeigenden Personen zu beachten, welches ebenfalls zu einer Einschränkung des Akteneinsichtsrechts und zur Anonymisierung der entsprechenden Informationsquellen führen kann.¹¹ Aufgrund einer Interessenabwägung im vorliegenden Fall konnte dem Ersuchen, Name und Adresse des Anzeigers bekannt zu geben, nicht entsprochen werden.

43. Am 21. Oktober 2013 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren.

44. Am 27. November 2013 eröffnete das Sekretariat die Verfügung gegenüber Care on Skin und Dermalogica. Zudem wurden Dermalogica in einem Begleitschreiben die für sie wesentlichen Inhalte der Verfügung in englischer Sprache mitgeteilt. Gleichzeitig wurden den Verfahrensadressatinnen das aktualisierte Aktenverzeichnis sowie die für den 28. November 2013 zur Publikation vorgesehene Medienmitteilung zugestellt.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

45. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sowohl Care on Skin als auch Dermalogica sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

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

47. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Die Frage, ob Care on Skin und Dermalogica solche Abreden getroffen haben und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (vgl. unten, Rz 54 ff.) erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich

48. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wird. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt (erheblich) auswirkt.¹²

⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁹ STEPHAN C. BRUNNER, in: VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 N 9; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 27 N 3.

¹⁰ STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 292 m.w.H.; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 N 67.

¹¹ STEFAN BILGER (Fn 10), 289; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER (Fn 9), Art. 27 N 23.

¹² Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 535 f.

49. Der Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin vom 1. Januar 2011 (nachfolgend: Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin) verpflichtete Care on Skin in Ziff. 4, Dermalogica-Produkte ausschliesslich im ihr zugewiesenen Vertragsgebiet zu vertreiben. Care on Skin wurde ausdrücklich verboten, Dermalogica-Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu verkaufen. In Ziff. 5 wurde Care on Skin zudem angewiesen, ihren Abnehmern ebenfalls ein entsprechendes Exportverbot aufzuerlegen.¹³ Das KG ist nicht anwendbar auf Abreden, welche den Wettbewerb lediglich auf Exportmärkten beschränken.¹⁴ Da sich die zwischen Dermalogica und Care on Skin vereinbarte Exportverbotsklausel respektive Exportverbotsüberbindungsklausel lediglich ausserhalb des Vertragsgebiets und somit ausserhalb der Schweiz auswirkten, ist das KG auf diese Vereinbarungen nicht anwendbar.

50. Wenn aber Dermalogica mittels Abreden mit ihren ausländischen Vertriebspartnern Exporte in die Schweiz verhindert respektive behindert, kann dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt Auswirkungen auf die Schweiz haben. Das Kartellgesetz ist auf diese Abreden folglich anwendbar. Ob Exporte in die Schweiz tatsächlich verhindert bzw. behindert wurden, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

51. Auswirkungen auf die Schweiz sind auch möglich, wenn Dermalogica und Care on Skin respektive Care on Skin und ihre Abnehmer Abreden über Mindest- oder Festpreise treffen oder wenn Dermalogica und Care on Skin sowie Care on Skin und ihre Abnehmer eine Behinderung des Online-Handels vereinbaren. Ob solche Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart wurden, wird ebenfalls Gegenstand der nachfolgenden Prüfung sein.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

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

53. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.3. Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietschutz, Preisempfehlungen und Wettbewerbsabreden über eine Behinderung des Online-Handels

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

B.3.1. Wettbewerbsabrede

55. Als Wettbewerbsabreden gelten erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

56. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen¹⁵ (vgl. Abschnitt B.3.1.1.) und b) eine Abrede, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. Abschnitt B.3.1.2.).

B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

57. Für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG spielt es keine Rolle, in welcher Form sich das bewusste und gewollte Zusammenwirken äussert.¹⁶ Als Formen von Wettbewerbsabreden kommen beispielsweise Verträge, Statuten, rechtlich nicht erzwingbare Abreden, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, Verbandsbeschlüsse oder Empfehlungen in Frage.¹⁷

58. Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer (erzwingbaren oder nicht erzwingbaren) ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt. Schwieriger wird es, wenn die Wettbewerbsabrede lediglich in Form einer konkludenten Vereinbarung getroffen wurde oder wenn sie sich sogar nur in einer abgestimmten Verhaltensweise der Unternehmungen äussert. Diesfalls muss der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mittels Indizien erbracht werden.¹⁸

59. Sowohl in den Verträgen zwischen Dermalogica und ihren Distributoren, darunter auch Care on Skin, als auch in den Vereinbarungen zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern fanden sich verschiedene kartellrechtlich möglicherweise problematische Klauseln. Zudem gibt Care on Skin ihren Abnehmern Preisempfehlungen ab, welche diese mehrheitlich einhalten.

¹³ Im Nachtrag vom 9.11.2011 respektive 11.11.2011 zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin wurden die Ziff. 4 und 5 geändert. In der neuen Ziff. 4 verpflichtet Care on Skin sich, die Dermalogica-Produkte aktiv nur im Vertragsgebiet zu vertreiben und – abgesehen von Passivverkäufen – nicht zu exportieren. Absolut verboten ist der Export von Dermalogica-Produkten in Gebiete ausserhalb des EWR. Ziff. 5 sieht neu vor, dass Care on Skin ihren Abnehmern verbieten muss, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR und aktiv in Gebieten ausserhalb des Vertragsgebiets zu vertreiben.

¹⁴ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 56 m.w.H.

¹⁵ Botschaft KG 1994 (Fn 12), 545.

¹⁶ Statt vieler: MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 1 N 22.

¹⁷ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum KG, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 Abs. 1 N 5.

¹⁸ Zum Ganzen THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 82.

60. Die identifizierten Klauseln und die Preisempfehlungen von Care on Skin an ihre Abnehmer werden nachfolgend – unterteilt in die Kategorien absoluter Gebietschutz, Preisempfehlungen und Behinderung des Online-Handels – aufgeführt und es wird geprüft, ob sie ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken darstellen.

B.3.1.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

61. Die Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren ausländischen Abnehmern (nachfolgend: Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) enthalten eine Klausel, die es den letztgenannten untersagt, Dermalogica-Produkte in Gebiete ausserhalb des EWR zu exportieren. Ebenso umfassen die Verträge eine Klausel, welche die Abnehmer verpflichtet, ihren Kunden ein entsprechendes Exportverbot aufzuerlegen. Zur Illustration werden die Klauseln aus dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1. Januar 2006 zitiert:

„4. [...]“

„5. [...]“

Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz¹⁹ vergleichbare Verträge.

62. Im November 2012 änderte Dermalogica die vorgängig zitierten Klauseln. Neu sehen die Verträge vor, dass Exporte in Länder untersagt sind, die nicht zum EWR gehören und nicht Beitrittskandidat der EU oder die Schweiz sind. Dieses modifizierte Exportverbot haben die Distributoren ihren Abnehmern zu überbinden. Zudem informierte Dermalogica ihre Distributoren über die geografische Anpassung des Exportverbots.

63. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG ist, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.²⁰ Konzernunternehmungen sind zwar rechtlich selbständig, wirtschaftlich jedoch von der Muttergesellschaft abhängig.²¹ Dies hat zur Folge, dass zwischen Konzernunternehmungen keine kartellrechtlich relevanten Abreden getroffen werden können (sog. Konzernprivileg).²² Das Konzernprivileg verhindert jedoch nicht, dass eine Abrede zwischen einer Konzerngesellschaft und einer unabhängigen Drittunternehmung kartellrechtlich relevant sein kann.²³ Gemäss der Praxis der Europäischen Kommission können solche kartellrechtlich relevante Vereinbarungen zwischen einer Konzerngesellschaft und einem unabhängigen Drittunternehmen auch auf einer konzerninternen Vereinbarung beruhen, die vom Konzernprivileg profitiert. In der Entscheidung Kodak hatte die Europäische Kommission eine zwischen der Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften vereinbarte Klausel betreffend ein Exportverbot zu beurteilen²⁴ und kam zum Schluss, dass diese Klausel eine kartellrechtlich relevante Abrede darstellte.²⁵ Begründet wurde dies damit, dass die zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften vereinbarte Klausel notwendigerweise in die Verträge zwischen den Tochtergesellschaften und unabhängigen Drittunternehmen aufzunehmen war.²⁶ Diese Rechtsprechung wurde von der Lehre übernommen.²⁷ In solchen Fällen führt der Inhalt der Vereinbarung zwischen zwei Konzerngesellschaften zum Schluss, dass das in Frage stehende Vertriebssystem dem Kartellgesetz zu unter-

stellen ist, weil die Auslegung der Vertragsklauseln keinen Zweifel offen lässt, dass die Konzerngesellschaften die Klauseln, sei es durch Distributionsverträge oder andere Massnahmen, umsetzen werden. Sofern also Vereinbarungen zwischen Konzerngesellschaften ein Vertriebssystem aufstellen, das seine Wirkungen ausserhalb des Konzerns entfaltet, ist davon auszugehen, dass eine kartellrechtlich relevante Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.²⁸

64. Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet den Distributor, Dermalogica-Produkte nicht in Gebiete, die nicht zum EWR gehören, zu exportieren (Exportverbot). Soweit diese Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften²⁹ getroffen wurde, wirkt sie nur konzernintern und ist vom Konzernprivileg gedeckt. Die Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften betreffend das in Ziff. 4 statuierte Exportverbot ist somit kartellrechtlich nicht relevant. Es bleibt in Bezug auf die Fälle, in welchen sich Ziff. 4 in einem Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern findet, zu prüfen, ob eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

65. In Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet sich der Distributor zudem, das Exportverbot auch seinen Abnehmern (Kosmetikinstituten) zu überbinden (Überbindung Exportverbot). Bei den Kosmetikinstituten handelt es sich in der Regel um unabhängige Unternehmungen. Die Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften, dass die letztgenannten ihren unabhängigen Abnehmern ein Exportverbot auferlegen, hat demzufolge Auswirkungen ausserhalb des Konzerns. Ziff. 5 stellt somit möglicherweise eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, und zwar unabhängig davon, ob diese zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften oder zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurde.

¹⁹ In Deutschland und im Vereinigten Königreich ist Dermalogica mit einer Tochtergesellschaft vertreten. In Frankreich und Monaco, Belgien, den Niederlanden, Kroatien, Tschechien und der Slowakei, Dänemark, Finnland, Griechenland, Norwegen, Malta, Polen, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden und der Türkei arbeitet Dermalogica mit unabhängigen Distributionspartnern zusammen. In Italien wird Dermalogica derzeit nicht offiziell vertrieben.

²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 81.

²¹ Art. 963 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

²² VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 2 N 31 m.w.H.

²³ MARTENET/KILLIAS (Fn 22), Art. 2 N 31.

²⁴ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 1, *Kodak*.

²⁵ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 15, *Kodak*.

²⁶ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 14, *Kodak*.

²⁷ RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl. 2012, 95.

²⁸ Zum Ganzen Verfügung der WEKO vom 27.5.2013 i.S. *Marché du livre écrit en français*, Rz 134 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter < <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

²⁹ Vgl. Fn 19.

66. Dermalogica führt aus, dass unter dem Begriff „EWR“ sowohl die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (nachfolgend: EU) als auch jene der Europäischen Freihandelsassoziation (nachfolgend: EFTA) verstanden würden, womit der Begriff „EWR“ auch die Schweiz umfasse. Weiter legt Dermalogica dar, dass der Begriff „EWR“ auch im Nachtrag vom 9. respektive 11. November 2011 zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin (nachfolgend: Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin) zu finden sei. In diesem Vertrag würde der Begriff „EWR“ keinen Sinn ergeben, würde er nicht auch die Schweiz umfassen. Mit E-Mail vom 6. April 2012 erinnerte Dermalogica ihre europäischen Abnehmer (Tochtergesellschaften und unabhängige Vertriebspartner) schliesslich daran, dass mit dem Begriff „EWR“ sowohl die Mitgliedstaaten der EU als auch der EFTA, wozu auch die Schweiz gehöre, gemeint seien.

67. Dermalogica bringt also vor, dass der Vertragstext und der Vertragswille nicht übereinstimmen würden. Demgegenüber bestreitet Dermalogica nicht, dass Verträge mit ihren Tochtergesellschaften und unabhängigen ausländischen Distributoren zustande gekommen sind. Mit anderen Worten dementiert Dermalogica nicht, dass Verträge bestehen, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass diese keine Exportverbote in die Schweiz respektive keine Überbindung der Exportverbote in die Schweiz enthalten würden. Dieser Argumentation kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

68. Der Wortlaut der Klauseln betreffend das Exportverbot in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) respektive die Überbindung des Exportverbots in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) ist klar und unzweideutig. Ein vernünftiger europäischer Distributor versteht den Begriff „EWR“ dahingehend, dass die Schweiz nicht darunter fällt. Aus der Argumentation, dass der Begriff „EWR“ auch im Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin zu finden sei, kann Dermalogica nichts ableiten. Der Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin wurde erst nach der Eröffnung der Untersuchung unterzeichnet. Weiter zeigt die Tatsache, dass Dermalogica ihre europäischen Abnehmer (Tochtergesellschaften und unabhängige ausländische Vertriebspartner) nach der Eröffnung der Untersuchung daran erinnert hat, dass auch die Schweiz unter den Begriff „EWR“ falle, dass Dermalogicas Verständnis des Begriffs „EWR“ nicht selbsterklärend und allgemeingültig ist. Die zitierten Klauseln (vgl. oben, Rz 61) sind folglich wörtlich zu verstehen. Schliesslich fehlen Hinweise (wie beispielsweise Protokolle, Besprechungsnotizen oder Korrespondenz), welche auf eine Ausserkraftsetzung der Verträge schliessen lassen.

69. Zwischen Dermalogica und den unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern liegen folglich ausdrückliche Vereinbarungen bezüglich Exportverbote in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) sowie deren Überbindung auf Abnehmer (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) vor. Diese sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Ebenso ist das Vertriebssys-

tem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu werten.

B.3.1.1.2. Preisempfehlungen

B.3.1.1.2.1. Allgemeines

70. Es liegen keine Hinweise vor, dass zwischen Dermalogica und Care on Skin respektive Care on Skin und ihren Abnehmern ausdrückliche oder konkludente Vereinbarungen über Mindest- oder Festpreise vorliegen.

71. Care on Skin gibt ihren Abnehmern aber Listen ab, welche die zum Verkauf vorgesehenen Produkte auflisten und den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer angeben. Im Rahmen der Parteieinvernahme gab Care on Skin an, dass sie ihren Abnehmern „Richtpreise mit einer Marge von [...] %“ herausgebe. Care on Skin gibt ihren Abnehmern folglich Richtpreise respektive Preisempfehlungen vor.

72. Ziff. 15 Abs. 3 VertBek definiert Kriterien, welche Anlass geben können, dass die Wettbewerbsbehörden Preisempfehlungen aufgreifen. Es handelt sich dabei um eine nicht abschliessende Liste möglicher Aufgreifkriterien.³⁰ In chronologischer Hinsicht geht die Prüfung der Aufgreifkriterien der Abklärung des Abredetatbestands von Art. 4 Abs. 1 KG vor.³¹

B.3.1.1.2.2. Aufgreifkriterien für Preisempfehlungen

73. Nach Ziff. 15 Abs. 3 VertBek können insbesondere folgende Umstände Anlass geben, Preisempfehlungen zu untersuchen:

- a) der Umstand, dass Preisempfehlungen nicht in allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- c) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- d) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Händler befolgt werden.

74. Nachfolgend wird anhand der genannten Aufgreifkriterien geprüft, ob die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, einer näheren Prüfung zu unterziehen sind.

³⁰ ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, in: Jusletter vom 23.8.2010, Rz 16.

³¹ RPW 2011/3, 365 Rz 13, *Festool*.

Abgabe der Preisempfehlungen

75. Care on Skin gibt an, dass die Preisliste allgemein zugänglich sei; dies gelte erst recht, seit der Webshop online sei. Von 33 befragten Kosmetikinstituten gaben zehn an, dass ihre Kunden Zugang zur Preisliste von Care on Skin hätten, während 16 verneinten, dass die Preisliste ihren Kunden zugänglich sei.³² In drei Kosmetikinstituten ist die Preisliste teilweise zugänglich, sei es, dass sie auf Wunsch des Kunden vorgelegt oder mündlich darüber Auskunft erteilt wird. Vier Kosmetikinstitute machten keine Angaben zur Frage, ob die Kunden Zugang zur Preisliste haben.

76. Im von Care on Skin betriebenen Webshop werden alle Produkte mit Preis aufgelistet, doch ist nirgends ersichtlich, dass die angegebenen Preise mit den von Care on Skin an die Kosmetikinstitute herausgegebenen Preisempfehlungen übereinstimmen.³³ Aufgrund der Tatsache, dass Care on Skin im Webshop alle Produkte mit Preis auflistet, kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die Preisempfehlungen in allgemeiner Weise zugänglich sind. Auch den Antworten der Kosmetikinstitute lässt sich nicht entnehmen, dass die Kunden generell Zugang zu den Preisempfehlungen haben.

Bezeichnung der Preisempfehlungen

77. Care on Skin gibt ihren Abnehmern Listen ab, welche die zum Verkauf vorgesehenen Produkte auflisten und den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer angeben. Das Bestellformular von Care on Skin gibt zudem für jedes für den Verkauf bestimmte Produkt einerseits den Einstandspreis exkl. Mehrwertsteuer und andererseits den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer an. Weder die Preisliste noch das Bestellformular enthielten einen Hinweis darauf, dass es sich bei den angegebenen Verkaufspreisen lediglich um Richtpreise/Empfehlungen handelt oder die genannten Verkaufspreise unverbindlich sind. Das Aufgreifkriterium der fehlenden Bezeichnung der Unverbindlichkeit (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. b VertBek) ist somit erfüllt.

78. Im Herbst 2012 versah Care on Skin ihre Preisliste mit dem Hinweis, dass es sich bei den angegebenen Preisen um unverbindliche Preisempfehlungen handelt und wies ihre Abnehmer mittels eines Rundschreibens auf diesen Umstand hin.

Befolgungsgrad

79. Die Auswertung der 33 Fragebogen, welche an Abnehmer von Care on Skin versendet wurden, ergab, dass sich 28³⁴ Kosmetikinstitute grundsätzlich an die Preisliste halten (vgl. dazu auch unten, Rz 177). Drei Kosmetikinstitute gaben an, dass sie sich nicht an die Preisliste halten würden. Zwei Kosmetikinstitute machten keine Angaben zur Frage, ob sie sich an die Preisliste halten würden. Folglich legen rund 90 % der Kosmetikinstitute ihre Verkaufspreise in Übereinstimmung mit den Preisempfehlungen fest, während nur ca. 10 % der Kosmetikinstitute ihre Preise unabhängig von den empfohlenen Preisen bestimmen.

80. Care on Skin argumentiert, dass sie die Preislisten ihren Abnehmern als Dienstleistung und zur Information weitergegeben habe. Den Abnehmern habe es immer frei gestanden, die Produkte zu höheren oder tieferen

Preisen zu verkaufen. Care on Skin gesteht aber selber ein, dass dies kaum der gelebten Realität entsprochen hat. So sagte Care on Skin im Rahmen der Parteieinvernahme gemäss Art. 42 Abs. 1 KG: „*Generell haben sie freiwillig die gleichen Preise. Gewisse Kosmetikerinnen sind etwas teurer. Niemand ist meines Wissens günstiger als der Richtpreis.*“

81. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Preisempfehlungen von Care on Skin von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten werden.

Preisniveau

82. Die Konsumentenpreise von Dermalogica-Produkten sind im Ausland basierend auf einem durch das Sekretariat durchgeführten Preisvergleich durchschnittlich rund 10 % tiefer als in der Schweiz (vgl. unten, Rz 190 f.).

83. Aufgrund der offenen Formulierung des Kriteriums in Ziff. 15 Abs. 3 Bst. c VertBek und der fehlenden Praxis hierzu ist unklar, ob bei einem Preisunterschied von 10 % zwischen der Schweiz und Ausland bei den von der Preisempfehlung betroffenen Produkten davon gesprochen werden kann, dass das Preisniveau in der Schweiz bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland. Die Frage kann allerdings offen gelassen werden, da eine Gesamtschau der Elemente von Ziff. 15 Abs. 3 VertBek ergibt, dass die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, einer näheren Prüfung zu unterziehen sind.

Fazit

84. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass die in Ziff. 15 Abs. 3 VertBek genannten Aufgreifkriterien für die Preislisten von Care on Skin erfüllt sind.

B.3.1.1.2.3. Abgestimmte Verhaltensweise in Bezug auf Preisempfehlungen

Generelles

85. Preisempfehlungen sind einseitige Anweisungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, die beispielsweise von Verbänden an ihre Mitglieder oder von Herstellern an

³² Die Preisliste wurde als nicht allgemein zugänglich qualifiziert, wenn die Kosmetikinstitute antworteten, dass die Kunden keinen Zugang zur Preisliste hätten. Ebenfalls als nicht zugänglich wurde eine Preisliste eingestuft, wenn die Kosmetikinstitute eigene Preislisten erstellen oder die Preise auf den Produkten anschreiben, da hier nicht ersichtlich wird, ob es sich um eigene Preise oder Preisempfehlungen handelt. Schliesslich wurde zu dieser Kategorie auch die Antwort gezählt, dass die Preisempfehlungen bei Aktionen auf Flyern stehen würden, da Aktionen in der Regel punktuell sind und nicht das gesamte Sortiment betreffen.

³³ <<http://shop.dermalogica.ch/>> (15.4.2013).

³⁴ Es wurden alle Kosmetikinstitute gezählt, die angaben, dass sie die Preisempfehlungen in der Regel/mehr oder weniger einhalten, Rabattenbeträge auf Frankenbeträge auf-/abrunden etc.

ihre Händler abgegeben werden.³⁵ Unilateral herausgegebene Preisempfehlungen stellen in vielen Fällen eine einseitige Verhaltensweise dar und erfüllen somit das Tatbestandsmerkmal der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Regel nicht.³⁶ Beim Vorliegen einer minimalen Willensübereinstimmung zwischen dem Herausgeber und dem Empfänger der Preisempfehlungen können diese jedoch eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.³⁷ Es bleibt folglich zu prüfen, ob die von Care on Skin gegenüber ihren Abnehmern bekannt gegebenen Preislisten die Qualifikation von abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erreichen.

86. Die Frage, unter welchen Umständen eine Empfehlung den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, ist in der Lehre und der Praxis umstritten.

87. Nach einer Lehrmeinung³⁸ sind Empfehlungen dann unter den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren, wenn sie von den Empfängern tatsächlich befolgt werden und dadurch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken indiziert wird. Wird die Empfehlung nicht befolgt, fehlt es am Tatbestandelement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Gemäss dieser Lehrmeinung genügt es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede – entgegen des Wortlauts des Gesetzes – nicht, dass die Empfehlung zwar eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, von den Empfängern jedoch nicht befolgt wird.

88. Eine andere Lehrmeinung differenziert nach horizontalen und vertikalen Preisempfehlungen. Nach dieser Lehrmeinung³⁹ kann bei vertikalen Preisempfehlungen nur dann von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden, wenn die Händler in der Preisgestaltung nicht frei sind, weil der Hersteller beispielsweise (aus eigenem Antrieb oder auf Druck anderer Händler hin) Zwang ausübt oder Anreize für die Einhaltung der Preisempfehlung setzt und die Händler (infolgedessen) die Preise gemäss der Preisempfehlung festsetzen.

89. Gemäss der Praxis der WEKO können bei der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise neben dem Befolungsgrad zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die einzigen. Von Bedeutung ist insbesondere auch die Interessenlage der Empfehlungsempfänger.⁴⁰

90. Gemäss der europäischen Regelung stellen Preisempfehlungen schliesslich dann eine Kernbeschränkung (sog. schwarze Klausel) dar und sind somit ohne Möglichkeit der Gruppenfreistellung vom Kartellverbot gemäss Art. 101 AEUV⁴¹ erfasst, sofern sich die Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Art. 4 Bst. a Vertikal-GVO⁴²).⁴³

91. In Anbetracht des oben Ausgeführten ist zusammenfassend festzuhalten, dass ein hoher Befolungsgrad einer vertikalen Preisempfehlung eine abgestimmte Verhaltensweise indiziert. Neben dem Befolungsgrad kön-

nen zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, die darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist.

Befolungsgrad

92. Die Preisempfehlungen von Care on Skin werden von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten (vgl. oben, Rz 79 ff.).

93. Im vorliegenden Fall kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) offen gelassen werden, ob die Preisempfehlungen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Aus diesem Grund wird nicht dargelegt, wie hoch der Befolungsgrad sein muss, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise gesprochen werden kann.⁴⁴

Zusätzliche Elemente

94. Care on Skin gab im Rahmen der Parteieinvernahme an, dass sie nicht beeinflussen könne, ob ihre Abnehmer die Produkte zu Preisen über oder unter den Richtpreisen verkaufen würden. In den Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats betonte Care on Skin erneut, dass es den Abnehmern immer frei gestanden habe, die Produkte zu höheren oder tieferen Preisen zu verkaufen.

³⁵ Vgl. SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 14.

³⁶ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 87; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 512.

³⁷ Botschaft KG 1994 (Fn 12), 545; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 515.

³⁸ JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl. 2011, Art. 4 Abs. 1 N 11, der lediglich horizontale Preisempfehlungen anspricht; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 15 f.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 120; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 4 N 36 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N 375.

³⁹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 16), Art. 4 Abs. 1 N 56; AMSTUTZ/REINERT (Fn 36), 91; GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859–876, 864.

⁴⁰ Zum Ganzen RPW 2010/4, 661 Rz 106, 665 ff. Rz 134 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*. Anzumerken bleibt, dass dieser Entscheidung noch unter der alten Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (aVertBek) erging (RPW 2007/4, 675 ff.).

⁴¹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008 S. 47 ff. (nachfolgend: AEUV).

⁴² Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO), ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1.

⁴³ Vgl. hierzu CHRISTIAN BAHR, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl. 2010, Anhang zu §§ 1 und 2 GWB / Vertikale Fallgruppen, 336 Rz 283; REINHARD ELLGER, in: Wettbewerbsrecht, Band 1, EU / Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 4 Vertikal-GVO, 1096 Rz 24; STEFFEN NOLTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl. 2010, Art. 81 Fallgruppen – Vertikale Kooperationsformen, 350 ff. Rz 509 ff.; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht Band 1, EU / Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV – Beispiele, Fallgruppen, 277 f. Rz 277.

⁴⁴ SCHMIDHAUSER (Fn 38), Art. 4 N 42.

95. Diese Aussage deckt sich mit den Antworten der Kosmetikinstitute. Die Frage des Sekretariats, ob die Einhaltung der Preisliste mit finanziellen Vorteilen verbunden sei, verneinten 27 Kosmetikinstitute, sechs Kosmetikinstitute beantworteten die Frage nicht. Auf die Frage, ob Nachteile drohten, falls die Preisliste nicht eingehalten werde, gaben 21 Kosmetikinstitute an, dass keine Nachteile drohten. Vier konnten keine Angabe machen mit der Begründung, dass sie sich an die Preisliste halten würden. Sieben liessen die Frage offen und eines hielt fest, dass Nachteile drohen würden, was auch richtig sei. Auf Nachfrage ergänzte das betreffende Kosmetikinstitut, dass es die Produkte gemäss Kooperationsvereinbarung nicht teurer verkaufen dürfe als auf der Preisliste angegeben. Bei Nichteinhaltung der Preisliste könne das Produkt entzogen werden. Diese Einschätzung beruhe auf der ihm mündlich zugegangenen Information, wonach ein Kosmetikinstitut die Produkte 25 % teurer als auf der Preisliste angegeben verkauft habe, was zur Folge gehabt habe, dass das entsprechende Kosmetikinstitut nicht mehr beliefert worden sei. Das Kosmetikinstitut selber habe aber nie Druck seitens von Care on Skin in Bezug auf die Einhaltung der Preisliste erfahren. Das besagte Kosmetikinstitut lieferte folglich keine substantiierten Anhaltspunkte, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen mittels der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen zu erreichen versucht wurde.

96. Aus dem Fragebogen von Care on Skin geht jedoch hervor, dass Care on Skin die aus eigener Initiative erstellte Preisliste an ihre Abnehmer abgegeben hat, weil sich diese eine Orientierungshilfe bei der Preissetzung gewünscht hätten. Bei Empfehlungen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.⁴⁵

97. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben zudem ergeben, dass Kosmetikinstitute die Preisempfehlungen von Care on Skin vor der Anpassung der Preislisten und dem Rundschreiben von Care on Skin (vgl. oben, Rz 78) häufig als verbindlich erachteten. So gaben 15 Kosmetikinstitute an, die Preisempfehlungen von Care on Skin seien verbindlich, elf Kosmetikinstitute verneinten die Frage (vgl. unten, Rz 178).⁴⁶

98. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen von Care on Skin (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) wird die Frage, ob in casu zusätzliche Elemente vorliegen, offen gelassen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass Care on Skin ihre Abnehmer (Kosmetikinstitute) auf Empfehlung des Sekretariats hin schriftlich darauf aufmerksam machte, dass die Preisempfehlungen unverbindlich sind, und sämtliche Preislisten entsprechend überarbeitet hat.

Fazit

99. Die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, werden von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten. Ein hoher Befolgungsgrad von Preisempfehlungen deutet auf eine abgestimmte Verhaltensweise hin. Es wurden keine Anhaltspunkte gefunden, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen von Care on Skin mit Druck, Anreizen oder anderen zusätzlichen Elementen⁴⁷ verbunden ist.

Die Abgabe der Preisempfehlungen ist hingegen zumindest auch im Interesse der Kosmetikinstitute.

100. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), wird im vorliegenden Fall offen gelassen, ob die Preisempfehlungen als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.3.1.1.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels

101. Der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin enthielt in Bezug auf Online-Verkäufe folgende Bestimmung:

„34. [Verbot des Online-Handels]“

102. Das oben zitierte Verbot des Online-Handels galt zumindest vom Abschluss des Vertriebsvertrags Dermalogica-Care on Skin am 1. Januar 2011 bis zum Abschluss des Nachtrags zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin am 9. respektive 11. November 2011. Die Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren ausländischen Vertriebspartnern⁴⁸ enthalten hingegen keine Klausel, die den Online-Handel behindern würde.

103. Die Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern (nachfolgend: alte Kooperationsvereinbarung), welche am 9. November 2011 durch eine überarbeitete Version (nachfolgend: neue Kooperationsvereinbarung) ersetzt wurde, untersagte es den Abnehmern ausdrücklich, Dermalogica-Produkte über das Internet zu verkaufen. Die alte Kooperationsvereinbarung mit dem Verbot des Online-Handels galt mindestens im Zeitraum vom Herbst 2006 bis zur Einführung der neuen Kooperationsvereinbarung am 9. November 2011. In der neuen Kooperationsvereinbarung wurde das Verbot von Online-Verkäufen gestrichen.

104. Dermalogica gab im Fragebogen an, dass es sich beim Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin um ein administratives Versehen handle. Man habe nie die Absicht gehabt, ein Verbot des Online-Handels einzuführen respektive durchzusetzen. Als man den Fehler entdeckt habe, sei er sofort korrigiert worden. Am 9. November 2011 unterzeichnete Dermalogica und zwei Tage später Care on Skin den Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin, welcher rückwirkend auf den 1. Mai 2011 in Kraft treten sollte. In diesem Nachtrag wurde u.a. das Verbot des Online-Handels aufgehoben.

⁴⁵ RPW 2010/4, 665 Rz 135, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁴⁶ Sieben Kosmetikinstitute gaben keine (verwertbaren) Antworten auf die Frage, ob die Preisempfehlungen von Care on Skin verbindlich sind.

⁴⁷ RPW 2010/4, 663 ff. Rz 123 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁴⁸ Die Aussage basiert auf dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1.1.2006. Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz vergleichbare Verträge.

105. Care on Skin bringt in ihrer Stellungnahme zur Untersuchungseröffnung vom 2. Dezember 2011 vor, dass die Verbote des Online-Handels in den Vertriebsverträgen für Dermalogica-Produkte weder im europäischen Ausland noch in den USA oder der Schweiz als solches verstanden worden sei.

106. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede spielen diese Vorbringen keine Rolle. Dermalogica und Care on Skin bringen nicht vor, dass die Vertriebsverträge nicht rechtmässig zustande gekommen seien. Ebenso fehlen Hinweise (wie beispielsweise Protokolle, Besprechungsnotizen, Korrespondenz), welche auf eine Ausserkraftsetzung der Verträge schliessen liessen.

107. Infolgedessen bestanden sowohl zwischen Dermalogica und Care on Skin als auch zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern ausdrückliche Vereinbarungen, welche ein Verbot des Online-Handels vorsahen und als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen sind.

B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

108. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich entnehmen, dass nicht beide Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein müssen. Erforderlich ist allerdings, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf die Wettbewerbsabrede zurückführen lässt.⁴⁹

109. Auch wenn Art. 4 Abs. 1 KG von „bezwecken“ spricht, ist die schwer nachweisbare subjektive Absicht der Abredeteiligen nicht relevant. Vielmehr genügt es für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen (objektiver Zweckbegriff). Eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist hingegen nicht notwendig.⁵⁰

110. Eine Abrede bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn im Markt eine Wirkung nachgewiesen werden kann, die auf ein koordinierendes Verhalten unter den beteiligten Unternehmen zurückzuführen ist.⁵¹

B.3.1.2.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

111. Die Gebietsabreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren, welche vorsahen, dass Dermalogica-Produkte nicht in Gebiete ausserhalb des EWR exportiert werden dürfen (vgl. oben, Rz 61 ff.), waren objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und somit den Wettbewerb zu beschränken. Ebenso war das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.) objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und hiermit den Wettbewerb zu beschränken. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die besagten Abreden zumindest eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten.

B.3.1.2.2. Preisempfehlungen

112. Im vorliegenden Fall kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeschränkung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), offen gelassen werden, ob diese Preisempfehlungen eine Beschränkung des Intra-brand-Preiswettbewerbs bezwecken oder bewirken.

B.3.1.2.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels

113. Ein generelles Verbot, Produkte über das Internet zu verkaufen, ist grundsätzlich und objektiv geeignet, das Preisniveau und demzufolge (indirekt) den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinträchtigen, da eine derartige Massnahme dazu führen kann, einen (preis-)kompetitiven Vertriebskanal auszuschalten.⁵² Sowohl der Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin als auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern sahen vor, dass Dermalogica-Produkte nicht online verkauft werden durften. Aus dem Gesagten folgt, dass die entsprechenden Vertragsklauseln objektiv geeignet waren, den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinträchtigen und somit eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Auch die Vertragsklauseln betreffend eine Beschränkung des Online-Handels bezweckten demnach eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.1.2.4. Fazit

114. Die WEKO stellt folgende Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG fest:

- Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
- Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
- Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin sowie zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern betreffend Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 ff.).

115. Ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, den Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen, wird mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung dieser Preisempfehlungen (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) offen gelassen.

⁴⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 68 m.w.N.

⁵⁰ Zum Ganzen SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 24; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 69 ff.; BRUNO SCHMIDHAUSER (Fn 38), Art. 4 N 28.

⁵¹ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 25; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 75.

⁵² RPW 2011/3, 379 Rz 55 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

116. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

117. Vorliegend kommen Gebietsabreden, Abreden über Preisempfehlungen, die Preisabreden darstellen, und über eine Behinderung des Online-Handels in Frage, weshalb nachfolgend die Tatbestandselemente der entsprechenden Abreden geprüft werden.

B.3.2.1. Vorliegen von Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG

118. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz).

B.3.2.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

B.3.2.1.1.1. Vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten

119. Zunächst setzt absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten voraus.

Vertikale Abrede

120. Für die Definition der Wettbewerbsabrede wird nach oben verwiesen (vgl. Rz 55 ff.). Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten Abreden von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

121. Das Vertriebssystem von Dermalogica in Europa ist so aufgebaut, dass Dermalogica in jedem Land einen Distributor einsetzt, der die Produkte innerhalb des Landes über ein selektives Vertriebssystem vertreibt. In Deutschland und im Vereinigten Königreich ist Dermalogica mit einer Tochtergesellschaft vertreten, in Frankreich und Monaco, Belgien, den Niederlanden, Kroatien, Tschechien und der Slowakei, Dänemark, Finnland, Griechenland, Norwegen, Malta, Polen, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden und der Türkei vertreiben unabhängige Generalimporteure die Produkte (vgl. Fn 19).

122. Die Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 (vgl. oben, Rz 61) sind Teil der Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren. Die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer im Sinne von Ziff. 5 finden sich einerseits in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern und andererseits in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften. Die dem Kartellgesetz unterstehenden Vertragsklauseln (vgl. oben,

Rz 63 und 65) finden sich somit in Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren respektive Tochtergesellschaften, womit es sich um Abreden zwischen einem herstellenden Unternehmen und seinen Abnehmern handelt. Diese Abreden werden folglich zwischen Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. oben, Rz 45) verschiedener Marktstufen im Sinne von Ziff. 1 VertBek getroffen.

123. Mit den Exportverbotsklauseln (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) und den Klauseln betreffend die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) wird geregelt, in welche Länder die Abnehmer von Dermalogica respektive die Kunden der Abnehmer die Produkte verkaufen respektive eben nicht verkaufen dürfen. Die Vertragsklauseln betreffen folglich die Geschäftsbedingungen über den Verkauf oder Weiterverkauf der Vertragsware gemäss Ziff. 1 VertBek.

124. Das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) stellt somit eine vertikale Abrede dar. Zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen, ausländischen Distributoren bestehen vertikale Abreden sowohl in Bezug auf Exportverbote (Ziff. 4) als auch auf eine Überbindung der Exportverbote (Ziff. 5).

Zuweisung von Gebieten

125. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art von geografischer Aufteilung von Absatzgebieten.⁵³ Die Bildung von geografischen Verkaufsgebieten muss kausal auf eine Zuweisung des Herstellers zurückzuführen sein.⁵⁴ Art. 5 Abs. 4 KG erfasst aber sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).

126. Mit den Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verbietet Dermalogica ihren unabhängigen, ausländischen Vertriebspartnern Lieferungen von Dermalogica-Produkten an Abnehmer ausserhalb des EWR. Sie weist ihren ausländischen Vertriebspartnern somit das Verkaufsgebiet des EWR zu und schliesst sie u.a. vom Verkauf in die Schweiz aus, welche sie Care on Skin zugewiesen hat. Mittels Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer weist Dermalogica ihre Tochtergesellschaften und ihre unabhängigen ausländischen Vertriebspartner an, das Exportverbot in Gebiete ausserhalb des EWR ihren Abnehmern zu überbinden. Auch die Abnehmer der Tochtergesellschaften und der unabhängigen ausländischen Distributoren sollen ihre Verkaufsaktivitäten folglich auf das Gebiet des EWR beschränken und die Ware u.a. nicht in die Schweiz exportieren, womit Gebiete zugewiesen werden.

⁵³ Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 528.

⁵⁴ KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 530.

Vertriebsvertrag

127. Der Begriff Vertriebsvertrag wird extensiv ausgelegt. Es fallen einerseits jegliche Vertriebsverträge darunter, unabhängig davon, ob der Vertrieb selektiv oder exklusiv organisiert ist. Andererseits sind auch Vertriebsklauseln darunter zu subsumieren, die Bestandteil eines umfassenderen Vertrags sind (z.B. eines Franchise- oder Lizenzvertrags).⁵⁵

128. Dermalogica bezeichnet den Vertrag zwischen sich und ihren ausländischen Distributoren selbst ausdrücklich als Vertriebsvertrag.

Fazit

129. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei Ziff. 4 und 5 der Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern um vertikale Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten handelt. Das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) ist ebenfalls als vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten zu qualifizieren.

B.3.2.1.1.2. Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner

130. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz).

Ausschluss von Verkäufen

131. Im Vordergrund des Tatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG steht der Ausschluss von passiven Verkäufen (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek). Unter passivem Verkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 3 VertBek).

132. Die besagte Exportverbotsklausel gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer (vgl. oben, Rz 61) untersagt es den unabhängigen ausländischen Distributoren, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR zu vertreiben. Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet die unabhängigen ausländischen Vertriebspartner und die Tochtergesellschaften, ihren Abnehmern zu untersagen, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR zu vertreiben. Folglich werden sowohl aktive als auch passive Verkäufe an Kunden in der Schweiz untersagt.

Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner

133. Art. 5 Abs. 4 KG setzt weiter einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt. Im Falle eines exklusiven Vertriebssystems muss es sich um einen Händler handeln, dem der Hersteller ein eigenes Verkaufsgebiet zugewiesen hat. Gebietsfremd ist der Vertriebspartner, wenn ihm ein Gebiet ausserhalb des fraglichen Markts zugewiesen wurde.⁵⁶

134. Die Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer (vgl. oben, Rz 61) betreffen Verkäufe durch Vertriebspartner von Dermalogica, welchen Gebiete im EWR zugewiesen sind, in Gebiete ausserhalb des EWR und somit auch in die Schweiz. Bei den Klauseln betreffend die Überbindung der Exportverbote gemäss Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer geht es um Verkäufe von Abnehmern von unabhängigen, ausländischen Distributoren und Tochtergesellschaften von Dermalogica, die in Gebieten des EWR tätig sind, in Gebiete ausserhalb des EWR und folglich auch in die Schweiz. Somit sind Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnern betroffen.

Fazit

135. Bei den Exportverboten gemäss Ziff. 4 und der Überbindung der Exportverbote gemäss Ziff. 5 in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern handelt es sich um absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) stellt eine absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar.

B.3.2.1.2. Preisempfehlungen

136. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise (vertikale Preisabreden). Art. 5 Abs. 4 KG umfasst auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen führen (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek). Ebenso fallen in Empfehlungsform gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek) unter Art. 5 Abs. 4 KG. Schliesslich ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG auch erfüllt, wenn sich die Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek).

137. Wären die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, könnten sie in Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG eine vertikale Preisabrede darstellen.

138. Die Frage, ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt, den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung offen gelassen werden (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235).

⁵⁵ Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 534 ff; RPW 2010/1, 16 f. Rz 100 ff., *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁵⁶ Zum Ganzen BSK KG–KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 543 ff.

B.3.2.1.3. Abreden über eine Behinderung des Online-Handels

139. Ob und inwiefern Behinderungen des Online-Handels allenfalls von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können, ist grundsätzlich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Entscheidend ist dabei jeweils die Wirkung, die herbeigeführt wird bzw. werden kann, und nicht das dafür eingesetzte Mittel.⁵⁷

140. Ein Verbot bzw. eine Beschränkung von Internetverkäufen kann unter Umständen als vertikale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG betrachtet werden, wenn sie von weiteren, qualifizierenden Umständen begleitet wird. So kann eine Koppelung des Verbots des Online-Handels an eine Preisempfehlung oder an eine Vereinbarung, welche die Rabattpolitik des Händlers beeinflusst, eine vertikale Preisabrede darstellen. Eine solche Preisabrede kann zudem vorliegen, wenn zusätzlich zum Verbot des Online-Handels Massnahmen wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Lieferverzögerungen, die Aussetzung von Lieferungen oder die Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus ausgesprochen respektive umgesetzt werden.⁵⁸

141. Internetverkäufe gelten gemäss Ziff. 3 VertBek als passive Verkäufe. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn Gebiete zugewiesen und gleichzeitig Passivverkäufe an Händler oder Endkunden verboten werden. Ein Verbot von Internetverkäufen kann somit bereits ein Tatbestandselement einer unzulässigen Gebietsschutzabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Die wettbewerbsrechtliche Problematik eines Verbots respektive einer Beschränkung des Online-Handels ist insbesondere dann gegeben, wenn dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden soll, um den Schweizer Markt abzuschotten.⁵⁹

142. Nach der Praxis sowohl der Europäischen Kommission⁶⁰ als auch der WEKO⁶¹ ist beispielsweise bei folgenden Konstellationen von einer problematischen Beschränkung des passiven Verkaufs auszugehen und eine Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG (absolute Gebietsschutzabrede) naheliegend:

- Es wird vereinbart, dass der Händler verhindert, dass Kunden aus einem anderen (Vertrags-)Gebiet seine Website einsehen können oder er auf seiner Website eine automatische Umleitung auf die Website des Herstellers oder anderer Händler einrichtet.
- Es wird vereinbart, dass der Händler Internet-Transaktionen von Konsumenten unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt.

143. Ob eine Abrede betreffend die Behinderung des Online-Handels den Tatbestand der vertikalen Preisabrede respektive des absoluten Gebietsschutzes gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Als Faustregel kann jedoch festgehalten werden, dass je mehr und je einschneidendere Einschränkungen ein Hersteller seinen Händlern auferlegt, desto eher ist vom Vorliegen

einer Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen.⁶² Ungeachtet einer allfälligen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG stellt eine Behinderung des Online-Handels eine qualitativ schwerwiegende Abrede dar (Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek) und kann den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.

144. Der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin enthielt in Ziff. 34 ein Verbot des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 f.). Qualifizierende Elemente, deren Hinzutreten aus dem Verbot des Online-Handels eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG machen könnten (vgl. oben, Rz 140), sind keine ersichtlich. Im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin werden Care on Skin indessen die Schweiz und Liechtenstein als Absatzgebiet zugewiesen. Auch den Tochtergesellschaften und den unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern von Dermalogica werden Gebiete zugewiesen.⁶³ Die Frage, ob die vorliegenden Gebietszuweisungen in Kombination mit dem Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care den grenzüberschreitenden Warenverkehr einschränken, um den Schweizer Markt abzuschotten, und folglich ein qualifizierendes Element zum Verbot des Online-Handels hinzutritt, welches zu einer Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG führt, kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. unten, Rz 236) offen gelassen werden. Somit bleibt dahingestellt, ob das einstige Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt.

145. Auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und den Kosmetikinstituten sah vor, dass Online-Handel verboten ist (vgl. oben, Rz 103). Zudem gibt Care on Skin den Kosmetikinstituten Preisempfehlungen ab, die praktisch flächendeckend eingehalten werden (vgl. unten, Rz 177). Die alte Kooperationsvereinbarung enthielt zwar keine Elemente, welche auf eine Einschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs abzielten, doch enthalten andere Verträge im Vertriebssystem für Dermalogica-Produkte Gebietszuweisungen. Ob diese vorliegende Konstellation ausreicht, um das Verbot des Online-Handels, welches Care on Skin nach Untersuchungseröffnung aufgehoben hat (vgl. oben, Rz 103), als vertikale Preisabrede oder absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren, wird mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung offen gelassen (vgl. unten, Rz 236).

⁵⁷ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁸ Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 71, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁹ RPW 2011/3, 381 Rz 73, *Behinderung des Online-Handels*.

⁶⁰ Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1, Rz 52 (nachfolgend: *Vertikal-Leitlinien*).

⁶¹ RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*.

⁶² Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 75, *Behinderung des Online-Handels*.

⁶³ Diese Aussage basiert auf dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1.1.2006. Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz vergleichbare Verträge.

146. Zusammenfassend wird festgehalten, dass mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. unten, Rz 236) offen gelassen werden kann, ob die hier identifizierten Behinderungen des Online-Handels der Untersuchungsadressatinnen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Sowohl der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin als auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern wurden nach Untersuchungseröffnung angepasst (vgl. oben, Rz 102 f.), so dass der Online-Handel heute vertraglich nicht mehr untersagt ist.

B.3.2.1.4. Abredepartner und Untersuchungsadressatinnen

147. Abredepartner sind vorliegend Dermalogica, die direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica (Generalimporteure [Distributoren] und Kosmetikinstitute), Care on Skin und die Abnehmer von Care on Skin, d.h. Kosmetikinstitute.

Care on Skin/Dermalogica

148. Aufgrund der Anzeige und von Abklärungen des Sekretariats bestanden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Care on Skin und allenfalls Dermalogica. In der Folge wurde eine Untersuchung gegen Care on Skin eröffnet. Im Zuge der Untersuchung verdichteten sich die Hinweise, dass Dermalogica an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt ist, was eine Ausweitung der Untersuchung auf Dermalogica zur Folge hatte.

Ausländische Vertriebspartner von Dermalogica

149. Ebenso waren die direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica (Generalimporteure [Distributoren] und Kosmetikinstitute) an Abreden über absoluten Gebietsschutz beteiligt. Eine Untersuchung gegen sie wurde jedoch nicht eröffnet.

150. Ausschlaggebend für den Verzicht der Untersuchungseröffnung gegenüber den direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartnern von Dermalogica war einerseits, dass die Abrede nicht im Interesse der ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica ist. Dermalogica-Produkte waren im Ausland günstiger erhältlich als in der Schweiz (vgl. unten, Rz 186 ff.), womit für die Schweizer Abnehmer (Kosmetikinstitute und Endkunden) durchaus ein Anreiz bestand, diese bei ausländischen Händlern zu beziehen. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Händler im EWR nicht daran interessiert sein sollten, von diesen Absatzmöglichkeiten in der Schweiz Gebrauch zu machen. Vielmehr bedeutet ein Exportverbot eine Einschränkung ihres Absatz- und Gewinnpotentials. Gewinnmaximierende Lieferanten haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften ausländische Vertriebspartner von Dermalogica ein geringeres Interesse an den absoluten Gebietsschutzabreden haben als Dermalogica. Aufgrund der asymmetrischen Interessenlage würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner im EWR nicht rechtfertigen. Damit erübrigt sich auch eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner im EWR.

151. Andererseits entspricht die Vorgehensweise, (ausländische) Wiederverkäufer bei vertraglich vereinbarten Exportverboten nicht unbedingt ins Recht zu fassen, sowohl der Praxis der WEKO⁶⁴ als auch der Europäischen Wettbewerbsbehörden.⁶⁵ Diese Praxis wird im vorliegenden Fall analog auf die ausländischen Generalimporteure angewendet, da sich diese in einer vergleichbaren Situation wie Wiederverkäufer (Kosmetikinstitute) befinden. So sind die Klauseln betreffend das Exportverbot und die Überbindung des Exportverbots beispielsweise in einem Standardvertrag von Dermalogica enthalten, den die Generalimporteure akzeptieren müssen, um Vertriebspartner zu werden.

Abnehmer von Care on Skin (Kosmetikinstitute)

152. Obwohl auch die Abnehmer von Care on Skin (Kosmetikinstitute) an einer Abrede betreffend ein Verbot des Online-Handels beteiligt waren, wurde die Untersuchung gegen diese nicht eröffnet.

153. Grund hierfür ist, dass sich die Kosmetikinstitute, welche sich vertraglich zur Unterlassung des Online-Handels verpflichtet haben, in einer „take it or leave it“-Position befanden.⁶⁶ Entweder unterschrieben sie den Vertrag oder sie wurden nicht zu Abnehmern von Care on Skin.

154. Im Übrigen entspricht es der Praxis der WEKO⁶⁷ und der Europäischen Wettbewerbsbehörde⁶⁸, im Fall von Vertikalabreden die Untersuchung nicht in jedem Fall gegen die Wiederverkäufer zu eröffnen.

B.3.2.1.5. Fazit

155. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die einstigen Exportverbote gemäss Ziff. 4 und die Überbindung der einstigen Exportverbote gemäss Ziff. 5 in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern (vgl. oben, Rz 119 ff.) Abreden über absoluten Gebietsschutz darstellen und somit den Vermutungstatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Dasselbe gilt für das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5).

⁶⁴ RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig); Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 345 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

⁶⁵ KOMM, ABl. 2006 L 173/20, Rz 89 ff. und Rz 159 f., SEP und andere/Automobiles Peugeot SA; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 Automobiles Peugeot SA und Peugeot Nederland NV/Kommission, Slg. 2009 II-02533; KOMM, ABl. 2001 L 59/1, Rz 174, Opel; KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 128 und 205, VW, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P Volkswagen AG/Kommission, Slg. 2003 I-09189.

⁶⁶ Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 347 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

⁶⁷ Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher: Roger Guenat SA), Rz 127 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig); Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 345 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

⁶⁸ KOMM, ABl. 2007 L 330/44, Rz 1, Opel; KOMM, ABl. 2007 L 317/76, Rz 1, DaimlerChrysler; KOMM, ABl. 2007 L 332/77, Rz 1, Fiat; KOMM, ABl. 2007 L 329/52, Rz 1, Toyota.

156. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), wird offengelassen, ob diese Preisempfehlungen Abreden über die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellen. Aus demselben Grund wird nicht abschliessend beurteilt, ob zu den Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin (vgl. oben, Rz 144) sowie zwischen Care on Skin und den Kosmetikinstituten (vgl. oben, Rz 145) betreffend die Verbote des Online-Handels qualifizierende Elemente hinzutreten, die zu einer Subsumtion dieser Abreden unter Art. 5 Abs. 4 KG führen.

157. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden Fall widerlegt werden kann.

B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

158. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

159. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Kosmetikinstitute in der Schweiz Parallelimporte einer bestimmten Marke in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Kosmetikinstitute hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters – insbesondere des Preises – einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.). Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern von Hautpflegeprodukten, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.). Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.⁶⁹

160. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.2.1. Relevante Märkte

B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte

161. 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 VKU⁷⁰, analog).

Bisherige Praxis der WEKO und der EU-Kommission im Kosmetikbereich

162. Im Fall ASCOPA wurden Kosmetik- und Parfümerieprodukte in Übereinstimmung mit der EU-Praxis in die Produktmärkte Parfüms, Make-up und Pflege eingeteilt.⁷¹ Ob die Märkte weiter segmentiert werden sollten, wurde mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersu-

chung offen gelassen.⁷² Allerdings wurde entsprechend der europäischen Rechtsprechung eine weitere Unterteilung in ein Luxussegment und ein Massenmarktsegment vorgenommen.⁷³ Luxusprodukte unterscheiden sich bezüglich Qualität, Art der Distribution, Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie und Ausgestaltung der Verkaufspunkte von Massenmarktprodukten.⁷⁴

163. Die EU-Kommission hat in ihren Zusammenschlüssenentscheiden bisher regelmässig auf die Möglichkeit einer Segmentierung des Marktes für Kosmetik- und Parfümerieprodukte nach Verwendungszweck (z.B. Gesichtspflege, Handpflege, Körperpflege etc.) hingewiesen. Mangels Einfluss auf das Ergebnis hat sie diese Marktsegmente bisher nicht abschliessend definiert.⁷⁵ Ebenfalls offen gelassen hat sie die Frage, ob eine Unterteilung nach Vertriebskanälen angezeigt ist.⁷⁶

Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

164. Vorliegend sind Hautpflegeprodukte (Reiniger, Feuchtigkeitscremen, Lichtschutz, Masken etc.), die primär über Kosmetikinstitute und Hotel Spas abgesetzt werden, von allfälligen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffen. Teilweise werden die Produkte auch über Ärzte und vereinzelt über Apotheken vertrieben, jedoch in aller Regel nicht über Detailhandelsgeschäfte. Die Marken, die üblicherweise in Detailhandelsgeschäften (Warenhäuser, Parfümerien etc.) vorzufinden sind, wie etwa Estée Lauder oder Lancaster, werden typischerweise nicht über Kosmetikinstitute vertrieben.

165. Marktgegenseite der Hersteller dieser Hautpflegeprodukte sind deshalb primär Kosmetikinstitute und Hotel Spas. Diese beiden Absatzkanäle werden zwecks Vereinfachung im Folgenden unter den Begriff „Kosmetikinstitute“ subsumiert, da die Produkte in Hotels meist über ein hoteleigenes oder integriertes Kosmetikinstitut abgesetzt werden. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, eine Marktabgrenzung nach dem Vertriebskanal „Kosmetikinstitute“ vorzunehmen.

⁶⁹ Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171 und 103 Rz 300, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷¹ RPW 2011/4, 592 Rz 453, *ASCOPA* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 9.

⁷² RPW 2011/4, 594 Rz 463 f., *ASCOPA* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷³ RPW 2011/4, 594 ff. Rz 466 ff., *ASCOPA* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 8 ff.; KOMM, 92/33/EWG, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl. 1992 L 12 S. 24 ff.; KOMM, 92/428/EWG, *Parfums Givenchy*, ABl. 1992 L 236 S. 11 ff.

⁷⁴ RPW 2011/4, 595 ff. Rz 476 ff., *ASCOPA* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷⁵ KOMM, IV/M.186, 23.2.1992, *Henkel/Nobel*, Rz 8; KOMM, IV/M.312, 15.3.1993, *Sanofi/Yves St Laurent*, Rz 8; KOMM, IV/M.630, 18.10.1995, *Henkel/Schwarzkopf*, Rz 9 ff.; KOMM, COMP/M.2951, 27.9.2002, *A.S. Watson/Kruidvat*, Rz 13; KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, *Procter & Gamble/Wella*, Rz 8, 9, 13, 15, 17 f.; KOMM, COMP/M.3643, 9.3.2005, *Sephora/El Corte Inglés/JV*, Rz 12; KOMM, COMP/M.3716, 7.4.2005, *A.S. Watson/Marionnaud*, Rz 6; KOMM, COMP/M.4193, 31.5.2006, *L'Oréal/The Body Shop*, Rz 11; KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 13, 16.

⁷⁶ KOMM, IV/M.1533, 21.6.1999, *Artemis/Sanofi Beauté*, Rz 8.

166. Ob innerhalb dieses Vertriebskanals weiter zu unterscheiden ist zwischen einem Massen- und einem Luxussegment – wie es bei Hautpflegeprodukten gemacht wird, die primär über den Detailhandelskanal abgesetzt werden (vgl. oben, Rz 162) – kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben ergeben, dass es ein preisliches Kontinuum gibt zwischen billigeren und teureren Produktelinien, was eher gegen eine Marktsegmentierung in ein Massen- und ein Luxussegment spricht. Ein Massensegment im klassischen Sinn scheint es im Bereich der Hautpflegeprodukte, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, schon von daher nicht zu geben, da die günstigeren Produkte in diesem Vertriebskanal bereits dem Luxussegment im Vertriebskanal Detailhandel zuzurechnen wären.

167. Schliesslich scheint eine weitere Marktsegmentierung nach Verwendungszweck (z.B. Lichtschutz, Masken etc.) nicht angezeigt zu sein, da Kosmetikinstitute in der Regel von einer Marke ein ganzes Sortiment oder zumindest einen Grossteil des Sortiments einkaufen und die meisten Lieferanten die ganze Produktpalette anbieten. Laut Aussagen der Hersteller und Kosmetikinstitute kann eine Marke im Allgemeinen denn auch sämtliche Kundenbedürfnisse abdecken. Je nach Grösse haben die Kosmetikinstitute in der Regel zwischen einer bis vier Pflegelinien im Angebot. In der Regel würden die Kosmetikinstitute zwei bis drei Marken führen, wobei eine Marke die Hauptmarke darstelle und die übrigen Nebenmarken seien.

168. Zusammenfassend wird von einem sachlich relevanten Markt für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, ausgegangen.

B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte

169. 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, analog).

Bisherige Praxis der WEKO und der EU-Kommission im Kosmetikbereich

170. Im Entscheid ASCOPA hat die WEKO für Kosmetikprodukte, welche über den Detailhandelskanal (Warenhäuser, Parfümerien, Drogerien etc.) abgesetzt werden, einen nationalen Markt definiert. Begründet wurde die nationale räumliche Dimension mit nationalen Vertriebsstrukturen und einem geringen Ausmass an Parallelhandel.⁷⁷ In der EU wurde die Frage der räumlichen Marktabgrenzung bisher in der Regel offen gelassen.⁷⁸ Lediglich in einem Zusammenschlussverfahren wurden für im Detailhandel verkaufte Haarpflegeprodukte nationale Märkte abgegrenzt.⁷⁹

Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

171. Zur Eruierung der räumlichen Dimension des Marktes für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, stellte das Sekretariat den Kosmetikinstituten für alle Marken in deren Angebot die folgende Frage: Würden Sie bei einer dauerhaften Erhöhung Ihres Einkaufspreises der Marke (z.B. Dermalogica) in der Schweiz um ca. 10 % – bei gleichbleibenden ausländischen Preisen der fraglichen Marke (z.B. Der-

malogica) – die Marke (z.B. Dermalogica) vermehrt importieren? Die Frage wurde mehrheitlich verneint. Für die Marke Dermalogica verneinten 19 von 27 verwertbaren Antworten die Frage, während deren acht angaben, (allenfalls) Importe zu tätigen. Für die übrigen Marken sind mangels einer genügenden Zahl an Antworten keine aussagekräftigen Aussagen möglich. Jene Kosmetikinstitute, die angaben, im Falle einer dauerhaften Erhöhung des Einkaufspreises um 10 % vermehrt zu importieren, nannten primär Deutschland und die USA als mögliche Importländer.

172. Es stellt sich die Frage, ob die rund 30 % (=8/27) der befragten Kosmetikinstitute, welche bei einer dauerhaften Preiserhöhung in der Schweiz vermehrt Importe ins Auge fassen würden, ausreichen würden, um eine Preiserhöhung in der Schweiz bei unveränderten Preisen im Ausland unprofitabel zu machen. Wenn dies der Fall wäre, wäre der räumlich relevante Markt gemäss dem „Small but Significant Non-transitory Increase in Price“-Test (SSNIP-Test)⁸⁰ weiter als die Schweiz abzugrenzen. Die Frage kann an dieser Stelle mangels verfügbarer Informationen – insbesondere zu den Kostenstrukturen⁸¹ der Hersteller der verschiedenen Kosmetikmarken – nicht beantwortet werden. Allerdings suggerieren die folgenden Marktinformationen, dass Kosmetikinstitute in der Schweiz entgegen ihren Aussagen auch bei einer inländischen Preiserhöhung um 10 % nicht vermehrt importieren würden:

173. Das Sekretariat fragte Kosmetikinstitute, welche v.a. Dermalogica, aber auch andere Marken im Angebot haben, nach deren Importtätigkeiten in den Jahren 2009 2011. Hierzu sei vorausgeschickt, dass laut Angaben der Marktteilnehmer – je nach Marke – internationale Preisunterschiede von bis zu 20 % bestehen; ein Import könnte sich bei gewissen Marken unter Abstrahierung allfälliger Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten etc.) also durchaus lohnen (siehe weitere Ausführungen dazu hinten, Rz 186 ff.).

174. Von 33 befragten Kosmetikinstituten hat im Zeitraum 2009 bis 2011 lediglich ein Institut ein einziges Mal ein Dermalogica-Produkt aus [...] importiert (vgl. auch unten, Rz 194). 31 der 33 Kosmetikinstitute haben in diesem Zeitraum erst gar keinen Importversuch unternommen. Lediglich die befragten zwei Online-Shops

⁷⁷ RPW 2011/4, 600 Rz 508 ff., ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷⁸ KOMM, IV/M.186, 23.2.1992, Henkel/Nobel, Rz 13; KOMM, IV/M.312, 15.3.1993, Sanofi/Yves St Laurent, Rz 9; KOMM, IV/M.630, 18.10.1995, Henkel/Schwarzkopf, Rz 15; KOMM, COMP/M.2951, 27.9.2002, A.S. Watson/Kruidvat, Rz 18; KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, Procter & Gamble/Wella, Rz 19; KOMM, COMP/M.3643, 9.3.2005, Sephora/El Corte Inglés/JV, Rz 15; KOMM, COMP/M.3716, 7.4.2005, A.S. Watson/Marionnaud, Rz 8; KOMM, COMP/M.4193, 31.5.2006, L'Oréal/The Body Shop, Rz 13; KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, L'Oréal/YSL Beauté, Rz 18.

⁷⁹ KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, Procter & Gamble/Wella, Rz 28.

⁸⁰ Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, 113 f.

gaben an, Parallelimporte getätigt zu haben, [...]. Kenntnisse über internationale Preisdifferenzen waren bei den befragten Kosmetikinsti- tuten zudem nur spärlich vorhanden (vgl. unten, Rz 186 ff.), was nahelegt, dass sich die grosse Mehrheit der Kosmetikinsti- tute in der Vergangen- heit nicht mit einem möglichen Import ausein- ander- gesetzt hat. Dies suggeriert, dass Kosmetikinsti- tute in der Schweiz auch bei einer dauerhaften Preiserhöhung in der Schweiz wohl nicht in beträchtlichem Ausmass auf Importe zurückgreifen würden. Das beschriebene Ein- kaufverhalten lässt auf einen nationalen Markt schlies- sen.

175. Zusammenfassend ist der räumlich relevante Markt für Hauptpflegeprodukte, welche primär über Kosmetik- institute abgesetzt werden, national.

B.3.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb

176. Im Folgenden wird das Ausmass an Intrabrand- Wettbewerb bei der Marke Dermalogica im relevanten Produktmarkt untersucht. Hierzu wird zunächst der In- trabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Beratung analysiert (vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.1.). Anschliessend wird untersucht, ob Parallelimporte eine (zusätzliche) disziplinierende Wirkung im relevanten Markt zeitigen (vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.2.).

B.3.2.2.2.1. Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Beratung

Intrabrand-Preiswettbewerb

177. Care on Skin gibt ihren Abnehmern (Kosmetikinsti- tuten) Preisempfehlungen ab, welche praktisch flächen- deckend eingehalten werden. 28 der befragten 33 Kos- metikinsti- tute gaben an, die Preisempfehlungen für Dermalogica-Produkte (meistens) zu übernehmen, zwei weitere haben die Frage nicht beantwortet. Zwei Kosme- tikinsti- tute verkaufen die Produkte teurer. Lediglich ein Kosmetikinsti- tut gab an, meistens günstiger anzubieten verglichen mit den Preisempfehlungen. [...] Diese Aus- sagen suggerieren einen schwachen Intrabrand- Preiswettbewerb bei Dermalogica-Produkten. Dieses Resultat ändert sich nicht unter Berücksichtigung der Aktionsaktivitäten der Kosmetikinsti- tute. Lediglich drei Kosmetikinsti- tute erwähnten Aktionen bei der Frage, wie sie ihren Verkaufspreis bestimmen. Zwei Kosmetikinsti- tute gewähren vor Weihnachten – ausgehend von den Preisempfehlungen von Care on Skin – einen Rabatt in Höhe von 10 %. Ein Kosmetikinsti- tut gibt auf den emp- fohlenen Preisen zudem einen rückwirkenden Rabatt in Höhe von [...] beim Kauf des [...] Produkts.

178. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben zu- dem ergeben, dass Kosmetikinsti- tute die Preisempfeh- lungen von Care on Skin vor der Anpassung der Preislis- ten und dem Rundschreiben von Care on Skin (vgl. oben, Rz 78) häufig als verbindlich erachteten. So gaben 15 Kosmetikinsti- tute an, die Preisempfehlungen von Care on Skin seien verbindlich, elf Kosmetikinsti- tute verneinten die Frage.⁸²

179. Weitere Gründe für den geringen Intrabrand- Preiswettbewerb unter den Kosmetikinsti- tuten dürften die tendenziell tiefe Preissensitivität der Endkunden sowie eine mangelnde Preistransparenz sein: Endkun- den entscheiden sich in der Regel in erster Linie für ein

bestimmtes Kosmetikinsti- tut. Erst anschliessend ent- scheidet sich der Kunde – etwa basierend auf einer Hautberatung der Kosmetikerin – für eine bestimmte Marke. Möglicherweise übernimmt sogar die Kosmetike- rin diesen Entscheid, je nach Hautbedürfnis des Kunden. Mit anderen Worten wählen die Endkunden die Marke in der Regel entsprechend dem Angebot des Kosmetikinsti- tuts. Damit verbunden dürfte zum einen eine tiefe Preissensitivität der Endkunden von Hautpflegeproduk- ten sein, die primär über Kosmetikinsti- tute abgesetzt werden. Zum anderen weiss der Kunde oft nicht, wie teuer die Produkte seiner Wahl bei einem anderen Kos- metikinsti- tut sind, was eine mangelnde Preistransparenz impliziert.

180. Das Sekretariat hat für die umsatzstärksten Produk- te der Marke Dermalogica untersucht, ob allenfalls durch Online-Shops ein zusätzlicher Preisdruck entsteht. Der folgenden Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass zwei inlän- dische Online-Shops, die Dermalogica-Produkte parallel importieren (MrLens.ch und Geschenkidee.ch), im Mai 2012 teilweise tiefere Preise offerierten als die Kosmetik- institute, welche sich an die Preisempfehlungen von Care on Skin hielten. Gewisse Produkte waren bei die- sen Online-Shops jedoch auch teurer; im Durchschnitt⁸³ waren die Online-Shops gleich teuer bzw. 6 % teurer. Die anderen zwei betrachteten inländischen Online- Shops (beautyssima.ch und PerfectHair.ch) boten im Mai 2012 alle im Preisvergleich berücksichtigten Produk- te gleich teuer oder teurer an als die Kosmetikinsti- tute, welche sich an die Preisempfehlungen hielten. Im Durchschnitt waren sie 4 % bzw. 6 % teurer verglichen mit den Preisempfehlungen von Care on Skin. Insges- amt vermögen die betrachteten Online-Shops keine disziplinierende Wirkung zu entfalten.

⁸¹ Vgl. MOTTA (Fn 80), 106, Fn 9.

⁸² Sieben Kosmetikinsti- tute gaben keine (verwertbaren) Antworten auf die Frage, ob die Preisempfehlungen von Care on Skin verbindlich sind.

⁸³ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Men- gen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

Tabelle 1: Intradand-Preiswettbewerb durch inländische Online-Shops

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF	Verkaufspreise Online-Shops Schweiz in CHF							
		beautyssima	Δ%	MrLens	Δ%	Geschenkidee	Δ%	Perfect Hair	Δ%
Daily Microfoliant, 75 g	73.70	90.75	23%	79.10	7%	83.15	13%	76.00	3%
Super Rich Repair 50 ml	124.00	155.10	25%	99.80	-20%	120.65	-3%	129.00	4%
Skin Smooth 50 ml	59.70	73.70	23%	49.90	-16%	63.75	7%	62.00	4%
Intensive Moist (Balance) 100 ml	86.90	86.90	0%	79.60	-8%	n.a.	n.a.	94.00	8%
Dynamic Skin Recovery 50 ml	112.30	112.30	0%	80.80	-28%	91.25	-19%	119.00	6%
Skin Hydrating Booster 30 ml	94.90	94.90	0%	81.50	-14%	79.40	-16%	97.00	2%
Multivitamin Power Firm 15 ml	71.40	71.40	0%	67.10	-6%	86.25	21%	74.00	4%
Active Moist 50 ml	55.40	55.40	0%	34.50	-38%	62.50	13%	58.00	5%
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	63.40	63.40	0%	84.90	34%	61.90	-2%	n.a.	n.a.
Special Cleansing Gel 250 ml	46.00	46.00	0%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	47.00	2%
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	79.40	99.55	25%	151.20	90%	n.a.	n.a.	82.00	3%
Multi-active Toner 250 ml	47.20	47.20	0%	72.10	53%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Overnight Clearing Gel 50 ml	67.20	n.a.	n.a.	96.30	43%	67.50	0%	n.a.	n.a.
Multivitamine Power Recovery Masque 75 ml	70.50	70.50	0%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	74.00	5%
Antioxidant Hydramist 150 ml	65.30	65.30	0%	48.20	-26%	61.90	-5%	n.a.	n.a.
Oil Control 59 ml	61.50	61.50	0%	67.90	10%	59.40	-3%	n.a.	n.a.
Durchschnitt	73.68	79.59	6%	78.06	6%	76.15	0%	82.91	4%

Legende: UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen von Care on Skin

Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: beautyssima bietet das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ 23 % teurer an verglichen mit der unverbindlichen Preisempfehlung von Care on Skin per März 2012.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012.

181. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch unter Berücksichtigung von punktuellen Aktionen und gewissen Preisunterschreitungen im Online-Handel der Intradand-Preiswettbewerb bei der Marke Dermalogica basierend auf den verfügbaren Informationen als sehr bescheiden zu beurteilen ist.

Intradand-Beratungswettbewerb

182. Hautpflegeprodukte wie jene der Marke Dermalogica, die über Kosmetikinstitute vertrieben werden, erfordern laut Angaben der Hersteller und Distributoren zeitintensive, wiederkehrende Schulungen der Kosmetikerinnen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass zwischen Kosmetikinstituten, welche die Marke Dermalogica im Sortiment haben, ein gewisser Beratungswettbewerb besteht.

Fazit

183. Der Intradand-Preiswettbewerb bei Dermalogica-Produkten ist basierend auf den verfügbaren Informationen als sehr bescheiden zu qualifizieren: Die grosse Mehrheit der Kosmetikinstitute hält sich an die Preisempfehlungen von Care on Skin. Zudem dürften die Preissensitivität der Endkunden sowie die Preistransparenz aufgrund der Tatsache, dass sich die Endkunden in erster Linie für ein Kosmetikinstitut – und nicht für ein Hautpflegeprodukt einer bestimmten Kosmetikmarke – entscheiden, als eher tief einzustufen sein. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nebst dem ungenügenden

Preiswettbewerb zumindest ein gewisser Beratungswettbewerb besteht.

B.3.2.2.2. Arbitragemöglichkeiten und Parallelimporte

Vorbemerkung

184. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel durch Händler und/oder Direktimporte durch Endkunden und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind internationale Preisunterschiede bzw. Arbitragemöglichkeiten. Zunächst stellt sich deshalb die Frage, ob es sich für Schweizer Kosmetikinstitute und Endkunden aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland lohnt, Dermalogica-Produkte (parallel) zu importieren.

185. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass allenfalls festzustellende Arbitragemöglichkeiten für sich allein genommen keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs begründen können. Hierzu bedarf es zusätzlicher Beweiselemente.

Arbitragemöglichkeiten

186. Zur Erueierung internationaler Unterschiede bei den Einstandspreisen des Handels und den Endverkaufspreisen für Produkte der Marke Dermalogica fragte das Sekretariat Dermalogica, Care on Skin, Kosmetikinstitute und Online-Shops nach den prozentualen Einsparmög-

lichkeiten bei einem Bezug von Dermalogica-Produkten im Ausland.

187. Auf Stufe der Generalimporteure sind [...]. Care on Skin führte aus, die Einstandspreise des Schweizer Handels seien im Sommer 2011 infolge des Frankenhochs beträchtlich höher gewesen als im Ausland. Care on Skin habe von Juli bis September 2011 mit Rabatten reagiert. Im September 2011 habe Care on Skin die Abgabepreise an die Kosmetik Institute offiziell angepasst, so dass das Preisniveau in der Schweiz demjenigen im europäischen Ausland entsprochen habe. 32 der 33 befragten Kosmetik Institute gaben an, keine Kenntnisse über allfällige Einsparmöglichkeiten bei einem Bezug im Ausland zu haben. Ein Institut schätzte die Einsparmöglichkeiten auf 10–20 %, je nach Wechselkurs. Zu internationalen Preisunterschieden bei den

Endverkaufspreisen machte mangels Kenntnissen kein einziges Kosmetikinstitut Angaben.

188. Basierend auf den verfügbaren Informationen ermittelte das Sekretariat die Unterschiede der Endverkaufspreise von Dermalogica-Produkten in der Schweiz, welche weitgehend den Preisempfehlungen von Care on Skin entsprechen (vgl. oben, Rz 177 ff.), und ausländischen Online-Shops für die 16 umsatzstärksten Dermalogica-Produkte per Mai 2012. Die nachfolgenden Tabellen 2 und 3 fassen die Resultate zusammen. Während Tabelle 2 die (durchschnittlichen) internationalen Preisunterschiede pro Anbieter aufzeigt, illustriert Tabelle 3 die durchschnittlichen internationalen Preisunterschiede pro Produkt sowie für die Gesamtheit der betrachteten Dermalogica-Produkte. Sämtliche Preise wurden zwecks Vergleichbarkeit Mehrwertsteuerbereinigt.

Tabelle 2: Durchschnittliche internationale Preisunterschiede pro Anbieter

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF exkl. Mwst.	Verkaufspreise Online-Shops Ausland in CHF exkl. Mwst. (1 Euro = 1.2012 CHF, Kurs Mai 2012)									
		Dermedis	Δ%	skinXpert	Δ%	Pure Balances	Δ%	strawberrynet.com	Δ%	Amazon	Δ%
Daily Microfoliant, 75 g	68.24	61.07	-11%	61.07	-6%	60.46	-11%	n.a.	n.a.	69.65	2%
Super Rich Repair 50 ml	114.81	n.a.	n.a.	92.87	-40%	110.51	-4%	n.a.	n.a.	100.93	-12%
Skin Smooth 50 ml	55.28	46.94	-15%	46.94	-10%	46.94	-15%	60.06	9%	50.46	-9%
Intensive Moist (Balance) 100 ml	80.46	70.66	-12%	70.66	-9%	70.56	-12%	90.09	12%	n.a.	n.a.
Dynamic Skin Recovery 50 ml	103.98	80.65	-22%	80.75	-26%	80.65	-22%	98.50	-5%	110.23	6%
Skin Hydrating Booster 30 ml	87.87	74.60	-15%	74.70	-20%	74.60	-15%	87.69	0%	70.65	-20%
Multivitamin Power Firm 15 ml	66.11	55.01	-17%	55.01	-22%	55.01	-17%	75.68	14%	60.55	-8%
Active Moist 50 ml	51.30	39.87	-22%	39.87	-19%	39.87	-22%	57.66	12%	76.53	49%
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	58.70	42.04	-28%	n.a.	n.a.	48.40	-18%	63.66	8%	75.86	29%
Special Cleansing Gel 250 ml	42.59	35.33	-17%	n.a.	n.a.	35.28	-17%	45.65	7%	66.96	57%
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	73.52	63.09	-14%	63.09	-24%	63.09	-14%	82.88	13%	n.a.	n.a.
Multi-active Toner 250 ml	43.70	33.31	-24%	n.a.	n.a.	33.26	-24%	48.05	10%	n.a.	n.a.
Overnight Clearing Gel 50 ml	62.22	49.41	-21%	49.46	-20%	49.41	-21%	58.86	-5%	n.a.	n.a.
Multivitamine Power Recovery Masque 75 ml	65.28	58.04	-11%	58.04	-12%	58.04	-11%	72.07	10%	75.17	15%
Antioxidant Hydramist 150 ml	60.46	46.38	-23%	46.43	-25%	46.38	-23%	58.86	-3%	75.86	25%
Oil Control 59 ml	56.94	44.36	-22%	44.41	-18%	44.36	-22%	52.85	-7%	73.11	28%
Durchschnitt	68.22	53.38	-18%	60.25	-19%	57.30	-17%	68.04	5%	75.50	14%

Legende: UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen von Care on Skin

Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: Dermedis bietet das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ 11 % billiger an verglichen mit der unverbindlichen Preisempfehlung von Care on Skin per März 2012. Über alle betrachteten Produkte hinweg offeriert Dermedis Dermalogica-Produkte durchschnittlich 18 % billiger verglichen mit dem Durchschnitt der unverbindlichen Preisempfehlungen von Care on Skin per März 2012.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012, Wechselkurs Mai 2012 abrufbar unter <<http://www.snb.ch/ext/stats/akziwe/pdf/defren/Devisenkurse.pdf>>.

189. Tabelle 2 ist zu entnehmen, dass ausländische Online-Shops Dermalogica-Produkte im Mai 2012 durchschnittlich⁸⁴ bis zu rund 20 % günstiger anboten verglichen mit dem (ungewichteten) Durchschnitt der

Preiseempfehlungen von Care on Skin. Allerdings fallen bei einer Bestellung Versandkosten⁸⁵ und Verzollungskosten⁸⁶ an, welche einen Import unattraktiv machen können.

Tabelle 3: Durchschnittliche internationale Preisunterschiede pro Produkt/für die Gesamtheit der Produkte

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF exkl. MwSt.	Verkaufspreise Online-Shops Schweiz in CHF exkl. MwSt.					Verkaufspreise Online-Shops Ausland in CHF exkl. MwSt. (1 Euro = 1.2012 CHF, Kurs Mai 2012)					Durchschnitt Schweiz ungewichtet	Durchschnitt Ausland ungewichtet	Δ%
		beautyssima	MrLens	Geschenkieee	Perfect Hair	Dermedis	skineXpert	Pure Balances	strawberrynet.com	Amazon				
Daily Microfoliant, 75 g	68.24	84.03	73.24	76.99	70.37	61.07	61.07	60.46	n.a.	69.65	74.57	63.06	-15%	
Super Rich Repair 50 ml	114.81	143.61	92.41	111.71	119.44	n.a.	92.87	110.51	n.a.	100.93	116.40	101.44	-13%	
Skin Smooth 50 ml	55.28	68.24	46.20	59.03	57.41	46.94	46.94	46.94	60.06	50.46	57.23	50.27	-12%	
Intensive Moist (Balance) 100 ml	80.46	80.46	73.70	n.a.	87.04	70.66	70.66	70.56	90.09	n.a.	80.42	75.49	-6%	
Dynamic Skin Recovery 50 ml	103.98	103.98	74.81	84.49	110.19	80.65	80.75	80.65	98.50	110.23	95.49	90.16	-6%	
Skin Hydrating Booster 30 ml	87.87	87.87	75.46	73.52	89.81	74.60	74.70	74.60	87.69	70.65	82.91	76.44	-8%	
Multivitamin Power Firm 15 ml	66.11	66.11	62.13	79.86	68.52	55.01	55.01	55.01	75.68	60.55	68.55	60.25	-12%	
Active Moist 50 ml	51.30	51.30	31.94	57.87	53.70	39.87	39.87	39.87	57.66	76.53	49.22	50.76	3%	
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	58.70	58.70	78.61	57.31	n.a.	42.04	n.a.	48.40	63.66	75.86	63.33	57.49	-9%	
Special Cleansing Gel 250 ml	42.59	42.59	n.a.	n.a.	43.52	35.33	n.a.	35.28	45.65	66.96	42.90	45.80	7%	
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	73.52	92.18	140.00	n.a.	75.93	63.09	63.09	63.09	82.88	n.a.	95.41	68.04	-29%	
Multi-active Toner 250 ml	43.70	43.70	66.76	n.a.	n.a.	33.31	n.a.	33.26	48.05	n.a.	51.39	38.21	-26%	
Overnight Clearing Gel 50 ml	62.22	n.a.	89.17	62.50	n.a.	49.41	49.46	49.41	58.86	n.a.	71.30	51.79	-27%	
Multivitamine Power Recovery Masque 75 ml	65.28	65.28	n.a.	n.a.	68.52	58.04	58.04	58.04	72.07	75.17	66.36	64.27	-3%	
Antioxidant Hydramist 150 ml	60.46	60.46	44.63	57.31	n.a.	46.38	46.43	46.38	58.86	75.86	55.72	54.78	-2%	
Oil Control 59 ml	56.94	56.94	62.87	55.00	n.a.	44.36	44.41	44.36	52.85	73.11	57.94	51.82	-11%	
									Durchschnitt		70.57	62.50	-11%	

Legende: UVP = Unverbindliche Preiseempfehlungen von Care on Skin

Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: Das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ wird im Ausland durchschnittlich 15 % billiger angeboten als in der Schweiz.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012, Wechselkurs Mai 2012 abrufbar unter <<http://www.snb.ch/ext/stats/akziwe/pdf/defren/Devisenkurse.pdf>>.

⁸⁴ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Mengen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

⁸⁵ Im Mai 2012 betragen die Versandkosten z.B. bei Dermedis (Skinexpert) EUR 16.50 (25) bis zu einem Betrag vom EUR 150 (250). Bei höheren Einkaufswerten werden keine Versandkosten erhoben.

⁸⁶ Jede Sendung aus dem Ausland ist grundsätzlich zoll- und mehrwertsteuerpflichtig und muss von der anmeldepflichtigen Person bei der Zollverwaltung zur Veranlagung angemeldet werden. Im Post- und Kurierverkehr übernimmt der Transporteur (z.B. DHL, UPS, die Schweizerische Post etc.) diese Aufgabe. Er erstellt die Zollanmeldung. Es besteht keine Wertfreigrenze wie im Reiseverkehr, sondern eine Abgabefreigrenze. Zoll- und Mehrwertsteuerbeträge werden nicht erhoben, sofern sie höchstens CHF 5 je Zollanmeldung ausmachen. Der Zollbetrag bemisst sich nach dem Bruttogewicht der Postsendung. Für Kosmetika betragen die Zollansätze weniger als CHF 1 pro Kilogramm. Die Kurierfirmen und die Post erheben für ihre Dienst-

leistungen im Rahmen der Zollveranlagung verschiedene Taxen. Diese Verzollungskosten sind je nach Firma verschieden. Vgl. <http://www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/zu_beachten/00351/index.htm?lang=de> (6.2.13). So verlangt die Schweizerische Post für Sendungen aus Deutschland, Frankreich, Österreich und Italien eine Grundgebühr von CHF 12, für Sendungen aus allen anderen Ländern CHF 16.50. Hinzu kommt ein Zuschlag von 3 % des steuerbaren Warenwerts. Der maximale Verzollungspreis beträgt CHF 70. Siehe <<http://www.post.ch/post-startseite/post-privatkunden/post-empfangen/post-importverzollung.htm>> (6.2.13). Teilweise fallen die Verzollungskosten auch unabhängig vom Warenbestellwert an und können diesen sogar übersteigen. Vgl. zu den unterschiedlichen Verzollungskosten auch den Bericht der Preisüberwachung, Frankenstärke und Preise, September 2012, 37 ff., abrufbar unter <<http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/00215/index.html?lang=de>> (6.2.13).

190. Tabelle 3 ist zu entnehmen, dass im Mai 2012 drei der untersuchten 16 umsatzstärksten Dermalogica-Produkte im Ausland durchschnittlich⁸⁷ rund 30 % billiger waren als in der Schweiz (Age Reversal [Eye Complex] 15 ml, Multi-active Toner 250 ml, Overnight Clearing Gel 50 ml). Allerdings wurden auch zwei Produkte identifiziert, die in der Schweiz durchschnittlich etwas billiger waren als im Ausland (Active Moist 50 ml, Special Cleansing Gel 250 ml). Über alle betrachteten Produkte hinweg waren die Produkte im Ausland durchschnittlich rund 10 % billiger zu kaufen (ungewichteter Preisvergleich).

191. Zusammenfassend kann basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich festgehalten werden, dass bei Dermalogica-Produkten gewisse internationale Unterschiede bei den Konsumentenpreisen bestehen, sie betragen im Durchschnitt rund 10 %. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise der Schweizer Kosmetik Institute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetik Institute. Auf Stufe Generalimporteur [...]. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden.

192. Anzumerken bleibt zudem, dass die Abnehmer von Care on Skin nur über sehr rudimentäre Kenntnisse über allenfalls bestehende internationale Preisunterschiede verfügen. Dies zeigt sich auch an den geringen Importquoten, welche nachfolgend dargelegt werden.

Ausmass Parallel- und Direktimporte

193. Zur Eruierung der Frage, ob sich Parallel- und Direktimporte disziplinierend auf den Intra-Brand-Wettbewerb der Marke Dermalogica auswirken, fragte das Sekretariat Care on Skin, wie viele Prozente der jährlich von Endkunden mit Wohnsitz in der Schweiz konsumierten Produkte der Marke Dermalogica schätzungsgemäss aus Parallelimporten durch Händler und Direktimporte durch Endkunden stammen. Care on Skin konnte hierzu mangels Kenntnissen keine Angaben machen.

194. Zudem fragte das Sekretariat Kosmetik Institute, ob sie im Zeitraum 2009 bis 2011 Dermalogica-Produkte aus dem Ausland importiert haben. Von 33 befragten Kosmetik Instituten gaben 32 an, in diesem Zeitraum keine Importe vorgenommen zu haben. Lediglich ein Kosmetik Institut bezog in diesem Zeitraum ein einziges Mal ein Dermalogica-Produkt aus [...]. Der Import sei infolge Zollkosten etc. letztendlich jedoch teurer ausgefallen als ein Direktbezug bei Care on Skin.

195. Jene Kosmetik Institute, welche im Zeitraum 2009 bis 2011 keine Importe tätigten, wurden vom Sekretariat nach dem Grund für den Importverzicht und allfälligen erfolglosen Importversuchen gefragt.

- Gründe für Importverzicht: Zwei Kosmetik Institute begründeten ihren Importverzicht mit angeblichen Importverboten, doch gaben sie auf Nachfrage hin an, dass nicht ein Verbot, sondern andere Gründe für den Importverzicht ausschlaggebend gewesen seien.

- Erfolgreiche Importversuche: Die grosse Mehrheit der befragten Kosmetik Institute hat im Zeitraum 2009 bis 2011 gar keinen Versuch unternommen, im Ausland einzukaufen. Nur zwei Kosmetik Institute berichten von einem gescheiterten Importversuch. Das erste Kosmetik Institut machte [...] und 2011 erfolglose Anfragen bei [...].⁸⁸ Das zweite Kosmetik Institut konnte die geltend gemachten Importschwierigkeiten von Dermalogica-Produkten nicht genügend substantiieren. Insbesondere war nicht mehr bekannt, welche ausländischen Unternehmen kontaktiert worden waren.

Zusammenfassend ergab die Befragung der Schweizer Kosmetik Institute, dass Dermalogica-Produkte kaum parallel importiert werden.

196. Das Sekretariat befragte auch zwei Schweizer Online-Shops nach deren Parallelimporttätigkeiten der Marke Dermalogica. Einer der beiden befragten Online-Shops in der Schweiz gab an, [...]. Importiert würden die Produkte aus [...]. Importschwierigkeiten habe es bisher keine gegeben. Der zweite Internethändler importiert seinen ganzen Bedarf an Dermalogica-Produkten aus [...]. Das Importvolumen habe sich im Zeitraum 2009 bis 2011 [...]. Gefragt nach Importschwierigkeiten antwortete dieser Internethändler, er sei im letzten Quartal 2011 telefonisch aufgefordert worden, die importierten Dermalogica-Produkte vom Shop zu nehmen. Der Online-Shop bietet die Produkte jedoch nach wie vor an.

197. Dank den Parallelimporten können die beiden Online-Shops gewisse Dermalogica-Produkte günstiger anbieten als die Kosmetik Institute (vgl. Tabelle 1). Im Durchschnitt sind sie jedoch nicht billiger als die Kosmetik Institute. Von einem disziplinierenden Effekt auf den Intra-Brand-Wettbewerb durch die Parallelimporte dieser beiden Online-Händler kann vor dem Hintergrund der lediglich punktuellen Preisvorteile und der abgesetzten Mengen nicht gesprochen werden.

198. Schliesslich befragte das Sekretariat ausländische Händler nach dem Umfang an Exporten von Dermalogica-Produkten in die Schweiz. Von den befragten 20 deutschen und 20 US-amerikanischen Händlern haben lediglich drei deutsche Händler auf das Auskunftsbegehren des Sekretariats geantwortet, wobei lediglich zwei Antworten materielle Angaben enthielten. Die beiden Kosmetik Institute gaben an, keine Lieferungen von Dermalogica-Produkten in die Schweiz vorzunehmen. Ein Kosmetik Institut führte aus, es habe von seinen Lieferanten auch keine Weisungen betreffend den Export von Dermalogica-Produkten erhalten und hätte keine Nachteile zu befürchten, wenn es solche tätigen würde.

⁸⁷ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Mengen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

⁸⁸ [...].

199. Basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer kann zusammenfassend festgehalten werden, dass von Parallel- und Direktimporten kaum ein disziplinierender Effekt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb von Dermalogica-Produkten ausgeht.

Fazit

200. Das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten für Endkunden liegt basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich bei durchschnittlich rund 10 %. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise der Schweizer Kosmetik Institute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetik Institute. Auf Stufe Generalimporteur [...]. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden.

201. Die rudimentären Kenntnisse der Abnehmer von Care on Skin hinsichtlich Arbitragepotenzialen widerspiegeln sich in den lediglich punktuellen Importen. Die getätigten Importe sind zu gering, um einen disziplinierenden Effekt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb der Marke Dermalogica ausüben zu können. Zusammenfassend ist der vorhandene Intra- und Interbrand-Wettbewerb bei der Marke Dermalogica als bescheiden zu beurteilen.

B.3.2.2.3. Fazit

202. Der vorhandene Intra- und Interbrand-Wettbewerb bei der Marke Dermalogica ist als bescheiden zu beurteilen. Er reicht nicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

203. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Marken von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetik Institute abgesetzt werden, wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt untersucht.

B.3.2.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

Marktanteile und Marktkonzentration

204. Der Markt für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetik Institute abgesetzt werden, ist charakterisiert durch eine Vielzahl von Unternehmen. Statistiken oder Studien zu diesem Markt wurden auf Nachfrage des Sekretariats hin keine eingereicht.

205. Die nachfolgende Tabelle 4 führt die Namen der befragten Hersteller und Distributoren sowie die von ihnen vertriebenen Marken im relevanten Produktmarkt auf. Die angegebenen Marktanteilsschätzungen basieren auf Umsatzdaten, welche das Sekretariat bei den befragten Herstellern und Distributoren erhoben hat, sowie auf einer Schätzung des Gesamtmarktvolumens durch diese Marktteilnehmer. Diese Marktanteilsschätzungen sind als grobe Indikatoren zu lesen, da sie lediglich auf den Angaben der Anbieter basieren, die im Rahmen der Untersuchung befragt wurden. Die befragten Kosmetik Institute nannten zahlreiche weitere Anbieter und Marken (z.B. Belico, Carita, Dr. Baumann, Gerda Spillmann, Swiss Getal, Thalion etc.), die in Tabelle 4 mangels verfügbarer Umsatzdaten nicht aufgeführt sind.

206. Tabelle 4 enthält zwei Schätzungen von Marktanteilsdaten. Die erste Schätzung basiert auf dem durch die befragten Marktteilnehmer durchschnittlich geschätzten Marktvolumen⁸⁹ über den Verkaufskanal Kosmetik Institute und Hotel Spas in Höhe von rund CHF 70 Mio. Die zweite Schätzung basiert auf einem Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] Mio. Dieser Betrag ergibt sich durch die Addition der Umsätze sämtlicher befragten Hersteller und Distributoren. Da im Rahmen der Untersuchung lediglich eine Auswahl von Anbietern im relevanten Produktmarkt befragt wurde, ist dieses Marktvolumen als absolute Untergrenze zu lesen. Dies bedeutet, dass die ausgewiesenen Marktanteile der zweiten Schätzung als absolute Höchstwerte zu interpretieren sind. Tabelle 4 ist darüber hinaus das Mass zur Marktkonzentration K3, die Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer, zu entnehmen. [...]

⁸⁹ Es handelt sich hierbei um das durchschnittlich geschätzte Marktvolumen nach Eliminierung eines Ausreissers.

Tabelle 4: Marktteilnehmer, Marktanteilsschätzungen und Marktkonzentration

Hersteller/Distributor	Marke	Marktanteile basierend auf durchschnittlich geschätztem Gesamtumsatz über Kosmetikinstitute und Hotel Spas: CHF 70 Mio.			Marktanteile basierend auf Gesamtumsatz der befragten Marktteilnehmer über Kosmetikinstitute und Hotel Spas: CHF [...] Mio. (absolute Höchstwerte)		
		2009	2010	2011	2009	2010	2011
Babor Cosmetic AG	Babor	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Ligne St. Barth GmbH	Ligne St. Barth	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Med Beauty Swiss AG	Med Beauty	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Dermalogica Inc. / Care on Skin	Dermalogica	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Vanity Cosmetics AG	QMS	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Deynique Cosmetics GmbH	Deynique	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Clarins SA	Clarins	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Doyat Diffusion SA und Vanity Cosmetics AG	Thalgo	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Tanner SA	Payot	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
J.-P. Rosselet Cosmetics AG	Matis	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
	Methode Brigitte Kettner (MBK)	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Lipogen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Cellcosmet	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Dobi-Inter AG	Mila D'Opiz	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Maria Galland SA	Maria Galland	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Rest (z.B. Simon Keller AG, Skintes, Reviderm)	Rest (z.B. Hylagel, Pevonia, Reviderm, Horst Kirchnerberger)	[60–70] %	[60–70] %	[60–70] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
K3		[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %

Legende: K3: Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer. [...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

207. Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass es sich beim relevanten Produktmarkt um einen fragmentierten Markt mit einer tiefen Marktkonzentration handelt. Die Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer (K3) Babor Cosmetic AG, J.-P. Rosselet Cosmetics AG mit der Marke Matis und Maria Galland SA beläuft sich auf [10–20] % basierend auf dem durch die befragten Marktteilnehmer durchschnittlich geschätzten Gesamtumsatz in der Branche (erste Schätzung) und auf [40–50] %, wenn die Summe der Umsätze aller befragten Marktteilnehmer als Gesamtmarktumsatz zugrunde gelegt wird (zweite, sehr konservative Schätzung). Die Verfahrensadressatin Dermalogica hat selbst bei der konservativen Marktanteilsschätzung lediglich einen Marktanteil [von 0–10 %].

Marktanteilsentwicklung

208. Tabelle 4 zeigt auch die Marktanteilsentwicklung im Markt für Hautpflegeprodukte, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.

209. Da sich die vorliegend beobachteten Marktanteile in den meisten Fällen [...] bewegen, können schon Veränderungen von wenigen Prozentpunkten auf eine beträchtliche Marktdynamik hinweisen. Insgesamt scheinen die beobachteten Marktanteile dennoch keinen grossen Schwankungen unterworfen zu sein. Eine Erklärung hierfür ist, dass Kosmetikinstitute eine Marke nicht so rasch auswechseln, da die Einführung einer Marke laut Aussagen von Marktteilnehmern mit einem beträchtlichen Investitionsvolumen – die Ausstattung des Studios könne auf die Marke ausgerichtet sein, zudem könne eine hohe Lagerpflicht bestehen – und Schulungsaufwand verbunden sein. Die grosse Mehrheit der befragten Hersteller und Distributoren erwartete in den zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Befragung im Februar 2012 denn auch keine Innovationen, welche den Markt revolutionieren und zu beträchtlichen Marktanteilsverschiebungen führen könnten.

Produkt- und Preisdifferenzierung

210. Im relevanten Produktmarkt ist eine ausgeprägte Produktdifferenzierung zu beobachten, welche sich in einer Preisdifferenzierung niederschlägt. Zunächst hat der Konsument die Auswahl zwischen einer Vielzahl von Marken, welche in unterschiedlichen Preissegmenten angesiedelt sind (vgl. oben, Rz 166) und unterschiedliche Kundenbedürfnisse ansprechen. Daneben hat der Konsument innerhalb derselben Marke je nach Hautbe-

dürfnis die Auswahl zwischen verschiedenen Behandlungsmöglichkeiten. Laut Aussagen der befragten Marktteilnehmer kann eine Marke üblicherweise sämtliche Kundenbedürfnisse abdecken. Somit steht dem Schweizer Konsumenten ein breites Spektrum an Hautpflegeprodukten in verschiedenen Preisklassen zur Auswahl. Allerdings dürften sich die tendenziell tiefe Preissensitivität der Endkunden sowie die mangelnde Preistransparenz (vgl. oben, Rz 179) abschwächend auf den Interbrand-Preiswettbewerb der jeweiligen Marke auswirken.

Fazit

211. Eine Gesamtschau der dargelegten Erwägungen zum aktuellen Wettbewerb zeigt auf, dass auf dem relevanten Produktmarkt aktueller Interbrand-Wettbewerb vorliegt. Obwohl aktueller Wettbewerb besteht, wird der Vollständigkeit halber auch noch der potenzielle Wettbewerb untersucht.

B.3.2.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren

212. Das Sekretariat fragte Hersteller und Distributoren, wie sie die Markteintrittsbarrieren im relevanten Produktmarkt beurteilen. Die Markteintrittsbarrieren (Erwerb Know-how, Investitionen in Forschung und Entwicklung, Investitionen in Produktionsanlagen, Marken- und Imageaufbau, Aufbau von Geschäftsbeziehungen) wurden allgemein als hoch beurteilt. Die Investitionen zur Markterschliessung seien deshalb hoch, da zunächst eine eigene Vertriebsstruktur, die Logistik und ein Service-Team bestehend aus Trainern aufgebaut werden müsse. Nur das Zusammenspiel zwischen hochwertigen Produkten und Service würde die Chance auf einen adäquaten Geschäftserfolg eröffnen. Auch sei der diesbezügliche Zeitbedarf hoch, da der persönliche Beratungs- und Schulungsbedarf der Kosmetikinstitute sehr aufwändig sei. In Anbetracht der Vielzahl an Anbietern auf dem Schweizer Markt, die oftmals im Ausland ihre Wurzeln haben, scheinen die Markteintrittsbarrieren dennoch überwindbar zu sein.

Arbitragemöglichkeiten, Parallel- und Direktimporte

213. Von Anbietern, welche ausserhalb des räumlich relevanten Marktes – in casu der Schweiz – tätig sind, kann ebenfalls potenzieller Wettbewerb ausgehen. Um die Frage zu eruieren, welches Ausmass an Wettbewerbsdruck durch Parallelimporte (Importe durch Händler) und Direktimporte (Importe durch Konsumenten) auf den relevanten Produktmarkt ausgeht, fragte das Sekretariat Konkurrenten von Care on Skin – d.h. Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden – zum einen nach den prozentualen Einsparmöglichkeiten für Schweizer Kosmetikinstitute und Konsumenten bei einem Bezug der Hautpflegeprodukte im Ausland. Zum anderen wurden diese Marktteilnehmer gefragt, wie viele Prozente der jährlich von Schweizer Endkunden konsumierten Produkte dieser Marke schätzungsgemäss aus Parallelimporten durch Händler und Direktimporten durch Endkunden stammen.

214. Die internationalen Preisunterschiede bewegen sich laut den Antworten der Marktteilnehmer sowohl für Händler als auch für Endkunden in der Regel zwischen

0–20 %. Die Antworten zeigten zudem auch, dass Schweizer Kosmetikinstitute nicht nur bei der Marke Dermalogica (vgl. oben, Rz 201), sondern auch bei Konkurrenzmarken kaum Parallelimporte tätigen. Bei den meisten Marken liegt der Anteil an Parallelimporten im tiefen einstelligen Bereich. Bei den Direktimporten sieht die Situation ähnlich aus. Dieses Resultat legt nahe, dass Parallelimporte keinen bedeutenden Wettbewerbsdruck in der Schweiz zeitigen.

Fazit

215. Basierend auf den Angaben der befragten Marktteilnehmer ist das Ausmass an potenziellem Wettbewerb als bescheiden einzustufen.

B.3.2.2.3.3. Fazit

216. Der vorhandene aktuelle Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt reicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG widerlegen zu können.

B.3.2.3. Zwischenergebnis

217. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt widerlegt werden.

B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs?

218. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

219. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

B.3.3.1. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Vorbemerkung

220. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.⁹⁰ Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die

⁹⁰ RPW 2000/2, 209 Rz 50, Volkswagen Vertriebssystem.

WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezwecken, als vertikale Gebietsabsprache und als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.⁹¹ Dies entsprach auch Ziff. 3 Bst. b der damals geltenden Vertikalbekanntmachung der WEKO vom 18. Februar 2002.⁹²

221. In ihrer Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet werden und deshalb als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren sind.⁹³ Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert.

Abreden über absoluten Gebietsschutz

222. Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen betreffend die Behinderung oder Verhinderung von passiven Verkäufen in die Schweiz oder von passiven Verkäufen zwischen Regionen innerhalb der Schweiz gelten nach Massgabe von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek als qualitativ schwerwiegende Abreden. Folglich sind die Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote (vgl. oben, Rz 61) als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren. Dasselbe gilt für das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer.

Preisempfehlungen

223. Preisempfehlungen werden zum einen dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek). Zum anderen sind Preisempfehlungen auch in jenen Fällen qualitativ schwerwiegend, wenn es sich in der Tat um in Empfehlungsform gekleidete vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG handelt (vgl. Ziff. 10 Abs. 3 i.V.m. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek).

224. Sollten die Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Abnehmern abgibt, Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG konstituieren und unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen, was offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 115, 137 f.), würde es sich bei diesen Preisempfehlungen um qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek handeln.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

225. Internetverkäufe gelten als passive Verkäufe, ausser wenn sich Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten (Ziff. 3 VertBek). Eine Behinderung oder Verhinderung von Internetverkäufen wird deshalb von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek erfasst und gilt somit als qualitativ schwerwiegende Abrede. Dies entspricht der bisherigen Praxis der

WEKO⁹⁴ und jener der EU-Kommission.⁹⁵ Folglich ist sowohl das Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin als auch jenes in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern (vgl. oben, Rz 101 ff., 144 ff.) als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren.

B.3.3.2. Keine quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Vorbemerkung

226. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;⁹⁶ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen. Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.⁹⁷ Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht. Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt, um die Frage der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Dabei gilt es zudem zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).⁹⁸

⁹¹ RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., *Système de distribution Citroën*.

⁹² RPW 2002/2, 404, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*.

⁹³ Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2010/4, 679 Rz 233, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁹⁴ RPW 2011/3, 386 Rz 110, *Behinderung des Online-Handels*.

⁹⁵ Vertikal-Leitlinien (Fn 60), Rz 52.

⁹⁶ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

⁹⁷ RPW 2009/2, 143 ff. Rz 39 ff., *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff. Rz 170 ff., *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2010/4, 649 ff. Rz 160 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁹⁸ Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: "*En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets.*" RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*. Zur Begründung des Prinzips siehe die Ausführungen im Entscheid der WEKO in Sachen Nikon vom 28.11.2011, Rz 494 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

227. Im vorliegenden Fall zeigte die Wettbewerbsanalyse, dass die Unzulässigkeitsvermutung mit dem bestehenden Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. oben, Rz 203 ff.). Hinsichtlich des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs bezüglich Dermalogica-Produkte wird in Erinnerung gerufen, dass dieser als bescheiden beurteilt wurde (vgl. oben, Rz 202).

228. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der vorhandene Interbrand-Wettbewerb den beeinträchtigten Intra- und Interbrand-Wettbewerb kompensieren kann. Das Ausmass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb wurde bereits unter dem Titel der Unzulässigkeitsvermutung anhand verschiedener Kriterien diskutiert. Eine Wiederholung derselben Analyse erübrigt sich an dieser Stelle, da es in Kenntnis und unter Berücksichtigung dieses Resultats um die Frage geht, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen zu bejahen oder zu verneinen.

Abreden über absoluten Gebietsschutz

229. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit einer absoluten Gebietsschutzabrede nachzuweisen, in einer Gesamtbetrachtung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf den relevanten Produktmarkt.⁹⁹ Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.

- Marktstellung von Dermalogica-Produkten: Laut der Herstellerin Dermalogica habe die Marke in der Schweiz einen ausgezeichneten Ruf unter den Kosmetikerinnen; ausserhalb des Kreises dieser Fachkräfte sei die Marke jedoch weniger bekannt. 20 der befragten Kosmetikinstitute gaben denn auch an, dass es sich bei Dermalogica um eine wohlbekanntere Marke handelt, die im Markt gut positioniert ist, fünf weitere Kosmetikinstitute verneinten die Frage.¹⁰⁰ Gemäss Care on Skin sei Dermalogica in [...] sehr bekannt, der grösste Anteil der Kundschaft stamme denn auch aus [...]. [...] Der Schweizer Fachverband für Kosmetik (SFK) beurteilte Dermalogica als bekannte, jedoch nicht sehr stark positionierte Marke. Diese Angaben legen nahe, dass es sich bei der Marke Dermalogica zumindest nicht schweizweit – und wohl auch nicht bis auf Stufe der Konsumenten – um eine wohlbekanntere Marke handelt, die im Markt gut positioniert ist. Mit anderen Worten dürfte die Marke Dermalogica in der Schweiz keine generell wohlbekanntere Marke sein, die im Markt gut positioniert ist.
- Marktanteile: Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass die Marktanteile von Dermalogica schätzungsgemäss nur rund [0–10] % betragen; die dazugehörigen Umsätze beliefen sich im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich auf lediglich rund CHF [...]. Die Marktanteile sind somit als sehr gering und die Umsätze als bescheiden zu qualifizieren.

- Preisunterschiede zum Ausland: Auf Stufe Generalimporteur [...]. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise von Dermalogica-Produkten der Schweizer Kosmetikinstitute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetikinstitute. Das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten für Endkunden liegt basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich bei durchschnittlich rund 10 %. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden (vgl. oben, Rz 186 ff.).
- Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt: Aufgrund des sehr geringen Marktanteils und der bescheidenen Umsätze von Care on Skin konnten die identifizierten absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica für sich allein genommen lediglich vernachlässigbare Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen. Darüber hinaus hat Dermalogica die fraglichen Vertragsklauseln auf Empfehlung des Sekretariats hin angepasst und die ausländischen Abnehmer darüber informiert.

230. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung dieser Kriterien kommt die WEKO zum Ergebnis, dass die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten.

Preisempfehlungen

231. Bei qualitativ schwerwiegenden Abreden genügen im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek). Da im vorliegenden Fall offen gelassen wird, ob die im Markt identifizierten Preisempfehlungen den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen (vgl. oben, Rz 115, 137 f.), kann die Frage, ob es sich hierbei um qualitativ schwerwiegende Abreden handelt, nicht beantwortet werden (vgl. oben, Rz 223 f.).

232. Doch selbst wenn es sich bei den Preisempfehlungen von Care on Skin um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln sollte, kommt die WEKO insbesondere in Anbetracht der Marktanteile und Umsätze von Care on Skin (im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich rund CHF [...]) zum Schluss, dass die Preisempfehlungen von Care on Skin nur geringfügige Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen können. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass Care on Skin ihre Abnehmer (Kosmetikinstitute) auf Empfehlung des Sekretariats hin schriftlich darauf aufmerksam machte, dass die Preisempfehlungen unverbindlich sind, und sämtliche Preislisten entsprechend überarbeitet hat.

⁹⁹ Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

¹⁰⁰ Die Antwort von sieben Kosmetikinstituten war unklar, ein Kosmetikinstitut liess die Frage unbeantwortet.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

233. In Anbetracht der Marktanteile und Umsätze von Care on Skin mit Dermalogica-Produkten (im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich rund CHF [...]) kommt die WEKO zum Schluss, dass das Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin, welches zumindest vom 1. Januar 2011 bis am 9. respektive 11. November 2011 in Kraft war (vgl. oben, Rz 101 f.), sowie das Verbot des Online-Handels in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern, welches mindestens im Zeitraum vom Herbst 2006 bis am 9. November 2011 Gültigkeit hatte (vgl. oben, Rz 103), nur geringfügige Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen konnten. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146). Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Untersuchungsadressatinnen die Verbote des Online-Handels nach der Untersuchungseröffnung aufgehoben haben (vgl. oben, Rz 102 f.).

B.3.3.3. Fazit

Abreden über absoluten Gebietsschutz

234. Absolute Gebietsschutzabreden sind qualitativ schwerwiegende Abreden. Eine Analyse der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die einstigen Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote, welche zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurden, sowie des Vertriebssystems basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.) zeigte, dass diese Abreden – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten. Diese quantitativen Auswirkungen sind zu geringfügig, um die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren.

Preisempfehlungen

235. Die quantitativen Effekte der Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Händlern abgibt, vermögen den Wettbewerb nicht in erheblichem Ausmass zu beeinträchtigen, selbst wenn es sich bei diesen Preisempfehlungen um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln würde, die den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

236. Behinderungen des Online-Handels sind ebenfalls qualitativ schwerwiegende Abreden. Angesichts der geringfügigen möglichen quantitativen Auswirkungen der Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin und in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern stellen diese Verbote keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG dar. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146).

Keine Prüfung von möglichen Effizienzgründen

237. Da es sich bei den genannten Wettbewerbsbeschränkungen um unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen handelt, erübrigt sich eine Prüfung von allfälligen Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG.

B.3.4. Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen

238. Bei der Auswertung der Antworten von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen auf die Auskunftsbegleichen im Sinne von Art. 40 KG und der Analyse ihrer Vertriebsverträge stellte das Sekretariat fest, dass sich in diesen Verträgen vergleichbare Klauseln wie in den Vertragswerken der Untersuchungsadressatinnen fanden. Zudem gab die Mehrheit der Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen ihren Abnehmern Preisempfehlungen ab, die von einem bedeutenden Teil der Abnehmer befolgt wurden.

239. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt legt nahe, dass zumindest die Mehrzahl der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, die in den Vertriebsverträgen von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen identifiziert wurden, sowie der von den Konkurrenten abgegebenen Preisempfehlungen den Wettbewerb ebenfalls nicht erheblich beeinträchtigten. Offen ist jedoch, ob die Vertragsklauseln und die in der Branche häufig abgegebenen Preisempfehlungen infolge eines möglichen kumulativen Abschottungseffekts durch gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze (vgl. Ziff. 13 VertBek) den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermochten. Basierend auf den verfügbaren Informationen kann diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden. Angesichts der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt entschied das Sekretariat aus Gründen der Verhältnismässigkeit, auf weitere Marktabklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren. Dem sind alle vom Sekretariat kontaktierten Hersteller und Distributoren freiwillig nachgekommen, weshalb das Sekretariat keine weiteren Ermittlungen in der Sache mehr vornahm. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wurde auf eine Eröffnung der Untersuchung gegen die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen verzichtet.

C. Kosten

240. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹⁰¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

241. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.

¹⁰¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

242. Von einem Unterziehen ist auszugehen, wenn eine Unternehmung dem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Gleiches gilt auch, wenn eine Unternehmung, die aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, so dass das Verfahren gegenstandslos und eingestellt wird.¹⁰²

243. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.¹⁰³

244. Die Untersuchung wurde aufgrund der Vertragswerke und Verhaltensweisen von Care on Skin und Dermalogica gegen die soeben Genannten eröffnet respektive ausgedehnt. Care on Skin und Dermalogica haben das Verwaltungsverfahren folglich verursacht. Der Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Exportverbote in Gebiete ausserhalb des EWR und somit auch in die Schweiz, welche in den Vertriebsverträgen von Dermalogica enthalten waren, den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen konnten (vgl. oben, Rz 222, 229 f., 234). Aus demselben Grund sind die Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin und in der alten Kooperationsvereinbarung von Care on Skin mit ihren Abnehmern nicht rechtswidrig (vgl. oben, Rz 236). Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung als nicht rechtswidrig erwiesen haben sich auch die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, selbst wenn sie den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden (vgl. oben, Rz 223 f., 231 f. und 235). Mit anderen Worten haben sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärtet, weshalb die WEKO das Verfahren gegen Care on Skin und Dermalogica einstellt. Aus diesem Grund entfällt die Gebührenpflicht für Care on Skin und Dermalogica.

245. Zur Argumentation von Care on Skin, dass sie aufgrund ihrer Grösse gar keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden treffen könne und somit das Verfahren oder zumindest gewisse Abklärungen nicht notwendig waren, ist schliesslich festzuhalten, dass aus Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG und der gestützt hierauf erlassenen KMU-Bekanntmachung¹⁰⁴ bei Vorliegen von harten Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG), welche durch kleine und mittlere Unternehmen (KMU) abgeschlossen werden, keine Ausnahme von der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der im Einzelfall vorzunehmenden Erheblichkeitsprüfung abgeleitet werden kann. Somit können auch KMU wettbewerbsbeschränkende Abreden treffen und bei einem entsprechenden Verdacht gilt derselbe Prüfungsmechanismus wie für alle anderen Unternehmen.¹⁰⁵ Ausserdem gilt für die Wettbewerbsbehörden der Untersuchungsgrundsatz (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG).

246. Care on Skin verlangt schliesslich, es sei ihr eine Parteientschädigung auszurichten (vgl. oben, Rz 12, 28, 33 und 38 f.).

247. Auf das kartellrechtliche Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Weder das Kartellgesetz oder die dazugehörige Gebührenverordnung KG noch das Verwaltungsverfahrensgesetz oder die gestützt darauf erlassene Verordnung¹⁰⁶ sehen für das erstinstanzliche nichtstreitige Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Dementsprechend verneint die WEKO einen Anspruch auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen nichtstreitigen Kartellverwaltungsverfahren.¹⁰⁷ Dies wurde von der oberen Instanz bestätigt.¹⁰⁸

248. Gemäss Rechtsprechung liegt bezüglich des Anspruchs auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren keine echte Lücke vor,¹⁰⁹ womit kein Raum für die analoge Heranziehung von Rechtsnormen besteht. Es kann somit entgegen den Vorbringen von Care on Skin keine Regelung analog der Einstellung eines Strafverfahrens gewählt werden.

249. Im Weiteren lässt sich auch direkt aus der Bundesverfassung¹¹⁰ kein Anspruch auf eine Parteientschädigung ableiten.¹¹¹ Dem Antrag auf eine Parteientschädigung kann folglich mangels gesetzlicher Grundlage nicht stattgegeben werden.

D. Ergebnis

250. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist folgendes Ergebnis festzuhalten:

- Es wurden die folgenden Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt:
 - Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);

¹⁰² Zum Ganzen BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a N 8 m.w.H.

¹⁰³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

¹⁰⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 19.12.2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung).

¹⁰⁵ Zum Ganzen PATRIK DUCREY/CHRISTOPH TAGMANN, Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU, ZBJV 2007, 69 ff., 85 f. i.V.m. 78 f.

¹⁰⁶ Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0).

¹⁰⁷ RPW 2012/2, 423 Rz 1209 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; RPW 1999/3, 402 Rz 39, *Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe*.

¹⁰⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. Rz 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

¹⁰⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. E. 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*; BGE 132 II 47, 62 f. E. 5.2.

¹¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

¹¹¹ RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 714 f. E. 3.4 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

- Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
- Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin sowie zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern betreffend Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 ff.).
- Es wird offen gelassen, ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, den Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen (vgl. oben, Rz 115).
- Die oben aufgeführten Abreden über absoluten Gebietsschutz erfüllen den Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG.
- Es wird offen gelassen, ob die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt (vgl. oben, Rz 136 ff.), und die oben aufgeführten Abreden betreffend die Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 139 ff.) unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG fallen.
- Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt widerlegt werden.
- Die Prüfung der Erheblichkeit der identifizierten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkungen ergab folgendes Resultat:
 - Absolute Gebietsschutzabreden – wie die die einstigen Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote, welche zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurden, sowie das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer – sind qualitativ schwerwiegende Abreden. Eine Analyse der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch diese Abreden zeigte, dass sie – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten. Diese quantitativen Auswirkungen sind zu geringfügig, um die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren.
 - Die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, können den Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt angesichts des sehr geringen Marktanteils und der

bescheidenen Umsätze von Care on Skin nicht erheblich beeinträchtigen. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei den Preisempfehlungen von Care on Skin um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln würde. Mit anderen Worten sind die Preisempfehlungen von Care on Skin keine erheblichen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, selbst wenn sie den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden.

- Behinderungen des Online-Handels sind ebenfalls qualitativ schwerwiegende Abreden. Angesichts der geringfügigen möglichen quantitativen Auswirkungen der Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin sowie in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern, stellen diese Verbote keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 KG dar. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146).

251. Demzufolge sind die hier diskutierten Abreden über absoluten Gebietsschutz und Verbote des Online-Handels, an welchen die Verfahrensadressatinnen beteiligt waren, mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht rechtswidrig. Dasselbe gilt für die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern (Kosmetikinstituten) abgibt. Aus diesem Grund stellt die WEKO das Verfahren gegen Care on Skin und Dermalogica ein und erhebt keine Verfahrenskosten. Care on Skin wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die Care on Skin GmbH und die Dermalogica Inc. wegen möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG wird eingestellt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Care on Skin GmbH, vertreten durch [...]
 - Dermalogica Inc., in Carson, USA

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	2. Swatch Group Lieferstopp
--------------	------------------------------------

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Swatch Group Lieferstopp wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen The Swatch Group AG in Biel

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	215
A.1	Gegenstand der Untersuchung	215
A.2	Verfahren	216
A.3	Vorbringen von Sellita zum Verfahren	222
B	Erwägungen	223
B.1	Geltungsbereich	223
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	223
B.3	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	223
B.3.1	Marktbeherrschende Stellung	223
B.3.1.1	Relevante Märkte	224
B.3.1.1.1	Uhrwerke	224
B.3.1.1.2	Assortiments	228
B.3.1.1.3	Fertiguhren	230
B.3.1.2	Marktstellung	233
B.3.1.2.1	Mechanische Uhrwerke	233
B.3.1.2.2	Nivarox/Assortiments	241
B.3.1.2.3	Fertiguhren	250
B.3.1.3	Zwischenergebnis	252
B.3.2	Unzulässige Verhaltensweisen	252
B.3.2.1	Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG	252
B.3.2.2	Behinderungsmissbrauch	252
B.3.2.3	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen	254
B.3.2.3.1	Allgemeines	254
B.3.2.3.2	Historischer Hintergrund	254
B.3.2.4	Prüfung der Missbräuchlichkeit	257
B.3.2.4.1	Geschäftsverweigerung	257
B.3.2.4.2	Objektive Notwendigkeit des Inputs	257
B.3.2.4.3	Wettbewerbsbehinderung	258
B.3.2.4.4	Sachliche Rechtfertigungsgründe	263
B.3.2.5	Zwischenergebnis	266
B.3.3	Ergebnis	266
B.4	Massnahmen	266

B.4.1	Einvernehmliche Regelung I (evR I)	266
B.4.2	Vorbringen zur evR I	270
B.4.2.1.1	La Joux-Perret	270
B.4.2.1.2	Sellita	275
B.4.2.1.3	Swatch Group	277
B.4.2.1.4	Weitere Marktteilnehmer	278
B.4.3	Nichtgenehmigung der evR I	280
B.4.4	Neue einvernehmliche Regelung (evR II)	281
B.4.5	Inkraftsetzung	284
C	Kosten	284
D	Dispositiv	285

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung ist ein von Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) geplanter Lieferstopp von Uhrwerkskomponenten, namentlich mechanischen Uhrwerke von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) und Assortiments von Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox).

2. Die Swatch Group kontrolliert zahlreiche Unternehmen im Bereich der Uhrenindustrie, dazu gehören Unternehmen, welche Uhrenbestandteile wie Uhrwerke, Assortiments, Zifferblätter, Zeiger, Kronen, Gehäuse, Gläser und Armbänder herstellen sowie zahlreiche Uhrenmarken, darunter Swatch, Certina, Tissot, Rado, Longines, Omega, Blancpain und Breguet. Gemäss eigenen Angaben ist Swatch Group die weltweit grösste Herstellerin von Fertiguhren und in allen Marktsegmenten präsent. Das Unternehmen ist ebenfalls in der Herstellung und im Vertrieb von Schmuck tätig. Swatch Group erwirtschaftete im Jahr 2012 mit ungefähr 29'000 Beschäftigten einen Umsatz von CHF 8,1 Mia. und einen Konzerngewinn von rund CHF 1,6 Mia.¹

3. ETA wird zu 100 % von der Swatch Group kontrolliert. ETA ist u.a. in der Herstellung und dem Vertrieb von mechanischen Uhrwerken und in der Produktion von Quarz-Uhrwerken sowie Produktion von Uhren der Marken Swatch und flik flak tätig.

¹ Vgl. Geschäftsbericht der Swatch Group 2012.

4. Nivarox wird ebenfalls zu 100 % von der Swatch Group kontrolliert und ist in der Herstellung und im Vertrieb von sog. Assortiments tätig. Ein Assortiment bildet den regulierenden und hemmenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks und besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker.² Ein Assortiment wird benötigt, um aus einem Ebauche („Bausatz“ oder Kit eines mechanischen Uhrwerks) ein funktionierendes mechanisches Uhrwerk herzustellen.

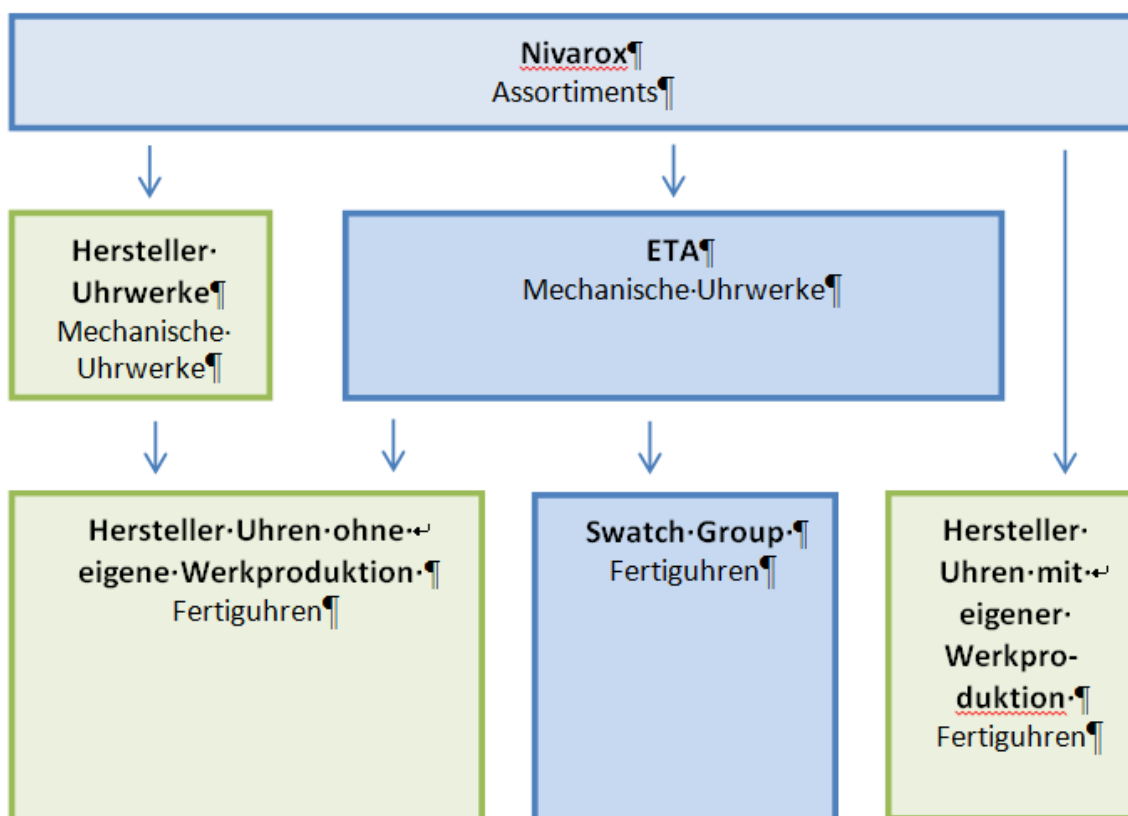
5. Swatch Group plante ursprünglich, die Lieferungen von ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenigen für Nivarox-Produkte bis Ende des Jahres 2014

einzustellen. Erste Reduktionsschritte sollten auf Ende 2011 umgesetzt werden.³

6. Swatch Group begründete ihre beabsichtigte Liefer-einstellung für Drittkunden im Wesentlichen mit Kapazi-tätsgpässen bei ihren Tochtergesellschaften ETA und Nivarox, welche dazu führten, dass die Swatch Group die Bedürfnisse der eigenen Uhrenmarken nicht ausrei-chend befriedigen könne. Weiter brachte Swatch Group Argumente der Fälschungsbekämpfung vor.⁴

7. Zur Illustration der genannten Teile kann folgende, stark vereinfachte Grafik herangezogen werden:

Abbildung 1: ETA und Nivarox resp. deren Abnehmer



8. Ziel der Untersuchung war es, abzuklären, ob der von der Swatch Group angekündigte Lieferstopp gegen das Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) verstösst. Insbesondere könnte der Lieferstopp zu einer Behinderung von Mitbewerbern von Swatch Group im Bereich der mechanischen Uhrwerke und/oder der mechanischen Fertiguhren führen. In der Untersuchung wurde in erster Linie geprüft, ob alternative Bezugsquellen zur Swatch Group bestehen und in welchem Zeitraum solche allenfalls aufgebaut werden könnten.

A.2 Verfahren

9. Am 18. Dezember 2009 kündigte der damalige Präsident des Verwaltungsrats der Swatch Group in der Presse an, die Lieferungen von Uhrwerkskomponenten an Abnehmer ausserhalb der Swatch Group (nachfolgend: Drittabnehmer oder Drittkunden) einstellen zu

wollen und liess verlauten, mit den Wettbewerbsbehörden diesbezüglich Kontakt aufnehmen zu wollen.⁵ Im Zusammenhang mit dem geplanten Lieferstopp ersuchte die Swatch Group im Frühjahr 2010 das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) um ein Gespräch, welches am 28. April 2010 stattfand. Anlässlich dieser Besprechung informierte die Swatch Group das Sekretariat über ihre Absichten und erläuterte ihre geplante Vorgehensweise in groben Zügen.

² Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 Rz 3, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*; RPW 2006/1, 53 Rz 30, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

³ Vgl. act. n° 10, S. 27.

⁴ Vgl. act. n° 10, S. 4.

⁵ L'AGEFI vom 18. Dezember 2009.

10. Das Sekretariat kam aufgrund des von der Swatch Group skizzierten Lieferstopps zur Überzeugung, dass weitere Informationen benötigt werden. Mit Schreiben vom 14. Mai 2010 stellte das Sekretariat der Swatch Group einen Fragenkatalog zu.⁶ Die Swatch Group wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 7. September 2010 an das Sekretariat und ersuchte um eine Besprechung.⁷ Die entsprechende Sitzung fand am 16. September 2010 statt. Im Rahmen dieser Besprechung teilte die Swatch Group mit, dass sich der geplante Lieferstopp auf die Bereiche mechanische Uhrwerke und Assortiments beschränke.

11. Die Antworten auf den obengenannten Fragenkatalog gingen danach am 3. Februar 2011 beim Sekretariat ein.⁸ Demnach plante Swatch Group, einen ersten Reduktionsschritt bereits auf Ende 2011 umzusetzen.⁹ Die Swatch Group beabsichtigte, einen sog. Ausphasierungsplan auszuarbeiten und verwies dabei auf das Verfahren in Sachen Phasing-Out von Ebauches.¹⁰ Am 29. April 2011 fand eine weitere Besprechung mit der Swatch Group statt, anlässlich derer die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens erörtert wurde.¹¹

12. Am 13. Mai 2011 stellte das Sekretariat den Verfügungsentwurf betreffend vorsorgliche Massnahmen Swatch Group zur Stellungnahme zu.¹² Die entsprechende Stellungnahme ging am 19. Mai 2011 beim Sekretariat ein.¹³

13. Am 26. Mai 2011 gab Swatch Group eine Verpflichtungserklärung für die Lieferung mechanischer Uhrwerke und Assortiments während der Dauer des Untersuchungsverfahrens ab. Diese sah vor, dass Swatch Group Drittkunden vorerst in vollem Umfang weiter beliefern muss. Im Jahr 2012 konnte Swatch Group die Lieferung mechanischer Uhrwerke auf 85 % und von Assortiments auf 95 % der Menge, welche 2010 bezogen wurde, reduzieren.¹⁴

14. Gestützt darauf erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) am 6. Juni 2011 vorsorgliche Massnahmen und eröffnete gleichentags eine Untersuchung gegen die Swatch Group. Die Untersuchungseröffnung wurde Swatch Group am 7. Juni 2011 kommuniziert.¹⁵ Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels Pressemitteilung (8. Juni 2011) und amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG (21. Juni 2011) bekannt.¹⁶

15. Mit Verfügung vom 6. Juni 2011¹⁷ genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group betreffend vorsorgliche Massnahmen (nachfolgend: VvM). Swatch Group verpflichtete sich darin, Drittkunden vorerst in vollem Umfang weiter zu beliefern. Im Jahr 2012 konnte Swatch Group die Lieferungen mechanischer Uhrwerke auf 85 % (für Kunden, welche die Produkte in ihre eigenen Uhren einbauen) der Menge, welche 2010 bezogen wurde, reduzieren. Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten, wurden 2012 noch mit 70 % der Menge 2010 beliefert. In Bezug auf Assortiments wurde Swatch Group verpflichtet, im Jahr 2012 95 % der Menge, welche 2010 bezogen wurde, zu liefern. Schliesslich wurde festgehalten,

dass abweichende Vereinbarungen zwischen ETA bzw. Nivarox und den einzelnen Kunden von der einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen dürfen. Die Regelung wurde für die Dauer des Untersuchungsverfahrens resp. bis längstens am 31. Dezember 2012 abgeschlossen.

16. Mit Schreiben vom 9. Juni 2011 wandte sich Manufacture La Joux-Perret SA (nachfolgend: LJP) an das Sekretariat. LJP produziert eigene mechanische Uhrwerke im oberen Preissegment, modifiziert Basis-Uhrwerke und stellt Uhrwerkskomponenten her. LJP beantragte, ihre Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 Swatch Group Lieferstopp anzuerkennen. Daneben bat LJP das Sekretariat um ein persönliches Gespräch, um einige für sie wichtige Punkte darzulegen.¹⁸ Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 teilte das Sekretariat LJP mit, dass ihrem Antrag auf Parteistellung nicht stattgegeben werden könne; gleichzeitig unterbreitete das Sekretariat LJP zwei Terminvorschläge.¹⁹

17. Am 8. und 17. Juni 2011 versandte das Sekretariat Fragebögen an eine Auswahl von insgesamt 62 Kunden und Konkurrenten von Swatch Group, darunter drei ausländische Unternehmen aus Deutschland und Japan. Die entsprechenden Antworten gingen bis zum 19. September 2011 ein. Auf Nachfrage diverser Marktteilnehmer versandte das Sekretariat danach weitere Fragebögen. Die Antworten darauf gingen im Wesentlichen bis zum 3. November 2011 ein. Insgesamt wurden demnach 76 Unternehmen befragt. Das Sekretariat erhielt insgesamt 58 beantwortete Fragebögen zurück.²⁰

18. Die Verfügung der WEKO betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde nach der Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse am 23. Juni 2011 auf der Website www.weko.ch publiziert. Mehrere Unternehmen der Uhrenbranche (Konkurrenten und Kunden von ETA resp. Nivarox) erhoben gegen die VvM Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer). Insgesamt gingen elf Beschwerden ein, darunter Beschwerden der Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) und LJP. Im Anschluss hat eine Beschwerdeführerin ihre Beschwerde zurückgezogen, eine zweite hat den Kostenvorschuss ans BVGer nicht bezahlt.

⁶ Vgl. act. n° 6.

⁷ Vgl. act. n° 7.

⁸ Vgl. act. n° 10.

⁹ Vgl. dazu RPW 2011/3, 407 Rz 51, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁰ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

¹¹ Vgl. act. n° 18.

¹² Vgl. act. n° 22.

¹³ Vgl. act. n° 24.

¹⁴ Vgl. act. n° 26.

¹⁵ Vgl. act. n° 30.

¹⁶ Vgl. act. n° 31 sowie Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 118 vom 21.06.2011, S. 39.

¹⁷ Vgl. dazu RPW 2011/3, 400 ff. Rz 51, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁸ Vgl. act. n° 37.

¹⁹ Vgl. act. n° 41.

²⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

19. Sellita reichte am 1. Juli 2011 einen Antrag auf Parteistellung ein.²¹ Sellita ist der grösste Abnehmer von mechanischen ETA-Uhrwerken und stellt eigene mechanische Uhrwerke her. Mit Schreiben vom 6. Juli 2011 lehnte das Sekretariat den Antrag von Sellita ab.²²

20. Am 7. Juli 2011 reichten LVMH Swiss Manufactures SA (nachfolgend: LVMH), TAG Heuer, succursale de LVMH Swiss Manufactures SA (nachfolgend: Tag Heuer) und Zenith, succursale de LVMH Swiss Manufactures SA (nachfolgend: Zenith) ein Gesuch auf Parteistellung ein. Die Antragstellerinnen sind Kunden von Swatch Group und stellen u.a. mechanische Fertiguhrer her.²³ Der Antrag auf Parteistellung wurde mit Schreiben vom 13. Juli 2011 abgelehnt. Die Unternehmen wurden aber als beteiligte Dritte nach Art. 43 Abs. 1 KG zum Verfahren zugelassen.²⁴

21. Am 8. Juli 2011 fand in den Büroräumlichkeiten des Sekretariates eine Besprechung mit LJP statt.²⁵ Im Rahmen der Besprechung machte LJP verschiedene materielle Ausführungen zum beabsichtigten Lieferstopp der Swatch Group, machte das Sekretariat darauf aufmerksam, dass sie mit der Ablehnung der Parteistellung nicht einverstanden sind und kündigte schliesslich an, Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 6. Juni 2011 zu erheben.

22. Mit Schreiben vom 13. Juli 2011 wandte sich LJP betreffend die Ablehnung der Parteistellung mit einem Wiedererwägungsgesuch an das Sekretariat, verbunden mit der Information, dass sie parallel zum erwähnten Gesuch eine entsprechende Beschwerde beim BVGer eingereicht hätte. Mit Schreiben vom 14. Juli 2011 hiess das Sekretariat das Wiedererwägungsgesuch gut und räumte LJP die Parteistellung ein.²⁶ Dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechend räumte das Sekretariat mit Schreiben vom 20. Juli 2011 auch Sellita die Parteistellung ein.²⁷ Swatch Group wurde vom Sekretariat darüber mit Schreiben vom 20. Juli 2011 informiert.²⁸

23. Am 14. Juli 2011 meldete Titoni AG (nachfolgend: Titoni) ihre Beteiligung am Verfahren im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an.²⁹ Titoni ist Kundin von Swatch Group und stellt u.a. mechanische Fertiguhrer her.

24. Am 19. Juli 2011 stellte Oris SA (nachfolgend: Oris) einen Antrag auf Parteistellung.³⁰ Dieser wurde mit Schreiben vom 21. Juli 2011 abgelehnt.³¹ Oris ist Kundin von Swatch Group und stellt u.a. mechanische Fertiguhrer her.

25. Am 21. Juli 2011 meldeten Richemont International SA (nachfolgend: Richemont) sowie deren Tochterunternehmen Manufacture Horlogère ValFleurier, Baume & Mercier, Manufacture Cartier, IWC Schaffhausen, Manufacture Jaeger-LeCoultre, Lange Uhren GmbH, Montblanc Montre SA, Officine Panerai, Piaget, Manufacture Roger Dubuis SA und Vacheron Constantin ihre Beteiligung am Verfahren im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG an.³² [...]³³

26. Mit Zwischenverfügung vom 26. Juli 2011 betreffend die Beschwerde von LJP in Sachen Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 forderte das BVGer diese auf, bis zum 16. August 2011 einen Kostenvorschuss zu leisten. Gleichzeitig wurde die WEKO ersucht, sich bis

zum 8. August 2011 zum Verfahrensantrag von LJP zu äussern und, zusätzlich, bis zum 31. August 2011 eine Vernehmlassung unter Beilage der gesamten Akten einzureichen.

27. Mit Schreiben vom 2. August 2011 baten LVMH, Tag Heuer und Zenith das Sekretariat, seine negative Entscheidung bezüglich Parteistellung vom 13. Juli 2011 in Wiedererwägung zu ziehen.³⁴ Am 5. August 2011 teilte das Sekretariat den Antragstellerinnen mit, dass es mit Verweis auf das hängige Beschwerdeverfahren vor dem BVGer nicht auf das Wiedererwägungsgesuch eintrete.³⁵

28. Mit Eingabe vom 5. August 2011 reichte die WEKO dem BVGer ihre Vernehmlassung zur Beschwerde von LJP betreffend Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 inkl. Beilagen ein. Da LJP die Parteistellung wiedererwägungshalber eingeräumt wurde, beantragte die WEKO infolge nachträglichen Dahinfallens des Rechtsschutzinteresses der LJP, die Beschwerde als gegenstandslos abzuschreiben. Mit Abschreibungsentscheid vom 16. August 2011 verfügte das BVGer, dass die Beschwerde der LJP betreffend Parteistellung in der Untersuchung 32-0224 als gegenstandslos abgeschrieben wird und dass der geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet wird unter Entschädigungsfolge zu Lasten der WEKO.

29. Mit Eingabe vom 15. August 2011 an das Sekretariat stellte LJP folgende Anträge betreffend die vorliegende Untersuchung:³⁶

„1 Hauptbegehren

1.1 The Swatch Group AG sei zu verpflichten, Nivarox-FAR S.A. an einen unabhängigen Dritten zu veräussern.

1.2 Nivarox-FAR S.A. sei zu verpflichten, Manufacture La Joux-Perret SA uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz zu beliefern.

1.3 ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verpflichten, Manufacture La Joux-Perret SA uneingeschränkt mit Mouvements jeden Kalibers zu beliefern.

1.4 Nivarox-FAR S.A., The Swatch Group AG sowie allen von The Swatch Group AG kontrollierten Gesellschaften sei zu verbieten, Manufacture La Joux-Perret SA gegenüber anderen Kunden (insbesondere auch gegenüber durch The Swatch Group AG kontrollierten Gesellschaften) zu diskriminieren.

1.5 Nivarox-FAR S.A. und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verbieten, von Manufacture La Joux-Perret SA unangemessene Geschäftsbedingungen zu verlangen.

²¹ Vgl. act. n° 66.

²² Vgl. act. n° 76.

²³ Vgl. act. n° 90.

²⁴ Vgl. act. n° 116.

²⁵ Vgl. act. n° 95.

²⁶ Vgl. act. n° 134.

²⁷ Vgl. act. n° 164.

²⁸ Vgl. act. n° 163.

²⁹ Vgl. act. n° 129.

³⁰ Vgl. act. n° 157.

³¹ Vgl. act. n° 170.

³² Vgl. act. n° 169.

³³ Vgl. act. n° 244.

³⁴ Vgl. act. n° 203.

³⁵ Vgl. act. n° 208.

³⁶ Vgl. act. n° 224.

1.6 *The Swatch Group sei zu verpflichten, sicherzustellen, dass The Swatch Group AG und die von ihr kontrollierten Gesellschaften die vorstehenden Verpflichtungen einhalten.*

2 *Eventualiter, falls das Hauptbegehren abgewiesen wird:*

2.1 *Nivarox-FAR S.A. sei zu verpflichten, Manufacture La Joux-Perret SA uneingeschränkt mit Assortiments jeder Referenz zu beliefern.*

2.2 *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verpflichten, Manufacture La Joux-Perret SA uneingeschränkt mit Mouvements jeden Kalibers zu beliefern.*

2.3 *The Swatch Group AG sowie allen von The Swatch Group AG kontrollierten Gesellschaften sei zu verbieten, Manufacture La Joux-Perret SA gegenüber anderen Kunden (insbesondere auch gegenüber durch The Swatch Group AG kontrollierten Gesellschaften) zu diskriminieren.*

2.4 *Nivarox-FAR S.A. und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sei zu verbieten, von Manufacture La Joux-Perret SA unangemessene Geschäftsbedingungen zu verlangen.*

2.5 *The Swatch Group sei zu verpflichten, sicherzustellen, dass The Swatch Group AG und die von ihr kontrollierten Gesellschaften die vorstehenden Verpflichtungen einhalten.*

3 *Alles unter Kostenfolgen zulasten von The Swatch Group AG und der von ihr kontrollierten Tochtergesellschaften.*

30. Am 19. August 2011 besichtigte das Sekretariat den Produktionsbetrieb von Nivarox in Le Locle.³⁷

31. Am 1. September 2011 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit Titoni statt.³⁸

32. Mit E-Mail vom 28. September 2011 übermittelte das Sekretariat LJP auf Anfrage vom Vortag die Aktenstücke 6, 9, 10, 14, 16 und 93.³⁹

33. Am 19. Oktober 2011 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit Sellita statt.⁴⁰

34. Am 3. November 2011 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit der Société de Fabricants Horlogères Suisses (nachfolgend: SAH) statt. SAH ist eine Einkaufsgemeinschaft für Uhrwerkskomponenten von Swatch Group, welcher etwa 70 Unternehmen angehören.⁴¹

35. Mit Schreiben vom 07. November 2011 verlangte das Sekretariat von Swatch Group eine Stellungnahme betreffend die Auslegung der einvernehmlichen Regelung vom 6. Juni 2011 sowie zu verschiedenen Sachverhalten bezüglich möglicher Behinderungen⁴² von Drittunternehmen.⁴³ Diese Stellungnahme ging mit Schreiben vom 21. November 2011 beim Sekretariat ein.⁴⁴ Mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 bat das Sekretariat Swatch Group einige Fragen zu beantworten und gewisse Dokumente einzureichen.⁴⁵ Mit Schreiben vom 13. Januar 2012 reichte Swatch Group die Antworten und Dokumente ein.⁴⁶

36. Am 21. November 2011 besichtigte das Sekretariat die Produktion von LJP und führte ein Gespräch vor Ort.⁴⁷ Ebenfalls am 21. November 2011 besichtigte das Sekretariat die Produktion von Sellita und führte ein Gespräch vor Ort.⁴⁸

37. Mit Urteilen vom 14. Dezember 2011 betreffend die Beschwerden von LJP, Sellita und weiteren Beschwerdeführerinnen in Sachen VvM wies das BVGer die Beschwerden ab und verfügte, dass die Urteilsbegründun-

gen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen werden. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen. Die Urteilsbegründungen wurden vom BVGer am 27. Januar 2012 versandt. Darin führte das BVGer im Wesentlichen aus, dass die Beschwerdeführerinnen nicht glaubhaft gemacht hätten, dass durch die VvM der wirksame Wettbewerb bedroht sei, sondern vielmehr ihre Ansichten und Einschätzungen zu materiellen kartellrechtlichen Fragen vorbringen würden, welche durch die WEKO in der Untersuchung zu prüfen, nicht aber im Beschwerdeverfahren zu den vorsorglichen Massnahmen zu hören seien. Demgegenüber sei die von der WEKO genehmigte einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und Swatch Group als geeignete und erforderliche Massnahme zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs anzusehen, da sie während der Untersuchung den Abnehmerinnen von ETA und Nivarox eine im Voraus bestimmbare Liefermenge sicherstelle. Die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen erschienen auch zeitlich nicht unangemessen, da sie bis zum Abschluss der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gelten würden und jederzeit bei veränderten Verhältnissen von der WEKO abgeändert werden könnten.⁴⁹ Da keine der Beschwerdeführerinnen dieses Urteil angefochten hat, ist es in der Folge in Rechtskraft erwachsen.

38. Am 1. Februar 2012 fand eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group statt, anlässlich derer der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung angedacht und erste Punkte diskutiert wurden.⁵⁰

39. Mit Schreiben vom 10. resp. 13. Februar 2012 informierte das Sekretariat sämtliche im Rahmen der vorliegenden Untersuchung befragten Unternehmen der Uhrenindustrie über die Urteile des BVGer sowie das weitere Vorgehen und kündigte dabei an zu erwägen, der WEKO die im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen genehmigte einvernehmliche Regelung (siehe Rz 15 hiervor) um ein Jahr zu verlängern.⁵¹

40. Mit Schreiben vom 27. Februar 2012 stellte das Sekretariat Swatch Group den von ihm erarbeiteten ersten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung zur Stellungnahme zu.⁵²

³⁷ Vgl. act. n° 75.

³⁸ Vgl. act. n° 270.

³⁹ Vgl. act. n° 337.

⁴⁰ Vgl. act. n° 430.

⁴¹ Vgl. act. n° 393.

⁴² Während der Dauer des Verfahrens haben sich verschiedene Drittkunden beim Sekretariat wegen möglicher Behinderungen resp. Verletzungen der vorsorglichen Massnahmen gemeldet; vgl. act. n° 47, 214, 340, 341, 478, 503, 515, 689, 775, 778, 785.

⁴³ Vgl. act. n° 403.

⁴⁴ Vgl. act. n° 414.

⁴⁵ Vgl. act. n° 455.

⁴⁶ Vgl. act. n° 476.

⁴⁷ Vgl. act. n° 349.

⁴⁸ Vgl. act. n° 351 und 352.

⁴⁹ Vgl. act. n° 482 bis 491.

⁵⁰ Vgl. act. n° 494.

⁵¹ Vgl. act. n° 497, 498, 499.

⁵² Vgl. act. n° 508.

41. Am 26. März 2012 ging die Stellungnahme von Swatch Group zum ersten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung beim Sekretariat ein.⁵³

42. Am 11. April 2012 fand eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group statt, anlässlich derer einzelne Punkte des ersten Entwurfes einer einvernehmlichen Regelung diskutiert resp. einzelne Punkte (neu) verhandelt wurden. In diesem Rahmen kündigte das Sekretariat der Swatch Group gegenüber an, der WEKO die Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen um ein Jahr zu beantragen und begründete dies im Wesentlichen mit dem Umstand, dass angesichts der komplexen Fragestellungen nicht mit einem Abschluss der Untersuchung bis zum Ablauf der vorsorglichen Massnahmen zu rechnen sei. Das Sekretariat forderte die Swatch Group auf, sich binnen zehn Tagen zu diesem Vorhaben zu äussern. Swatch Group signalisierte ihr grundsätzliches Einverständnis, fügte aber an, dass sie eine weitere Reduktion der Referenzmengen für das Jahr 2013 begrüssen würde.⁵⁴

43. Am 20. April 2012 stellte das Sekretariat der Swatch Group den zweiten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung zur Stellungnahme zu.⁵⁵ Mit Schreiben vom 3. Mai 2012 nahm die Swatch Group dazu Stellung.⁵⁶

44. Mit Schreiben vom 20. April 2012 nahm Swatch Group zur beabsichtigten Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen Stellung. Darin brachte die Swatch Group vor, dass es richtig wäre, eine Verlängerung der VvM bis Ende 2013 mit einem weiteren Abbauschnitt in allen Bereichen zu verbinden. Die Swatch Group betonte aber, dass sie sich einer Übergangslösung bis Ende 2013 mit gleichen Konditionen wie 2012 nicht widersetzen werde.⁵⁷

45. Am 25. April 2012 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien den Entwurf der Verlängerung der VvM mit Frist zur Stellungnahme bis am 3. Mai 2012 zu.⁵⁸ Die Stellungnahmen der Verfahrensparteien gingen fristgerecht ein.⁵⁹

46. Am 14. Mai 2012 informierte das Sekretariat die Swatch Group, LJP und Sellita, dass die WEKO am 7. Mai 2012 beschlossen hat, die vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011 um ein Jahr zu verlängern.⁶⁰ Die Öffentlichkeit wurde am 15. Mai 2012 mit einer Pressemitteilung über den Entscheid der WEKO informiert. Am 16. Mai 2012 wurde die Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen inklusive Begründung der Swatch Group, LJP und Sellita zugestellt.⁶¹

47. Am 24. Mai 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit der Swatch Group über die vorsorglichen Massnahmen und den Entwurf der einvernehmlichen Regelung statt.⁶²

48. Am 31. Mai 2012 liess das Sekretariat der Swatch Group den Entwurf der einvernehmlichen Regelung, der den Marktteilnehmern zur Stellungnahme zugestellt werden sollte, zukommen.⁶³ Am 7. Juni 2012 bestätigte die Swatch Group, dass dieser Entwurf grundsätzlich den Verhandlungsergebnissen entspricht. Allerdings ergänzte die Swatch Group einige Punkte resp. stellte sie klar.⁶⁴

49. Am 18. Juni 2012 versandte das Sekretariat den Entwurf der einvernehmlichen Regelung an insgesamt 64 Kunden und Konkurrenten von Swatch Group und lud sie ein, zu diesem Stellung zu nehmen. Bis zum 18. Juli 2012 lud das Sekretariat weitere 5 Unternehmen ein, eine Stellungnahme abzugeben. Insgesamt wurde der Entwurf der einvernehmlichen Regelung an 69 Unternehmen versandt. Weil viele Unternehmen das Bedürfnis nach einer französischen Version des Entwurfs der einvernehmlichen Regelung geäussert haben, hat das Sekretariat am 4. Juli 2012 der guten Ordnung halber allen Unternehmen eine französische Übersetzung des Entwurfs zugesandt.⁶⁵ Massgeblich blieb jedoch ausschliesslich die deutsche Version. Die Stellungnahmen gingen bis zum 19. September 2012 ein. Das Sekretariat erhielt insgesamt 39 Stellungnahmen.⁶⁶

50. Am 18. Juni 2012 liess das Sekretariat der Swatch Group, LJP und Sellita die bereinigten Verfahrensakten bis zum Stand 16. Mai 2012 zukommen.⁶⁷

51. Ebenfalls am 18. Juni informierte das Sekretariat die Swatch Group über den Versand des Entwurfes der einvernehmlichen Regelung an die Marktteilnehmer und stellte ihr einige Präzisierungsfragen.⁶⁸ Mit Schreiben vom 6. Juli beantwortete die Swatch Group diese Fragen und reichte die geforderten Beilagen ein.⁶⁹ Am 9. August 2012 stellte das Sekretariat der Swatch Group weitere Fragen betreffend Ersatzteillieferungen und Komponenten aus Silizium.⁷⁰ Mit Schreiben vom 13. September beantwortete die Swatch Group diese Fragen und reichte die geforderten Beilagen ein.⁷¹

52. Am 20. September 2012 versandte das Sekretariat alle bisher bereinigten Stellungnahmen an die Swatch Group.⁷² Am 24. September 2012 versandte das Sekretariat die gleichen Stellungnahmen an LJP und Sellita.⁷³ Am 2. Oktober 2012 versandte das Sekretariat die restlichen Stellungnahmen an die Swatch Group, LJP und Sellita.⁷⁴

53. Am 24. September 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit LJP statt.⁷⁵ Ebenfalls am 24. September 2012 fand in den Räumlichkeiten des

⁵³ Vgl. act. n° 513, 514.

⁵⁴ Vgl. act. n° 519, 524.

⁵⁵ Vgl. act. n° 525.

⁵⁶ Vgl. act. n° 536.

⁵⁷ Vgl. act. n° 523.

⁵⁸ Vgl. act. n° 526, 527, 528.

⁵⁹ Vgl. act. n° 531, 532, 533, 535.

⁶⁰ Vgl. act. n° 550, 551, 552.

⁶¹ Vgl. act. n° 557, 558, 559.

⁶² Vgl. act. n° 560.

⁶³ Vgl. act. n° 562.

⁶⁴ Vgl. act. n° 563.

⁶⁵ Vgl. act. n° 634 bis 649.

⁶⁶ Vgl. act. n° 604, 626, 627, 628, 632, 655, 656, 666, 675, 678, 684, 686, 687, 689, 690, 692, 693, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 707, 708, 709, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 719, 728.

⁶⁷ Vgl. act. n° 575, 576, 577.

⁶⁸ Vgl. act. n° 566.

⁶⁹ Vgl. act. n° 654.

⁷⁰ Vgl. act. n° 683.

⁷¹ Vgl. act. n° 720.

⁷² Vgl. act. n° 729.

⁷³ Vgl. act. n° 733, 734.

⁷⁴ Vgl. act. n° 742 bis 744.

⁷⁵ Vgl. act. n° 737.

Sekretariates ein Gespräch mit der Accurat Swiss AG statt.⁷⁶ Die Accurat Swiss AG ist ein Unternehmen, welches ein Projekt zur Herstellung von mechanischen Uhrwerken lanciert hat.

54. Am 26. September 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein weiteres Gespräch mit der Swatch Group statt, bei dem über Anpassungen am Entwurf der einvernehmlichen Regelung aufgrund der Befragung der betroffenen Unternehmen gesprochen wurde. Die einvernehmliche Regelung wurde dabei zugunsten der betroffenen Unternehmen angepasst.⁷⁷

55. Am 8. Oktober 2012 sandte das Sekretariat der Swatch Group einen angepassten Entwurf der einvernehmlichen Regelung zu.⁷⁸ Am 22. Oktober 2012 wurde derselbe Entwurf an Sellita und LJP versandt.⁷⁹ Mit Schreiben vom 2., 16. und 22. November 2012 nahmen Sellita, LJP und Swatch Group Stellung zum neuen Entwurf.⁸⁰

56. Am 28. Oktober 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit der Mimotec SA und einem Vertreter der Sigatec SA, resp. Ulysse Nardin statt.⁸¹ Mimotec SA ist ein Unternehmen, welches in den Bereichen Mikrotechnik und Mikromechanik beheimatet ist. Sigatec SA ist eine gemeinsame Tochtergesellschaft der Mimotec SA und Ulysse Nardin. Sigatec SA ist darauf spezialisiert ist, Komponenten für mechanische Uhrwerke aus Silizium zu fabrizieren.

57. Am 12. Dezember 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine abschliessende Besprechung mit der Swatch Group betreffend die einvernehmliche Regelung statt. Im Nachgang dazu wurden gewisse Formulierungen der einvernehmlichen Regelung I (nachfolgend: evR I) zwischen der Swatch Group und dem Sekretariat fertig verhandelt.⁸²

58. Am 7. Februar 2013 stellte das Sekretariat Swatch Group die definitive einvernehmliche Regelung zur Unterschrift zu.⁸³ Am 13. Februar 2013 ging die unterschriebene einvernehmliche Regelung beim Sekretariat ein⁸⁴ und wurde anschliessend gegengezeichnet. Ein Exemplar wurde der Swatch Group daraufhin zugestellt.⁸⁵

59. Am 19. März 2013 stellte das Sekretariat Swatch Group, LJP und Sellita den Antrag des Sekretariates mit Frist bis zum 30. April 2013 zur Stellungnahme zu.⁸⁶ LJP und Sellita wurde die Frist zur Einreichung der Stellungnahme bis Ende Mai erstreckt.⁸⁷ Die jeweiligen Stellungnahmen der Verfahrensparteien gingen fristgerecht ein.⁸⁸

60. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats stellte Sellita folgende Rechtsbegehren:⁸⁹

- „1. Die Ziffern 1 und 2 des vom Sekretariat beantragten Dispositivs seien gemäss Antrag zu verfügen.
2. Die Ziffer 3 des vom Sekretariat beantragten Dispositivs sei nicht stattzugeben; die am 11. Februar 2013 zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und The Swatch Group AG vereinbarte einvernehmliche Regelung sei nicht zu genehmigen, und The Swatch Group AG sei zu verpflichten, dass die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse bzw. die Nivarox-FAR SA die Sellita Watch Co S.A., ausgehend von der Referenzmenge (Durchschnitt der in den Jahren 2009-2011 ef-

fektiv gelieferten Mengen von mechanischen Mouvements (inkl. Restlieferungsmengen Ebauches) bzw. von Assortiments), in folgendem Umfang mit mechanischen Mouvements jeden Kalibers bzw. mit Assortiments jeder Referenz beliefern:

a) Lieferpflichten der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse

2013 – 2015	100 % der Referenzmenge,
2016 – 2017	95 % der Referenzmenge,
2018 – 2019	90 % der Referenzmenge,
2020 – 2021	85 % der Referenzmenge,
2022 – 2023	80 % der Referenzmenge.

Per Ende 2023 überprüft die Wettbewerbsbehörde, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Lieferpflicht fortbesteht.

b) Lieferpflichten der Nivarox-FAR SA

2013 – 2020	100 % der Referenzmenge,
2021 – 2024	95 % der Referenzmenge,
2025 – 2028	90 % der Referenzmenge,
2029 – 2032	85 % der Referenzmenge.

Per Ende 2032 überprüft die Wettbewerbsbehörde, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Lieferpflicht fortbesteht.

3. Eventuell:

Die Ziffer 3 des vom Sekretariat beantragten Dispositivs sei nicht stattzugeben; die am 11. Februar 2013 zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und The Swatch Group AG vereinbarte einvernehmliche Regelung sei nicht zu genehmigen und die Sache diesbezüglich mit Weisungen zu neuer Beurteilung an das Sekretariat zurückzuweisen.“

61. Sellita beantragt zudem, die Akten aus der Untersuchung 32-0216 (Untersuchung vom 15.09.2009 gegen ETA), im Rahmen derer Sellita dem Sekretariat mehrere gravierende missbräuchliche Verhaltensweisen der Swatch Group gemeldet habe, seien zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.⁹⁰

62. LJP stellte in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats folgende Anträge:⁹¹

- „1) Die einvernehmliche Regelung ist entsprechend dem als Beilage 5 beigefügten Markup zu ändern bzw. nur in jener Fassung zu genehmigen.
- 2) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen von Swatch Group.“

⁷⁶ Vgl. act. n° 736.

⁷⁷ Vgl. act. n° 739.

⁷⁸ Vgl. act. n° 745.

⁷⁹ Vgl. act. n° 750, 751.

⁸⁰ Vgl. act. n° 755, 763, 766.

⁸¹ Vgl. act. n° 694.

⁸² Vgl. act. n° 774 und 777.

⁸³ Vgl. act. n° 781.

⁸⁴ Vgl. act. n° 782.

⁸⁵ Vgl. act. n° 784.

⁸⁶ Vgl. act. n° 791 bis 793.

⁸⁷ Vgl. act. n° 812, 815, 836.

⁸⁸ Vgl. act. n° 816, 866, 869.

⁸⁹ Vgl. act. n° 866, S. 2 f.

⁹⁰ Vgl. act. n° 866, S. 23.

⁹¹ Vgl. act. n° 869, S. 4 und Beilage 5.

63. Der Markup von LJP enthält insbesondere folgende Änderungen:

- Ziffer 3 a: Verlängerung der Lieferpflicht von ETA bis 2027 mit entsprechend höheren Bezugsmengen zu Beginn. Erster Reduktionsschritt im Jahr 2016 auf 95 %
- Ziffer 3 c: Verlängerung der Lieferpflicht von Nivarox bis 2041. Lieferung von 115 % der Referenzmenge bis 2033, erster Reduktionsschritt im Jahr 2034 auf 80 %.
- Ziffer 4: Präzisierung des Begriffs KMU und Streichung der Ziffern 4 c bis 4 e.
- Ziffer 5: Preiserhöhungen sollen nur möglich sein im Rahmen von tatsächlichen Kostensteigerungen und sollen gegenüber der Revisionsgesellschaft belegt, und von dieser genehmigt werden müssen.
- Ziffer 6: Streichung der Ziffern 6 g und 6 h und neuer Abschnitt, wonach im Übrigen dieselben Bezugsbedingungen wie im Jahr 2010 gelten sollen.
- Ziffer 8 a: Präzisierung der Berechnung der Marktanteile (Berücksichtigung der Eigenproduktion von ETA und Nivarox).

64. Am 20. März 2013 liess das Sekretariat der Swatch Group, LJP und Sellita die bereinigten Verfahrensakten bis zum Stand 13. März 2013 zukommen.⁹²

65. Am 21. März 2013 versandte das Sekretariat die einvernehmliche Regelung den Marktteilnehmern zur Kenntnis.⁹³ Zwischen dem 28. März 2013 und dem 24. Mai 2013 gingen insgesamt fünf Eingaben von Marktteilnehmern zur einvernehmlichen Regelung ein.⁹⁴

66. Am 3. Mai 2013 lud das Sekretariat die Verfahrensparteien und insgesamt 12 weitere Unternehmen sowie die S.A. des Fabricants d'Horlogerie (SAH) zu mündlichen Anhörungen vor der WEKO ein.⁹⁵ Fünf Unternehmen verzichteten auf eine mündliche Anhörung.⁹⁶

67. Am 3. Juni liess das Sekretariat der Swatch Group, LJP und Sellita die bereinigten Verfahrensakten bis zum Stand 31. Mai 2013 zukommen.⁹⁷

68. Am 10. Juni 2013 wurden Swatch Group, Sellita und LJP sowie die Unternehmen Tag Heuer, Sigatec SA/Mimotec SA, Titoni, Soprod SA (nachfolgend: Soprod)/Manufacture horlogère Vallée de Joux SA (nachfolgend: mhvj), Oris, Raymond Weil SA, Frédérique Constant SA sowie die S.A. des Fabricants d'Horlogerie (SAH) von der WEKO mündlich angehört.⁹⁸

69. Am 8. Juli 2013 entschied die WEKO die einvernehmliche Regelung vom 13. Februar 2013 in der vorgelegten Form nicht zu genehmigen.

70. Bis am 5. August 2013 wurden alle unterzeichneten und um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Anhörungsprotokolle der angehörten Unternehmen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereicht.

71. Am 14. August 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit der Swatch Group statt. Im Rahmen dieses Gesprächs erläuterte das Sekretariat

den Entscheid der WEKO (vgl. unten Rz 476) und stellte Swatch Group gleichentags einen Entwurf für eine neue einvernehmliche Regelung zu, verbunden mit der Bitte, bis zum 23. August 2013 mitzuteilen, ob die Swatch Group an einer neuen einvernehmlichen Regelung interessiert ist und gegebenenfalls zu den einzelnen Vereinbarungen Stellung zu nehmen.⁹⁹

72. Mit E-Mail vom 23. August 2013 teilte Swatch Group dem Sekretariat mit, dass sie grundsätzlich an einer neuen einvernehmlichen Regelung interessiert ist und reichte den Entwurf des Sekretariates ein, in welchem einige kleinere Änderungsvorschläge enthalten waren.¹⁰⁰

73. Am 28. August 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit der Swatch Group statt, an dem eine Einigung betreffend angepasster einvernehmlicher Regelung erzielt wurde. Gleichentags übergab das Sekretariat Swatch Group zwei Exemplare der neuen einvernehmlichen Regelung zur Unterschrift.¹⁰¹

74. Am 6. September 2013 reichte Swatch Group dem Sekretariat die zwei unterschriebenen Exemplare der neuen einvernehmlichen Regelung ein sowie eine damit im Zusammenhang stehende Absichtserklärung.¹⁰² Die einvernehmliche Regelung wurde anschliessend gegengezeichnet und ein Exemplar davon der Swatch Group zugestellt.¹⁰³

75. Am 11. September 2013 stellte das Sekretariat Swatch Group, LJP und Sellita den neuen Antrag des Sekretariats sowie die bereinigten Verfahrensakten bis zum Stand 11. September 2013 mit Frist zur Stellungnahme bis am 26. September 2013 zu.¹⁰⁴ Am 13. September 2013 versandte das Sekretariat die neue einvernehmliche Regelung den Marktteilnehmern zur Kenntnis.¹⁰⁵

A.3 Vorbringen von Sellita zum Verfahren

76. Sellita macht bezüglich des Verfahrens geltend, dass sie und andere Swatch Group-externe Unternehmen im Verfahren benachteiligt wurden. Die einvernehmliche Regelung vom 26. Mai 2011 (vorsorgliche Massnahmen) sei praktisch zum gleichen Zeitpunkt erlassen worden, in welchem die Untersuchung eröffnet wurde. Die Mitwirkungs- und Äusserungsrechte der Parteien gemäss dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) stünden den Parteien jedoch erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung zu. Das Sekretariat habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, indem es die einvernehmliche Regelung (vorsorgliche Massnahmen) nur mit Swatch Group aushandelte, ohne die davon schwer betroffene Sellita einzubeziehen. Dem

⁹² Vgl. act. n° 794 bis 796.

⁹³ Vgl. act. n° 801 und 802.

⁹⁴ Vgl. act. n° 808, 813, 819, 837, 854.

⁹⁵ Vgl. act. n° 820 bis 832.

⁹⁶ Vgl. act. n° 838, 846, 851.

⁹⁷ Vgl. act. n° 870 bis 875.

⁹⁸ Vgl. act. n° 942.

⁹⁹ Vgl. act. n° 946.

¹⁰⁰ Vgl. act. n° 950.

¹⁰¹ Vgl. act. n° 954.

¹⁰² Vgl. act. n° 955.

¹⁰³ Vgl. act. n° 956.

¹⁰⁴ Vgl. act. n° 957, 958 und 959.

¹⁰⁵ Vgl. act. n° 960.

Sekretariat sei aber aus vorausgehenden Verfahren bekannt gewesen, dass Swatch Group-externe Unternehmen von der Belieferung von ETA und Nivarox abhängen würden. Ungeachtet dessen habe das Sekretariat zu lange mit der Eröffnung einer Untersuchung zugewartet, womit die betroffenen Unternehmen ihre Mitwirkungs- und Äusserungsrechte nicht hätten wahren können. Die Mitwirkungs- und Äusserungsrechte müssten aber unabhängig davon, ob eine Verfügung erlassen oder eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werde, gewahrt werden.¹⁰⁶

77. Weiter sei es selbstredend, dass Sellita nach Art. 6 VwVG Verfahrenspartei in vorliegendem Verfahren sei. Sie hätte sich die Parteistellung jedoch erkämpfen müssen. Dies sei eine weitere Benachteiligung von Sellita im vorliegenden Verfahren. Auch andere Unternehmen, denen die Parteistellung einzuräumen gewesen wäre, seien vom Sekretariat nicht als Verfahrensparteien zugelassen worden. Dadurch hätten diese Unternehmen ihre Verfahrensrechte nicht wahren können. Das BVGer und die kantonalen öffentlichen Rechte würden viele Bereiche aufweisen, in denen das Recht unter Teilnahme einer sehr grossen Anzahl von Parteien angewendet werde.¹⁰⁷

78. Ausserdem sei der Sellita im Zuge der Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen bis Ende 2013 eine derart kurze Frist zugestanden worden, dass die WEKO die entsprechende Stellungnahme gar nicht mehr habe berücksichtigen können.¹⁰⁸

79. Sellita bringt schliesslich vor, der Antrag des Sekretariats sei nicht datiert gewesen und wichtige Angaben zu den vom Sekretariat geschätzten zukünftigen Produktionsmengen alternativer Anbieter seien abgedeckt gewesen.¹⁰⁹

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

81. 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).

82. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.¹¹⁰ Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

83. Wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. unten Rz 87 ff.), ist Swatch Group sowohl auf dem Markt für mechanische Uhrwerke als auch für Assortiments marktbeherrschend. Somit gilt das Kartellgesetz vorliegend für Swatch Group resp. deren Tochterunternehmen ETA und Nivarox.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

86. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

88. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.¹¹¹ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.¹¹² Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt.

89. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Auszugehen ist dabei von der Absicht von Swatch Group, keine mechanischen Uhrwerke und Assortiments mehr an Drittkunden zu liefern.

¹⁰⁶ Vgl. act. n° 866, S. 21 f.

¹⁰⁷ Vgl. act. n° 866, S. 21 f.

¹⁰⁸ Vgl. act. n° 866, S. 22.

¹⁰⁹ Vgl. act. n° 866, S. 23.

¹¹⁰ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros* - EEF; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 468 ff. (im Folgenden Botschaft 95); BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

¹¹¹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2045.

¹¹² Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 93, *Coopforte*.

B.3.1.1 Relevante Märkte

B.3.1.1.1 Uhrwerke

B.3.1.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

90. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.¹¹³

91. Mechanische Uhrwerke werden mittels einer Aufzugsfeder sowie einem mechanischen Schwingsystem angetrieben und benötigen deshalb keine Batterie.

92. Marktgegenseite sind die Abnehmer mechanischer Uhrwerke. Dazu gehören insbesondere Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche die Uhrwerke von ETA montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen (z.B. Tag Heuer, Tudor oder Oris) sowie sog. Modifizierer, also Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke zusätzlich veredeln und sie dann an Uhrenhersteller weiterverkaufen (z.B. LJP).

93. Quarzwerke sind vom geplanten Lieferstopp nicht betroffen. Quarzwerke werden von einem elektronischen Quarzoszillator sowie zumeist mit einer Batterie angetrieben. Quarzuhrwerke sind nachfrageseitig nur sehr bedingt mit mechanischen Uhrwerken austauschbar. Konkret sprechen folgende Punkte dafür, dass mechanische Uhrwerke einen eigenen relevanten Markt darstellen:

- Preisunterschiede: Quarzwerke sind i.d.R. deutlich günstiger als mechanische Uhrwerke und werden zumeist in Uhren der unteren Preissegmente eingebaut (z.B. in die Swatch-Uhren): So betrug der durchschnittliche Wert einer exportierten Quarzuhr in den letzten Jahren ungefähr CHF 200, während derjenige mechanischer Uhren über CHF 2'000 lag.¹¹⁴
- Unterschiedliche Preisentwicklung: ETA, welche den weitaus grössten Teil des Schweizer Marktes mit Uhrwerken versorgt (vgl. unten Rz 160 ff.), hob die Preise für mechanische Uhrwerke in den letzten Jahren stark an, während die Preise für Quarzwerke weitgehend unverändert blieben.¹¹⁵
- Fehlende Substitution: Trotz relativer Preiserhöhung (s. oben) nimmt der Anteil mechanischer Uhren an der Gesamtmenge aller exportierten Uhren seit Jahren kontinuierlich zu.¹¹⁶ Wären die Produkte in hohem Masse substituierbar, sollte eher das Gegenteil zu beobachten sein.
- Unelastische Nachfrage: Aufgrund der Analyse der Preise und der Absatzzahlen von ETA kann auf eine sehr unelastische Nachfrage nach mechanischen Uhrwerken geschlossen werden: Der Absatz an mechanischen Uhrwerken über die letzten Jahre nahm %-mässig in einem ähnlichen Masse zu, wie die Preise anstiegen.¹¹⁷

94. Insgesamt kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Verfügbarkeit von Quarzwerken kaum eine disziplinierende Wirkung auf Hersteller mechanischer Uhrwerke hat. Vor diesem Hintergrund und im Lichte der Praxis der WEKO¹¹⁸ gehören Quarzuhrwerke vorliegend nicht zum relevanten Markt.

95. ETA offeriert eine breite Produktpalette an verschiedenen Typen von mechanischen Uhrwerken, so genannten Kalibern. Die Kaliber unterscheiden sich nach Durchmesser (in der Regel von 17.2 bis 36.6 mm) sowie in technischer Hinsicht: Es gibt beispielsweise automatische, manuelle (Handaufzug), solche mit Kalender, Chronographen-Kaliber etc.¹¹⁹ Der Grossteil der in der Schweiz produzierten mechanischen Uhren, welche nicht mit von den Uhrenherstellern selber produzierten Uhrwerken bestückt sind, basiert auf folgenden sechs ETA-Uhrwerken¹²⁰ (resp. vergleichbaren Substituten von Sellita (SW 300 etc.) / Soprod (A10) auf der unteren Zeile), die im Übrigen seit Jahrzehnten weitgehend unverändert auf dem Markt sind:

¹¹³ Analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

¹¹⁴ Vgl. Fédération Horlogère Suisse (FH), www.fhs.ch.

¹¹⁵ 2007: 3-5 %, 2008: 5-8 %, 2009: 5-12 % pro Jahr. Vgl. act. n° 654.

¹¹⁶ Vgl. Zahlen der FH; 2006: 15 % der Uhrenexporte, 2011: 20 % der Uhrenexporte.

¹¹⁷ Vgl. act. n° 93.

¹¹⁸ Vgl. RPW 2005/1, 128 ff., ETA SA *Manufacture Horlogère Suisse*.

¹¹⁹ Für eine Übersicht über die verschiedenen Kaliber sei auf die Internetseiten von ETA verwiesen: www.eta.ch.

¹²⁰ Vgl. act. n° 93.

Tabelle 1: Meistverkaufte mechanische Uhrwerke

Uhrwerk	Technische Spezifikationen
2892-A2 (SW 300 / A10)	Durchmesser 25.6 mm, Höhe 3.6 mm, Stunden, Minuten, Zentralsekunde, Automatikaufzug, Datum
7750 (SW 500)	Durchmesser 30 mm, Höhe 7.9 mm, Stunden, Minuten, kleine Sekunde, Automatikaufzug, Chronographen-Mechanismus (60 Sek., 30 Min., 12 Std.), Datum und Tag
2671	Durchmesser 17.2 mm, Höhe 4.8 mm, Stunden, Minuten, Zentralsekunde, Automatikaufzug, Datum
2836-02 (SW 220-1)	Durchmesser 25.6 mm, Höhe 5.05 mm, Stunden, Minuten, Zentralsekunde, Automatikaufzug, Datum und Tag
2834-02 (SW 240-1)	Durchmesser 29 mm, Höhe 5.05 mm, Stunden, Minuten, Zentralsekunde, Automatikaufzug, Datum auf 3 Uhr, Tag aussen auf 12 Uhr
2824-02 (SW 200-1)	Durchmesser 25.6 mm, Höhe 4.6 mm, Stunden, Minuten, Zentralsekunde, Automatikaufzug, Datum

96. Jede mechanische Uhr ist mit einem passenden Uhrwerk/Kaliber ausgestattet. Um ein Uhrwerk für ein bestimmtes, bereits existierendes Uhrenmodell zu produzieren, kann daher nur ein bestimmtes Kaliber verwendet werden (s. oben). Wäre ein solches Kaliber nicht mehr erhältlich, könnte das Uhrenmodell nicht mehr in der bisherigen Form hergestellt werden: Mit einem anderen Uhrwerk wäre es nicht mehr dieselbe Uhr. Das Kaliber 2834 von ETA ist demnach kein Substitut für das Kaliber 2824 von ETA. Da die einzelnen Kaliber untereinander für die Marktgegenseite punkto Abmessung und Funktionalität kaum substituierbar sind, stellt sich die Frage, ob für jedes einzelne Kaliber ein eigener Markt zu definieren wäre.

97. Die Angebotssubstituierbarkeit spricht dagegen, pro Kaliber einen eigenen Markt abzugrenzen. Möglicherweise müssten aber für verschiedene Kaliberfamilien je eigene Märkte abgegrenzt werden. Die einzelnen Kaliber lassen sich in Kaliberfamilien einteilen. Die Kaliberfamilie 2670 umfasst beispielsweise die Kaliber 2660, 2671, 2678, 2681 und 2688. Sämtliche Kaliber einer Kaliberfamilie basieren auf derselben Platine. Die Platine ist die Grundplatte des Uhrwerks, auf welcher die anderen Teile des Uhrwerks montiert werden. Innerhalb einer Kaliberfamilie unterscheiden sich die Kaliber insbesondere in technischer Hinsicht (z.B. zusätzliche Anzeige des Wochentags). Die Umstellung der Produktion von einem Kaliber einer Kaliberfamilie derselben Preiskategorie auf ein anderes Kaliber derselben Kaliberfamilie derselben Preiskategorie ist technisch durchaus möglich. Die entsprechenden Produktionsmaschinen erfordern zwar eine Umrüstung, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt. Insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für die Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.¹²¹ Ob der Markt je nach Kaliber oder Kaliberfamilie unterteilt werden muss,

kann vorliegend aber offen gelassen werden, da es auf das Resultat keinen Einfluss hat (vgl. unten Rz 160 ff.).

98. Neben den technischen und qualitativen Eigenschaften spielt auch der Preis eines Uhrwerks eine bedeutende Rolle. In der Regel verhalten sich der Preis und die Qualität eines Uhrwerks proportional zum Endverkaufspreis der Uhr: Je teurer die Uhr, desto komplexer und teurer das Uhrwerk. Je nach Preissegment macht das Uhrwerk ca. 20–40 % des ex-factory Preises der fertigen Uhr aus.

99. Gelegentlich werden vergleichsweise günstige Uhrwerke in hochpreisige Uhren eingebaut. Für Uhren in höheren Preissegmenten können günstige Uhrwerke deshalb bis zu einem gewissen Grad als (imperfekte) Substitute angesehen werden. Sobald jedoch teure Uhrwerke verwendet werden, hat dies Auswirkungen auf den Verkaufspreis der Uhr. Für Uhren in tieferen Preissegmenten sind hochpreisige Uhrwerke somit keine Alternative zu günstigen Kalibern.

100. Die Uhrwerke, welche ETA an Dritte verkauft, bewegen sich in einem Preissegment von ungefähr CHF 50 bis gut CHF 500.¹²² Die Preise variieren je nach Funktion, Materialien und Dekor des Werks. Die mit Abstand am meisten verkauften Kaliber von ETA, welche einen Grossteil des Absatzes ausmachen (vgl. oben), kosten durchschnittlich zwischen CHF 60 und CHF 250.¹²³ Die Preise von Sellita, einem alternativen Anbieter von industriell hergestellten Uhrwerken, bewegen sich in einer ähnlichen Preisspanne.

¹²¹ Vgl. RPW 2005/1, 133 Rz 61, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

¹²² Vgl. act. n° 93, Antwort auf Frage 13.

¹²³ Dabei handelt es sich um mengengewichtete Durchschnittspreise. Vgl. act. n° 93, Antwort auf die Fragen 14 und 15.

101. Daneben gibt es weitere Anbieter, welche sich auf sog. *haut-de-gamme* Werke spezialisiert haben. Diese verkaufen Uhrwerke in geringer Stückzahl (bis höchstens 5'000 Werke jährlich) ab CHF 700–1'000 bis über zehntausend Franken. Diese *haut-de-gamme* Werke haben in der Regel einen anderen Aufbau als industriell hergestellte Werke, sind mit besonderen Funktionen und mit höherwertigen Dekorationen ausgestattet. Zudem können Hersteller ihr Angebot nicht kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken von einer Produktion in Kleinserien zu einer industriellen Produktion in Grossserien hochfahren.¹²⁴

102. Aufgrund des Voranstehenden spricht vieles dafür, basierend auf dem Preissegment und dem Industrialisierungsgrad zwei Märkte abzugrenzen: Einen Markt für die Herstellung industrieller Basiskaliber bis ungefähr CHF 500.– sowie einen Markt für die Herstellung von *haut-de-gamme* Kaliber ab ungefähr CHF 700–1'000. Da es auf das Resultat keinen Einfluss hat (vgl. unten Rz 160 ff.), kann die Frage, ob der Markt weiter unterteilt werden muss, offen gelassen werden. Festzuhalten ist jedoch, dass ETA bei einer weiteren Unterteilung der Märkte, auf einem Markt für mechanische Uhrwerke bis ungefähr CHF 500 (industrielle Basiskaliber) über eine stärkere Stellung verfügen würde als auf dem Gesamtmarkt (vgl. unten Rz 164).

103. Im Lichte des Voranstehenden kann vorerst festgehalten werden, dass sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Herstellung mechanischer Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen konzentrieren.

Swiss Made

104. Um die Herkunftsbezeichnung Schweiz zu schützen, hat der schweizerische Gesetzgeber in den 1970er Jahren für die Uhrenindustrie entsprechende Bestimmungen erlassen, wie nachfolgende Ausführungen aufzeigen.

105. Nach Art. 47 des Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11) ist der Gebrauch von unzutreffenden Herkunftsangaben oder von Bezeichnungen, die mit einer unzutreffenden Herkunftsangabe verwechselbar sind, unzulässig. Ebenfalls unzulässig ist der Gebrauch eines Namens, einer Adresse oder einer Marke im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen fremder Herkunft, wenn sich daraus eine Täuschungsgefahr ergibt.¹²⁵ Darauf baut Art. 48 MSchG auf, der die Herkunft von Waren regelt. Dieser besagt, dass sich die Herkunft von Waren im Allgemeinen nach dem Ort der Herstellung oder nach der Herkunft der verwendeten Ausgangsstoffe und Bestandteile bestimmt.¹²⁶ Es können aber für die Erfüllung weitere Voraussetzung verlangt werden wie bspw. die Einhaltung ortsüblicher oder am Ort vorgeschriebener Herstellungsgrundsätze und Qualitätsanforderungen.¹²⁷

106. Die auf dem MSchG basierende Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23. Dezember 1971 (SR 232.119; nachfolgend: Uhrenverordnung) regelt die Benützung des Schweizer Namens für Uhren. Darin ist eine Definition der Schweizer Uhr enthalten, wonach eine Uhr dann als schweizerisch

gilt, wenn sie kumulativ folgende Punkte erfüllt (Art. 1a Uhrenverordnung):

- Das Werk der Uhr ist schweizerisch;
- das Werk der Uhr wird in der Schweiz eingeschalt und
- der Hersteller führt die Endkontrolle der Uhr in der Schweiz durch.

107. Nach Art. 2 Abs. 1 derselben Verordnung gilt ein Uhrwerk als schweizerisch, wenn:

- es in der Schweiz zusammengesetzt wird;
- es durch den Hersteller in der Schweiz kontrolliert wird und
- die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation mind. 50 % des Wertes ausmachen – die Kosten für das Zusammensetzen sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

108. Wie erwähnt, müssen die ebengenannten Punkte kumulativ erfüllt sein. Die Regeln für die Berechnung des Wertanteiles der Uhr sind in Abs. 2 desselben Artikels definiert. Demnach dürfen die Kosten des Zifferblattes und des Zeigers nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in der Schweiz montiert worden sind. Die Auslagen für das Zusammensetzen dürfen dann mitberücksichtigt werden, wenn die durch eine enge industrielle Zusammenarbeit bedingte gleichwertige Qualität der ausländischen Bestandteile mit den schweizerischen Bestandteilen auf dem Wege eines staatsvertraglich vorgesehenen Bestätigungsverfahrens gewährleistet ist.¹²⁸ Beispiele hierfür sind bis dato keine bekannt.

109. Gilt eine Uhr als schweizerisch, dürfen Bezeichnungen wie „Schweiz“, „schweizerisch“, „Schweizer Produkt“, „in der Schweiz hergestellt“, „Schweizer Qualität“ oder andere den Schweizer Namen enthaltende Bezeichnungen benützt werden. Dies gilt auch, wenn die Bezeichnungen übersetzt werden.¹²⁹ Die üblichste Form der Herkunftsbezeichnung bei Schweizer Uhren lautet *Swiss Made*.

110. Am 18. November 2009 verabschiedete der Bundesrat eine Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen, die sogenannte „Swissness“-Vorlage. Die Revision des MSchG hat gemäss Botschaft zum Ziel, die Grundlage dafür zu schaffen, dass der Mehrwert „Schweiz“, der das hohe Potenzial der „Swissness“ in der Werbung darstellt, langfristig und nachhaltig gesichert wird. Dieses Ziel setzt eine Verstärkung des Schutzes der Herkunftsangabe „Schweiz“ und des Schweizer Kreuzes im Inland mit Blick auf die rechtliche Durchsetzung im Ausland

¹²⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹²⁵ Vgl. Art. 47 Abs. 3 Bst. a-c MSchG.

¹²⁶ Vgl. Art. 48 Abs. 1 MSchG.

¹²⁷ Vgl. Art. 48 Abs. 2 MSchG.

¹²⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. a und b Uhrenverordnung.

¹²⁹ Vgl. Art. 3 Uhrenverordnung.

voraus. Die Revision ist laut Bundesrat notwendig, um den Mehrwert von Schweizer Produkten inkl. Dienstleistungen in ihren Grundfesten zu erhalten und vor Missbräuchen zu schützen bzw. dessen Missbrauch gezielt zu bekämpfen. Die Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23. Dezember 1971 wird frühestens nach der gesetzlichen Grundlage einer Revision unterzogen.¹³⁰

111. Der Entwurf des neuen Markenschutzgesetzes (E-MSchG) nennt neue Kriterien zur Bestimmung des Ortes der Herkunft.¹³¹ Im Bereich von Waren gibt es neu drei Kategorien, nämlich Naturprodukte, verarbeitete Naturprodukte und industrielle Produkte. Die geplante neue Uhrenverordnung bezieht sich auf die Kategorie der industriellen Produkte. Die Herkunft der industriellen Produkte entspricht per Definition des neuen Gesetzes gemäss Botschaft des Bundesrates dem Ort, wo mindestens 60 % der Herstellungskosten anfallen.¹³² Dabei werden die Kosten für die Fabrikation und die Zusammensetzung sowie die Kosten für Forschung und Entwicklung berücksichtigt, nicht jedoch Verpackungs- und Transportkosten sowie Kosten für den Vertrieb der Ware und für Marketing und Kundenservice.¹³³

112. In Bezug auf die Uhrenindustrie kann betreffend der Revisionspläne festgehalten werden, dass der Revisionsvorschlag des Bundesrates vorsieht, die heute geltende Regel, wonach die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation mind. 50 % des Wertes ausmachen müssen, auf 60 % zu verschärfen. Der Vorschlag des Bundesrates sieht im Unterschied der geltenden Regelungen jedoch vor, dass die Kosten für die Zusammensetzung sowie Forschungs- und Entwicklungskosten bei den Herstellungskosten mitberücksichtigt werden dürfen. Am 21. Juni 2013 haben National- und Ständerat die sog. Swissness-Vorlage angenommen.

Bedeutung für den vorliegenden Fall

113. Die Swiss Made Kennzeichnung wird von den befragten Schweizer Uhrenherstellern unisono als essentiell, fundamental oder enorm wichtig angegeben. Kein einziger der befragten Uhrenhersteller relativiert die Bedeutung der Swiss Made Kennzeichnung.¹³⁴ Ein Anbieter erklärt, dass Swiss Made das eigentliche Alleinstellungsmerkmal¹³⁵ sei, welches Schweizer Uhren von Uhren asiatischer Herkunft klar abgrenze.¹³⁶ Ein anderer bemerkt, dass dies der eigentliche Grund sei, warum überhaupt in der Schweiz produziert werde.¹³⁷ Gemäss einer neuen Studie der Bank Vontobel werden 95 % aller weltweit verkauften Uhren über CHF 1'000 in der Schweiz hergestellt.¹³⁸ Die Bedeutung der Herkunftsbezeichnung Swiss Made scheint demnach für den Verkauf mechanischer Uhren unbestrittenermassen von sehr hoher Wichtigkeit zu sein. An dieser Stelle sei noch einmal wiederholt, dass eine Uhr dieses Label nur dann tragen darf, wenn auch deren Werk den Swiss Made Bestimmungen genügt. Der relevante Markt ist demnach in Swiss Made und nicht Swiss Made Uhrwerke zu unterteilen.

Fazit

114. Der sachlich relevante Markt ist vor dem Hintergrund des Voranstehenden als mechanische Swiss Ma-

de Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen abzugrenzen.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

115. 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).

116. In Ihrer Entscheid i.S. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse hat die WEKO festgehalten, dass der räumlich relevante Markt für Ebauches (mechanische Uhrwerke in Kitform) national abzugrenzen ist.¹³⁹ Die WEKO hielt damals fest, dass die überwiegende Mehrheit der Marktgegenseite in erster Linie aus Marketinggründen Ebauches verwende, welche in der Schweiz hergestellt wurden.

117. Es sei weiter noch einmal auf die Ausführungen bezüglich Swiss Made Kennzeichnung in den Rz 104 ff. verwiesen. Die Swiss Made Bestimmungen schreiben vor, dass ein Uhrwerk als schweizerisch anzusehen ist, wenn es in der Schweiz zusammengesetzt wird, es durch den Hersteller in der Schweiz kontrolliert wird und die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation ohne Berücksichtigung der Kosten für das Zusammensetzen mindestens 50 % des Wertes ausmachen. Um den Bestimmungen zu genügen, muss die Produktion von Uhrwerken demnach grösstenteils in der Schweiz erfolgen. Das heisst: Will ein Uhrenhersteller eine Uhr herstellen, welche die Swiss Made Kennzeichnung trägt, muss er zwingend ein schweizerisches Uhrwerk in sein Produkt einbauen.

118. Aufgrund der oben genannten Kostenanteile mechanischer Uhrwerke am ex-factory Preis einer fertigen Uhr (vgl. oben Rz 98) wäre es grundsätzlich zwar möglich, teilweise im Ausland hergestellte Uhrwerke resp. gewisse im Ausland hergestellte Teile für Swiss Made

¹³⁰ Vgl. <https://www.ige.ch/juristische-infos/rechtsgebiete/swissness.html> [21.10.2013] mit detaillierten Informationen zu dem Thema.

¹³¹ Vgl. Art. 48 ff. E-MSchG.

¹³² Vgl. Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und andere öffentlicher Zeichen („Swissness“-Vorlage), BBl 2009 8674 ff. sowie Art. 48c Abs. 1 E-MSchG.

¹³³ Vgl. Art. 48c Abs. 2 und 3 E-MSchG.

¹³⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹³⁵ Alleinstellungsmerkmal (engl. *unique selling proposition, USP*) wird im Marketing und in der Verkaufspsychologie das herausragende Leistungsmerkmal bezeichnet, mit dem sich ein Angebot deutlich vom Wettbewerb abhebt.

¹³⁶ Vgl. act. n° 346.

¹³⁷ Vgl. act. n° 137.

¹³⁸ Vgl. Vontobel Luxury Goods Shop, Watch Industry, 16.04.2012.

¹³⁹ RPW 2005/1, 131 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

Uhren zu verwenden. Es ist auch nicht auszuschliessen, dass gewisse Hersteller dies teilweise tun. Die Befragung der Marktgegenseite ergab jedoch, dass die Hersteller von Uhrwerken in der Schweiz (auch solche, die nur für den Eigenbedarf herstellen) den Minimalwert von 50 % Wertanteil deutlich überschreiten. Die meisten Hersteller orientieren sich vielmehr gegen 100 % Schweizer Wertanteil.¹⁴⁰ Es handelt sich dabei um ein Marketingkonzept, um dem Swiss Made Label mehr Ausdruck und Substanz zu verleihen. Das gute Image soll durch einen hohen Wertanteil inländischer Komponenten für ein Uhrwerk geschützt werden.

119. Vor diesem Hintergrund gibt denn keiner der befragten Uhrenhersteller an, Uhrwerke aus ausländischer Produktion zu beziehen.¹⁴¹ Es kann deshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Marktgegenseite mechanische Uhrwerke grossmehrheitlich, wenn nicht gar ausschliesslich, in der Schweiz bezieht.

Fazit

120. Analog der bisherigen Praxis kann daher die Schweiz als räumlich relevanter Markt für die Herstellung mechanischer Uhrwerke betrachtet werden. Im Lichte des Voranstehenden konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen deshalb auf mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen.

B.3.1.1.2 Assortiments

B.3.1.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

121. Assortiments bestehen aus Unruh, Spirale, Anker, Ankerrad etc.¹⁴² Es handelt sich dabei um das zusammenhängende Schwing- und Hemmsystem, das „Herzstück“ einer mechanischen Uhr. Die Unruh und die Spirale bilden zusammen das Schwingsystem eines mechanischen Uhrwerks. Dies ist der Taktgeber eines Uhrwerks. In einer Pendeluhr übernimmt das Pendel diese Funktion. Die Spirale, eine winzige Feder, die wenige Milligramm wiegt und wesentlich dünner ist als ein menschliches Haar, gilt als Schlüsselkomponente einer mechanischen Uhr. Die Spirale wird aus einer speziellen Legierung hergestellt, die sie bruchfest, rostfrei, antimagnetisch und temperaturstabil macht.¹⁴³ Diese Eigenschaften sind ausschlaggebend für die Ganggenauigkeit der Uhr. Der Anker und das Ankerrad bilden die hemmenden Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks und sorgen für einen regelmässigen Gang der Uhr.¹⁴⁴

122. 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 Assortiments seit einigen Jahren auch im LiGA- oder Tiefätz-Verfahren (DRIE)¹⁴⁵ aus Silizium oder anderen Werkstoffen hergestellt. Silizium hat den Vorteil, dass es leicht ist, kaum von Magnetfeldern beeinflussbar ist 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.¹⁴⁶ Sie gehören deshalb zum relevanten Markt hinzu.

123. Jedes mechanische Uhrwerk enthält ein Assortiment, erst das Assortiment bringt das Uhrwerk zum Laufen. Assortiments sind deshalb in auf dem Markt erhältlichen mechanischen Uhrwerken in aller Regel bereits enthalten. Daneben existiert jedoch ein eigener Markt für „blosse“ Assortiments. Diese werden von Herstellern mechanischer Uhrwerke (z.B. Sellita) sowie denjenigen Uhrenmarken, welche in eigenen Manufakturen mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herstellen (z.B. Cartier, Audemars Piguet, Breitling, Patek Philippe, Rolex etc.), nachgefragt. Die Marktgegenseite bilden demnach Hersteller mechanischer Uhrwerke für Drittkunden oder für den Eigenbedarf.

124. Wie oben erwähnt, bedarf ein bestimmtes Uhrenmodell eines spezifischen Uhrwerks. Da die jeweiligen Assortiments jeweils spezifisch für die einzelnen Uhrwerke hergestellt werden, können die Abnehmer von Assortiments jeweils bloss diejenigen Assortiments einsetzen, welche für ein bestimmtes Uhrwerk resp. Uhrenmodell verwendet werden können.¹⁴⁷ Ein bestimmtes Assortiment kann jedoch unter Umständen – je nach dessen Konzeption – für verschiedene Uhrwerke gebraucht werden. Die Eigenschaften der Assortiments variieren je nach Grösse des Werkes, nach erwünschten Eigenschaften (z.B. Ganggenauigkeit, Gangreserve etc.) und nach aufgesetzten Komplikationen (vgl. unten Rz 142).¹⁴⁸

125. Bezüglich der Angebotsumstellungsflexibilität gilt Ähnliches wie bei den Uhrwerken: Ein Unternehmen, das imstande ist, Assortiments für ein bestimmtes Kaliber einer Familie zu liefern, ist grundsätzlich innert kurzer Zeitspanne sowie unter geringer Kostenfolge imstande, Assortiments für sämtliche Kaliber der entsprechenden Familie zu produzieren. Die Produktionsmaschinen erfordern zwar eine Umrüstung, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt, insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für diese Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.¹⁴⁹ Es stellt sich deshalb die Frage, ob der relevante Markt in Teilmärkte für Assortiments bestimmter Kaliber oder Kaliberfamilien abzugrenzen wäre. Da es auf das Resultat keinen Einfluss hat, muss dies vorliegend aber nicht abschliessend beurteilt werden (vgl. unten Rz 217 ff.).

¹⁴⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁴¹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁴² RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁴³ Der Name Nivarox steht für „ni variable, ni oxydable“.

¹⁴⁴ Für eine anschauliche Erklärung der Funktionsweise einer mechanischen Uhr vgl. <http://www.planet-schule.de/sf/php/mmwewin.php?id=172> [21.10.2013].

¹⁴⁵ LiGA steht für die Verfahrensschritte Lithographie, Galvanik und Abformung. DRIE steht für Deep Reactive Ion Etching.

¹⁴⁶ Vgl. act. n° 65, 67, 88, 103, 136, 259, 720.

¹⁴⁷ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁴⁸ Vgl. act. n° 224, S. 99.

¹⁴⁹ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

126. Wie auch mechanische Uhrwerke werden Assortiments in verschiedenen Preisklassen angeboten. Nivarox verkauft beispielsweise Assortiments von unter 20 Franken bis über 1'000 Franken. Dabei spielt insbesondere die Qualität (z.B. Standard- oder Chronometerqualität), die angewandte Produktionsmethode (automatisch versus manuell) und die bestellte Menge eine Rolle. Da es auf das Resultat keinen Einfluss hat, muss im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht abschliessend beurteilt werden, ob je nach Preisklasse verschiedene Märkte abgegrenzt werden müssten.

Fazit

127. Für die vorliegende Untersuchung kann von einem Gesamtmarkt für Assortiments ausgegangen werden.

B.3.1.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

128. Nach Praxis des Sekretariats handelt es sich bei Assortiments um einen eigenen relevanten Markt, der sich räumlich auf die Schweiz beschränkt. Das Sekretariat hielt im Schlussbericht der Vorabklärung *Lieferung von Nivarox Assortiments* fest, dass die überwiegende Mehrheit der Marktgegenseite in erster Linie aus Marketing- und Qualitätsgründen Assortiments verwende, welche in der Schweiz hergestellt wurden.¹⁵⁰

129. Aufgrund der Uhrenverordnung wäre die Verwendung ausländischer Assortiments für ein Swiss Made Uhrwerk theoretisch möglich. Das Assortiment macht um die 10 % am ex-factory Preis eines Uhrwerks aus. Somit wäre der Einbau ausländischer Assortiments im selben Preisrahmen in die meisten mechanischen Uhrwerke im Rahmen der Uhrenverordnung theoretisch möglich. Diese Meinung teilen auch viele der befragten Unternehmen der Uhrenindustrie.¹⁵¹ Weiter hat [...] scheinbar in der Vergangenheit über einen gewissen Zeitraum Assortiments des [...] Herstellers [...] in ihre Uhrwerke eingebaut.¹⁵² Darüber hinaus gab der Uhrenhersteller Tag Heuer im März 2012 bekannt, in Zukunft Assortiments von Seiko in einen Teil ihrer selbst hergestellten Uhrwerke einzubauen.¹⁵³

130. Gegen die Verwendung ausländischer Assortiments sprechen aber die in Rz 113 f. festgehaltenen Gründe, weshalb Uhrenhersteller in der Regel über die gesetzlichen Minimalanforderungen hinaus Komponenten verwenden, welche in der Schweiz hergestellt wurden. Dies gilt für Assortiments umso mehr, da es sich um das so genannte Herzstück eines mechanischen Uhrwerks handelt (vgl. oben Rz 121f.). Ein Grossteil der befragten Schweizer Uhrenhersteller kann sich denn aus Marketinggründen auch nicht vorstellen, ausländische Assortiments in ein Swiss Made Uhrwerk einzusetzen.¹⁵⁴ Eine Schweizer Uhr, deren zentraler Bestandteil aus ausländischer Produktion stammt, ist für die meisten Schweizer Uhrenhersteller unvorstellbar. Vor diesem Hintergrund gibt keiner der befragten Uhrenhersteller an, im Ausland Assortiments zu beziehen.¹⁵⁵

131. Das Sekretariat befragte in diesem Zusammenhang auch die ausländischen Hersteller von Assortiments resp. Spiralen Seiko (Japan) und Carl Haas GmbH (Deutschland, nachfolgend: Haas). Ob Seiko Assortiments tatsächlich auch an Schweizer Kunden liefert, wurde in der Befragung nicht offengelegt. Seiko gab aber an, dass sie lediglich minimale Mengen an Assor-

timents an Drittkunden liefere. Gemäss eigenen Angaben sind ihre Assortiments zudem keine guten Substitute zu Nivarox-Assortiments, da sie nicht mit diesen austauschbar seien (vgl. auch unten, Rz 136).¹⁵⁶

132. Die zur Kern-Liebers Gruppe gehörende Haas gab an, dass sie in Schramberg (D) lediglich Spiralfedern produziere, jedoch keine kompletten Assortiments. Haas gab aber an, dass sie plane, in *Zukunft* Spiralen an Schweizer Kunden zu liefern.¹⁵⁷ In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass Haas nach Angaben des Uhrenmagazins Chronos zusammen mit Schweizer Partnern im Westschweizer Jura „Grösseres“ plane, um den Wünschen seiner Kunden nach einer Produktion in der Schweiz besser gerecht zu werden.¹⁵⁸ Da es sich dabei um Zukunftspläne handelt, wird dies im Rahmen der potentiellen Konkurrenz behandelt (vgl. unten Rz 226 ff.).

133. Einige der befragten Unternehmen der Uhrenindustrie machen zudem auf eine unzureichende Qualität ausländischer Assortiments, insbesondere aus China, aufmerksam.¹⁵⁹

134. Es kann vorerst festgehalten werden, dass die Marktgegenseite primär aus Marketinggründen Assortiments aus schweizerischer Produktion nachfragt und höchstens in sehr geringem Ausmass Assortiments ausserhalb der Schweiz bezieht. Die oben erwähnte Tag Heuer scheint zukünftig eine Ausnahme zu sein. Die Uhrwerksproduktion von Tag Heuer machte jedoch mengenmässig im Jahr 2011 weniger als [0-5] % resp. einen äusserst kleinen Teil der Gesamtproduktion mechanischer Uhrwerke in der Schweiz aus.

135. Neben Marketinggründen scheint es technisch nicht ohne Weiteres möglich zu sein, ein Nivarox-Assortiment

¹⁵⁰ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁵¹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁵² Vgl. act. n° 382.

¹⁵³ Vgl. Pressemitteilung von Tag Heuer, abrufbar unter: <http://presscorner.tagheuer.com> [21.10.2013]. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das in-house hergestellte Uhrwerk von Tag Heuer (*Calibre 1887*) ebenfalls auf Know-How von Seiko basiert (vgl. http://www.uhrenwiki.net/index.php?title=TAG_Heuer_Calibre_1887 [21.10.2013]).

¹⁵⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁵⁵ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁵⁶ Vgl. act. n° 205.

¹⁵⁷ Vgl. act. n° 194.

¹⁵⁸ Vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 68.

¹⁵⁹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

durch ein anderes Assortiment, z.B. ausländischer Herkunft zu ersetzen. Darauf wird im Rahmen der Analyse der Marktstellung von Nivarox, resp. der potentiellen Konkurrenz genauer eingegangen (vgl. unten Rz 217 ff.). An dieser Stelle sei jedoch Folgendes erwähnt:

136. Wie oben beschrieben, werden die jeweiligen Assortiments spezifisch für die einzelnen Uhrwerke hergestellt. Die Abnehmer von Assortiments können jeweils bloss diejenigen Assortiments einsetzen, welche für ein bestimmtes Uhrwerk resp. Uhrenmodell verwendet werden können (vgl. oben Rz 124). Die befragten Unternehmen der Uhrenindustrie geben in diesem Sinne an, dass das Assortiment und das Uhrwerk in jedem Fall aufeinander abgestimmt werden müssen.¹⁶⁰ Ein Anbieter erklärt dies wie folgt:

„En effet, dans les mouvements de grande production, il est de coutume d'utiliser un „pointage“ donné. Par ce terme, on pense à une planche de roue d'échappement, une ancre et un balancier spiral d'un fournisseur particulier. Cet ensemble définissant de fait la distance des axes de la roue d'échappement, de l'ancre et du balancier et des niveaux de performance.“¹⁶¹

137. Ein neues Uhrwerk wird darum in der Regel um ein bestimmtes Assortiment herum konzipiert. Das Assortiment steht somit normalerweise am Anfang der Entwicklung eines neuen Uhrwerks.¹⁶² Ein Wechsel auf Assortiments ausländischer Hersteller wie beispielsweise Seiko, die die Komponenten primär für ihre eigenen Uhren konzipiert und deren Produkte andere technische Eigenschaften und Dimensionen aufweisen, ist deshalb nicht ohne Weiteres möglich. Ein bereits bestehendes Uhrwerk müsste angepasst resp. neu konzipiert werden. Die japanische Herstellerin Seiko ist dementsprechend der Ansicht, dass ihre Assortiments keine guten Substitute zu Nivarox-Assortiments seien, da sie nicht mit diesen austauschbar seien (vgl. oben Rz 131).

138. Swatch Group bestreitet, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes bei den Assortiments national sei. Es sei durchaus möglich, im Ausland produzierte Assortiments in Swiss Made Uhrwerken zu verwenden, dies werde nachgewiesenermassen auch gemacht. Daran würde auch eine Verschärfung der Swiss Made Bestimmungen auf 60 % oder 80 % nichts ändern. Solange dies aber rechtlich möglich sei, müsse der relevante Markt über den Schweizer Markt ausgeweitet werden. Ausländische Anbieter, wie Seiko, Citizen, etc müssten mitberücksichtigt werden. Ausländische, insbesondere von japanischen Herstellern produzierte Assortiments seien qualitativ vergleichbar mit Assortiments von Nivarox. Es sei auch nicht allzu aufwendig, ein neues Assortiment für ein bestimmtes Werk von einem neuen Lieferanten herstellen zu lassen. Der Entwicklungsaufwand betrage etwa sechs bis neun Monate. Seiko sei zudem – bei entsprechenden Bestellungen und angemessenen Preisen – ohne Weiteres in der Lage, Substitute zu Nivarox Assortiments anzubieten. Eine Einschränkung des Marktes aus Marketinggründen oder nicht zutreffenden subjektiven Qualitätsvorstellungen sei deshalb sachfremd und kurzsichtig.¹⁶³

Fazit

139. Aufgrund des Voranstehenden kann festgehalten werden, dass die Marktgegenseite Assortiments grossmehrfach in der Schweiz bezieht und ein Wechsel auf ausländische Assortiments technisch nicht ohne Weiteres möglich ist. Der geographische relevante Markt ist demnach – der Praxis des Sekretariats folgend – national abzugrenzen.

B.3.1.1.3 Fertiguhren

B.3.1.1.3.1 Sachlich relevanter Markt

140. Vorliegend muss der sachlich relevante Markt nicht abschliessend definiert werden, da dies für das Resultat der Untersuchung keine Rolle spielt. Swatch Group wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Markt für Uhren zu missbrauchen, sondern ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für mechanische Uhrwerke und Assortiments u.a. dazu einzusetzen, die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren zu behindern (vgl. hierzu unten Rz 283 ff.).

141. Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Abnehmer von Fertiguhren, die Konsumenten.

142. Wie nachfolgende (nicht abschliessende) Aufzählung illustriert, zeichnet sich der Markt für Uhren durch eine vielfältige Produkt- und eine hohe Preisdifferenzierung aus:

- *Preis:* Uhren kosten von unter hundert bis mehrere Millionen Franken. Die meisten Uhrenmarken bieten zudem Uhren zu sehr unterschiedlichen Preisen an.
- *Technologie:* Es kann grundsätzlich zwischen Quarz- und mechanischen Uhren unterschieden werden. Daneben existieren auch sog. Hybriduhren mit mechanischen und Quarz-Teilen.
- *Funktionen:* Es gibt von Uhren, welche lediglich Grundfunktionen wie die Anzeige der Zeit ausführen, bis zu Uhren mit mehreren Komplikationen (wie z.B. Chronograph, zweite Zeitzone, ewiger Kalender, Minutenrepetition etc.) alle möglichen Ausführungen.
- *Leistungsmerkmale des Uhrwerks:* Es existieren mechanische Uhren mit einer Gangreserve von knapp zwei Tagen bis mehrere Wochen. Zudem gibt es bedeutende Unterschiede in der Ganggenauigkeit mechanischer Uhren.
- *Materialien:* Uhren aus Plastik sind ebenso erhältlich wie Uhren mit Gehäusen aus Edelmetall, teilweise zusätzlich noch mit Edelsteinen besetzt. Auch neuartige Technologien wie Karbon, Titan oder Keramik werden immer häufiger eingesetzt.

¹⁶⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁶¹ Vgl. act. n° 123.

¹⁶² Vgl. act. n° 67, 115 (VMF), 123, 131, 140, 224, S. 99.

¹⁶³ Vgl. act. n° 816, S. 2ff.

- *Damen- und Herrenuhren:* Grundsätzlich kann zwischen Damen- und Herrenuhren unterschieden werden. Die Grenzen sind jedoch unklar, da Damen teilweise Herrenuhren tragen resp. sich Damenuhren bezüglich Dimensionen teilweise Herrenuhren annähern. Gemäss Swatch Group gebe es überdies Anbieter, welche verschiedene Grössen desselben Modells herstellen würden. Die einzelnen Modelle würden dann je nach Region von Männern oder von Frauen getragen.¹⁶⁴
- *Image/Aussehen:* Es werden klassische Uhren, elegante Uhren, Sportuhren, Taucheruhren, Fliegeruhren oder sog. Fashionuhren etc. angeboten.
- *Swiss Made:* Wie oben erwähnt (vgl. oben Rz 113), betrachten die Uhrenhersteller die Swiss Made Kennzeichnung als äusserst wichtigen Faktor, der ihre Uhren von Uhren anderer Hersteller abhebt.

143. Die Aufzählung zeigt, dass eine grosse Anzahl sich überlappende Differenzierungsmerkmale besteht, welche für eine Segmentierung des Marktes sprechen könnten. Obwohl alle Uhren dem Käufer grundsätzlich dieselbe Grundfunktion – die Anzeige der Zeit – bieten, ist für einen bestimmten Konsumenten ein mechanischer, 700-fränkiger Sportchronograph sicherlich nicht mit einer Damenuhr mit Diamanten für über 10'000 Franken austauschbar. Oder eine elegante Herrenuhr mit mehreren Komplikationen ist aus Sicht der Marktgegenseite nicht mit einer Quarz-Swatch aus Plastik substituierbar.

144. Nichtsdestotrotz spielt sich zwischen verschiedenen möglichen Marktsegmenten ein gewisser Wettbewerb ab, da verschiedene Uhren teilweise auch in höherem Masse substituierbar sind als in den zwei oben genannten Extrem-Beispielen. So könnte für einen potentiellen Kunden ein Sportchronograph im mittleren Preis-

segment mit einer Taucheruhr im selben Preissegment austauschbar sein. Oder eine mit Diamanten besetzte Damenuhr mit einer Damenuhr aus Gold mit Datumsanzeige usw. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass beim Kauf von Uhren – zumindest im höheren Preissegment – teilweise emotionale Wünsche und Bedürfnisse eine gewichtigere Rolle spielen als der praktische Nutzen resp. die Eigenschaften einer bestimmten Uhr. Vor diesem Hintergrund drängt sich am ehesten eine Segmentierung des Marktes nach folgenden Differenzierungsmerkmale auf.

Segmentierung nach Preis

145. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein potentieller Kunde in der Regel nach einer Uhr in einer bestimmten Preisklasse Ausschau hält. Die meisten der oben genannten Differenzierungsmerkmale stehen denn auch in einem Zusammenhang mit dem Preis der Uhr. Grundsätzlich ist eine Uhr um so teurer (nicht abschliessende Aufzählung),

- je mehr Funktionen resp. Komplikationen sie aufweist,
- je wertvoller die verwendeten Materialien sind und,
- bis zu einem gewissen Grad, je höher die Ganggenauigkeit sowie die Gangreserve des Uhrwerks ist.

146. Weil die meisten Differenzierungsmerkmale von Uhren mit dem Preis in Zusammenhang stehen, erscheint eine Segmentierung des Uhrenmarktes in verschiedene Preissegmente als sinnvoll. Die WEKO hat denn in ihrer Entscheidung SUMRA/Distribution de montres auch festgehalten, dass der Uhrenmarkt in folgende Preissegmente eingeteilt werden könnte.¹⁶⁵

Tabelle 2: Preissegmente nach SUMRA

Bas de gamme	< 200 CHF
Milieu de gamme	200 - 700 CHF
Milieu à haut de gamme	700 - 2'000 CHF
Haut de gamme	>2'000 CHF

147. Da die kumulierte Teuerung seit dem Jahr 2000 lediglich ca. 10 % beträgt, können diese Zahlen auch vorliegend herangezogen werden.¹⁶⁶ Der Branchenver-

band der Uhrenindustrie, die Fédération Horlogère Suisse (nachfolgend: FH) unterteilt den Uhrenmarkt wie folgt:¹⁶⁷

Tabelle 3: Preissegmente nach FH

Segment 1	< 200 CHF
Segment 2	200 - 500 CHF
Segment 3	500 - 3'000 CHF
Segment 4	> 3'000 CHF

¹⁶⁴ Vgl. act. n° 816, S. 5.

¹⁶⁵ RPW 2001/3, 510 ff., SUMRA/Distribution de montres.

¹⁶⁶ Vgl. Bundesamt für Statistik, www.bfs.ch.

¹⁶⁷ Vgl. die monatliche Marktübersicht der FH, bspw. Swiss watchmaking in August 2012, abrufbar unter: <http://www.fhs.ch/en/statistics.php> [21.10.2013].

148. Die nachfolgende Analyse beruht auf der Segmentierung im Fall SUMRA/Distribution de montres sowie des Branchenverbands FH. Diese haben gemeinsam, dass bei einem Preis von ungefähr CHF 2'000 – 3'000 ein neues Marktsegment beginnt. Ohne den Markt abschliessend zu unterteilen, soll dies deshalb vorliegend als Analyserahmen dienen, d.h., die weiter hinten fol-

gende Analyse geht zumindest von einem *unteren* und einem *oberen* Segment aus.¹⁶⁸ Ob der Markt abschliessend in zwei oder weitergehend in vier oder mehr Segmente eingeteilt werden sollte, ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht von Belang, da es auf das Resultat keinen Einfluss hat.

Tabelle 4: Preissegmente – Analyserahmen für die vorliegende Untersuchung

Unteres Segment	< ca. 2'000 – 3000 CHF
Oberes Segment	> ca. 2'000 – 3000 CHF

Damen- und Herrenuhren

149. Eine Unterscheidung nach Damen- und Herrenuhren erschiene als sinnvoll, da diese nicht gut substituierbar sind (vgl. dazu aber auch oben Rz 142). Ob der Markt abschliessend in Damen- und Herrenuhren segmentiert werden muss, ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht von Belang, da es auf das Resultat keinen Einfluss hat.

Swiss Made

150. Wie vorstehend dargelegt (vgl. oben Rz 113), ist die Swiss Made Kennzeichnung von den befragten Schweizer Uhrenherstellern als äusserst wichtiges Alleinstellungsmerkmal angegeben. Es liegt deshalb auf der Hand, den Markt für Uhren weiter in Swiss Made Uhren und nicht Swiss Made Uhren zu unterteilen.

151. An dieser Stelle sei noch einmal erwähnt, dass ungefähr 95 % aller weltweit verkauften Uhren über CHF 1'000 in der Schweiz hergestellt werden.¹⁶⁹ Ab einem gewissen Preissegment – innerhalb dessen der grösste Teil der in Frage stehenden Uhren verkauft werden – spielt demnach die Unterteilung in Swiss Made und nicht Swiss Made kaum mehr eine Rolle. Da es aber in casu auf das Resultat keinen Einfluss hat, muss hier nicht abschliessend beurteilt werden, ob der Markt für Uhren in Swiss Made und nicht Swiss Made Uhren unterteilt werden muss.

Technologie

152. Quarzwerke werden in der Regel in eher günstige Uhren eingebaut, mechanische Uhrwerke hingegen in teurere Modelle (vgl. auch oben Rz 93).¹⁷⁰ Es kommt zwar vor, dass Quarzwerke in teurere Uhren eingebaut werden, insbesondere bei Damenmodellen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass aus Sicht vieler Kunden eine Quarzuhr in der Regel nicht mit einer mechanischen Uhr austauschbar sein dürfte.

153. Der umgekehrte Fall, nämlich der Einbau mechanischer Uhrwerke in günstigere Uhren kommt auch nur in wenigen Ausnahmefällen vor. So werden einige wenige Uhrenmodelle mit mechanischen Uhrwerken für ungefähr CHF 150 angeboten, z.B. der Marke Swatch.

154. Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass Quarzuhren insbesondere im unteren Segment bis zu einem gewissen Grad mit mechanischen Uhren substituierbar sein könnten. Dies gilt umso mehr, je günstiger die Uhr ist. Da es auf das Resultat keinen Einfluss hat, kann es an dieser Stelle jedoch offen gelassen werden,

ob der Markt, insbesondere das untere Segment, in Quarzuhren und mechanische Uhren unterteilt werden müsste.

155. Swatch Group macht geltend, dass analoge Quarzuhren keine Billigprodukte seien, sondern hochkomplexe Produkte mit zahlreichen Möglichkeiten. Analoge Quarzwerke würden beispielsweise in Damenmodellen sowie in Schmuckuhren eingebaut, was gerade keine Billigmärkte seien. Auch renommierte Luxusuhrenmarken würden viele Quarzwerke einbauen. Zudem kämen Quarzwerke auch in modeorientierten und sportlichen Uhren zum Einsatz. Quarzwerke seien auf dem Vormarsch, da die Lebensdauer der Batterien zugenommen habe und neue Funktionen realisiert werden könnten (Bsp. Tissot T-Touch). Swatch Group ist der Meinung, dass die Kunden ihren Kaufentscheid in der Regel nicht aufgrund eines bestimmten Werkes fällen würden, sondern vielmehr sei die Marke ausschlaggebend dafür.¹⁷¹

Fazit

156. Vorliegend muss der sachlich relevante Markt nicht abschliessend definiert werden, da dies für das Resultat der Untersuchung keine Rolle spielt. Swatch Group wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Markt für Uhren zu missbrauchen, sondern ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für mechanische Uhrwerke und Assortiments u.a. dazu einzusetzen, die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren zu behindern (vgl. hierzu unten Rz 283 ff.). Es spricht jedoch vieles dafür, den Markt zumindest in Uhren des unteren Segments bis zu einem Verkaufspreis von ungefähr CHF 2'000–3000 und Uhren des oberen Segments mit einem Verkaufspreis von über ungefähr CHF 2'000–3'000 zu segmentieren.

B.3.1.1.3.2 Räumlich relevanter Markt

157. Uhren, insbesondere auch Swiss Made Uhren werden weltweit beworben und nachgefragt. Der relevante Markt dürfte deshalb – ohne dies vorliegend genau untersucht zu haben und abschliessend zu beurteilen – international abzugrenzen sein.

¹⁶⁸ Eine Unterscheidung von „Massmarket“ und „Luxusprodukten“ entspricht im Übrigen der Praxis der WEKO sowie der Europäischen Kommission, vgl. RPW 2011/4, 594 ff. Rz 466 ff., Ascopa; KommE, COMP/M.6212 – LVMH/BULGARI, vom 29. Juni 2011, Rz 15.

¹⁶⁹ VONTOBEL LUXURY GOODS SHOP, Watch Industry, 16.04.2012.

¹⁷⁰ Vgl. auch PICTET, The Watch Industry, What makes it tick?, November 2003.

¹⁷¹ Vgl. act. n° 816, S. 2 f.

B.3.1.2 Marktstellung

158. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es zu prüfen, ob Swatch Group eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

159. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potentieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.¹⁷² Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission zur Beurteilung von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.¹⁷³ Gemäss dieser Mitteilung sind folgende Faktoren zu prüfen: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts poten-

tieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfragemacht).

B.3.1.2.1 Mechanische Uhrwerke

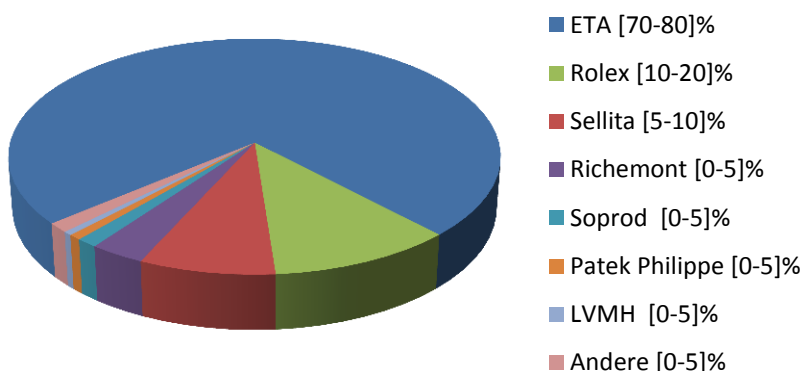
B.3.1.2.1.1 Aktueller Wettbewerb

160. Die WEKO hielt im Jahr 2004 fest, dass ETA über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 verfügt.¹⁷⁴ Da das Ebauche der Hauptbestandteil eines mechanischen Uhrwerks ist, sind mechanische Uhrwerke als ein dem Markt für Ebauches nachgelagerter Markt zu betrachten. Dies spricht a priori für eine ebenfalls sehr starke Marktstellung von ETA im Bereich der mechanischen Uhrwerke.

Marktteilnehmer und Marktanteile

161. Grundsätzlich gibt es Hersteller mechanischer Uhrwerke, welche an Drittkunden liefern (z.B. ETA oder Sellita) und solche, welche Uhrwerke ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (z.B. Rolex). Betrachtet man die Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhrwerke, ergeben sich folgende Produktionsanteile:

Abbildung 2: Marktanteile Gesamtproduktion mechanische Uhrwerke 2010¹⁷⁵



162. Die Abbildung zeigt, dass in ungefähr drei Vierteln aller mechanischen Schweizer Uhren ein ETA-Uhrwerk tickt. ETA produziert gut [...] Mio. mechanische Uhrwerke pro Jahr. Neben ETA stellen Rolex ([...] Mio.) und Sellita (2010: [...] Mio.) grössere Mengen mechanischer Uhrwerke her.¹⁷⁶ Daneben haben verschiedene Uhrenhersteller mit der Produktion eigener Uhrwerke begonnen resp. bestehende Produktionskapazitäten ausgebaut, so beispielsweise die Richemont-Gruppe ([...] Mio.), Breitling oder Tag Heuer.

¹⁷² Vgl. RPW 2008/3, 395 Rz 106, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2006/4, 640 Rz 91, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2004/3, 882 E. 4.4., *Unique (Flughafen Zürich AG)*.

¹⁷³ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“ (nachfolgend: *Mitteilung zu Art. 82 EGV*); Dieselben Kriterien finden sich auch in den Recommended Practices des ICN zu „Dominance/Substantial Market Power Analysis pursuant to Unilateral Conduct Laws“ (www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf; 21.10.2013).

¹⁷⁴ RPW 2005/1, 136 Rz 103, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*. Ob ETA nach Ablauf der einvernehmlich geregelten Lieferverpflichtung heute noch marktbeherrschend ist, kann an dieser Stelle offen gelassen werden.

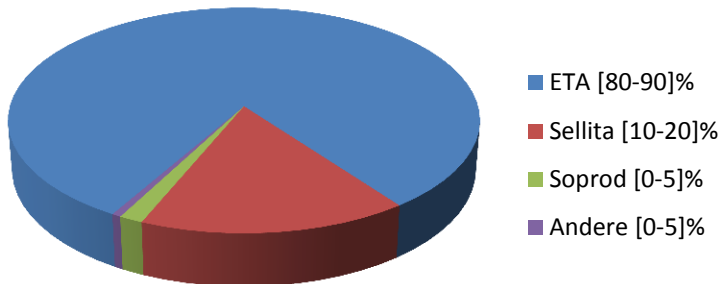
¹⁷⁵ Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktanteile basieren auf Mengen.

¹⁷⁶ Dies deckt sich mit einer Marktstudie der BANK VONTOBEL, welche für das Jahr 2009 einen Marktanteil von über 70 % für ETA auswies. Vgl. Bank Vontobel (Hrsg.), *Vontobel European Luxury Goods Shop, Uhrenindustrie*, Genf 2010.

163. Diese Uhrenhersteller sowie Rolex produzieren nur für den Eigengebrauch, weshalb sie für die Marktgegenseite momentan keine Alternativen darstellen und somit nicht in Konkurrenz zu ETA stehen.¹⁷⁷ Die Produktion für den Eigengebrauch müsste nur dann bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt werden, wenn eine Erhöhung der Marktpreise dazu führen würde, dass die für eigene Bedürfnisse reservierten Produktionskapazitäten für die Produktion zugunsten Dritter verwendet würden

oder Produktionskapazitäten für die Befriedigung des Bedarfs Dritter erhöht würden.¹⁷⁸ Dies war in der Vergangenheit trotz steigender Preise von ETA nicht der Fall [...], weshalb die Eigenproduktion bei der Marktanteilsberechnung nicht zu berücksichtigen ist. Betrachtet man nun lediglich den eigentlichen Markt, das heisst, die Mengen, welche von Uhrwerksherstellern an Drittkunden geliefert werden, ergeben sich folgende Marktanteile:

Abbildung 3: Marktanteile Markt für mechanische Uhrwerke 2010¹⁷⁹



164. Die ausgewiesenen Marktanteile basieren auf Zahlen des Jahres 2010, weil diese zum Zeitpunkt der Befragung durch das Sekretariat, im Juli 2011, von den Unternehmen angegeben werden konnten. Die Zahlen für das Jahr 2011 hingegen basieren auf Schätzungen resp. Hochrechnungen der Unternehmen, weshalb diese hier nur ergänzend hinzugezogen werden können (siehe weiter unten). Die Abbildung 3 zeigt, dass ETA über 80 % aller an Drittkunden verkaufte mechanische Uhrwerke herstellt. Insgesamt lieferte Swatch Group gut zwei Mio. Uhrwerke an Drittkunden.¹⁸⁰ Sellita, die im Zuge des Phasing-Outs bei Ebauches vor etwa 10 Jahren mit der Produktion mechanischer Uhrwerke begann, stellt die einzige echte Alternative dar, welche ebenfalls

Uhrwerke in industriellen Mengen herstellt. Soprod ist eine weitere Herstellerin mechanischer Uhrwerken, welche im Moment jedoch noch einen sehr bescheidenen Anteil am Markt hat. Bei den „Anderen“ handelt es sich um Hersteller von haut-de-gamme Werken, welche relativ kleine Stückzahlen (< 5'000 Stück) herstellen und kaum mit den industriell hergestellten Uhrwerken von ETA oder Sellita ausgetauscht werden können (vgl. oben Rz 98 ff.). Der hohe Marktanteil von ETA ist bereits ein sehr starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung von ETA.¹⁸¹

165. Die geschätzten Marktanteile für das Jahr 2011 präsentieren sich wie folgt:

Tabelle 5: Marktanteile Markt für mechanische Uhrwerke 2011¹⁸²

	2010	2011 geschätzt
ETA	[80-90] %	[70-80] %
Sellita	[10-20] %	[20-30] %
Soprod	[0-5] %	[0-5] %
Andere	[0-5] %	[0-5] %

¹⁷⁷ Die zunehmende Bedeutung der Eigenproduktion resp. der zunehmende Grad an Unabhängigkeit verschiedener Uhrenhersteller wird im Abschnitt potentielle Konkurrenz weiter unten behandelt.

¹⁷⁸ Vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 296.

¹⁷⁹ Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktanteile basieren auf Mengen.

¹⁸⁰ Vgl. AARGAUER ZEITUNG vom 09.06.2011, S. 11.

¹⁸¹ Vgl. BSK KG-REINERT/BLOCH (FN 178), Art. 4 Abs. 2 N 271 und 277; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, 172 N 314. Vgl. auch MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 117 ff.

¹⁸² Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

166. Aus der Marktanteilsentwicklung ist ersichtlich, dass es kürzlich zu Marktanteilsverschiebungen hin zu Sellita kam. Dies ist hauptsächlich auf die Erhöhung der Produktionskapazitäten von Sellita im Jahr 2011 zurückzuführen. Sellita bietet mechanische Uhrwerke an, welche mit denjenigen von ETA weitgehend identisch sind (es handelt sich mehrheitlich um sog. Generika-Werke). Für fünf der sechs meistverwendeten Kaliber bietet Sellita gute Substitute zu ETA in einem ähnlichen Preissegment an (vgl. auch Tabelle 1). Für diesen Teil des Marktes ist Sellita ein alternativer Hersteller zu den Produkten von ETA. Es muss jedoch beachtet werden, dass Sellita als einzige grössere Konkurrentin von ETA

- über deutlich tiefere Produktionskapazitäten als ETA verfügt (um den Faktor [...]),
- nur einen kleinen Teil der Produktauswahl von ETA anbietet,
- weniger Produktionsschritte intern, d.h. unabhängig von Zulieferern, tätig und
- beim Herzstück der Werke, dem Assortiment, im Moment noch auf Produkte der Swatch Group (Nivarox) angewiesen ist. Dies hat zur Konsequenz, dass Swatch Group den Output von Sellita indirekt kontrolliert: Sellita kann nur soviele Uhrwerke produzieren, wie sie über Assortiments von Nivarox verfügt (zur Stellung von Nivarox vgl. weiter unten Rz 217 ff.).

167. Die disziplinierende Wirkung, welche Sellita auf ETA ausüben kann, wird dadurch stark eingeschränkt.

168. Soprod bietet ein industriell hergestelltes mechanisches Uhrwerk an, das Kaliber A10. Es handelt sich um ein technisch gutes Substitut für das Kaliber 2892-A2 von ETA resp. das SW 300 von Sellita. Die Produktionskapazitäten von Soprod sind jedoch momentan noch bedeutend kleiner als jene von Sellita oder gar ETA. Soprod produzierte gemäss Presseangaben in den Jahren 2011/2012 rund 70'000-100'000 Uhrwerke pro Jahr.¹⁸³ Zudem ist dieses Alternativwerk ungefähr doppelt so teuer als die vergleichbaren Produkte von Sellita oder ETA. Weiter ist das A10 von Soprod noch nicht lange auf dem Markt, weshalb bei potentiellen Kunden teilweise eine gewisse Unsicherheit betreffend Zuverlässigkeit des Werks besteht. Aus diesen Gründen ist die disziplinierende Wirkung von Soprod stark eingeschränkt.

169. Insgesamt ist demnach die Anzahl von (echten) Mitbewerbern im fraglichen Markt sehr gering. Dies ist ein weiteres starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung von ETA.

Konzentration

170. Je konzentrierter ein Markt ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Wettbewerb nicht wirksam ist. Im Extremfall des Monopols ist nur ein Anbieter auf dem Markt. Der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) ist ein Mass für den Konzentrationsgrad in einem Markt. Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols). Der HHI wird primär im Bereich der Zusammenschlusskontrolle verwendet: Für die EU-Kommission stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Ist der HHI höher als 2'000 und die HHI-Veränderung durch den Zusammenschluss grösser als 150, müssen zusätzliche Kriterien (z.B. betreffend potentielle Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung) erfüllt sein, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss nicht eingehend prüft.¹⁸⁴

171. Auch vorliegend kann der HHI herangezogen werden, um die Konzentration im Markt für Uhrwerke zu illustrieren. Basierend auf den oben ausgewiesenen Marktanteilen ergibt sich im Jahr 2010 ein HHI von ungefähr 6'900 (2011: ca. 5'900). Dies illustriert den äusserst hohen Konzentrationsgrad im Markt für mechanische Uhrwerke.

Preisentwicklung ETA-Kaliber

172. Nachfolgende Tabelle illustriert, dass die abgesetzte Menge von ETA trotz teilweise erheblichen Preiserhöhungen insgesamt nicht zurückging, sondern gar anstieg. Die Preise und Absatzzahlen von ETA entwickelten sich in den letzten Jahren wie folgt:

Tabelle 6: Preis- und Mengenänderungen mechanische ETA-Uhrwerke¹⁸⁵

	2007	2008	2009	2010
Preise	+ 3-5 %	+ 5-8 %	+ 5-12 % *	+ 0 %
Gelieferte Mengen **		- 5.6 %	+ 32 %	+ 12 %

* Ab dem Jahr 2009 wurde zudem das Skonto von 3 % gestrichen.

** Mechanische Uhrwerke müssen bei ETA in der Regel ca. 6-12 Monate im Voraus bestellen werden.

¹⁸³ Vgl. DER BUND vom 25.03.2011, S. 11; LE QUOTIDIEN JURASSIEN, 23.04.2012.

¹⁸⁴ Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31/5 vom 5.2.2004.

¹⁸⁵ Quelle: Erhebungen des Sekretariats; Vgl. auch act. n° 93 und 654. Hierzu ist anzumerken, dass die WEKO am 14.09.2009 u.a. im Zusammenhang eine Untersuchung gegen ETA eröffnet hat, vgl. <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=29027> [21.10.2013].

173. Diese Schwankungen in der Nachfrage scheinen mit Nachfrageschwankungen bei mechanischen Uhren zusammenzuhängen. Tabelle 7 illustriert die Veränderung der Menge an exportierten Uhren. Man kann be-

obachten, dass die Mengenschwankungen bei ETA-Uhrwerken sich im darauffolgenden Jahr auf die Exportmenge an mechanischen Uhren auswirkt.

Tabelle 7: Mengenänderungen Export mechanische Uhren¹⁸⁶

	2007	2008	2009	2010
Exportierte Uhren	+ 12 %	+ 2 %	- 13 %	+ 32 %

Zwischenfazit

174. Folgende Gründe sprechen gegen eine disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz von ETA:

- Die sehr hohen Marktanteile von ETA.
- Es existieren kaum Konkurrenten, welche zudem über deutlich geringere Kapazitäten und eine (stark) eingeschränkte Produktpalette verfügen sowie im Falle von Sellita beim wichtigsten Input auf ein anderes Unternehmen der Swatch Group angewiesen sind (vgl. auch unten Rz 196 ff.).

175. ETA kann sich somit weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten.

B.3.1.2.1.2 Potentieller Wettbewerb

176. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf ETA zu entfalten vermag, ist nachfolgend der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs zu prüfen.

177. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markt-zutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.¹⁸⁷

Marktzutrittsschranken

178. Bei der Beurteilung der potentiellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle.¹⁸⁸ Diese sind letztlich entscheidend, ob es zu Marktzutritten kommt oder nicht.

179. **Know-How:** Zunächst ist festzuhalten, dass die Produktionstechnologie von ETA *prinzipiell* bekannt ist. Das Know-How für die Produktion sehr präziser mechanischer Uhrwerke ist nicht geheim und grundsätzlich auch nicht durch Patente von ETA geschützt. Die oben beschriebenen (vgl. oben Rz 95) sechs meistverwendeten mechanischen Uhrwerke in der Schweiz produziert ETA bereits seit Jahrzehnten weitgehend unverändert. Es handelt sich demnach nicht um einen Markt, der aufgrund von bahnbrechenden Innovationen periodisch starken Änderungen unterworfen ist.

180. Trotzdem geben nicht wenige der befragten Unternehmen, insbesondere auch solche, welche selber mechanische Uhrwerke in grösserer Anzahl herstellen,¹⁸⁹ an, dass das Know-How bei der Produktion von Uhrwerken eine Markteintrittsbarriere sei. Weiter scheint die

Verfügbarkeit von Trägern dieses Fachwissens, von Spezialisten beschränkt zu sein.¹⁹⁰

181. Um Uhrwerke zu konkurrenzfähigen Kosten herstellen zu können, muss die Produktion in grossen Stückzahlen erfolgen (s. unten). Der Aufbau einer solchen industriellen Produktion resp. der Ausbau einer Produktion von Kleinserien zu einer Produktion von Grossserien scheint relativ schwierig zu sein.¹⁹¹ Das Produktions-Know-How für grosse Stückzahlen ist aber notwendig, um eine Produktion von kritischer Grösse aufzubauen. ETA oder Rolex stellen seit Jahrzehnten mechanische Uhrwerke in Grossserien her und verfügen deshalb in dieser Hinsicht über einen wichtigen Vorteil gegenüber neuen Herstellern von Uhrwerken.

182. **Kostenvorteile:** Eine andere Hürde als das Know-How, um in den Markt einzutreten, scheinen die grossen *economies of scale*¹⁹² in der Produktion mechanischer Uhrwerke zu sein.¹⁹³ Ein Indiz dafür ist, dass das mechanische Uhrwerk A10 von Soprod, das in einer Gröszenordnung von einigen zehntausend Stück hergestellt

¹⁸⁶ Quelle: Fédération Horlogère Suisse, abrufbar unter www.fhs.ch/fr/statistics.php [21.10.2013].

¹⁸⁷ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*. Dieselben Voraussetzungen finden sich in der Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 16, in der festgehalten wird, der Markteintritt müsse wahrscheinlich, absehbar und ausreichend sein.

¹⁸⁸ Vgl. RPW 2008/4, 636 ff. Rz 311 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 175 ff. Rz 381 ff, *Migros/Denner*.

¹⁸⁹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁹⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁹¹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁹² Von „economies of scale“ oder „Grössenvorteilen“ spricht man, wenn die Durchschnittskosten pro hergestellte Einheit mit zunehmendem Output sinken.

¹⁹³ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534, 736.

wird, ungefähr doppelt so teuer ist wie das Pendant von ETA (2892-A2) oder Sellita (SW 300). Dem Beispiel von Sellita und den Angaben verschiedener Marktteilnehmer zu Folge müssen mehrere hunderttausend Uhrwerke jährlich hergestellt werden, um konkurrenzfähige Preise zu ETA anbieten zu können.¹⁹⁴ Soprod beispielsweise plant eine Produktion von 300'000 Uhrwerken jährlich.¹⁹⁵

183. Bereits auf dem Markt tätige Unternehmen, insbesondere ETA, produzieren deshalb zu deutlich tieferen Kosten als ein Markteintreter, welcher zu Beginn kleinere Volumen absetzt. Neue Lieferanten werden sich in einer schwierigen Situation wiederfinden: Um konkurrenzfähige Uhrwerke herstellen zu können, sind sehr grosse Stückzahlen notwendig. Dies wird aber schwer erreichbar sein, weil in den ersten Jahren der Produktion die Werke zu teuer sind, um ausreichende Mengen zu verkaufen. Dies stellt für etablierte Anbieter wie ETA einen grossen Vorteil gegenüber Neueinsteigern dar, da sie deutlich tiefere Preise setzen können als neue Anbieter.

184. Neben den beschriebenen Grössenvorteilen hat ETA einen weiteren Vorteil gegenüber von neuen Produzenten: Der Maschinenpark von ETA, der zur Herstellung von Uhrwerken an Drittkunden dient, ist mehrheitlich bereits seit vielen Jahren im Einsatz und dürfte grösstenteils abgeschrieben sein. Ein neuer Hersteller muss im Unterschied dazu neue, teure Maschinen beschaffen, was die Kosten und damit die Preise in den ersten Produktionsjahren stark erhöht (vgl. unten Rz 186 ff.).

185. Swatch Group macht diesbezüglich geltend, dass ETA in den letzten Jahren stark in die Erneuerung der Produktionsmittel investiert habe. Dies sei deshalb kein Kostenvorteil mehr. Zudem habe ein neuer Anbieter Wettbewerbsvorteile, da er von Beginn weg mit effizienten und kostengünstigen Produktionsmitteln (z.B. bezüglich Umrüstzeiten und Energieverbrauch) arbeiten könne. So hätten moderne, CAD-gesteuerte Maschinen diesbezüglich Vorteile gegenüber alten Einheiten.¹⁹⁶

186. **Investitionsbedarf / Gewinnaussichten:** Der Aufbau einer grösseren Produktion von Uhrwerken benötigt viel Kapital. Die diesbezüglichen Angaben der befragten Marktteilnehmer, welche in den letzten Jahren eine Produktion von Uhrwerken aufgebaut haben, gehen relativ weit auseinander. Dies hängt damit zusammen, dass der Kapitalbedarf je nach Fertigungstiefe, Grösse der Produktpalette und Qualitätsanspruch variiert. Weiter spielt eine grosse Rolle, wieviel Know-How im Unternehmen bereits vorhanden ist oder von Gruppengesellschaften transferiert werden kann. Schliesslich variieren die Angaben auch deshalb, weil die Personalkosten nicht überall mitberücksichtigt wurden. Aufgrund der eingereichten Angaben kann insgesamt von einem Kapitalbedarf von ungefähr CHF 10-40 Mio. für den Aufbau einer Produktion mechanischer Uhrwerke mit einer Kapazität von ca 5'000 bis ca. 50'000 Stück jährlich ausgegangen werden (zum Zeitbedarf siehe unten Rz 188).¹⁹⁷ Diese Zahlen basieren in der Regel auf einer externen Belieferung von Assortiments. D.h., dass die Zahlen nach oben angepasst werden müssen, wenn die Produktion von Assortiments miteingerechnet wird.

187. Der Aufbau einer Werkproduktion von mehreren hunderttausend Stück jährlich erfordert entsprechend mehr Mittel. Sellita hat für den Aufbau ihrer Produktion (ohne Assortiments) bisher rund [...] Mio. investiert. Dabei muss berücksichtigt werden, dass Sellita bei Beginn der Uhrwerksproduktion bereits seit Jahrzehnten ETA-Uhrwerke montiert hat. Somit verfügte dieses Unternehmen bereits über gewisses Know-How und einen grossen Kundenstamm. Die befragten Unternehmen schätzen insgesamt, dass ein Markteintreter ungefähr CHF 50-150 Mio. investieren müsste, um konkurrenzfähige Produkte zu ETA resp. Sellita herstellen zu können.¹⁹⁸ Nach Angaben von Swatch Group betragen die nötigen Investitionen von unter CHF 1 Mio. bis mehrere Mio. Franken.¹⁹⁹ Diese Angabe dürfte im Lichte aller zur Verfügung stehenden Informationen deutlich zu tief sein.

188. Die befragten Unternehmen gehen im Durchschnitt davon aus, dass ein Markteintreter 9 Jahre braucht, um konkurrenzfähige Produkte zu ETA resp. Sellita herstellen zu können. Die Analyse der Projekte, welche in den letzten Jahren tatsächlich realisiert wurden, ergibt einen etwas tieferen Zeitbedarf (zu einzelnen Projekten siehe unten).²⁰⁰ Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Projekte, welche in den letzten Jahren realisiert wurden, von einer Produktion von einem einzigen Kaliber und 5'000 Stück jährlich bis zu mehreren Kalibern und einigen hunderttausend Stück/Jahr reichen (vgl. auch oben Rz 186). Mit Ausnahme von Sellita, welche sieben Jahre benötigte, um ihre Produktion aufzubauen,²⁰¹ ist zudem bis heute niemand in der Lage, konkurrenzfähige Produkte zu ETA herzustellen. Gemäss Swatch Group muss man gestützt auf das Beispiel Sellita für ein Basisprodukt wie das SW200/SW300 ca. zwei Jahre rechnen. Das Tempo der Entwicklung hänge vor allem von den Investitionsmöglichkeiten und der Rekrutierung von Personal ab.²⁰² Diese Zeitangabe dürfte im Lichte aller zur Verfügung stehenden Informationen deutlich zu niedrig sein.

189. Diese hohen Investitionen verbunden mit dem oben beschriebenen Problem, dass ein neuer Hersteller erst ab einer gewissen Grössenordnung konkurrenzfähige Preise anbieten und somit Marktanteile gewinnen kann,

¹⁹⁴ Vgl. act. n° 129, 140, 150, 171, 332, 430.

¹⁹⁵ Vgl. act. n° 144. Vgl. auch LE QUOTIDIEN JURASSIEN, 23.04.2012.

¹⁹⁶ Vgl. act. n° 816, S. 5.

¹⁹⁷ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

¹⁹⁸ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534. Zur grossen Bandbreite vgl. Rz 186.

¹⁹⁹ Vgl. act. n° 10.

²⁰⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁰¹ Vgl. act. n° 126.

²⁰² Vgl. act. n° 10.

führen dazu, dass ein (potentieller) Markteintriter – wenn überhaupt – erst langfristig mit Gewinnen rechnen kann. Dies wird verstärkt durch die lange Zeitdauer, welche notwendig ist, bis eine Werkproduktion aufgebaut ist und mit der Produktion begonnen werden kann. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass sich die hohen Investitionen in eine Werkproduktion erst in der langen Frist auszahlen. Dies senkt die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten, da nicht alle potentiellen Investoren einen so langfristigen Zeithorizont haben und in den ersten Jahren hohe Verluste hinnehmen können.

190. Sellita macht darauf aufmerksam, dass die für die Herstellung von Uhrwerken erforderlichen finanziellen Mittel und technischen Infrastrukturen die Möglichkeiten der weitaus meisten Branchenunternehmen um ein Vielfaches übersteigen würden.²⁰³

191. **Beschaffung von Produktionsinputs:** Eine weitere Markteintrittshürde ist die Beschaffung von Komponenten, insbesondere von Assortiments. Momentan verfügt Nivarox über eine äusserst starke Marktstellung im Bereich der Assortiments. Nivarox-Assortiments sind gewissermassen der Standard in der Industrie; fast in jedem Schweizer Uhrwerk befindet sich ein Nivarox-Assortiment (vgl. unten Rz 217 ff.). Vor dem Hintergrund der geplanten Lieferreduktionen von Nivarox stehen (potentielle) Markteintriter sowie Uhrenhersteller, welche eigene Werke herstellen wollen, deshalb vor dem Problem, woher sie das Herzstück der Uhr beziehen sollen. Eine eigene Produktion von Assortiments scheint für Uhrenhersteller insgesamt eine noch deutlich höhere Hürde zu sein als die Eigenproduktion von Uhrwerken (vgl. hierzu ausführlich unten Rz 226 ff.).²⁰⁴

192. Neben den Assortiments geben viele der befragten Unternehmen an, es sei prinzipiell schwierig, langfristige Zulieferer zu finden, welche Inputs in hoher Qualität liefern und welche unabhängig seien von den grossen Gruppen.²⁰⁵ Diese Markteintrittsbarriere wird sich in den nächsten Jahren tendenziell erhöhen, da nicht wenige Unternehmen resp. Unternehmensgruppen ihre Uhrwerke vermehrt selber herstellen werden und somit auch verstärkt auf Zulieferer zurückgreifen werden (vgl. unten Rz 196 ff.).

193. **Reputation:** ETA-Uhrwerke geniessen einen ausgezeichneten Ruf punkto Qualität und Zuverlässigkeit. Ein Neueinsteiger muss sich diesen Ruf erst erarbeiten, was mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann.²⁰⁶ Zwar können beispielsweise die Ganggenauigkeit oder die Gangreserve als Qualitätsindikatoren jederzeit getestet werden. Mechanische Uhrwerke können aber in gewisser Hinsicht auch als Erfahrungsgüter²⁰⁷ angesehen werden, deren längerfristige Qualität resp. die Zuverlässigkeit sich erst mit dem Gebrauch über die Jahre feststellen lässt. Diese Zuverlässigkeit ist für Endkunden und damit für Uhrenhersteller von grosser Bedeutung. Deshalb ist es für einen Markteintriter in den ersten Jahren schwierig, seine Uhrwerke abzusetzen, weil die Zuverlässigkeit der Werke im Markt noch nicht bekannt ist. Uhrenhersteller vertrauen im Zweifelsfall lieber auf das seit Jahrzehnten bewährte Produkt von ETA als ein neues Werk, dessen Zuverlässigkeit nicht bekannt ist, in ihre Uhren einzubauen.

194. **Switching costs:** Neben den bereits beschriebenen Markteintrittsbarrieren ist die Umstellung von ETA Uhrwerken zu Werken alternativer Produzenten nicht einfach. Dies hängt mit den technischen Begebenheiten und den Abmessungen eines Uhrwerks zusammen (vgl. oben Rz 96). Stellt ein alternativer Produzent Werke her, die punkto Abmessung und Funktionalität mit denjenigen von ETA vergleichbar sind, lässt sich dieses Problem aber umgehen. Sellita beispielsweise stellt Uhrwerke her, welche in dieser Hinsicht grundsätzlich denjenigen von ETA entsprechen.

195. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden können die Markteintrittsbarrieren als hoch, mittel- bis längerfristig jedoch als nicht unüberwindbar eingestuft werden. Fest steht, dass die industrielle Produktion mechanischer Uhrwerke sehr viel Fachwissen und sehr hohe Investitionen erfordert. Gleichzeitig sind die zukünftigen Profite eines Markteintritters mit diversen Unsicherheiten behaftet und fallen höchstens langfristig an. Im folgenden Abschnitt wird näher auf den Faktor Zeit eingegangen.

Analyse vergangener und aktueller Expansionsprojekte

196. Der Aufbau einer alternativen Bezugsquelle, welche mechanische Uhrwerke in grosser Stückzahl für Dritte herstellen kann, benötigt relativ viel Zeit. Als Beispiel können an dieser Stelle einerseits die Markteintritte der letzten Jahre herangezogen werden, andererseits die Projekte von Uhrenherstellern, welche damit begonnen haben, Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen.

197. Sellita, die im Zuge des Phasing-Outs bei Ebauches mit der Produktion mechanischer Uhrwerke begann, gibt an, dass sie sieben Jahre brauchte, um ihre Uhrwerksproduktion von mehreren hunderttausend Stück pro Jahr aufzubauen.²⁰⁸ Sellita bietet mechanische Uhrwerke an, welche mit denjenigen von ETA weitgehend identisch sind (es handelt sich mehrheitlich um sog. Generika-Werke). Für fünf der sechs meistverwendeten Kaliber bietet Sellita heute gute Substitute zu ETA in einem ähnlichen Preissegment an. Trotzdem muss beachtet werden, dass Sellita insgesamt nur einen kleinen Teil der Produktauswahl von ETA anbietet: Sellita bietet fünf Kaliber an, ETA rund 30. Weiter tätig Sellita weniger Produktionsschritte intern, d.h. unabhängig von

²⁰³ Vgl. act. n° 866, S. 6.

²⁰⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁰⁵ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁰⁶ Vgl. act. n° 129, 224.

²⁰⁷ LUIS M. B. CABRAL: Introduction to Industrial Organization, MIT Press, 2000, page 223.

²⁰⁸ Vgl. act. n° 126.

Zulieferern. Insbesondere bei den Assortiments ist sie – im Moment noch – auf Produkte der Swatch Group (Nivarox) angewiesen. Es muss in Bezug auf das Beispiel von Sellita auch beachtet werden, dass dieses Unternehmen bereits seit längerer Zeit Uhrwerke für ETA zusammengesetzt hat, also bereits über ein gewisses Know-How verfügte. Weiter verfügte Sellita aufgrund ihrer Tätigkeit als Assembleur von Uhrwerken bereits über einen grossen Kundenstamm.

198. Sellita möchte ihre Produktionsmenge in Zukunft erhöhen²⁰⁹ und wird deshalb bis [...] investieren.²¹⁰ Die zukünftige Produktionskapazität von Sellita hängt aber insbesondere davon ab, ob die Versorgung mit Assortiments sichergestellt werden kann. Sellita baut zwar momentan eine eigene Produktion von Assortiments auf, steht dabei aber erst am Anfang.²¹¹ Je nach zukünftiger Produktionsmenge könnte Sellita mittel- bis längerfristig einen Teil des ETA-Angebotes an Basiskalibern zu konkurrenzfähigen Preisen ersetzen.

199. Sellita macht zudem geltend, dass sie trotz intensiver Bemühungen erst wenige Kaliber in ungenügender Anzahl herstelle. Um ihre Kunden bedienen zu können, kaufe Sellita deshalb beträchtliche Mengen ETA-Uhrwerke. Sellita könne nur mit einem ausreichenden Umsatz mit Uhrwerken die finanziellen Mittel erarbeiten, welche nötig seien, um eine alternative Bezugsquelle von Swiss Made Uhrwerken aufzubauen.²¹²

200. Ein anderes Beispiel ist Soprod, welche mit dem A10 ein vergleichbares Kaliber zum ETA 2892-A2 (resp. das SW 300 von Sellita) in grösseren Stückzahlen anbietet. Die Produktionskapazitäten und die abgesetzten Mengen von Soprod sind jedoch noch bedeutend kleiner als jene von Sellita oder ETA und die Produktpalette umfasst nur ein Kaliber im Segment von ETA/Sellita. Zudem ist dieses Alternativwerk ungefähr doppelt so teuer wie die Alternativen von ETA oder Sellita. Soprod benötigte nach eigenen Angaben bis zum Jahr 2011 sechs Jahre zum Aufbau der Produktion von Uhrwerken. Soprod benutzt Assortiments von mhvj, welche wie Soprod mit der Festina-Gruppe verbunden ist. Soprod plant, bis ins Jahr 2015 die Produktion von Uhrwerken auf ungefähr [...] Stück/Jahr hochzufahren sowie mehrere Variationen des Kalibers A10 anzubieten.²¹³ Insgesamt ergibt sich dadurch eine Aufbauzeit bis zu einer industriellen Produktion von ungefähr 10 Jahren.

201. Weiter verfolgt das Unternehmen Accurat Swiss SA (nachfolgend: Accurat) ein Projekt für den Aufbau einer grösseren Uhrwerksproduktion für Drittkunden. Das Unternehmen hat vor vier Jahren (2008) begonnen, ein eigenes Werk zu konstruieren. Bei dem Werk handelt es sich um eine vollständige Eigenentwicklung, die sich im Durchmesser am ETA 2824 orientiert. Von dem Werk existieren bereits Prototypen. Die Planung sieht eine Produktion von [...] Werken im Jahr 2015 und von [...] Uhrwerken in verschiedenen Varianten in 10 Jahren vor. Die Herstellungskosten würden bei der zugrunde gelegten konservativen Produktionsplanung bei ungefähr CHF [...] bei einer Produktionsmenge von [...] Werken und ca. CHF [...] bei einer Produktionsmenge von [...] Werken liegen (zum Vergleich: das ETA 2824 kostet durchschnittlich CHF [...]). Der potentielle Hersteller würde seine Produkte gerne mit einer Spirale aus Silizium aus-

statten. Das Unternehmen verfügt über Zusagen über die Hälfte des benötigten Kapitals von ungefähr CHF [...] Mio.²¹⁴ [...] Die Erfolgswahrscheinlichkeit und die konkrete Ausgestaltung des Projekts sind deshalb zum momentanen Zeitpunkt noch unsicher, da es sich zur Zeit noch in der Planungsphase befindet.

202. Neben diesen möglichen zukünftigen Alternativen zu ETA planen auch Anbieter im *haut-de-gamme* Segment teilweise einen Ausbau ihrer Produktion und Produktpalette. So planen Anbieter wie Vaucher Manufacture Fleurier, mhvj, Sowind oder [...] eine Ausweitung der an Drittkunden gelieferten Menge an Uhrwerken.²¹⁵ Es muss aber betont werden, dass es sich hierbei um *haut-de-gamme* Werke und um relativ bescheidene Mengen handelt, welche die Marktverhältnisse nicht wesentlich beeinflussen werden.

203. Zusammenfassend dürften die Kapazitäten bestehender Anbieter mittelfristig um ungefähr [...] zunehmen. In Bezug auf den Gesamtmarkt sind dies relativ bescheidene Mengen. Längerfristig, und falls Sellita den Bezug von Assortiments sicherstellen kann, werden die Kapazitäten im Markt um [...] Uhrwerke erhöht. [...].

204. Neben den oben genannten Anbietern, welche primär für Drittkunden produzieren, hat eine Reihe von Uhrenherstellern in den letzten Jahren in den Aufbau eigener Uhrwerke investiert (kein Verkauf an Dritte geplant). Nachfolgend sind die dem Sekretariat zur Kenntnis gebrachten Projekte aufgeführt:

- Richemont plant gemäss Presseangaben, mehr als CHF 100 Mio. in die Uhrwerk- und Komponentenherstellerin Manufacture Horlogère Val Fleurier im Val de Travers zu investieren, die damit zu einem wichtigen Lieferanten für die gruppeneigenen Marken heranwachsen dürfte.²¹⁶ Auch einzelne Gruppengesellschaften von Richemont investieren stark in den Ausbau der eigenen Kapazitäten, so beispielsweise Vacheron Constantin, Cartier, Piaget oder Panerai.²¹⁷ [...] ²¹⁸ Damit wird der Eigenversorgungsgrad der Richemont-Gruppe sicherlich deutlich ansteigen.
- Louis Vuitton Moët Hennessy (nachfolgend: LVMH): Gemäss dem Uhrenchef der LVMH-Gruppe ist die Marke Zenith bereits heute Eigenversorger und Hublot werde es auch relativ rasch sein.²¹⁹ [...] Tag Heuer hat bereits in den

²⁰⁹ Vgl. LE MATIN DIMANCHE, 04.09.2011, S. 35 f.

²¹⁰ Vgl. act. n° 126.

²¹¹ Vgl. act. n° 430.

²¹² Vgl. act. n° 866, S. 3 f.

²¹³ Vgl. act. n° 144. Vgl. auch LE QUOTIDIEN JURASSIEN, 23.04.2012.

²¹⁴ Vgl. act. n° 684, 717, 736.

²¹⁵ Vgl. act. n° 141, 317, 460.

²¹⁶ Vgl. NZZ vom 08.03.2012, http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/nzz_equity/eine-beeindruckende-erfolgsgeschichte-1.15551550 [21.10.2013].

²¹⁷ Vgl. Pressemitteilung von Richemont vom 07.10.2011; BILANZ, 18.01.2012.

²¹⁸ Vgl. act. n° 210.

²¹⁹ Vgl. Interview mit Philippe Rascal, Uhrenchef von LVMH, BILANZ 5/2010, S. 120-123.

letzten Jahren in den Aufbau der Produktion eines eigenen Uhrwerks investiert (Kaliber 1887). Tag Heuer gibt an, bis zur ersten Kommerzialisierung fünf Jahre benötigt zu haben, für das Hochfahren der Kapazitäten auf 50'000 Stück weitere drei Jahre. Im Frühjahr 2012 hat das Unternehmen zudem angekündigt, ein neues Chronographen-Werk herzustellen und die Kapazitäten ab 2013 bis auf 100'000 Stück pro Jahr zu verdoppeln. Die Assortiments sollen dabei von Atokalpa und Seiko Instruments Inc. stammen.¹¹²²⁰ [...].²²¹

- Rolex hat im Oktober 2012 in Biel ein neues, grosses Produktionsgebäude eingeweiht. Dort werden die verschiedenen Bestandteile der Uhrwerke hergestellt und assembliert. Damit hat Rolex bei der Produktion von Uhren fast eine totale Autonomie erreicht.²²² Rolex hat bisher in die Uhren der ebenfalls zur Gruppe gehörenden Tudor ETA-Werke eingebaut.²²³ Dem Sekretariat ist nicht bekannt, ob Rolex in Zukunft eigene Uhrwerke in Tudor-Uhren einbauen wird.
- Eine kleinere und eine mittelgrosse Uhrenmarke, welche seit längerer Zeit einen Teil ihrer Uhrwerke selber herstellen [...], planen eine starke Erhöhung ihrer Produktionskapazitäten in den nächsten Jahren und werden damit ihren Selbstversorgungsgrad [...] deutlich erhöhen.
- Breitling hat in den letzten Jahren eine eigene Uhrwerksproduktion aufgebaut (Chronographen-Kaliber B01). Breitling produzierte 2011 etwa 40'000 eigene Werke und strebt den Ausbau auf 50'000 Stück jährlich an. Breitling benötigte fünf Jahre bis zur industriellen Produktion des B01 und gibt als Ziel an, die Hälfte ihrer Chronographen mit mechanischen Werken mit eigenen Kalibern auszustatten.²²⁴ [...].
- Auch die Uhrenmarke Carl F. Bucherer begann 2005 mit der Entwicklung eines eigenen Uhrwerks (CFB A1000) und benötigte bis heute sieben Jahre für den Produktionsaufbau, der noch nicht abgeschlossen ist. [...]. Bucherer wird gemäss eigenen Angaben in den nächsten Jahren die Entwicklung und Produktion eigener Uhrwerke verstärken. Dabei gehe es aber ausschliesslich um sehr hochwertige Uhrwerke, welche in Uhren eingebaut würden, die in einem deutlich teureren Marktsegment seien als die Uhren mit ETA-Werken. Mit den eigenen Werken können gemäss Bucherer die von ETA bezogenen Werke nicht ersetzt werden.²²⁵
- Die Uhrenmarke Chopard & Cie S.A. (nachfolgend: Chopard) produziert heute bereits drei in-house Werke. Chopard plant, ihre Eigenproduktion von einigen tausend Stück in einer neuen Fabrik in Fleurier bis 2015 auf 15'000 - 20'000 Werke pro Jahr zu erhöhen. [...].²²⁶
- Eine kleinere Uhrenmarke plant bis 2015 einige tausend eigene Uhrwerke herzustellen. [...].
- Die mittelgrosse Uhrenmarke [...] plant bis 2018 (entspricht sechs Jahren Aufbauzeit) eine eigene

Uhrwerksproduktion [...]. Dieses Projekt befindet sich noch in der Anfangsphase.

- Die Uhrenmarke Eterna entwickelt gemäss Presseberichten seit 2007 ein eigenes Chronographen-Kaliber, welches im Frühjahr 2013 lanciert werden sollte (Kaliberfamilie 39). Es handle sich um ein seriell hergestelltes Werk, das als Alternative zum ETA 7753 oder SW 500 von Sellita verwendet werden könne. Das Assortiment des Werks stamme nicht von Nivarox. Eterna wolle auch Drittkunden mit ihrem Werk beliefern.²²⁷ Die geplante Produktionsmenge von Eterna ist dem Sekretariat jedoch nicht bekannt.

205. Diese beispielhafte Aufführung der dem Sekretariat bekannten Expansionsprojekte bei der Eigenproduktion von mechanischen Uhrwerken zeigt, dass etliche Uhrenfirmen in den nächsten Jahren ihre Produktion (teilweise stark) ausbauen resp. eine Produktion aufbauen werden. Die auf dem Markt nachgefragte Menge an mechanischen Uhrwerken wird dadurch – unter sonst gleichen Bedingungen – abnehmen und das Knappheitsproblem entschärfen. Gemäss den Angaben der vom Sekretariat befragten Marktteilnehmer werden im Jahr 2015 verglichen mit 2010 rund [...] zusätzliche Uhrwerke für den Eigengebrauch hergestellt werden. Längerfristig sind weitere Projekte in Planung, so dass sich der Eigenversorgungsgrad etlicher Marken nach 2015 (weiter) erhöhen wird.

206. Nichtsdestotrotz bleiben viele Marken, die infolge der oben beschriebenen Markteintrittsbarrieren, insbesondere aufgrund des hohen Investitionsbedarfs, keine eigene Uhrwerksproduktion planen. Zudem streben viele Uhrenmarken mit eigener Produktion nicht einen Selbstversorgungsgrad von 100 % an, sondern werden nur einen Teil der benötigten Uhrwerke selber produzieren. Grundsätzlich kann beobachtet werden, dass Uhrenmarken Werke aus eigener Produktion eher bei den teureren Modellen einsetzen und bei den günstigeren Modellvarianten (auch in Zukunft) eher mit Werk-Zukäufen planen.

207. Anzufügen bleibt, dass für viele Aufbau- und Expansionsprojekte die Versorgung mit Assortiments ein grosser Unsicherheitsfaktor darstellt. Einzig bei der geplanten Kapazitätserhöhung von Soprod und beim Projekt von [...] scheint die Versorgung mit Assortiments geregelt. Wie oben beschrieben, hat auch Tag Heuer einen Weg gefunden, die bisher von Nivarox bezogenen

²²⁰ Vgl. Pressemitteilung Tag Heuer und Le Temps vom 21.03.2012.

²²¹ Vgl. act. n° 123.

²²² Vgl. REVUE FH, 01.11.2012. Rolex stattet bereits 90 % ihrer Uhren mit eigener Spirale resp. Assortiment aus (vgl. Bilanz, 31.10.2012, S. 24).

²²³ Vgl. <http://www.uhren-wiki.net/index.php?title=Tudor> [21.10.2013].

²²⁴ Vgl. Interview mit Jean-Paul Girardin, Vizepräsident von Breitling, Chronos 4/2012.

²²⁵ Vgl. act. n° 171.

²²⁶ Vgl. act. n° 140. Vgl. auch Interview mit Karl-Friedrich Scheufele, Vizepräsident von Chopard, LE TEMPS, 05.03.2012.

²²⁷ Vgl. www.watchtime.net [21.10.2013].

Assortiments zu ersetzen. [...] und Sellita haben mit der Produktion eigener Spiralen resp. Assortiments begonnen, stehen bei diesem Prozess jedoch noch am Anfang. Ein Grossteil der Expansionsprojekte bei den Uhrwerken baut jedoch (noch) auf die Belieferung von Nivarox-Assortiments.

208. LJP macht geltend, dass es mindestens 10 Jahre dauern werde, bis eine Alternative – Sellita eingeschlossen – zu ETA bestehen werde, welche mechanische Uhrwerke in der erforderlichen Menge und Vielfalt produzieren könne. Zudem würden die Projekte für den Eigenbedarf Dritten wie LJP keinen Nutzen bringen. Es handle sich nämlich um verhältnismässig kleine Stückzahlen und um Manufakturwerke für den Einbau in teurere Uhren und nicht um Basiskaliber.²²⁸

Zwischenfazit

209. Die Markteintrittsbarrieren sind als hoch, mittel- bis längerfristig jedoch als nicht unüberwindbar einzustufen. Allfällige Markteintritte bräuchten einen Zeithorizont von mindestens 7–10 Jahren, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu ETA-Uhrwerken anbieten könnten. Dem Sekretariat ist einzig ein neues Projekt (mit einem Zeithorizont von 10 Jahren) bekannt, dessen Realisierung aber noch unsicher ist. Fest steht in jedem Fall, dass es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben wird, die in Punkto Menge, Qualität und Preis mit ETA werden konkurrieren können.

210. Gewisse Konkurrenten von ETA jedoch, namentlich Sellita und Soprod, werden voraussichtlich ihre Kapazitäten über die nächsten 3-5 Jahren erhöhen und damit einen Teil der Nachfrage, welche ETA nicht mehr bedienen will, auffangen können. Weiter erhöhen verschiedene (auch grosse) Abnehmer von ETA momentan ihren Eigenversorgungsgrad an mechanischen Uhrwerken. Dies dürfte die Knappheit an Uhrwerken über die nächsten Jahre – unter sonst gleichen Bedingungen – entschärfen. Anzuführen bleibt an dieser Stelle, dass alternative Anbieter – insbesondere Sellita – sowie etliche Kapazitätserhöhungs-Projekte für den Eigengebrauch kurz- bis mittelfristig noch auf Assortiments von Nivarox angewiesen sein werden (vgl. auch unten Rz 217 ff.).

211. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden ist und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreicht, um ETA disziplinieren zu können.

B.3.1.2.1.3 Nachfragemacht

212. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potentiellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern ausgehen. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.²²⁹

213. Davon ist in vorliegendem Fall nicht auszugehen. Vielmehr scheinen die Abnehmer von ETA kaum über Verhandlungsmacht zu verfügen. Dies zeigt sich primär daran, dass ETA ihre Lieferungen an Kunden einstellen

will. ETA resp. Swatch Group scheint demnach nicht auf die Belieferung Dritter angewiesen zu sein.

214. Zudem verfügt ETA bei der Produktion von mechanischen Uhrwerken in der Schweiz über einen Marktanteil von [70-80] % und die meisten Abnehmer können aufgrund beschränkter Kapazitäten nur in einem sehr eingeschränkten Ausmass auf alternative Anbieter ausweichen. Diese mangelnden Ausweichmöglichkeiten werden verdeutlicht durch die Entwicklung der verkauften Mengen, welche trotz teilweise erheblichen Preiserhöhungen in den letzten Jahren nicht zurückgegangen sind.

215. Zusammenfassend verfügen die Abnehmer von ETA über keine disziplinierende Nachfragemacht.

B.3.1.2.1.4 Fazit

216. Wie oben gezeigt, kann sich ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Uhrwerke weitgehend unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Sowohl der aktuelle als auch der potentielle Wettbewerb reichen nicht aus, um ETA zu disziplinieren. Auch die Abnehmer von ETA verfügen über keine disziplinierende Nachfragemacht. ETA verfügt somit über eine marktbeherrschende Stellung. Daran wird sich kurzfristig nichts ändern, mittel- bis langfristig besteht jedoch aufgrund potentieller Konkurrenz die Möglichkeit, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werden könnte.

B.3.1.2.2 Nivarox/Assortiments

B.3.1.2.2.1 Aktueller Wettbewerb

217. Das Sekretariat hat im Jahr 2006 festgestellt, dass Nivarox im Bereich der Assortiments über eine noch stärkere Stellung verfügt als ETA bei den Ebauches. Dies insbesondere deshalb, weil fast sämtliche mechanischen Swiss Made Uhrwerke mit einem Assortiment von Nivarox bestückt sind. Der Marktanteil von Nivarox wurde im Jahr 2006 auf über 90 % geschätzt und es wurde festgehalten, dass kein potentieller Wettbewerb bestehe.²³⁰ Nachfolgend werden diese Aussagen auf ihre Aktualität hin überprüft.

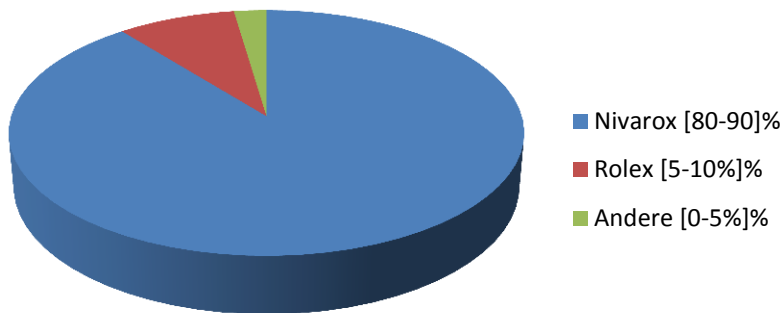
Marktteilnehmer und Marktanteile

218. Wie bei den Uhrwerken existieren bei den Assortiments Hersteller, welche an Drittkunden liefern (z.B. Nivarox), und solche, welche Assortiments ausschliesslich für den Eigengebrauch herstellen (z.B. Rolex). Hierzu ist anzufügen, dass lediglich drei der befragten Uhrenhersteller angeben, selber Assortiments für den Eigengebrauch herzustellen. Betrachtet man die Gesamtheit der in der Schweiz hergestellten Assortiments, ergeben sich folgende Produktionsanteile:

²²⁸ Act. n° 869, Rz 21 ff.

²²⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 174), Rz 18.

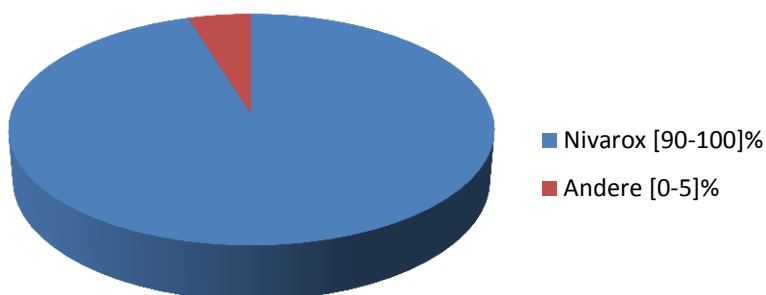
²³⁰ RPW 2006/1, 55 f. Rz 50 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

Abbildung 4: Marktanteile Gesamtproduktion Assortiments 2010²³¹

219. Die Abbildung zeigt, dass in fast allen mechanischen Schweizer Uhren ein Assortiment von Nivarox den Takt angibt. Nivarox hat eine Produktionskapazität von rund [...] Mio. Stück/Jahr. Neben ETA stellt einzig Rolex noch grössere Mengen Assortiments her (ungefähr [...] /Jahr). Daneben stellen drei Uhrenhersteller und verschiedene kleinere Hersteller bescheidene Mengen an Assortiments her.

220. Die Uhrenhersteller wie Rolex produzieren nur für den Eigengebrauch, weshalb sie für die Marktgegenseite keine Alternative darstellen und somit nicht in Konkurrenz zu Nivarox stehen. Die Produktion für den Eigengebrauch müsste nur dann bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt werden, wenn eine Erhöhung der

Marktpreise dazu führen würde, dass die für die eigenen Bedürfnisse reservierten Produktionskapazitäten für die Produktion zugunsten Dritter verwendet würden oder Produktionskapazitäten für die Befriedigung des Bedarfs Dritter erhöht würden.²³² Dies war in der Vergangenheit trotz steigender Preise von Nivarox nicht der Fall [...], weshalb die Eigenproduktion bei der Marktanteilsberechnung nicht zu berücksichtigen ist. Betrachtet man nun lediglich den eigentlichen Markt, das heisst, die Mengen, welche von Assortiments-Herstellern an Drittkunden geliefert werden, ergeben sich folgende Marktanteile:

Abbildung 5: Marktanteile Markt für Assortiments 2010²³³

221. Die geschätzten Zahlen für 2011 ergeben ein identisches Bild. Die Abbildung zeigt, dass Nivarox über 90 % aller an Drittkunden verkaufte Assortiments herstellt und damit praktisch über ein Monopol verfügt. Nivarox verkaufte 2010 [...] Mio. Assortiments an Drittkunden.²³⁴ Zu den weiteren Herstellern, welche momentan sehr bescheidene Mengen an Dritte verkaufen, gehören die mit der Festina-Gruppe verbundene mhvj, die zur Sandoz-Stiftung gehörende Atokalpa, sowie Sigatec in Sion. Daneben bieten auch Technotime und Precision Engineering kleine Mengen von Assortiments an. Gemäss Presseberichten stellt seit kurzem auch Concepto Watch Factory (nachfolgend: Concepto) Assortiments in

einer Grössenordnung von momentan 50'000 Stück/Jahr her.²³⁵ Dies würde einem Marktanteil von [0-5] % entsprechen.

²³¹ Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktanteile basieren auf Mengen.

²³² Vgl. BSK KG-Reinert/Bloch (FN 178), Art. 4 Abs. 2 N 296.

²³³ Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktanteile basieren auf Mengen.

²³⁴ Vgl. act. n° 93.

²³⁵ Vgl. LE JOURNAL DU JURA, 19.04.2012. Tag Heuer gibt jedoch an, dass sich Concepto noch in der Aufbauphase befindet und erst Ende 2012 erste Muster zur Homologation liefern könne (vgl. act. 716).

222. Der sehr hohe Marktanteil von Nivarox ist bereits ein sehr starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox.²³⁶ In vorliegendem Fall kann von einem Quasi-Monopol gesprochen werden.

223. Obwohl die Qualität der Assortiments der alternativen Anbieter gut zu sein scheint, ist die disziplinierende Wirkung dieser Anbieter auf Nivarox kaum vorhanden. Erstens produzieren diese aufgrund mangelnder Kapazitäten einen Bruchteil der Menge von Nivarox und verlangen in der Regel Preise, die aufgrund der geringen Produktionsmengen deutlich über jenen von Nivarox liegen.

Konzentration

224. Basierend auf den oben ausgewiesenen Marktanteilen ergibt sich für die Jahre 2010 und 2011 ein HHI²³⁷ von ungefähr 9'000. Dies illustriert den äusserst hohen Konzentrationsgrad im Markt für Assortiments.

Zwischenfazit

225. Nivarox verfügt über ein Quasi-Monopol auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments. Es existieren zwar einige kleine Konkurrenten, diese verfügen aber nur über einen Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox und sind preislich nicht mit Nivarox-Produkten vergleichbar. Nivarox kann sich deshalb weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten.

B.3.1.2.2 Potentieller Wettbewerb

226. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf Nivarox zu entfalten vermag, ist nachfolgend der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs zu prüfen.

227. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markt-zutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Markt-zutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.²³⁸

Marktzutrittsschranken

228. In Bezug auf das Know-How muss zwischen (1) der herkömmlichen Produktionstechnologie mittels Speziallegierung/CNC-Verfahren und (2) neuen Werkstoffen resp. Verfahren wie z.B. Silizium/LiGA unterschieden werden (vgl. dazu auch oben Rz 122).

229. **Know-How (1) herkömmliche Technologie:** Betreffend Produktionswissen der herkömmlichen Technologie – mittels derer Nivarox die Assortiments für Drittkunden herstellt – muss weiter unterschieden werden zwischen dem Rohmaterial von Unruhspiralen sowie der Herstellung der restlichen Produktionsschritte der Spirale und der anderen Teile des Assortiments.

230. Das Rohmaterial von herkömmlichen Nivarox Unruhspiralen ist nicht allgemein bekannt. Die richtige Zusammensetzung ist aber von essentieller Bedeutung für die Qualitätseigenschaften der Spirale (und damit des gesamten Uhrwerkes), da die Qualität der Spirale von

der genauen Zusammensetzung der Legierung abhängt. Kleine Abweichungen von den Toleranzen bei der Herstellung von Spiralen wirken sich stark auf deren Qualitätseigenschaften aus.

231. Die Original-Rezeptur des Nivarox-Drahtes geht zurück auf den Ingenieur Reinhard Straumann und wurde in den 1930er Jahren patentiert. Trotz abgelaufenem Patent blieb die genaue Zusammensetzung der Nivarox-Spirale bis heute weitgehend geheim und kann bei keinem Unternehmen einfach bestellt werden. Ein potentieller Markteintreter hat demnach zwei Möglichkeiten, Unruh-Spiralen herzustellen: Entweder kann die Zusammensetzung des Straumann-Patents irgendwie in Erfahrung gebracht werden oder es wird durch aufwendige, langjährige Versuche eine eigene, neuartige Legierung entwickelt.

232. Scheinbar verfügt das deutsche Unternehmen Haas noch über Straumann-Originalrezepturen sowie grössere Lagerbestände des Nivarox-Drahtes (s. unten). Andere Unternehmen wie Rolex, Atokalpa oder mhvj haben eigene Rezepturen für Spiralen entwickelt (s. unten). Dies zeigt, dass eine Duplizierung des Materials – bei allen damit verbundenen Schwierigkeiten und unter Berücksichtigung der dafür notwendigen langen Zeitdauer – grundsätzlich möglich ist. Das Rohmaterial zu kennen reicht indes nicht aus, auch der ganze Fabrikationsprozess muss beherrscht werden.²³⁹

233. Die restlichen Produktionsschritte der Spirale wie Walzen, Einrollen, Härten oder Regulieren sind sehr komplexe Prozesse, die mit höchster Genauigkeit ausgeführt werden müssen. Bei einer Abweichung von mehr als einem Tausendstelmillimeter lässt sich das Vorprodukt nicht mehr weiterverwenden.²⁴⁰ Insgesamt sind diese Prozesse – ähnlich wie das Know-How betreffend der restlichen Teile des Assortiments – jedoch grundsätzlich bekannt. Weiter hält Swatch Group zwar verschiedene Patente im Zusammenhang mit der Herstellung von Spiralen, diese sind aber nach Auffassung der befragten Marktteilnehmer sowie Swatch Group keine Hindernisse für einen alternativen Spiral-Produzenten.²⁴¹

²³⁶ Vgl. BSK KG-REINERT/BLOCH (FN 178), Art. 4 Abs. 2 N 271 und 277; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, 172 N 314. Vgl. auch Motta (FN 181), S. 117 ff.

²³⁷ Vgl. Rz 170.

²³⁸ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*. Dieselben Voraussetzungen finden sich in der Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 16, in der festgehalten wird, der Markteintritt müsse wahrscheinlich, absehbar und ausreichend sein.

²³⁹ Vgl. FINANCIAL TIMES, Nivarox: Top component maker pulls back the curtain, 10.11.2007, abrufbar unter: <http://www.ft.com/cms/s/0/90f7457e-8dde-11dc-8591-0000779fd2ac.html#axzz2BQulqUzq> [21.10.2013].

²⁴⁰ Vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 64-70.

²⁴¹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534; Act. n° 10.

234. Nach Ansicht der befragten Marktteilnehmer ist das Wissen um die Zusammensetzung des Rohmaterials sowie das Know-How der konkreten Umsetzung der Herstellungsprozesse von Assortiments insgesamt eine grosse Markteintrittsbarriere. Viele der befragten Unternehmen, insbesondere auch solche, welche selber Assortiments herstellen,²⁴² geben an, dass der Herstellungsprozess von Assortiments äusserst komplex sei und erachten das diesbezügliche Produktions-Know-How als Markteintrittsbarriere. Weiter scheint die Verfügbarkeit von Trägern dieses Fachwissens sehr beschränkt zu sein: Scheinbar verfügen nur ganz wenige Spezialisten über das notwendige Wissen.²⁴³ Eine potentielle Markteintreterin muss somit erst einmal solche Spezialisten finden, bevor die Produktion von Unruhspiralen an die Hand genommen werden kann.

235. Um Assortiments zu konkurrenzfähigen Kosten resp. Preisen herstellen zu können, muss die Produktion in grossen Stückzahlen erfolgen (s. unten). Der Aufbau einer solchen industriellen Produktion resp. der Ausbau einer Produktion von Kleinserien zu einer Produktion von Grossserien scheint relativ schwierig zu sein.²⁴⁴ Das Produktions-Know-How für grosse Stückzahlen ist aber notwendig, um eine Produktion von kritischer Grösse aufzubauen. Nivarox hat langjähriges Wissen bezüglich industrieller Grossproduktion von Assortiments und verfügt deshalb in dieser Hinsicht über einen wichtigen Vorteil gegenüber neuen Herstellern von Assortiments.

236. **Know-How (2) neue Technologien:** Seit einigen Jahren werden Assortiments auch mit neuen Verfahren resp. Technologien hergestellt. Es handelt sich dabei insbesondere um Silizium-Assortiments, welche mittels LiGA- oder Tiefätz-Verfahren hergestellt werden (vgl. oben Rz 122). Aus Silizium lassen sich qualitativ mindestens ebenso gute Assortiments herstellen wie mittels herkömmlicher Technologie. Silizium Assortiments werden denn auch mehr und mehr in mechanischen Uhren als Substitut zu herkömmlichen Assortiments eingesetzt.²⁴⁵

237. Unruh-Spiralen aus Silizium reagieren unbehindert relativ stark auf Temperaturschwankungen. Durch die Auftragung einer Schicht aus Siliziumoxid kann dieser Nachteil behoben werden. Im Jahr 2002 hat das mehrheitlich öffentlich finanzierte Centre Suisse d'Electronique et de Microtechnique²⁴⁶ (nachfolgend: CSEM) ein Patent für die Herstellung von Siliziumspiralen nach diesem Verfahren beantragt, dieses wurde 2005 gewährt (gültig bis 2022). Basierend auf einem im Jahr 2003 abgeschlossenen Forschungs- und Entwicklungsvertrag wurden die exklusiven Nutzungsrechte an diesem Patent den drei Unternehmen Swatch Group, Rolex und Patek Philippe übertragen. [...].²⁴⁷

238. Die Uhrenfirma Ulysse Nardin hat im Jahr 2007 ebenfalls einen Patentantrag für ein Silizium-Assortiment eingereicht. Gemäss Ulysse Nardin handelt es sich bei dessen Spirale um eine andere Art Silizium-Spirale als diejenige, die das CSEM patentieren liess. Das Patent wurde Ulysse Nardin im Jahr 2011 gewährt. Ulysse Nardin begann ab dem Jahr 2008 Uhren mit Silizium-Assortiment auf den Markt zu bringen.²⁴⁸

239. Das CSEM resp. Swatch Group, Rolex und Patek Philippe haben im Juli 2010 Unterlassungsklage gegen

eine angebliche Patentverletzung von Ulysse Nardin eingereicht. Ulysse Nardin hat daraufhin im Oktober 2010 Klage auf Teilnichtigkeit des Patents des CSEM eingereicht. Dieses Verfahren ist momentan vor dem Bundespatentgericht hängig. Die Unterlassungsklage gegen Ulysse Nardin wurde vom zuständigen Gericht bis zum Entscheid des Bundespatentgerichts sistiert. Auf Bestrebungen von Ulysse Nardin nach einer gegenseitigen Auslizenzierung wurde seitens Swatch Group, Rolex und Patek Philippe nicht eingegangen.²⁴⁹

240. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Swatch Group, Rolex und Patek Philippe über die exklusiven Nutzungsrechte für Silizium-Spiralen verfügen. Diese drei Unternehmen setzen denn auch teilweise Silizium-Spiralen in ihren Uhren ein, verkaufen aber keine solchen an Drittkunden. Kein anderes Unternehmen kann momentan Assortiments mit Spiralen aus Silizium auf den Markt bringen. Anzuführen bleibt, dass sich der Rechtsstreit vor dem Bundespatentgericht nach Ansicht von Swatch Group [...] hinziehen wird.²⁵⁰ Ein Aufbau einer alternativen Assortiment-Produktion aus Silizium ist deshalb unter den gegebenen Umständen in den kommenden Jahren nicht möglich.

241. Swatch Group bringt in dem Zusammenhang vor, dass nur ein Teilaspekt patentrechtlich geschützt sei. Konkurrenten könnten Assortiments oder Teile davon (Bsp. Anker) auf den Markt bringen, ohne die Patente des CSEM zu verletzen. Es gebe zudem andere Materialien neben Silizium, welche erfolgsversprechend seien.²⁵¹

242. **Kostenvorteile (1) herkömmliche Technologie:** Eine weitere Hürde, in den Markt einzutreten, sind grosse economies of scale in der Herstellung von Assortiments.²⁵² Neben den Angaben der befragten Marktteil-

²⁴² Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁴³ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 27, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁴⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁴⁵ Bsp. in den meisten Omega „Co-Axial“ Kalibern.

²⁴⁶ Vgl. Internetseite des CSEM: www.csem.ch [21.10.2013]. Der Verwaltungsratspräsident des CSEM ist gleichzeitig Verwaltungsrat der Swatch Group. Swatch Group resp. ETA besetzen weitere drei Sitze des 13-köpfigen Verwaltungsrates.

²⁴⁷ Vgl. act. n° 720, 42, 694.

²⁴⁸ Vgl. act. n° 42 und 694.

²⁴⁹ Vgl. act. n° 42, 720, 694.

²⁵⁰ Vgl. act. n° 720.

²⁵¹ Vgl. act. n° 816, S. 6.

²⁵² Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534; Vgl. auch FINANCIAL TIMES, *Nivarox: Top component maker pulls back the curtain*, 10.11.2007.

nehmer²⁵³ sprechen folgende Indizien für beträchtliche Skaleneffekte in der Produktion von Assortiments mittels herkömmlicher Nivarox-Technologie:

- Der Hersteller mhvj produzierte im Jahr 2012 ungefähr [...] Assortiments und verkauft diese für CHF 35–695. Zum Vergleich: Ein Nivarox-Assortiment kostet in einer Standardausführung um die CHF 12, in der Chronometer-Ausführung etwa das Doppelte.²⁵⁴ [...].
- Atokalpa bietet bei einer momentanen Kapazität von etwa [...] Assortiments/Jahr zu Preisen von CHF 100–250 Assortiments an.²⁵⁵ Dies ist ein Vielfaches des Preises von Nivarox Assortiments.
- Concepto verkauft Assortiments zu CHF 70–80 bei einer momentanen Produktion von etwa 50'000.²⁵⁶ Auch dabei handelt es sich um ein Vielfaches des Preises von Nivarox-Assortiments.

243. Diese Beispiele zeigen, dass alternative Anbieter, welche über deutlich tiefere Kapazitäten als Nivarox verfügen, ihre Produkte zu einem Vielfachen des Preises von Nivarox-Assortiments anbieten. Dies dürfte primär auf deutlich höhere Kosten aufgrund der relativ geringen Produktionsmenge zurückzuführen sein.

244. Diese (und andere neue) Lieferanten befinden sich in einer schwierigen Situation: Um konkurrenzfähige Produkte herstellen zu können, sind sehr grosse Stückzahlen notwendig. Dies wird aber schwer erreichbar sein, weil in den ersten Jahren der Produktion die Assortiments zu teuer sind, um ausreichende Mengen zu verkaufen. Dies stellt für Nivarox einen grossen Vorteil gegenüber Neueintretern dar, da sie deutlich tiefere Preise setzen können als neue Anbieter.

245. Neben den beschriebenen Grössenvorteilen hat Nivarox einen weiteren Vorteil gegenüber von neuen Produzenten: Der Maschinenpark von Nivarox, der zur Herstellung von Assortiments für Drittkunden eingesetzt wird, ist mehrheitlich bereits seit vielen Jahren im Einsatz und dürfte grösstenteils abgeschrieben sein. Ein neuer Hersteller muss im Unterschied dazu neue, sehr teure Spezial-Maschinen beschaffen (vgl. unten Rz 255), was die Kosten und damit die Preise in den ersten Produktionsjahren zusätzlich erhöht.

246. Swatch Group macht diesbezüglich geltend, dass Nivarox in den letzten Jahren stark in die Erneuerung der Produktionsmittel investiert habe. Dies sei deshalb kein Kostenvorteil mehr. Zudem habe ein neuer Anbieter Wettbewerbsvorteile, da er von Beginn weg mit effizienten und kostengünstigen Produktionsmitteln (z.B. bezüglich Umrüstzeiten und Energieverbrauch) arbeiten könne. So hätten moderne, CAD-gesteuerte Maschinen diesbezüglich Vorteile gegenüber alten Einheiten. Swatch Group macht weiter geltend, dass Nivarox ihre Preise gerne erhöhen würde, dies jedoch aufgrund der Möglichkeit einer Intervention seitens der WEKO bisher nicht getan habe.²⁵⁷

247. **Kostenvorteile (2) neue Technologien:** Die Kostenvorteile von Nivarox bei Standard-Assortiments scheinen bei neuen Technologien wie Silizium etc. weniger ausgeprägt zu sein. Gemäss Angaben von Sigatec, welche mit einer Lizenz von Ulysse Nardin Assorti-

ments aus Silizium herstellt, lassen sich Spiralen aus Silizium zu tieferen Kosten herstellen als herkömmliche Spiralen. Verglichen mit der herkömmlichen Technologie könne man bereits mit relativ geringen Stückzahlen zu tiefen Kosten produzieren.²⁵⁸ Auch der potentielle Markteintreter Accurat (vgl. oben Rz 201) gibt an, dass nur mit der Siliziumtechnologie wirtschaftlich tragfähige, wettbewerbsfähige Alternativen produziert werden könnten.²⁵⁹

248. Zur Illustration können die Zahlen von Sigatec herangezogen werden: Sigatec produzierte im Jahr 2011 rund [...] Assortiments. Der Preis eines Assortiments betrage etwa [...]. Diese Preise sind trotz relativ geringer Menge näher an den Preisen von Nivarox als jene der oben genannten alternativen Anbieter. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass Sigatec momentan aufgrund des oben beschriebenen Patentrechtsstreits (vgl. oben Rz 237 ff.) in der Vermarktung kompletter Assortiments aus Silizium behindert ist.

249. Investitionsbedarf / Gewinnaussichten: Der Aufbau einer grösseren Produktion von Assortiments benötigt viel Kapital, jedoch weniger als der Aufbau einer integralen Uhrwerksproduktion (s. oben). Die befragten Marktteilnehmer, welche in den letzten Jahren eine Produktion von Assortiments von über 10'000 Stück jährlich aufgebaut haben, geben einen Investitionsbedarf von ungefähr CHF 10-25 Mio. für den Aufbau der Produktion an.²⁶⁰ Das Unternehmen mhvj, welches momentan ungefähr [...] Assortiments pro Jahr herstellt, gibt an, CHF 20 Mio. in den Aufbau ihrer Produktion investiert zu haben.²⁶¹ Atokalpa stellt momentan etwa [...] Assortiments/Jahr her und investierte für den Produktionsaufbau rund CHF 25 Mio.²⁶² Der Aufbau einer Produktion im grossen Stil erfordert entsprechend mehr Mittel: Nach Angaben von Swatch Group betragen die nötigen Investitionen CHF 40–70 Mio., um konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox herstellen zu können.²⁶³ Diese Angabe deckt sich ungefähr mit den Angaben der befragten Unternehmen.²⁶⁴ [...].

²⁵³ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁵⁴ Vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 67.

²⁵⁵ Vgl. act. n° 115.

²⁵⁶ Vgl. JOURNAL DU JURA, 19.04.2012.

²⁵⁷ Vgl. act. n° 816, S. 5 f.

²⁵⁸ Vgl. act. n° 694.

²⁵⁹ Vgl. act. n° 684 und 736.

²⁶⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁶¹ Vgl. act. n° 141.

²⁶² Vgl. act. n° 115.

²⁶³ Vgl. act. n° 10.

²⁶⁴ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534. Die Frage wurde nur von wenigen Unternehmen beantwortet.

250. Die nötigen Investitionen für eine Produktion von Silizium-Assortiments scheinen etwas tiefer zu sein als bei der herkömmlichen Technologie. Sigatec gibt an, in den Aufbau ihrer Produktion von momentan rund [...] Assortiments, CHF [...] investiert zu haben.²⁶⁵

251. Die Lernkurve bei der Herstellung von Assortiments, insbesondere von Unruhspiralen scheint sehr lange zu sein. Die befragten Unternehmen gehen im Durchschnitt davon aus, dass ein Markteintreter ungefähr 11 Jahre braucht, um konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox herstellen zu können. Nicht wenige Unternehmen schätzen ein solches Unterfangen gar als unmöglich ein.²⁶⁶ Die Analyse der Projekte, welche in den letzten Jahren tatsächlich realisiert wurden, ergibt einen etwas tieferen Zeitbedarf (zu einzelnen Projekten siehe unten), nämlich etwa 5–8 Jahre (arithmetisches Mittel: 6,5 Jahre).²⁶⁷ Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Projekte, welche in den letzten Jahren realisiert wurden, von einer Produktion von < 5'000 Stück jährlich bis zu ungefähr 100'000 Stück/Jahr und über verschiedene Qualitätsstufen reichen (vgl. auch oben Rz 249). Dies ist ein Bruchteil der Produktionsmenge von Nivarox. Weiter muss betont werden, dass heute kein Unternehmen in der Lage ist, punkto Qualität, Preis und Menge konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox herzustellen. Gemäss Swatch Group muss ein Unternehmen, das noch nicht im Markt tätig ist, vier Jahre rechnen, um konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox herstellen zu können. Für Unternehmen, welche bereits in der Uhrenindustrie tätig sind, seien ein bis zwei Jahre dafür nötig.²⁶⁸ Uhrenhersteller wie A. Lange & Söhne, Ulysse Nardin, Parmigiani, Rolex, Roger Dubuis, Jaeger LeCoultre und Patek Philippe hätten eine interne Produktion von Hemmungen in einer ähnlichen Zeitspanne aufgebaut. Diese Angabe dürfte im Lichte aller zur Verfügung stehenden Informationen deutlich zu niedrig sein und widersprechen den Angaben der genannten Unternehmen.

252. Diese hohen Investitionen verbunden mit dem oben beschriebenen Problem, dass ein neuer Hersteller erst ab einer gewissen Grössenordnung konkurrenzfähige Preise anbieten und somit Marktanteile gewinnen kann, führen dazu, dass ein (potentieller) Markteintreter – wenn überhaupt – erst langfristig mit Gewinnen rechnen kann. Dies wird verstärkt durch die sehr lange Zeitdauer, welche notwendig ist, bis eine Assortiment-Produktion aufgebaut ist. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass sich die hohen Investitionen in eine Assortiment-Produktion erst in der langen Frist auszahlen. Dies senkt die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten, da nicht alle potentiellen Investoren einen so langfristigen Zeithorizont haben und in den ersten Jahren hohe Verluste hinnehmen können.

253. Silizium-Assortiments scheinen eine gute Alternative zu herkömmlichen Nivarox-Assortiments zu sein. Zudem sind die Grössenvorteile in der Produktion offenbar weniger ausgeprägt. Dies führt dazu, dass bereits ab relativ geringen Stückzahlen wettbewerbsfähige Preise angeboten werden könnten. Momentan sind alternative Anbieter von Silizium-Assortiments jedoch durch einen hängigen Patentstreit in der Vermarktung dieses alternativen Produktes behindert.

254. Sellita macht darauf aufmerksam, dass die für die Herstellung von Assortiments erforderlichen finanziellen Mittel und technischen Infrastrukturen die Möglichkeiten der weitaus meisten Branchenunternehmen um ein Vielfaches übersteigen würden.²⁶⁹

255. **Beschaffung von Spezialmaschinen:** Die Maschinen, die notwendig sind, um herkömmliche Assortiments herzustellen, sind nicht einfach auf dem Markt erhältlich. Vielmehr handelt es sich dabei um Spezialanfertigungen, welche zusammen mit einem Maschinenhersteller zuerst entwickelt werden müssen.²⁷⁰ Dies wiederum setzt ein gewisses Know-How voraus (s. oben) und verlängert den Prozess zum Aufbau einer Assortiment-Produktion.

256. **Reputation:** Eine weitere Hürde bei Umstellung von Nivarox auf einen anderen Produzenten ist analog der Uhrwerke, dass Nivarox-Assortiments einen ausgezeichneten Ruf geniessen punkto Qualität und Zuverlässigkeit. Ein Neueinsteiger muss sich diesen Ruf erst erarbeiten. Gerade Assortiments sind für die Qualität und Zuverlässigkeit mechanischer Uhrwerke zentral, gelten sie doch als das Herzstück einer mechanischen Uhr (vgl. oben Rz 121 ff.). Wie Uhrwerke sind Assortiments in gewisser Hinsicht Erfahrungsgüter, deren längerfristige Qualität resp. die Zuverlässigkeit sich erst mit dem Gebrauch über die Jahre feststellen lässt. Diese Zuverlässigkeit ist für Endkunden, die Uhrenhersteller sowie Uhrwerksproduzenten von zentraler Bedeutung. Da die Zuverlässigkeit alternativer Assortiments aber nicht bekannt ist, dürfte es für einen Markteintreter zu Beginn schwierig sein, seine Produkte abzusetzen. Hersteller mechanischer Uhrwerke vertrauen im Zweifelsfall wohl lieber auf das seit Jahrzehnten bewährte Produkt von Nivarox.

257. **Switching costs:** Neben den bereits beschriebenen Markteintrittsbarrieren ist die Umstellung von Nivarox-Assortiments zu Assortiments alternativer Produzenten nicht einfach. Dies hängt zum einen mit den technischen Begebenheiten und den Abmessungen der Assortiments zusammen (vgl. oben Rz 124). In der Schweiz haben sich aber die Assortiments für die ETA-Kaliber 2892 sowie 7750 gewissermassen als Standards

²⁶⁵ Vgl. act. n° 65.

²⁶⁶ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁶⁷ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁶⁸ Vgl. act. n° 10.

²⁶⁹ Vgl. act. n° 866, S. 6.

²⁷⁰ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534; Vgl. auch act. n° 430 sowie FINANCIAL TIMES, *Nivarox: Top component maker pulls back the curtain*, 10.11.2007.

herausgebildet und werden von vielen Herstellern für verschiedene Uhrwerke benutzt.²⁷¹ Stellt ein alternativer Produzent Assortiments her, die punkto Abmessung und Funktionalität mit denjenigen von Nivarox vergleichbar sind, lässt sich deshalb das eingangs beschriebene Problem umgehen.

258. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden können die Markteintrittsbarrieren als sehr hoch eingestuft werden. Dies zeigt sich auch im Umstand, dass viele renommierte *haut-de-gamme* Manufakturen mit langer Tradition Assortiments nicht selber herstellen. Längerfristig sollten die Markteintrittshürden jedoch überwindbar sein.

Analyse vergangener und aktueller Expansionsprojekte

259. Nachfolgend werden vergangene Markteintritte sowie laufende und künftige Expansionsprojekte beschrieben und deren Auswirkungen auf die Marktstruktur evaluiert.

- Das Unternehmen mhvj, welches wie Soprod mit der Festina-Gruppe verbunden ist, produziert seit einigen Jahren Assortiments. Diese werden einerseits in den Uhrwerken von Soprod (vgl. oben Rz 168 und Rz 200) verwendet, andererseits an Drittkunden verkauft. Mhvj produzierte im Jahr 2012 rund [...] Assortiments und plant eine Kapazität von mehreren hunderttausend Assortiments/Jahr. Dazu wurde Anfang 2013 ein eigens dafür vorgesehenes Fabrikationsgebäude eröffnet.²⁷² [...] Mhvj benötigte nach eigenen Angaben bis zum Jahr 2011 acht Jahre zum Aufbau der Assortiment-Produktion und erhöht momentan, wie oben erwähnt, die Kapazitäten. Insgesamt ergibt sich dadurch eine Aufbauzeit bis zu einer industriellen Produktion von mehreren hunderttausend Stück von ungefähr 12 Jahren. Betreffend den zukünftig auf dem Markt verfügbaren Kapazitäten von mhvj gilt es anzuführen, dass der (gruppeninterne) Uhrwerkhersteller Soprod einen gewissen Teil der produzierten Assortiments abnehmen wird.²⁷⁴ Soprod plant eine Kapazität von ungefähr [...] Stück im Jahr 2015. D.h. bis dahin werden nur [...] an Drittkunden geliefert werden können. Im Jahr 2020 plant mhvj eine Kapazität von [...], längerfristig dürften sich die auf dem Markt verfügbaren Kapazitäten damit stark erhöhen. [...].
- Die zur Sandoz-Stiftung gehörende Atokalpa stellt seit 2005 Assortiments her. Für die Produktion der Unruhspiralen wurde eine eigene Legierung entwickelt.²⁷⁵ Atokalpa hat eine momentane Kapazität von [...] Assortiments/Jahr und plant diese bis 2015 auf [...] Stück/Jahr zu erhöhen. Atokalpa baute ihre Assortiment-Produktion während sieben Jahren auf.²⁷⁶ In Bezug auf Atokalpa ist anzufügen, dass [...]. Auch TAG Heuer hat gemäss eigenen Angaben eine langfristige Partnerschaft mit Atokalpa und hat sich finanziell am Kapazitätsausbau von Atokalpa beteiligt.²⁷⁷
- Concepto verkaufte gemäss Presseberichten 2012 50'000 Assortiments und plant den Ausbau der Kapazitäten auf 400'000 Stück/Jahr bis 2015.

Concepto entwickelte eine neue Legierung für die Unruhspiralen. Der Produktionsaufbau dauerte bisher drei Jahre.²⁷⁸

- Precision Engineering, welche zur Moser Gruppe in Schaffhausen gehört, stellt seit 2010 Assortiments her. Momentan beträgt die jährliche Produktion ungefähr [...] Stück. Die Herstellerin brauchte [...] Jahre zum Aufbau der Produktion (ohne Spiralmaterial).²⁷⁹ Precision Engineering gibt an, im Jahr 2015 [...] Assortiments herstellen zu wollen.²⁸⁰ Precision Engineering ist auf Partnersuche, um die industrielle Produktion voranzutreiben²⁸¹ und befindet sich momentan scheinbar in einem Umstrukturierungsprozess.²⁸² Es ist deshalb zum jetzigen Zeitpunkt unsicher, ob und in welcher Grössenordnung Precision Engineering mittel- bis langfristig Assortiments produzieren wird.
- Technotime produzierte im Jahr 2010 rund 2'000 Unruhspiralen, hat aber eine Kapazität von 30'000 bis 50'000 Rohspiralen oder 12'000–15'000 auf den Unruhreif montierte Spiralen jährlich. Technotime benötigte fünf Jahre für den Aufbau dieser Produktion.²⁸³ Gemäss Presseangaben verfügt Technotime noch über relativ grosse Lagerbestände an Nivarox-Draht.²⁸⁴
- Das deutsche Unternehmen Carl Haas (als einstiger Partner der Nivarox-Entwicklung in den 1930er-Jahren) besitzt gemäss dem Uhrenmagazin Chronos die genaue Nivarox Rezeptur. Haas gab die Spiralproduktion in den 1970er Jahren aber auf und sattelte u.a. auf Rückstellfedern für Autotachometer um. Seit 2009 produziert Haas gemäss der Uhrenzeitschrift Chronos wieder Unruhspiralen in verschiedenen Ausführungen für deutsche und Schweizer Kunden in Schramberg D (inkl. zugekauften Unruhen). Haas konnte beim Wiedereinstieg in die Produktion von Spiralen auf bewährte Maschinen und Know-How (ältere Spezialisten in der Unternehmensgruppe) zurückgreifen. Weiter verfüge Haas noch über ein Lager von mehr als 80 kg Nivarox-Draht, was für über sechs Mio. Unruhspiralen ausreichen dürfte. Die jährliche Kapazität betrage momentan etwa 300'000 Spiralen pro Jahr, welche aber deutlich teurer als

²⁷¹ Vgl. act. n° 224, S. 99.

²⁷² Vgl. act. n° 702. Vgl. auch LE QUOTIDIEN JURASSIEN, 23.04.2012 und 19.12.2012.

²⁷³ Vgl. act. n° 702.

²⁷⁴ Vgl. act. n° 144.

²⁷⁵ Vgl. WATCH AROUND, Nr. 7, Frühling-Sommer 2009.

²⁷⁶ Vgl. act. n° 115.

²⁷⁷ Vgl. act. n° 716.

²⁷⁸ Vgl. JOURNAL DU JURA, 19.04.2012.

²⁷⁹ Vgl. act. n° 195; Das Material für die Unruhspirale von Precision Engineering basiert auf dem Original-Nivarox Rezept und wird PE3000 genannt (vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 68f.).

²⁸⁰ Gemäss Presseberichten hat Precision Engineering die Möglichkeit, rund 200'000 Assortiments jährlich herzustellen (vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 68 f.).

²⁸¹ Vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 64 ff.

²⁸² Vgl. act. n° 681; vgl. auch LE JOURNAL DU JURA, 03.11.2012.

²⁸³ Vgl. act. n° 58.

²⁸⁴ Vgl. WATCH AROUND, Nr. 7, Frühling-Sommer 2009.

Nivarox-Spiralen seien. Haas plane für die Zukunft zusammen mit eidgenössischen Partnern Grösseres im Westschweizer Jura.²⁸⁵ Haas selber gibt an, in Zukunft Spiralen an Schweizer Kunden liefern zu wollen.²⁸⁶ Dem Sekretariat sind jedoch keine konkreten Projekte und geplante Kapazitäten bekannt.

- Der japanische Uhrenkonzern Seiko produziert Assortiments in hoher Stückzahl, liefert jedoch gemäss eigenen Angaben lediglich minimale Mengen an Kunden ausserhalb der Gruppe. Seiko gibt an, dass ihre Assortiments keine guten Substitute zu Nivarox-Assortiments seien, da sie nicht mit diesen austauschbar seien.²⁸⁷ Hinzu kommt die Swiss Made Thematik (vgl. oben Rz 129 ff.): Ein Grossteil der befragten Schweizer Uhrenhersteller kann sich aus Marketinggründen nicht vorstellen, ausländische Assortiments in ein Swiss Made Uhrwerk einzusetzen.²⁸⁸ Nichtsdestotrotz hat die Uhrenmarke Tag Heuer im März 2012 bekanntgegeben, in Zukunft Assortiments von Seiko in einen Teil ihrer selbst hergestellten Uhrwerke einzubauen.²⁸⁹ Für das Sekretariat ist im Lichte des Voranstehenden schwierig abzuschätzen, inwiefern Seiko in Zukunft als Zulieferer von Assortiments für die Schweizer Uhrenindustrie eine Rolle spielen wird. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass Seiko in Zukunft in grösserem Stil Schweizer Kunden beliefern wird.
- Sigatec verfügt über eine Lizenz von Ulysse Nardin für den Gebrauch ihres Patentess auf Silizium-Assortiments.²⁹⁰ Sigatec produzierte im Jahr 2011 rund [...] Assortiments. Sigatec benötigte [...] Jahre für den Aufbau ihrer Produktion. Falls die oben erwähnten Patentstreitigkeiten (vgl. oben Rz 237 ff.) rasch und zugunsten von Sigatec ausgehen, möchte die Herstellerin ihre Kapazitäten stark ausbauen und in Zukunft komplette, regulierte Assortiments an ihre Kunden liefern. Sigatec plant diesfalls einen Output von [...] Assortiments im Jahr 2015 und [...] Stück im Jahr 2020. Falls die Patentstreitigkeiten sich längere Zeit hinziehen oder zuungunsten von Sigatec ausgehen, müsste Sigatec auf die Produktion kompletter Assortiments inkl. Spirale verzichten.

260. Aufgrund der vorgängig beschriebenen, dem Sekretariat bekannten Expansionsprojekte dürften bis 2015 zusammenfassend [...] Assortiments und bis 2020 [...] mehr Assortiments von Drittanbietern auf den Markt kommen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass grössere Unsicherheiten betreffend die zukünftigen Kapazitäten gewisser Anbieter bestehen: Die Angaben zu Concepto basieren alleine auf Presseberichten, die Situation und Ausrichtung von Precision Engineering ist unklar ebenso wie allfällige Ausbaupläne in der Schweiz von Haas. Hinzu kommen Patentstreitigkeiten bezüglich der zukunftssträchtigen Siliziumtechnologie, welche momentan die Produktion von alternativen Produkten für den Drittmarkt verhindern.

261. LJP bringt vor, dass die genannten möglichen Hersteller von Assortiments Punkto Menge, Qualität und Preis keine Substitute zu Nivarox-Assortiments anbieten

würden. Darüber hinaus sei der mögliche Anbieter Sigatec durch einen Patentrechtsstreit blockiert. Es sei aus heutiger Sicht unklar, ob es einem Drittanbieter gelingen werde, Assortiments in mit Nivarox vergleichbaren Mengen, Preisen und vergleichbarer Qualität herzustellen. Die Realisierung der aufgeführten Pläne und Projekte sei zudem gänzlich ungewiss.²⁹¹

262. Neben den oben genannten Anbietern, welche (auch) für Drittkunden produzieren, hat eine Reihe von Uhrenherstellern in den letzten Jahren in den Aufbau eigener Kapazitäten für den Eigengebrauch investiert:

- Sellita produziert mechanische Uhrwerke in grossen Stückzahlen und in einem ähnlichen Preissegment wie ETA. Um konkurrenzfähig zu bleiben, muss Sellita über Assortiments verfügen, welche preislich mit Nivarox-Assortiments vergleichbar sind. Die oben aufgeführten alternativen Produzenten von Assortiments erfüllen diese Bedingung (noch) nicht (vgl. oben Rz 242 und Rz 248). [...] Sellita ist deshalb momentan (noch) auf Assortiments von Nivarox angewiesen, um konkurrenzfähige mechanische Uhrwerke herzustellen. Sellita plant zudem, ihre Produktion von Uhrwerken auszubauen (vgl. Rz 198). Sellita hat deshalb damit begonnen, eine eigene Produktion von Assortiments aufzubauen²⁹² und plant, im Jahr [...] zu produzieren.²⁹³ Der Aufbau einer eigenen Assortiment-Produktion steht aber erst am Anfang. Sellita wird damit ihren Eigenversorgungsgrad langsam erhöhen, kann aber die Bezüge von Nivarox [...] – wenn überhaupt – nur sehr langfristig ersetzen.
- Wie oben erwähnt, plant Richemont mehr als CHF [...] in ihre Komponentenherstellerin Manufacture Horlogère Val Fleurier zu investieren (vgl. oben Rz 204). [...].²⁹⁴
- Die Marken Hublot, Zenith und Bulgari der LVMH-Gruppe [...] ²⁹⁵ Tag Heuer beabsichtigt [...].²⁹⁶

²⁸⁵ Vgl. CHRONOS, Basel 2012, S. 64 ff.

²⁸⁶ Vgl. act. n° 194.

²⁸⁷ Vgl. act. n° 205.

²⁸⁸ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

²⁸⁹ Vgl. Pressemitteilung von Tag Heuer, abrufbar unter: <http://presscorner.tagheuer.com> [21.10.2013]. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das in-house hergestellte Uhrwerk von Tag Heuer (*Calibre 1887*) ebenfalls auf Know-How von Seiko basiert (vgl. http://www.uhren-wiki.net/index.php?title=TAG_Heuer_Calibre_1887 [21.10.2013]).

²⁹⁰ Vgl. act. n° 42.

²⁹¹ Vgl. act. n° 869, Rz 16 ff.

²⁹² Vgl. act. n° 430.

²⁹³ Vgl. act. n° 126.

²⁹⁴ Vgl. act. n° 210.

²⁹⁵ Vgl. act. n° 130, 258, 336.

²⁹⁶ Vgl. Pressemitteilung Tag Heuer und LE TEMPS vom 21.03.2012.

- Rolex gibt auf die Frage, ob sie Expansionspläne bezüglich Assortiments habe, an, dass man in Biel neue Gebäude gebaut habe für die Eigenproduktion.²⁹⁷ Daraus lässt sich schliessen, dass Rolex die Produktion eigener Spiralen weiter ausbaut. Gemäss Zeitungsberichten hat Rolex mit dem Neubau in Biel die Vertikalisierung der Produktion weiter vorangetrieben. Assortiments seien noch vor wenigen Jahren mehrheitlich bei der Swatch-Group-Tochter Nivarox gekauft worden, heute stelle Rolex diese nach eigenem Patent her. Auch das Ausgangsmaterial fabriziere man in Biel selber. Die gewonnene Legierung (Parachrom) soll sogar stossresistenter als herkömmliche Fabrikate sein.²⁹⁸ [...].
- Daneben planen drei kleinere Uhrenfirmen die Produktion eigener Assortiments, jedoch in relativ bescheidenem Rahmen. [...].

263. Diese Auflistung der dem Sekretariat bekannten Expansionsprojekte bei der Eigenproduktion von Assortiments zeigt, dass einige wenige Marktteilnehmer in den nächsten Jahren ihre Produktion von Assortiments ausbauen resp. eine Produktion aufbauen werden. Insgesamt handelt es sich dabei jedoch gesamthaft um relativ kleine Mengen. Die auf dem Markt nachgefragte Menge an Assortiments wird dadurch – unter sonst gleichen Bedingungen – sicherlich etwas abnehmen. Gemäss den Angaben der vom Sekretariat befragten Marktteilnehmer werden im Jahr 2015 verglichen mit 2010 rund [...] zusätzliche Assortiments für den Eigengebrauch hergestellt werden. Längerfristig sind weitere Projekte in Planung, 2020 werden demnach verglichen mit 2010 rund [...] zusätzliche Assortiments für den Eigengebrauch produziert werden.

264. Weiter ist anzumerken, dass unter Berücksichtigung der heutigen Umstände sowie der dem Sekretariat bekannten Expansionsprojekte in Zukunft lediglich ungefähr ein Drittel aller Uhrenmarken, welche eigene Uhrwerke produzieren, auch Assortiments in-house herstellen werden. Die Hürden, eine eigene Produktion von Assortiments aufzubauen, scheinen demnach um einiges höher zu sein als bei den Uhrwerken.

265. LJP macht geltend, dass die Projekte für den Eigenbedarf Dritten wie LJP keinen Nutzen bringen würden. Durch eine erhöhte Eigenproduktion von gewissen Marktteilnehmern würden die Liefermengen von Nivarox an Dritte wie LJP nicht erhöht. Gemäss LJP wird es mindestens 20 Jahre brauchen, um eine wirkliche Alternative zu Nivarox zu etablieren.²⁹⁹

Zwischenfazit

266. Die Markteintrittsbarrieren sind als sehr hoch einzustufen, längerfristig sollten sie jedoch überwindbar sein. In der Vergangenheit kam es zu Markteintritten. Diese benötigten ungefähr 5-8 Jahre zum Aufbau von Kapazitäten, welche einem Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox entsprechen. Diese Unternehmen planen teilweise einen (erheblichen) Ausbau ihrer Kapazitäten. Diese Projekte sind aber über einen Zeithorizont von mindestens drei Jahren ausgelegt und die Realisierung teilweise unsicher. Weiter zu beachten ist, dass die jeweiligen Kapazitäten immer noch deutlich unter jenen

von Nivarox zu liegen kämen. Allfällige neue Markteintritte bräuchten dementsprechend sehr lange, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu Nivarox anbieten könnten. Hinzu kommt, dass auf zukunftssträchtigen Technologien basierende Projekte durch immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten behindert werden. Diesbezüglich sind Markteintritte momentan wohl auszuschliessen. Es kann vorerst einmal festgehalten werden, dass es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben wird, die in Punkto Menge, Qualität und Preis mit Nivarox konkurrieren können.

267. Weiter erhöhen verschiedene Abnehmer von Nivarox momentan ihren Eigenversorgungsgrad an Assortiments. Dabei handelt es sich jedoch um relativ geringe Kapazitäten, welche erst längerfristig ins Gewicht fallen werden. Dies dürfte die Knappheit an Assortiments längerfristig einerseits etwas entschärfen. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass die erhöhte Eigenproduktion an Uhrwerken (vgl. oben Rz 205) demgegenüber zu einem grösseren Bedarf nach Assortiments führen wird. Diese Mehrnachfrage übersteigt die Mehrproduktion an in-house Assortiments deutlich. Somit wird die Nachfrage nach Assortiments – unter sonst gleichen Bedingungen – in Zukunft tendenziell noch zunehmen.

268. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern zwar vorhanden ist und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch kurz- bis mittelfristig nicht ausreicht, um Nivarox in irgendeiner Weise disziplinieren zu können.

B.3.1.2.2.3 Nachfragemacht

269. Bezüglich Nivarox ist nicht davon auszugehen, dass die Abnehmer Nivarox in ausreichendem Mass zu disziplinieren vermögen. Vielmehr scheinen die Abnehmer von Nivarox kaum über Verhandlungsmacht zu verfügen. Dies zeigt sich primär daran, dass Nivarox ihre Lieferungen an Kunden einstellen will. Nivarox resp. Swatch Group scheint demnach nicht auf die Belieferung Dritter angewiesen zu sein.

270. Zudem verfügt Nivarox bei der Produktion von mechanischen Uhrwerken in der Schweiz über einen sehr hohen Marktanteil von [90-100] % und die meisten Abnehmer können aufgrund beschränkter Kapazitäten nur in einem sehr eingeschränkten Ausmass auf alternative Anbieter ausweichen. Zusammenfassend verfügen die Abnehmer von Nivarox demnach über keine disziplinierende Nachfragemacht.

²⁹⁷ Vgl. act. n° 121.

²⁹⁸ Vgl. NZZ AM SONNTAG, 21.10.2012, S. 27.

²⁹⁹ Vgl. act. n° 869, Rz 19 f.

B.3.1.2.2.4 Fazit

271. Wie oben gezeigt, kann sich Nivarox auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments weitgehend unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Sowohl der aktuelle als auch der potentielle Wettbewerb reichen nicht aus, um Nivarox zu disziplinieren. Auch die Abnehmer von Nivarox verfügen über keine disziplinierende Nachfragemacht. Nivarox verfügt somit über eine marktbeherrschende Stellung. Daran wird sich kurz- bis mittelfristig nichts ändern, langfristig besteht jedoch aufgrund potentieller Konkurrenz die Möglichkeit, dass die marktbeherrschende Stellung von Nivarox geschwächt werden könnte.

B.3.1.2.3 Fertighuhren

272. Nachfolgend wird die Marktstellung von Swatch Group im Bereich der (mechanischen) Fertighuhren betrachtet. Eine abschliessende Beurteilung der Marktver-

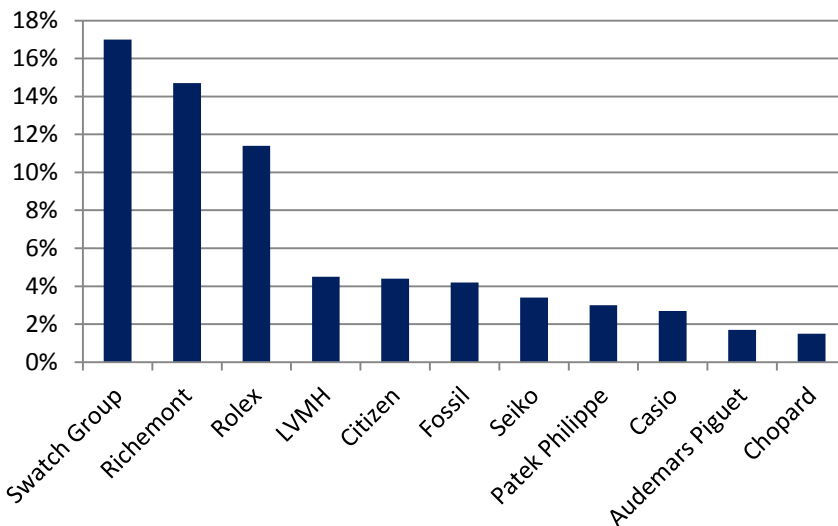
hältnisse ist aber letztlich nicht erforderlich, da es für den vorliegenden Fall keine Rolle spielt, ob Swatch Group eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische Uhren zukommt. Swatch Group wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Markt für Uhren zu missbrauchen, sondern ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für mechanische Uhrwerke und Assortiments u.a. dazu einzusetzen, die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren zu behindern (vgl. hierzu unten Rz 283 ff.). Aus diesem Grund beschränkt sich nachfolgende Analyse auf den aktuellen Wettbewerb.

B.3.1.2.3.1 Aktueller Wettbewerb

Marktteilnehmer und Marktanteile Uhren

Gemäss einer Studie der Bank Vontobel sind die weltweiten Uhrenverkäufe wie folgt verteilt:

Abbildung 6: Marktanteile Uhren 2012 nach Umsatz³⁰⁰



273. Hierbei handelt es sich um Verkäufe mechanischer Uhren und Quarz-Uhren. Die Abbildung zeigt, dass die drei Schweizer Konzerne Swatch Group, Richemont und Rolex mit Abstand die grössten Marktteilnehmer auf dem weltweiten Uhrenmarkt sind. Dahinter folgen LVMH, die japanischen Citizen, Seiko und Casio, die amerikanische Fossil sowie grosse schweizerische Uhrenmarken wie Patek Philippe oder Audemars Piguet. Wenn man die weltweiten Anteile nach Stückzahlen betrachtet, macht der Anteil aller Schweizer Uhrenhersteller lediglich ungefähr 2,5 % aus.³⁰¹

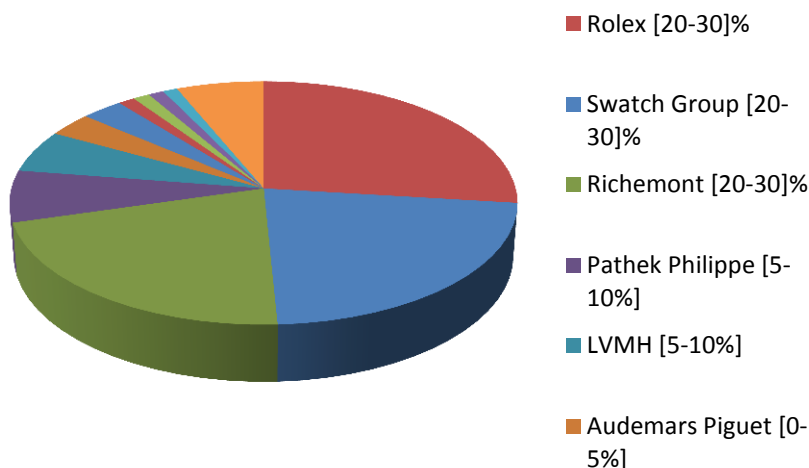
Marktteilnehmer und Marktanteile mechanische Uhren

274. Das Sekretariat hat die befragten Schweizer Uhrenhersteller nach Umsätzen und der Anzahl abgesetzter mechanischer Uhren gefragt. Die umsatzstärksten Hersteller von mechanischen Swiss Made Uhren sind demnach mit je [20-30] % Marktanteilen Rolex (Rolex und Tudor), Swatch Group (Breguet, Blancpain, Omega, Longines, Tissot etc.) und die Richemont Gruppe (Cartier, IWC, Jaeger-LeCoultre, Panerai, Piaget, Vacheron

Constantin, A. Lange & Söhne, Montblanc etc.), wie nachfolgende Abbildung zeigt:

³⁰⁰ Vgl. VONTOBEL RESEARCH, Vontobel Luxury Goods Shop, Watch Industry, 2012, S 23.

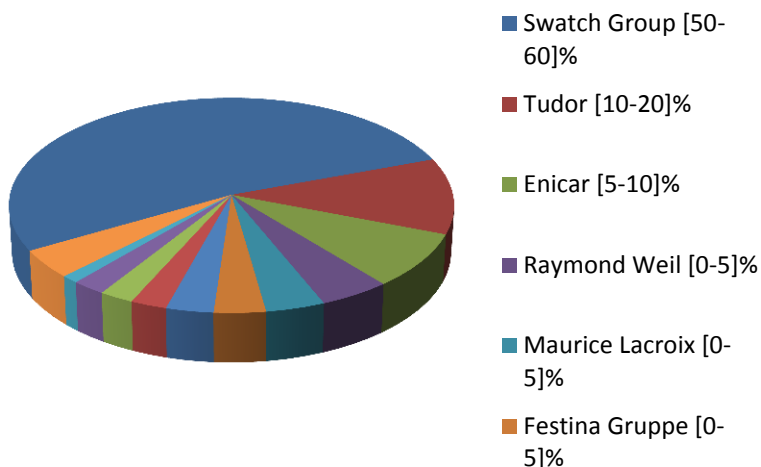
³⁰¹ Die in Bezug auf die Menge grössten Produzenten weltweit sind China und Hong Kong. Vgl. VONTOBEL RESEARCH, Vontobel Luxury Goods Shop, Watch Industry, 2012, S. 15.

Abbildung 7: Marktanteile mechanische Uhren 2010 nach Umsatz³⁰²

275. Neben diesen drei grossen Gruppen folgen Patek Philippe sowie LVMH (Hublot, Zenith, Tag Heuer etc.) mit je [5-10] % Marktanteil sowie Audemars Piguet, Chopard, Breitling, Enicar etc., alle mit Marktanteilen unter 5 %. Betrachtet man die abgesetzten Mengen anstatt der erzielten Umsätze, ist das Gewicht der Swatch Group mit über 30 % Marktanteil um einiges

grösser.³⁰³ Dies ist in erster Linie auf Marken wie bspw. Longines und Tissot zurückzuführen, welche relativ hohe Verkaufszahlen bei relativ tiefen Preisen aufweisen.

276. Betrachtet man nun lediglich das untere Segment (vgl. oben Rz 148) mit mechanischen Uhren bis ungefähr CHF 2'000–3'000 Verkaufspreis, ergibt sich folgendes Bild:

Abbildung 8: Marktanteile mech. Uhren 2010 unteres Segment nach Umsatz³⁰⁴

277. Die Abbildung zeigt eine äusserst starke Marktstellung von Swatch Group im unteren Segment, in welche das Unternehmen über mehrere sehr verkaufsstarke Marken verfügt. Betrachtet man die Marktanteile nach Mengen verstärkt sich die Stellung von Swatch Group mit Anteilen von [60-70] % zusätzlich. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass es sich bei den Marktanteilen um Schätzungen handelt (insbesondere befragte das Sekretariat nicht die Grundgesamtheit der Uhrenhersteller) und der Markt nicht abschliessend abgegrenzt wurde. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere die Frage abschliessend zu klären, ob und inwiefern Quarz- und mechanische Uhren im unteren Segment substituierbar sind (vgl. auch oben Rz 152 ff.) und es wäre genau ab-

zuklären, ob die Swiss Made Kennzeichnung in diesem

³⁰² Quelle: Erhebungen und Schätzungen des Sekretariats. Wenn für einen Hersteller keine (plausiblen) Zahlen verfügbar waren hat sich das Sekretariat auf Erhebungen der Bank Vontobel, der Zeitschrift Bilanz und/oder COSC-Zahlen gestützt. Die ausgewiesenen Marktanteile sind deshalb als Schätzung anzusehen.

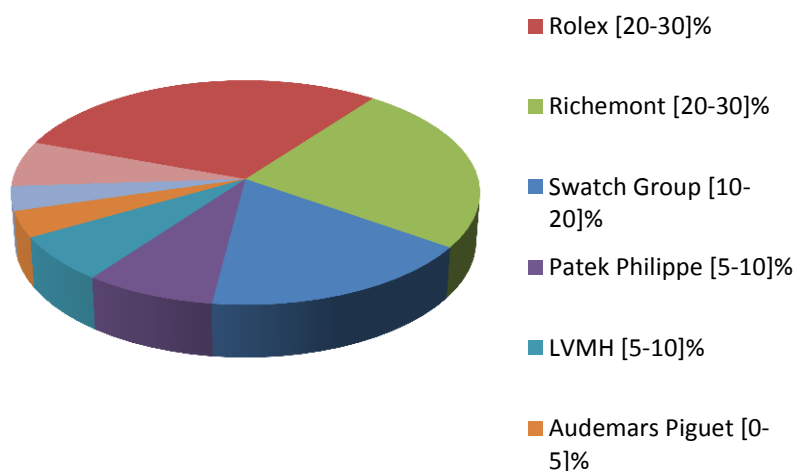
³⁰³ Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Der berechnete Marktanteil nach Menge basiert auf einer Gesamtmarktgrösse von 6 Mio. mechanischen Swiss Made Uhren für das Jahr 2010. Vgl. dazu auch act. n° 224, Beilage 7, S. 4.

³⁰⁴ Quelle: Erhebungen und Schätzungen des Sekretariats (vgl. auch FN 303). Zur Berechnung der Marktanteile wurden sämtliche befragten Uhrenmarken mit (nach Mengen gewichteten) durchschnittlichen Verkaufspreisen bis ungefähr CHF 3'000 berücksichtigt.

Marktsegment dieselbe Bedeutung wie im oberen Segment innehat (vgl. auch oben Rz 150 f.). Vorliegend kann dies jedoch offen gelassen werden, da es nur darum geht, die Marktstellung von Swatch Group summarisch aufzuzeigen.

278. Im oberen Segment sind die Marktanteile der Swatch Group mit [10-20] % geringer als im unteren Segment oder auf dem Gesamtmarkt. Anzumerken ist auch hier, dass es sich bei den Marktanteilen um Schätzungen handelt und der Markt nicht abschliessend abgegrenzt wurde.

Abbildung 9: Marktanteile mech. Uhren 2010 oberes Segment nach Umsatz³⁰⁵



B.3.1.2.3.2 Fazit

279. Aufgrund einer summarischen Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs kann festgehalten werden, dass Swatch Group mit Marktanteilen von [20-30] % über eine starke Marktstellung auf dem Markt für mechanische Swiss Made Uhren verfügt. Im unteren Segment bis CHF 2'000–3'000 hat Swatch Group gar eine äusserst starke Marktstellung inne, im oberen Segment ab CHF 2'000–3'000 hingegen sind die Marktanteile von Swatch Group tiefer.

280. Eine abschliessende Beurteilung der Marktstellung ist letztlich nicht erforderlich, da es für den vorliegenden Fall keine Rolle spielt, ob Swatch Group eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische Uhren zukommt. Swatch Group wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Markt für Uhren zu missbrauchen, sondern ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für mechanische Uhrwerke und Assortiments u.a. dazu einzusetzen, die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren zu behindern (vgl. hierzu unten Rz 283 ff.).

B.3.1.3 Zwischenergebnis

281. Sowohl im Bereich mechanische Uhrwerke als auch Assortiments verfügt die Swatch Group resp. ETA und Nivarox über marktbeherrschende Stellungen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Im Bereich der mechanischen Fertighuhren verfügt Swatch Group über eine starke Marktstellung, insbesondere im unteren Segment bis zu einem Verkaufspreis von ca. CHF 2'000–3000.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.3.2.1 Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG

282. Gemäss 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen, wobei jedoch die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel auch Sachverhalte erfasst, die im Beispielkatalog nicht erwähnt sind.³⁰⁶

B.3.2.2 Behinderungsmisbrauch

283. In Art. 7 Abs. 1 KG werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet: einerseits die *Behinderungs-* und andererseits die *Ausbeutungssachverhalte*.³⁰⁷

³⁰⁵ Quelle: Erhebungen und Schätzungen des Sekretariats (vgl. auch FN 303). Zur Berechnung der Marktanteile wurden sämtliche befragten Uhrenmarken mit durchschnittlichen Verkaufspreisen ab ungefähr CHF 3'000 berücksichtigt. Die ausgewiesenen Marktanteile sind als Schätzung anzusehen.

³⁰⁶ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 25 m.w.H.; RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros/Commission de la concurrence/Commission de recours pour les questions de concurrence*; RPW 2008/4, 579 Rz 173, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/4, 640 Rz 98, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; EVELYNE CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Art. 7 LCart N 5; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 4 ff.; BOTSCHAFT 95 (FN 110), S. 570.

³⁰⁷ Vgl. zu den Ausbeutungssachverhalten BVGer, 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.2 und BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 46. Der Ausbeutungsmisbrauch steht im vorliegenden Fall nicht im Vordergrund, so dass im Folgenden nicht weiter darauf eingegangen wird.

284. Behinderungssachverhalte treten in der Regel als Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Konkurrenten auf und sind ihrem Wesen nach wettbewerbsbezogen. Bei den Behinderungssachverhalten werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Durch verdrängendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens werden aktuelle Konkurrenten geschwächt oder vom Markt verdrängt oder der Markteintritt potentieller Konkurrenten wird be- oder gar verhindert. Es kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (*foreclosure*). Der Behinderungsmissbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen. Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich.³⁰⁸

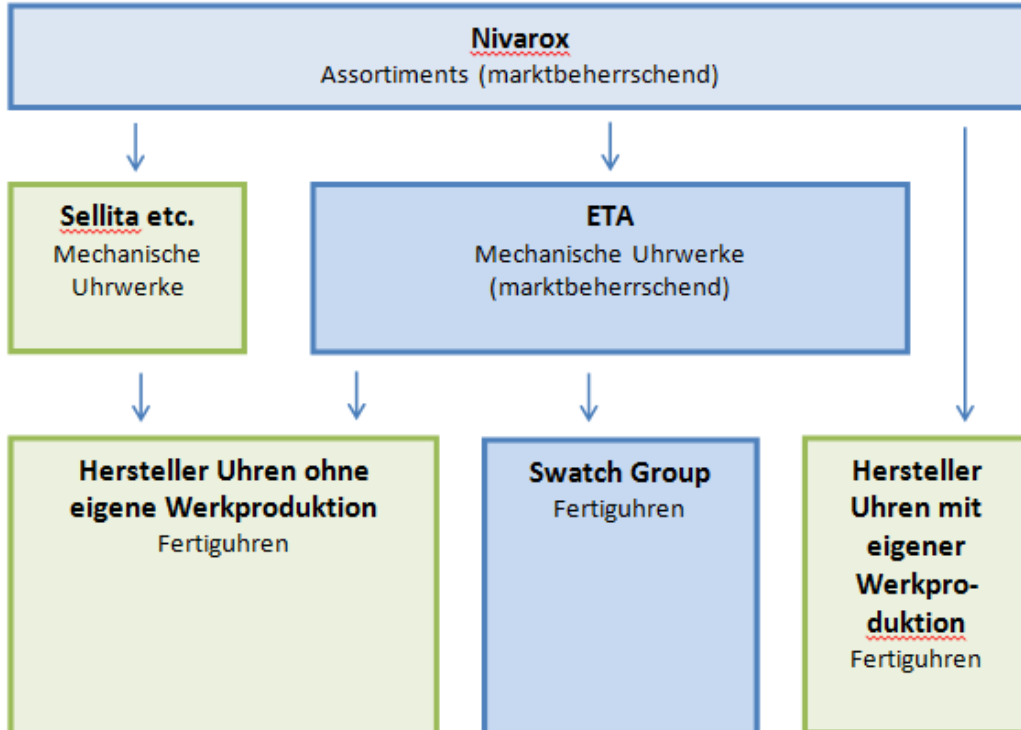
285. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern. Einerseits kann die Behinderung auf dem Markt stattfinden, in dem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe. Man spricht in diesem Fall von horizontaler Marktverschliessung (*horizontal foreclosure*). Andererseits kann ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auch auf benachbarten, vor- oder nachgelagerten

ten Märkten behindern, d.h. auf Märkten, auf denen das betrachtete Unternehmen entweder (noch) gar nicht tätig oder nicht marktbeherrschend ist. Behindert ein marktbeherrschendes Unternehmen Marktteilnehmer auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, spricht man von vertikaler Marktverschliessung (*vertical foreclosure*).³⁰⁹

286. Eine solche Marktverschliessung im Sinne einer Liefersperre tritt insbesondere dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls auf dem nachgelagerten Markt tätig ist. Es besteht dann die Möglichkeit, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht auf den nachgelagerten Markt zu übertragen.³¹⁰ Dies kann beispielsweise durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit (möglichen) Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt erreicht werden.³¹¹

287. Im vorliegenden Fall wird geprüft, ob Swatch Group bzw. ETA und Nivarox ihre marktbeherrschenden Stellungen auf den Märkten für mechanische Uhrwerke und Assortiments dazu benutzen, Mitbewerber durch eine Liefersperre zu behindern, um ihre Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt für Fertiguhren zu stärken. Konkret beabsichtigt Swatch Group, Drittkunden – welche mehrheitlich seit Jahrzehnten mit den Produkten beliefert werden – nicht mehr mit mechanischen Uhrwerken und Assortiments zu beliefern. Vgl. dazu auch die nachfolgende Abbildung:

Abbildung 10: Swatch Group und ihre Abnehmer



³⁰⁸ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 43; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 5 f. und 19.

³⁰⁹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 94 ff.

³¹⁰ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 97 und 514 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 76.

³¹¹ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2004/1, 119 Rz 56; RPW 2004/1, 119, *Flughafen Zürich AG – Valet Parking*; RPW 2001/2, 284 ff. Rz 165 ff. *Watt/Migros - EEF*; eine andere Möglichkeit ist die Bevorzugung der eigenen Tochtergesellschaft, welche auf dem nachgelagerten Markt tätig ist, vgl. RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

288. Ein erster Reduktionsschritt sollte bereits auf Ende 2011 umgesetzt werden. Swatch Group plante, die Belieferung von ETA-Produkten auf Ende 2012 und die Belieferung von Nivarox Produkten auf Ende 2014 einzustellen. Es ist deshalb zu prüfen, ob durch diese kurzfristige Verweigerung von Lieferungen von mechanischen Uhrwerken und Assortiments Mitbewerber auf den Märkten für (i) mechanische Uhrwerke und (ii) mechanische Fertiguhrer behindert resp. gar verdrängt würden.³¹²

B.3.2.3 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

B.3.2.3.1 Allgemeines

289. Grundsätzlich gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen das Prinzip der Vertragsfreiheit, d.h., es hat die Möglichkeit, seine Geschäftspartner frei zu wählen. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG stellt eine Ausnahme von diesem Prinzip dar, indem derartige Unternehmen gezwungen werden können, mit Dritten zu kontrahieren. Als missbräuchlich gelten Geschäftsverweigerungen mit Behinderungswirkung. Als unzulässig gilt eine Geschäftsverweigerung insbesondere dann, wenn sie dazu dient, den Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern.³¹³

290. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG betrifft eine breite Palette von Verhaltensweisen, die alle auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen. Unter diesen Tatbestand fallen sowohl die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Geschäftspartnern wie auch die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Geschäftspartnern.³¹⁴ Weiter kann die Verweigerung sowohl auf vorgelagerten Märkten (Bezugssperre) als auch auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten erfolgen (Liefersperre).³¹⁵ Schliesslich werden auch spezifischere Verhaltensweisen erfasst, wie die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (*essential facility*) zu gewähren, die Weigerung, eine Lizenz für Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, oder die Weigerung, Schnittstelleninformationen offen zu legen.³¹⁶

291. Gemäss EU-Kommission muss jedes Eingreifen aus wettbewerbsrechtlichen Gründen sorgfältig erwogen werden, wenn dies dazu führen würde, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Lieferpflicht auferlegt würde. Die Existenz einer solchen Verpflichtung könne die Investitions- und Innovationsanreize für ein Unternehmen verringern und infolgedessen längerfristig zum Schaden der Verbraucher sein. Das Wissen, dass sie verpflichtet sein könnten, gegen ihren Willen zu liefern, könne ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung dazu veranlassen, nicht oder weniger in die fragliche Tätigkeit zu investieren.³¹⁷ In manchen Fällen mag es jedoch offenkundig sein, dass die Einführung einer Lieferpflicht für den Eigentümer des Inputs und/oder für andere Marktteilnehmer die Anreize für Investitionen und Innovationen auf dem vorgelagerten Markt nicht reduzieren kann. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung auf dem vorgelagerten Markt im Schutze von Sonder- oder Exklusivrechten oder mit Hilfe staatlicher Mittel erworben hat.³¹⁸ Ein Beispiel für Letzteres könnte eine Hafengebührer sein, welche vom Staat das exklusive Recht bekam, den fraglichen Hafen zu

bewirtschaften, ohne jedoch für den Aufbau desselben etwas investiert zu haben.³¹⁹

292. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend die Entstehungsgeschichte der Swatch Group resp. von ETA und Nivarox näher beleuchtet.

B.3.2.3.2 Historischer Hintergrund

293. Die heutigen Marktverhältnisse und die zwischen ETA und ihren Kunden herrschenden Geschäftsbeziehungen sind nicht losgelöst vom historischen Hintergrund zu betrachten. Die schweizerische Uhrenindustrie wurde ab den 1920er Jahren unter anderem mit staatlicher Beihilfe mehr und mehr kartellähnlich organisiert. Im Zuge der Uhrenkrise in den 1980er Jahren kam es schliesslich zu tiefgreifenden Restrukturierungen, aus denen schliesslich die Swatch Group hervorging.³²⁰

Uhrenstatut 1920-1960

294. Nach dem ersten Weltkrieg, in den frühen 1920er Jahren war die schweizerische Uhrenindustrie von einer tiefgreifenden Nachfragekrise geprägt. Um gegen die sog. Chablonnage³²¹ resp. dem damit verbundenen Know-How Transfer ins Ausland vorzugehen sowie die dezentrale und kleingewerbliche Struktur der Uhrenindustrie zu erhalten, wurde die Uhrenindustrie ab den 1920er Jahren nach und nach kartellähnlich organisiert. Diese Umorganisation wurde sowohl von den Eigentümern der Uhrenhersteller als auch der Politik getragen.

295. So organisierten sich im Jahr 1924 verschiedene Uhrenhersteller im Verband „Fédération suisse des associations des fabricants d'horlogerie“ (nachfolgend: FH). Im Jahre 1926 vereinten sich mit Unterstützung verschiedener Banken drei der grössten Rohwerkproduzenten der Schweiz unter der Holding Ebauches SA. In

³¹² Vgl. act. n° 10; RPW 2011/3, 400 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

³¹³ Vgl. RPW 2006/4, 642 Rz 108; BOTSCHAFT 95 (FN 110), 570 f.; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 7 N 10; BORER (FN 307), Art. 7 N 10 f.; CLERC (FN 307), Art. 7 LCart N 118; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 72.

³¹⁴ Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 110), S. 570 f.

³¹⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 97.

³¹⁶ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 78.

³¹⁷ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 75; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 73; vgl. auch MOTTA (FN 181), S. 68 ff.; vgl. auch folgendes Diskussionspapier der EU, DG COMPETITION, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Rz 213 (im Folgenden: EU Discussion Paper), Dokument abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (21.10.2013).

³¹⁸ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 82.

³¹⁹ Vgl. dazu z.B. MOTTA (FN 181), S. 68.

³²⁰ Wo nicht anders angegeben, basieren die nachfolgenden Ausführungen auf PIERRE-YVES DONZÉ, L'Histoire de L'industrie Horlogère Suisse. De Jacques David à Nicolas Hayek (1850-2000), 2002, S. 101-193.

³²¹ Dabei handelt es sich um den Verkauf resp. v.a. den Export von Uhrwerken in Schablonenform. Unter einer Schablone versteht man einen nicht zusammengebauten Satz aller oder verschiedener Teile eines Uhrwerks, ausgenommen Zifferblatt, Zeiger und Gehäuse. Primäres Ziel der Chablonnage war, die (Schutz-)Zölle auf Fertiguhrer zu umgehen. Damit verbunden war die Befürchtung breiter Kreise, dass dadurch Know-How in die Assemblage-Ateliers im Ausland transferiert wird und so schliesslich neue Konkurrenten für die Schweizer Uhrenindustrie entstehen.

den nächsten fünf Jahren kaufte Ebauches SA 31 weitere Fabriken und schloss „Freundschaftsverträge“ mit acht anderen. Ebauches SA kontrollierte auf diese Weise rund 90 % des Marktes. Im Jahr 1927 schliesslich organisierten sich die Hersteller von Uhrenkomponenten (Gehäuse, Zifferblätter, Assortiments, Steine, Aufzugsfedern etc.) in der Vereinigung „Union des branches annexes de l'horlogerie“ (nachfolgend: UBAH). Bis nach dem zweiten Weltkrieg war die Gesamtheit der Hersteller solcher Komponenten in der UBAH vereint. Die UBAH verfolgte u.a. eine Politik garantierter Mindestpreise und wehrte sich gegen eine Konzentration der verschiedenen Komponenten-Hersteller.

296. Im Jahr 1928 schlossen diese drei Körperschaften verschiedene Vereinbarungen untereinander (die sog. *conventions horlogères*), die u.a. besagten, dass die Mitglieder nur untereinander Geschäfte tätigen und dabei die vereinbarten Mindestpreise einhalten werden. Darüber hinaus einigte man sich darauf, keine Uhrwerk-Schablonen zu exportieren.³²² Weiter wurde beschlossen, keine Unternehmen aufzunehmen, welche nach 1929 gegründet wurden. Ziel dieser Vereinbarungen war insbesondere die Stabilisierung der Preise, Markteintritte zu verhindern sowie eine Verlagerung der Industrie ins Ausland zu unterbinden. Mit den *conventions horlogères* wurde fortan beinahe der gesamte Schweizer Uhrensektor kontrolliert.

297. Im Jahr 1931 wurde auf der Grundlage des oben beschriebenen Systems die ASUAG Allgemeine Schweizerische Uhrenindustrie AG (nachfolgend: ASUAG) gegründet. Die Aktionäre der ASUAG waren Banken, Uhrenindustrielle sowie die Eidgenossenschaft. Letztere nahm auch im Verwaltungsrat und dem Direktionsausschuss der ASUAG Einsitz. Mittels Mehrheitsbeteiligungen kontrollierte die ASUAG die Ebauches SA, die Société des fabriques de spiraux réunies SA (nachfolgend: SR), die Fabriques d'assortiments réunies SA (nachfolgend: FAR) sowie die Fabriques de balanciers réunies SA³²³ (nachfolgend: FBR). Unter anderem um Grössenvorteile auszunutzen kam es unter der ASUAG zu einem weiteren Aufkauf von Komponentenherstellern und damit zu einer Rationalisierung im Bereich der Produktion von Uhrwerkskomponenten.

298. Im Zuge der Wirtschaftskrise der 1930er Jahre legalisierte die Eidgenossenschaft mittels verschiedener Beschlüsse die kartellistischen *conventions horlogères*. Diese Beschlüsse – zusammen bekannt unter dem Begriff Uhrenstatut – wurden in der Folge bis ins Jahr 1961 mehrmals erneuert. Unter dem *Uhrenstatut* waren u.a. Bewilligungen notwendig für die Gründung von neuen Unternehmen in der Uhrenindustrie, für die Erhöhung der Belegschaft, die Vergrösserung der Produktion oder den Umzug bestehender Unternehmen. Zudem wurde der Export von Schablonen und Ebauches einer staatlichen Bewilligung unterstellt. Weiter wurden Mindestpreise für Komponenten etc. gesetzlich geregelt und die Heimarbeit reglementiert. Das Uhrenstatut begründete eine sehr stark reglementierte Industrie, in der alle zentralen Elemente vom Staat, namentlich vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement, kontrolliert wurden. In der Folge (und aufgrund einer z.T. restriktiven Bewilligungspraxis) blieb die dezentrale Struktur der gesamten Branche weitgehend intakt.

299. Ebenfalls in der Zwischenkriegszeit wurde durch die Fusion von Omega und Tissot die Société suisse pour l'industrie horlogère SA (nachfolgend: SSIH) gegründet. Die SSIH kaufte in der Folge weitere Uhrenhersteller wie z.B. Lemania Watch Co oder Lugrin SA. Zudem gründete der Ingenieur R. Straumann im Jahr 1933 in St. Imier das Unternehmen Nivarox. Die neue Gesellschaft, benannt nach einer neuartigen Legierung zur Herstellung von Spiralen, wurde zu 56 % von der Société des fabriques de spiraux réunies SA (SR) kontrolliert.³²⁴

Uhrenkrise bis zur Swatch Group

300. Die dirigistische Organisation der gesamten Branche verhinderte nicht, dass weiterhin Uhrwerke in Schablonenform exportiert wurden und dass auf dem Weltmarkt neue grosse, ausländische Konkurrenten entstanden. Diese ausländische Konkurrenz veranlasste einige Schweizer Hersteller von Fertighuhren, für eine Liberalisierung der Uhrenindustrie einzutreten.³²⁵ Die starke Regulierung erlaubte es den Unternehmen nämlich kaum, ihre Produktion neu zu organisieren (Massenproduktion, Fließbandarbeit, internationale Arbeitsteilung etc.) um auf dem Weltmarkt konkurrenzfähig zu bleiben. 1961 erfolgte schliesslich ein erster Liberalisierungsschritt und bis zum Jahr 1971 wurde die Uhrenindustrie schliesslich (schrittweise) gänzlich liberalisiert. Im Gegenzug wurde im Jahr 1971 die Uhrenverordnung erlassen, welche die Swiss Made Kennzeichnung einführte (vgl. oben Rz 105 ff.).

301. Die 1960er und 1970er Jahre waren in der Uhrenindustrie geprägt von einer technologischen Revolution: der Herstellung von Quarzuhren (vgl. dazu auch oben Rz 93). Schweizerische (Longines, Omega), japanische (Seiko) und amerikanische (Radio Corporation of America, Bulova) Uhrenfirmen lancieren in der Folge erste Quarzuhren. Ab dem Jahr 1972 bot Ebauches SA ihren Abnehmern auch Quarzwerke an. Die Schweizer Uhrenindustrie beherrschte demnach die Quarztechnologie durchaus, hatte aber grosse Mühe, ihre Quarz-Produkte zu vermarkten. Im Unterschied dazu bedienten Konkurrenten aus Japan, Amerika und Hongkong einen sehr stark wachsenden Markt erfolgreich mit relativ günstigen Quarzuhren. Hinzu kamen der konjunkturelle Einbruch der 1970er Jahre sowie ein sehr starker Schweizer Franken. In der Folge verlor die Schweiz ihre klare Vormachtstellung in der Produktion von Uhren (mit einem weltweiten „Marktanteil“ von nur noch 9 % im Jahr 1983) an Hongkong (38 %) und Japan (23 %).³²⁶ Der Export mechanischer Schweizer Uhren fiel in der Zeit drastisch von 54 Mio. Stück (1973) auf unter 2 Mio. Stück in den 1980er Jahren (- 94 %).

³²² Mit Ausnahme von Exporten nach Frankreich und Deutschland.

³²³ FAR ihrerseits bestand aus neun verschiedenen Fabriken. FBR aus ungefähr 20 verschiedenen Fabriken.

³²⁴ Vgl. Dictionnaire du Jura, abrufbar unter www.dij.ch [21.10.2013].

³²⁵ Die Hersteller von Uhrwerkskomponenten hingegen sprachen sich eher gegen eine Dekartellisierung aus.

³²⁶ Im Vergleich dazu die Zahlen von 1970: Schweiz 42 %, Japan 14 %, UDSSR 12 %, USA 11 % (alle Zahlen in Stück).

302. Der Grund für die sog. „Uhrenkrise“ war jedoch nicht primär dadurch begründet, dass die Schweizer Uhrenindustrie die Quarz-Revolution verschlafen hätte, sondern vielmehr dadurch, dass sie ihre Strukturen kaum an die globalisierte Weltwirtschaft angepasst hatte. Das Uhrenstatut verzögerte die Rationalisierung der Produktion und eine bessere Koordination des Marketings. Die Branche, insbesondere die Produktion von Fertighuhren, war noch immer gekennzeichnet durch eine Vielzahl KMUs, welche zwar durch die ASUAG und die FH miteinander verbunden waren, aber dennoch weitgehend autonom agierten. Für viele Schweizer Uhrenhersteller, gewohnt an einen wenig kompetitiven Markt, war das Auftauchen (japanischer) Konkurrenzprodukte ein Schock, im Zuge dessen sie teilweise erhebliche Umsatzeinbussen hinnehmen mussten.

303. In der Krise kam es dann in einem ersten Schritt zu einer Konzentration von Uhrenherstellern. Die 1930 gegründete SSIH (Omega, Tissot) kaufte seit Anfang der 1960er Jahre verschiedene Schweizer Uhrenhersteller. Eine weitere Gruppe, die General Watch Co, welche von der ASUAG kontrolliert wurde, vertrieb Marken wie Longines, Certina, Rado, Edox, Eterna und Oris. Zu Beginn der 1980er Jahre begannen die Banken, welche diese beiden Uhrengruppen finanzierten, die in grosse Schwierigkeiten geratenen Unternehmen mit Hilfe des Beratungsunternehmens Hayek Engineering zu restrukturieren. Hayek Engineering schlug vor, ASUAG (in der neben Uhrenherstellern auch die meisten Uhrwerks- und Assortimentshersteller vereint waren) und SSIH zu fusionieren, was schliesslich 1983 auch umgesetzt wurde. Damit entstand mit der ASUAG-SSIH der grösste Uhrenkonzern der Welt.

304. Die Eidgenossenschaft zog sich im Zuge des Zusammenschlusses als Kapitalgeber³²⁷ aus der ASUAG zurück und ein Investorenpool unter der Führung des Gründers der Hayek Engineering, Nicolas G. Hayek, erwarb im Jahr 1985 von den an der Fusion beteiligten Banken die Mehrheit der neu entstandenen Uhrengruppe. Das Unternehmen, welches später unter dem Namen Société suisse de microélectronique et horlogerie (nachfolgend: SMH) firmierte, wurde fortan von Nicolas G. Hayek geführt und im Jahr 1998 in Swatch Group umbenannt.

305. Die SMH rationalisierte zunächst einmal die Produktion von Ebauches. Um Grössenvorteile auszunutzen wurden die Werkproduktionen der verschiedenen Fabriken nach und nach in der ETA Fabriques d'Ebauches (Ebauches SA) in Grenchen zentralisiert. So stoppten beispielsweise Omega, Certina, Longines und Oris in der Folge die Herstellung eigener Kaliber. Weiter wurden zahlreiche Uhrenmarken an Dritte verkauft (u.a. Eterna, Edox, Oris etc.). Im Rahmen der Restrukturierung wurden sodann die FAR und die Nivarox S.A. zur Nivarox-FAR fusioniert.³²⁸ Gemäss LJP war es bei dieser Reorganisation das Verständnis aller beteiligten Parteien, dass die neu entstandenen ETA und Nivarox aufgrund ihrer besonderen Stellung immer die gesamte Schweizer Uhrenindustrie weiter beliefern würden.³²⁹ Auch Sellita macht geltend, dass ETA und Nivarox dem ursprünglichen Konzept gemäss für alle Unternehmen produzierten um den Bedarf der gesamten Branche zu decken. An diesem Konzept habe auch die spätere Kontrollüber-

nahme durch Nicolas Hayek nichts geändert. Weiter bringt Sellita vor, während der Uhrenkrise CHF 1 Mio. zur Sanierung von ETA und Nivarox beigetragen zu haben.³³⁰

306. Swatch Group macht bezüglich Nivarox geltend, dass das Unternehmen tief in den roten Zahlen gewesen sei und nach alternativen Produkten Ausschau halten müssen (z.B. Medizin). Nivarox sei in der Zeit kurz vor einer Desinvestition gestanden.³³¹

307. Ein weiterer wichtiger Punkt der Reorganisation der SSIH-ASUAG betraf das Marketing. In diesem Zusammenhang ist auch die Lancierung der Plastik-Quarzuhr Swatch zu sehen, deren Design je nach Mode verändert wurde. Das günstige Massenprodukt Swatch wurde im Jahr 1983 lanciert und u.a. deren grosser Erfolg erlaubte es der Swatch Group fortan, den gesamten Konzern weiterzuentwickeln und neue Akquisitionen zu tätigen (Breguet, Blancpain etc.).³³²

308. Neben der Swatch Group entstanden nach der Uhrenkrise auch die Richemont-Gruppe (Baume&Mercier, Vacheron Constantin, Cartier, IWC, Jaeger-LeCoultre, Montblanc, Panerai etc.) sowie die Uhrensparte der LVMH-Gruppe (Hublot, Zenith, Tag Heuer, Bulgari etc.).

B.3.2.3.2.1 Fazit

309. Es kann zunächst festgehalten werden, dass die Wurzeln von ETA und Nivarox resp. der SMH, aus der schliesslich die Swatch Group hervorging, u.a. auf kartellähnliche Sonderrechte (*conventions horlogères*, Uhrenstaut) und teilweise auf staatliche Mithilfe (Uhrenstatut, Beteiligung Eidgenossenschaft an der Superholding ASUAG bis 1984) zurückgehen.

310. Das sog. Uhrenstatut, welches die Uhrenindustrie während mehreren Jahrzehnten weitgehend regulierte, ist zwar seit 1961/1971 ausser Kraft und die Eidgenossenschaft zog sich 1984 definitiv aus der Superholding ASUAG zurück. Dennoch kann die heutige Marktsituation nicht losgelöst vom historischen Hintergrund betrachtet werden.

311. Im Zuge der grossen Uhrenkrise der 1980er Jahre kam es zu einer tiefgreifenden Reorganisation grosser Teile der schweizerischen Uhrenindustrie. Aus diesen Restrukturierungen ging u.a. die Swatch Group mit ihren beiden Töchtern ETA und Nivarox hervor, welche seither beinahe den gesamten Schweizer Markt mit mechanischen Uhrwerken und Assortiments bedienen.

312. Spätestens seit Mitte der 1980er Jahre aber operiert Swatch Group ohne Sonderrechte resp. staatliche Mithilfe, hat bedeutende Investitionen getätigt und ist Risiken eingegangen.

³²⁷ Der Bund hielt zu der Zeit noch 8 % am Kapital der ASUAG. Durch die Fusion mit der SSIH wäre sein Anteil auf unter 1 % gesunken.

³²⁸ Vorgänger war bereits die SR in der neuen Nivarox SA aufgegangen (1977) und die FAR und die FBR wurden zusammengelegt (1978). Vgl. Dictionnaire du Jura, abrufbar unter www.diju.ch [21.10.2013].

³²⁹ Vgl. act. n° 224, Rz 70.

³³⁰ Vgl. act. n° 866, S. 6.

³³¹ Vgl. act. n° 816, S. 6.

³³² Vgl. dazu auch BILANZ 08/2013, S. 82-93.

B.3.2.4 Prüfung der Missbräuchlichkeit

313. Nach herrschender Lehre und Praxis der WEKO ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne einer Liefersperre dann auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen:³³³

- (1) Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;
- (2) Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können;
- (3) Die Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte;
- (4) Die Verweigerung kann nicht durch „Legitimate Business Reasons“ gerechtfertigt werden.

314. Dem ist anzufügen, dass nach Ansicht der EU-Kommission die Beendigung einer bestehenden Lieferbeziehung (wie in casu) eher missbräuchlich einzustufen ist, als eine de novo Lieferverweigerung.³³⁴

315. Nachfolgend werden die vier oben genannten Kriterien der Reihe nach geprüft.

B.3.2.4.1 Geschäftsverweigerung

316. Im Verfahren ETA SA Manufacture Horlogère Suisse gab ETA an, in Zukunft die durch das Phasing-Out fehlenden Ebauches durch bereits zusammengesetzte, mechanische Uhrwerke ersetzen zu wollen.³³⁵

317. Am 18. Dezember 2009 kündigte dann der damalige Präsident des Verwaltungsrats der Swatch Group in der Presse an, die Lieferungen u.a. von mechanischen Uhrwerken und Assortiments an Drittkunden einstellen zu wollen.³³⁶ Im Zusammenhang mit dem geplanten Lieferstopp wandte sich die Swatch Group daraufhin an das Sekretariat und skizzierte das geplante Vorhaben. Demnach plante Swatch Group, die Belieferung von Drittkunden mit ETA-Produkten auf Ende 2012 und die Belieferung mit Nivarox Produkten auf Ende 2014 einzustellen.³³⁷

318. Es handelt sich demnach vorliegend um eine klar kommunizierte, explizite Geschäftsverweigerung von Swatch Group.

B.3.2.4.2 Objektive Notwendigkeit des Inputs

319. 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 kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).³³⁸

320. Die EU-Kommission prüft in diesem Zusammenhang, ob die Wettbewerber den vom marktbeherrschenden Unternehmen produzierten Input in absehbarer Zukunft effektiv duplizieren könnten. Duplikation bedeutet die Schaffung einer alternativen effizienten Bezugsquelle, die es den Wettbewerbern ermöglicht, auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen auszuüben.³³⁹

321. Die Duplizierung des Inputs muss demnach in *absehbarer* Zukunft erfolgen können und eine mögliche alternative Bezugsquelle muss *effizient* sein, so dass Mitbewerber auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können.

B.3.2.4.2.1 Mechanische Uhrwerke

322. Mechanische Uhrwerke sind zwingend notwendig, um mechanische Uhren herzustellen, ohne solche können Hersteller von Fertiguhren deshalb unmöglich auf dem nachgelagerten Markt mit Swatch Group konkurrieren.

323. Wie oben ausgeführt wurde, basiert der grösste Teil der mechanischen Swiss Made Uhren auf Uhrwerken von Swatch Group resp. ETA. Die Herstellerin ETA verfügte im Jahr 2011 über einen Marktanteil von [70-80] % (vgl. oben Rz 160 ff.). Daneben ist zwar mit Sellita eine alternative effiziente Bezugsquelle vorhanden, diese verfügt jedoch über beschränkte und bereits voll ausgelastete Kapazitäten (vgl. oben Rz 166 f.). Sopro, eine weitere alternative Bezugsquelle, verfügt über noch einmal deutlich kleinere Kapazitäten als Sellita und bietet lediglich ein Basiskaliber an, welches deutlich teurer ist als die entsprechenden Produkte von ETA oder Sellita (vgl. oben Rz 168). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Grossteil der Schweizer Uhrenproduzenten momentan auf mechanische Uhrwerke von ETA angewiesen ist, um auf dem nachgelagerten Markt der mechanischen Uhren Wettbewerbsdruck auf Swatch Group auszuüben. Alternative Anbieter könnten die Mengen an Uhrwerken, welche durch eine kurzfristige und umfassende Liefersperre zusätzlich nachgefragt würden, unmöglich zur Verfügung stellen.

³³³ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 81; beide Fundstellen teilweise mit Abweichungen, auf die bei den einzelnen Kriterien eingegangen wird.

³³⁴ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 84.

³³⁵ Vgl. RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

³³⁶ Vgl. L'AGEFI vom 18. Dezember 2009.

³³⁷ Vgl. act. n° 10.

³³⁸ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 83; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 125; act. 224, Rz 131 ff. und Rz 219 ff.

³³⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 83.

324. An dieser Situation dürfte sich auch in absehbarer Zeit nichts ändern (vgl. oben Rz 209 ff.), dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Sellita beim Herzstück der Uhrwerke – dem Assortiment – im Moment noch auf Produkte der Swatch Group (Nivarox) angewiesen ist (vgl. oben Rz 262). Dies hat zur Konsequenz, dass Swatch Group den Output von Sellita indirekt kontrolliert resp. plafoniert: Sellita kann nur so viele Uhrwerke produzieren, wie sie über Assortiments von Nivarox verfügt. Auch die Tatsache, dass etliche Uhrenhersteller begonnen haben, mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen, mag in absehbarer Zeit nichts daran zu ändern, dass eine umfassende Liefersperre von ETA nicht aufgefangen werden könnte (vgl. oben Rz 205 ff.).

325. Swatch Group bestreitet dies, Sellita könne – ebenso wie Tag Heuer – auch von Dritten Assortiments einkaufen.³⁴⁰

326. Die Möglichkeit zur Duplizierung dieses Inputs muss im Lichte des Voranstehenden deshalb – zumindest kurz- bis mittelfristig – verneint werden.

B.3.2.4.2.2 Assortiments

327. Assortiments sind zwingend notwendig, um mechanische Uhrwerke und schliesslich mechanische Uhren herzustellen. Ohne Assortiments können Hersteller von mechanischen Uhrwerken sowie Hersteller von mechanischen Fertighuhren unmöglich mit Swatch Group konkurrieren.

328. Nivarox, die Assortiment-Herstellerin von Swatch Group, verfügt über einen Marktanteil von [90-100] %. Es sind zwar kleine alternative Anbieter von Assortiments vorhanden, diese verfügen jedoch über einen Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox und verlangen in der Regel Preise, die deutlich über jenen von Nivarox liegen (vgl. oben Rz 217 ff.). Es kann deshalb festgehalten werden, dass Nivarox momentan praktisch über ein Monopol verfügt und fast die gesamte Schweizer Uhrenindustrie auf Assortiments von Nivarox angewiesen ist, um auf den nachgelagerten Märkten Wettbewerbsdruck auf Swatch Group auszuüben. Alternative Anbieter könnten die Mengen an Assortiments, welche durch eine kurzfristige und umfassende Liefersperre zusätzlich nachgefragt würden, unmöglich zur Verfügung stellen.

329. An dieser Situation dürfte sich auch in absehbarer Zeit nichts ändern, weil alternative Anbieter und Marktteilnehmer welche vermehrt Assortiments für den Eigengebrauch herstellen werden, noch Jahre brauchen werden, um ihre Projekte voranzutreiben und Assortiments in Grossserien effizient herstellen werden können (vgl. oben Rz 266 ff.) und allenfalls eine umfassende Liefersperre von Nivarox auffangen könnten.

330. Swatch Group macht in dem Zusammenhang geltend, dass alternative Anbieter ihre Mengen erhöhen und ihre Preise schrittweise senken könnten, wenn Kunden bereit seien, Assortiments bei diesen Anbietern zu kaufen.³⁴¹

331. Die Möglichkeit zur Duplizierung dieses Inputs muss im Lichte des Voranstehenden deshalb – zumindest kurz- bis mittelfristig – verneint werden.

B.3.2.4.2.3 Fazit

332. Die beiden Inputs – Assortiments und mechanische Uhrwerke – können in absehbarer Zeit nicht dupliziert werden, so dass Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren wirksam mit Swatch Group Marken konkurrieren können. Längerfristig dürfte eine Duplizierung der Inputs aber möglich sein.

B.3.2.4.3 Wettbewerbsbehinderung

B.3.2.4.3.1 Allgemeines

333. Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss Praxis der WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vorliegt, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt bereits eine Behinderung resp. ein Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs.³⁴²

334. Oben (Rz 282 f.) wurde bereits ausgeführt, dass die Prüfung der einzelnen Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen hat. Gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung, d.h., es genügt, wenn ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde denn bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG bisher auch noch nie das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung verlangt, sondern es wurde jeweils geprüft, ob eine Behinderung des Wettbewerbs vorliegt.³⁴³

335. In der schweizerischen Lehre wird denn auch mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine unzulässige Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.³⁴⁴

336. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es der Systematik des Art. 7 KG widersprechen würde, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen, während bei allen anderen Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestände des

³⁴⁰ Vgl. act. n° 816, S. 7.

³⁴¹ Vgl. act. n° 816, S. 7.

³⁴² Vgl. RPW 2011/1, 151 ff. 345 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m.w.H. Vgl. dazu auch act. n° 224, Rz 159 f. und Rz 223 ff.

³⁴³ Vgl. insbesondere RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2001/1, 95 ff., *Intensiv SA, Grancia*; RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*; RPW 2005/1, 139 130 f., *Produktbündel „Talk and Surf“*; RPW 2004/2, 357 ff., *Watt/Migros-EEF*.

³⁴⁴ BORER (FN 307), Art. 7 N 12; REINERT (FN 314), Art. 7 N 10 ff., insbes. N 10 und 13; PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, *Immateriälgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bern 2008, Rz 1522 ff.; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 2005, Rz 656.

Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Beispieltatbestände festlegt. Ebensovienig ist es sachgerecht, bei einem einzigen Tatbestand von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen und der Generalklausel, wie es opportun wäre, bei einem einzigen Tatbestand die Hürden tiefer zu setzen und damit ein „Einfallstor“ für das Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen.

337. Dies entspricht im Übrigen auch der Praxis des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 102 AEUV.³⁴⁵ In der Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EGV wird als Erfordernis zwar genannt, dass die Lieferverweigerung wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten wird.³⁴⁶ Bei der Konkretisierung dieses Kriteriums wird dann aber festgehalten, dass die Verweigerung eines objektiv notwendigen Inputs generell geeignet sei, den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt unmittelbar oder im Laufe der Zeit auszuschalten (vgl. oben Rz 332).³⁴⁷ Diese Passage ist im Zusammenhang mit den allgemeinen Erwägungen in der Mitteilung zu interpretieren, wonach dann von einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung auszugehen ist, wenn den Konkurrenten der Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich gemacht wird.³⁴⁸ Als möglicher Beweis für eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung wird denn auch nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern betrachtet, sondern etwa auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste.³⁴⁹

338. In der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt führen muss. So werden marktverschliessende Verhaltensweisen oftmals nicht zum Ausbau der Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt angewendet, sondern um eine erodierende Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt zu schützen oder eine frühere marktmächtige Position wiederherzustellen.³⁵⁰ Zudem wurde in der neueren ökonomischen Literatur aufgezeigt, weshalb sich solche Verdrängungspraktiken für das marktbeherrschende Unternehmen lohnen können.³⁵¹

339. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine unzulässige Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.

B.3.2.4.3.2 Die konkrete Wettbewerbsbehinderung

340. Wie nachfolgend gezeigt wird, würde ein kurzfristiger, umfassender Lieferstopp von ETA und Nivarox zumindest zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für (i) mechanische Uhrwerke und (ii) mechanische Uhren führen und höchstwahrscheinlich Marktaustritte nach sich ziehen, da ein Grossteil der Anbieter von mechanischen Swiss Made Uhren ohne die Inputs der Swatch Group kurzfristig kaum mehr funktionstüchtige Uhren auf den Markt bringen könnten (vgl. Abbildung 10 zur Illustration).³⁵²

B.3.2.4.3.2.1 Markt für mechanische Uhrwerke

341. Ein sofortiger und umfassender Lieferstopp von Swatch Group resp. Nivarox hätte zunächst einmal gravierende Konsequenzen auf den Markt für mechanische Swiss Made Uhrwerke. Uhrwerksproduzenten benötigen in jedem Fall Assortiments zur Herstellung mechanischer Uhrwerke. Auf diesem Markt sind neben ETA [70-80] % momentan noch Sellita [20-30] % und Soprod [0-5] % tätig (vgl. oben Rz 160 ff.).

342. Würde der grösste Konkurrent von ETA, Sellita, kurzfristig nicht mehr mit Assortiments beliefert, könnte dieser keine mechanischen Uhrwerke mehr herstellen. Im Lichte des Quasi-Monopols von Nivarox (vgl. oben Rz 217 ff.) ist Sellita (noch) auf Assortiments der Nivarox angewiesen (vgl. oben Rz 262 und 266 ff.). Ein kurzfristiger Lieferstopp würde wohl das wirtschaftliche Ende von Sellita resp. des einzigen, grösseren alternativen Anbieters mechanischer Uhrwerke und damit eine Beseitigung des Wettbewerbs im Bereich der mechanischen Uhrwerke bedeuten.

343. Sellita bringt denn vorliegend auch vor, dass sie bei einem kurzfristigen Lieferstopp von Assortiments ihre Aktivitäten aufgeben müsste.³⁵³ Sellita macht zudem geltend, dass ein Lieferstopp von mechanischen Uhrwerken zur Folge hätte, dass sich ihre Investitionen mit dem Ziel, unabhängig von Swatch Group zu werden, verlangsamen würden resp. gefährdet wären.³⁵⁴ Dies macht zudem deutlich, dass die in den Rz 198 beschriebenen Ausbaupläne von Sellita durch einen Lieferstopp von Swatch Group stark gefährdet wären.

344. Für den anderen grösseren Marktteilnehmer, Soprod, hätte ein Lieferstopp nach eigenen Angaben keine gravierenden Konsequenzen, da die Uhrwerke von Soprod mit Assortiments von mhvj ausgestattet sind.³⁵⁵ Es ist jedoch anzufügen, dass Soprod über einen Bruchteil der Kapazität von ETA verfügt und deutlich kleiner ist als Sellita. Selbst der geplante Kapazitätsausbau (vgl. oben Rz 200) würde dem Markt nur relativ bescheidene Mengen zuführen (vgl. oben Rz 203).

³⁴⁵ Vgl. EuG, Entscheid vom 09.09.2009, Rs. T-301/04, Clearstream, Rz 140 u. 148 ff.

³⁴⁶ Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 81.

³⁴⁷ Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 85.

³⁴⁸ Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 19.

³⁴⁹ Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 20.

³⁵⁰ Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: Handbook of Industrial Organization III, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), Chapter 33, 2007, S. 2145 ff. (2163).

³⁵¹ Vgl. MASSIMO MOTTA, The European Commission's Guidance Communication on article 82, E.C.L.R., 2009 (Issue 12), S. 593 ff. m.w.H.

³⁵² Vgl. auch RPW 2011/3, 400 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

³⁵³ Vgl. act. n° 126.

³⁵⁴ Vgl. act. n° 126.

³⁵⁵ Vgl. act. n° 144.

345. Darüber hinaus würde ein kurzfristiger Lieferstopp von Nivarox die in Rz 204 ff. beschriebenen Bestrebungen verschiedener Uhrenmarken, vermehrt eigene Uhrwerke herzustellen, stark in Frage stellen.³⁵⁶ Dies wiederum hätte zur Konsequenz, dass die Knappheit an Uhrwerken – unter sonst gleichen Bedingungen – nicht abnehmen würde.

346. Ein sofortiger und umfassender Lieferstopp von Swatch Group würde demnach den Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Swiss Made Uhrwerke weitgehend beseitigen. Dies wiederum hätte zur Folge, dass die Mitbewerber der Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt für Fertighuhren noch weniger resp. gar keine Alternativen zu einem Bezug mechanischer Uhrwerke bei ETA mehr hätten (s. nachfolgend). Dies würde die Marktstellung von ETA weiter stärken.

347. Sellita macht geltend, dass Swatch Group mit dem geplanten Lieferstopp darauf abziele, Sellita, den am weitesten fortgeschrittenen alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke, zu zerstören.³⁵⁷

B.3.2.4.3.2.2 Nachgelagerter Markt für Fertighuhren

348. Der grösste Teil der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhren basiert auf Inputs der Swatch Group (vgl. oben Rz 160 ff. und Rz 217 ff.). Eine kurzfristige Liefereinstellung dieser Schlüsselinputs würde wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertighuhren deshalb stark behindern.

349. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es nur wenige alternative Bezugsquellen gibt – die jedoch kurz- mittelfristig nicht die gesamte Zusatznachfrage, welche sich aufgrund eines kurzfristigen Lieferstopps von Swatch Group ergeben würde, auffangen könnten (vgl. oben Rz 322 ff. resp. 327 ff.). Würden die Konkurrenzmarken von Swatch Group kurzfristig nicht mehr mit mechanischen Uhrwerken resp. Assortiments beliefert, könnten diese deshalb grossmehrheitlich keine oder nur noch in beschränktem Ausmass mechanische Uhren produzieren.

350. Davon ausgenommen wären einzig diejenigen Uhrenmarken, welche unabhängig von Lieferungen mechanischer Uhrwerke und Assortiments von Swatch Group sind. Von den befragten Unternehmen zählt dazu jedoch nur eine Handvoll *haut-de-gamme* Marken, welche die in Frage stehenden Inputs gänzlich selber produzieren. [...]. Keine erheblichen Konsequenzen dürfte ein kurzfristiger Lieferstopp zudem für Rolex haben, da diese in sehr hohem Masse vertikalisiert ist.

351. Weiter hätte ein kurzfristiger Lieferstopp bis zu einem gewissen Grad wohl auch weniger gravierende Auswirkungen auf Uhrenmarken, welche grösstenteils von Sellita (oder Soprod) hergestellte mechanische Uhrwerke beziehen. Wie aber oben gezeigt wurde, sind die Kapazitäten dieser beiden Anbieter begrenzt. Der Marktanteil von Sellita betrug im Jahr 2011 [20-30] % und ein kurz- bis mittelfristiger Ausbau der Kapazitäten scheint momentan aufgrund der voraussichtlich fehlenden Assortiments unwahrscheinlich (vgl. oben Rz 198 und Rz 262). Soprod verfügt über einen Marktanteil von [0-5] % und wird die Produktionskapazitäten in den nächsten Jahren zwar erhöhen, diese Erhöhung ist in Bezug auf den Gesamtmarkt jedoch relativ bescheiden (vgl. oben Rz 200 und Rz, 203). Soprod könnte deshalb

nur einen kleinen Teil der zusätzlichen Nachfrage eines kurzfristigen, umfassenden Lieferstopps abfangen.

352. Die grosse Mehrheit der Uhrenhersteller könnte bei einem kurzfristigen Lieferstopp von Swatch Group kaum mehr mechanische Uhren produzieren, würden sie nicht mehr mit mechanischen Uhrwerken resp. Assortiments beliefert. Dies bestätigt auch die Befragung des Sekretariats, welche die Marktteilnehmer nach den Konsequenzen eines kurzfristigen Lieferstopps fragte:

- *Mechanische Uhrwerke*: Von den 58 Unternehmen, welche den Fragebogen des Sekretariats retournierten, sind 43 Kunden von ETA. Davon gibt die Mehrheit (29) an, ein kurzfristiger Lieferstopp hätte gravierende bis katastrophale Konsequenzen. Insgesamt 11 Unternehmen geben an, ein kurzfristiger Lieferstopp durch ETA würde die Produktionseinstellung mechanischer Uhren resp. den Konkurs des Unternehmens bedeuten. Lediglich für zwei Unternehmen hätte ein kurzfristiger Lieferstopp kaum Auswirkungen.³⁵⁸
- *Assortiments*: Von den befragten Marktteilnehmern sind 27 Kunden von Nivarox. Davon gibt über die Hälfte (15) an, ein kurzfristiger Lieferstopp hätte gravierende bis katastrophale Konsequenzen. Insgesamt sieben Unternehmen geben an, ein kurzfristiger Lieferstopp durch Nivarox würde die Produktionseinstellung mechanischer Uhren resp. den Konkurs des Unternehmens bedeuten. Lediglich für ein Unternehmen hätte ein kurzfristiger Lieferstopp kaum Auswirkungen.³⁵⁹

353. Dies sind starke Anhaltspunkte dafür, dass die Mehrheit der Kunden von ETA und Nivarox durch einen kurzfristigen Lieferstopp in der Ausübung des Wettbewerbs stark behindert wären und es auch zu Marktaustritten kommen würde. Dies gilt insbesondere für das untere Segment. Der wirksame Wettbewerb würde deshalb durch einen kurzfristigen Lieferstopp von Swatch Group stark behindert.

³⁵⁶ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534. Acht Unternehmen geben sowohl bei den mechanischen Uhrwerken als auch bei den Assortiments an, mit gravierenden bis katastrophalen Konsequenzen bis hin zum Marktaustritt zu rechnen.

³⁵⁷ Vgl. act. n° 866, S. 4.

³⁵⁸ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534.

³⁵⁹ Vgl. act. n° 58, 65, 67, 70, 74, 80, 81, 88, 91, 92, 103, 104, 107, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 161, 171, 194, 195, 196, 201, 205, 210, 212, 218, 222, 224, 245, 247, 258, 259, 260, 265, 292, 314, 332, 346, 350, 389, 456, 460, 461, 534. Acht Unternehmen geben sowohl bei den mechanischen Uhrwerken als auch bei den Assortiments an, mit gravierenden bis katastrophalen Konsequenzen bis hin zum Marktaustritt zu rechnen.

354. Lieferverweigerungen sind typischerweise dann problematisch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt mit den Abnehmern konkurriert, denen es die Lieferung verweigert.³⁶⁰

Wie die vereinfachende Abbildung 10 oben zeigt (vgl. oben Rz 287), ist Swatch Group mit Marken wie Omega, Longines, Rado, Tissot, Breguet, Blancpain etc. auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Swiss Made Uhren tätig. Auf diesem Markt verfügt Swatch Group über einen Marktanteil von [20-30] % resp. von über 30 %, wenn man die abgesetzten Mengen zugrunde legt. Betrachtet man nur das untere Segment, ist der Marktanteil von Swatch Group um einiges höher, betrachtet man lediglich das obere Segment, ist der Marktanteil von Swatch Group tiefer (vgl. oben Rz 274 ff.).

355. Die oben beschriebene starke Behinderung des Wettbewerbs auf dem Markt für mechanische Uhren würde voraussichtlich zu einer Stärkung der Position von Swatch Group führen. Vereinfacht ausgedrückt konkurriert jedes Uhrwerk, das Swatch Group an Dritte verkauft, also nicht selber für konzerninterne Marken verwenden kann, tendenziell die Uhrenmarken des Konzerns auf dem nachgelagerten Markt. Anders ausgedrückt würden wohl viele Konsumenten auf eine Uhrenmarke von Swatch Group ausweichen, wenn ihr eigentlich gewünschtes Produkt nicht (mehr) erhältlich wäre.

356. Das Sekretariat hat in diesem Zusammenhang die Uhrenhersteller gebeten anzugeben, welches ihre stärksten resp. wichtigsten Konkurrenzmarken sind. Dabei haben die Konkurrenten von Swatch Group angegeben, dass

- eine Swatch Group Marke für 39 % der Mitbewerber die stärkste resp. wichtigste Konkurrentin ist, und
- eine Swatch Group Marke für 75 % der Mitbewerber unter den wichtigsten drei Konkurrenzmarken ist.

357. Die entsprechenden Prozentzahlen für die Mitbewerber von Swatch Group sind (deutlich) tiefer. Einzig die Richemont-Marken wurden mit 26 % resp. 53 % auch relativ häufig genannt.³⁶¹ Bereits dies zeigt, dass wohl der grösste Teil der Nachfrage zu Marken der Swatch Group abwandern würde. Die Zahlen widerspiegeln auch die Tatsache, dass Swatch Group in allen Segmenten des Marktes mit starken Marken vertreten ist. Betrachtet man nun wiederum nur das untere Segment, ergeben sich folgende Zahlen für Swatch Group:

- Swatch Group Marke als wichtigste Konkurrentin: 70 %
- Swatch Group Marke unter den wichtigsten drei Konkurrenten: 100 %.

358. Bei dieser Betrachtung sind die entsprechenden Werte der Konkurrentinnen von Swatch Group allesamt deutlich tiefer. Dies zeigt, dass wohl beinahe die gesamte Nachfrage im unteren Segment zu Marken der Swatch Group abwandern würde.

359. Das Ausweichen auf Marken von Swatch Group würde sich natürlich akzentuieren, wenn viele Konkurrenten aufgrund eines kurzfristigen Lieferstopps gleichzeitig deutlich weniger oder gar keine Uhren mehr auf

den Markt bringen könnten (vgl. oben Rz 352). In einem solchen Fall würde die Nachfrage in einem noch grösseren Masse auf Marken der Swatch Group ausweichen, weil die jeweils nächsten Alternativen einer Marke gleichzeitig Lieferschwierigkeiten hätten oder gar keine mechanischen Uhren mehr anbieten könnten.

360. Sellita macht in dem Zusammenhang geltend, dass Swatch Group mit dem geplanten Lieferstopp darauf abziele, Sellita, den am weitesten fortgeschrittenen alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke, zu zerstören. Dadurch würden auf dem Markt für Fertiguhren Mitbewerber von Swatch Group Uhrenmarken stark behindert. Dies bedrohe in vielen Fällen deren wirtschaftliche Existenz.³⁶²

361. An dieser Stelle ist anzufügen, dass der Markt für mechanische Uhren – zumindest seit 2010 bis heute – stark wächst, insbesondere in China.³⁶³ Es handelt sich also im Moment um einen expandierenden Markt. Swatch Group dürfte deshalb von einer Behinderung der Konkurrenten (Lieferschwierigkeiten resp. Marktaustritte) umso stärker profitieren, als sie den Grossteil der zusätzlichen Nachfrage, welche sich durch die Marktexpansion ergibt, bedienen könnte.

362. Es kann vorerst festgehalten werden, dass Swatch Group durch einen kurzfristigen Lieferstopp ihre Marktanteile auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren deutlich steigern könnte. Dies gilt insbesondere für das untere Segment.

363. Hinzu kommt, dass Uhrenhersteller teilweise modifizierte Basis-Uhrwerke von sog. Modifizierern (z.B. LJP oder Dubois Dépraz) zukaufen.³⁶⁴ Modifizierer versehen mechanische Uhrwerke in der Regel mit zusätzlichen Komplikationen (zum Beispiel Grossdatum, Flyback-Komplikationen etc.). Durch einen kurzfristigen Lieferstopp von Swatch Group könnten solche Modifizierer keine Uhrwerke von ETA mehr beziehen resp. veredeln. Dies hätte zur Konsequenz, dass (1) Modifizierer stark in ihrer Tätigkeit behindert würden resp. diese verunmöglicht würde (vgl. oben Rz 322 ff. resp. 327 ff.) und (2) Uhrenhersteller in deutlich geringerem Ausmass resp. gar nicht mehr auf solche veredelten Uhrwerke zurückgreifen könnten. Veredelte Uhrwerke sind jedoch wichtig für die Uhrenmarken, da sie damit spezielle Modelle herstellen können, welche sich stärker von denen anderer Hersteller (bspw. der Swatch Group) abheben. Eine Behinderung der Modifizierer käme deshalb einer zusätzlichen Behinderung im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren gleich, da Swatch Group Marken nach wie vor auf eigene modifizierte Uhrwerke zurückgreifen könnten.

³⁶⁰ Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 76.

³⁶¹ Die Werte für LVMH: 10 % resp. 35 %, Rolex: 6 % resp. 14 %, Patek Philippe: 9 % resp. 13 %, Audemars Piguet: 5 % resp. 13 %.

³⁶² Vgl. act. n° 866, S. 4.

³⁶³ Vgl. Exportstatistik der FHS. Die Anzahl der exportierten mechanischen Uhren stieg im Jahr 2010 um 32 %, im Jahr 2011 um 25 % und im Jahr 2012 noch um 12 %.

³⁶⁴ Dabei handelt es sich mengenmässig um <5 % des gesamten Marktes für mechanische Uhrwerke.

364. Ein weiterer Punkt, der beachtet werden muss ist, dass Mitbewerber von Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt aufgrund eines kurzfristigen Lieferstopps gezwungen wären, fehlende Uhrwerke und Assortiments – wenn überhaupt möglich – grösstenteils durch erheblich teurere Substitute zu ersetzen (vgl. oben Rz 182 f. und Rz 242 ff.). Dasselbe gilt auch, wenn Uhrenhersteller (teilweise) ihre eigenen Uhrwerke resp. Assortiments herstellen würden. Aufgrund von relativ kleinen Serien wären die Herstellungskosten resp. Preise deutlich höher als jene von ETA resp. Nivarox. Dies dürfte zu einem starken Anstieg der Kosten der Mitbewerber von Swatch Group führen. Darin könnte eine sogenannte *Raising Rivals' Cost* Praktik von Swatch Group gesehen werden. Dabei versucht ein Unternehmen, die Kosten seiner Mitbewerber zu erhöhen und sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.³⁶⁵

365. Diese Problematik dürfte vor allem bei Uhren des unteren Segments von Belang sein, weil diese (noch) in besonderem Masse auf die relativ günstigen Basis-

kaliber von ETA resp. Sellita angewiesen sind. Zudem ist der Kostenanteil des Uhrwerks an den gesamten Kosten einer Uhr in diesem Segment deutlich höher als im oberen Segment. Die Uhrenhersteller des unteren Segments haben deshalb weniger Möglichkeiten auf mögliche alternative Anbieter – welche die Werke in der Regel deutlich teurer verkaufen als ETA – umzusteigen, als Hersteller des oberen Segments. Dies gilt umso mehr, je günstiger die Uhren verkauft werden.

366. Die Behinderung der Modifizierer sowie die Kostensteigerung der Mitbewerber von Swatch Group verstärkt die oben beschriebenen Behinderungen (vgl. oben Rz 340 ff.) zusätzlich.

367. Für Swatch Group dürfte eine Behinderung von Mitbewerbern auf dem nachgelagerten Markt mittels eines Lieferstopps bei Uhrenkomponenten durchaus Sinn machen, denn der Verkauf von Fertiguhrwerken ist profitabler als der Verkauf von Uhrwerkskomponenten, wie nachfolgende Zusammenstellung zeigt.

Tabelle 8: Bruttomargen Swatch Group 2010³⁶⁶

	Nivarox	ETA	Durchschnitt Uhrenmarken
Bruttomarge	[...] %	[...] %	[...] %

368. Ein Vergleich der absoluten Zahlen verdeutlicht dies. Die nachfolgende Tabelle gibt die absoluten Bruttomargen pro verkaufte mechanische Uhr für verschie-

dene umsatzstarke Uhrenmarken der Swatch Group resp. pro verkauftes mechanisches Uhrwerk von ETA wieder.

Tabelle 9: Absolute Bruttomargen in CHF pro Stück 2010³⁶⁷

	Tissot	Longines	Omega	Breguet	Uhrwerk	Assortiment
Bruttomarge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

369. Diese Zahlen zeigen, dass die Bruttomargen bei Uhren [...] als bei Uhrenkomponenten. Dies widerspiegelt sich auch im Geschäftsbericht der Swatch Group,

welcher den Betriebsgewinn der verschiedenen Sparten des Konzerns ausweist. Demnach ist die Sparte Uhren & Schmuck deutlich rentabler als der Bereich Produktion.

Tabelle 10: Betriebsgewinn in % des Spartenumsatzes 2011³⁶⁸

	Uhren & Schmuck	Produktion
2010	24 %	13 %
2011	23 %	16 %

370. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden könnte es für Swatch Group durchaus interessant sein, auf Verkäufe bei Uhrwerken resp. Assortiments zugunsten von Verkäufen von Fertiguhrwerken zu verzichten.

³⁶⁵ Vgl. dazu bspw. MOTTA (FN 181), S. 490 f.

³⁶⁶ Vgl. act. n° 93.

³⁶⁷ Vgl. act. n° 10 und 93. Zur Berechnung der absoluten Margen wurde die Durchschnittsmarge einer Marke mit dem nach Menge gewichteten Durchschnittspreis dieser Marke multipliziert. Bei den Assortiments wurde die Durchschnittsmarge von Nivarox mit dem nach Menge gewichteten Durchschnittspreis eines Nivarox-Assortiments multipliziert. Bei den Uhrwerken wurde die Bruttomarge von ETA mit dem Umsatz mit Dritten multipliziert und diese Grösse anschliessend geteilt durch die Anzahl an Dritte verkauften Uhrwerken.

³⁶⁸ Vgl. Geschäftsberichte der Swatch Group 2011.

371. Schliesslich geht die EU-Kommission davon aus, dass dem Verbraucher u.a. dann ein Schaden entstehen kann, wenn die Lieferverweigerung Wettbewerber, die das marktbeherrschende Unternehmen vom Markt auszuschliessen versucht, daran hindert, innovative Produkte oder Dienstleistungen zu vermarkten, und/oder Anschlussinnovationen unterbinden könnte. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn sich das die Lieferung nachfragende Unternehmen nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, Erzeugnisse oder Dienstleistungen zu duplizieren, die vom marktbeherrschenden Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt bereits angeboten werden, sondern beabsichtigt, neue oder verbesserte Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, für die eine potentielle Verbrauchernachfrage besteht oder wahrscheinlich zur technischen Entwicklung beiträgt.³⁶⁹

372. Dies kann in vorliegendem Fall als erfüllt betrachtet werden. Insbesondere begnügen sich die im Wettbewerb behinderten Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren in der Regel nicht damit, Erzeugnisse von Swatch Group zu duplizieren, sondern bringen viele unterschiedliche Produkte auf den Markt. Damit tragen diese Unternehmen zur Produktvielfalt resp. -auswahl im fraglichen Markt bei. Viele der Uhrenmarken, welche durch einen Lieferstopp behindert würden, bieten spezielle und innovative Produkte an. Hinzu kommt die Behinderung der Modifizierer (vgl. oben Rz 363), welche weiter zur Produktvielfalt beitragen. Die Konsumenten dürften dieser grossen Produktvielfalt im Markt für mechanische Uhren eine hohe Bedeutung beimessen. Durch einen kurzfristigen Lieferstopp von Swatch Group wäre diese Vielfalt stark gefährdet.

Fazit

373. Ein kurzfristiger Lieferstopp ohne genügend Anpassungszeit dürfte deshalb den Wettbewerb auf dem Markt für Fertighuhren stark behindern und auf dem Markt für mechanische Uhrwerke weitgehend beseitigen. Diese Behinderung resp. Beseitigung des Wettbewerbs würde zu einer deutlichen Stärkung der Marktstellung von Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Uhren führen.

B.3.2.4.3.3 Zwischenfazit

374. Der von Swatch Group geplante, kurzfristige Lieferstopp würde den wirksamen Wettbewerb zumindest stark behindern. Liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, ist der geplante Lieferstopp als unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG einzustufen.

B.3.2.4.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

B.3.2.4.4.1 Allgemeines

375. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) rechtfertigen lässt.³⁷⁰

376. Bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist in diesem Zusammenhang insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.³⁷¹

377. Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt jedoch nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten (Gebot der Unerlässlichkeit).³⁷²

B.3.2.4.4.2 Investitions- und Innovationsanreize

378. In der ökonomischen Lehre wird der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in erster Linie als eine Problematik der Investition wirtschaftlicher Ressourcen und der Innovation verstanden. Bei der Prüfung des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen sind daher gerade im Zusammenhang mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Investitions- und Innovationsanreize generell zu berücksichtigen.³⁷³ Im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG ist deshalb dafür Sorge zu tragen, dass der Investitions- und Innovationswille der Unternehmen langfristig nicht beeinträchtigt wird.³⁷⁴

379. Vor diesem Hintergrund, d.h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Demgegenüber kann der Umstand, dass Dritten Zugang zum Geschäftsverkehr mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gewährt wird, sowohl die Wettbewerbssituation verbessern als auch seinerseits wiederum Investitionen zur Folge haben (z.B. von den zugelassenen Dritten).³⁷⁵ Die EU-Kommission hält hierzu fest: „*Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effects of having more short-run competition and the possibility of long-run effects on investment incentives.*“

³⁶⁹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 87.

³⁷⁰ Vgl. RPW 2011/1, 164 Rz 407, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 167 Rz 325, *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/4, 579 Rz 174, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2008/3, 397 Rz 128, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; BOTSCHAFT 95 (FN 110), S. 569. Vgl. zum Ganzen ausführlich BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 63 ff.

³⁷¹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 89 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz 709 ff. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 133.

³⁷² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 69 ff. und 135; CLERC, (FN 307), Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 28 ff.

³⁷³ Vgl. REY/TIROLE (FN 351), S. 75 ff.; MOTTA (FN 181), S. 64 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 112 m.w.H.

³⁷⁴ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 133; MOTTA (FN 181), S. 65 f.

³⁷⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 113 m.w.H.

380. Vorliegend sprechen folgende Gründe gegen eine Rechtfertigung eines kurzfristigen Lieferstopps zum Schutze der Investitions- und Innovationsanreize:

- Zunächst einmal handelt es sich bei den in Frage stehenden Produkten in der Regel um bereits ältere Produkte, welche seit Jahrzehnten weitgehend unverändert auf dem Markt sind resp. keine grundlegenden Veränderungen/Innovationen mehr erfahren (vgl. oben Rz 95). Hinzu kommt, dass zumindest ein Teil der Investitionen der in Frage stehenden Produkte noch vor der Gründung der SMH resp. der Swatch Group anfielen, das heisst von Unternehmen getätigt wurden, welche später in der SMH resp. in der Swatch Group aufgingen (vgl. oben Rz 293 ff.).
- Weiter lieferte Swatch Group die Produkte seit ihrer Gründung in den 1980er-Jahren freiwillig an Drittkunden. ETA und Nivarox lieferten demnach über 25 Jahre lang mechanische Uhrwerke und Assortiments an Kunden ausserhalb des Konzerns. Daraus lässt sich schliessen, dass Swatch Group diese Belieferung bisher als effizient taxiert hat. Ein kurzfristiger Lieferstopp dürfte demnach kaum effizienzsteigernd sein. Das bisherige Interesse an der Belieferung Dritter legt zudem nahe, dass die ursprünglichen und nachfolgenden Investitionen durch die Belieferung bisher angemessen vergütet wurden.³⁷⁷ Sellita unterstreicht, dass Swatch Group während vieler Jahre Lieferungen an Drittkunden nie in Frage stellte und Sellita die Mengen beziehen konnte, welche sie benötigte.³⁷⁸
- Aufgrund des relativ langen Belieferungs-Zeitraumes kann zudem ohne Weiteres angenommen werden, dass die einmal getätigten Investitionen zur Herstellung der in Frage stehenden Produkte bereits amortisiert sind.
- Weiter scheint die bestehende Situation ETA resp. Nivarox nicht an Investitionen resp. Innovationen zu hindern, wie beispielsweise die neuen „Co-Axial“ Kaliber von Omega³⁷⁹ oder die Entwicklung von Siliziumspiralen (vgl. Rz 236 ff.) zeigen. Swatch Group erfindet demnach auch unter den

heute herrschenden Umständen neue Produkte resp. entwickelt bestehende Produkte weiter.³⁸⁰

381. Swatch Group bringt vor, dass ein Unternehmen, welches international wettbewerbsfähig sein wolle, laufend in den Auf- und Ausbau des Produktionsapparates investieren müsse. Es sei ein falsches Bild, dass ETA und Nivarox nur alte amortisierte Maschinen einsetze.³⁸¹

382. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden ist es unwahrscheinlich, dass die Investitions- und Innovationsanreize von Swatch Group langfristig beeinträchtigt werden, sollte sie auch weiterhin (in reduziertem Umfang) mechanische Uhrwerke und Assortiments an Drittkunden liefern. Der geplante, kurzfristige und umfassende Lieferstopp kann deshalb nicht durch den Schutz von Investitions- und Innovationsanreizen gerechtfertigt werden.

B.3.2.4.4.3 Vorbringen von Swatch Group

383. Swatch Group hat im Verlauf des Verfahrens im wesentlichen folgende Gründe vorgebracht, welche als sachliche Rechtfertigungsgründe in Frage kommen könnten.³⁸²

- Kapazitätsengpässe
- Fälschungsbekämpfung

384. Nachfolgend wird geprüft, ob diese Elemente die wettbewerbsbehindernde Verhaltensweise von Swatch Group zu rechtfertigen vermögen.

B.3.2.4.4.3.1 Kapazitätsengpässe

385. Swatch Group bringt vor, dass sie seit längerer Zeit Kapazitätsengpässe hat, die auch durch einen angemessenen Produktionsaufbau nicht beseitigt werden konnten. So verfüge sie heute über zu geringe Kapazitäten, um die Bedürfnisse der eigenen Tochterunternehmen ausreichend befriedigen zu können. Dies scheint unter anderem mit dem starken Marktwachstum in Asien zusammenzuhängen (vgl. auch oben Rz 360).

386. Gemäss Swatch Group waren die Produktionskapazitäten von ETA und Nivarox während der Jahre 2007-2010 weitgehend ausgelastet. Nachfolgende Tabelle fasst die Angaben von Swatch Group zusammen:

Tabelle 11: Auslastung der Kapazitäten Swatch Group³⁸³

	2007	2008	2009	2010
ETA	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Nivarox	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

³⁷⁶ Vgl. EU Discussion Paper (FN 318), Rz 213.

³⁷⁷ Vgl. dazu Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 84; EU Discussion Paper (FN 318), S. 62 f.

³⁷⁸ Vgl. act. n° 866, S. 6.

³⁷⁹ Vgl. <http://www.omegawatches.com/de/spirit/watchmaking/co-axial/technology> [21.10.2013].

³⁸⁰ Vgl. auch act. n° 10.

³⁸¹ Vgl. act. n° 816, S. 7.

³⁸² Vgl. act. n° 10, S. 4. Vgl. auch RPW 2011/3, 405 Rz 42, *Swatch Group Lieferstopp*.

³⁸³ Vgl. act. n° 93.

387. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden ist es nicht unwahrscheinlich, dass Swatch Group teilweise zu wenige Kapazitäten hat, um die momentan wachsende Nachfrage aller Abnehmer immer vollumfänglich zu befriedigen. Folgende Gründe sprechen jedoch dagegen, dass die von Swatch Group vorgebrachten Kapazitätsengpässe das Unternehmen erheblich einschränken resp. der eigentliche Grund für den geplanten Lieferstopp sind:

- Swatch Group wollte ursprünglich, trotz angekündigtem Lieferstopp, gewisse Kunden freiwillig weiter beliefern, darunter insbesondere auch grosse Abnehmer.³⁸⁴
- Die von Swatch Group eingereichten Liefermengen für das Jahr 2012 zeigen, dass [...].
- Swatch Group steigerte ihren Konzernumsatz seit 2009 um 50 %, derjenige der Sparte Uhren und Schmuck im gleichen Zeitraum um 65 %.³⁸⁵

388. Wäre Swatch Group durch die angeblichen Kapazitätsengpässe wirklich erheblich eingeschränkt resp. unbedingt kurzfristig auf deutlich mehr Uhrwerke und Assortiments für die eigenen Uhrenmarken angewiesen, würde wohl kaum eine freiwillige Weiterbelieferung von (grossen) Drittkunden ins Auge gefasst werden. Weiter sind die starken Umsatzsteigerungen von Swatch Group in den letzten Jahren vor dem Hintergrund von angeblichen Kapazitätsengpässen sehr schwer nachvollziehbar. [...].

389. Swatch Group bestreitet dies und bringt vor, einen grossen Teil der frei werdenden Kapazitäten für Marken wie Longines und Tissot verwenden zu wollen. Swatch Group möchte aber auch weiterhin einen Teil der Kapazitäten für Dritte einsetzen. Swatch Group wolle darum ihre volle Wirtschaftsfreiheit zurückgewinnen und dann entscheiden können, mit wem sie zusammenarbeiten wolle.³⁸⁶

390. Das vorgebrachte unternehmerische oder betriebswirtschaftliche Anliegen alleine vermag eine Verdrängung von Wettbewerbern nicht zu rechtfertigen.³⁸⁷ Ein kurzfristiger Lieferstopp würde den wirksamen Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten aber stark behindern resp. weitgehend beseitigen und wohl auch zu Marktaustritten führen (vgl. oben Rz 353 und 374). In vorliegendem Fall vermag demnach das private Interesse der Swatch Group das öffentliche Interesse nach wirksamen Wettbewerb nicht aufzuwiegen.

391. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden vermögen die geltend gemachten Kapazitätsengpässe einen kurzfristigen Lieferstopp von Uhrwerken und Assortiments nicht zu rechtfertigen.

B.3.2.4.4.3.2 Fälschungsbekämpfung

392. Swatch Group brachte als weiteren möglichen Rechtfertigungsgrund im Verlaufe des Verfahrens zudem vor, dass ETA Uhrwerke teilweise nach Asien exportiert würden, wo sie zu einem beträchtlichen Teil in Fälschungen eingebaut würden.³⁸⁸

393. Zunächst sei vorausgeschickt, dass Swatch Group gegenüber dem Sekretariat noch nie einen Fall einer

solchen Fälschung belegt hat. Deshalb ist dem Sekretariat die Grössenordnung des Problems nicht bekannt.

394. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob ein kurzfristiger umfassender Lieferstopp von Uhrwerken und Assortiments ein taugliches Mittel gegen gefälschte Uhren wäre. Unabhängig davon wäre ein kurzfristiger Lieferstopp kaum die am wenigsten wettbewerbsschädliche Massnahme, um möglichen Fälschungen Herr zu werden. Wie oben dargelegt, würde ein kurzfristiger Lieferstopp den Wettbewerb auf dem Markt für Fertiguhrer stark behindern und auf dem Markt für mechanische Uhrwerke weitgehend beseitigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der geplante kurzfristige Lieferstopp alle Kunden von ETA und Nivarox treffen würde und nicht nur solche, welche angeblich mechanische ETA-Uhrwerke an Kunden liefern, welche Sie in Fälschungen einbauen. Eine den Wettbewerb weniger schädigende Massnahme könnte in diesem Zusammenhang beispielsweise sein, dass ETA (resp. Nivarox) – sollten einzelne Kunden nachgewiesenermassen und wissentlich Uhrwerke an Fälscher liefern – individuell dagegen vorgehen würde(n). Damit dürfte eine solche Massnahme am Verhältnismässigkeitsprinzip scheitern.³⁸⁹

395. Darüber hinaus sei auf die einschlägigen Bestimmungen des Strafrechts (Art. 155 Strafgesetzbuch; StGB), des Markenrechts (Art. 61 Markenschutzgesetz; MSchG) sowie des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (Art. 23 UWG) verwiesen. Swatch Group hat im Bedarfsfall die Möglichkeit, diese Bestimmungen bei den zuständigen Behörden resp. Instanzen geltend zu machen.

396. Swatch Group hat im Rahmen ihrer Stellungnahme ein summarisches Dossier zu dem Thema eingereicht. Daraus ist ersichtlich, dass die Fälschungsproblematik in der Branche durchaus ernst zu nehmen ist und teilweise grosse Anstrengungen unternommen werden, dem Problem Herr zu werden. [...]³⁹⁰

397. Swatch Group macht zudem geltend, immer wieder auf den Export von jährlich ca. 1 Mio. Uhrwerken aufmerksam gemacht zu haben, welche mehrheitlich nach China resp. Hong Kong geliefert würden. Swatch Group sei davon ausgegangen, dass die WEKO diesbezüglich vertiefte Abklärungen mache.³⁹¹

398. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden vermag die Bekämpfung von Fälschungen einen kurzfristigen Lieferstopp von Uhrwerken und Assortiments nicht zu rechtfertigen.

³⁸⁴ Vgl. act. n° 519. Vgl. auch act. n° 10.

³⁸⁵ Vgl. Geschäftsberichte der Swatch Group.

³⁸⁶ Vgl. act. n° 816, S. 7.

³⁸⁷ Vgl. auch Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2004/3, 889 E. 4.5.4, *Unique (Flughafen Zürich AG)*.

³⁸⁸ Vgl. RPW 2011/3, 405 Rz 42, *Swatch Group Lieferstopp*; act. 10.

³⁸⁹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 N 69 ff. und 135; CLERC, (FN 307), Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 173), Rz 28 ff.

³⁹⁰ Vgl. act. n° 816, S. 7 f. und Beilagen.

³⁹¹ Vgl. act. n° 816, S. 8.

B.3.2.4.4.4 Ergebnis bezüglich sachlicher Rechtfertigungsgründe

399. Es kann festgehalten werden, dass keine sachlichen Rechtfertigungsgründe vorliegen, welche die geplante kurzfristige Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen.

B.3.2.5 Zwischenergebnis

400. Der von Swatch Group geplante kurzfristige Lieferstopp ist als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG einzustufen.

B.3.3 Ergebnis

401. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl ETA als auch Nivarox eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Weiter dürfte der geplante Lieferstopp den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertighuhren stark behindern, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch auf Lieferungen von ETA resp. Nivarox angewiesen sind. Der geplante Lieferstopp ist zudem nicht durch sachliche Gründe rechtfertigbar. Ein kurzfristiger Lieferstopp durch Swatch Group wäre deshalb als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG einzustufen.

B.4 Massnahmen

B.4.1 Einvernehmliche Regelung I (evR I)

402. Die Analysen und Abklärungen haben ergeben, dass ein kurzfristiger Lieferstopp aus kartellrechtlicher Sicht problematisch wäre. Mittel- bis langfristig ist jedoch aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werden wird und weitere Akteure in genügendem Ausmass im Markt für mechanische Uhrwerke tätig sein werden (vgl. oben Rz 216). Langfristig ist auch auf dem Markt für Assortiments aufgrund potentieller Konkurrenz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass die marktbeherrschende Stellung von Nivarox geschwächt werden wird (vgl. oben Rz 271). Bis dahin ist sicherzustellen, dass Swatch Group in gewissem Umfang weiterhin mechanische Uhrwerke und Assortiments an Drittkunden liefert. Andernfalls käme es zu einer starken Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und höchst wahrscheinlich zu Marktaustritten (vgl. oben Rz 373).

403. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung.

404. Die evR I beruht auf Verhandlungen mit der Swatch Group, der Marktbefragung im Jahre 2011 sowie den eingegangenen Stellungnahmen der Marktteilnehmer zum Entwurf der evR I im Jahre 2012. Die evR I basiert insbesondere auf sich abzeichnenden Marktentwicklungen, welche zu nachhaltigen Veränderungen führen könnten; so scheinen sich alternative Bezugsquellen zu

etablieren resp. bestehende alternative Anbieter zu ETA und Nivarox ihre Produktionskapazitäten teilweise markant zu erhöhen.

405. Sollten sich die Verhältnisse anders entwickeln als vorgesehen, hat die WEKO nach Art. 30 Abs. 3 KG jederzeit das Recht, die Massnahmen von Amtes wegen oder auf Antrag abzuändern. Sowohl dem Sekretariat, als auch den Betroffenen steht das Recht zu, bei der WEKO einen Widerruf oder eine Abänderung einer Verfügung zu beantragen.³⁹²

406. Voraussetzung für einen Widerruf oder eine Abänderung einer einvernehmlichen Regelung ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid der WEKO zugetragen hat.³⁹³ "Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellverstosses haben kann (...). Als Beispiel für eine wesentliche Sachverhaltsänderung zu nennen ist der Verlust einer marktbeherrschenden Stellung infolge Eintritts neuer Wettbewerber in den Markt."³⁹⁴

407. Entsprechend wäre sicherlich auch der Verbleib eines Unternehmens in einer marktbeherrschenden Stellung als Grund für eine Abänderung oder gar einen Widerruf einer evR anzusehen, sofern sich dieser Verbleib als eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse darstellt. Das heisst, sollten sich die Marktverhältnisse anders entwickeln, als dies heute den Anschein macht (weil beispielsweise alternative Anbieter ihre Kapazitäten nicht wie vorgesehen erhöht haben oder gar aus dem Markt ausgetreten sind), hätte die WEKO die Möglichkeit, die evR I abzuändern oder zu widerrufen (vgl. Ziffern 8 und 10 evR I).³⁹⁵

408. Das Sekretariat stellte im Juni 2012 einen Entwurf der evR I zahlreichen Marktteilnehmern zur Stellungnahme zu. Dieser Entwurf, insbesondere einzelne darin enthaltene Klauseln, stiessen bei einer Mehrheit der befragten Marktteilnehmer, welche sich vernehmen liessen, auf Ablehnung.³⁹⁶

³⁹² Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 128; MARCEL DIETRICH, in: Homburger et al. (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 39 N 37; BILGER STEFAN, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Freiburg 2002, S. 374; a.M. PAUL RICHLI, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, Von Büren/David (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000, S. 438; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 30 N 16.

³⁹³ Vgl. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (FN 394), Art. 30 KG N 130; BILGER (FN 394), S. 375, „Im Vordergrund steht dabei die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, mithin des dem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalts. Als wesentlich ist eine solche Änderung zu betrachten, wenn sie sich auf die rechtliche Würdigung der ursprünglichen Verfügung auswirkt.“

³⁹⁴ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (FN 394), Art. 30 KG N 133.

³⁹⁵ BILGER (FN 394), S. 374 f.

³⁹⁶ Vgl. act. n° 604, 626, 627, 628, 632, 655, 656, 666, 675, 678, 684, 686, 687, 689, 690, 692, 693, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 707, 708, 709, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 719, 728.

409. Eine Mehrheit der befragten Uhrenhersteller war der Meinung, dass das ursprünglich vorgesehene Basisjahr 2010 für die Berechnung der zu liefernden Referenzmenge nicht repräsentativ sei, da das Jahr noch von der Wirtschaftskrise geprägt war. Viele Unternehmen hätten sich damals mit Bestellungen zurückgehalten resp. ihre Lager geräumt. Durch die Statuierung des Durchschnittes der Jahre 2009 bis 2011 als Referenzmenge wurde diesen Bedenken Rechnung getragen (vgl. unten Rz 414, Ziffer 2b evR I).

410. Eine Mehrheit der Uhrenhersteller meinte weiter, die im Entwurf der evR I vorgesehene Lieferreduktion von ETA-Werken und Assortiments sei zu schnell und erfolge in zu hohen Schritten. Alternative Anbieter seien nicht in der Lage, in der Zeit die entstehende Lücke zu füllen. Gewisse Uhrenhersteller müssten Umsatzeinbusen bis zum Konkurs hinnehmen resp. auf ausländische Anbieter ausweichen. Zum Teil wurde sogar gefordert, dass Nivarox für eine gewisse Zeit mehr Assortiments als in den Referenzjahren liefern sollte, da Sellita (und andere alternative Werkhersteller) die entstehende Lücke an mechanischen Uhrwerken nicht füllen könnten, wenn sie gleichzeitig weniger Assortiments bekommen würden. Aufgrund dieser Vorbringen wurden sowohl die Liefermengen als auch die Lieferdauer von Werken und Assortiments gegenüber dem Entwurf der evR I nach oben korrigiert (vgl. unten Rz 414, Ziffern 3a und 3c evR I). Die in der evR I statuierten Liefermengen wurden vor dem Hintergrund der potentiellen Konkurrenz, insbesondere der voraussichtlichen Kapazitätserhöhungen der potentiellen Konkurrenten sowie der geplanten Erhöhungen der Eigenproduktion der verschiedenen Uhrenhersteller, festgelegt (vgl. oben Rz 176 ff. und 226 ff.).

411. Zum Teil monierten die befragten Marktteilnehmer, dass Sellita im Vergleich zu den anderen Abnehmern von ETA-Werken schlechter gestellt wird resp. die Lieferreduktion bei Sellita zu schnell gehe. Von den Lieferungen von Sellita würde das Überleben vieler unabhängiger, kleinerer Unternehmen abhängen. Auch Sellita war mit der vorgesehenen Ungleichbehandlung und der Dauer und dem Umfang der Lieferverpflichtung nicht einverstanden.³⁹⁷ Das Sekretariat hat in der Folge sowohl die im Entwurf der evR I festgesetzten Liefermengen für Sellita als auch die Dauer der Lieferverpflichtung erhöht (vgl. unten Rz 414, Ziffer 3b evR I).

412. Des Weiteren äusserten sich die Marktteilnehmer zum im Entwurf der evR I geregelten Service Après-Vente. Sie regten an, dass eine bessere Berechnungsbasis verwendet werden sollte. Zudem wurde angeregt, die maximale Bezugsmenge und die Dauer der Lieferverpflichtung zu verlängern resp. zu erhöhen. Das Sekretariat hat diesen Anregungen in der evR I entsprechend Rechnung getragen.

413. Zum Schutze von kleinen und mittleren Unternehmen wurde eine Klausel in die evR I aufgenommen, welche es Swatch Group erlaubt, KMUs (im Sinne von Art. 2 Bst. e des Fusionsgesetzes) höhere Mengen zu liefern als in Ziffer 3 evR I festgehalten (vgl. unten Rz 414, Ziffer 4b evR I). Der Grund dafür ist, dass die absehbaren Folgen des Phasing-Outs nicht für alle Kunden von ETA und Nivarox gleich sind, sondern sich je nach Grösse und finanziellen Möglichkeiten der Kunden

markant voneinander unterscheiden. Im Zusammenhang mit Ziffer 4b evR I wird von Swatch Group eine gewisse Kulanz zugunsten von KMUs erwartet.

414. Am 11. Februar 2013 wurde mit Swatch Group schliesslich die evR I über eine stufenweise Lieferreduktion abgeschlossen. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass der Wettbewerb nicht irreversibel und nachhaltig behindert resp. beseitigt wird. Die mit Swatch Group abgeschlossene evR I lautete wie folgt:

„Präambel:

Hintergrund dieser einvernehmlichen Regelung ist die von der Swatch Group beabsichtigte, den Wettbewerbsbehörden vorgängig angekündigte Einstellung von Lieferungen mechanischer Uhrwerke und Assortiments an konzernexterne Abnehmer (nachfolgend: Lieferstopp). Mit dem Lieferstopp verfolgt die Swatch Group im Wesentlichen zwei Ziele: (i) Die ausreichende Versorgung der konzerninternen Uhrenmarken und (ii) die Schaffung der Möglichkeit, über die verbleibenden Anteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments frei verfügen zu können.

Dem Sekretariat geht es demgegenüber darum, dass der wirksame Wettbewerb in den betroffenen Märkten durch den Lieferstopp von Swatch Group nicht in erheblichem Ausmass behindert wird.

Im Rahmen des von der Swatch Group initiierten Verfahrens wurden zur Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse umfangreiche Abklärungen vorgenommen. Die daraus resultierenden Erkenntnisse werden der vorliegenden einvernehmlichen Regelung zu Grunde gelegt, die wichtigsten Punkte werden nachstehend wiedergegeben:

- *Aufgrund der aktuellen Marktsituation (Stand: 2012) ist davon auszugehen, dass ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) und Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox) über marktbeherrschende Stellungen verfügen.*
- *Angesichts des Umstandes, dass derzeit nicht in genügendem Ausmass alternative Bezugsquellen zu ETA und Nivarox bestehen, wäre ein sofortiger oder kurzfristiger Lieferstopp als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG zu betrachten.*
- *Es zeichnen sich Marktentwicklungen ab, welche zu nachhaltigen Veränderungen führen könnten; so scheinen sich alternative Bezugsquellen zu etablieren resp. bestehende alternative Anbieter zu ETA ihre Produktionskapazitäten markant zu erhöhen.*
- *Hinsichtlich Assortiments könnten in den nächsten Jahren neue Technologien verfügbar werden. Dadurch könnten sich die Marktverhältnisse nachhaltig verändern.*

Diese Einschätzungen sind als Momentaufnahme zu betrachten und könnten sich in absehbarer Zukunft ändern, so insbesondere, wenn (i) bestehende alternative Anbieter zu ETA ihre Produktionskapazitäten an mechanischen Uhrwerken rasch und markant erhöhen und diese tatsächlich an Drittnehmer liefern und (ii) sich alternative Anbieter von Assortiments im Markt tatsächlich etablieren. Im Lichte des Gesagten und im Sinne des wirksamen Wettbewerbs wird zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group die vorliegende einvernehmliche Regelung abgeschlossen und vereinbart, was folgt.

³⁹⁷ Vgl. act. n° 728 S. 15.

Vereinbarungen:

1) Geltungsbereich:

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

Im Folgenden werden vom Begriff Assortiment die regulierenden und hemmenden Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks, bestehend aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker etc., erfasst. Mechanische Uhrwerke im Sinne dieser Vereinbarung enthalten ein Assortiment wie vorstehend definiert.

2) Grundsätzliches

a ETA resp. Nivarox liefern in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke und Assortiments in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.

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

c Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke resp. bei Nivarox Assortiments bezog.

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

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

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

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

3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

a ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an bisherige Kunden, welche die Produkte in ihre eigenen Uhren einbauen:

2014 und 2015: 70% der Referenzmenge

2016 und 2017: 55% der Referenzmenge

2018 und 2019: 40% der Referenzmenge

2020 und 2021: 20% der Referenzmenge

b ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an bisherige Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und bisher keine eigenen Fertighuren anbieten. Davon ausgenommen sind bisherige Kunden, welche mehr als 80 % der von ETA gekauften mechanischen Uhrwerke als Basis für die Produktion von Komplikationen verwenden. Diese fallen unter Ziffer 3 Bst. a, sofern sie den Nachweis erbringen, dass sie den genannten Prozentsatz erreichen.

2014 und 2015: 50% der Referenzmenge

2016 und 2017: 25% der Referenzmenge

c Nivarox liefert folgende Mengen an Assortiments an ihre bisherigen Kunden:

2014 und 2015: 90% der Referenzmenge

2016 und 2017: 85% der Referenzmenge

2018 und 2019: 75% der Referenzmenge

2020 und 2021: 65% der Referenzmenge

2022 und 2023: 45% der Referenzmenge

2024 und 2025: 25% der Referenzmenge

4) Abweichende Vereinbarungen

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

b Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs im Sinne von Artikel 2 Buchstabe e des Fusionsgesetzes³⁹⁸ erfolgen. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.

c Wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die gesamte von ETA an Drittkunden gelieferte Menge an mechanischen Uhrwerken die Menge von jeweils einer Million Stück unterschreitet, ist ETA frei zu entscheiden, welche Mengen sie an die Kunden liefern will. Vorbehalten bleiben die in Ziffer 3 vorgesehenen Mindestmengen, welche bis zum Ablauf der Dauer dieser Lieferverpflichtungen erfüllt werden müssen.

d Wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die gesamte von Nivarox an Drittkunden gelieferte Menge an Assortiments die Menge von jeweils 600'000 Stück unterschreitet, ist Nivarox frei zu entscheiden, welche Mengen sie an die Kunden liefern will. Vorbehalten bleiben die in Ziffer 3 vorgesehenen Mindestmengen, welche bis zum Ablauf der Dauer dieser Lieferverpflichtungen erfüllt werden müssen.

³⁹⁸ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG).

- e Aufgrund der beim Abschluss dieser Regelung zur Verfügung stehenden Informationen kann davon ausgegangen werden, dass ETA und Nivarox nicht mehr marktbeherrschend sind, wenn ETA resp. Nivarox die Liefermengen von 1 Mio. Uhrwerken resp. 600'000 Assortiments unterschreiten.

Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt zeigen, dass dies nicht zutrifft, weil beispielsweise die Gesamtnachfrage deutlich kleiner wurde oder alternative Anbieter aus dem Markt ausscheiden oder nicht in genügendem Ausmass eintreten resp. expandieren, behält sich das Sekretariat vor, der WEKO zu beantragen, die Ziffern 4 c und d abzuändern.

Sollte sich andernfalls zeigen, dass alternative Anbieter in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA resp. Nivarox zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten, hat Swatch Group das Recht, eine Abänderung der Ziffern 4 c und d bei der WEKO zu beantragen.

5) Preise

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

6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

- a Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA und Nivarox mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorgenommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA und Nivarox verbindlich.
- b Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA und Nivarox sind ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht³⁹⁹.
- c Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, haben ETA und Nivarox die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.
- d Bestellbestätigungen haben von ETA und Nivarox spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestellungseingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.
- e Kunden geben ETA resp. Nivarox ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.
- f Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA und Nivarox grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA und Nivarox acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begründeter Form bekannt zu geben. Gleich-

zeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.

- g ETA und Nivarox können ihre heute gültigen AGBs während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen. Aus Gründen der Klarheit wird festgehalten, dass durch solche Anpassungen (a) die Abwicklung des Geschäfts modifiziert werden kann oder (b) definiert werden kann, wie die Zusammenarbeit gestaltet werden soll, wenn ETA bzw. Nivarox nach Ziffer 4 Bst. c und d frei über Lieferungen entscheiden können.

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

- h Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA und Nivarox bleiben vorbehalten.

7) Service Après-Vente

- a Die Kunden von ETA und Nivarox sind gegenüber ihren Kunden verantwortlich für den Nachverkaufsservice (Service Après-Vente) der gelieferten Produkte.
- b Zur Erfüllung des Nachverkaufsservice ihrer Kunden bieten ETA und Nivarox zusätzlich Verschleisstteile mechanischer Uhrwerke und Assortiments im Umfang von jährlich bis zu je 10 % der jeweils vor fünf Jahren gelieferten Mengen an (mit Kleinmengenzuschlag). Bei darüber hinaus gehenden Bedürfnissen müssen Kunden nachweisen, dass die benötigten Teile tatsächlich für den Nachverkaufsservice benötigt werden.
- c Ziffer 7 Bst. b gilt für ETA und Nivarox während 10 Jahren über die Periode der Lieferverpflichtung hinaus. Grundlage für die Bestimmung der jährlichen Liefermengen an Verschleisstteilen ab dem 6. Jahr nach Ablauf der jeweiligen Lieferverpflichtung ist die letzte Mindestmenge nach Ziffer 3 dieser Regelung. ETA resp. Nivarox haben die Möglichkeit, die Lieferungen von kleinen Mengen an Verschleisstteilen (unter 50 Einzelteile pro Bestellung bei ETA resp. 1000 Einzelteile bei Nivarox) für mehrere Jahre zusammen im Voraus zu liefern.

8) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

Sollten ETA resp. Nivarox auf den relevanten Märkten nicht mehr marktbeherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WEKO die Abänderung der Ziffern 3 und 4 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

- a der Marktanteil von ETA resp. Nivarox unter 35% fällt,
- b alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke resp. Assortiments in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA resp. Nivarox zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,
- c sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf einem der relevanten Märkte entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.

³⁹⁹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

9) Überprüfung der Auflagen

Eine durch die WEKO zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung dieser Vereinbarung betraut. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der WEKO unter Inkenntnissetzen von Swatch Group jährlich. Die Kosten für die Revisionsgesellschaft werden von Swatch Group bezahlt. Die gleiche Revisionsgesellschaft überprüft die von einem Abnehmer gelieferten Angaben gemäss Ziffer 3 Bst. b.

10) Verfahrensabschluss

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

415. Wie oben erwähnt, verfügen ETA und Nivarox über marktbeherrschende Stellungen auf den jeweiligen Märkten (vgl. oben Rz 216 und 271). Es ist davon auszugehen, dass sich daran kurz- bis mittelfristig nichts ändern wird, jedoch (mittel- bis) langfristig aufgrund potentieller Konkurrenz die Möglichkeit besteht, dass die marktbeherrschenden Stellungen von ETA und Nivarox geschwächt werden.

416. Deshalb ging das Sekretariat davon aus, dass die marktbeherrschenden Stellungen von ETA und Nivarox bis zum Ablauf der jeweiligen Lieferverpflichtung (für ETA bis zum 31.12.2021, für Nivarox bis zum 31.12.2025) bestehen bleiben. Vorbehalten bleiben wesentliche Veränderungen der Marktverhältnisse, welche zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar bzw. abzuschätzen sind. Sollten sich die Marktverhältnisse vor dem Ablauf der jeweiligen Lieferverpflichtung in wesentlichem Umfang tatsächlich verändern (weil bspw. alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke resp. Assortiments in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Produkte zu den Produkten von ETA und Nivarox zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten) hat Swatch Group das Recht, bei der WEKO die Abänderung der Ziffern 3 und 4 der evR I und damit die Aufhebung der Ziffern 1 und 2 des Dispositivs begründet zu beantragen (vgl. Ziffer 8 evR I).

B.4.2 Vorbringen zur evR I

417. Nachfolgend sind die gegen die evR I zwischen dem Sekretariat und Swatch Group vorgebrachten Argumente der Verfahrensparteien und weiterer Marktteilnehmer aufgeführt.

B.4.2.1.1 La Joux-Perret

418. LJP ist der Meinung, dass die Swatch Group eine Monopolstellung innehat. Die evR I würde es der Swatch Group erlauben, diese Monopolstellung frei von jeglichem Sanktionsrisiko durch ein sehr kurzfristiges Phasing-Out zu missbrauchen und ihre Abnehmer nach Belieben unbeschränkt zu diskriminieren.⁴⁰⁰

419. LJP vertritt zudem die Meinung, dass die Swatch Group, resp. ETA und Nivarox, solange sie marktbeherrschend sind, zeitlich und mengenmässig unbeschränkt zur Weiterbelieferung ihrer Abnehmer verpflichtet sind.⁴⁰¹ Weder ein Einfrieren der Bestellmengen auf den Mengen des Vorjahres noch gar eine Reduktion der Mengen seien mit Art. 7 KG vereinbar. Dies sei die feste Praxis der Wettbewerbskommission⁴⁰² (vgl. auch nachfolgend) und der Europäischen Kommission⁴⁰³ (vgl. auch

nachfolgend). Das Kartellgesetz kenne zudem den Begriff des Phasing-Outs nicht. Beim Phasing-Out im Ebauches Fall⁴⁰⁴ habe es sich um eine einvernehmliche Regelung zwischen der WEKO, Swatch Group, Sellita und LJP gehandelt. Dieser einvernehmlichen Regelung sei nur zugestimmt worden, weil ETA damals zusicherte, an der Stelle von Ebauches zukünftig fertige Uhrwerke zu liefern und auch mehrfach versichert hatte, dass sie keine Absicht habe, diese Lieferungen einzustellen. Auch die Vorabklärung gegen Nivarox sei seinerzeit eingestellt worden, weil Nivarox versicherte, weiterhin und ohne Beschränkung Assortiments zu liefern.⁴⁰⁵

420. LJP bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats erneut vor, dass das vorgesehene Phasing-Out aus grundsätzlicher Perspektive unzulässig sei. Dies halte auch ein diesbezügliches Rechtsgutachten fest.⁴⁰⁶ Ein marktbeherrschendes Unternehmen bleibe zur Belieferung verpflichtet, solange es marktbeherrschend sei und der fragliche Input nicht in den erforderlichen Mengen und Qualität zu konkurrenzfähigen Preisen von einer Drittquelle bezogen werden könne. Es könne sich nicht einfach stufenweise von seinen Liefer- und Nichtdiskriminierungspflichten verabschieden. Die evR I dispensiere Swatch aber von ihren gesetzlichen Pflichten nach Art. 7 KG, indem Lieferungen reduziert und Abnehmer diskriminiert würden. Swatch Group werde zudem auch nach Ablauf des Phasing-Outs noch eine marktbeherrschende Stellung innehaben und werde diese ohne jedes Sanktionsrisiko durch Preiserhöhungen, selektive Lieferstopps oder Diskriminierungen missbrauchen können. Bevor Swatch Group die Lieferungen reduzieren könne, müssten sich erst alternative Bezugsquellen etablieren.⁴⁰⁷

⁴⁰⁰ Vgl. act. n° 705, S. 2, Rz 6 und act n° 869, Rz 6.

⁴⁰¹ Vgl. act. n° 705, S. 20, Rz 58.

⁴⁰² Vgl. act. n° 224, S. 55 ff., Rz 234 bis 238. LJP bezieht sich auf folgende Fälle: RPW 2001/1, 104 Rz 46 ff. und 109 Ziffer 3 des Dispositivs, *Intensiv SA, Grancia*; RPW 2008/1, 108 Rz 169, *Strassenbeläge Tessin (Kontrahierungszwang Comibit SA)*; RPW 2001/2, 285 ff. Rz 165 ff., *Watt/Migros v. EEF*; BGE 129 II 497; RPW 2006/4, 668 Ziffer 3 des Dispositivs, *Flughafen Zürich AG (Unique)-Valet Parking*; RPW 2011/1, 144 ff. Rz 306 ff., *SIX, Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴⁰³ Vgl. act. n° 224, S. 58 f., Rz 239, act. n° 705, S. 18, Rz 53 f. LJP bezieht sich auf folgende Fälle: KOMM, 14.12.1972, IV/26.911, *Zoja/CSC-ICI*, Art. 1 und 2 des Dispositivs, ABl. 1972 L 299/57; EuGH, 6.3.1974, Rs. C-6 und 7/73, Slg. 1974, S. 223 ff. Rz 23 bis 29, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation*; KOMM, 17.12.1975, IV/26.699, *Chiquita*, Ziffer II.A.3., ABl. 1976 L 95/13 ff.; EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, *United Brands/Kommission*, Slg. 1987, 296 ff. Rz 163/168 ff.; KOMM, 17.12.1975, IV/26.699, *Chiquita*, Art. 1 und 2 des Dispositivs, ABl. 1976 L 95/19 f.; Urteil des EuGH vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM/CLT und IPB, Slg. 1985, 3261); Urteil des EuGH vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (RTT und GB-Inno-BM SA, Slg. 1991, I-5941).

⁴⁰⁴ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

⁴⁰⁵ Vgl. act. n° 224, S. 55, Rz 233.

⁴⁰⁶ LJP verweist in dem Zusammenhang auf act. n° 769, Rz 154 ff. (Beilage 8).

⁴⁰⁷ Vgl. act. n° 869, Rz 8, 33 ff., 47, 58 ff.

421. Die WEKO habe weiter keine Kompetenz zu einem Market Engineering und einer Strukturveränderung des Marktes zu Lasten der Abnehmer von Swatch Group. Da diese Abnehmer infolge der Lieferkürzungen eine Alternative zu Nivarox und ETA aufbauen müssten, habe die evR I zum Ziel, die Struktur des Marktes zu verändern. Dies sei unzulässig, weil die WEKO dazu keine Kompetenz habe, die Struktur eines Marktes nach ihrem Gutdünken umzugestalten. Dies sei auch dadurch begründet, dass behördliche Prognosen sich im Nachhinein regelmässig als falsch erwiesen hätten. So sei die WEKO im Fall ETA SA Manufacture Horlogère Suisse im Jahr 2004 davon ausgegangen, dass ETA im Jahr 2012 nicht mehr marktbeherrschend sein werde. Dies sei durch die Abklärungen in vorliegendem Fall widerlegt. Zudem sei es systemwidrig, die Abnehmer von Swatch Group zu verpflichten, sich eine Alternative zum marktbeherrschenden Unternehmen zu suchen. Art. 7 KG auferlege lediglich dem marktbeherrschenden Unternehmen Verhaltenspflichten, nicht aber Dritten.⁴⁰⁸

422. LJP bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats weiter vor, dass der Entwurf der evR I vom 8. Oktober 2012 im Nachhinein nochmals zu Lasten der Abnehmer von Swatch Group verschlechtert worden sei. Es seien sachfremde und unklar formulierte Bestimmungen aufgenommen worden. Solche unklaren Bestimmungen würden von Swatch Group dazu missbraucht werden, ihren Pflichten unter der evR I nicht nachzukommen. Das Verhalten von Swatch Group beweise, dass sie routinemässig die Grenzen des Unerlaubten ausreize. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung sei gerade deshalb problematisch, weil die Verfahrensgeschichte zur Genüge zeige, dass Swatch Group jede Unklarheit benutze, um sich ihrer gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen. So habe sich Swatch Group bspw. geweigert, Bestellungen für mechanische Uhrwerke für das Jahr 2014 in den gemäss Ziffer 3 evR I geltenden Mengen entgegen zu nehmen. Dies obschon Swatch Group die evR I unterschrieben habe und es für Swatch Group klar gewesen sei, dass das Sekretariat die Entgegennahme von Bestellungen für 2014 erwarte. Es fehle bei Swatch Group der Wille, sich in guten Treuen an getroffene Vereinbarungen zu halten. Die evR I enthalte verschiedene unklare Bestimmungen, welche von Swatch Group missbraucht werden könnten, zu versuchen sich ihrer Pflichten unter der evR I zu entziehen. Zudem nehme dadurch die Rechts- und Planungssicherheit ab. LJP verweist in dem Zusammenhang auf die Ziffern 4b, 5 und 6g der evR I.⁴⁰⁹

423. LJP macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats erneut geltend, dass das vorgesehene Phasing-Out der Praxis der WEKO widerspreche. Die WEKO habe noch keinem marktbeherrschenden Unternehmen ein Phasing-Out erlaubt. Vielmehr hätten marktbeherrschende Unternehmen ihre Kunden jeweils unbeschränkt weiter beliefern müssen. LJP führt in diesem Zusammenhang die Fälle auf: Intensiv SA, Grancia, Strassenbeläge Tessin (Kontrahierungszwang Comibit SA), Entreprises électriques fribourgeoises (EEF), Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking und SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (vgl. FN 402). In diesen Fällen hätte die WEKO jeweils eine Lie-

ferverpflichtung ohne zeitliche, sachliche oder mengenmässige Begrenzung verfügt. LJP unterstreicht den Fall Strassenbeläge Tessin (Kontrahierungszwang Comibit SA), welcher bemerkenswert sei, da sich Mischgutanlagen ohne weiteres duplizieren liessen. Einzig im Fall ETA SA Manufacture Horlogère Suisse habe die WEKO ein Phasing-Out vorgesehen. Dies sei jedoch keine richtige Lieferverweigerung gewesen, da Swatch Group zugesichert habe, die fehlenden Ebauches mit fertig montierten Uhrwerken zu kompensieren. Zudem konnten dank der Belieferung von Nivarox-Assortiments mindestens teilweise Substitute für die fehlenden Ebauches produziert werden. Es liege deshalb vorliegend keine vergleichbare Konstellation vor.⁴¹⁰

424. Dem ist Folgendes zu entgegnen: Entgegen der Behauptung von LJP führt alleine der Bestand einer marktbeherrschenden Stellung nicht zwangsläufig zur Pflicht, mit einer Drittperson zu kontrahieren oder bisherige Geschäftsbeziehungen aufrechtzuerhalten. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände hinzukommen, die für das Vorliegen eines Missbrauchs konstitutiv sind.⁴¹¹ Damit eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen missbräuchlich ist, müssen u.a. technische, regulatorische, wirtschaftliche oder sonstige Schranken bestehen, die es für Konkurrenten aussichtslos erscheinen lassen, dass sie das fragliche Produkt bzw. die fragliche Dienstleistung selbst herstellen.⁴¹² Besteht die theoretische Möglichkeit, dass das benötigte Produkt bzw. die gesuchte Dienstleistung dupliziert werden kann, stellt sich die weitere Frage, innerhalb welcher Frist solches tatsächlich geschehen könnte. Alsdann müssen die dynamischen Faktoren des relevanten Marktes berücksichtigt werden, um zu eruieren, ob diese Frist dem von der Geschäftsverweigerung betroffenen Unternehmen vernünftigerweise zugemutet werden kann.⁴¹³ Ein Input ist nämlich nur dann als notwendig anzusehen, "wenn es kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs)."⁴¹⁴

425. LJP bringt bezüglich des Zitats in Rz 424 (FN 412) vor, es handle sich um ein Fehlzitat. Die Autoren des zitierten Werks würden vielmehr schreiben, dass sich die Frage der Unerlässlichkeit eines Gutes auf die konkrete Lage der Konkurrenten konzentrieren müsse, das fragliche Gut hic et nunc beziehen zu können, und nicht auf die abstrakte Wahrscheinlichkeit, dass ein Markteintritt eines potenziellen Produzenten innert nützlicher Frist erfolgen werde.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Vgl. act. n° 869, Rz 36 ff.; LJP verweist in dem Zusammenhang mehrmals auf act. n° 769, Rz 154 ff. (Beilage 8).

⁴⁰⁹ Vgl. act. n° 869, Rz 7 f., 10, 61 ff.

⁴¹⁰ Vgl. act. n° 869, Rz 39 ff.

⁴¹¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 KG N 121.

⁴¹² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 KG N 125.

⁴¹³ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 KG N 125.

⁴¹⁴ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff. und insbesondere 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴¹⁵ Vgl. act. n° 869, Rz 41; LJP verweist in dem Zusammenhang auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (FN 307), Art. 7 KG N 126.

426. Was die Rechtsprechung der EU anbelangt, auf die sich LJP bezieht, so kann gesagt werden, dass sich diese Fälle in entscheidenden Punkten vom vorliegenden Fall unterscheiden. So lässt LJP ausser Betracht, dass im Fall Commercial Solvents Corporation („CSC“) das marktbeherrschende Unternehmen sein Verhalten bewusst darauf ausrichtete, den Beschwerdeführer im Markt auszuschalten.⁴¹⁶ Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens hatte den Beigeschmack einer Repression für das Scheitern von Fusionsverhandlungen zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem später nicht mehr belieferten Unternehmen. Dass in einer solchen Konstellation ein Phasing-Out keine adäquate Massnahme ist, erscheint einleuchtend. Auch im Fall United Brands Company („UBS“) hat das marktbeherrschende Unternehmen die Belieferung eines Unternehmens eingestellt, um es gewissermassen für die Teilnahme an einer Werbekampagne eines Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens zu bestrafen.⁴¹⁷ Nach Ansicht des Sekretariates ist dieser Fall deshalb nicht direkt mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Im Fall CBEM/CLT hatte das marktbeherrschende Unternehmen ein rechtliches Monopol inne. Es verwundert deshalb nicht, dass ein Phasing-Out wie es im vorliegenden Fall vorgesehen ist, nicht zur Diskussion stand.

427. LJP bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bezüglich des Falls Commercial Solvents Corporation („CSC“) vor, dass Swatch Group mit dem Lieferstopp auch das Ziel verfolge, Wettbewerber auszuschalten. [...] LJP hält zudem fest, dass das Urteil des EuGH vom 26.11.1998 in der Rechtssache Oscar Bronner keine Abweichung vom Prinzip des Kontrahierungszwanges und eine Praxisänderung darstelle. Dieser Fall habe eine de-novo Lieferverweigerung und keinen Abbruch einer bestehenden Lieferverpflichtung betroffen. Zudem sei es um ein Hauszustellungssystem für Zeitungen gegangen, das der Marktbeherrscher selbst aufgebaut habe und es habe weitere Zustellsysteme wie Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf gegeben, welche auch tatsächlich genutzt worden seien. Dies sei vorliegend nicht erfüllt, es gebe weder alternative Bezugsquellen noch habe Swatch Group ETA und Nivarox selbst aufgebaut.⁴¹⁸

428. LJP ist ferner der Meinung, dass die Swatch Group verpflichtet werden müsste, Nivarox an einen von Swatch Group unabhängigen Dritten zu veräussern. Solange die Swatch Group Nivarox kontrolliert, würde Swatch Group immer einen unüberwindbaren Anreiz haben, die eigenen Tochtergesellschaften gegenüber Dritten zu bevorzugen bzw. Dritte gegenüber ihren Tochtergesellschaften zu diskriminieren, um so ihren eigenen Tochtergesellschaften einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Nivarox habe heute keinerlei Anreiz, neue oder spezielle Assortiments für Kunden zu entwickeln oder zu produzieren, die nicht zur Swatch Group gehören. Denn dies würde gemäss LJP ja dazu führen, dass sich Swatch Group auf den nachfolgenden Marktstufen einem stärkeren Wettbewerb stellen müsste. Ein Verkauf von Nivarox an einen unabhängigen Dritten würde nach Meinung von LJP den Wettbewerb im Bereich der mechanischen Uhren nachhaltig revitalisieren.⁴¹⁹ Auch die EU-Kommission habe sich dieses In-

strumentes schon bedient, um Wettbewerb wieder herzustellen.⁴²⁰

429. Das Sekretariat vertritt die Meinung, dass die erzwungene Veräusserung von Nivarox unverhältnismässig wäre. Die Eigentumsgarantie ist durch Art. 26 BV gewährleistet. „Gegenstand der Eigentumsgarantie sind (...) sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts und die sogenannten wohlverworbenen Rechte des öffentlichen Rechts“.⁴²¹ Jedoch gilt die Eigentumsgarantie nicht absolut. Diese kann nach Art. 36 BV eingeschränkt werden. Art. 36 verlangt unter anderem, dass sich die Einschränkung des Grundrechts als verhältnismässig erweist.⁴²² Eine Einschränkung ist als verhältnismässig zu betrachten, wenn die Massnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind sowie zumutbar bleiben.⁴²³ Das Gebot der Eignung bedeutet, dass eine behördliche Anordnung zunächst geeignet sein muss, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.⁴²⁴ Die Veräusserung von Nivarox an einen von der Swatch Group unabhängigen Dritten könnte zwar gemäss diesem Gebot geeignet sein, wirksamen Wettbewerb wieder herzustellen, jedoch ist das zweite Gebot der Verhältnismässigkeit, nämlich das der Erforderlichkeit, nicht erfüllt. Dieses fordert, dass staatliche Anordnungen unterlassen werden müssen, sofern sie für die Erreichung des angestrebten, im öffentlichen Interesse stehenden Ziels nicht erforderlich sind.⁴²⁵ Die Massnahmen sind nicht erforderlich, „wenn eine gleichermassen geeignete, aber weniger einschneidende Anordnung das angestrebte Ziel ebenso erreicht.“⁴²⁶ Als weniger einschneidende, also mildere Anordnung, aber nach Ansicht des Sekretariates ebenso geeignete Massnahme, ist die einvernehmliche Regelung zu sehen, welche den Wettbewerb durch die Vorgaben von Lieferfristen und Liefermengen schützt. In diesem Sinne erreicht die einvernehmliche Regelung das gleiche Ziel wie eine Veräusserung, nämlich die Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs; zwar in einem längeren Zeitraum,

⁴¹⁶ Vgl. KOMM, 14.12.1972, IV/26.911, Zoja/CSC-ICI, ABl. 1972 L 299/54.

⁴¹⁷ Vgl. KOMM, 17.12.1975, IV/26.699, Chiquita, ABl. 1976 L 95/11.

⁴¹⁸ Vgl. act. n° 869, Rz 43 ff. Vgl. auch EuGH, 26. November 1998, Rs. C-7/97, Oscar Bronner, Rz 43.

⁴¹⁹ Vgl. act. n° 705, S. 19 f., Rz 58, act. n° 224, S. 60 bis 62, Rz 250 bis 262.

⁴²⁰ Vgl. act. n° 705, S. 20, Rz 58. LJP bezieht sich auf folgenden Fall: COMP/B-1/39.315-ENI.

⁴²¹ KLAUS A. VALLENDER, in: Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2002, Art. 26 BV N 14.

⁴²² Vgl. VALLENDER (FN 423), Art. 26 BV N 35.

⁴²³ Vgl. PIERRE TSCHANNEN et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, S. 152 N 1.

⁴²⁴ Vgl. TSCHANNEN (FN 425), S. 153 N 4.

⁴²⁵ Vgl. TSCHANNEN (FN 425), S. 154 N 6.

⁴²⁶ Vgl. TSCHANNEN (FN 425), S. 154 N 8.

aber ohne gegen Art. 26 BV zu verstossen. Des Weiteren gilt es zu bemerken, dass eine erzwungene Abspaltung nicht der Schweizer Praxis entspricht. Die Beseitigung wettbewerbsbeschränkender oder -beseitigender Auswirkungen eines Phasing-Outs mittels einvernehmlicher Regelung wurde nämlich bereits im Verfahren in Sachen ETA/Ebauches angewendet.⁴²⁷ Der Vergleich von LJP mit einem Entscheid der EU-Kommission⁴²⁸ ist nicht passend, weil im erwähnten Entscheid das marktbeherrschende Unternehmen freiwillig angeboten hat, einen Unternehmensteil zu verkaufen. Die Kommission war deshalb nicht verpflichtet, andere Lösungen als die ihr vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen zu suchen.⁴²⁹

430. Die Analysen und Abklärungen ergaben, dass sowohl Assortiments als auch mechanische Uhrwerke dupliziert werden können, einfach erst längerfristig (vgl. oben Rz 332, vgl. auch oben Rz 216 und Rz 271). Durch die evR I sollte dieser Konstellation Rechnung getragen werden, indem die vorgesehenen Lieferfristen und Liefermengen mit dem erwarteten Aufkommen von Alternativen zu Nivarox und ETA abgestimmt sind. Das Sekretariat geht zwar mit LJP einig, dass ein kurzfristiges Phasing-Out missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG ist (vgl. oben Rz 401). Mit der evR I sollte jedoch den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb begegnet werden.

431. LJP hält dagegen fest, dass der Antrag des Sekretariats richtigerweise feststelle, dass ETA und Nivarox über sehr starke Marktstellungen verfügen würden und sehr hohe Markteintrittsbarrieren bestehen würden. Der Antrag halte weiter fest, dass Nivarox kurz- bis mittelfristig nicht diszipliniert werden könne und es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben werde, welche in Punkto Menge, Qualität und Preis mit ETA konkurrieren können. Der Antrag halte in Rz 33 ff. weiter fest, dass sowohl für Assortiments als auch für Uhrwerke kurz- bis mittelfristig keine Alternativen zu ETA und Nivarox bestehen würden und die Markteintrittsschranken sehr hoch seien. Es bestünden auch keine sachlichen Rechtfertigungsgründe, deshalb sei die angekündigte Liefereinstellung unzulässig. Diese Erkenntnisse seien indessen in der evR I nicht berücksichtigt worden, vielmehr widerspreche diese der Analyse der Marktverhältnisse und löse die im Antrag des Sekretariats identifizierten Wettbewerbsprobleme nicht. Es ergebe sich aus den Akten, dass sich an der Quasimonopolstellung von ETA für mindestens 10 Jahre und an der Monopolstellung von Nivarox für mindestens 20 Jahre nichts ändern werde. So sei es aus heutiger Sicht unklar, ob es einem Drittanbieter gelingen werde, Assortiments in mit Nivarox vergleichbaren Mengen, Preisen und vergleichbarer Qualität herzustellen. Die Realisierung der im Antrag des Sekretariats aufgeführten Pläne und Projekte sei zudem gänzlich ungewiss. Die evR I sehe vor dem Hintergrund ein viel zu kurzes Phasing-Out vor, nach dessen Ende mit Sicherheit keine Anbieter existieren würden, welche die erforderlichen Mengen und Qualität zu konkurrenzfähigen Preisen werden liefern können. Durch das Phasing-Out könne Swatch Group ihre Konkurrenten auf den nachgelagerten Marktstufen verdrängen und so ihre marktbeherrschende Stellung mit leistungsfremden Mitteln ausdehnen. ETA müs-

se verpflichtet werden, mechanische Uhrwerke bis mindestens 2026 zu liefern. Die Liefermenge müsse dabei bis 2015 mindestens 100 % der Referenzmenge betragen und könne danach allenfalls in kleinen Schritten gesenkt werden. Nivarox müsse verpflichtet werden, Assortiments bis 2031 im Umfang von 115 % der Referenzmenge zu liefern. Die Mengen könnten danach allenfalls in kleinen Schritten gesenkt werden. Nur so bestehe die Möglichkeit, dass alternative Anbieter ihre Produktion entsprechend ausbauen und die infolge der Lieferreduktionen frei werdende Nachfrage decken könnten. Sollten alternative Anbieter wider Erwarten früher genügende Mengen an mechanischen Uhrwerken und/oder Assortiments bereitstellen können, könne Swatch Group eine Änderung der evR I beantragen.⁴³⁰

432. LJP macht weiter geltend, dass das Fehlen von alternativen Bezugsquellen dazu führen werde, dass die Abnehmer die aufgrund der evR I fehlenden Mengen nicht durch Lieferungen alternativer Bezugsquellen ersetzen könnten. Dies würde zum Ausscheiden der Konkurrenz von Swatch Group auf den nachgelagerten Märkten führen. Der Wettbewerb auf den Märkten für Modifikationen und Fertighren würde dadurch weitgehend beseitigt. Die in Rz 410 gemachte Aussage, wonach die Lieferkürzungen vor dem Hintergrund der geplanten Kapazitätserhöhungen festgelegt worden seien, sei unrichtig. Die Verhandlungsprotokolle zwischen dem Sekretariat und Swatch Group enthielten keine Angaben bezüglich zukünftigen Liefermengen von alternativen Anbietern. Es sei bei den Verhandlungen demnach nicht geprüft worden, in welchem Umfang Dritte substituierbare Produkte anbieten würden, sondern es sei einzig darauf abgestellt worden, was Swatch Group zu akzeptieren bereit war. Die beiden Stellen im Antrag, welche sich zur mittelfristigen Erhöhung der Produktionskapazitäten äussern würden, seien zudem abgedeckt, sodass eine sachbezogene Stellungnahme dazu nicht möglich sei. LJP macht weiter geltend, die in Rz 105 gemachten Aussagen bezüglich einer möglichen Abänderung oder eines Widerrufs der evR I bei einer Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seien unrealistisch, weil eine solche Anpassung nutzlos sein werde, da die Kunden bis dann gar nicht mehr existieren würden.⁴³¹

433. Wie oben erwähnt, würde der Verbleib von ETA und/oder Nivarox in einer marktbeherrschenden Stellung nach Beendigung der in der evR I vorgesehenen Lieferfrist – weil beispielsweise alternative Anbieter ihre Kapazitäten nicht wie vorgesehen erhöht haben oder gar aus dem Markt ausgetreten sind – eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse darstellen und entsprechend einen Widerruf oder eine Abänderung der evR I ermöglichen (vgl. oben Rz 407).

⁴²⁷ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

⁴²⁸ Vgl. COMP/B-1/39.315-ENI.

⁴²⁹ Vgl. COMP/B-1/39.315-ENI S. 23 f. N 85 bis 88.

⁴³⁰ Vgl. act. n° 869, Rz 1-10, 18 ff., 51 ff., 73 ff.

⁴³¹ Vgl. act. n° 869, Rz 25 ff., 50, 56 f., 75.

434. Bezüglich der Präambel bringt LJP in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, dass diese unnötige, beschönigende und widersprüchliche Aussagen enthalte und Swatch Group in ein zu Gutes Licht rücke. Der letzte Satz vom ersten Absatz der Präambel sei deshalb ersatzlos zu streichen. Ebenso seien der dritte und vierte Bulletpoint und der erste Satz des vierten Absatzes zu streichen.⁴³²

435. LJP bringt gegen die in Ziffer 3b der evR I enthaltene 80 % Schwelle vor, diese diene dazu, Swatch Group unternehmensinterne Informationen offenzulegen und Interpretationsspielraum zu schaffen und sei deshalb zu streichen.⁴³³

436. LJP stört sich an Ziffer 4 der evR I und bezeichnet die Regelung als eklatanten Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Gemäss LJP wären abweichende Vereinbarungen zugunsten einzelner Kunden nur dann mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, wenn alle übrigen Kunden ebenfalls die Gelegenheit erhalten würden, eine ebenso günstige Vereinbarung abzuschliessen. In allen anderen Fällen würden abweichende Vereinbarungen zugunsten einzelner Kunden einen klaren Verstoss gegen die Gleichbehandlungspflicht marktbeherrschender Unternehmen darstellen.⁴³⁴

437. Im vorliegenden Fall ging das Sekretariat davon aus, dass es unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit geboten war, vom Grundsatz der Gleichbehandlung bis zu einem gewissen Grad abzuweichen. Der Grund dafür ist, dass die absehbaren Folgen des Phasing-Outs nicht für alle Kunden von ETA und Nivarox gleich sind, sondern sich je nach Grösse und finanziellen Möglichkeiten der Kunden markant voneinander unterscheiden. Mit abweichenden Vereinbarungen zu Gunsten einzelner Kunden (KMU im Sinne von Art. 2 Bst. e des Fusionsgesetzes) in der Phase bis zum Eintritt der erwarteten Marktveränderungen, sollte verhindert werden, dass gewisse bestehende Kunden vom Phasing-Out besonders hart getroffen werden. Andere Kunden verfügen hingegen schon heute über Ausweichmöglichkeiten.

438. LJP bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, dass die Möglichkeit zur Diskriminierung auch eine Abkehr von der bisherigen Praxis der WEKO im Fall ETA SA Manufacture Horlogère Suisse darstelle. Aufgrund des unklaren KMU-Begriffs sei zudem zu erwarten, dass Swatch Group sich auf den Standpunkt stellen werde, dass auch Grosskonzerne wie Richemont, Rolex, Patek Philippe, LVMH oder Breitling bevorzugt behandelt werden dürfen. Der Verweis auf das Fusionsgesetz schaffe Unklarheit und sei sachfremd. Wenn schon eine Diskriminierung erlaubt werde, so müsse zumindest die Definition des Begriffs KMU angepasst und der Verweis auf das Fusionsgesetz gestrichen werden. Weiter seien die Ziffern 4c bis 4e der evR I zu streichen, da auch diese Ziffern einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot darstellen würden. Die Idee hinter diesen Ziffern sei verfehlt, weil es keine feste Grösse gebe, ab welcher ein Unternehmen nicht mehr marktbeherrschend sei. Die grossen Kapazitäten von ETA und Nivarox würden weiterhin bestehen bleiben. Die Schwellen in den Ziffern 4c und 4d der evR I

würden zudem das (fehlende) Angebot Dritter unberücksichtigt lassen. Schliesslich würden die Ziffern perverse Anreize für ETA und Nivarox schaffen, ihr Angebot an Dritte während zwei Jahren künstlich tief zu halten, um danach ihre Abnehmer nach Belieben diskriminieren zu können. Soweit man ETA und Nivarox von den Lieferpflichten befreien wolle, falls sie nicht mehr marktbeherrschend seien, genüge Art. 30 Abs. 3 KG.⁴³⁵

439. LJP bringt betreffend Ziffer 5 der evR I vor, dass Preiserhöhungen nur im Rahmen von tatsächlichen Kostensteigerungen möglich sein dürfen und gegenüber der Revisionsgesellschaft belegt werden müssen. In der vorliegenden Formulierung sei unklar, was unter einer marktüblichen Marge zu verstehen sei. Swatch Group werde versuchen, ihre Preise weiter zu erhöhen. Diese seien bereits in den letzten Jahren stark erhöht worden. Es könne deshalb von vornherein angenommen werden, dass die Margen sehr komfortabel seien und die Kosten bei Weitem gedeckt seien, dies bestätige ein Blick auf S. 148 des Geschäftsberichts 2012 der Swatch Group, welcher für die Produktionsdivision einen Betriebsgewinn von 20 % des Nettoumsatzes ausweise. Aufgrund des fehlenden Wettbewerbs in den relevanten Märkten bestehe kein kompetitiver Referenzmassstab. Die höheren Preise von alternativen Anbietern von Assortiments seien Ausdruck des fehlenden Wettbewerbs, der durch die grossen Vorteile von Nivarox begründet sei. Es sei eine Verkehrung der Tatsachen, wenn man die Preise der kleinen alternativen Anbietern zu Marktpreisen erkläre.⁴³⁶

440. Ziffer 6g der evR I wird von LJP bemängelt, weil diese Ziffer Swatch Group erlaube, die Geschäftsbedingungen abzuändern und die Lieferbeziehung bei Unzumutbarkeit aufzulösen. Durch die Möglichkeit, die Geschäftsbedingungen abzuändern, nehme die Rechts- und Planungssicherheit ab, was Swatch Group zu ihren Gunsten ausnutzen werde. Weiter sei der Begriff der objektiven Unzumutbarkeit interpretationsbedürftig. Es sei unklar, was mit dieser Ziffer aus Sicht der WEKO erreicht werden solle. Gemäss Verhandlungsprotokoll habe Swatch Group diese Klausel als „Abschreckung“ in die evR I aufnehmen wollen. Swatch Group wolle damit ihre Abnehmer mit der Drohung eines Lieferstopps trotz invernünftlicher Regelung gefügig machen. Diese Ziffer erlaube es Swatch Group den Sinn und Geist der evR I zu hintertreiben und ihre Abnehmer zu schikanieren. So sei es möglich, dass Swatch Group gegenüber Abnehmern, die sich in der vorliegenden Untersuchung gegen Swatch Group gewehrt haben, argumentiere, eine

⁴³² Vgl. act. n° 869, Rz 67 ff.

⁴³³ Vgl. act. n° 869, Rz 78 f.

⁴³⁴ Vgl. act. n° 705, S. 26 f., Rz 89 bis 97 und act. n° 869, Rz 10, 64 und 84 ff.

⁴³⁵ Vgl. act. n° 869, Rz 8, 10, 64, 84 ff.

⁴³⁶ Vgl. act. n° 869, Rz 10, 64, 94 f.

weitere Belieferung sei nun unzumutbar. Bezüglich Ziffer 6h der evR I moniert LJP, dass Swatch Group die Fälschungsbekämpfung als sachfremdes Scheinargument gebrauche und auch diese Ziffer interpretationsbedürftig sei. Auch der Antrag des Sekretariats halte fest, dass dieser Rechtfertigungsgrund vorgeschoben sei. Die Ziffern 6g und 6h der evR I müssten darum gestrichen werden.⁴³⁷

441. LJP bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bezüglich Ziffer 7 c der evR I vor, dass die Möglichkeit der Vorauslieferung von kleinen Mengen an Verschleissteilen wieder gestrichen werden müsse.⁴²⁸

442. Im Zusammenhang mit Ziffer 8 der evR I macht LJP schliesslich geltend, dass es nicht genüge, wenn alternative Anbieter gleichwertige Substitute zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten würden. Vielmehr müssten diese zu konkurrenzfähigen Preisen angeboten werden. Der Benchmark seien die Produkte der marktbeherrschenden Swatch Group. Weiter müssten bei der Berechnung des 35%-Marktanteils von ETA resp. Nivarox auch diejenigen Mengen miteingerechnet werden, welche Swatch Group an seine eigenen Marken liefere. Ansonsten werde der Anteil von Swatch Group zu tief ausgewiesen.⁴³⁹

443. LJP hat die voranstehenden Punkte auch an den Anhörungen vom 10. Juni 2013 erneut bekräftigt und machte zusätzlich darauf aufmerksam, dass mögliche alternative Anbieter in Punkto Qualität, Preis und Menge mit ETA resp. Nivarox müssten mithalten können, um konkurrenzfähig zu sein. Weiter bestehe bei Assortiments heute keine echte Alternative zu Nivarox. LJP legte zudem Wert darauf, in den letzten Jahren viel in den Produktionsapparat investiert zu haben.⁴⁴⁰

B.4.2.1.2 Sellita

444. Sellita bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, dass die wesentlichen Bestimmungen der evR I im Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt stünden. Das Sekretariat habe sich in sach- und rechtswidriger Weise dem Druck der Swatch Group gebeugt. Das Sekretariat habe der evR I nicht den richtig und vollständig festzustellenden Sachverhalt zugrunde gelegt, sondern die von Swatch Group gewünschte unzutreffende Darstellung des Sachverhalts. Die evR I sei denn auch darauf angelegt, dass Swatch Group ohne Sanktionsrisiko ihre marktbeherrschende Stellung dazu missbrauchen könne, Sellita auszuschalten und damit die Mitbewerber von Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb zu behindern. Der wirksame Wettbewerb würde dadurch zerstört bzw. am Entstehen verhindert. Sellita sei bereits durch die vorsorglichen Massnahmen schwer beeinträchtigt worden. Diese Zurücksetzung gelte es auszugleichen. Die evR I sei insgesamt zugunsten der Swatch Group ausgefallen. Die Aussage in Rz 414, wonach durch die evR I sichergestellt sei, dass der Wettbewerb nicht irreversibel und nachhaltig behindert resp. beseitigt werde, sei deshalb unangemessen und grotesk.⁴⁴¹

445. Sellita ist der Meinung, dass die Swatch Group bei richtiger und vollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts auf den betrachteten Märkten marktbeherrschend sei. Deshalb müsse anhand der in

Art. 7 KG festgelegten Kriterien geprüft werden, ob die Lieferkürzungen und der Lieferstopp missbräuchliche Verhaltensweisen sind. Sellita ist der Meinung, dass sich bei korrekter Anwendung der in Art. 7 KG statuierten Kriterien die im Entwurf der evR I enthaltenen Bestimmungen in vielfacher Weise als missbräuchliches Verhalten erweisen würden.⁴⁴² Insbesondere wäre es gemäss Sellita unzulässig, wenn die Swatch Group ab einem bestimmten Zeitpunkt ihre Kunden ohne Sanktionsrisiko nicht mehr beliefern würde, obschon noch nicht ausreichend Substitutionsprodukte auf dem Markt erhältlich sind und die marktbeherrschende Stellung weiterhin besteht.⁴⁴³

446. Es stehe zudem fest, dass heute und in den nächsten Jahren keine Substitutionsprodukte zu den industriell hergestellten mechanischen Uhrwerken von ETA und zu den Nivarox-Assortiments erhältlich seien. Sellita verweist in dem Zusammenhang auf die Rz 324 und 329 des Antrags des Sekretariats. Das Sekretariat stelle in den vorsorglichen Massnahmen sowie in der evR I nicht auf die Angaben von Sellita und von Swatch-Group externen Branchen kennern ab, sondern lege unrealistisch kurze Phasen und zu hohe Reduktionen der Liefermengen fest. Bei der Abstimmung auf den richtig und vollständig festgestellten Sachverhalt müsste das Phasing-Out deutlich länger dauern und kleinere Reduktionsschritte vorsehen als in der evR I vorgesehen.⁴⁴⁴

447. Bezüglich der Lieferkürzungen bei mechanischen Uhrwerken hält Sellita fest, dass die in der evR I für Sellita vorgesehenen Liefermengen von 50 % (2014 und 2015), 25 % (2016 und 2017) und gar keine mehr ab 2018 im Widerspruch zum rechtserheblichen Sachverhalt stünden. Der Antrag selber halte fest, dass die kurz- bis mittelfristige Zunahme der Kapazitäten in Bezug auf den Gesamtmarkt bei mechanischen Uhrwerken relativ bescheiden sei (vgl. oben Rz 203 und 326). Es würde zwar alternative Anbieter geben, diese planten jedoch zum grössten Teil für den Eigenbedarf. Bestehende Ankündigungen alternativer Anbieter bezögen sich auf sehr kleine Mengen und auf viel höhere Preise als entsprechende ETA-Komponenten. Das Sekretariat selbst erachte einen kurz- bis mittelfristigen Ausbau der Kapazitäten von Sellita und Soprod als unwahrscheinlich (vgl. oben Rz 351) und halte fest, dass Swatch Group den Output von Sellita indirekt kontrollieren bzw. plafonieren könne (vgl. oben Rz 324). Die vorsorglichen Massnahmen sowie die vorgesehenen Lieferreduktionen stünden demnach im Widerspruch zum bestehenden Manko an industriell hergestellten mechanischen Uhrwerken. Dasselbe treffe auch bezüglich Assortiments zu. Obwohl feststehe, dass Nivarox über ein Quasimonopol verfüge und, dass die Entwicklung von Assortiments bis zur

⁴³⁷ Vgl. act. n° 869, Rz 10, 56, 64, 96 ff.

⁴³⁸ Vgl. act. n° 869, Rz 109 f.

⁴³⁹ Vgl. act. n° 869, Rz 111 ff.

⁴⁴⁰ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll LJP sowie Beilagen 4 und 5.

⁴⁴¹ Vgl. act. n° 866, S. 5, 14, 17 f., 20, 24 f.

⁴⁴² Vgl. act. n° 728, S. 13.

⁴⁴³ Vgl. act. n° 728, S. 14.

⁴⁴⁴ Vgl. act. n° 866, S. 8 und 10 ff.

Marktreife wesentlich schwieriger, kostenträchtiger und zeitraubender sei als diejenige von Uhrwerken, sehe der Antrag des Sekretariats ab 2014 einschneidende Kürzungen der Assortiment-Lieferungen vor. Gemäss Sellita und anderen Kennern der Materie brauche es ungefähr 20 Jahre oder mehr, bis ein Unternehmen auf Basis genügender eigener Ebauches und selber entwickelter Assortiments mechanische Uhrwerke auf den Markt bringen könne. Die erforderlichen Mittel würden sich auf ca. 100 Mio. Franken belaufen. Sellita sei – ebenso wie praktisch alle Mitbewerber von Swatch Group im Bereich industriell gefertigter mechanischer Uhren – zur Herstellung ihrer Uhrwerke noch während vieler Jahre auf Nivarox-Assortiments angewiesen. Die vorsorglichen Massnahmen sowie die vorgesehenen Lieferreduktionen stünden deshalb im Widerspruch zum bestehenden Manko an industriell hergestellten mechanischen Uhrwerken.⁴⁴⁵

448. Wie oben erwähnt, würde der Verbleib von ETA und/oder Nivarox in einer marktbeherrschenden Stellung nach Beendigung der in der evR I vorgesehenen Lieferfrist – weil beispielsweise alternative Anbieter ihre Kapazitäten nicht wie vorgesehen erhöht haben oder gar aus dem Markt ausgetreten sind – eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse darstellen und entsprechend einen Widerruf oder eine Abänderung der evR I ermöglichen (vgl. oben Rz 407).

449. Sellita kritisiert weiter die nach ihrer Einschätzung konkret gegen sie gerichtete Diskriminierung in Ziffer 3 Bst. b der evR I. Diese würde gegen Art. 7 KG verstossen, da dieser in aller Deutlichkeit ein Diskriminierungsverbot statuiere.⁴⁴⁶ Es sei zudem in einer arbeitsteiligen Wirtschaft sachfremd, Sellita zu diskriminieren, nur weil sie keine eigenen Fertighuhren anbiete.⁴⁴⁷

450. In Art. 8 der Bundesverfassung ist die Rechtsgleichheit geregelt. Abs. 1 dieses Artikels statuiert ein Gleichbehandlungsgebot. Für rechtsanwendende Behörden bedeutet dieses Gebot, dass sie gehalten sind, gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln. Dies gilt nicht, sofern ein sachlicher Grund eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.⁴⁴⁸ In diesem Fall erlaubt das Rechtsgleichheitsgebot eine Ungleichbehandlung. In der Perspektive des jeweiligen Regelungszweckes muss tatsächlich Ungleiches sogar differenziert behandelt werden, da ansonsten eine mittelbare Ungleichbehandlung entstehen würde.⁴⁴⁹ Sellita stellt eigene mechanische Uhrwerke in industrieller Menge und in einem ähnlichen Preissegment wie ETA her. Daneben bezieht Sellita eine grosse Anzahl bereits fertig montierter mechanischer Uhrwerke von ETA und verkauft einen grossen Teil davon unverändert weiter. Für Sellita stellen die von ETA bezogenen mechanischen Uhrwerke keine Input-Faktoren für die Produktion eigener Uhrwerke dar, sondern werden im Wesentlichen einfach weiterverkauft. Dies im Unterschied zu denjenigen Unternehmen, welche die Uhrwerke als Input-Faktoren für Komplikationen oder fertige Uhren verwenden. Nach Ansicht des Sekretariats stellt die Geschäftstätigkeit von Sellita ein relevantes, sachlich wesentliches Unterscheidungsmerkmal dar.⁴⁵⁰ Eine differenzierte Behandlung von Sellita im Vergleich zu den anderen Unternehmen, welche von der evR I betroffen

sind, ist deshalb nicht nur zulässig, sondern sogar geboten.

451. Sellita bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats dagegen vor, sie modifiziere ungefähr 50 % der ETA-Uhrwerke nach spezifischen Wünschen ihrer Kunden. Swatch Group werfe Sellita vor, sie modifiziere nicht sämtliche von ETA bezogenen Uhrwerke, sondern veräussere einen Teil davon unbearbeitet an ihre Abnehmer. Die auf diesen „Handel“ entfallende Menge entspreche keinem echten Bedürfnis von Sellita und sei von ihrem Bedarf abzuziehen (also schlechter zu behandeln als andere Abnehmer). Das Sekretariat habe diese falsche Ansicht übernommen, ohne die diesbezüglichen Angaben von Sellita zu berücksichtigen. Sellita habe nämlich im Zuge des – zu kurzen – Phasing-Outs bei Ebauches (2005-2010) massive Anstrengungen unternommen, eigene Uhrwerke in ausreichender Menge herzustellen. Trotzdem sei Sellita Ende 2010 noch nicht dazu in der Lage gewesen. Um den Bedarf ihrer Abnehmer zu decken und um diese Kunden nicht zu verlieren, sei Sellita gezwungen gewesen, ETA-Uhrwerke zuzukaufen. Es könne deshalb in keiner Weise von unbotmässigem Handel gesprochen werden, zumal Swatch Group während des Phasing-Outs von Ebauches zugesagt habe, sie würden die fehlenden Ebauches in Zukunft durch fertig montierte Uhrwerke kompensieren können. Die Diskriminierung von Sellita gegenüber anderen Abnehmern sei daher nicht gerechtfertigt. Nur mit einem ausreichenden Umsatz mit Uhrwerken könne Sellita die finanziellen Mittel erarbeiten, um ihre Pläne zum Aufbau alternativer Möglichkeiten zum Bezug mechanischer Swiss Made Uhrwerke verwirklichen zu können. Ebenfalls zum „Handel“ zähle das Sekretariat die von Sellita getätigten Exporte nach Hongkong. Sellita habe diese Exporte mehrmals erläutert, was das Sekretariat nicht berücksichtigt habe. Rund die Hälfte der von Sellita exportierten Uhrwerke würden, nach weiteren Verarbeitungsschritten, in die Schweiz reimportiert. Diese Exporte würden auch dazu beitragen, dass Sellita den Umsatz generieren könne, um eine Alternative zu ETA aufbauen zu können. Im Übrigen habe auch ETA bis vor kurzem mechanische Uhrwerke nach Hongkong exportiert und exportiere nach wie vor grosse Mengen von Quarz-Werken ins Ausland. Sellita moniert weiter, dass sie auch gegenüber Herstellern, welche hauptsächlich Komplikationen herstellen, diskriminiert werde (Ziffer 3b der evR I). Diese Bestimmung diene dazu, Sellita innerhalb der Bezüger, welche keine Fertighuhren anbieten, zu isolieren.⁴⁵¹

452. Sellita ist weiter der Meinung, dass sowohl ETA, als auch Nivarox dazu verpflichtet werden müssten, bis im Jahre 2022, resp. 2032, ihre Liefermengen kontinuierlich

⁴⁴⁵ Vgl. act. n° 866, S. 5, 8 ff., 24.

⁴⁴⁶ Vgl. act. n° 728, S. 14 und act. n° 866, S. 4.

⁴⁴⁷ Vgl. act. n° 866, S. 16.

⁴⁴⁸ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar BV, Ehrenzeller et al. (Hrsg.), 2002, Art. 8 BV N 42.

⁴⁴⁹ Vgl. St. Galler Kommentar BV-SCHWEIZER (FN 450), Art. 8 BV N 24.

⁴⁵⁰ Vgl. St. Galler Kommentar BV-SCHWEIZER (FN 450), Art. 8 BV N 24.

⁴⁵¹ Vgl. act. n° 866, S. 3 f., 6 ff., 16 f., 24.

zu erhöhen. Am Ende der jeweiligen Jahre könnte die Wettbewerbsbehörde dann überprüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Lieferpflicht fortbesteht.⁴⁵²

453. Das Schweizerische Kartellrecht verfolgt das öffentliche Interesse des Schutzes des wirksamen Wettbewerbes. Das Sekretariat ist der Meinung, dass die von Sellita beantragte Ausdehnung der Lieferverpflichtung vorwiegend auf die privaten Interessen von Sellita zurückzuführen ist und in keinem genügenden Zusammenhang mit dem massgebenden öffentlichen Interesse des Schutzes des wirksamen Wettbewerbes steht. So befürchtet Sellita nämlich, dass die Swatch Group durch die Bevorzugung der konzernerneigenen Uhrenmarken alleine von der raschen und überaus grossen Ausweitung der ausländischen Märkte profitieren könnte.⁴⁵³ Nach Ansicht des Sekretariates sind die in der evR I festgelegten Dauer und Menge der Lieferverpflichtung (vgl. Ziffer 3 evR I) ausreichend, um den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Schliesslich erachtete auch das Bundesverwaltungsgericht, dass von den in der Verfügung betreffend vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011 vorgesehenen Lieferkürzungen nicht die Gefahr gravierender und irreversibler Strukturveränderungen ausginge.⁴⁵⁴

454. Sellita bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats dagegen vor, dass sie erst wenige Kaliber in ungenügender Anzahl herstellen kann. Um ihre Kunden bedienen zu können, müsse Sellita deshalb beträchtliche Mengen an ETA-Uhrwerken zukaufen (vgl. auch oben Rz 451). Sellita stelle selber keine Uhren her, sondern beliefere ungefähr 200 Abnehmer ausserhalb der Swatch Group mit Uhrwerken. Sellita sei für diese Uhrenhersteller im mittleren Preissegment von zentraler Bedeutung. Mit dem angestrebten Lieferstopp werde Sellita zerschlagen und somit Mitbewerber von Swatch Group auf der nachgelagerten Marktstufe (Fertiguhren) stark behindert, ja teilweise in ihrer Existenz bedroht. Gemäss Sellita halte der Antrag des Sekretariats mehrmals fest, dass die Tätigkeit von Sellita von zentraler Bedeutung sei damit sich die Mitbewerber von Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt wirksam am Wettbewerb beteiligen könnten. Sellita habe eine Versorgerfunktion für ungefähr 200 Abnehmer inne. Die Aussagen in Rz 453 bezüglich dem privaten Interesse von Sellita stünden im Widerspruch dazu.⁴⁵⁵

455. Sellita bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats weiter vor, die Ziffer 4b der evR I erlaube Swatch Group, Sellita Kunden wegzunehmen, welche die benötigten Uhrwerke bisher ganz oder teilweise bei Sellita erwarben. Unter den in Ziffer 4b der evR I definierten KMU-Begriff falle die ganz überwiegende Anzahl der Unternehmen der Uhrenbranche. Ungefähr 85 % dieser KMUs seien Kunden bei Sellita. Artikel 4b verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 7 KG, insbesondere auch deshalb, weil Ziffer 4b der evR I auch dann zur Anwendung gelangen könne, wenn die betroffenen KMUs nicht in einer prekären Lage seien.⁴⁵⁶

456. Sellita bringt vor, die Bestimmungen in Ziffer 4c-e der evR I (Verlust Marktbeherrschung) würden der Praxis und der Doktrin des Kartellrechts widersprechen. Ob ETA bzw. Nivarox zu einem späteren Zeitpunkt eine

marktbeherrschende Stellung innehaben, sei auch erst zu einem späteren Zeitpunkt zu prüfen. Swatch Group könne eine Unterschreitung der in den Ziffern 4c und 4d der evR I aufgeführten Lieferzahlen auch dadurch erreichen, dass sie Unternehmen aufkaufe, wodurch die an Dritte gelieferten Mengen abnehmen würden.⁴⁵⁷

457. Bezüglich Ziffer 7a der evR I moniert Sellita, dass Swatch Group-unabhängige Uhrengeschäfte und Uhrmacher (welche keine Uhrwerke und Assortiments von ETA bzw. Nivarox bezogen hätten) nicht mit Ersatzteilen beliefert würden. Im Übrigen gehe es beim Service après-vente nicht nur um Verschleissteile, eine Uhr könne vielmehr auch aus anderen Gründen reparaturbedürftig werden (bspw. Beschädigung durch Aufprall etc.).⁴⁵⁸

458. Sellita moniert in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats schliesslich, dass die Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen (Ziffer 6 der evR I) einseitig zugunsten von Swatch Group seien. Zudem sei auch Ziffer 9 der evR I einseitig, da neben der WEKO nur Swatch Group von der Revisionsgesellschaft orientiert würde. Zudem sei die Unabhängigkeit der Revisionsgesellschaft fraglich, da diese von Swatch Group bezahlt würde. Es fehle die gesetzliche Grundlage für die Delegation der Kontrolle an eine private Revisionsgesellschaft.⁴⁵⁹

459. Sellita hat die voranstehenden Punkte auch an den Anhörungen vom 10. Juni 2013 bekräftigt. Sellita betonte zusätzlich, dass die evR I für ihr Unternehmen existenzgefährdend sei. Sellita sei heute aber die einzige Alternative zu ETA, welche mechanische Uhrwerke in hoher Qualität zu konkurrenzfähigen Preisen liefern könne. Bezüglich der Produktion von Assortiments machte Sellita darauf aufmerksam, dass sie noch weit weg von deren Produktion sei. Sellita warte bspw. seit zwei Jahren auf eine notwendige Spezialmaschine. Im Jahr 2015/2016 werde es eine Testphase geben. Assortiments hätten sehr lange Testphasen, da deren längerfristige Qualität wichtig sei.⁴⁶⁰

B.4.2.1.3 Swatch Group

460. Swatch Group hat im Rahmen der Anhörungen vom 10. Juni 2013 Folgendes zu den Beweggründen des Lieferstopps vorgebracht: Erstens möchte Swatch Group frei entscheiden, mit welchen Unternehmen sie zusammenarbeite. Zweitens sei festgestellt worden, dass es für Uhrenanbieter kaum Anreize gebe, eigene Werke herzustellen. Drittens seien die eigenen Produktionskapazitäten immer mehr von eigenen Tochtergesellschaften ausgelastet worden (namentlich Tissot und Longines). Schliesslich sei es immer wieder zu Reibereien mit den Abnehmern gekommen und die WEKO habe regelmässig Vorabklärungen eröffnen müssen.

⁴⁵² Vgl. act. n° 728, S. 2 und act. n° 866, S. 1 f.

⁴⁵³ Vgl. act. n° 728, S. 12.

⁴⁵⁴ Vgl. act. n° 483, S. 10.

⁴⁵⁵ Vgl. act. n° 866, S. 3 f. und 17.

⁴⁵⁶ Vgl. act. n° 866, S. 12 f.

⁴⁵⁷ Vgl. act. n° 866, S. 14 f.

⁴⁵⁸ Vgl. act. n° 866, S. 14.

⁴⁵⁹ Vgl. act. n° 866, S. 17 f.

⁴⁶⁰ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Sellita und Beilage 3.

Gemäss Swatch Group gibt es keine unüberwindbaren Hindernisse, eigene Assortiments und Uhrwerke zu entwickeln. Es gebe hierzu neben der Eigenproduktion verschiedene Geschäftsmodelle wie bspw. die eigene Werkkonzeption mit Zukauf von Komponenten und eigenem Assembly, die völlige Ausgliederung an einen Subcontractor, die gemeinsame Entwicklung und Fertigung eines Werkes im Rahmen eines Joint Ventures oder der Einkauf eines Standardwerks bei anderen Lieferanten. Es sei diesbezüglich zu beachten, dass es viele Anbieter von praktisch allen notwendigen Komponenten gebe. Es gebe zudem keine Patentschranken, das Know-How sei dokumentiert und weitgehend frei zugänglich, Personal sei genügend vorhanden, Kapital sei zu günstigen Bedingungen erhältlich und der notwendige Maschinenpark könne eingekauft werden. Die grössten Eintrittshürden würden bei den relativ tiefen Preisen, insbesondere von Nivarox, und beim Vertrauen liegen. Alternative Anbieter würden leider nicht berücksichtigt, solange noch auf Produkte von ETA und Nivarox zurückgegriffen werden könne. Bezüglich der Anpassungszeit machte Swatch Group auf das Beispiel von Glashütte aufmerksam, wo neue Werke mit lokalen Bestandteilen innert drei Jahren entwickelt worden seien (ohne Spirale und Aufzugsfeder). Weiter habe Swatch innert zwei Jahren ein völlig neues mechanisches Uhrwerk entwickelt. Swatch Group machte weiter geltend, dass die Umstellung auf mehrere Lieferanten volkswirtschaftlich sinnvoll sei, da dies zu mehr Innovation und Wettbewerb führen werde. Wenn nur wenige Motoren zur Verfügung stehen würden, würde sich der Wettbewerb eher auf emotionale Elemente wie Design und Werbung verlagern. In Bezug auf die relevanten Märkte brachte Swatch Group vor, dass ein relevanter Markt für Swiss Made Uhren und ein solcher für Swiss Made Uhrwerke Sinn mache. Bei Assortiments hingegen mache dies keinen Sinn, da der Einsatz ausländischer Assortiments möglich sei, ohne die Swiss Made Bestimmungen zu verletzen. Ausländische Anbieter wie Seiko oder Citizen seien zudem in der Lage, qualitativ gute Assortiments zu liefern. Weiter machte Swatch Group geltend, Quarzuhren seien grundsätzlich mit mechanischen Uhren substituierbar. Quarzwerke würden heute bei verschiedenen Marken in allen Preisklassen zum Einsatz kommen, auch von Luxusmarken wie Patek Philippe. Mit Blick auf den weltweiten Uhrenmarkt sollte gemäss Swatch Group die Bedeutung von Quarzuhren nicht unterschätzt werden. Swatch Group unterstrich schliesslich, dass die Siliziumtechnologie zukunftsfruchtig sei, das strittige Patent des CSEM sich jedoch nur auf eine bestimmte Anwendung der Herstellung von thermokompensierten Siliziumspiralen beziehe. So könnten andere Teile des Assortiments (z.B. Anker) aus Silizium produziert werden.⁴⁶¹

B.4.2.1.4 Weitere Marktteilnehmer

461. Titoni ist der Meinung, dass die evR I zu schematisch und undifferenziert sei. Der Gleichbehandlungsgrundsatz werde verletzt, weil Ungleiches nicht ungleich behandelt werde, wenn KMUs und Grossunternehmen, langjährige Kunden der Swatch Group wie auch sporadische, Hersteller von Uhren des Hochpreissegments und Hersteller von Uhren des Mittelpreissegments in einen Topf geworfen werden.⁴⁶²

462. Bis zu einem gewissen Grad muss die evR I zwangsläufig schematische Züge haben. Im Sinne der Praktikabilität wäre es gar nicht möglich, für jeden Kunden von Nivarox und ETA individuelle Bedingungen aufzustellen. Auch die evR im Ebauches-Fall hatte zwangsläufig schematische Züge, welche sich im Nachhinein als praktikabel herausstellten.⁴⁶³ Nichtsdestotrotz differenziert die evR I im vorliegenden Fall überall dort, wo sachliche Gründe eine Differenzierung verlangen. So wird beispielsweise für Kunden, welche die in Frage stehenden Uhrwerke nicht als Input-Faktoren für Komplikationen oder Fertighren verwenden, ein anderer Massstab angewendet als bei Kunden, welche Uhrwerke als Input-Faktor benötigen. Ausserdem wird den (besonderen) Bedürfnissen von KMUs Rechnung getragen, indem diese mit der Swatch Group von der evR I abweichende Vereinbarungen treffen können (vgl. Ziffer 4b evR I). Dadurch kann besonderen Härtefällen begegnet werden.

463. Titoni lehnt zudem das Konzept des Phasing-Outs aus grundsätzlichen Erwägungen ab.⁴⁶⁴ Das mit dem Entwurf der evR I vorgeschlagene Konzept des Phasing-Outs sei nicht geeignet, um die marktbeherrschende Stellung der Swatch Group zu beseitigen oder wesentlich zu vermindern. Entgegen der Absicht des Sekretariats verstärke die vorgeschlagene Regelung die Stellung der Swatch Group zulasten von Konkurrenten, insbesondere im Mittelpreissegment. Die Stellung von Titoni als unabhängiges KMU würde nachhaltig und in existenzbedrohender Weise gefährdet.⁴⁶⁵

464. Titoni legte ein in ihrem Auftrag verfasstes Rechtsgutachten vor, welches zum Schluss kommt, dass weder „die von der evR I bewirkte Ausserkraftsetzung von Art. 7 KG“ nach Ablauf des Phasing-Outs, noch „die dadurch bedingte Schaffung einer Pflicht der Abnehmer“ der Swatch Group, sich selber eine alternative Quelle für ihre Bedürfnisse nach Uhrenbestandteilen zu erschliessen, mit dem Kartellgesetz vereinbar seien.⁴⁶⁶ Auf das vorgelegte Gutachten ist indirekt in den Erwägungen zur Marktstellung sowie zur Missbräuchlichkeit des geplanten Lieferstopps eingegangen worden (vgl. oben Rz 158 ff. und Rz 283 ff.).

465. In ihrer Stellungnahme zur evR I macht Titoni bezüglich Ziffer 4b der evR I zudem geltend, dass der neu eingeführte Verweis auf Art. 2 Bst. e des Fusionsgesetzes die Hürden, um in den Genuss abweichender Vereinbarungen kommen zu können, stark erhöhe. Titoni erfülle diese Kriterien nicht. Der Verweis auf das Fusionsgesetz sei vorliegend nicht sachgerecht, da dieser Artikel die administrative Erleichterung im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen bezwecke

⁴⁶¹ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Swatch Group sowie Beilagen 1 und 2.

⁴⁶² Vgl. act. n° 704, S. 6 f. Ziffer 2 Rz 2.

⁴⁶³ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

⁴⁶⁴ Vgl. act. n° 704, S. 5 ff. Ziffer 2.

⁴⁶⁵ Vgl. act. n° 704, S. 15 f. Ziffer 5 Rz 1.

⁴⁶⁶ Vgl. act. n° 769, Beilage, S. 3 Bst. B Rz 4.

und sich an die aktienrechtlichen Vorschriften zur eingeschränkten Revisionspflicht anlehne. Die im Fusionsgesetz erwähnten Bilanz- und Umsatzgrenzen seien rein mit Blick auf die Bedürfnisse des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an transparenten und gesellschaftsrechtlichen Vorgängen und des Gläubigerschutzes gewählt worden und seien überdies nicht einmal eurokompatibel. Vor dem Hintergrund der im Kartellrecht massgeblichen Kriterien wie relevanter Markt, Grössenverhältnisse der Marktteilnehmer etc. seien die aus dem Fusionsgesetz entlehnten Grenzen für KMUs nicht nachvollziehbar. Für das vorliegende Verfahren hätte eine Einstufung als KMU mit Blick auf den relevanten Markt bzw. im Vergleich zur Grösse anderer Unternehmen im Bereich mechanischer Uhren erfolgen müssen. Es sei deshalb auf die Formulierung im ersten Entwurf abzustellen und weitergehende Lieferungen an KMUs seien ohne weitere Einschränkung zu erlauben.⁴⁶⁷

466. Titoni hat die voranstehenden Punkte auch an den Anhörungen vom 10. Juni 2013 bekräftigt. Titoni machte zusätzlich geltend, dass Titoni sich immer auf mechanische Uhren im Mittelpreissegment konzentriert habe. Trotz Bemühungen blieb Titoni auf der Suche nach alternativen Lieferquellen bis heute erfolglos: Diese seien entweder im Luxusbereich positioniert und deshalb zu teuer oder es handle sich um bloss Absichten, um wenig seriöse Anbieter oder um Produzenten, die chinesische Komponenten verwenden würden. Titoni habe in den letzten Jahren zusammen mit einem Partner ein eigenes Werk bis zur Stufe Prototyp entwickelt. Es seien über zwei Mio. CHF investiert worden. Das Projekt sei mittlerweile sistiert, da die Preise nicht erreicht werden konnten und die Versorgung mit Assortiments ungelöst sei. So sei bspw. die Verwendung eines Assortiments aus Silizium aufgrund des hängigen Rechtsstreits für ein KMU ein zusätzliches Risiko. Es sei insgesamt ein Hochrisikoprojekt, zu dem es weitere Geldgeber bräuchte, welche aber nicht gefunden werden konnten. Titoni werde deshalb in den nächsten 5 Jahren mindestens zu 80 % von ETA und/oder Sellita abhängig bleiben. Ohne diese Versorgungsquellen gebe es keine Existenz mehr für Titoni, man sei durch die evR I stark in der Existenz bedroht. Sellita könne Titoni zudem nicht alle Werke liefern, mechanische Damenwerke bspw. biete nur ETA an. Auch Soprod könne Titoni derzeit nicht genügend Werke liefern. Titoni könne zudem auch nicht einfach teure Uhrwerke in ihre Uhren einbauen, da sie ihre Uhren so aus dem Markt katapultieren würde. Die in der evR I vorgesehenen Fristen seien deshalb zu kurz. Es sei blauäugig zu glauben, durch die vorgesehenen Massnahmen der WEKO werde im Bereich der Basisuhrwerke wirksamer Wettbewerb entstehen. Titoni macht weiter geltend, dass Art. 7 KG lediglich ein Missbrauchsverbot für das marktbeherrschende Unternehmen vorsehe und keine Kompetenz für Lenkungsmaßnahmen gegenüber betroffenen Dritten oder eine allgemeine Kompetenz für strukturpolitische Eingriffe. Für den sich aus der evR I ergebenden Eingriff sei das KG daher keine genügende gesetzliche Grundlage. Es sei zudem unverantwortlich, auf Basis von Spekulationen die Existenz von Unternehmen und Arbeitsplätzen aufs Spiel zu setzen. Schliesslich sei es aus verfahrensrechtlicher Sicht bedenklich, dass Titoni als verfahrensbeteiligter Dritter sich

bisher nicht schriftlich zum Antrag des Sekretariats habe äussern können.⁴⁶⁸

467. Montres Epos SA (nachfolgend: Epos) bringt in einer Stellungnahme zur evR I vor, dass das Unternehmen bei den vorgesehenen Liefermengen und Zeiträumen spätestens im Jahr 2015 schliessen müsste. Epos könne nicht auf Quarz-Uhren ausweichen und bekomme als langjähriger Kunde von ETA nur wenige Werke von Sellita. Bezüglich des Service Après-Vente macht Epos geltend, dass dieser üblicherweise 20 Jahre aufrechtzuerhalten sei, nicht nur 10 Jahre. Epos schlägt in ihrer Stellungnahme vor, die langjährigen Kunden von mechanischen Uhrwerken von ETA besser zu behandeln als neuere Kunden.⁴⁶⁹

468. Maurice Lacroix stellt fest, dass die evR I den Marktgegebenheiten besser entspreche als der Entwurf dazu. Maurice Lacroix macht insbesondere geltend, dass die unter Ziffer 3b der evR I genannten Unternehmen eine wichtige Rolle bei der Versorgung von Uhrenmarken einnehmen würden. Diese schlechter stellen hiesse, auch deren Abnehmer von ETA-Werken schlechter zu stellen.⁴⁷⁰

469. Montres Tudor SA bringt vor, dass ETA und Nivarox bei Uhrwerken und Assortiments Quasi-Monopole innehätten. Vor diesem Hintergrund und angesichts der hohen Marktzutrittsschranken sei es zweifelhaft, ob in 5-8 Jahren in diesen Bereichen ein wettbewerblicher Markt bestehen werde. Die evR I erlaube es Swatch Group zudem, sich nach Ablauf der Übergangsperiode auf den relevanten Märkten frei zu verhalten und Lieferungen zu verweigern, ungeachtet ihrer tatsächlichen Marktposition. Swatch Group werde aber nach Ablauf der evR I sicherlich noch in einer marktbeherrschenden Stellung sein, wäre aber von der Anwendung von Art. 7 KG ausgenommen. Die Wettbewerbsbehörden müssten deshalb während oder nach Ablauf der Übergangsperiode die Marktverhältnisse erneut analysieren. Schliesslich sei es nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, über die zukünftige Entwicklung der relevanten Märkte zu spekulieren und Regelungen abzuschliessen, welche zum Ziel hätten, die Strukturen der Märkte zu verändern. Die evR I stehe deshalb bereits aus grundsätzlichen Überlegungen im Widerspruch zum Kartellgesetz und stelle eine Bedrohung für die gesamte Schweizer Uhrenindustrie dar.⁴⁷¹

470. Chopard ist der Meinung, die evR I sei in der vorliegenden Form akzeptabel. Chopard betont, dass die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen in Ziffer 4b der evR I sehr wichtig sei für unabhängige Unternehmen, um gegenüber den grossen Gruppen konkurrenzfähig bleiben zu können.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Vgl. act. n° 854.

⁴⁶⁸ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Titoni sowie Beilage 7.

⁴⁶⁹ Vgl. act. n° 808.

⁴⁷⁰ Vgl. act. n° 813.

⁴⁷¹ Vgl. act. n° 819.

⁴⁷² Vgl. act. n° 837.

471. Anlässlich der von der WEKO durchgeführten Anhörungen vom 10. Juni 2013 (vgl. oben Rz 68) machten mehrere der angehörten Marktteilnehmer geltend, die vorgesehenen Lieferfristen seien allgemein zu kurz und die vorgesehenen Liefermengen zu gering (Ziffer 3 evR I). Gewisse Unternehmen würden deshalb existentiellen Problemen gegenüber stehen. Mehrere der angehörten Marktteilnehmer brachten zudem vor, dass die Uhrwerke von Soprod aufgrund der hohen Preise momentan keine echte Alternative zu ETA-Werken seien. Die meisten der angehörten Marktteilnehmer brachten weiter vor, dass die Schlechterstellung von Abnehmern mit eigener Uhrwerksproduktion (Ziffer 3b evR I) im Lichte von Art. 7 KG unverständlich sei und dadurch würde Sellita sowie diejenigen Abnehmer von ETA-Werken, welche via Sellita einkauften, zusätzlich benachteiligt. In Bezug auf Assortiments unterstrichen mehrere der angehörten Unternehmen, dass es heute keine Alternativen gebe, welche in Punkto Qualität, Preis und Menge mit Nivarox konkurrenzfähig seien (Ziffer 3c evR I). Darüber hinaus sei Sigatec aufgrund eines Patentstreits blockiert.⁴⁷³

472. Darüber hinaus brachte Oris vor, dass sie einst zur ASUAG/SSIH gehörten und diese die Werkproduktion bei Oris stillgelegt haben. Nach dem Management Buy-out am 01.04.1982 habe die ASUAG/SSIH dann verlangt, dass Oris Werke bei ETA kaufe. Swatch Group wolle Oris nun zu grossen, riskanten Investitionen zwingen, was die Produkte von Oris verteuern würde. Zudem könne Oris von Sellita nicht alle notwendigen Kaliber beschaffen.⁴⁷⁴

473. Sigatec machte anlässlich der Anhörungen vor der WEKO darauf aufmerksam, dass sie die Kapazitäten relativ langsam erhöhen werden, und die Preise deshalb auch nur langsam sinken würden. Sigatec unterstrich die Bedeutung von Skaleneffekten und betonte, dass bei der Produktion von Assortiments eine lange Lernkurve bestehen würde. Sigatec unterstrich betreffend Silizium-Patentstreit, dass Sigatec mit den drei Nutzern des CSEM-Patents eine einvernehmliche Lösung anstrebe.⁴⁷⁵

474. Tag Heuer gab im Zusammenhang mit der Verwendung von Seiko-Assortiments an, dass sie Assortiments vorzugsweise in der Schweiz kaufen würde, wenn eine entsprechende Möglichkeit bestehen würde.⁴⁷⁶

475. Die Festina Gruppe (Soprod und mhvj) regte an, dass es Swatch Group möglich sein sollte, die Preise zu erhöhen. Dies würde es alternativen Anbietern erleichtern, mit ETA resp. Nivarox in Konkurrenz zu treten.⁴⁷⁷

B.4.3 Nichtgenehmigung der evR I

476. Am 8. Juli 2013 legte das Sekretariat der WEKO die vorstehend mit Swatch Group abgeschlossene evR I (vgl. oben Rz 414) zur Genehmigung vor. Nach Beratungen zu den einzelnen Klauseln und gestützt auf die im Recht liegenden Akten kam die WEKO zur Überzeugung, dass die evR I in der vorgelegten Form nicht genehmigt werden kann. Dies im Wesentlichen aus den folgenden Gründen:

- Angesichts der aktuellen Marktsituation sowie der schwer vorhersehbaren Marktentwicklung und im Lichte des schwelenden Patentrechtsstreits betreffend Silizium-Spiralen (vgl. oben Rz 238 ff.)

erachtet die WEKO eine einvernehmliche Regelung betreffend ein Phasing-Out für Assortiments als verfrüht. Die WEKO schliesst zwar ein Phasing-Out für Assortiments nicht grundsätzlich aus, die Aufnahme entsprechender Verhandlungen mit Swatch Group hängt aber massgeblich von der Marktentwicklung sowie vom weiteren Verlauf des hängigen Patentrechtsstreits betreffend Silizium-Spiralen ab.

- Die Ungleichbehandlung von Sellita beim Bezug von mechanischen Uhrwerken, wonach die zu liefernden Mindestmengen stärker gekürzt und in zeitlicher Hinsicht schneller eingestellt werden sollten als bei den übrigen Kunden von ETA, lässt sich aus Sicht der WEKO in der vorgesehenen Form sachlich nicht rechtfertigen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil einige Uhrenmarken mechanische Uhrwerke (auch ETA-Uhrwerke) fast ausschliesslich von Sellita beziehen.
- Schliesslich sind die vorgesehenen Reduktionsschritte für mechanische Uhrwerke im Vergleich zu denjenigen, welche im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen bereits umgesetzt wurden, im Lichte der sich abzeichnenden Entwicklungen im Markt für mechanische Uhrwerke von der WEKO als zu einschneidend beurteilt worden.

477. Die WEKO genehmigte die vom Sekretariat mit Swatch Group abgeschlossene evR I nicht und wies die Sache an das Sekretariat zurück, verbunden mit der Anweisung, Neuverhandlungen mit Swatch Group über den Abschluss einer neuen einvernehmlichen Regelung aufzunehmen. Als Leitplanke gab die WEKO vor, eine einvernehmliche Regelung nur noch für mechanische Uhrwerke abzuschliessen, Sellita gleich zu behandeln wie die anderen Kunden von ETA, die Reduktionsschritte in weniger stark abfallenden prozentualen Schritten auszugestalten sowie verschiedene Bestimmungen wie bspw. die Regelung des Service Après Vente ersatzlos zu streichen. Was Bestellungen für das Jahr 2014 angeht, so liess die WEKO durchblicken, dass sie eine weitere Reduktion der zu liefernden Mindestmengen um 10 % auf 75 % der Referenzmenge akzeptieren würde.

478. Das Sekretariat bzw. der Präsident der WEKO informierte Swatch Group über die Nichtgenehmigung der evR I. Die Kunden von ETA und Nivarox wurden am 12. Juli 2013 mit einer Pressemitteilung informiert.⁴⁷⁸

⁴⁷³ Vgl. act. n° 942.

⁴⁷⁴ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Oris sowie Beilage 8.

⁴⁷⁵ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Sigatec sowie Beilage 6.

⁴⁷⁶ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Tag Heuer.

⁴⁷⁷ Vgl. act. n° 942, Anhörungsprotokoll Festina Gruppe.

⁴⁷⁸ Vgl. act. n° 929.

B.4.4 Neue einvernehmliche Regelung (evR II)

479. Das Sekretariat nahm daraufhin mit Swatch Group Kontakt auf; am 14. August 2013 fand in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats ein erstes Gespräch statt. An diesem informierte das Sekretariat Swatch Group über die Gründe für die Nichtgenehmigung der evR I durch die WEKO und erläuterte dabei insbesondere die drei Hauptpunkte (vgl. oben Rz 476). Der Vertreter der Swatch Group erläuterte daraufhin ihre Position. Schliesslich schloss das Sekretariat mit Swatch Group die neue einvernehmliche Regelung (nachfolgend: evR II) mit dem folgenden Wortlaut ab:⁴⁷⁹

„Vereinbarungen:

1) Geltungsbereich:

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

2) Grundsätzliches

- a ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.
- b Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restliefermengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.
- c Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.
- d Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80% der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50 % der ihm zustehenden Mengen, darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50 % kürzen.
- e Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.
- f Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.
- g Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.

3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

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

2014 und 2015: 75 % der Referenzmenge

2016 und 2017: 65 % der Referenzmenge

2018 und 2019: 55 % der Referenzmenge

Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.

4) Abweichende Vereinbarungen

- a Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu. Diese Abweichungen sind durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu genehmigen.
- b Abweichende Vereinbarungen zugunsten von einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nur für unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörigen KMUs erfolgen, welche sich aufgrund der Lieferkürzungen in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden. Solche Vereinbarungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis vorgelegt werden.

Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁴⁸⁰ verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

5) Preise

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

6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

- a Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorgenommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA verbindlich.
- b Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA ist ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht.⁴⁸¹
- c Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, hat ETA die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.

⁴⁷⁹ Vgl. act. n° 955.

⁴⁸⁰ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

⁴⁸¹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

- d *Bestellbestätigungen haben von ETA spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestellungseingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.*
- e *Kunden geben ETA ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.*
- f *Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begründeter Form bekannt zu geben. Gleichzeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.*
- g *ETA kann ihre heute gültigen AGB's während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen.*
- Bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Zusammenarbeit mit einem Kunden objektiv unzumutbar machen, kann ETA den Liefervertrag vorzeitig auflösen. Swatch Group informiert die Wettbewerbsbehörden gleichzeitig wie den Kunden über einen derartigen Schritt und die Gründe, die dazu geführt haben.*
- h *Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA bleiben vorbehalten.*

7) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

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

- a *der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt,*
- b *alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,*
- c *sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.*

8) Überprüfung der Auflagen

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

9) Verfahrensabschluss

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

480. Die evR I wurde, neben den drei wesentlichsten Punkten (vgl. oben Rz 476), in verschiedener Hinsicht abgeändert bzw. gekürzt: So wurde die Präambel ersatzlos gestrichen, da sie weder für das Verständnis

noch für die Auslegung der evR II erforderlich ist. Des Weiteren wurde die Definition der KMUs modifiziert, d.h. die Anlehnung an das Fusionsgesetz fallengelassen, weil das Fusionsgesetz für die Auslegung der evR II nicht geeignet ist (vgl. oben Rz 438 und 465). Schliesslich wurde auch die Regelung des Service Après-Vente ersatzlos gestrichen, da dieser mit dem Phasing-Out für mechanische Uhrwerke in keinem direkten Zusammenhang steht. Anzufügen gilt es an dieser Stelle, dass allgemeine (bilaterale) Streitigkeiten zwischen ETA und ihren Kunden, welche überwiegend das vertragliche Verhältnis beschlagen, in erster Linie nach den einschlägigen vertrags- und obligationenrechtlichen Bestimmungen zu regeln sind.

481. Sellita und LJP tragen in ihren Stellungnahmen vor, dass die evR II in der vorliegenden Form nicht zu genehmigen sei. LJP zufolge, weil ihrer Ansicht nach die Reduktionsschritte zu knapp und zu kurz bemessen seien. Daneben kritisiert LJP andere Aspekte der evR II z.B. die Anpassung der AGB's, die Lösungsmöglichkeit des Vertragsverhältnisses wegen objektiver Unzumutbarkeit und die Fälschungsbekämpfungsmassnahmen.⁴⁸²

482. Sellita kritisiert zunächst, dass sie sich nicht zum Entwurf der evR II äussern können und damit ihr rechtliches Gehör verletzt sei. In diesem Zusammenhang macht Sellita darauf aufmerksam, dass sie zum vollständigen Antrag des Sekretariats Stellung nehmen könne, was auch einen allfällig vorhandenen sog. „fil rouge“ umfasse. Daneben beantragt Sellita im Wesentlichen, dass die WEKO eine Lieferverpflichtung für Nivarox verfügen solle, welche mindestens für den Zeitraum 2014–31. Dezember 2025 gelten soll. Daneben solle die WEKO verfügen, dass die Lieferpflichten von ETA und Nivarox über den 31. Dezember 2019 resp. 31. Dezember 2025 hinaus verlängert werden können, wenn ETA bzw. Nivarox auf den relevanten Märkten immer noch über marktbeherrschende Stellungen verfügen sollten.⁴⁸³

483. Was die Kritik von LJP betreffend die Reduktionsschritte angeht, so kann festgehalten werden, dass die in der evR II festgehaltenen Reduktionsschritte in Verbindung mit den Auf- und Ausbauplänen aktueller und potentieller Konkurrenten zu betrachten sind. Die WEKO beurteilte diese Schritte als den Marktverhältnissen entsprechend verhältnismässig. Den übrigen Vorbringen von LJP ist entgegen zu halten, dass allfällige Anpassungen der AGB's den Grundsätzen der evR II nicht widersprechen dürfen und damit den Bedenken von LJP weitestgehend Rechnung getragen wird. Das Gesagte gilt auch für die Lösungsmöglichkeit infolge objektiver Unzumutbarkeit, welche von Swatch Group gleichzeitig einem betroffenen Kunden und den Wettbewerbsbehörden in begründeter Form mitzuteilen ist. Sollte eine solche Auflösung aus kartellrechtlicher Sicht problematisch

⁴⁸² Vgl. act. n° 1005.

⁴⁸³ Vgl. act. n° 1004.

sein, haben die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zu reagieren. Die Bestimmung in der evR II betreffend Fälschungsbekämpfungsmassnahmen besagt einzig, dass sich ETA die Wahrung von entsprechenden Massnahmen vorbehält, ein (konkreter) Nachteil für Kunden von ETA ist nicht ersichtlich.

484. Die Vorbringen von Sellita stossen ins Leere: Die Neuverhandlungen mit Swatch Group (nach der Nichtgenehmigung der evR I durch die WEKO) erfolgten entsprechend den Leitplanken der WEKO. Es wurde nicht von Grund auf eine neue einvernehmliche Regelung ausgehandelt, sondern die nicht genehmigte evR I wurde lediglich in einzelnen Punkte angepasst. Sellita hatte die Möglichkeit, zum überarbeiteten Antrag des Sekretariats, in welchem die evR II mitenthalten ist, Stellung zu nehmen. Inwiefern das rechtliche Gehör von Sellita verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich. Der Vollständigkeit halber kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass es in diesem Untersuchungsverfahren keinen sog. „fil rouge“ gibt. Ferner ist der Antrag von Sellita betreffend Verfügung einer Lieferpflicht für Nivarox abzuweisen, da durch die Nichtgenehmigung der evR I in Bezug auf die Lieferung von Assortiments der Status quo ante gilt, d.h. Nivarox muss ihre Kunden im Rahmen ihrer Produktionskapazitäten mit Assortiments beliefern. Damit ist die Statuierung einer Lieferverpflichtung für Assortiments im Rahmen dieser Verfügung als obsolet zu betrachten. Das eben Gesagte gilt auch in Bezug auf die Anträge von Sellita für die Verlängerungsmöglichkeit der Lieferverpflichtung(en), denn über diese Möglichkeit verfügt die WEKO bereits von Gesetzes wegen (vgl. oben Rz 405).

485. Zusammen mit der Einreichung der unterzeichneten evR II liess Swatch Group dem Sekretariat eine Absichtserklärung betreffend die Lieferungen von Assortiments und ein zukünftiges Phasing-Out zukommen.⁴⁸⁴ Der Wortlaut der Absichtserklärung lautet 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.“

486. Swatch Group erklärt, sie wolle mit der Absichtserklärung verhindern, dass die Abnehmer von Assortiments und die sich konstituierenden Konkurrenten darauf vertrauen, auf unbestimmte Zeit mit Assortiments beliefert zu werden. Andernfalls bestehe das Risiko, dass der aufkeimende Wettbewerb zerstört und die bestehenden Marktpositionen betoniert werden.⁴⁸⁵

487. LJP lehnt die Absichtserklärung grundsätzlich ab, da Swatch Group damit versuche, die Nichtgenehmigung der evR I in verschiedener Hinsicht zu relativieren. LJP beantragt, die Absichtserklärung sei von der WEKO als unzulässig und als für die WEKO unverbindlich zu bezeichnen.⁴⁸⁶

488. Die WEKO hat die Vorbringen von LJP gehört und hält diesbezüglich fest, dass es sich bei der Absichtserklärung von Swatch Group um eine einseitige Erklärung handelt, welche lediglich zur Kenntnis genommen wird. Weder die WEKO noch das Sekretariat haben die Absichtserklärung inhaltlich auf ihre Wettbewerbskonformität hin geprüft oder diese (direkt oder indirekt) gutgeheissen. Die Wettbewerbsbehörden bleiben somit frei und behalten sich explizit vor, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen können, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen.

489. Bezogen auf die von Swatch Group beabsichtigten Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments steht es Swatch Group jederzeit frei, mit dem Sekretariat diesbezüglich Kontakt aufzunehmen, wenn es die Marktverhältnisse nahe legen, d.h., wenn sich die Marktverhältnisse entsprechend den vorstehenden Prognosen (vgl. oben Rz 176 ff.) (früher als erwartet) entwickeln sollten und Swatch Group dies entsprechend dokumentiert. Im Lichte der Nichtgenehmigung der evR I (vgl. oben Rz 476) verfolgt die WEKO die Marktverhältnisse, insbesondere den weiteren Verlauf des hängigen Patentrechtsstreits. Diese Entwicklungen sind ausschlaggebend dafür, zu welchem Zeitpunkt Swatch Group mit den Wettbewerbsbehörden Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments aufnehmen kann.

490. Deshalb geht die WEKO derzeit davon aus, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA bestehen bleibt. Vorbehalten bleiben wesentliche Veränderungen der Marktverhältnisse, welche zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar waren bzw. abzuschätzen sind. Die

⁴⁸⁴ Vgl. act. n° 955.

⁴⁸⁵ Vgl. act. n° 986.

⁴⁸⁶ Vgl. act. n° 1005.

im überarbeiteten Antrag des Sekretariats vom 11. September 2013⁴⁸⁷ in Ziffer 1 des Dispositivs enthaltene Befristung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA bis zum 31. Dezember 2019 wird gestrichen. Für die WEKO ist eine zeitliche Begrenzung der Dauer der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem relevanten Markt nicht angebracht, weil diesbezüglich zuverlässigere Informationen zu den Marktentwicklungen erforderlich wären, die zum jetzigen Zeitpunkt nicht verfügbar sind. Sollten sich die Marktverhältnisse aber in wesentlichem Umfang tatsächlich verändern (weil bspw. alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Produkte zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten) hat Swatch Group das Recht, bei der WEKO die Abänderung der Ziffern 3 und 4 der evR II und damit die Aufhebung der Ziffer 1 des Dispositivs begründet zu beantragen (vgl. oben Rz 476, Ziffer 7 evR II).

491. Sofern sich die Marktverhältnisse wie gemäss derzeitigem Erkenntnisstand entwickeln, wird es ab Anfang 2020 genügend alternative Angebote zu den Uhrwerken von ETA auf dem Markt geben, welche die Nachfrage der Uhrenhersteller zu befriedigen vermögen. In diesem Sinne und im Lichte der sich abzeichnenden Marktentwicklungen im Bereich mechanischer Uhrwerke (vgl. oben Rz 173 ff.) stellt sich ab dem 1. Januar 2020 die Frage einer Lieferpflicht nicht mehr. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 KG (vgl. oben Rz 405 ff.), falls sich die Marktverhältnisse nicht wie angenommen entwickeln sollten und ab 2020 nicht genügend Uhrwerke für die Uhrenhersteller auf dem Markt verfügbar wären. Ein Widerruf oder eine Änderung der evR II wären aber dann nicht angezeigt, wenn sich die betroffenen Uhrenhersteller nicht in genügendem Ausmass um alternative Lösungen bemüht hätten.

B.4.5 Inkraftsetzung

492. Die WEKO hat für die Dauer der vorliegenden Untersuchung vorsorgliche Massnahmen angeordnet und diese mit der Swatch Group im Sinne von Art. 29 KG einvernehmlich geregelt. Die entsprechende Verfügung wurde von der WEKO am 6. Juni 2011 verabschiedet und trat sofort in Kraft, da einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen wurde. Mit Verfügung vom 7. Mai 2012 wurden die vorsorglichen Massnahmen von der WEKO bis zum 31. Dezember 2013 verlängert.

493. Die derzeit geltenden vorsorglichen Massnahmen (inklusive die mit Swatch Group abgeschlossene einvernehmliche Regelung) wurden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem BVGer als geeignete und erforderliche Massnahme zum Schutz des Wettbewerbs während der Untersuchung beurteilt, welche auch in zeitlicher Hinsicht nicht als unangemessen erscheine.⁴⁸⁸

494. Sellita bringt diesbezüglich vor, dass die Feststellungen der WEKO in besagtem Urteil des BVGer nicht als richtig befunden worden seien. Das BVGer habe in dieser Sache über eine vorsorgliche Massnahme entschieden. In solchen Fällen erfolge nur eine summarische Prüfung und es werde kein voller Beweis geführt.⁴⁸⁹

495. Die evR II zwischen dem Sekretariat und Swatch Group vom 9. September 2013 (vgl. oben Rz 479) tritt mit sofortiger Wirkung in Kraft und ersetzt die Verfügungen vom 6. Juni 2011 bzw. 7. Mai 2012. Angesichts des Umstandes, dass die Kunden von ETA und Nivarox die benötigten Mengen an Uhrwerken und Assortiments in der Regel mehrere Monate im Voraus bestellen müssen⁴⁹⁰ und, dass hinsichtlich Bestellungen für das Jahr 2014 verschiedene Fragen von Kunden von ETA aufgekomen sind⁴⁹¹, wurde diesen zeitgleich mit dem Versand des modifizierten Antrags an die Verfahrensparteien, die mit Swatch Group getroffene evR II vom 9. September 2013 (vorbehältlich der Genehmigung der WEKO) zugestellt.

C Kosten

496. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴⁹² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

497. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁴⁹³

498. Das vorliegende Verfahren wurde von Swatch Group angestrebt: Swatch Group hat ihre Absicht zum Lieferstopp öffentlich kundgetan und ist anschliessend in dem Zusammenhang auf das Sekretariat zugekommen (vgl. oben Rz 9) und hat von Beginn weg signalisiert, mit den Wettbewerbsbehörden eine Lösung für die Beseitigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, welche vom beabsichtigten Lieferstopp ausgehen, finden zu wollen. Swatch Group hat das Verfahren angestrebt und somit verursacht, folglich werden die Gebühren im Sinne des Verursacherprinzips der Swatch Group auferlegt.

499. 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).

500. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 2'678,3 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 485'812.–.

⁴⁸⁷ Vgl. act. n° 957–959.

⁴⁸⁸ Vgl. act. n° 483, S. 10.

⁴⁸⁹ Vgl. act. n° 866, S. 20.

⁴⁹⁰ Vgl. RPW 2011/3, 407 Rz 51, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁹¹ Vgl. act. n° 790, 930, 998 und 1006.

⁴⁹² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁹³ Vgl. Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass ETA SA Manufacture Horlogère Suisse auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat.
2. Es wird festgestellt, dass Nivarox-FAR SA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung innehat.
3. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende, von der The Swatch Group AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 9. September 2013:

„Vereinbarungen:

1) Geltungsbereich

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

2) Grundsätzliches

- a *ETA liefert in Zukunft weiterhin mechanische Uhrwerke in untenstehendem Umfang an ihre bisherigen Kunden. Die unten genannten Mengen sind in keinem Fall als Abnahmeverpflichtung des Kunden zu verstehen.*
- b *Die Referenzmenge ist der Durchschnitt der in den Jahren 2009-2011 effektiv gelieferten Mengen an mechanischen Uhrwerken (inkl. Restliefermengen Ebauches). In Fällen, in denen die effektiv gelieferten Mengen an einen Kunden nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ist die für den Kunden vorteilhaftere (d.h. höhere) Menge massgebend.*
- c *Als Kunde gilt jeder Abnehmer, welcher in den Jahren 2009-2011 bei ETA mechanische Uhrwerke bezog.*
- d *Unterschreitet ein Kunde in einem Jahr die ihm zustehende Bezugsmenge, so bleibt er frei, in den Folgejahren die unter Ziffer 3 festgelegten Mengen zu beziehen. Dies gilt nicht für Kunden, welche in zwei aufeinanderfolgenden Jahren weniger als je 80 % der ihnen zustehenden Menge beziehen. In einem solchen Fall ist ETA berechtigt, die Bezugsmenge des Kunden nach Ziffer 3 anteilmässig zu kürzen: Bestellt ein Kunde bspw. in zwei aufeinanderfolgenden Jahren je nur 50 % der ihm zustehenden Mengen, darf ETA in den Folgejahren die dem Kunden nach Ziffer 3 dieser Regelung zustehenden Mengen um 50 % kürzen.*
- e *Verzichtet ein Kunde freiwillig und dauerhaft auf die ihm zustehenden Bezugsmengen und teilt dies ETA schriftlich mit, ist ETA nach vorheriger Information an die Wettbewerbsbehörden von der Lieferpflicht nach Ziffer 3 befreit.*
- f *Jeder Kunde bleibt in der Wahl der Produkte innerhalb derselben bisher gelieferten Kaliberfamilie frei. ETA ist nicht berechtigt, Kunden in der Wahl der bestellten Produkte innerhalb derselben Kaliberfamilie einzuschränken. Sollte dies aus ausserordentlichen, produktionsbedingten Gründen nicht möglich sein, bietet ETA betroffenen Kunden eine alternative Lösung an.*
- g *Bestellt ein Kunde sowohl mechanische Uhrwerke als auch Assortiments bei Nivarox, dürfen die jeweiligen*

Bestellungen in keinerlei Hinsicht aneinander gekoppelt, d.h. in irgendeiner Hinsicht voneinander abhängig gemacht werden.

3) Dauer und Umfang der Lieferverpflichtung

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

2014 und 2015: 75 % der Referenzmenge

2016 und 2017: 65 % der Referenzmenge

2018 und 2019: 55 % der Referenzmenge

Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr.

4) Abweichende Vereinbarungen

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

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

Unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige KMU in diesem Sinne sind Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁴⁹⁴ verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben.

5) Preise

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

6) Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen

Es gelten die nachfolgenden Bestellmodalitäten und Bezugsbedingungen:

- b *Swatch Group verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass ETA mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung) vornehmen. Ausgenommen sind Kleinkunden, bei denen eine solche Planung bisher nicht vorgenommen wurde. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind sowohl für die Kunden als auch für ETA verbindlich.*
- d *Kunden sind verpflichtet, die bestellten Mengen abzunehmen. ETA ist ihrerseits verpflichtet, die bestellten Mengen zu liefern. Ansonsten gelten die Regeln über den Verzug gemäss Obligationenrecht⁴⁹⁵.*

⁴⁹⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

⁴⁹⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

- e Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt und wurden entsprechende Kunden mit eingeschriebenem Brief gemahnt und ihnen eine Nachfrist im Umfang der ursprünglichen Zahlungsfrist gesetzt, hat ETA die Möglichkeit, weitere Lieferungen zurückzubehalten, bis der Zahlungsverzug behoben ist.
- e Bestellbestätigungen haben von ETA spätestens innerhalb von acht Wochen nach dem Datum des Bestellungseingangs zu erfolgen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ist die Frist von acht Wochen für die Bestätigung von Bestellungen im Hinblick auf die Produktions- und Mengenplanung als angemessen zu betrachten.
- e Kunden geben ETA ihren Mengenbedarf für das Folgejahr bis spätestens 30. Juni an; in ausserordentlichen und begründeten Fällen werden spätere Bestellungen entgegengenommen, spätestens jedoch bis zum 30. September.
- f Bestätigte Liefermengen und -termine sind für ETA grundsätzlich verbindlich. Lieferverzögerungen sind Kunden von ETA acht Wochen, spätestens aber vier Wochen vor dem bestätigten Liefertermin in begründeter Form bekannt zu geben. Gleichzeitig ist ein neuer, verbindlicher Liefertermin zu nennen.
- g ETA kann ihre heute gültigen AGB's während der Dauer dieser Vereinbarung revidieren und mit allgemein üblichen kommerziellen Klauseln ergänzen. Solche Anpassungen dürfen den Regeln und Grundsätzen dieser Vereinbarung jedoch nicht widersprechen.
- Bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Zusammenarbeit mit einem Kunden objektiv unzumutbar machen, kann ETA den Liefervertrag vorzeitig auflösen. Swatch Group informiert die Wettbewerbsbehörden gleichzeitig wie den Kunden über einen derartigen Schritt und die Gründe, die dazu geführt haben.
- h Die Wahrnehmung von Fälschungsbekämpfungsmassnahmen der ETA bleiben vorbehalten.

7) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse

Sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, hat Swatch Group das Recht bei der WE-

KO die Abänderung der Ziffer 3 dieser Regelung begründet zu beantragen. Davon ist auszugehen, wenn beispielsweise:

- a der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt,
- b alternative Anbieter mechanischer Uhrwerke in genügendem Ausmass technisch gleichwertige Substitute zu den Produkten von ETA zu markt- und branchenüblichen Preisen anbieten,
- c sich neue Technologien oder Werkstoffe zu Standardtechnologien auf dem relevanten Markt entwickeln, vorausgesetzt, es sind alternative Anbieter solcher Produkte in genügendem Ausmass auf dem Markt tätig.

8) Überprüfung der Auflagen

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

9) Verfahrensabschluss

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

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt 485'812 Franken werden der The Swatch Group AG auferlegt.
5. Diese Verfügung ersetzt mit sofortiger Wirkung die Verfügungen der WEKO vom 6. Juni 2011 bzw. 7. Mai 2012.
6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - The Swatch Group AG, in Biel;
 - Manufacture La Joux-Perret SA, vertreten durch [...] und
 - Sellita Watch Co SA, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. November 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. November 2013

1. Am 25. Oktober 2013 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, gemäss welchem Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) die Mehrheit des Aktienkapitals und der Kontrolle über die Ziegler Druck und Verlags AG (nachfolgend: ZDV) übernehmen wolle.¹

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.²

3. ZDV ist ein Medienunternehmen, das im Bereich der Print- und Online-Medien und im Akzidenzdruck tätig ist.³ ZDV ist Herausgeberin der bezahlten Tageszeitung «Der Landbote». Unter dem Domain-Namen «landbote.ch» betreibt ZDV eine News-Site. ZDV hält zudem 100% der Aktien der Aktiengesellschaft des Winterthurer-Stadtanzeigers (nachfolgend: WS-AG). WS-AG ist Herausgeberin der Gratiszeitung «Winterthurer Stadtanzeiger». Zur ZDV gehört zudem die Stiftung «Zusatzfonds der Ziegler Druck und Verlags-AG».

4. Per Aktienkaufvertrag plant Tamedia 70.5 % des Aktienkapitals an ZDV zu übernehmen. Bereits heute hält Tamedia 20 % des Aktienkapitals.⁴ Die übrigen 9.5 % werden durch eine weitere Privatperson gehalten, welche jedoch über keine Kontrollrechte verfügt.

5. Es handelt sich vorliegend um einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251), bei welchem Tamedia die alleinige Kontrolle über die ZDV übernimmt.

6. Im Aktienkaufvertrag haben die Parteien vereinbart, dass bis zum Abschluss der Transaktion keine wesentli-

chen Änderungen am Geschäft durchgeführt werden dürfen.⁵ Zudem wurden Geheimhaltungspflichten und ein zeitlich beschränktes Konkurrenzverbot für leitende Mitarbeiter vereinbart.⁶ Diese Nebenabreden bewegen sich allesamt in dem für einen Zusammenschluss üblichen Rahmen, weshalb sie als zulässige Nebenabreden zu qualifizieren sind.

7. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen ist das Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 Abs. 4 KG dennoch meldepflichtig, da ZDV auf dem Markt für nationale Printfirmenwerbung, Newssites sowie Rubrikanzeigenmärkten tätig ist. Diese Märkte sind dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionalen Tageszeitungen in der Region Genf und Lausanne, auf welchen eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia (bzw. Edipresse-Gruppe) rechtskräftig festgestellt worden ist, benachbart.

8. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens wurden die Lesermärkte für Tageszeitungen sowie für Gratiszeitungen/-Anzeiger, die Rubrikanzeigen-Märkte, die Märkte für Ankündigungsanzeigen, die Märkte für News Sites, die Märkte für Printfirmenwerbung, die Märkte für Online-Firmenwerbung sowie der Markt für Akzidenzdruck abgegrenzt und die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf diese Märkte geprüft. Aufgrund der Besonderheit des Zusammenschlussvorhabens wurden die Auswirkungen auf den Märkten in räumlicher Hinsicht sprachregional (Deutschschweiz), regional (WG 43) und lokal (Stammgebiet von ZDV) geprüft.

9. Aufgrund der Marktanteile in den jeweiligen Märkten ergaben sich insgesamt 31 betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. D VKU: Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Lesermarkt für Gratisanzeigen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Nutzermarkt für News-Sites in der Deutschschweiz, im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz, im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Leser/Nutzer von

¹ Meldung vom 25. Oktober 2013 (nachfolgend Meldung), Rz 36.

² Meldung, Rz 3 ff.

³ Meldung, Rz 9 ff.

⁴ Meldung, Rz 36 f.

⁵ Aktienkaufvertrag Ziff. 8.3.

⁶ Aktienkaufvertrag, Ziff. 12.3 und 12.8.

(Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz, im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV, Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz und Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für lokale/regionale statische Werbeformen im Stammgebiet.

10. Die Lesermärkte für Tageszeitungen umfassen auf der Angebotsseite Verlage, die Tageszeitungen zum Verkauf anbieten und auf der Nachfrageseite Leser von Tageszeitungen. Im WG 43 waren die Marktanteile der im Markt tätigen Akteure relativ konstant. Trotz Marktanteilsadditionen durch den Zusammenschluss kann im WG 43 von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck seitens der anderen Marktteilnehmer ausgegangen werden. Im Stammgebiet von ZDV kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen.

11. Die Lesermärkte für Gratiszeitungen/-Anzeigern umfassen auf der Angebotsseite Herausgeber von Gratiszeitungen/-Anzeigern und auf der Nachfrageseite Leser solcher Medien. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es im WG 43 zu Marktanteilsadditionen. Aufgrund der im Markt bestehenden Wettbewerber im WG 43 kann aber von ausreichendem Wettbewerbsdruck ausgegangen werden. Im Stammgebiet von ZDV kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen.

12. Auf den Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen stehen sich Anbieter eines Mediums für Stellenrubrikanzeigen und Stellensuchende auf der Nachfrageseite gegenüber. In der Deutschschweiz und im WG 43 kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu geringen Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV kann Tamedia durch das Zusammenschlussvorhaben zwar seine starke Marktposition weiter ausbauen, dennoch ist aufgrund der potenziellen Konkurrenz und den im Markt verbleibenden Wettbewerbern von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck auszugehen.

13. Die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien Rubrikanzeigen umfassen als Anbieter Medienbetreiber für Immobilienrubrikanzeigen und als Nachfrager Immobiliensuchende. In der Deutschschweiz und im WG 43 kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu geringen Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV kommt es zwar zu gewissen Marktanteils-

teilsadditionen. Da Immobilien in der Regel auf Internetplattformen schweizweit aufgeschaltet werden, haben diese Marktanteilsadditionen nur wenig Einfluss auf den aktuellen Wettbewerb. Zudem besteht ausreichend aktueller und potenzieller Wettbewerb im Stammgebiet von ZDV.

14. Auf den Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber bzw. Herausgeber eines Mediums für Rubrikanzeigen aller Art (ausser Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) und auf der Nachfrageseite Leser solcher Rubrikanzeigen gegenüber. Im WG 43 kommt es auf diesem Markt zu kaum Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV kommt es zwar zu Marktanteilsadditionen, dennoch bestehen weitere aktuelle Wettbewerber, mit ähnlich hohen Marktanteilen, wie die Zusammenschlussparteien, weshalb von ausreichendem aktuellen Wettbewerb auszugehen ist.

15. Die Märkte für Leser/Nutzer von Ankündigungsanzeigen umfassen auf der Anbieterseite Betreiber bzw. Herausgeber von Medien, auf welchen Ankündigungsanzeigen publiziert werden und auf der Nachfrageseite Leser/Nutzer von Ankündigungsanzeigen. Im WG 43 kommt es in diesem Markt zu kaum Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV haben die Zusammenschlussparteien zwar eine starke Stellung, dennoch bestehen ausreichend Wettbewerber, so dass von aktuellem Wettbewerb auszugehen ist.

16. Betreiber von News-Sites bieten auf den Märkten für News-Sites Lesern online frei zugängliche tagesaktuelle Inhalte an, die eher auf schnell bereitgestellte Basisinformationen als auf Hintergrundberichten basieren und sich so von Tageszeitungen unterscheiden. Sowohl in der Deutschschweiz, im WG 43 als auch im Stammgebiet von ZDV kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben nur zu geringen Marktanteilsadditionen.

17. Im Markt für Print-Firmenwerbung treffen Herausgeber eines Printmediums als Anbieter auf Inserenten von Werbeanzeigen als Nachfrager. In der Deutschschweiz sowie im Stammgebiet von ZDV sind die durch den Zusammenschluss bewirkten Marktanteilsadditionen gering. Im WG 43 kommt es zu Marktanteilsadditionen. Dennoch ist der Gesamtmarkt tendenziell rückläufig. Zudem bewirkt das Zusammenschlussvorhaben im Hinblick auf die bestehenden Angebote kaum Veränderungen, da bereits heute entsprechende Titelkombinationen (z.B. ZRZ-Kombination) für Werbekunden bestehen. Zudem bestehen weiter Wettbewerber im Markt, so dass von einer gewissen aktuellen Konkurrenz auszugehen ist.

18. Auf den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen stehen sich Betreiber bzw. Herausgeber eines Mediums für Stellenanzeigen auf der Angebotsseite und Inserenten auf der Nachfrageseite gegenüber. Im WG 43 kommt es aufgrund des Zusammenschlussvorhabens zu geringfügigen Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV resultieren Marktanteilsadditionen. Dennoch bestehen im Stammgebiet von ZDV aktuelle Wettbewerber, so dass von einem gewissen Mass an aktuellem Wettbewerb auszugehen ist.

19. Die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfassen auf der Anbieterseite Betreiber bzw. Herausgeber von Medien, auf welchen Immobilien-Rubrikanzeigen geschaltet werden können und auf der Nachfrageseite entsprechende Inserenten. In der Deutschschweiz sowie im WG 43 kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu kaum Marktanteilsadditionen. Im Stammgebiet von ZDV kommt es zu bedeutenden Marktanteilsadditionen, dennoch besteht mit Ringier ein ebenso starker Wettbewerber. Zudem bestehen noch zwei weitere Wettbewerber im Markt, so dass von ausreichender aktueller Konkurrenz auszugehen ist.

20. Im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen treffen Betreiber bzw. Herausgeber von Medien, auf denen entsprechende Inserate geschaltet werden können, und entsprechende Inserenten aufeinander. Im WG 43 sowie im Stammgebiet von ZDV kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu kaum Marktanteilsadditionen.

21. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber bzw. Herausgeber von Medien, auf denen Ankündigungsanzeigen geschaltet werden können und auf der Nachfrageseite Inserenten von Ankündigungsanzeigen. Im WG 43 kommt es aufgrund des Zusammenschlussvorhabens zu kaum Marktanteilsadditionen. Im Stamm-

gebiet bewirkt das Zusammenschlussvorhaben Marktanteilsadditionen, dennoch geht von den aktuellen Wettbewerbern noch ein gewisser aktueller Wettbewerbsdruck aus.

22. Auf den Märkten für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen treffen auf der Anbieterseite Betreiber von Websites, die statische Werbeflächen anbieten, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende aufeinander. Sowohl in der Deutschschweiz als auch im Stammgebiet von ZDV kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu kaum Marktanteilsadditionen.

23. Die Analyse der Märkte hat ergeben, dass es in den einzelnen Märkten entweder nicht zu Marktanteilsadditionen kommt oder ausreichender aktueller Wettbewerb herrscht. Zudem sei angemerkt, dass sich zumindest der Online-Bereich noch sehr dynamisch entwickelt und die technischen Hürden eines Markteintritts als klein zu betrachten sind und der Print-Bereich aufgrund eines systematischen Umsatzrückgangs in den letzten Jahren eine strukturelle Konsolidierung erfährt. Dementsprechend bestehen keine Anzeichen, dass durch den Zusammenschluss Tamedia / Ziegler Druck und Verlags AG eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG kann verzichtet werden.

B 2.3	2. Omega SA/René Clémence SA
-------	-------------------------------------

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Januar 2014

1. Am 16. Dezember 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten, welche von der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer bestehenden Meldepflicht eingereicht worden ist. Danach beabsichtigt die Omega SA (nachfolgend: Omega), eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group, 100 % des Aktienkapitals der René Clémence SA (nachfolgend: RCSA) zu erwerben.

2. Die Swatch Group mit Sitz in Biel bezweckt gemäss Handelsregistereintrag „die Beteiligung an in- und ausländischen Unternehmen, insbesondere in den Bereichen Uhren, Uhrwerke, Uhrenkomponenten, Mikroelektronik, Mikromechanik, Telekommunikation, Automobile sowie in verwandten Gebieten“. Die Swatch Group kontrolliert zahlreiche Unternehmen im Bereich der Uhrenindustrie, wobei vorliegend insbesondere die 100%-igen Tochtergesellschaften ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) und Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox) zu nennen sind. Innerhalb der Swatch Group sind die Unternehmen ETA und Comadur SA in der Herstellung von Uhrengläsern tätig.

3. Omega, 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group, mit Sitz in Biel, ist hauptsächlich in der Herstellung von und im Handel mit Uhren, Uhrenbestandteilen, Uhrwerken, Bijouterieartikeln, mechanischen Geräten und deren Komponenten, elektronischen Zeitmessgeräten und -anlagen und deren Komponenten, elektronischen Geräten und deren Komponenten sowie verwandten Artikeln tätig.

4. Die RCSA mit Sitz in La-Chaux-de-Fonds ist ein Kleinunternehmen mit wenig Mitarbeitern und in der Herstellung von (synthetischen) Uhrengläsern tätig. Gemäss Angaben der Swatch Group produziert RCSA hauptsächlich für Marken der Swatch Group, in erster Linie Omega.

5. Gemäss der Swatch Group könne Omega mit der Übernahme der RCSA die bestehenden langjährigen Geschäftsbeziehungen weiter festigen und die Herstellung der für gewisse Modelle verwendeten Uhrengläser für die nächsten Jahre sicherstellen.

6. Vorliegend werden die in Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) genannten Umsatzschwellen gemäss Angaben

der Swatch Group nicht erreicht; es entsteht keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG.

7. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse ungeachtet von Art. 9 Abs. 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

8. Die WEKO hat im Entscheid ETA SA Manufacture Horlogère Suisse¹ für die ETA eine marktbeherrschende Stellung im Bereich Ebauches für in der Schweiz hergestellte, mechanische Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 rechtskräftig festgestellt. Gemäss diesem Entscheid gilt der Markt für fertig montierte Uhrwerke als dem genannten Markt nachgelagert.² Mit Entscheid Swatch Group Lieferstopp³ stellte die WEKO fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat und dass Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung innehat.

9. Die zu übernehmende RCSA ist in der Herstellung von Uhrengläsern tätig. Die WEKO ist der Ansicht, dass der Markt der Herstellung von Uhrengläsern als den oben genannten Märkten nachgelagert oder benachbart zu qualifizieren ist. Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

10. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann in sachlicher Hinsicht von einem Markt für Uhrengläser ausgegangen werden. Die Frage, ob der Markt für Uhrengläser allenfalls in weitere Teilmärkte zu segmentieren wäre (z.B. nach Qualitätsmerkmalen oder nach Preissegmenten), kann offen gelassen werden, da deren Beantwortung auf die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens keinen Einfluss hat. Ob der räumlich relevante Markt europa- oder weltweite Dimensionen hat oder auf die Schweiz einzugrenzen ist, kann mangels Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung vorliegend offen gelassen werden.

¹ Vgl. RPW 2005/1, 142 Ziffer 1 Dispositiv, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

² Vgl. RPW 2005/1, 142 Ziffer 1 Dispositiv, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

³ Vgl. Entscheid der WEKO in der Sache Swatch Group Lieferstopp, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheidung > Swatch Group Lieferstopp: Verfügung vom 21.10.2013, 121 Ziffern 1 und 2 Dispositiv.

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu einer vernachlässigbaren Marktanteilsaddition. Es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) vor.

12. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder eine solche verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind deshalb nicht erfüllt.

B 2.3

3. Migros/Schild

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Januar 2014

1. Am 27. Dezember 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) durch die Tochtergesellschaft Magazine zum Globus AG (nachfolgend: Globus) die alleinige Kontrolle über die Schild-Gruppe zu übernehmen. Die Schild-Gruppe besteht aus der Pontius AG (nachfolgend: Pontius) und der Schild AG (nachfolgend: Schild).

2. Der MGB erbringt innerhalb der Migros-Gruppe (nachfolgend: Migros) zentrale Dienste und hält Tochtergesellschaften. Die Migros, zu der auch Globus und die Denner AG (nachfolgend: Denner) gehören, ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / Non Food) tätig, verfügt über eigene Produktionsbetriebe und ist u. a. in den Bereichen Grosshandel, Freizeit und Wellness, Bankgeschäfte, Treibstoffe und Erdöl sowie Reisen tätig. Die Migros verkauft Bekleidung und Schuhe in Migros-Verkaufsstellen, im Globus, im Herren Globus, in den Verkaufsstellen von SportXX und Ryffel Running sowie in sehr geringem Umfang in den Denner-Verkaufsstellen. Globus ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Migros Beteiligungen AG, die ihrerseits vom MGB kontrolliert wird.

3. Pontius als Holdinggesellschaft hat als einzige Funktion, die 100%-Beteiligung an Schild zu halten. Schild ist in der gesamten Schweiz im Bereich Damen- und Herrenbekleidung tätig und verkauft in geringem Ausmass auch Schuhe.

4. Die Migros bezweckt mit der Übernahme, ihre Aktivitäten im Bekleidungsmarkt auszubauen und Synergieeffekte zwischen Schild und Globus zu erzielen. Damit ein schweizerisches Unternehmen im stark umkämpften Bekleidungsmarkt wettbewerbsfähig sein kann, ist laut Zusammenschlussparteien eine minimale Grösse erforderlich.

5. Viele Bekleidungsanbieter wie Bekleidungsfachgeschäfte, Warenhäuser, Sportgeschäfte, grössere Geschäfte des Lebensmitteldetailhandels und der Online-Handel sind spezialisiert und bedienen nur bestimmte Segmente des Bekleidungsmarktes. So wird z. B. Sport- und Arbeitsbekleidung oftmals in spezialisierten Geschäften angeboten; manche Fachgeschäfte verkaufen nur Damen-, Herren- oder Kinderbekleidung. Eine Grosszahl der Anbieter beschränkt ihr Angebot zudem auf ein bestimmtes Preissegment, wobei sich die ange-

botenen Preissegmente mehr oder weniger stark bezüglich Breite und Preishöhe unterscheiden.

6. Hinsichtlich des Absatzes von Bekleidung kann die genaue sachliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da jede denkbare sachliche Marktabgrenzung das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung nicht verändert. Es ist davon auszugehen, dass der Absatzmarkt für Bekleidung in mindestens drei Absatzmärkte zu unterteilen ist: Einen Absatzmarkt für Sportbekleidung, einen Absatzmarkt für Bekleidung (ohne Sportbekleidung) im mittleren bis gehobenen Preissegment und einen Absatzmarkt für Bekleidung (ohne Sportbekleidung) im günstigeren Preissegment. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nicht zwischen Herren-, Damen- und Kinderbekleidung unterschieden; Accessoires werden zu den jeweiligen Bekleidungsmärkten hinzugezählt. Ferner wird davon ausgegangen, dass der Online-Handel mit Bekleidung der vorab definierten Märkte zum jeweils selben sachlich relevanten Markt gehört wie der stationäre Handel.¹

7. Auch bezüglich Schuhe ist allenfalls eine Segmentierung in Teilmärkte analog zum Bekleidungsmarkt in Betracht zu ziehen. Der Umsatz der Schild-Gruppe beim Absatz von Schuhen ist vernachlässigbar und die Marktanteilsaddition durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im diesem Bereich demnach sehr gering. Somit kann die genaue Marktabgrenzung bezüglich des Absatzes von Schuhen offengelassen werden.

8. In Analogie zur bisherigen Praxis der WEKO² scheint sowohl eine lokale wie auch nationale Betrachtungsweise der Absatzmärkte für Bekleidung bzw. Schuhe angebracht. Zur Vereinfachung wird vorliegend von nationalen Absatzmärkten ausgegangen, da alle wichtigen Anbieter schweizweit tätig und in den Ballungszentren präsent sind. Schlussendlich kann jedoch offengelassen werden, ob allenfalls eine engere oder weitere räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen wäre, weil dies das Ergebnis der vorläufigen Prüfung nicht verändert.

9. Es ist davon auszugehen, dass sowohl die Beschaffung von Bekleidung wie auch die Beschaffung von Schuhen weiter als national sind und so die Marktanteile der beteiligten Unternehmen in diesen Märkten respektive in möglichen engeren sachlich relevanten Märkten relativ gering sind. Auf die genaue sachliche Abgrenzung der Beschaffungsmärkte wird mangels Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung dieses Zusammenschlussvorhabens verzichtet.

¹ In der bisherigen Praxis erachtete die WEKO eine sachlich relevante Abgrenzung nach Absatzkanälen (stationärer Detailhandel und Online-Handel) im Bereich der Elektrogeräte grundsätzlich als nicht gegeben. Ob der Online-Handel als zum gleichen sachlich relevanten Markt zugehörig zu beurteilen ist, wurde letztendlich aber offengelassen. Vgl. RPW 2012/4, 851 Rz 54 ff., *Migros/Galaxus*; RPW 2008/3, 485 Rz 111 f., *Coop/Fust*.

² Vgl. RPW 2008/1, 156 Rz 236 ff., *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff., *Coop/Fust*.

10. Gestützt auf die Gesamtmarktberechnungen der Parteien führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder im hypothetischen Gesamtabsatzmarkt für Bekleidung noch in den segmentierten Absatzmärkten zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4). Im Absatzmarkt für Bekleidung im günstigeren Preissegment und im Absatzmarkt für Sportbekleidung entstehen keine Marktanteilsadditionen, da lediglich Migros in diesen Märkten tätig ist. Basierend auf der Gesamtmarktschätzung des Sekretariats der WEKO³ ist der Absatzmarkt für Bekleidung im mittleren bis gehobenen Segment knapp betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Unter Berücksichtigung des kumulierten Marktanteils der Zusammenschlussparteien beim Absatz von Bekleidung dieses Segments und der Vielzahl weiterer Unternehmen, die in der Schweiz in diesem Markt tätig sind, liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf diesem Markt vor. Im Gesamtabsatzmarkt für Schuhe in der Schweiz entsteht nur eine geringfügige Marktanteilsaddition; dieser Markt ist nicht betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

11. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung⁴ gerichtet.⁵ Demnach sind Konkurrenzverbote nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammenschluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.⁶ Die Zusammenschlussparteien verstehen gemäss Meldung folgende Vereinbarungen als Nebenabreden: [...].

12. Während die Verpflichtungen [...] als Nebenabreden im oben genannten Sinne zu qualifizieren sind, sind die Verpflichtungen [...] in sachlicher Dimension zu weit reichend, [...], und gelten somit nur soweit als Nebenabreden, als sie sich auf den sachlichen Markt beziehen, in welchem die Schild-Gruppe zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung tätig ist.

13. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

³ Diese basiert auf dem Durchschnitt der Schätzungen der im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragten, im schweizerischen Bekleidungsdetailhandel tätigen Konkurrenten. Von den zehn Unternehmen, welche auf den Fragebogen antworteten, schätzten nur deren drei dieses Marktvolumen.

⁴ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. C 56/24 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

⁵ RPW 2013/2, 251 Rz 70, *Orell Füssli/Thalia*.

⁶ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 4), Rz 19 sowie Rz 17, 20, 22 und 23.

B 2.3

4. Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Februar 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Februar 2014

A Sachverhalt**A.1 Verfahren**

1. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 reichten die Zusammenschlussparteien den Entwurf der (erleichterten) Meldung eines Zusammenschlussvorhaben ein. Demnach beabsichtigt Tamedia, über ihre Tochtergesellschaft Starticket AG den Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG zu übernehmen.

2. Das Sekretariat erachtete den Meldungsentwurf mit Schreiben vom 3. Januar 2014 als unvollständig und verlangte zudem weitere Angaben nach Art. 15 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Am 10. Januar 2014 reichte Tamedia die Meldung ein. Mit Schreiben vom 14. Januar 2014 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und verlangte einige zusätzliche Angaben nach Art. 15 VKU. Mit Schreiben vom 21. Januar 2014 reichte Tamedia die zusätzlichen Angaben ein.

A.2 Beteiligte Unternehmen

3. Die Tamedia AG (nachfolgend: „Tamedia“) ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Über ihre Tochtergesellschaft Starticket AG (nachfolgend: „Starticket“) betreibt sie zudem eine Ticketorganisation, welche insbesondere den Vertrieb von Tickets für Veranstaltungen verschiedenster Art sowie die Entwicklung und den Betrieb von Ticketingsoftware umfasst.¹ Tamedia ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.²

4. Die Ticketportal AG betreibt ebenfalls eine Ticketingorganisation. Im Rahmen des sogenannten B2C-Geschäfts, welches vorliegend als Unternehmensteil und damit als beteiligtes Unternehmen gilt (nachfolgend: TicketportalB2C), schliesst Ticketportal Verträge mit Veranstaltern über den Verkauf von Tickets für deren Events ab. Für diese Veranstaltungen verkauft Ticketportal über ihre Verkaufskanäle (vor allem über die Website ticketportal.ch und ferner über die Verkaufsstellen von Ticketportal) Tickets an die Besucher.³ Die Ticketportal AG ist weiter auch im B2B-Geschäft tätig,

welches nicht Gegenstand des Zusammenschlusses ist. Im Rahmen dieses Geschäfts stellt die Ticketportal einem Veranstalter die notwendige technische Infrastruktur (insb. Software) zur Verfügung, damit dieser Tickets für seine Veranstaltungen im Eigenvertrieb selbst verkaufen kann.⁴

A.3 Zusammenschlussvorhaben

5. Die Verträge für die Übernahme von TicketportalB2C liegen noch nicht vor, jedoch sind die wesentlichen Punkte des vorgesehenen Zusammenschlusses in einem Term-Sheet enthalten. Demnach übernimmt Tamedia durch ihre Tochtergesellschaft Starticket von der Ticketportal sämtliche B2C-Verträge mit Veranstaltern, sowie [...] in dem Bereich tätige Mitarbeiter [...].

6. Gemäss Meldung hat sich Ticketportal entschieden, sich aus dem B2C-Geschäft zurückzuziehen und sich vollständig auf das B2B-Geschäft zu konzentrieren. Das heisst Ticketportal wird auch nach dem Zusammenschluss unabhängig von Tamedia weiter auf dem Markt tätig sein.⁵ Starticket hingegen beabsichtigt, die Geschäftstätigkeit im B2C-Geschäft auszubauen und damit eine verbesserte Marktposition zu erlangen, um Ticketcorner entgegenzutreten zu können.⁶

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

9. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b. VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen. Sofern Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens ist, gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

¹ Vgl. RPW 2013/3, 380, *Tamedia/Starticket*.

² Meldung, Rz 3 und 6.

³ Meldung, Rz 10.

⁴ Meldung, Rz 15.

⁵ Schreiben der Tamedia vom 21. Januar 2014, Rz 1.

⁶ Meldung, Rz 28 f.

10. Den Gegenstand der Übernahme bildenden B2C-Verträgen mit Veranstaltern kann direkt ein bestimmter Umsatz zugewiesen werden. Die zu übernehmenden Mitarbeiter sind zudem im B2C-Bereich tätig.⁷ Damit liegt ein Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz vor, welcher als Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 VKU anzusehen ist.

11. Beteiligte Unternehmen nach Art. 3 VKU sind somit die Tamedia und der Geschäftsbereich TicketportalB2C.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Tamedia wird durch Starticket sämtliche B2C-Verträge der Ticketportal AG sowie einige Mitarbeiter übernehmen und somit die Kontrolle über den Unternehmensteil TicketportalB2C erlangen.⁸ Es handelt sich somit vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG), und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:⁹

	Tamedia	TicketportalB2C	insgesamt
Schweiz	1'052	[...]	[...]
Weltweit	1'052	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2012 (in Mio. Fr.)

16. Wie aus der Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

17. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.¹⁰ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia¹¹ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

18. Nach der ständigen Praxis der WEKO gilt ein Markt als benachbart zu einem anderen Markt, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft oder wenn komplementäre Beziehungen vorliegen.¹²

19. Der Geschäftsbereich TicketportalB2C ist neben dem Ticketvertrieb auch auf Märkten für (Print-/Online-)

Ankündigungsanzeigen (etwa per Website, Newsletter oder gedruckter Broschüre) sowie für Online-Firmenwerbung tätig.

20. Die REKO/WEF hat festgehalten, dass sich aufgrund der Ortsunabhängigkeit des Internets auch nationale Internetportale als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten eignen, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen. Daher umfasse der Werbeteilmarkt der Rubrikanzeigen (Kontakte, Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) grundsätzlich Tageszeitungen (u. U. auch lokale Anzeiger) sowie entsprechende Internetportale. Gleiches gelte sinngemäss auch für Ankündigungsanzeigen, welche ebenfalls als „Suchanzeigen“ von Inserenten im Internet platziert werden könnten.¹³

⁷ Meldung, Rz 12.

⁸ Vorbehältlich der Zustimmung der Veranstalter und der betroffenen Mitarbeiter.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 32 ff.

¹⁰ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

¹¹ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹² Vgl. RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Beratungen: Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*; RPW 2006/2, 293 Rz 32, *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation*.

¹³ Vgl. Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2006/2, 382 f. E. 8.3.2 und E. 8.3.3, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

21. Die Website von TicketportalB2C ist in Deutsch, Französisch und Englisch abrufbar und grundsätzlich in der ganzen Schweiz verfügbar. Damit umfasst der Tätigkeitsbereich von TicketportalB2C auch die französischsprachige Schweiz wie insbesondere die Regionen Genf und Lausanne. Die von Tamedia vertriebenen überregionalen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne enthalten ebenfalls Ankündigungsanzeigen für Events, Kino etc. Die Tageszeitungen verfügen zudem über Websites, auf denen Werbung geschaltet werden kann.

22. Entsprechend ist davon auszugehen, dass TicketportalB2C auf Märkten tätig ist, die zu den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne benachbart sind. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind damit gegeben und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

23. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

24. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

25. Im Rahmen der vorliegenden vorläufigen Prüfung nicht weiter eingegangen wird auf die von der TicketportalB2C erzielten sehr kleinen Umsätze mit Drittwerbung in ihrer gedruckten Broschüre sowie mit Plakatwerbung in ihren Verkaufsstellen.

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

B.4.1.1.1 Markt für Ticketvertrieb

27. Unternehmen, die als Anbieter auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig sind, bieten in der Regel einerseits Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle und andererseits Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglichen, an.¹⁴ Die Marktgegenseite bilden daher sowohl Unternehmen, die Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten – sog. Fremdvertrieb – nachfragen, als auch Unternehmen, welche Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets für die von ihnen veranstalteten Anlässe – sog. Eigenvertrieb – nachfragen.¹⁵

28. Es stellt sich die Frage nach der Berechnung des Gesamtmarkts, d. h. welche und damit wieviele Anlässe miteinzubeziehen sind.¹⁶ Je nachdem variieren auch die Marktanteile der beteiligten Unternehmen. Insbesondere ist fraglich, ob – wie in der Meldung geltend gemacht¹⁷ – der Vertrieb von Kinotickets miteinzuberechnen ist oder ob dieser einen eigenen Markt darstellt. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben können diese Fragen offen bleiben, da bei keiner Berechnungsart ein betroffener Markt vorliegt (vgl. Rz 40).

B.4.1.1.2 Märkte für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

29. Die eine Nachfragergruppe stellen die Leser bzw. Nutzer von Ankündigungsanzeigen (Events, Kino etc.) dar, welche Informationen über Ereignisse nachfragen. Die andere Nachfragergruppe stellen Inserenten dar, welche Werberaum für die Ankündigung von Ereignissen nachfragen. Auf der Angebotsseite stehen Betreiber von Online-Plattformen oder Herausgeber von Print-Medien, auf/in denen Ankündigungsanzeigen geschaltet werden.

30. Laut Aussagen in der Meldung haben Veranstalter, welche nicht Kunden der TicketportalB2C sind, keine Möglichkeit, Werberaum in den Publikationen (Website, Newsletter und gedruckte Broschüre) zu buchen.¹⁸ In Übereinstimmung mit der Begründung in Tamedia/Starticket wird jedoch auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben davon ausgegangen, dass TicketportalB2C sowohl auf dem Markt für Leser/Nutzer als auch für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen tätig ist.¹⁹

B.4.1.1.3 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

31. Die WEKO unterscheidet im Bereich Online-Firmenwerbung in der neueren Praxis zunächst zwischen der Vermittlung und der Bereitstellung von Werbeflächen. Die Märkte für die Vermittlung von Werbeflächen werden vorliegend nicht weiter analysiert, da TicketportalB2C in diesem Bereich nicht tätig ist.

32. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen ist entgegen der in der Meldung vertretenen Ansicht²⁰ gemäss neuerer Praxis zu unterteilen in die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen und die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen.²¹ Da der Unternehmensteil TicketportalB2C im Bereich der dynamischen Werbeformen nicht tätig ist, wird für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf die Darstellung dieser Märkte verzichtet.

¹⁴ RPW 2013/3, 382 Rz 34, *Tamedia/Starticket*.

¹⁵ Vgl. RPW 2012/1, 103 Rz 161, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁶ Meldung, Rz 55 ff. und 63 ff.

¹⁷ Meldung, Rz 62.

¹⁸ Meldung, Rz 40 und 73.

¹⁹ RPW 2013/3, 383, Rz 37, *Tamedia/Starticket*.

²⁰ Meldung, Rz 45 und 78 ff.

²¹ RPW 2012/1, 154 Rz 96 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

33. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Web-seite Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Bei der statischen Werbeform definiert der Werbetreibende nur den Ort, an welchem er seine Werbung geschaltet haben will. Das heisst, die Aufschaltung seiner Werbung hängt lediglich davon ab, dass ein Internetnutzer die fragliche Website besucht. Das Aufschalten ist oft an keinerlei sonstige Bedingungen gebunden, mit anderen Worten findet eine unbedingte Aufschaltung statt. Oftmals wird diese Werbeform mit der Methode CPM („cost-per-mille“ bzw. „pay-per-1000-page-impressions“) abgerechnet.²²

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Markt für Ticketvertrieb

35. Wie im Entscheid Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich²³ rechtfertigt es sich auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben, von einem nationalen Markt für den Ticketvertrieb auszugehen.²⁴

B.4.1.2.2. Märkte für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

36. Laut Meldung bietet TicketportalB2C Tickets für Veranstaltungen in der gesamten deutsch- und französischsprachigen Schweiz an, jedoch nicht in der italienischsprachigen Schweiz.

37. Im Zusammenschlussvorhaben Tamedia AG/Ziegler Druck- und Verlags AG hat die WEKO neben sprachregionalen Märkten auch Märkte nach dem betreffenden Wirtschaftsgebiet sowie lokal/regional abgegrenzt.²⁵ In Anlehnung an den Entscheid Tamedia/Starticket²⁶ rechtfertigt es sich jedoch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben, nur sprachregionale Märkte für die Deutschschweiz und die französische Schweiz abzugrenzen.

B.4.1.2.3. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

38. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprachregional abgegrenzt.²⁷ Auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist eine räumliche Marktabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen, wobei auf die Analyse der italienischen Schweiz mangels Tätigkeit der TicketportalB2C in diesem Gebiet vorliegend verzichtet werden kann.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Übersicht

39. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder

mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

40. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von Tamedia und TicketportalB2C auf den relevanten Märkten wie nachfolgend aufgeführt. Bei den grau markierten Märkten handelt es sich um betroffene Märkte, welche eingehender zu prüfen sind.

²² RPW 2012/1, 154 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

²³ RPW 2012/1 105 Rz 170 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁴ RPW 2013/3, 383 Rz 40, *Tamedia/Starticket*.

²⁵ Zur Publikation vorgesehen, Rz 15 und 21.

²⁶ RPW 2013/3, 383 Rz 41 f, *Tamedia/Starticket*.

²⁷ RPW 2013/3, 383 Rz 43, *Tamedia/Starticket*; Im Entscheid Tamedia AG/Ziegler Druck- und Verlags AG wurden hingegen zusätzlich (engere) Räume abgegrenzt.

Markt	Marktanteile im Geschäftsjahr 2012		
	Tamedia	TicketportalB2C	gemeinsam
Markt für Ticketvertrieb ohne Kinoeintritte ²⁸	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Ticketvertrieb inkl. Kinoeintritte ²⁹	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]
Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz	[30-40 %]	[0-10 %]	[30-40 %]
Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz	[10-20 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	[30-40 %]	[0-10 %]	[30-40 %]
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz	[40-50 %]	[0-10 %]	[40-50 %]

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung³⁰**B.4.2.2 Betroffene Märkte****B.4.2.2.1. Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz**

41. Die Marktanteile im Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz präsentieren sich wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen		Wettbewerber		
			Tamedia	Ticketportal B2C ³¹	Cinergy AG	LautundSpitz Medien GmbH	Schweiz Tourismus
2012	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2011	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2010	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Tabelle 3: Marktanteile im Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz³²

²⁸ Zum Vergleich wurden der Vollständigkeit halber auch die Marktanteile der grössten Konkurrenten erfragt: Ticketcorner [20-30 %], Ticketino AG und Fnac je [0-10 %]. Nach alternativer Berechnungsart (Basis der Anzahl Anlässe auf eventim.ch) betragen die Marktanteile der Tamedia rund [0-10 %] und von TicketportalB2C rund [0-10 %].

²⁹ Nach alternativer Berechnungsart (Basis der Anzahl Anlässe auf eventim.ch) betragen die Marktanteile der Tamedia rund [0-10 %] und von TicketportalB2C rund [0-10 %].

³⁰ Meldung, Rz 59 bis 86.

³¹ In der Meldung wurden die Marktanteile der TicketportalB2C mit [0-10 %] angegeben. Aufgrund der üblichen Rundungsregeln ergibt sich jedoch jeweils ein Wert von [0-10 %].

³² Beilage 9 zur Meldung.

42. Das Marktvolumen ist in den letzten drei Jahren gewachsen. Tamedia hat insgesamt Marktanteile verloren, verfügte 2012 jedoch im Vergleich zu den grössten Konkurrenten über eine sehr starke Stellung. TicketportalB2C hat ganz leicht zulegen können, jedoch auf sehr tiefem Niveau. Die Marktanteile der Konkurrenten waren grösstenteils stabil. Zu beachten ist bezüglich Konkurrenten zudem, dass Schweiz Tourismus zwar für Leser/Nutzer von Ankündigungsanzeigen eine Alternative darstellen mag, jedoch inserentenseitig wohl nicht zum relevanten Markt gezählt werden kann (siehe dazu unten Rz 46).

43. Laut Meldung sind in den letzten fünf Jahren diverse Online-Plattformen neu in den Markt eingetreten, so z. B. eventip.ch³³, leprogramme.ch oder mx3.ch^{34, 35}. Zu erwähnen seien auch die Marktzutritte der Ticketingorganisationen ticketstarter.ch³⁶, viagogo.com³⁷ und eventbrite.com, welche ihr Angebot auf die Schweiz ausgedehnt hätten. Zudem seien zwar den Zusammen-

schlussparteien keine weiteren konkreten geplanten Markteintritte bekannt, solche seien jedoch in den nächsten drei Jahren aufgrund der dynamischen Marktentwicklung und der tiefen Marktzutrittsschwellen zu erwarten.³⁸

44. Aufgrund der kleinen Marktanteilsadditionen sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.2. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz

45. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen		Wettbewerber			
			Tamedia	Ticketportal B2C	Axel Springer Schweiz	Schweiz Tourismus	Courrier Neuchâtelois SA	Etablissement Ed. Cherix
2012	Anzahl Objekte	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2011	Anzahl Objekte	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2010	Anzahl Objekte	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz³⁹

46. Das Marktvolumen ist in den aufgeführten drei Jahren leicht gewachsen. Tamedia hat ihre Marktanteile ganz leicht ausbauen können und verfügt im Vergleich zu den Konkurrenten über eine starke Stellung. TicketportalB2C weist demgegenüber im Markt nur relativ geringe Aktivitäten aus. Die Marktanteile der grössten Konkurrenten waren stabil oder sind leicht gesunken. Hinsichtlich Schweiz Tourismus als Konkurrentin ist folgendes anzumerken: Gemäss Angaben auf deren Website erhält Schweiz Tourismus offenbar die Daten für Veranstaltungen von den jeweiligen regionalen Tourismusorganisationen und stellt diese Daten sodann kostenlos auf ihrer Website myschweiz.com zur Verfügung. Es ist damit zumindest fraglich, ob Schweiz Tourismus als Konkurrentin zu Tamedia für Unternehmen angesehen

³³ Die Website ist derzeit (Stand: 13.1.2014) jedoch nur auf Deutsch verfügbar und enthält fast keine Events aus der französischen Schweiz.

³⁴ Mx3.ch ist allerdings bereits seit 2006 in Betrieb und eine kostenlose „Dienstleistung“ der SRG.

³⁵ Meldung, Rz 101 f.

³⁶ Bei Ticketstarter handelt es sich laut Website nicht um ein eigentliches Ticketing-Unternehmen, sondern um eine reine Ticketpreis-Vergleichsplattform ohne eigenen Ticketverkauf.

³⁷ Bei Viagogo handelt es sich um eine Ticketbörse.

³⁸ Meldung, Rz 106 und 110 f.

³⁹ Beilage 10 zur Meldung; Meldung, Rz 76.

werden kann, welche für ihre Veranstaltungen zusätzlich werben wollen. Denn Unternehmen dürften die kostenlosen Möglichkeiten der Tourismusorganisationen ohnehin nutzen (ebenso wie Eigenwerbung auf der eigenen Website oder andere reine Veranstaltungskalender). Wettbewerbsdruck auf Tamedia dürfte durch dieses Angebot somit kaum bestehen. Der Transparenz halber wird deshalb die nächstgrösste Konkurrentin, die Etablissement Ed. Cherix SA, in Tabelle 4 ebenfalls aufgeführt. Hinsichtlich erfolgter und erwarteter Marktzutritte laut Meldung kann auf Rz 43 verwiesen werden.

47. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsadditionen sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Markt-

verhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.3. Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

48. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen		Wettbewerber		
			Tamedia	Ticketportal B2C	Ringier	Swisscom	MSN Microsoft
2012	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
2011	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
2010	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]

Tabelle 5: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz⁴⁰

49. Das Marktvolumen ist in den letzten drei Jahren stark gewachsen. Tamedia hat im Vergleich zu 2010 einige Marktanteile gewinnen können und verfügt im Vergleich mit den drei grössten Konkurrenten über eine starke Stellung. TicketportalB2C erzielte jedoch in diesem Bereich nur sehr geringe Umsätze. Die Marktanteile der Konkurrenten waren für Ringier und MSN Microsoft relativ stabil, bei Swisscom rückläufig.

50. Laut Meldung entwickelt sich der Online-Bereich sehr dynamisch und es träten laufend neue Anbieter in den Markt.⁴¹ In den letzten fünf Jahren seien etwa blickamabend.ch, winterthurer-zeitung.ch, homestreet.ch, tracks-magazin.ch, toasted.ch, mx3.ch⁴², eventip.ch oder wohnsuche.ch eingetreten. Im Frühling sei dann der Markteintritt der neuen Newssite watson.ch geplant.

51. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsadditionen sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.4. Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz

52. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

⁴⁰ Beilage 11 zur Meldung.

⁴¹ Meldung, Rz 104 f. und 108 f.

⁴² Auf mx3 kann jedoch soweit ersichtlich keine Bannerwerbung geschaltet werden.

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen		Wettbewerber		
			Tamedia	Ticketportal B2C	Swisscom	MSN Micro- soft	Virtual Networks
2012	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[40-50]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
2011	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
2010	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]

Tabelle 6: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz⁴³

53. Das Marktvolumen ist in den letzten drei Jahren gewachsen. Tamedia konnte dabei ihren Marktanteil massiv erhöhen und verfügte 2012 über eine sehr starke Stellung. Ticketportal/B2C generierte nur sehr geringe Umsätze in diesem Markt. Die Marktanteile der grössten Konkurrenten von Tamedia waren über die letzten drei Jahre stabil oder rückläufig. Laut Meldung entwickelt sich der Online-Bereich sehr dynamisch und es traten laufend neue Anbieter in den Markt (siehe oben Rz 50).

54. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsadditionen sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3 Nebenabreden

55. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

56. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis grundsätzlich an der Bekanntmachung⁴⁴ der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, orientiert.

57. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zu-

sammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist, ohne für den Zusammenschluss notwendig zu sein. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.

58. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.

59. [...] ⁴⁵

⁴³ Beilage 12 zur Meldung.

⁴⁴ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), 2005/C 56/03.

⁴⁵ Beilage 6 zur Meldung, S. 2.

60. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.⁴⁶

61. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.⁴⁷

62. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.⁴⁸

63. Das Konkurrenzverbot entspricht in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der Wettbewerbskommission bzw. der EU-Kommission und kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

64. Von den Zusammenschlussparteien nicht als Nebenabrede gemeldet wurde [...].⁴⁹ [...] Bezüglich Vorkaufsrecht hat die WEKO festgehalten, dass ein solches eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG darstellen kann.⁵⁰ Vorliegend wird offengelassen, ob die beschriebenen Klauseln den Tatbestand der erheblichen Wettbewerbsbeschränkung erfüllen. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass solche Vereinbarungen wohl nicht als Nebenabrede zu betrachten wären, da sie für das Zustandekommen des Zusammenschlusses nicht als notwendig und daher nicht mit dessen Durchführung unmittelbar verbunden scheinen.

B.5 Ergebnis

65. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁴⁶ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁴⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

⁴⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

⁴⁹ Beilage 6 zur Meldung, S. 4.

⁵⁰ RPW 2012, 226 Rz 227 und 259 Rz 475, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

B 2.3

5. KKR & Co. L.P./Arle Capital Partners Limited/Hilding Anders Midco AB

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Dezember 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2013

1. Am 19. November hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen KKR & Co. L.P. (nachfolgend: KKR) und Arle Capital Partners Limited (nachfolgend: Arle Capital) die indirekte gemeinsame Kontrolle über Hilding Anders Midco AB (nachfolgend: Hilding Anders) zu erwerben.

2. KKR ist eine weltweit tätige Investmentgesellschaft, welche ein breites Spektrum von alternativen Anlagen und anderen Investmentprodukten anbietet sowie Kapitalmarktlösungen für Firmen, deren Portfoliogesellschaften und andere Kunden. Mit KKR verbundene Private-Equity-Fonds investieren in Gesellschaften verschiedenster Sektoren. Jede dieser Portfoliogesellschaften hat einen eigenen Verwaltungsrat, dem ein oder mehrere Vertreter der KKR angehören, und jede einzelne wird unabhängig von anderen KKR-Portfoliogesellschaften geführt und finanziert.

3. Arle Capital, vormals Candover Partners Limited, ist eine im Vereinigten Königreich domizilierte Mitbeteiligungsgesellschaft mit privatem Eigenkapital (Private-Equity-Partnership). Ein „Investment Team“ erwarb diese Gesellschaft von der Candover Investments plc im Jahr 2011. Arle Capital verwaltet die noch verbliebenen Portfoliogesellschaften der Candover Partners Limited mit dem Ziel eines Verkaufes dieses geerbten Portfolios.

4. Hilding Anders ist eine Zweckgesellschaft, die gegründet wurde, um die Refinanzierung von Gesellschaften, die zur Hilding Anders Gruppe gehören, umzusetzen und zu erleichtern. Hilding Anders, welche in Schweden inkorporiert ist, ist in der Entwicklung, Herstellung und des Vertriebes von Betten, Matratzen und verwandten Produkten in über 40 Ländern tätig und bietet sowohl Markenprodukte als auch Eigenmarken an. Zu den wichtigsten Marken, die länderübergreifend im Europäischen Wirtschaftsraum erhältlich sind, zählen Askona, Bico, Hilding, Jensen und Slumberland. In der Schweiz ist Hilding Anders unter anderem mit den Marken Bico, Happy und Jensen tätig. Eigenmarken werden von Hilding Anders für grosse Möbelketten in Europa und Asien produziert.

5. Eine Meldepflicht besteht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG für Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von

insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

6. Arle Capital hat noch vor der Meldung des Zusammenschlusses und dessen Vollzug eine Tochtergesellschaft aus ihrem Portfolio verkauft und diesen Verkauf vollzogen. Die Umsatzschwelle nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG wird sowohl mit als auch ohne diesen Verkauf erreicht. Dagegen hat Arle Capital im Jahr 2012 ohne den Umsatz dieser Tochtergesellschaft einen Umsatz in der Schweiz, welcher unter dem Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG liegt, deshalb liessen die meldenden Unternehmen in ihrer Meldung die Frage aufkommen, ob auch die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG für eine Meldepflicht erfüllt seien.

7. Gemäss der Praxis der WEKO werden nur diejenigen ausserordentlichen Ereignisse in Bezug auf eine Änderung der Umsatzberechnung in Betracht gezogen, die vor dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes (Stichtag) des fraglichen Zusammenschlussvorhabens stattgefunden haben.¹

8. Das im vorliegenden Fall massgebliche Verpflichtungsgeschäft hat gemäss Meldung am 25. September 2013 stattgefunden. Dieses Datum ist im vorliegenden Fall der Stichtag. Die Arle Capital hat am 30. September 2013 zudem ein Verpflichtungsgeschäft zur Veräusserung der Tochtergesellschaft abgeschlossen. Dieses Verpflichtungsgeschäft wurde am 31. Oktober 2013 vollzogen. Somit fanden sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch dessen Vollzug *nach* dem Stichtag statt. Diese Transaktion kommt deshalb für die Berechnung der Schwellenwerte nicht in Betracht.

9. Die WEKO rechnet der Arle Capital deshalb für das Jahr 2012 einen Schweizer Umsatz von CHF [...] Mio. zu. Da die KKR in der Schweiz im Jahr 2012 einen Umsatz von CHF [...] Mio. erzielt hat, sind auch die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erreicht. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

¹ RPW 1998/1, 62 Rz 11, Roche/Corange.

10. Zur Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte im Bereich der Entwicklung, Produktion und des Vertriebs von Matratzen und Betten gibt es keine schweizerische Fallpraxis. In ihrem Entscheid *Nordic Capital/Hilding Anders*² stellte die Europäische Kommission fest, dass Betten heterogene Produkte sind und der Kaufentscheid durch eine Reihe von Faktoren wie Preis, Qualität, Komfort, Ästhetik und Funktionalität beeinflusst werden. Weiter zeigte sie auf, dass selbst innerhalb des Segments der Sprungfeder-Betten erkennbare Unterschiede zwischen Produkten gewisser Anbieter bestehen und dass es daher fraglich erscheint, ob sämtliche Sprungfeder-Betten ausreichend substituierbar sind, um diese in denselben sachlich relevanten Markt zu gruppieren.

11. Die Europäische Kommission hat im Fall *Nordic Capital/Hilding Anders*³ erwogen, den Markt für die Herstellung und den Verkauf von Betten räumlich als national oder weiter zu betrachten, die Marktabgrenzung letztlich jedoch offen gelassen.

12. Im vorliegenden Fall kann auch hier eine genaue Marktabgrenzung für die vorliegende Transaktion offenbleiben, da unabhängig davon, ob die sachlich und räumlich relevanten Märkte enger oder weiter definiert werden, das Ergebnis der Analyse dadurch nicht verändert wird.

13. Der Marktanteil von Hilding Anders wird im Markt für den Vertrieb von Matratzen schweizweit auf [30–40] % geschätzt. Damit gibt es einen betroffenen Markt. Von den anderen beteiligten Unternehmen (KKR, Arle Capital und deren Portfoliogesellschaften) erfüllt keines die Voraussetzungen von Ziffer IV der Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren vom 25. März 2009 (Version 2 vom 3. Mai 2011)⁴. Die Transaktion führt somit zu keinen betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition in der Schweiz. Aus diesen Gründen kommt die Analyse zum Ergebnis, dass es vorliegend keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bei diesem Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz gibt.

14. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

15. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens KKR & Co. L.P./Arle Capital Partners Limited/Hilding Anders Midco AB hat ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

² Case No IV/M.1357, 1999, *Nordic Capital / Hilding Anders*.

³ Vgl. Fn 4.

⁴ Siehe auch: RPW 2009/4, 447 f. Rz 51 ff., *Merck/Schering Plough*.

B 2.3

6. Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Dezember 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2013

1. Am 26. November 2013 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels die CIEP II S.à.r.l. – durch die Carlyle Group (nachfolgend: Carlyle) und die Vitol Holding B.V. (nachfolgend: Vitol) über die Varo Energy Holding SA (nachfolgend: Varo) betrifft. Bei der Transaktion wird Varo mittels eines Investitionsvehikels erworben, welches zu einem je 50-prozentigem Anteil von Vitol und – indirekt (über Fonds) – Carlyle gemeinsam kontrolliert wird. Im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens wird Vitol zudem die Vitol Germany GmbH (nachfolgend: Vitol Germany) und die Petrotank Holding GmbH (nachfolgend: Petrotank), welche Vitol beide bisher alleine kontrolliert, an die Varo übertragen.

2. Carlyle ist ein alternativer Anlagenverwalter für Fonds, welche weltweit in eine Reihe von Industrien investieren. Die CIEP II S.à.r.l. mit Sitz in Luxemburg gehört vollumfänglich Carlyle. Von den mittels der Fonds von Carlyle verwalteten Gesellschaften haben lediglich zwei ihren Sitz in der Schweiz, nämlich die AMEOS Holding AG, ein Krankenhausbetreiber in Deutschland und Österreich mit Sitz in Zürich, sowie die KCS.net AG, ein Anbieter von Unternehmenssoftware mit Sitz in St. Gallen.

3. Vitol mit Sitz in Rotterdam handelt im Wesentlichen mit verschiedenen Waren und Finanzinstrumenten, insbesondere im Öl- und Gassektor. Vitol hält ausserdem eine 50 prozentige Beteiligung an der VTTI B.V., welche Tanklager und eine Raffinerie in Antwerpen betreibt. Zudem unterhält Vitol Förder- und Produktionsaktivitäten in Ghana, Kamerun, Kasachstan, Russland, Aserbaidschan, der Elfenbeinküste und der Ukraine. Zahlreiche Gruppengesellschaften von Vitol sind in der Schweiz domiziliert, allerdings beschränken sich deren Aktivitäten hauptsächlich auf Handelstätigkeiten und verwandte Tätigkeiten ausserhalb der Schweiz.

4. Varo mit Sitz in Genf, welche vor der Transaktion zu 75 % Vitol und zu 25 % der Alea lacta Est B.V. (nachfolgend: AtlasInvest) gehört, ist in der Schweiz in erster Linie in den Bereichen Rohölraffination und Verkauf von raffinierten Ölprodukten tätig. So ist Varo Eigentümerin einer Raffinerie in Cressier, zugehörigen Pipelines in der Region Jura, zugehörigen Terminalanlagen und Tanklagern. Zudem hat Varo in der Schweiz Grosshandelsaktivitäten und besitzt drei 100-prozentige Tochtergesell-

schaften, nämlich die Varo Refining (Cressier) SA, die Varo Energy Marketing AG, Zug, und die Varo Energy Tankstorage AG, Zug.

5. Petrotank betreibt Tanklager für die Lagerung von Mineralölprodukten in Deutschland. Vitol Germany ist hauptsächlich im Verkauf von raffinierten Ölprodukten von Mitteldestillaten tätig. Einige zusätzliche Aktivitäten von Vitol Germany werden vor der Übertragung dieser Gesellschaft an Varo aus der Vitol Germany ausgegliedert und verbleiben bei Vitol.

6. Die sachliche Marktabgrenzung führt zur Betrachtung von verschiedenen Märkten bezüglich Erdölprodukte. Die WEKO hat sich in ihrer Praxis mit Erdölprodukten, deren Herstellung und dem Vertrieb im Fall von Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A. (RPW 2003/1, 160) und im Fall von BP/E.ON (RPW 2002/3, 466 und RPW 2002/1, 162) auseinandergesetzt. In diesem Zusammenhang wurde ein sachlich relevanter Markt für die Produktion von Treibstoffen (Raffinerien) abgegrenzt.¹ Bei der Abklärung, ob allenfalls der Vertrieb von Benzin und Diesel als separate sachlich relevante Märkte zu betrachten sind, wies die WEKO darauf hin, dass die Vertriebsstrukturen für die verschiedenen Treibstoffe auf Grosshandels und Detailhandelsstufe nahezu identisch sind. Deshalb kam die WEKO bezüglich des Vertriebes von verschiedenen Treibstoffen an Tankstellen zum Ergebnis, diesen als einen sachlich relevanten Markt zu betrachten. Im vorliegenden Fall wurde eine genaue Abgrenzung offen gelassen, da das Ergebnis der Analyse bei jeder denkbaren Marktabgrenzung unverändert bleibt.

7. Die Parteien verweisen auf die Praxis der Europäischen Kommission und deren Abgrenzung im Markt für Treibstoffe.² So weist diese darauf hin, dass die Rohölraffination in Märkte für Treibstoffe und Nicht-Treibstoffe unterteilt werden kann. Zudem werden für die Rohölraffination von Treibstoffen die folgenden Märkte unterschieden: (i) Benzin, (ii) Diesel, (iii) Flugbenzin, (iv) Flüssiggas (LPG), (v) Heizöl, (vi) Schweröl (HFO), (vii) Schwefel, (viii) Naphtha und (ix) Bitumen. Es wird diese sachliche Abgrenzung verwendet, wobei offen gelassen werden kann, ob diese Märkte allenfalls enger oder weiter abzugrenzen sind, da das Ergebnis der Analyse davon nicht verändert wird.

8. Es wird auch offen gelassen, ob der Vertrieb von verschiedenen Treibstoffen auf Grosshandelsebene als ein einziger sachlich relevanter Markt zu betrachten ist oder nicht, da das Ergebnis der Analyse davon nicht verändert wird.

9. Die genaue räumliche Abgrenzung der vorab besprochenen Märkte kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

¹ RPW 2003/1, 160 f. Rz 10, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.*

² Case COMP/M.4934, 2007, Rz 6, *Kazmunaigaz/Romp petrol.*

10. Hinsichtlich betroffener Märkte kann festgehalten werden, dass in der Schweiz nur Varo im Bereich Erdölprodukte aktiv ist. Die anderen beteiligten Unternehmen (Vitol und Carlyle) sowie Petrotank und Vitol Germany haben keine Verkäufe oder Produktion solcher Produkte in der Schweiz. Die Parteien wiesen basierend auf der in Rz. 7 verwendeten Abgrenzung die entsprechenden Marktanteile im schweizerischen Markt aus. Im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist das Segment für die Produktion von Flüssiggas (LPG) im Markt für Erdölprodukte mit einem [40–50]-prozentigem Marktanteil der Varo betroffen. Angesichts der Tatsache, dass die Carlyle, welche im Rahmen der geplanten Transaktion Kontrollrechte erwirbt, keine überschneidenden Aktivitäten und keine Aktivitäten in vor- oder nachgelagerten Märkten zum Segment für die Produktion von Flüssiggas (LPG) hat, kommt es zu keiner Addition von Marktanteilen in diesem Segment bei den beteiligten Unternehmen.

11. Im Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten hält Varo einige kleinere Anlagen zur Lagerung von raffinierten Mineralölerzeugnissen und sämtliche Einrichtungen befinden sich in der Schweiz. Vitol und Petrotank haben keine Tankanlagen in der Schweiz. Die Lagerkapazitäten von Varo, welche Dritten angeboten werden (ausser Lagereinrichtungen der Raffinerie in Cressier), belaufen sich auf ca. [...] Kubikmeter und somit ca. [0–10] % der Kapazitäten in der Schweiz.³ Gemäss den Parteien sind Varos Hauptwettbewerber in diesem Markt die Tamoil, mittels ihrer Raffinerie in Colombey, und die Betreiber der Raffinerien, welche sich in den Nachbarländern der Schweiz befinden.

12. Im vorliegenden Fall führt die geplante Transaktion zum Ersatz eines Anlegers mit privatem Beteiligungskapital (AtlasInvest) durch einen anderen solchen Anleger (Carlyle). Im einzigen betroffenen Markt kommt es zu keiner Marktanteilsaddition. Die Portfoliogesellschaften der durch Carlyle verwalteten Fonds sind nicht in Märkten aktiv, welche horizontal oder vertikal mit den Bereichen der Erdöllieferkette in Zusammenhang stehen. Darüber hinaus gibt es keine horizontalen oder vertikalen Überschneidungen zwischen den Portfoliogesellschaften der durch Carlyle verwalteten Fonds sowie zu Petrotank und Vitol Germany. Aus den genannten Gründen gibt es keine Veränderung der Wettbewerbssituation und grundsätzlich keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

13. Die derzeit bereits bestehenden gemeinsamen Kontrollrechte von Vitol werden durch die geplante Transaktion nicht wesentlich verändert. Vitol hat ihre aktuellen Kontrollrechte an Varo im Jahr 2012 im Rahmen einer Transaktion erworben, die in der Schweiz nicht meldepflichtig war, aber von der Europäischen Kommission in der Sache COMP/M.6612 Vitol/AtlasInvest/Petroplus beurteilt und bedingungslos freigegeben worden ist. Zwar gibt es einige Überschneidungen der Tätigkeiten von Vitol und Varo betreffend Handel, Raffination, Verteilung und Lagerung von Erdöl, jedoch nicht in der Schweiz.

14. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine ver-

tiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

15. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding hat ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

³ Die gesamte Öl-Tanklagerkapazität in der Schweiz wird von den Parteien auf 7,7 Mio. m³ geschätzt.

B 2.3

7. Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. August 2013

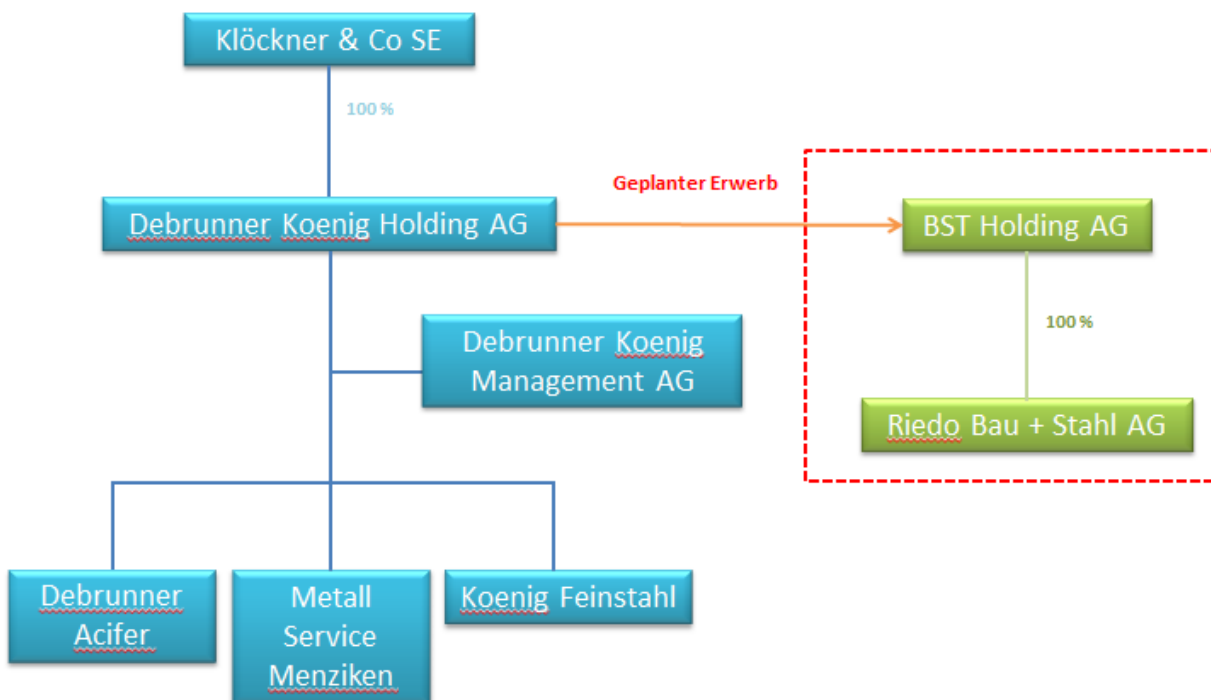
Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. August 2013

A Sachverhalt

1. Am 6. August 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsich-

tigt die Debrunner Koenig Holding AG mit Sitz in St. Gallen, Schweiz (nachfolgend: Debrunner), die alleinige Kontrolle über die BST Holding AG mit Sitz in Düringen, Schweiz (nachfolgend: BST) und damit indirekt über deren Tochtergesellschaft, die Riedo Bau + Stahl AG mit Sitz in Oberbipp, Schweiz (nachfolgend: Riedo), zu erlangen. Gleichzeitig stellt das meldende Unternehmen ein Begehren um erleichterte Meldung i.S.v. Art. 12 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Die Erleichterung besteht darin, dass die vorliegende Meldung keine Angaben und Dokumente betreffend Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen enthält, die sich nicht auf dieses Zusammenschlussvorhaben beziehen.

2. Das Zusammenschlussvorhaben kann wie folgt dargestellt werden:



3. Die Debrunner ist eine Beteiligungsgesellschaft schweizerischen Rechts und eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Klöckner & Co SE mit Sitz in Duisburg, Deutschland (nachfolgend: Klöckner). Debrunner verfügt über drei Divisionen in der Schweiz: Debrunner Acifer, Metall Service Menziken und Koenig Feinstahl. Die Division Debrunner Acifer ist u.a. in der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahl und diesbezüglichem Zubehör in der ganzen Schweiz tätig.

4. Die BST ist eine Beteiligungsgesellschaft schweizerischen Rechts und Muttergesellschaft der Riedo. Die Riedo ist in der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahl sowie dem Vertrieb von diesbezüglichem Zubehör in der ganzen Schweiz tätig.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt Debrunner ihre Produktionskapazitäten im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör auszubauen,

sowie ihre Produktionsanlagen technologisch zu verbessern, um kosteneffizienter produzieren zu können.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

9. Ein Unternehmen erlangt die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle kann dabei insbesondere der Übergang von Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens darstellen (vgl. Art. 1 VKU).

10. Debrunner beabsichtigt sämtliche Aktien der BST und damit auch indirekt deren Beteiligungen an dessen Tochtergesellschaft Riedo zu erwerben. Nach der Transaktion hat Debrunner die alleinige Kontrolle über die BST und somit auch über deren Tochtergesellschaft Riedo.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldefähigkeit

12. Die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens hat gemäss Art. 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zu erfolgen. Voraussetzung für die Meldung ist grundsätzlich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts.¹ Ist der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt oder ist die Realisierung des Verpflichtungsgeschäfts noch von gewissen Bedingungen abhängig, kann das Zusammenschlussvorhaben - analog zu der Regelung in der EU² - dennoch gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen glaubhaft machen, dass sie gewillt

sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen, beziehungsweise die Bedingungen zur Realisierung des Geschäfts zu erfüllen. Der Meldung sind folglich, bei Fehlen eines unterschriebenen Verpflichtungsgeschäfts, eine schriftliche, von den Parteien unterzeichnete Grundsatzentscheidung oder Absichtserklärung, aus welcher die Absicht zum Zusammenschluss konkret hervorgeht, sowie allfällige Vertragsentwürfe, beizulegen.³

13. Der Aktienkaufvertrag des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wurde zum Zeitpunkt der Meldung noch nicht unterzeichnet. Der Meldung liegt eine am 5. August 2013 von den Geschäftsführern der beteiligten Unternehmen unterzeichnete Absichtserklärung bei, wonach diese ihren Willen und ihre Bereitschaft zum Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bekunden. Ferner wurde der Absichtserklärung ein Vertragsentwurf über das angestrebte Zusammenschlussvorhaben beigelegt.

14. Die beteiligten Unternehmen haben somit glaubhaft gemacht, das für die geplante Transaktion zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen. Der geplante Erwerb der BST durch Debrunner ist demnach meldefähig.

15. Am 2./4. März 2014 wurde der Aktienkaufvertrag zwischen der Debrunner und der BST unterzeichnet. Die Übernahme ist in zwei Etappen unterteilt: Per Erstvollzug gehen 75 % des Aktienkapitals der BST in Besitz der Debrunner über, per Zweitvollzug am zweiten Jahrestag des Erstvollzugsdatums (oder ggf. früher) die restlichen 25 % des Aktienkapitals. Debrunner erwirbt aufgrund dieser Transaktionsstruktur mit dem Erstvollzug die alleinige Kontrolle über die BST.

B.4 Meldepflicht

16. Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielt haben (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG). Mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen zudem einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

17. Gemäss der Meldung sind die weltweit und in der Schweiz erzielten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2012 die Folgenden:

¹ JÜRIG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 16.

² Art. 4 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [„EG-Fusionskontrollverordnung“], ABl. L 24/1 vom 29. Januar 2004.

³ RPW 2007/3, 455 Rz 12, *Tech Data/Actebis*.

Tabelle 1: Weltweite Umsätze der Parteien im Geschäftsjahr 2012

Unternehmen	Umsatz 2012
Klöckner (inkl. Debrunner)	[>CHF 2 Mia.]
BST	[>CHF 100 Mio.]
Gesamt	[>CHF 2 Mia.]

Quelle: Angaben der Parteien.

Tabelle 2: Schweizweite Umsätze der Parteien im Geschäftsjahr 2012

Unternehmen	Umsatz 2012
Debrunner	[>CHF 100 Mio.]
BST	[>CHF 100 Mio.]
Gesamt	[>CHF 200 Mio.]

Quelle: Angaben der Parteien.

18. Die beteiligten Unternehmen erreichten im Geschäftsjahr 2012 einen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. und einen schweizweiten Umsatz von insgesamt mehr als CHF 500 Mio. und jeweils mehr als CHF 100 Mio. Die gesetzlichen Umsatzschwellen sind demnach erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig ist.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

19. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

20. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind in einem ersten Schritt zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

22. Ein sachlich relevanter Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten wurde bisher von der WEKO nicht abgegrenzt. In ihrer bisherigen Praxis im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen im Stahlbereich hat sich die WEKO bei der Definition des

sachlichen Marktes an der Praxis der Europäischen Kommission orientiert.⁴ Die Europäische Kommission gliedert im Bewehrungsstahlbereich den sachlichen Markt in zwei separate Märkte, nämlich in einen Markt für die Herstellung von Bewehrungsstahlprodukten und in einen Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten.⁵ Die Unterscheidung zwischen einerseits der Herstellung einschliesslich des Direktvertriebs und andererseits der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten, begründet sich sowohl hinsichtlich des Vertriebskanals als auch der individuellen und zeitnahen Erfüllung von Kundenwünschen.⁶

23. Im Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten sind diejenigen Unternehmen tätig, welche Bewehrungsstahlprodukte nach den Vorgaben der Kunden, in der Regel Bauunternehmen, anpassen und verarbeiten. Anschliessend werden diese Endprodukte direkt an den Kunden beziehungsweise die entsprechende Baustelle geliefert.

24. Bewehrungsstahlprodukte werden von Bauunternehmern zur Stabilisierung von Betonwänden, Betondecken und Betonböden eingesetzt. Das Ausgangsmaterial für die Verarbeitung von Bewehrungsstahl besteht aus Stahlstangen oder Coils. Diese werden von den entsprechenden Stahlproduzenten direkt bezogen. Die Verarbeitung und der Vertrieb von Bewehrungsstahl umfassen die Anpassung des Bewehrungsstahls nach den Spezifikationen der Bauunternehmen und dessen Lieferung in Form von Stangen oder Matten zum Kunden beziehungsweise auf die Baustelle.

⁴ Vgl. RPW 1997/3, 344 Rz 12 f. und 27, Thyssen/Krupp; RPW 2002/2, 329 Rz 10 ff., Usinor/Arbed/Aceralia.

⁵ COMP/M.4225, Rz 10 ff. und 15 ff., Celsa/Fundia.

⁶ COMP/M.4225, Rz 16 f., Celsa/Fundia.

25. Debrunner, mit ihrer Division Debrunner Acifer, und BST, mit ihrer Tochtergesellschaft Riedo, sind in der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten tätig.

26. Für die Verarbeitung der Bewehrungsstahlprodukte auf der Baustelle ist diesbezügliches Zubehör notwendig. Zuhilfenahme umfassen u.a. Distanz- und Anschlusskörbe, Stützbügel, Durchstanztechnik und Verbrauchsmaterialien. Das Zubehör wird entweder direkt zusammen mit den Bewehrungsstahlprodukten an die Bauunternehmen geliefert oder separat von den Bauunternehmen bei Drittanbietern beschafft.

27. Debrunner Acifer und Riedo bieten zusammen mit den Bewehrungsstahlprodukten gesamtschweizerisch zusätzlich Zubehör an. Im Gegensatz zu Riedo ist Debrunner Acifer zusätzlich im vorgelagerten Bereich der Herstellung von Zubehör tätig; Riedo bezieht Zubehör bei Drittanbietern. Da Bewehrungsstahlprodukte von sämtlichen Wettbewerbern zusammen mit entsprechendem Zubehör vertrieben werden, wird entsprechend der Praxis der Europäischen Kommission innerhalb des sachlichen Marktes für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten keine weitere Unterteilung vorgenommen.

Fazit

28. Der für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betroffene sachlich relevante Markt umfasst daher die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör. Er ist somit vom Markt für die Herstellung von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör abzugrenzen.

B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

29. 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).

30. Der räumlich relevante Markt im Bereich der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör wurde bisher von der WEKO nicht systematisch abgegrenzt. In ihren bisherigen Fällen aus dem Stahlbereich hat sich die WEKO an der Praxis der Europäischen Kommission orientiert (vgl. Rz 22). Die Europäische Kommission hat den räumlich relevanten Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten national abgegrenzt.⁷

31. Für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist entscheidend, auf welchen Märkten die Produkte des sachlich relevanten Marktes tatsächlich nachgefragt beziehungsweise angeboten werden. Entscheidender Faktor ist die räumliche Nähe der Bewehrungsstahlverarbeiter beziehungsweise -händler zum Kunden, da diese auf rasche und punktuelle Lieferungen angewiesen sind, um die Durchführung entsprechender Bauvorhaben zu gewährleisten. Internationale Lieferungen, ausgenommen diejenigen aus dem grenznahen Ausland, sind daher aufgrund ihrer langen Transportwege und höheren Transportkosten eher unüblich. Es herrscht jedoch ein gewisser grenzüberschreitender Lieferungsverkehr, was auf die im Ausland vorherrschenden tieferen Produktionskosten zurückzuführen ist. Zum jetzigen Zeitpunkt

scheinen jedoch Lieferungen aus dem Ausland eher selten und kommen meist nur bei grösseren Bauvolumina von Schweizer Bauprojekten vor. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten ändern und in der Zukunft vermehrt grenzüberschreitende Lieferungen stattfinden werden. Aufgrund der momentanen Marktsituation kann jedoch für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung von einem nationalen Markt ausgegangen werden, zumal die wesentlichen Bewehrungsstahlhändler ihre Produkte gesamtschweizerisch anbieten. Auch bei den Kunden ist davon auszugehen, dass sie diese Produkte abhängig der Bauvolumina bei mehreren Händlern und nicht gebietsbezogen nachfragen. Aufgrund des relativ geringen Anteils der Transportkosten an den Gesamtkosten für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten kann sich jedoch die Lieferung aus dem entfernteren Ausland vor allem bei Grossprojekten lohnen. Daher wäre im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von Bewehrungsstahlprodukten auch eine grössere als nationale Marktabgrenzung vorstellbar.

Fazit

32. Im vorliegenden Fall und zum aktuellen Zeitpunkt erachtet die WEKO eine nationale Abgrenzung des Marktes für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten als gegeben.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

33. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich diesfalls eine nähere Prüfung.

34. Die beteiligten Unternehmen hielten im Jahr 2012 auf dem relevanten Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör in der Schweiz folgende Marktanteile:

⁷ So konnte beispielsweise der räumlich relevante Markt eines Stahlhändlers national abgegrenzt werden, vgl. COMP/M.4225, Rz 22, *Celsa/Fundia*.

Tabelle 3: Prozentuale Marktanteile in der Schweiz im Jahr 2012

Unternehmen	Marktanteil (in %)
Debrunner (Debrunner Acifer)	[20-30%]
BST (Riedo)	[10-20%]
Gesamt	[30-40%]

Quelle: Angaben der Parteien.

35. Im Markt für die Verarbeitung und Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör hat Debrunner, mit ihrer Division Debrunner Acifer, einen Marktanteil von [20-30 %] und BST, mit ihrer Tochtergesellschaft Riedo, einen Marktanteil von [10-20 %]. Es handelt sich demnach um einen betroffenen Markt im Sinne vom Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, da der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz bei [30-40 %] und somit über 20 % liegt.

36. Obwohl das Zusammenschlussvorhaben Debrunner/BST auf dem relevanten Markt zu einer Marktanteils-

addition von [10-20 %] führt, wird durch das Zusammenschlussvorhaben das bestehende Marktgefüge nur geringfügig verändert. Auch nach dem Zusammenschluss haben die Kunden weiterhin die Wahl zwischen zahlreichen Wettbewerbern, welche teilweise zu grossen internationalen Konzernen gehören. So sind neben Debrunner Acifer und Riedo im Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten in der Schweiz mindestens 20 weitere Unternehmen mit über 40 Produktionsstätten tätig, deren Marktanteile und Marktanteilsentwicklung nachfolgend auszugsweise dargestellt sind.

Tabelle 4: Marktanteile und Marktanteilsentwicklungen in der Schweiz in den Jahren 2010 - 2012 im relevanten Markt

Unternehmen	Marktanteil (in %)		
	2010	2011	2012
Debrunner Acifer	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]
Riedo	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
Carl Spaeter AG	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
FF Group	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
Commerce de fer fribourgeois	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
Ruhl GmbH & Co. KG	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
Übrige Wettbewerber	[30-40%]	[30-40%]	[20-30%]

Quelle: Angaben der Parteien.

37. Bei den grössten Schweizer Wettbewerbern neben Debrunner Acifer und Riedo handelt es sich um die Spaeter Gruppe mit Sitz in Basel, die FF Group AG mit Sitz in Schaffhausen und die Commerce de fer fribourgeois mit Sitz in Fribourg. Ein grösserer Wettbewerber aus dem grenznahen Ausland ist die Ruhl GmbH & Co. KG mit Sitz in Marktbreit, Deutschland. Zu den übrigen Schweizer Wettbewerbern gehören u.a. die Arthur Weber AG mit Sitz in Schwyz, die SABAG mit Sitz in Biel, die SFS Locher AG mit Sitz in Altstätten, die REKAG AG mit

Sitz in Nebikon sowie MIAUTON S.A. mit Sitz in Will. Diese Wettbewerber verfügten im Jahr 2012 über einzelne Marktanteile von bis zu [10-20%].

38. Sämtliche Wettbewerber sind in der Lage entsprechende Investitionen zu tätigen um die Produktionskapazitäten innerhalb kurzer Frist zu erhöhen. Die Anschaffungskosten für den Kauf neuer Maschinen belaufen sich auf ca. CHF 200'000 bis CHF 400'000, mit einer Lieferzeit von zwei bis drei Monaten. Da verschiedene Wettbewerber grossen finanzstarken nationalen sowie inter-

nationalen Konzernen angegliedert sind⁸, ist es ihnen möglich, diese Investitionen zu tätigen. Kleinere Anbieter haben die Möglichkeit über die Bildung von Liefergemeinschaften an Grossaufträgen beteiligt zu werden.

39. Der relevante Markt weist zudem relativ tiefe Markteintrittsschranken auf. Bewehrungsstahl kann von einer Vielzahl von (nationalen und internationalen) Herstellern in genormter Form bezogen werden. Die darauf verarbeiteten Bewehrungsstahlprodukte sind homogen und weitgehend standardisiert. Die Verarbeitung erfolgt mittels entsprechender Technologien, welche von allen Wettbewerbern von unabhängigen Dritten bezogen wer-

den können, so dass sämtliche Bewehrungsstahlprodukte von allen Anbietern verarbeitet und geliefert werden können. Die Kosten für eine den aktuellen Standards entsprechende Grossbiegerei mit einer Kapazität von 60'000 Tonnen (to) pro Jahr belaufen sich nach Angaben der meldenden Unternehmen auf rund CHF 30 Mio.

40. Das Gesamtvolumen an Bewehrungsstahl in der Schweiz beträgt rund 1 Mio. to pro Jahr. Der gemeinsame Umsatz der meldenden Unternehmen mit der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten in der Schweiz lag im Jahr 2012 bei [300-400 tto].

Tabelle 5: Umsatz mit der Verarbeitung und dem Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten in der Schweiz in Tausend Tonnen (tto) pro Jahr

Unternehmen	Umsätze in tto pro Jahr		
	2010	2011	2012
Debrunner (Debrunner Acifer)	[200-300]	[200-300]	[200-300]
BST (Riedo)	[100-200]	[100-200]	[100-200]
Gesamt	[300-400]	[300-400]	[300-400]

Quelle: Angaben der Parteien.

41. Die Auftragsvergabe für Bewehrungsstahlprodukte erfolgt in der Regel ab 200 bis 300 to Bewehrungsstahl mittels Vergabeverfahren, bei denen verschiedene Wettbewerber Angebote für die ausgeschriebenen Bauprojekte einreichen. Bauvorhaben übersteigen teilweise anteilmässig die Schwelle von 200 bis 300 to, so dass in diesen Fällen Aufträge in objektbezogenen Bieterverfahren vergeben werden. Aus Gründen der Diversifikation und Liefersicherheit werden oftmals auch mehrere Unternehmen an einem Bauprojekt beteiligt.

42. Die regelmässigen Ausschreibungen und objektbezogenen Bieterverfahren, sowie die Homogenität und Standardisierung von Bewehrungsstahlprodukten führen auf dem Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör zu einer geringen Kundenbindung und der Möglichkeit Bewehrungsstahlprodukte von verschiedenen Anbietern zu beziehen bzw. auf verschiedenen Anbieter auszuweichen. Auch wird der Wettbewerb, zumindest bei grösseren Aufträgen, durch ausländische Anbieter intensiviert.

Fazit

43. Der Markt für die Verarbeitung und den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten und diesbezüglichem Zubehör zeichnet sich durch eine relativ grosse Anzahl an Wettbewerbern aus, die sämtliche Bewehrungsstahlprodukte in gleichem Umfang und Qualität verarbeiten und liefern können. Es kann davon ausgegangen werden, dass auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ausreichender aktueller und potentieller Wettbewerb besteht und somit Debrunner nicht in der Lage sein wird, sich von anderen Wettbewerbern unabhängig im

Markt zu verhalten. Daher ist anzunehmen, dass der beabsichtigte Zusammenschluss auf dem relevanten Markt nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.6 Nebenabreden

44. Zu prüfen ist weiter, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁹

45. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs,

⁸ Champion Group (FF Group); Cement Roadstone Holding (Miauton); SFS Hodling AG (SFS Locher AG); Ruhl Gruppe (Ruhl); Spaeter Group (Carl Spaeter AG).

⁹ RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind¹⁰ (EU-Bekanntmachung), angelehnt.¹¹ Demnach gilt, dass horizontale Konkurrenzverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nicht als Wettbewerbsabreden qualifiziert werden müssen, wenn sie räumlich, sachlich und zeitlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.¹²

46. Wettbewerbsabreden können nur dann als «mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden» angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.¹³

47. In räumlicher Hinsicht hat sich das Konkurrenzverbot grundsätzlich auf das Gebiet zu beschränken, in welchem der Veräusserer die Dienstleistungen oder Waren bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.¹⁴

48. Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte zu beschränken, die Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens darstellten. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.¹⁵

49. Zeitlich erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für dessen Durchführung notwendig, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden.¹⁶ Die WEKO hat sich dieser Praxis grundsätzlich angeschlossen. Längere Fristen - bis fünf Jahre - können, sowohl in der EU als auch in der Schweiz, beim Nachweis von aussergewöhnlichen Umständen gewährt werden. Aussergewöhnliche Umstände liegen beispielsweise vor, wenn die Kunden dem veräussernden Unternehmen länger als zwei beziehungsweise drei Jahre treu bleiben würden (Kundenloyalität)¹⁷, oder wenn Produktzyklen in der konkreten Branche besonders lang sind.¹⁸

50. In [...] des Aktienkaufvertrages verpflichten sich die Veräusserer, ab Vollzugsdatum für die Dauer von fünf Jahren jegliche die BST und deren Tochtergesellschaft Riedo direkt oder indirekt konkurrierende Tätigkeiten in

der Schweiz im Bereich der Herstellung, Bearbeitung und/oder des Handels mit Bewehrungsstahl zu unterlassen. Als zu unterlassende Tätigkeiten gelten u.a. jeder Form von Beteiligung und/oder persönliche und/oder finanzielle Teilnahme an einem entsprechenden Unternehmen oder Tätigkeitsgebiet. Zusätzlich dazu verpflichtet sich der Verkäufer während einer Dauer von fünf Jahren ab Vollzugsdatum weder direkt noch indirekt Arbeitnehmer oder sonstige Vertragspartner der Riedo abzuwerben noch sonstwie in Arbeits- oder sonstige Vertragsverhältnisse der BST oder Riedo einzugreifen.

51. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.¹⁹

52. Zunächst ist zu sagen, dass die genannten Wettbewerbsverbote in sachlicher und räumlicher Hinsicht nicht zu beanstanden sind. Jedoch ist zu prüfen, ob die Überschreitung der zulässigen Zeitdauer von drei Jahren durch ausserordentliche Umstände gerechtfertigt ist.

53. Gemäss gängiger Praxis der WEKO bedürfen Nebenabreden, wie z.B. Konkurrenzverbote, welche eine Dauer von drei Jahren und somit den gemäss EU-Bekanntmachung erlaubten Zeitrahmen²⁰ überschreiten, einer besonderen Begründung und stellen somit regelmässig eine Ausnahme dar.²¹

54. Die Parteien begründen die Notwendigkeit eines fünfjährigen Konkurrenz- bzw. Abwerbverbots einerseits a) mit der engen Verknüpfung der Veräusserer mit dem zu veräussernden Unternehmen und andererseits b) mit einer bis 2016 andauernden beschränkten Integrationsmöglichkeit des zu übernehmenden Unternehmens (Riedo) in die Unternehmensstruktur des Käufers (Debrunner).

¹⁰ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

¹¹ RPW 2006/4, 690 Rz 41 f., *ISS/Edelweissfm*.

¹² Vgl. RPW 2013/1, 99 Rz 54, *Publigroupe/ImproveDigital*.

¹³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

¹⁴ EU-Bekanntmachung, Rz 22.

¹⁵ EU-Bekanntmachung, Rz 23.

¹⁶ Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁷ RPW 2006/4, 690 Rz 38, *ISS/Edelweissfm*.

¹⁸ Vgl. RPW 2009/4, 451 Rz 68, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

¹⁹ *Ibid.*, Rz 13.

²⁰ *Ibid.*, Rz 20.

²¹ Vgl. RPW 2006/4, 685 Rz 51, *ISS/Edelweissfm*; RPW 2009/4, 451 Rz 68, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

B.6.1 Enge Verbindung der Veräusserer mit Riedo

55. Hinsichtlich der engen Verbindung der Veräusserer mit dem zu veräussernden Unternehmen führen die beteiligten Parteien an, dass sämtliche wesentliche das Unternehmen betreffende Entscheide von ihnen getroffen worden sind und sie ferner über direkten Kontakt zu allen wichtigen Kunden und Lieferanten verfügen. Darüber hinaus seien sie in sämtliche wichtigen Vertragsverhandlungen im Zusammenhang mit dem zu veräussernden Unternehmen involviert und mit allen Managementaufgaben in ihrem Unternehmen betraut gewesen. Die daraus resultierenden tiefen Kenntnisse der Veräusserer über die gesamte Tätigkeit des zu veräussernden Unternehmens, inklusive Lieferanten, IT- und Produktionsprozesse, der Kostenstruktur, der Buchhaltung, der Absatzkanäle und der Kunden rechtfertigen deshalb ein fünfjähriges Wettbewerbs- und Abwerbeverbot.

56. Dem ist entgegenzuhalten, dass in der EU-Bekanntmachung dem Umstand eines allfälligen Know-How Transfers bei einem Zusammenschluss explizit Rechnung getragen wird, nämlich in Form eines zulässigen Konkurrenzverbots von einer Dauer von drei Jahren. Eine darüber hinausgehende Dauer der Wettbewerbsverbote bedarf somit eines aussergewöhnlichen Know-How Transfers, um einen aussergewöhnlichen Umstand im zuvor genannten Sinne darzustellen.

57. Gemäss den Angaben in der Meldung wird kein besonderes Know-How benötigt, um auf dem Markt für den Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten tätig zu sein. Die notwendige Technologie kann bei Dritten eingekauft werden. Es herrschen mitunter relativ tiefe Markteintrittsschranken.

58. Bezüglich dem Argument, dass die Veräusserer über tiefe Kenntnisse über die gesamte Tätigkeit des zu veräussernden Unternehmens verfügen, kann festgehalten werden, dass diese Kenntnisse nicht darüber hinausgehen, was man von einem pflichtbewussten und sorgfältigen Unternehmensmanagement erwarten werden darf. Dass die Veräusserer das zu veräussernde Unternehmen gegründet haben und somit eine enge persönliche Verbindung mit dem Unternehmen besteht, vermag ferner nicht die Annahme einer Ausnahmesituation zu rechtfertigen. Selbst wenn eine herausragende Stellung innerhalb der Geschäftsleitung vorläge sowie diesbezügliches Know-How, gab dies der WEKO in der Vergangenheit keinen Anlass dazu, ein über drei Jahre hinausgehendes Wettbewerbsverbot anzunehmen.²²

59. Auch mit Blick auf die bereits von der WEKO genehmigten Wettbewerbsverbote von mehr als drei Jahren²³ können dem vorliegenden Sachverhalt keine Anhaltspunkte entnommen werden, welche allenfalls ein fünfjähriges Wettbewerbsverbot aufgrund der bisherigen Praxis der WEKO zu rechtfertigen vermögen.

60. Unter dem Abschnitt Nachfragestruktur wird in der Meldung angegeben, dass die Kundenbindung tief sei. Dies begründe sich zum einen durch die Unabhängigkeit der Bauunternehmern als Nachfrager von den Anbietern und zum anderen mit der häufigen Ausschreibung von Aufträgen, wo sich grössere und kleinere Unternehmen konkurrenzieren und es somit keine exklusiven Lieferbe-

ziehungen zwischen den Verarbeitern von Bewehrungsstahl und den Bauunternehmern gibt.

61. Darüber hinaus herrschen in der Branche auch keine langen Produktionszyklen. Im Gegenteil, gemäss den Angaben in der Meldung könnten Produktionskapazitäten innert kurzer Frist durch entsprechende (geringe) Investitionen aufgestockt werden.

Fazit

62. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei der engen Verknüpfung der Veräusserer mit dem zu veräussernden Unternehmen keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen, welche ein fünfjähriges Konkurrenz- und Abwerbeverbot zu rechtfertigen vermag.

B.6.2 Beschränkte Integration von Riedo vor 2016

63. Das zweite Argument, weshalb ein fünfjähriges Konkurrenz- und Abwerbeverbot vorliegend gerechtfertigt sei, zielt auf die bis ins Jahr 2016 andauernde beschränkte Integrationsmöglichkeit des zu veräussernden Unternehmens ab. Dies begründe sich mit [...]. Aus diesen Gründen sei gemäss den Parteien ein Konkurrenzverbot von nur drei Jahren nicht ausreichend, um die Marktposition von Riedo vollständig auf Debrunner zu übertragen. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen und zwar aus den folgenden Gründen:

64. Gemäss der EU-Bekanntmachung stellen Wettbewerbsverbote sicher, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenden Vermögens erhält, zu dem in der Regel sowohl materielle als auch immaterielle Werte, wie der Geschäftswert des Unternehmens oder das Know-How des Veräusserers, zählen.²⁴

65. Dass vorliegend ein Know-How Transfer [...] vorliegt, wird nicht bestritten. Ein länger als drei Jahre dauerndes Konkurrenzverbot ist hingegen nicht gerechtfertigt. Nach Vollzug des Zusammenschlusses gehen sämtliche materiellen wie auch immateriellen Werte des zu veräussernden Unternehmens an die Käuferin über. Erreicht wird dies zum einen durch die Beibehaltung des bisherigen Firmennamens des zu veräussernden Unternehmens für bis zu drei Jahre. Dies stellt einen begünstigenden Umstand im Hinblick auf die Gewinnung von Kundenvertrauen dar. Im Übrigen ist die Käuferin anteilmässig der grösste Marktteilnehmer, weshalb nicht von einem erschwerenden Umstand hinsichtlich der Kundengewinnung ausgegangen werden kann. Es ist somit in wirtschaftlicher Hinsicht mit keinem Verlust zu rechnen, vielmehr wird ein fließender Übergang ermöglicht.

66. Ferner hat die Debrunner Koenig Management AG mit dem Veräusserer einen Beratervertrag abgeschlossen. Danach soll der Veräusserer der Debrunner Koenig Management AG auch nach Vollzug des Zusammenschlusses in beratender Tätigkeit zur Verfügung stehen. Ein Wissenstransfer hinsichtlich Know-How wird somit sichergestellt und geschieht unverzüglich.

²² Vgl. RPW 2006/4 682 Rz 46, *ISS/Edelweissfm*.

²³ Vgl. RPW 2006/4 682 Rz 46, *ISS/Edelweissfm* (Kundenloyalität).

²⁴ EU-Bekanntmachung, Rz 18.

67. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Konkurrenzverbot von mehr als drei Jahren als nicht notwendig, da durch den Beratervertrag die Käuferin erst recht die Möglichkeit hat, sich das nötige Know-How anzueignen und anschliessend zu nutzen.

68. Ein Konkurrenzverbot von drei Jahren verhindert somit nicht das von der Käuferin verfolgte Ziel der Kosteneffizienzsteigerung beim Vertrieb von Bewehrungsstahlprodukten mithilfe [...]. Dass die [...] bei den verschiedenen Standorten der Käuferin [...] des zu veräussernden Unternehmens hingegen erst auf Anfang 2016 vollzogen werden kann, kann nicht als Rechtfertigung für ein verlängertes Konkurrenzverbot dienen. Hierbei ist auch zu beachten, dass eine [...] bei Konkurrenten der Käuferin nach Ablauf der drei Jahre womöglich ebenfalls nicht ohne Verzögerung vollzogen und wirksam eingesetzt werden kann.

Fazit

69. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die aufgrund interner Vorgänge im Zusammenhang mit [...] und die damit erst zu einem zeitlich späteren Zeitpunkt vollständige Nutzung des [...] des zu veräussernden Unternehmens keine aussergewöhnlichen Umstände darstellen, welche ein Wettbewerbsverbot von fünf Jah-

ren rechtfertigen würden. Die Nebenabreden in Form eines Konkurrenz- bzw. Abwerbverbots fallen deshalb für eine Dauer von drei Jahren ab Vollzugsdatum unter das Konzentrationsprivileg, da sie unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für diesen notwendig angesehen werden. Folglich fallen die Wettbewerbsverbote von einer Dauer von mehr als drei Jahren nicht unter das Konzentrationsprivileg.

C Ergebnis

70. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Debrunner/BST führt zu einer Marktanteilsaddition von [10-20 %] auf dem relevanten Markt. Dennoch führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in der Schweiz, da auf dem relevanten Markt zahlreiche andere Wettbewerber vertreten sind und aufgrund der Marktstruktur von einem weiterhin starken Konkurrenzumfeld ausgegangen werden kann, welches genügende disziplinierende Wirkungen entfaltet.

Die vorläufige Prüfung stellt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte fest, dass der Zusammenschluss auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2	4. Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG Sanctions selon l'article 50 ss LCart Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
B 2.4	1. Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.

Verfügung vom 23. September 2013 in Sachen Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A. wegen Verstoss gegen Art. 9 Abs. 4 KG gegen The Swatch Group AG, in Biel

Gegen diese Verfügung hat die The Swatch Group AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung und Verfahren

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) hat am 12. April 2012 aus der Neuen Zürcher Zeitung die Meldung entnommen, wonach die The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) die jurassische Uhrengehäuse-Produzentin Simon et Membrez S.A. (nachfolgend: S&M) übernommen hat.¹ Angesichts der Tatsache, dass die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) im Rahmen einer Untersuchung die marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 (nachfolgend: Untersuchung Ebauches oder Ebauches-Verfahren) festge-

stellt hat², erkundigte sich das Sekretariat am 12. April 2012 bei Swatch Group, wie sie die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG beurteile.³

2. Mit Schreiben vom 16. April 2012 ging die Antwort von Swatch Group beim Sekretariat ein.⁴ Darin zeigte Swatch Group zunächst auf, dass sie mit Vertrag vom 30. März 2012 sämtliche Aktien der Gesellschaft S&M erworben habe. Ausserdem habe Swatch Group die damit verbundene 60%-Beteiligung an der Gesellschaft Termiboîtes S.A. (nachfolgend: Termiboîtes) erworben. Verkäufer der Aktien seien die [...], sowie [...] und [...]. Im Einzelnen könne die Transaktion wie folgt dargestellt werden⁵:

- [...] Beteiligungsgesellschaft PhM Holding SA (nachfolgend: PhM), deren einziges Aktivum in der Beteiligung von 87 % am Aktienkapital und an den Stimmrechten der S&M bestehe. Swatch Group erwerbe sämtliche Aktien an PhM und werde dadurch ihrerseits zur Alleinaktionärin dieser Beteiligungsgesellschaft. Gleichzeitig verkauften [...] Beteiligungen an S&M im Gesamtumfang von 13 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte an Swatch Group.
- Aktionäre von Termiboîtes seien [...] ihre Beteiligungen an Swatch Group verkaufen, wodurch diese 60 % am Aktienkapital und an den Stimmrechten von Termiboîtes erhalte. Die restlichen 40 % würden durch andere Aktionäre gehalten.

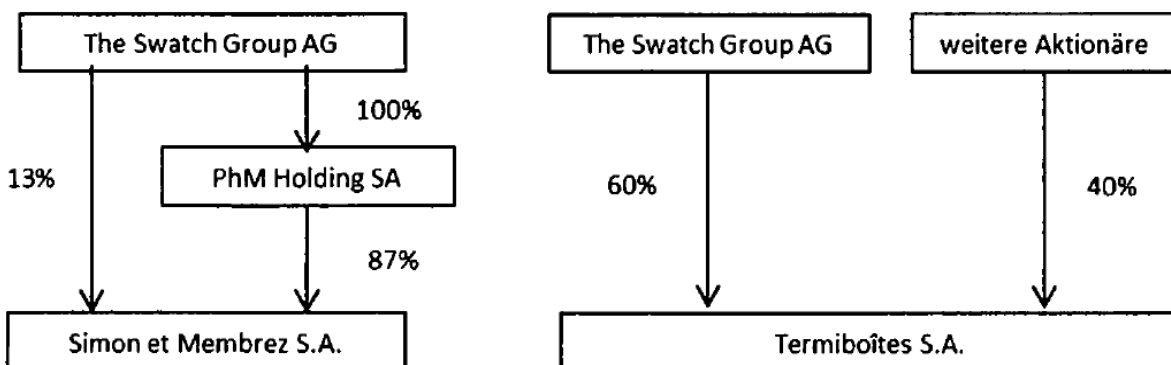


Abbildung 1: Übersicht der Transaktion

¹ Vgl. <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/swatch-uebernimmt-uhrengehause-produzenten-simon-et-membrez-1.16401560>; besucht am 30. September 2013.

² Vgl. RPW 2005/1, 142, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

³ Act. 1.

⁴ Act. 2.

⁵ Act. 2, S. 1 f.

3. Das Closing erfolgte per 11. April 2012. Auf diesen Zeitpunkt hin wurden sämtliche Namenaktien, welche Gegenstand des Kaufvertrages bildeten, per Indossierung auf Swatch Group übertragen, wodurch diese zur Eigentümerin an den verkauften Wertpapiere wurde.⁶

4. Swatch Group zufolge stelle S&M qualitativ hochstehende Uhrengehäuse aus edlen Materialien wie Gold, Platin, Palladium oder hochwertigen Stählen für das oberste Preissegment her. Zu den Kunden von S&M gehörten [...] etc. Der Umsatz von S&M habe im Geschäftsjahr 2011 rund [...] betragen.⁷

5. Zu den Wettbewerbern von S&M gehörten gemäss Swatch Group zahlreiche Unternehmen mit Sitz sowohl in der Schweiz wie auch im grenznahen Ausland oder sogar in Asien. Neben den eigenen Tochtergesellschaften Manufacture Favre et Perret AG (Le-Crêt-du-Loche), Manufacture Ruedin (Bassecourt), Comadur S.A. (Le Locle) und Lascor S.p.A. (Sesto Calende, Italien), seien Swatch Group zahlreiche weitere Hersteller bekannt, welche sowohl für die Käuferin selber und auch für Dritte Uhrengehäuse aus verschiedenen Edelmetallen, hochwertigen Stählen oder andere Werkstoffen produzierten. Dazu gehörten u.a.⁸

Unternehmen in der Schweiz:

- Guillod-Günther S.A., La Chaux-de-Fonds,
- Oréade Manufacture de boîtes S.A., La Chaux-de-Fonds,
- Werthanor S.A., Le Locle,
- G.T.F., Le Locle*,
- Erard Joseph S.A., Le Noirmont,
- Orolux S.A., Le Noirmont,
- Manufacture de boîtes de montre M.R.P. S.A., Alle,
- Dexel SA, Biel,
- Louis Lang S.A., Porrentruy,
- FIMM S.A., Porrentruy,
- Queioz S.A., Saignelégier,
- Donzé-Baume, Les Breuieux, etc., als auch

Unternehmen im Ausland:

- Hirsch GmbH,
- Reister und Nittel RP-Uhrengehäuse GmbH,
- Sächsische Uhrentechnologie GmbH,
- Kam Yuen,
- Luen Fung,
- Novolux,
- Revor*,
- Hanson Inco*,
- Kam Lee Fung*,
- Wolf, Yik Fung,
- Gin How*,

- Wing Kwong, Wayman* etc.

6. Neben diesen Herstellern gebe es sowohl in der Schweiz wie auch weltweit viele weitere Anbieter von hochwertigen Uhrengehäusen, welche ihre Produkte den Uhrenmarken anbieten würden. Zu diesen Unternehmen gilt es anzufügen, dass Abklärungen des Sekretariats zufolge keine Informationen zu den mit einem * markierten Unternehmen zu Tage gefördert haben, d.h. nicht verifiziert werden konnte, ob es sich wirklich um Gehäusehersteller handelt.⁹ Swatch Group machte in ihrer Stellungnahme einige relativierende Ausführungen betreffend die Revor SA.¹⁰

7. Termiboîtes biete Swatch zufolge ausschliesslich die Polissage von qualitativ hochstehenden Uhrengehäusen an. [...] über eine Kundenbeziehung mit S&M, für welche sie die Polissage der Uhrengehäuse vornehme. Der Umsatz für das Jahr 2011 habe rund CHF [...] betragen. Wettbewerber von Termiboîtes seien wiederum die genannten Hersteller von Uhrengehäusen (Rz 5). Im Unterschied zu S&M und Termiboîtes verfügten diese Unternehmen meist über eine produktionsinterne Polissage-Abteilung. Daneben gebe es aber auch einzelne Unternehmen, welche sich auf die Polissage von Uhrengehäusen spezialisiert hätten. Dazu gehörten beispielsweise¹¹

- S. Hauert Miécourt S.A., Miécourt,
- Zoppé Sàrl, Courchavon,
- Serge Hauerte et fils S.A., Fahy,
- LVS Vincenzo Limoli, Genève,
- Calame Pierre, St. Imier und
- Pittet et fils S.A., L'Abbaye.

[...]

8. In rechtlicher Hinsicht¹² wies Swatch Group darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die Aufgreifkriterien von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erfüllt seien. Insbesondere erreichte keines der beiden erworbenen Unternehmen für das Jahr 2011 einen Umsatz von CHF 100 Mio. Selbst wenn im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Umsätze von S&M und Termiboîtes addiert werden müssten, würde die Schwelle von CHF 100 Mio. nicht erreicht. Eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG bestehe deshalb nicht.

⁶ Act. 7, S. 11.

⁷ Act. 2, S. 2.

⁸ Act. 2, S. 2 f.

⁹ Act. 2, S. 3.

¹⁰ Act. 28, S. 2.

¹¹ Act. 2, S. 3.

¹² Vgl. zum Ganzen Act. 2, S. 4 ff.

9. Was die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG angehe, so verweist Swatch Group zunächst auf den Entscheid der WEKO in der Untersuchung Ebauches, worin die WEKO lediglich für die Tochtergesellschaft ETA rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung festgestellt habe. Die damalige Untersuchung habe den Markt für Ebauches betroffen, welche in mechanische Uhrwerke eingebaut werden. Die WEKO sei damals zum Schluss gekommen, dass ETA auf dem schweizerischen Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.¹³

10. Gemäss Swatch Group wäre eine Pflicht zur Meldung des vorliegenden Unternehmenserwerbs nach Art. 9 Abs. 4 KG somit dann zu bejahen, wenn die Akquisition durch Swatch Group denselben Markt betreffe, für welchen ETA bereits rechtskräftig als marktbeherrschend festgestellt worden sei, oder wenn sie einen voroder nachgelagerten, mindestens aber einen benachbarten Markt betreffe. Nach Ansicht von Swatch Group sei jedoch keiner dieser Märkte durch den vorliegenden Zusammenschluss betroffen:

- Es sei offensichtlich, dass der Zusammenschluss betreffend S&M und Termiboîtes, die in der Herstellung resp. in der Polissage von qualitativ hochwertigen Uhrengehäusen tätig seien, nicht den Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis von bis zu CHF 300 betreffe.
- Was den vorgelagerten Markt angehe, so führt Swatch Group aus, dass je nach Fertigungstiefe für die Produktion von Ebauches entweder alle einzelnen Teile (Platinen, Brücken, Rädersatz, Stahlteile etc.) selber aus den entsprechenden Rohmaterialien hergestellt würden oder aber es würden einzelne dieser Teile von spezialisierten Herstellern (Décolleteure) eingekauft und zu einem Kaliber zusammengesetzt. Als der Herstellung von Ebauches vorgelagerter Markt gelte gemäss Praxis der WEKO der Markt für Décolletage, welcher sich aber von der Herstellung von Uhrengehäusen unterscheide. Somit handle es sich bei der vom aktuellen Zusammenschluss betroffenen Herstellung von qualitativ hochwertigen Uhrengehäusen nicht um einen vorgelagerten Markt.
- Abnehmer der von ETA produzierten Ebauches seien (respektive seien gewesen) sowohl Monteur, welche Ebauches zusammen mit einem Assortiment zu einem Uhrwerk (Mouvement) montieren, wie auch Modifizierer, welche Ebauches und Assortiments zusätzlich noch mit Komplikationsmodulen veredeln. Diese verkauften das zusammengesetzte und allenfalls modifizierte Mouvement weiter an die Uhrenmarken, welche diese in ihre Uhren einbauen. Auf dem der Produktion von Ebauches nachgelagerten Markt würden somit zusammengestellte und eventuell modifizierte Mouvements an die Uhrenmarken verkauft. Teilweise würden Ebauches auch direkt durch markeneigene Manufakturen bezogen. Auch in dieser Hinsicht unterscheide sich der Markt von der Herstellung von Uhrengehäusen. Bei der vom aktuel-

len Zusammenschluss betroffenen Herstellung von qualitativ hochwertigen Uhrengehäusen handle es sich somit nicht um einen nachgelagerten Markt.

- In ihrem Entscheid vom 18. Juni 2010 hätte die WEKO festgehalten, dass es sich bei der Terminage T1 (sog. Assemblage) um einen „dem Markt für Ebauches für mechanische Uhrwerke bis Fr. 300.- nachgelagerten oder benachbarten Markt“ handelt. Unter Terminage T1 werde dabei die Zusammensetzung von einzelnen Bestandteilen wie z.B. Ebauches und weiteren Uhrwerkskomponenten zu einem fertigen mechanischen Uhrwerk verstanden. Die vom damaligen Zusammenschluss betroffene Gesellschaft Tanzarella SA stellt selber keine Uhrwerkbestandteile her, sondern ist lediglich im Bereich der Terminage T1 tätig. Da sie auf einem „nachgelagerten oder benachbarten“ Markt aktiv ist, erachtete die WEKO die Voraussetzung für das Vorliegen einer Meldepflicht der Swatch Group nach Art. 9 Abs. 4 KG als erfüllt. In einem weiteren Zusammenschlussverfahren befand die WEKO aufgrund eines vergleichbaren Sachverhalts das Vorliegen einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ebenfalls als gegeben. Neben der Terminage T1 waren in diesem Fall auch die Bereiche Terminage T2 (Emboitage) und die Reparatur von Uhrwerken (service après vente) vom Zusammenschluss betroffen.
- Bei den bisher vom Kriterium des benachbarten Marktes betroffenen Zusammenschlussfällen handle es sich jeweils stets um Unternehmen, die in einem sehr nahen Umfeld der ETA tätig seien, besonders in der Assemblage von Uhrwerkbestandteilen (Terminage T1). Nur in diesem Zusammenhang sei die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von nachgelagerten oder benachbarten Märkten zum Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis von bis zu CHF 300 ausgegangen. Im letztgenannten Entscheid habe die WEKO zudem offen gelassen, ob die vom Zusammenschluss ebenfalls betroffenen Bereiche Terminage T2 und service après vente sogar als eigenständige Märkte oder – zusammen mit dem Bereich Terminage T1 – als gemeinsamer Markt zu definieren seien.
- Dagegen könne die Herstellung von qualitativ hochwertigen Uhrengehäusen aus Sicht der Swatch Group nicht als benachbarter Markt bezeichnet werden, da sie mit der Herstellung von Ebauches in keiner Art und Weise vergleichbar sei oder mit ihr zusammenhänge. So fehle es beispielsweise an einer minimalen Substitutionsbeziehung, wie sie insbesondere von der Lehre für das Vorliegen von sachlich benachbarten Märkten gefordert werde.

¹³ Act. 28, S. 8 Rz 6.

- Auch die vom Sekretariat in seiner Beratung zu Händen der Emmi AG entwickelten Kriterien zum Vorliegen eines benachbarten Marktes, nämlich eine gemeinsame Rohstoffbasis, das Vorliegen einer Kuppelproduktion oder die Bedeutung eines umfassenden Produktsortiments, vermöchten nach Ansicht von Swatch Group aus den durch die Tätigkeit von S&M respektive Termiboîtes betroffenen Produktionsbereiche keinen benachbarten Markt zu begründen. So fehle es beispielsweise aufgrund der hochgradigen Spezialisierungen an einer Angebotsumstellungsflexibilität, sowohl bei der als marktbeherrschend festgestellten ETA wie auch bei S&M respektive Termiboîtes. Zudem gebe es keine Kuppelproduktion, d.h. es würden weder bei ETA noch bei den beiden vom Zusammenschluss betroffenen Unternehmen Nebenprodukte anfallen, welche gegenseitig für die Herstellung anderer Produkte verwendet werden könnten. Und auch das Sortimentskonzept habe im vorliegenden Fall keine Bedeutung.
- Bei der vom aktuellen Zusammenschluss betroffenen Herstellung von qualitativ hochwertigen Uhrengehäusen handle es sich somit gemäss Swatch Group nicht um einen benachbarten Markt.

11. Im Übrigen verwies Swatch Group darauf, dass die im ETA-Entscheid gegenüber ETA angeordnete Lieferverpflichtung am 31. Dezember 2010 ausgelaufen sei, und da ETA seither ihre Lieferungen an Dritte eingestellt habe, sei fraglich, inwiefern die Tochtergesellschaften von Swatch Group überhaupt noch auf einem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis von bis zu CHF 300 als Lieferantinnen auftreten würden und deshalb über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Falle jedoch das Kriterium der Marktbeherrschung für ETA weg, so bestehe auch für die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG kein Raum mehr.¹⁴

12. Das Sekretariat prüfte die Vorbringen von Swatch Group, bezweifelte diese jedoch und forderte Swatch Group mit Schreiben vom 7. Mai 2012 auf, weitere Dokumente und Unterlagen einzureichen, u.a. die komplette Kundenliste von S&M des Jahres 2011 und die Namen sämtlicher Uhrenmarken, welche ETA-Ebauches in S&M-Gehäuse einbau(t)en.¹⁵

13. Dieser Aufforderung kam Swatch Group mit Eingabe vom 16. Mai 2012 nach.¹⁶ In ihren Ausführungen hob Swatch Group hervor, dass das Sekretariat im Rahmen seiner Beratung betreffend „Meldepflicht Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG“ selber die Frage aufgeworfen habe, welche Stufen einer Wertschöpfungskette als benachbarte resp. vor- oder nachgelagerte Märkte zu betrachten seien. Dabei hätte das Sekretariat explizit auf das Kriterium des Nahverhältnisses Bezug genommen und – ausgehend davon – auf den Einbezug bestimmter Prozesse bei der Weiterverarbeitung in die Bestimmung der vor- und nachgelagerten resp. benachbarten Märkte verzichtet. Somit habe auch das Sekretariat anerkannt, dass nicht alle vorangehenden oder nachfolgenden Schritte einer Wertschöpfungskette als vor- oder nachgelagerte resp. benachbarte Märkte betrachtet werden

dürften. Swatch Group wiederholte schliesslich, dass infolge des Auslaufens der einvernehmlichen Regelung betreffend Ebauches ETA (faktisch) nicht mehr marktbeherrschend sei.

14. Das Sekretariat antwortete daraufhin mit Schreiben vom 24. Mai 2012, dass die für ETA geltende Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bis dato weder aufgehoben wurde, noch diesbezüglich ein entsprechender Antrag seitens Swatch Group eingegangen sei und mithin die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nach wie vor und in uneingeschränkter Form bestehe.¹⁷ Weiter führte das Sekretariat aus, dass sich aus der Kundenliste ergebe, dass S&M Kunden beliefer(t)e, welche nicht ausschliesslich Uhren im obersten Preissegment herstellten, und das Sekretariat davon ausgehe, dass ETA-Ebauches in Gehäuse von S&M eingebaut würden und somit von nachgelagerten Marktverhältnissen auszugehen sei. Selbst wenn dieser Einschätzung nicht gefolgt werde, wäre angesichts der Komplementarität der in Frage stehenden Produkte (Ebauches und Gehäuse) auf jeden Fall von benachbarten Märkten auszugehen. Ferner teilte das Sekretariat mit, dass laut Aktienbucheintrag die Übernahme von S&M bereits vollzogen sei, mithin Swatch Group die Kontrolle per 11. April 2012 (vgl. vorne Rz 3) ausüben könne. Für das Sekretariat sei erstellt, dass die vorliegende Übernahme als meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG zu beurteilen sei und demzufolge zu melden gewesen wäre. Schliesslich forderte das Sekretariat Swatch Group gestützt auf Art. 35 KG auf, umgehend die vollständige Meldung sowie sämtliche Belege gemäss Art. 9 KG i.V.m. Art. 11 VKU einzureichen und räumte Swatch Group die Möglichkeit ein, sich in substantiiert Form zur Einschätzung des Sekretariates zu äussern.

15. Die vollständige Meldung wurde von Swatch Group am 29. Juni 2012 eingereicht.¹⁸ Darin wiederholte Swatch Group ihre Ansicht, dass eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG mangels (faktischer) marktbeherrschender Stellung von ETA im Zeitpunkt des Zusammenschlusses nicht bestehe. Diese Tatsache sei den Wettbewerbsbehörden hinlänglich bekannt gewesen und deshalb hätte das Verfahren nach Art. 35 KG nicht eröffnet werden dürfen. Allenfalls hätte das Sekretariat im Rahmen der eingereichten Meldung nach Art. 32 ff. KG und vor der Überleitung in das ordentliche Zusammenschlusskontrollverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen erheben und gestützt darauf festzustellen, dass kein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliege.¹⁹

¹⁴ Vgl. zum Ganzen Act. 2.

¹⁵ Act. 3.

¹⁶ Act. 4.

¹⁷ Act. 5.

¹⁸ Act. 7.

¹⁹ Act. 7, Begleitschreiben.

16. In der Meldung selber beantragte Swatch Group, das Verfahren nach Art. 35 KG als gegenstandslos und ohne Kostenfolge für ETA oder Swatch Group einzustellen.²⁰ Dies im Wesentlichen, weil ETA infolge der Beendigung der Lieferverpflichtung per 31. Dezember 2010 nicht mehr als marktbeherrschend gelte, da seit diesem Zeitpunkt Drittgesellschaften ausserhalb der Swatch-Gruppe nicht mehr mit Ebauches beliefert würden. ETA habe seit dem 1. Januar 2011 einen Marktanteil von null Prozent auf dem relevanten Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.²¹ Diese Tatsache sei den Wettbewerbsbehörden bekannt gewesen, womit sich die Frage stelle, ob das Sekretariat nicht wider besseres Wissen das Verfahren nach Art. 35 KG eingeleitet hatte, habe es doch aus den Meldungen und zahlreichen Hinweisen Kenntnis gehabt. Stossend sei auch die Haltung des Sekretariates, dass die rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA weder aufgehoben worden sei, noch ein entsprechender Antrag seitens Swatch Group eingereicht wurde.²² Swatch Group vertritt die Ansicht, dass ETA spätestens seit dem 1. Januar 2011 über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfüge und es keiner ausdrücklichen Aufhebung der Feststellung mittels Antrag bedürfte, da die zeitliche Geltung der Feststellung limitiert sei auf den Ablauf der Lieferverpflichtung per 31. Dezember 2010. Vielmehr hätten die Wettbewerbsbehörden vor Eröffnung des Verfahrens nach Art. 35 KG bereits von Amtes wegen feststellen müssen, dass es im Zeitpunkt des Zusammenschlusses an einer marktbeherrschenden Stellung fehle und infolgedessen das Tatbestandselement des meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlusses vorliegend nicht erfüllt sein könne.²³

17. Eventualiter beantragte Swatch Group den Erlass einer selbständig anfechtbaren Feststellungsverfügung betreffend die Frage des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung von ETA resp. Swatch Group nach dem Ablauf der Lieferverpflichtung von ETA per 31. Dezember 2010. Zudem sei diesfalls das Verfahren nach Art. 35 KG bis zum Abschluss des Feststellungsverfahrens zu sistieren.²⁴

18. Das Sekretariat bestätigte Swatch Group mit Schreiben vom 3. Juli 2012 den Eingang der Meldung. Am 12. Juli 2012 wurde die Vollständigkeit der Zusammenschlussmeldung bestätigt.²⁵ Im gleichen Schreiben teilte das Sekretariat Swatch Group mit, dass es den Eventualantrag als Antrag im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG interpretiere und unpräjudiziell anmerkte, dass eine allfällige Verfügung im von Swatch Group beantragten Sinne ausschliesslich mit Wirkung ex nunc erlassen werden könne, mit der Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG in keinerlei Zusammenhang stehe. Das Sekretariat forderte Swatch Group auf, bis zum 20. Juli 2012 schriftlich mitzuteilen, ob sie am Eventualbegehren festhalte.

19. Mit Schreiben vom 13. Juli 2012 antwortete Swatch Group auf die Aufforderung des Sekretariates und teilte mit, dass sie auf das Eventualbegehren vorerst verzichte, sich aber ausdrücklich vorbehalte, ein entsprechendes Begehren zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu stellen.²⁶

20. Am 16. Juli 2012 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen Swatch Group. Das entsprechende Eröffnungsschreiben wurde Swatch Group gleichentags zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, bis zum 6. August 2012 in substantiiertes Weise zum Vorwurf der Verletzung der Meldepflicht Stellung zu nehmen, weil dies der von der Swatch Group eingereichten Zusammenschlussmeldung nicht zu entnehmen war.²⁷

21. Am 6. August 2012 informierte das Sekretariat Swatch Group darüber, dass die WEKO das Zusammenschlussvorhaben für unbedenklich hält und auf eine vertiefte Prüfung verzichte.²⁸

22. Mit Schreiben vom 15. August 2012 wandte sich Swatch Group an das Sekretariat und brachte ihr Erstaunen über die gewählte Vorgehensweise zum Ausdruck, da sie in sämtlicher Korrespondenz betreffend die Übernahme von S&M die Meldepflicht bestritten hätte. Die am 29. Juni 2012 von Swatch Group eingereichte Meldung sei unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt. Swatch Group vertritt die Ansicht, dass wenn die Frage der Meldepflicht streitig sei, die Wettbewerbsbehörden diese Frage vorgängig zu prüfen hätten. Diese Prüfung hätte Swatch Group zufolge bereits im Rahmen der Eröffnung des Verfahrens nach Art. 35 KG von Amtes wegen erfolgen sollen. Im Zeitpunkt nach Erhalt der von Swatch Group eingereichten Meldung hätte die WEKO die Frage der Meldepflicht mittels einer selbständig anfechtbaren Feststellungsverfügung beurteilen müssen. Dies, weil die weiteren Verfahrensschritte – die vorläufige Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses nach Art. 32 ff. KG sowie die Einleitung eines allfälligen Verwaltungssanktionsverfahrens nach Art. 51 KG – von der Beurteilung dieser Frage abhängen würden. Da Swatch Group die Meldepflicht noch immer bestreite und mit dem von der WEKO gewählten Vorgehen unweigerlich Rechtsnachteile für Swatch Group verbunden seien (Kostenfolge im Fusionskontrollverfahren), behalte sich Swatch Group rechtliche Schritte vor.²⁹

23. Ergänzend dazu wandte sich Swatch Group mit Schreiben vom 23. August 2012 an das Sekretariat und teilte mit, dass sie davon ausgehe, dass die bisherigen Schreiben (insbesondere die Unbedenklichkeitserklärung) keinerlei präjudizielle Wirkung in Bezug auf das am 16. Juli 2012 eröffnete Verwaltungssanktionsverfahren zeitigten und die Rechtsposition von Swatch Group in keiner Art und Weise tangierten. Swatch Group bat das Sekretariat um entsprechende Bestätigung bis zum 31. August 2012.³⁰

²⁰ Act. 7, Meldung Ziff. 1.1.

²¹ Act. 7, Meldung Ziff. 10.1, S. 38.

²² Act. 7, Meldung Ziff. 10.1, S. 39 f.

²³ Act. 7, Meldung Ziff. 10.1, S. 42.

²⁴ Act. 7, Meldung S. 3.

²⁵ Act. 8.

²⁶ Act. 10.

²⁷ Act. 11.

²⁸ Act. 14.

²⁹ Act. 15.

³⁰ Act. 17.

24. Das Sekretariat beantwortete das letzte Schreiben von Swatch Group dahingehend, dass ihr mitgeteilt wurde, dass das Bestehen der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG Swatch Group im Rahmen des Verwaltungs- und Sanktionsverfahren mittels Verfügung eröffnet werde. Das Sekretariat bestätigte Swatch zudem, dass der Unbedenklichkeitserklärung in Bezug auf das Verwaltungs- und Sanktionsverfahren keine präjudizielle Wirkung im Sinne einer Anerkennung der Meldepflicht zukomme.³¹

A.2 Verfahrensrechtliche Aspekte

25. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gilt es in dreierlei Hinsicht Stellung zu nehmen zu den Vorwürfen von Swatch Group³² gegen das Sekretariat:

26. Erstens gilt es hinsichtlich der gewählten Vorgehensweise (vgl. vorne Rz 1 ff.) zu betonen, dass die vorläufige Prüfung der Übernahme der PhM-Holding, S&M und Termiboites im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erfolgte: Gestützt auf die eingereichte (unpräjudizielle) Meldung von Swatch Group war für das Sekretariat rasch ersichtlich, dass keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 VKU vorliegen und es demzufolge zu keinen Marktanteilsadditionen kommen kann. Aus diesem Grund konnte die vorläufige Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses innert kurzer (und für Swatch Group nützlicher) Frist vorgenommen werden. Gegenstand des vorliegenden Verwaltungs-sanktionsverfahrens ist nicht die kartellrechtliche Beurteilung des Unternehmenszusammenschlusses, sondern einzig die Frage, ob Swatch Group ihre Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG verletzt hat. Vor diesem Hintergrund sind die Vorwürfe von Swatch Group betreffend die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden schwer nachvollziehbar, denn dadurch, dass der Unternehmenszusammenschluss rasch und (für Swatch Group) innert nützlicher Frist geprüft wurde, entstand kein Schwebezustand; Swatch Group wusste damit, dass die bereits vollzogene Übernahme unabhängig von einer allfälligen Meldepflichtverletzung definitiv war. Die von Swatch Group geforderte Vorgehensweise³³ hätte eine erhebliche zeitliche Verzögerung für sie selber zur Folge gehabt: Namentlich der zeitliche Aufwand, der für die Erarbeitung einer anfechtbaren Verfügung benötigt worden wäre, und dann in besonderem Masse ein allfälliges Beschwerdeverfahren. Aus diesen Gründen kann dem Vorwurf von Swatch Group nicht gefolgt werden, da sie letztlich mit der gewählten Vorgehensweise in verfahrensrechtlicher Hinsicht besser gestellt ist. Anzuführen bleibt schliesslich, dass es Swatch Group nach wie vor offen steht, gegen die vorliegende Verfügung eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht zu erheben.

27. Zweitens ist, was die angeblichen Rechtsnachteile von Swatch Group angeht, an dieser Stelle hervorzuheben, dass (i) die Kosten (CHF 5'000) für die vorläufige Prüfung Swatch Group (bewusst) gar noch nicht in Rechnung gestellt wurden, d.h. Swatch Group bis dato keinen einzigen Franken bezahlt hat bzw. bezahlen musste, und (ii) die Kosten, welche Swatch Group mit der von ihr geforderten Vorgehensweise in diesem Fall erheblich höher ausgefallen wären (Verfahrens- und Anwaltskosten). Andere angebliche Rechtsnachteile (auch solche nicht monetärer Art), welche Swatch Group

entstanden sein sollen, sind nicht ersichtlich und wurden von Swatch Group auch nicht in substantiiert Form vorgetragen. Was das Vorbringen von Swatch Group angeht, dass in der Öffentlichkeit und bei den Marktteilnehmern der aktenwidrige Eindruck erweckt werde, dass ETA nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt verfüge, so kann auf die Ausführungen im Abschnitt 3.1 verwiesen werden (vgl. hinten Rz 40 ff.).

28. Drittens hat das Sekretariat zur Kenntnis genommen, dass sich Swatch Group rechtliche Schritte vorbehält und frageweise in den Raum stellt, dass das Sekretariat wider besseres Wissen ein Verfahren nach Art. 35 KG eingeleitet habe. Der Vorbehalt rechtlicher Schritte ist insofern obsolet, als Swatch Group von Gesetzes wegen sowohl gegen die vorliegende Verfügung als auch gegen das Handeln des Sekretariats Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Was die Einleitung des Verfahrens nach Art. 35 KG angeht, so gilt es hervorzuheben, dass das Sekretariat dazu von Gesetzes wegen verpflichtet ist, da es gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden Informationen der Überzeugung war (und nach wie vor ist), dass der vorliegende Unternehmenszusammenschluss (i) meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist und (ii) die Transaktion am 12. April 2012 bereits vollzogen war.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

30. 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).

31. Sowohl Swatch Group als auch die anderen am vorliegend interessierenden Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

³¹ Act. 18.

³² Act. 28, S. 9 Rz 7 ff.

³³ Act. 28, S. 10 Rz 18 und S. 11 Rz 19.

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

B.3 Meldepflicht

34. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

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

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

36. Zweck des Aufgreifstatbestandes nach Art. 9 Abs. 4 KG ist es, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen oder konzentrierten Märkten mit kleinen Volumina entgegenzutreten. Zudem soll die WEKO gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgehen können, wenn sie kleinere Wettbewerber übernehmen und aufgrund von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG keiner Meldepflicht beziehungsweise präventiven Kontrolle durch die WEKO unterstehen.³⁴

37. Die Feststellung der Marktbeherrschung begründet nur dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, wenn sie im Wege einer Verfügung der WEKO erging. Die Verfügung der WEKO muss überdies rechtskräftig sein, d.h., es darf hiergegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehen.³⁵

38. Der von Swatch Group eingereichten Zusammenschlussmeldung zufolge betrug der weltweite kumulierte Nettoumsatz aller beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2011 CHF [...], der kumulierte Nettoumsatz für die Schweiz belief sich auf CHF [...].³⁶ Basierend auf den Geschäftsabschlüssen der beteiligten Unternehmen für das Jahr 2011 ergibt sich in Bezug auf die Schweiz folgendes Bild³⁷:

Gesellschaft	Nettoumsatz 2011 (in Mio CHF)
The Swatch Group AG	[...]
PhM Holding S.A.	[...]
Simon & Membrez S.A.	[...]
Termiboîtes S.A.	[...]

Abbildung 2: Nettoumsätze der am Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen.

39. Da die Umsatzschwellen vorliegend nicht erfüllt sind, gilt es zu prüfen, ob die Voraussetzungen für das Bestehen einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG in casu erfüllt sind. Vorausgesetzt wird dabei Folgendes:

- Für ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen ist rechtskräftig festgestellt worden, dass es in der Schweiz marktbeherrschend ist.
- Der Zusammenschluss betrifft diesen Markt oder einen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

B.3.1 Rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung in der Schweiz

B.3.1.1 ETA SA Manufacture Horlogère Suisse

40. ETA mit Sitz in Grenchen ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group. Ihre Geschäftstätigkeit besteht namentlich in der Entwicklung, der Produktion und im Verkauf von Ebauches und mechanischen Uhrwerken (Mouvements). Ein Mouvement besteht aus der Zusammensetzung eines Ebauches mit einem Assortiment. Unter einem Ebauche sind die rohen Bestandteile

eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes zu verstehen. Das Assortiment bildet demgegenüber den regulierenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks und besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker.³⁸ Mouvements werden – nach weiteren Bearbeitungsschritten (vgl. dazu hinten Rz 79 f.) – zu mechanischen Uhren weiterverarbeitet. Mouvements werden innerhalb der Swatch Group von ETA, Assortiments von der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox) produziert. Der in der Schweiz mit Abstand grösste Hersteller von Assortiments – Nivarox – ist ebenfalls eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group. ETA verfügt über 20 Produktionsstandorte und beschäftigt derzeit rund 8'000 Mitarbeiter.³⁹

³⁴ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 287.

³⁵ Vgl. zum Ganzen BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 292.

³⁶ Act. 7, Meldung Ziff. 4.1 und 4.2.

³⁷ Act. 7, Meldung Ziff. 4.3.

³⁸ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 Rz 2 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

³⁹ Vgl. <http://www.eta.ch/index.php?id=2> (besucht am 30. September 2013).

41. Grafisch lässt sich das vorstehend Geschilderte wie folgt darstellen:

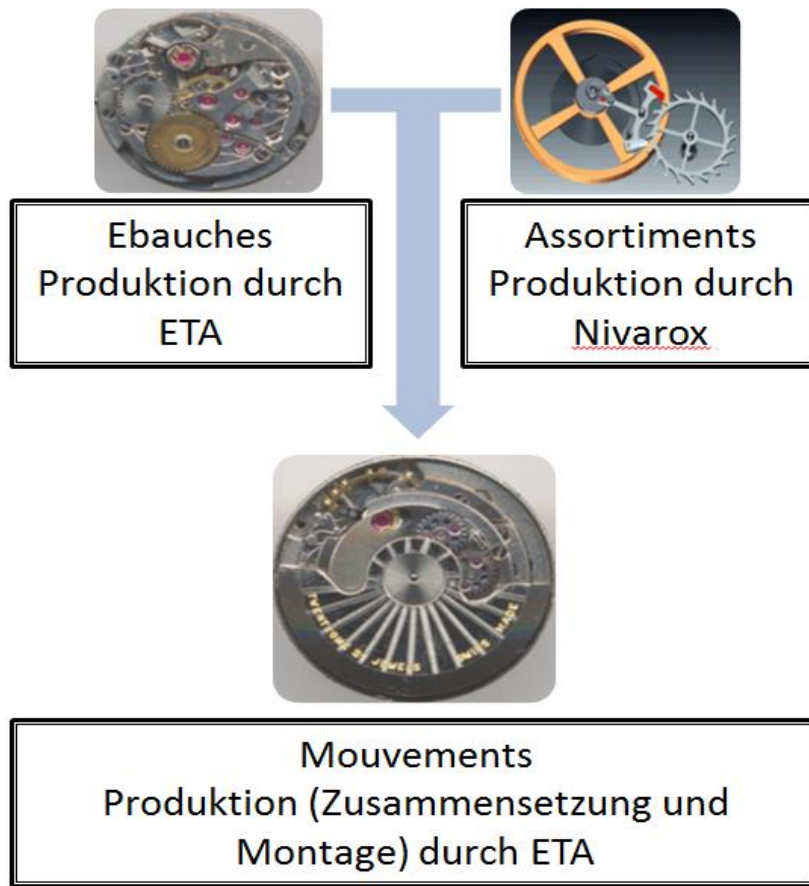


Abbildung 3: Tätigkeiten von ETA und Nivarox

B.3.1.2 Ebauches-Untersuchung: Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300

42. Im Juli 2002 erklärte ETA ihren Kunden, zu denen sowohl Monteure, Modifizierer sowie Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken gehören⁴⁰, die Lieferungen von Ebauches ab Januar 2003 zu reduzieren und ab Januar 2006 einzustellen und stattdessen nur noch fertig montierte (Roh-)Uhrwerke (Mouvements; vgl. zum Begriff hinten Rz 61) zu liefern. Die WEKO eröffnete eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG und erliess für die Dauer der Untersuchung vorsorgliche Massnahmen, in welchen sich ETA in einer einvernehmlichen Regelung zur Weiterlieferung von Ebauches verpflichtete. Die Untersuchung ergab, dass ETA auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches bis zu einem Stückpreis von CHF 300 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Reduktion beziehungsweise die vollständige Einstellung der Lieferungen von Ebauches wurde als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG qualifiziert. Die Untersuchung wurde mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen. Darin verpflichtete sich ETA, bis Ende 2008 in bisherigem Umfang und anschliessend für weitere zwei Jahre in reduziertem Umfang Ebauches für mechanische Uhrwerke an ihre Kunden zu liefern.

43. Im Dispositiv der Verfügung der WEKO wurde u.a. Folgendes festgehalten:

„1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- eine marktbeherrschende Stellung innehat. Als nachgelagerter Markt gilt der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements).

2. Die in Ziffer 1 enthaltene Feststellung kann auf Antrag von ETA überprüft werden. Hierfür hat ETA alle ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel einzureichen [...]“.

44. Diese Verfügung wurde den Verfahrensparteien ETA, der Jacquet SA (heute: La Joux-Perret SA) und der Sellita Watch Co S.A. eröffnet. Gegen die Verfügung wurde kein Rechtsmittel ergriffen, sodass die Verfügung bzw. das Dispositiv in Rechtskraft erwachsen ist, mithin die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 rechtskräftig ist.

⁴⁰ Vgl. RPW 2005/1, 128 Rz 44, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

45. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass bis zum 12. April 2012 weder ein Antrag von ETA (oder Swatch Group) zur Überprüfung der in Ziffer 1 des vorstehenden Dispositivs enthaltenen Feststellung eingereicht wurde, noch wurde die Feststellung sonst bis zum 12. April 2012 resp. bis dato rechtskräftig aufgehoben. Damit steht fest, dass die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis von CHF 300 bis zum heutigen Tage gültig ist.

B.3.1.3 Beteiligtes Unternehmen

46. Swatch Group bestreitet, dass ETA als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG qualifiziert werden kann, da nicht sie, sondern Swatch Group Käuferin der Aktien der drei Gesellschaften PhM, S&M und Termiboîtes sei.⁴¹

47. Dieses Vorbringen von Swatch Group ist zurückzuweisen, da im Lichte der Konzernbetrachtungsweise die Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG auch dann gilt, wenn nicht die am Zusammenschluss direkt beteiligte, sondern eine mit ihr gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) verbundene Gesellschaft für marktbeherrschend erklärt worden ist.⁴²

48. Im vorliegenden Fall übernimmt zwar Swatch Group PhM resp. indirekt S&M und Termiboîtes, womit sie als am Unternehmenszusammenschluss (direkt) beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG zu betrachten ist. Da Swatch Group jedoch die auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 als rechtskräftig marktbeherrschend festgestellte ETA zu 100 % kontrolliert, besteht die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG dennoch, obwohl nicht ETA, sondern Swatch Group die PhM, S&M und Termiboîtes übernommen hat.

B.3.1.4 Faktisch keine marktbeherrschende Stellung von ETA?

49. Den Vorbringen von Swatch Group, dass ETA faktisch nicht mehr marktbeherrschend sei, sie null Prozent Marktanteile auf dem Ebauches-Markt innehatte und demzufolge keine Meldepflicht bestehen könne⁴³, ist entgegen zu halten, dass sich die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ausschliesslich gestützt auf eine *rechtskräftig* festgestellte marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ergeben kann. Wie im Abschnitt 3.1.2 dargelegt wurde, hat die WEKO die marktbeherrschende Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 mittels Verfügung festgestellt. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen und wurde bis dato weder (rechtskräftig) aufgehoben, noch ging (bis zum 12. April 2012) ein Antrag auf Überprüfung oder Aufhebung der marktbeherrschenden Stellung von ETA seitens Swatch Group bei den Wettbewerbsbehörden ein.

50. Ergänzend festzuhalten gilt es, dass Art. 9 Abs. 4 KG in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt ist, d.h. die Meldepflicht besteht auch nach mehreren Jahren aufgrund einer einmal festgestellten Marktbeherrschung, auch wenn sich die Marktverhältnisse auf dem relevan-

ten Markt vollständig verändert haben.⁴⁴ Somit hat die rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA nach wie vor und vollumfänglich Bestand.

51. Daran mag auch das Vorbringen von Swatch Group nichts zu ändern, dass die marktbeherrschende Stellung mit dem Ablauf der einvernehmlichen Regelung, mit welcher die Untersuchung in Sachen ETA-Ebauches abgeschlossen wurde, dahingefallen sein soll.⁴⁵ Denn mit einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG werden vom Sekretariat als unzulässig beurteilte Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt, d.h. mit der abgeschlossenen (und von der WEKO genehmigten) einvernehmlichen Regelung sollten die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, welche vom Phasing-Out für Ebauches ausgingen, beseitigt werden. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich einer einvernehmlichen Regelung sind u.a. materielle rechtliche Beurteilungen, d.h. rechtliche Qualifikationen wie insbesondere die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Verhaltensweise bzw. einer Wettbewerbsbeschränkung oder die Sanktionierung. Sachverhalt und Rechtsfragen sind nicht verhandelbar, sondern vielmehr stets von den rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu klären und hoheitlich zu entscheiden.⁴⁶

52. Klar ist damit, dass eine von der WEKO festgestellte marktbeherrschende Stellung von ETA nicht Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung sein kann, womit fest steht, dass die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA nicht mit dem Ablauf der einvernehmlichen Regelung (automatisch) dahinfallen kann. Missbräuchlich im Sinne von von Art. 7 KG ist nicht die marktbeherrschende Stellung von ETA, sondern war das Phasing-Out für Ebauches.

53. Hinzu kommt, dass in Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der WEKO in Sachen ETA-Ebauches explizit die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Überprüfung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA zu beantragen und hierfür die entsprechenden Beweismittel einzureichen (siehe vorne Rz 43). Doch weder reichte Swatch Group (oder ETA) bis zum 12. April 2012 einen solchen Antrag ein, noch belegte sie im Rahmen ihrer Eingaben betreffend die vorliegende Übernahme die Behauptung, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 über einen Marktanteil von null Prozent verfüge, d.h. nicht mehr marktbeherrschend

⁴¹ Act. 28, S. 9 f. Rz 7 ff.

⁴² BSK KG-REINERT, Art. 9 KG N 301.

⁴³ Act. 28, S. 6 ff. Rz 5.

⁴⁴ Vgl. PATRIK DUCREY/JENS DROLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 9 KG N 68; PHILIPPE M. REICH, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker&McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 9 KG N 26; BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 344 und JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 9 KG N 20.

⁴⁵ Act. 28, S. 13 Rz 29 ff.

⁴⁶ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 29 KG N 29 f.

sein soll. In diesem Zusammenhang besonders erstaunlich ist es, dass Swatch Group (oder ETA) es versäumt hat, bereits vor dem Ablauf der einvernehmlichen Regelung in Sachen Ebauches (aber spätestens seit dem 1. Januar 2011), einen entsprechenden Antrag zu stellen, wenn Swatch Group (oder ETA) davon ausging, dass die einvernehmliche Regelung die marktbeherrschende Stellung von ETA beseitigen sollte.

54. Schliesslich stösst auch der Vorwurf von Swatch Group ins Leere, dass die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen hätten feststellen müssen, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 nicht mehr marktbeherrschend sei.⁴⁷ Dies im Wesentlichen, weil (i) eine weitere Untersuchung hängig war (bzw. heute hängig, aber sistiert ist⁴⁸), in welche ETA involviert ist und die Mouvements (also den nachgelagerten Markt) betrifft (vgl. vorne Rz 43) und (ii) darüber hinaus auch keine sonstigen konkreten Anhaltspunkte vorlagen, welche eine Überprüfung der marktbeherrschenden Stellung von ETA im Bereich Ebauches nahelegen würden. Aus diesen Gründen drängte es sich für die Wettbewerbsbehörden nicht auf, von Amtes wegen die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA aufzuheben bzw. dies zu prüfen.

B.3.1.5 Fazit

55. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA erging in einer Verfügung der WEKO gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021), welche in Rechtskraft erwachsen ist und nach wie vor Bestand hat. Damit ist die erste Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt. In den nachstehenden Abschnitten ist die Frage zu klären, ob der hier interessierende Unternehmenszusammenschluss in Bezug auf den Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 den gleichen, einen vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft.

B.3.2 Gleicher, vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt

56. Ein Zusammenschluss ist nur dann gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, wenn er den Markt betrifft, in welchem das betreffende Unternehmen für marktbeherrschend beurteilt wurde, oder einen solchen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Erfasst werden sollen damit horizontale, vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse, die einen Bezug zum Markt haben, für den Marktbeherrschung festgestellt wurde („Nahverhältnis“).⁴⁹

B.3.2.1 Bisherige Praxis betreffend die Frage der Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG betreffend ETA bzw. Swatch Group

57. Bevor geprüft wird, ob in casu von gleichen, vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Marktverhältnissen auszugehen ist, wird die bisherige Praxis der WEKO betreffend die Frage der Meldepflicht im Zusammenhang mit der rechtskräftig festgestellten marktbeherrschenden Stellung von ETA im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG aufgezeigt.

58. Seit dem Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der WEKO in Sachen ETA-Ebauches hat die WEKO die Meldepflicht infolge der marktbeherrschenden Stellung von ETA in den folgenden Fällen bejaht:

- RPW 2008/4, 662, ETA Manufacture Horlogère Suisse SA/Burri SA: Bei dieser Transaktion übernahm Swatch Group die zur Fertion Holding SA (Sitz in Delémont) gehörende Burri SA (Sitz in Moutier), welche im Bereich Décolletage et pièces à façon tätig ist, d.h. verschiedenste Kleinteile für die Medizinal- und Automobilindustrie sowie für die Uhrenindustrie herstellt. Im Rahmen dieses Zusammenschlusses wurde der Décolletage-Markt als ein dem Ebauches-Markt vorgelagerter Markt beurteilt und die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bejaht.
- RPW 2010/3, 565, Swatch Group AG/Tanzarella SA: Bei diesem Unternehmenszusammenschluss hat Swatch Group die Tanzarella SA übernommen, welche auf Vertragsbasis mechanische Uhrwerke zusammensetzt. Dieser Arbeitsschritt wird als Terminage T1 bezeichnet (vgl. zu den Begriffen der Arbeitsschritte hinten Rz 86). Durch den Arbeitsschritt Terminage T1 werden Ebauches und weitere Uhrwerkskomponenten zu fertig montierten Uhrwerken zusammengesetzt. Die WEKO kam zum Schluss, dass der Zusammenschluss einen Bereich betrifft, welcher dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300, nachgelagert oder benachbart ist. Aus diesem Grund wurde das Vorhaben als nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig beurteilt. Von der WEKO offen gelassen wurde, ob es sich auch bei den Bereichen Terminage T2 oder dem Service Après-Vente (nachfolgend: SAV) um den Markt für Ebauches für mechanische Uhrwerke bis CHF 300 nachgelagerte oder benachbarte Märkte handelt.
- RPW 2011/1, 201, Swatch Group AG/Novi SA: Bei diesem Unternehmenszusammenschluss hat Swatch Group die Novi SA übernommen. Diese ist in der Montage von Quarzuhrwerken und mechanischen Uhrwerken und der Fertigung der Uhrenherstellung tätig. In der Uhrenbranche wird dabei in der Regel von Assemblage (oder Terminage T1) und Embôitage (oder Terminage T2) gesprochen. Daneben repariert Novi Uhren resp. erbringt SAV-Dienstleistungen im Zusammenhang mit Uhrwerken. Novi ist ausschliesslich als Termineur tätig und produziert selber keine Uhrwerkskomponenten. Die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG wurde in diesem Fall von der WEKO bejaht, weil u.a. die Terminage T1 betroffen war und die WEKO im Rahmen der Übernahme von Tanzarella durch Swatch Group die Terminage T1 als nachgelagerten oder benachbarten Markt beurteilte.

⁴⁷ Act. 28, S. 15 Rz 40.

⁴⁸ Untersuchung 32-0216: ETA Preiserhöhung 2009, deren Gegenstand u.a. Diskriminierungen betreffend Preise und Mengen ist.

⁴⁹ BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 302.

B.3.2.2 Relevanter Markt

59. Für die Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Fall von vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Marktverhältnissen auszugehen ist, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.2.1 Sachlich relevanter Markt

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

B.3.2.2.1.1 Vorbemerkungen zum mechanischen (Roh-)Uhrwerk

61. Im Zusammenhang mit mechanischen Uhrwerken (Mouvements) gilt es zunächst zu präzisieren, dass – wie bereits dargelegt wurde (vgl. vorne Rz 40 f.) – ein mechanisches Uhrwerk grundsätzlich aus der Zusammensetzung eines Ebauches mit einem Assortiment besteht. Unter einem Ebauche ist ein Bausatz oder Kit zu verstehen, welcher aus mehreren, verschiedenen Einzelteilen besteht (vgl. hinten Rz 79). Für das Funktionieren eines mechanischen Uhrwerks braucht es neben einem Ebauche zwingend ein Assortiment, welches seinerseits aus mehreren, regulierenden und hemmenden Komponenten besteht. Der Produktionsschritt des Zusammensetzens eines Ebauches mit einem Assortiment ergibt im Wesentlichen ein (funktionierendes) mechanisches Uhrwerk. Das Mouvement in diesem Zustand kann jedoch (noch) nicht *tel quel* in eine Uhrenschale eingesetzt werden, sondern bedarf weiterer Produktionsschritte: So wird es mit weiteren Komponenten wie Zeiger, Zifferblatt etc. versehen und erst danach eingeschalt (Fachbegriff: *Emboîtage*). Das Mouvement kann somit, nach der Zusammensetzung eines Ebauches mit einem Assortiment, (untechnisch gesprochen) als Rohuhrwerk bezeichnet werden, weil das Mouvement zwar grundsätzlich funktionstüchtig, aber noch nicht fertiggestellt ist.

B.3.2.2.1.2 Markt für Uhrenschalen

62. In Bezug auf Uhrenschalen gilt es voranzuschicken, dass diese in der Regel aus verschiedenen Materialien (normalerweise Metalle wie bspw. Stahl, Gold, Platin oder Kunststoff) hergestellt werden, abhängig von verschiedenen Faktoren, namentlich den Eigenschaften einer Uhr; bspw. braucht es für eine Taucheruhr eine spezifische, wasserdichte Uhrenschale. In begrifflicher Hinsicht werde gemäss Swatch nicht nach der Art des verwendeten Materials (z.B. Edelmetalle, Keramik, Kunststoffe etc.) oder nach Typ des einzubauenden Uhrwerkes (mechanisches Werk, Quarzwerk) unterschieden. Von einer Uhrenschale werde also auch bei einer Armbanduhr gesprochen, welche beispielsweise zu einem grossen Teil aus Kunststoffkomponenten zusammengesetzt sei und über ein Quarzwerk verfüge.

63. Angaben von Swatch Group zufolge würden Uhrenschalen zu sehr verschiedenen Preisen hergestellt. Der Preis einer Uhrenschale bewege sich in der Regel proportional zum Endverkaufspreis der Uhr. Swatch Group ist der Meinung, dass eine Marktabgrenzung für den Luxusuhrenbereich möglich ist, wobei sie dazu haupt-

sächlich Uhren zählt, deren Handelspreis in der Regel € 5'000 (CHF 6'000) übersteigen. Swatch zufolge produziere S&M Uhrenschalen für Uhrenmarken, welche Uhren im oberen bzw. obersten Preissegment herstellen.⁵⁰

64. Das Sekretariat ist der Auffassung, dass S&M [...] auch Kunden beliefert, welche nicht ausschliesslich Uhren im oberen bzw. obersten Preissegment herstellen. Zudem gab Swatch Group denn auch selber an, dass durchaus auch billigere Uhrwerke in teure Uhrengehäuse eingesetzt werden: So sei es z.B. nicht ausgeschlossen (und es werde auch praktiziert), dass im Luxusuhrenbereich Quarzwerke in hochwertige und mit Diamanten bestückte Goldgehäuse eingebaut werden. Hingegen sei praktisch ausgeschlossen, dass teure und komplexe mechanische Uhrwerke in kostengünstige Kunststoffschalen eingebaut werden. Uhrenmarken, welche vorwiegend komplexe mechanische Uhrwerke für den Einbau in Schalen verwenden, würden deshalb in der Regel kaum auf Uhrenschalen ausweichen wollen, welche aus billigeren Werkstoffen bestehen.⁵¹

65. Aus den eben genannten Gründen grenzte Swatch Group einzig zum Zwecke der Meldung des vorliegenden Unternehmenszusammenschlusses einen Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhrer mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, ab.⁵² Anzufügen gilt es, dass Swatch Group eine solche Marktabgrenzung bestreitet, obwohl eine solche Marktabgrenzung der von der EU-Kommission im laufenden Verfahren gegen verschiedene Uhrenhersteller bisher vertretenen Ansicht, wonach der Bereich „Luxusuhren“ Produkte mit einem Verkaufspreis über € 1'000.00 umfasst, entspricht. Nicht auszuschliessen ist auch, dass das „Swiss Made“-Label bei der Abgrenzung des relevanten Marktes in concreto mitberücksichtigt werden könnte, da dieses für den Verkauf von in der Schweiz produzierten Uhren sehr bedeutsam ist (vgl. dazu Rz hinten 69 ff.).

66. Fraglich ist in der Tat angesichts des Vorstehenden, ob und – ausgehend vom Markt für die Herstellung von Uhrengehäusen – wie der Markt für die Herstellung von Uhrengehäusen entsprechend den Verkaufspreisen für Uhren in Teilmärkte zu segmentieren wäre. Die Frage, ob ein eigener Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhrer mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, abzugrenzen ist, oder ob der relevante Markt allenfalls enger oder weiter gefasst werden müsste, und somit allgemein ein Markt für die Herstellung von Uhrenschalen definiert werden müsste, kann aber letztlich offen gelassen werden, da es auf das Resultat des vorliegenden Verfahrens keinen Einfluss hat. Für die Beurteilung der Frage, ob in Bezug auf den in Frage stehenden Unternehmenszusammenschluss von einem gleichen, einem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt

⁵⁰ Act. 28, S. 16 Rz 44 ff.

⁵¹ Act. 28, S. 16 Rz 46.

⁵² Act. 28, S. 17 Rz 50.

auszugehen ist, wird durch eine allfällige Segmentierung des Marktes für die Herstellung von Uhrengehäusen nicht entscheidend beeinflusst. Vor diesem Hintergrund kann – dem Vorschlag von Swatch Group folgend – für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens von einem Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet, ausgegangen werden.

67. Nachfrager von Uhrengehäusen sind in aller Regel die Uhrenmarken selber oder allenfalls von ihnen beauftragte Unterakkordanten, welche für die Uhrenmarken Werke in die Uhrengehäuse einbauen. Unter dem fachlich korrekten Begriff „Uhrenschale“ (französisch: „boîte de montre“, englisch: „watch case“) wird ein Gehäuse für Armbanduhren oder für Taschenuhren verstanden, wobei das Segment der Taschenuhren mengenmässig als gänzlich unbedeutend angesehen werden kann. Dagegen umfasst der Begriff keine Gehäuse für Stand- oder Wanduhren. Es kann deshalb von Uhrenschalen für Armbanduhren ausgegangen werden.⁵³

68. Als sachlich relevanter Markt kann somit ein Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, definiert werden.

B.3.2.2.2 Räumlich relevanter Markt

69. 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).

70. Nach Meinung der Swatch Group handelt es sich unabhängig davon, ob man von einem gesamten Markt für die Herstellung von Uhrenschalen für Armbanduhren ausgeht oder ob man diesen enger fasst und einen Teilmarkt für die Herstellung von Uhrenschalen (für in der Schweiz) produzierte Uhren mit einem Verkaufspreis von über CHF 1'500.00 abgrenzt, in räumlicher Hinsicht um einen weltweiten Markt. [...] Ausserdem spiele nach Aussage der Swatch Group das „Swiss Made“-Label im Bereich der Beschaffung von Uhrenschalen keine Rolle. Es könne somit nicht als Kriterium für die geographische Abgrenzung des relevanten Marktes verwendet werden.

71. Nach Einschätzung des Sekretariates erscheint die Meinung der Swatch Group diesbezüglich zumindest grundsätzlich nicht abwegig. Gegen einen weltweiten Markt spricht aber die bisherige Praxis der WEKO in vergangenen Verfahren bei Uhrenkomponenten, in denen stets von einem nationalen Markt ausgegangen wurde.⁵⁴

72. Zudem beschrieb Swatch Group den Zweck der vorliegenden Übernahmen u.a. damit, die bestehenden Geschäftsbeziehungen weiter festigen und den Swatch Group-Tochtergesellschaften zusätzliche Kapazitäten zur Verfügung stellen zu können. Diesbezüglich gilt es festzuhalten, dass zur Swatch Group auch Uhrenmarken des haut-de-gamme-Segmentes (vgl. hinten Rz 104) gehören (z.B. Omega, Breguet, Blancpain und Jaquet Droz), und nicht nur Uhrenmarken wie bspw. Certina, Tissot und Hamilton. Es ist durchaus vorstellbar, dass die letztgenannten Marken Uhrenschalen aus dem Ausland ([...]) beziehen, doch es darf stark in Zweifel gezogen werden, dass Uhrenmarken [...], welche im haut-de-

gamme-Bereich angesiedelt sind, Uhrenschalen aus ausländischer Produktion verwenden bzw. diese als gute Substitute betrachten. Dies wird von Swatch Group insofern bestätigt, als sie in ihrer Meldung selbst angibt, dass sich der Preis für eine Uhrenschale in der Regel proportional zum Endverkaufspreis einer Uhr bewege. Dies vor Augen haltend und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Swatch Group zufolge S&M qualitativ hochwertige Uhrengehäuse für verschiedene schweizerische Uhrenmarken im Hochpreissegment herstelle, lässt erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob von S&M hergestellte Uhrenschalen mit solchen ausländischer ([...]) Uhrenschalen vergleichbar (austauschbar) sind.

73. Im Zusammenhang mit der Beschaffung von Uhrenschalen spielt das Label „Swiss Made“ nach den derzeit geltenden Bestimmungen der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23. Dezember 1971 (SR 232.119) in der Tat keine entscheidende Rolle. Der Name „Schweiz“ oder Bezeichnungen wie beispielsweise „Swiss Made“ dürfen dann benützt werden, wenn es sich um eine schweizerische Uhr respektive um ein schweizerisches Uhrwerk handelt (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1a und 2 der Verordnung). Für die Benützung des Namens oder einer entsprechenden Bezeichnung ist jedoch nicht erforderlich, dass das Gehäuse in der Schweiz hergestellt oder hier zumindest ein (entsprechend) wesentlicher Fabrikationsvorgang ausgeführt worden ist. Gemäss Art. 1a der Verordnung reicht es u.a. für das Vorliegen einer „Schweizer Uhr“ aus, wenn das „Werk in der Schweiz eingeschalt wird“.

74. In diesem Kontext ist allerdings hervorzuheben, dass die überwiegende Mehrheit der befragten Marktgegenseite anlässlich der Ebauches-Untersuchung angegeben hatte, dass sie – um dem „Swiss-made“-Label mehr Ausdruck zu verleihen bzw. das „Swissmade“ Image aufrechtzuerhalten und zu pflegen – über die Minimalstandards hinausgeht.⁵⁵ Diese Angaben bezogen sich zwar auf mechanische Uhrwerke, doch kann davon ausgegangen werden, dass – wenn das Uhrwerk fast ausschliesslich aus in der Schweiz hergestellten Komponenten besteht – unwahrscheinlich ist, dass Uhrenschalen aus ausländischer Produktion verwendet werden. Dies gilt insbesondere für Uhren im haut-de-gamme-Bereich und wird von Swatch Group insofern bestätigt, als sie in ihrer Meldung selbst dargelegt hat, dass günstige(re) Uhrwerke in teure Uhrenschalen eingebaut werden, dies aber umgekehrt – d.h. teure(re) Uhrwerke in günstige Uhrenschalen – nicht der Fall sei. Swatch Group sagte zudem selber aus, dass S&M Uhrenschalen an Kunden liefere, welche Uhren in den Bereichen haute-de-gamme und très-haut-de-gamme Marken herstellen, welche notorischerweise das Swiss Made Label in besonderem Masse pflegen.

⁵³ Act. 7, Ziff. 5.2.1.1, S. 17 f.

⁵⁴ Vgl. RPW 2005/1, 128 ff, Rz 133, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*; und RPW 2006/1, 51 ff. und 55, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

⁵⁵ Vgl. RPW2005/1, 132 Rz 49, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

75. Hinzu kommt, dass die Fédération Horlogère (FH) im Rahmen der Revision des Markenschutzgesetzes (MSchG) auf Verordnungsstufe einen Änderungsentwurf erarbeitet hat, welcher neben der Erhöhung des prozentualen Anteils für die Benützung des Schweizer Namens für mechanische Uhrwerk von 50 % auf 60 % neu zusätzlich einen prozentualen Anteil von 80 % auf die gesamte rein mechanische Uhr einführen will. Im Lichte dieser de lege ferenda neuen Hürde für die Benützung des Schweizer Namens bei rein mechanischen Uhren erscheint es sehr zweifelhaft, ob die Verwendung von ausländischen Uhrenschalen für die Herstellung von Swiss made Uhren überhaupt noch in Frage kommt.

76. Die Frage, ob vorliegend von einem nationalen oder geographisch weiter gefassten Markt auszugehen ist, kann jedoch letztlich ebenfalls offen gelassen werden, da es auf das Resultat keinen Einfluss hat, ob von einem nationalen oder einem weltweiten Markt ausgegangen wird. Es kann somit im Lichte der bisherigen Praxis der WEKO und unter Berücksichtigung des von Swatch Group für die Zwecke ihrer eingereichten Meldung abgegrenzten Marktes, mindestens von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

77. Damit ist für die Beurteilung der Frage, ob in casu von gleichen, vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten auszugehen ist, als Basis der Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, heranzuziehen.

B.3.2.3 Produktionsweg einer mechanischen Uhr

Vorbemerkung

78. Im Sinne einer Vorbemerkung wird in den nachfolgenden Abschnitten die Frage abgehandelt, wie weit – in Bezug auf die Beurteilung der Frage des Vorliegens von vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkten gemäss Art. 9 Abs. 4 KG – die Stufen einer Wertschöpfungskette betrachtet werden sollen, ausgehend vom Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300. Berücksichtigt werden dabei insbesondere die bisher von der WEKO ergangenen Entscheide im Zusammenhang mit der Swatch Group resp. ETA (vgl. vorne Rz 58).

79. Für die Produktion einer mechanischen Uhr wird – wie bereits erwähnt wurde (vgl. vorne Rz 40 f.) – grundsätzlich ein Ebauche mit einem Assortiment zu einem Rohuhrwerk (Mouvement) zusammengesetzt. Dieses wiederum wird in einem nächsten Schritt mit weiteren Komponenten wie Zeiger, Zifferblatt etc. zum fertigen Uhrwerk fertig verarbeitet. Im fertig gestellten Zustand wird das Mouvement alsdann in eine Uhrenschale zur fertigen Uhr eingesetzt. Anschliessend werden noch Komponenten wie Glas oder Armband angebracht.

80. Graphisch lässt sich das soeben Gesagte stark vereinfacht wie folgt darstellen:

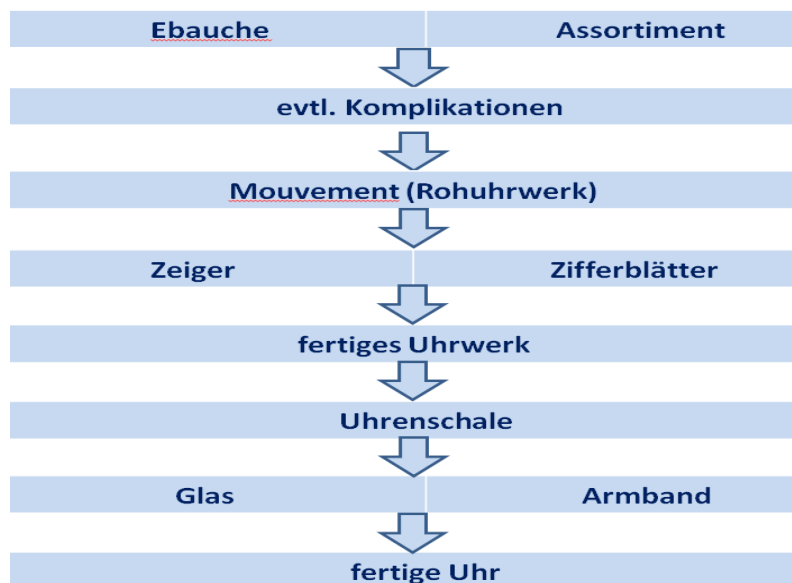


Abbildung 4: Produktionsweg einer mechanischen Uhr

81. Zu dieser graphischen Darstellung gilt es festzuhalten, dass die Basis für ein fertiges, mechanisches Uhrwerk ein Mouvement ist, das bekanntlich zur Hauptsache aus der Zusammensetzung eines Ebauches mit einem Assortiment besteht. In begrifflicher Hinsicht kann ein Ebauche wie folgt definiert werden:

82. „Das Wort Ebauche hat als Bezeichnung für das Rohwerk der Uhr eine allgemeine Verbreitung gefunden. Genauer gesagt: Das Ebauche bedeutet heute das Rohwerk der Uhr in einem genau beschriebenen Ferti-

gungszustand und ausgestattet mit bestimmten Gruppen von Bauteilen. Es bildet das Kernstück der Uhr.“⁵⁶

⁵⁶ Quelle: <http://www.stetefeld-design.de/eta/eta.htm>; besucht am 30. September 2013.



Abbildung 5: Bestandteile eines Ebauches

83. Ein Ebauche ist somit per definitionem für die Weiterverarbeitung zu einem mechanischen (Roh-)Uhrwerk bzw. einer fertigen mechanischen Uhr bestimmt und ist für sich alleine weder funktionstüchtig, noch hat es einen eigenständigen Verwendungszweck. Ein Ebauche ist kein Endprodukt, sondern bildet – als Gruppe von Bauteilen – die Grundlage für ein mechanisches (Roh-)Uhrwerk. Mit anderen Worten ausgedrückt besteht der Verwendungszweck eines Ebauches darin, zu einem fertigen Uhrwerk zusammengesetzt bzw. weiterverarbeitet zu werden, um dann schliesslich in eine Uhrenschale zu einer fertigen Uhr eingebaut zu werden. Dies vor Augen haltend verdeutlicht, dass – obwohl in den bisherigen Fällen der WEKO betreffend die Uhrenbranche stets (vereinfacht) dargestellt wurde, dass aus einem Ebauche und einem Assortiment ein mechanisches Uhrwerk entsteht – ein mechanisches Uhrwerk im genannten Sinn für die Zwecke einer funktionstüchtigen Uhr nicht ohne weitere Verarbeitungsschritte verwendet werden kann und als solches ein Zwischenprodukt ist.

84. Sämtliche Komponenten in der vorstehenden Grafik (vgl. vorne Rz 80) sind für die Produktion eines mechanischen Uhrwerks bestimmt und werden für diesen Zweck spezifisch konzipiert und produziert (was namentlich für das Ebauche gilt). Im Gegensatz zu sog. Manufakturuhrwerken, d.h. Uhrwerken, welche im Wesentlichen von Grund auf von einer Uhrenmarke selber hergestellt werden (Komponenten inklusive Ver- und Bearbeitungsschritte), sind bspw. in fast allen mechanischen Uhren im mittleren bis unteren Preissegment Uhrwerke eingebaut, die nach industriellen Produktionsmethoden hergestellt werden (vgl. vorne Rz 80 f.). In diesen Prozessen werden die einzelnen Bestandteile eines mecha-

nisches Uhrwerks von spezialisierten Unternehmen (bspw. ETA oder Nivarox) hergestellt und zum Zwecke der Weiterverarbeitung (sei es durch spezialisierte Unternehmen, sei es durch Abnehmer wie Uhrenmarken) ver- oder gekauft. Diesen Prozessen entsprechend haben die spezifisch hergestellten Komponenten (bspw. ein Assortiment) für sich genommen keinen eigenen Verwendungs- oder Nutzungszweck, sondern sind Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks bzw. einer mechanischen Uhr. Somit bestehen zwischen sämtlichen Komponenten in der vorstehenden graphischen Darstellung (vgl. vorne Rz 81), Interdependenzen, da für die industrielle Produktion einer mechanischen Uhr (i) alle Komponenten benötigt werden und (ii) gewisse Komponenten aufeinander abgestimmt werden müssen (bspw. die Uhrenschale auf die Grösse eines Uhrwerks).

85. Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Fall ergibt sich also, dass sowohl der vom Unternehmenszusammenschluss betroffene Markt – derjenige für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweiz Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden – als auch derjenige, für welchen die marktbeherrschende Stellung von ETA (rechtskräftig) festgestellt wurde (mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300) einerseits sich gegenseitig bedingen und andererseits für den Wertschöpfungsprozess für dasselbe Endprodukt, eine mechanische Uhr, unerlässlich sind.

86. Was die (Uhrwerks-)Komponentenproduktion bzw. die entsprechend erforderlichen Arbeitsschritte angeht, so kann bzw. können diese – stark vereinfacht – wie folgt dargestellt werden:

Terminage T1:	Zusammensetzen von Uhrwerkskomponenten zum Uhrwerk
Terminage T2:	Einbau vom fertigen Uhrwerk in Uhrenschalen
Terminage T3:	Montage der Armbänder
Terminage T4:	Einpacken der fertigen Uhr

87. Ergänzend anzufügen gilt es diesbezüglich, dass es sich bei der Terminage T1 um einen Arbeitsschritt handelt, welcher nach der Produktion von Ebauches anfällt. Durch diesen Arbeitsschritt werden Ebauches und weitere Uhrwerkskomponenten zu fertigen Uhrwerken zu-

sammengesetzt. Diesem Produktionsschritt folgen anschliessend die Terminage T2 (Montage der Uhrwerke ins Uhrengehäuse, Anbringen der Zifferblätter, Zeiger etc.), T3 (Montage der Armbänder) und T4 (Einpacken).

88. Somit ist für die Zwecke der Beurteilung der Frage, ob der hier interessierende Unternehmenszusammenschluss einen vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft, entgegen der Auffassung von Swatch Group⁵⁷ auf die Produktionskette (Wertschöpfungskette) vom Ebauche bis (mindestens) zur fertigen, mechanischen Uhr abzustellen.

89. Das von Swatch Group vorgetragene Argument, dass die WEKO im Rahmen der Beratung betreffend die Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG auf den Einbezug bestimmter Prozesse bei der Weiterverarbeitung der vor- und nachgelagerten resp. benachbarten Märkte verzichtet habe⁵⁸, vermag nichts daran zu ändern, dass im vorliegenden Fall auf die Produktionskette vom Ebauche bis zur fertigen, mechanischen Uhr abzustellen ist. Dies, weil im Unterschied zur hier interessierenden Übernahme die vom Sekretariat aufgeworfene Frage, welche Stufen in der Wertschöpfungskette der Käseherstellung als benachbarte (resp. vor- oder nachgelagerte) Märkte zu betrachten seien (i) es sich um andere Produkte und Märkte handelt und (ii) der Grad der Spezifikation der in Frage stehenden Produkte (Ebauche/Uhrenschaalen) in technischer Hinsicht um ein – im Vergleich zu Milch, Milchprodukten und Käse – Vielfaches höher ist.

B.3.2.4 Gleicher Markt

90. Die marktbeherrschende Stellung von ETA wurde von der WEKO auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 rechtskräftig festgestellt (vgl. vorne Rz 43 ff.). Demgegenüber ist der relevante Markt im konkreten Fall derjenige für die Herstellung von Uhrenschaalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, sodass der Unternehmenszusammenschluss nicht den gleichen Markt betrifft, für welchen ETA (rechtskräftig) als marktbeherrschend festgestellt wurde.

91. Kritisch anzuführen ist indes, dass ETA über eine eigene Polissage-Abteilung verfügt und sich damit die Frage stellt, ob nicht in Bezug auf Termiboîtes der gleiche Markt betroffen sein könnte, wenn der Bereich Polissage als eigener relevanter Markt abgegrenzt würde. Diese Frage kann in casu indes offen gelassen werden, zumal es (i) auf das Ergebnis keinen Einfluss hat und (ii) vorliegend der Bereich Polissage [...]. Zu prüfen ist daher als nächstes, ob in casu von vorgelagerten Marktverhältnissen auszugehen ist.

B.3.2.5 Vorgelagerter Markt

92. Zurückkommend auf die Frage des Vorliegens eines vorgelagerten Marktes ist zunächst festzuhalten, dass es sich um einen solchen Markt handelt, wenn er bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produkts vorher kommt. Allgemeiner formuliert umfassen vorgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG Produkte und Leistungen, die für die Produktion der Produkte oder Leistungen, bezüglich derer die Marktbeherrschung besteht, verwendet werden.⁵⁹

93. In ihrer bisherigen Praxis ist die WEKO u.a. in den folgenden Fällen von vorgelagerten Märkten ausgegan-

- der Markt für Industrierahmproduktion ist dem Buttermarkt vorgelagert;⁶⁰
- das Halten von Filmverwertungsrechten ist der Festnetztelefonie vorgelagert;⁶¹
- das Internationale Carrier-Geschäft ist der Festnetztelefonie in der Schweiz vorgelagert bzw. benachbart⁶² und
- die Wohnungseinrichtung ist dem Markt des Detailhandels vorgelagert.⁶³

94. Die WEKO hat in der bisherigen Praxis das Vorliegen von vorgelagerten Märkten insbesondere in Fällen bejaht, in denen ein Produkt oder eine Dienstleistung betroffen war, welche(s) als Inputfaktor für ein Produkt oder eine Dienstleistung benötigt wird. Im vorliegenden Fall vom Unternehmenszusammenschluss betroffen ist der Markt für die Herstellung von Uhrenschaalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden; die marktbeherrschende Stellung von ETA wurde von der WEKO auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 (rechtskräftig) festgestellt.

95. Somit kann die Frage, ob die hier interessierende Übernahme der S&M und der Termiboîtes einen vorgelagerten Markt betrifft wie denjenigen, für den Swatch Group bzw. ETA als marktbeherrschend festgestellt wurde, verneint werden. Wie der vorstehenden Grafik zu entnehmen ist (vgl. vorne Rz 80), sind Uhrenschaalen keine Inputfaktoren für Ebauches bzw. werden Uhrenschaalen nicht für die Herstellung von Ebauches verwendet. Es stellt sich folglich die Frage, ob der Markt für Uhrenschaalen demjenigen für Ebauches nachgelagert ist.

B.3.2.6 Nachgelagerter Markt

96. Nachgelagert ist ein Markt, der bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes nachher kommt. Allgemeiner formuliert umfassen nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG Produkte und Leistungen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer die Marktbeherrschung besteht, einfliesst.⁶⁴

Praxis der WEKO

97. In der bisherigen Praxis der WEKO gab es verschiedene Fälle, in welchen von nachgelagerten Marktverhältnissen ausgegangen wurde, so u.a.:

- In Bezug auf den Buttermarkt: Die WEKO hielt fest, dass die Industrierahmproduktion als dem Buttermarkt vorgelagert zu betrachten sei; als nachgelagerter Markt sind der Vertrieb und der Detailhandel mit Milchprodukten zu verstehen.⁶⁵

⁵⁷ Act. 28, S. 18 Rz 53 und S. 19 Rz 57 ff.

⁵⁸ Act. 28, S. 20 Rz 64.

⁵⁹ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 306.

⁶⁰ RPW 2006/2, 266 Rz 42 ff. und 269 Rz 65, *Emmi/AZM*; RPW 2006/4, 623 Rz 9, *Meldepflicht der Emmi gemäss Art. 9 Abs. 4*.

⁶¹ RPW 2005/2, 365 Rz 27 ff., *Swisscom – Cinetrade*.

⁶² RPW 2007/3, 450 Rz 19, *Swisscom AG/Transmedia Communications SA*.

⁶³ RPW 2009/1, 64 Rz 12, *Migros/Gries*.

⁶⁴ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 308.

⁶⁵ Vgl. RPW 2006/4, 623 Rz 9, *Meldepflicht der Emmi*.

gamme können wohl Uhren mit einem Verkaufspreis ab CHF 6'000 verstanden werden.⁷¹

105. Die Betrachtung der Kundenliste von S&M zeigt im Wesentlichen Zweierlei: Erstens, dass Uhrenschalen, welche von S&M produziert werden, (auch) an Uhrenmarken verkauft werden, welche nicht ausschliesslich Uhren im haut-de-gamme-Segment produzieren. Und zweitens sind unter den umsatzstärksten Kunden von S&M (überwiegend) solche, welche Ebauches bzw. Mouvements von ETA bezogen resp. beziehen, was den Schluss nahe legt, dass ETA-Ebauches, wenn auch indirekt, in Uhrenschalen, welche von S&M produziert werden, eingebaut werden. Diese Schlussfolgerung trifft insbesondere auf die Uhrenmarken [...] und [...] zu, welche nicht ausschliesslich Uhren im haut-de-gamme-Segment anbieten. Somit ist davon auszugehen, dass ETA-Ebauches (indirekt) von Drittunternehmen in Uhrenschalen eingebaut werden, welche von S&M hergestellt werden und damit der in casu betroffene Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, als demjenigen für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 als nachgelagert zu betrachten ist.

106. Der vorliegend zu beurteilende Unternehmenszusammenschluss betrifft einen Markt, welcher demjenigen für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 nachgelagert ist. Doch selbst wenn dieser Argumentation nicht gefolgt würde, ist – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – auf jeden Fall von benachbarten Marktverhältnissen auszugehen.

B.3.2.7 Benachbarter Markt

107. Unter benachbarten Märkten dürfen Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.⁷² Wie nachfolgend aufgezeigt wird, umfasst diese Definition nach Auffassung des Sekretariats nicht alle möglichen Fälle von Benachbarkeit. Eine Benachbarkeit kann demnach insbesondere auch im Falle komplementärer Beziehungen vorliegen. In der Lehre ist umstritten, ob es sich um sachlich und/oder räumlich benachbarte Märkte handelt.⁷³

108. Wie in den vorstehenden Ausführungen festgehalten wurde (vgl. vorne Rz 80), besteht zwischen Ebauches (eingebaut in mechanische Uhrwerke) und Uhrenschalen eine komplementäre Beziehung: Das Ebauche bildet den Hauptbestandteil eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes, welches – wenn auch in weiterverarbeiteter Form – in eine Uhrenschale eingebaut wird. Das Ebauche und die Uhrenschale bedingen sich gegenseitig im Lichte der Produktionskette einer mechanischen Uhr: Weder das Ebauche noch die Uhrenschale haben für sich genommen einen eigenständigen Verwendungszweck (vgl. vorne Rz 79).

109. Auch in räumlicher Hinsicht bestehen zwischen den beiden in Frage stehenden Märkten, einerseits demjenigen für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 und andererseits demjenigen für die Herstellung von Uhrenschalen,

welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, komplementäre Beziehungen. Im Rahmen der Untersuchung in Sachen Phasing-Out für mechanische Ebauches⁷⁴ ergaben Befragungen der Marktgegenseite, dass eine überwiegende Mehrheit (ca. 80 %) Ebauches nachfragen, welche in der Schweiz produziert werden, und dass es sich dabei um ein Marketingkonzept handelt, um dem „Swiss-made“-Label mehr Ausdruck zu verleihen beziehungsweise das „Swiss-made“-Image aufrechtzuerhalten und zu pflegen. Dieses Image soll durch die ausschliessliche Verwendung inländischer Komponenten für ein Uhrwerk geschützt werden, weshalb es auch über die in der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren festgehaltenen Minimalstandards hinausgeht.⁷⁵

110. Im Zuge der aktuell laufenden Revision des Markenschutzgesetzes (MSchG, SR 232.11) wird sich das vorstehend Gesagte wohl noch leicht verschärfen, da eine allfällige Erhöhung der prozentualen Quote von derzeit 50 % auf 60 % für mechanische Uhrwerke (und allenfalls gemäss dem entsprechenden Entwurf der Fédération Horlogère zusätzlich und neu 80 % für rein mechanische Uhren; vgl. vorne Rz 75) Uhrenhersteller (noch mehr) dazu anhalten wird, fast ausschliesslich in der Schweiz hergestellte Komponenten für eine Swiss made-Uhr zu verwenden. Dies gilt in besonderem Masse für Uhren der oberen bzw. obersten Preissegmente, bei welchen der Bedeutung des Swiss made-Labels eine besonders starke Bedeutung zukommt. Je teurer eine mechanische Uhr, desto hochwertiger (und damit teurer) die entsprechend verwendeten Komponenten. Daher steht fest, dass für Uhren des oberen und obersten Preissegmentes in der Regel keine tiefpreisigen und damit möglicherweise qualitativ minderwertigen (und weniger preistigeträchtigen) Uhrenschalen verwendet werden.

111. Von komplementären Beziehungen zwischen Produkten kann dann ausgegangen werden, wenn sich diese gegenseitig bedingen im Hinblick auf die Fertigung eines Produkts oder die Zusammenstellung einer Leistung. Bezogen auf den hier interessierenden Fall sind die folgenden Faktoren in Betracht zu ziehen:

- Wie vorstehend dargelegt wurde, ist für die Zwecke der Beurteilung der Meldepflicht des hier interessierenden Unternehmenszusammenschlusses die Produktionskette von den Komponenten über

⁷¹ Die Frage, wie die Preissegmente für mechanische Uhren definiert werden könnten, ist nicht einfach zu beantworten. Selbst in der Uhrenbranche herrscht diesbezüglich weder ein Konsens, noch eine klar zu erkennende Tendenz. Das Sekretariat ist jedoch der Ansicht, dass ab einem Verkaufspreis von CHF 6'000 nicht mehr von einem unteren oder mittleren Preissegment ausgegangen werden kann (aus Sicht des Konsumenten). Deshalb wird in casu diese Schwelle herangezogen.

⁷² BSK KG-REINERT (Fn 34), Art. 9 KG N 316.

⁷³ PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR, 258; SILVIO VENTURI, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 KG N (S. 522 ff.).

⁷⁴ Vgl. RPW 2005/1, 128 ff., ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

⁷⁵ Vgl. RPW 2005/1, 132 Rz 49, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

das mechanische Uhrwerk bis hin zur fertigen Uhr heranzuziehen (vgl. vorne Rz 78 ff.). In diesem Lichte ist festzuhalten, dass weder das Ebauche (für welche ETA von der WEKO rechtskräftig als marktbeherrschend festgestellt wurde) noch Uhrenschalen Endprodukte darstellen, sondern einzig Bausteine für die Produktion von fertigen Uhren sind. Wie bereits ausgeführt wurde, bildet ein Ebauche die Hauptkomponente für ein mechanisches (Roh-)Uhrwerk und letztgenanntes wird schliesslich in eine Uhrenschale eingebaut. Klar ist damit, dass die Märkte für Ebauches und Uhrenschalen grundsätzlich als komplementär zu betrachten sind, da sie sich gegenseitig bedingen.

- Die Komplementarität zwischen Ebauches und Uhrenschalen besteht auch darin, dass bei der Konzeption einer Luxusuhr – S&M stellt gemäss Swatch Group Uhregehäuse für das oberste Preissegment her – auf die die Grösse der Uhr ein bestimmtes Uhrwerk (und damit ein bestimmtes Ebauche) bedingt und dieses wiederum auf die Grösse einer bestimmten Uhrenschale abgestimmt werden muss. Gemäss Swatch Group würde bei Luxusuhren das Werk in der Regel von oben in die Schale eingesetzt und von der Unterseite her mittels Bridenschrauben befestigt, was spezielle Vorkehren bei der Herstellung des Mittelteiles erfordert. Entsprechend müssten die Uhrenschalen an die Grösse der Werke angepasst werden. Solche Schalen würden nach den Wünschen und Vorstellungen des Abnehmers speziell angefertigt. Eine Verwendung mit anderen Uhrwerken sei dadurch nicht möglich. Demgegenüber würden bei preiswerten Schalen Lünette und Boden lediglich auf den Schalenmittelteil aufgepresst und die Uhrwerke werden von unten her mittels einem sogenannten Werkhalter in der Schale befestigt. Dadurch könnten unterschiedlich grosse Werke mit standardisierten Uhrenschalen verwendet werden.
- Neben der Frage, welches Uhrwerk in welche Uhrenschale integriert wird, seien gemäss Swatch Group auch die technischen und qualitativen Eigenschaften einer Schale von erheblicher Bedeutung. So würden sich Hersteller von besonders hochwertigen Uhren beispielsweise für verschraubte Schalen entscheiden, um damit Einwirkungen durch Staub und Feuchtigkeit besser verhindern zu können. Diese liessen sich im Reparaturfall besser und ohne Spuren öffnen.
- Das eben Gesagte gilt im besonderen Masse für Uhren in den oberen bzw. obersten (d.h. haut-de-gamme und très-haut-de-gamme) Preisklassen, da diese in der Regel eher mit teureren mechanischen Uhrwerken bestückt werden und diese (tendenziell) mit vielen und teilweise komplexen Komplikationen versehen werden. Dies setzt andere Qualitätsanforderungen an eine Uhrenschale voraus als bspw. für eine Quarzuhr in den unteren Preissegmenten. Dies nicht nur aus den bereits genannten Gründen, sondern auch in Bezug auf die Produktverarbeitung, da eine Uhr in den obersten Preissegmenten bestimmten (höheren)

Qualitätsansprüchen genügen muss. Stark vereinfacht gesagt: Je teurer der Verkaufspreis einer Uhr, desto hochwertiger und damit kostspieliger die verwendeten Komponenten.

112. Somit kann für die Beurteilung des vorliegenden Unternehmenszusammenschlusses das Fazit gezogen werden, dass die beiden in Frage stehenden Märkte infolge ihre Komplementarität in der Produktionskette bis zur fertigen (mechanischen) Uhr auf jeden Fall als benachbarte Märkte zu qualifizieren sind.

B.3.2.8 Fazit

113. Der vorliegend zu beurteilende Unternehmenszusammenschluss betreffend den Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden, ist dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 nachgelagert. Doch selbst wenn dieser Argumentation nicht gefolgt würde, ist auf jeden Fall von benachbarten Marktverhältnissen auszugehen. Damit ist auch die zweite Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt.

B.3.3 Zwischenergebnis

114. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG und wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor dem Vollzug zu melden gewesen. Durch den Abschluss der Transaktion vor dem 12. April 2012 war diese indes bereits vollzogen und eine Meldung bei den Wettbewerbsbehörden ist ausgeblieben. Somit hat die Swatch Group ihre Meldepflicht verletzt und ist damit gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren. Im nachstehenden Abschnitt wird die konkrete Bemessung vorgenommen.

B.4 Bemessung der Sanktion

115. Für einfache Verstösse sieht Art. 51 Abs. 1 KG eine Busse im Betrag bis zu einer Million Franken vor.

116. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens steht der WEKO bei der Festlegung der konkreten Sanktion ein erheblicher Ermessensspielraum zu.⁷⁶ Es ist den Umständen des Einzelfalls und den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen. Die Höhe der Verwaltungsverfügungssanktion ist so zu bemessen,⁷⁷ dass sie für das betroffene Unternehmen spürbar ist.

117. Neben der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung berücksichtigt die WEKO bei der konkreten Sanktionsbemessung insbesondere folgende Kriterien⁷⁸:

- die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I);

⁷⁶ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 51 KG N 25.

⁷⁷ RPW 1998/4, 613 ff. Rz 27, Curti & Co. AG und RPW 2013/2, 232, Rz 71, Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG.

⁷⁸ RPW 1998/4, 619 Rz 30, Curti & Co. AG und RPW 2013/2, 232, Rz 72, Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG.

- die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche würde bejaht, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen würden (gemeinsamer Marktanteil von mehr als 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mehr als 30 %) (Kriterium II);
- die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III).

118. Im Entscheid *Curti & Co. AG*⁷⁹ stellte die WEKO zur Berechnung des Kriteriums I auf den in der Schweiz durch das meldepflichtige Unternehmen erzielten Jahresumsatz ab. Sie folgte dabei der Konzeption des KG, welches bei der Berechnung der Schwellenwerte von Art. 9 Art. 1 KG ebenfalls auf den Umsatz abstellt. In Anbetracht der maximalen Sanktion von CHF 1 Mio. erachtete die WEKO sodann einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber CHF 300'000.-, als angemessen. Je nach Zutreffen der Kriterien II und III oder nicht kann die tatsächlich ausgefallte Busse am Ende deutlich höher oder tiefer als dieser Basisbetrag sein.

119. Vorliegend erzielte die Swatch Group im Geschäftsjahr 2011 in der Schweiz einen Nettoumsatz von CHF [...], woraus sich für das Kriterium I ein Basisbetrag von CHF [...] errechnet.

120. Kriterium II bezieht sich auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb. Die nicht gemeldete Übernahme der PhM-Holding (S&M und Termiboîtes) durch die Swatch Group bezog sich einzig auf den Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. CHF 1'500 verwendet werden und es fehlte an betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, weshalb zu keinem Zeitpunkt eine potenzielle Gefahr für den Wettbewerb bestand. Dieser Umstand wirkt sich mindernd auf die Verwaltungsanktion aus. Der Betrag gemäss Kriterium I von CHF [...] ist deshalb um 50 % auf CHF [...] zu reduzieren.

121. Kriterium III stellt auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG ab. Da es bei der Übernahme der PhM-Holding (S&M und Termiboîtes) durch die Swatch Group an einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU offensichtlich fehlt, kann diese Übernahme a fortiori weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Diese Tatsache wirkt sich wiederum vermindernd auf die Verwaltungsanktion aus, weshalb der Betrag um weitere 50 % auf CHF [...] zu reduzieren ist.

122. Neben diesen Kriterien I-III ist – wie vorstehend bereits erwähnt – aber insbesondere auch die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung an sich zu würdigen. Hierbei werden im Einzelfall vorhandene subjektive Elemente, wie z.B. der gute Glaube des meldenden Unternehmens, wertend betrachtet.⁸⁰

123. Zunächst ist in concreto zu berücksichtigen, dass es sich bei Swatch Group um einen weltweit operierenden Grosskonzern handelt, welcher über eine professionell geführte Rechtsabteilung verfügt [...] in regelmässi-

gem Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden stand. Von einem Unternehmen dieser Grössenordnung darf erwartet werden, die Einhaltung des Kartellgesetzes gewährleisten zu können bzw. im Falle von Unklarheiten oder Unsicherheiten sich mindestens beim Sekretariat entsprechend zu erkundigen.

124. Erschwerend fällt ins Gewicht, dass neben der hier interessierenden Übernahme [...]. Neben [...] läuft die Untersuchung in Sachen Swatch Group/Lieferstopp bis dato. Demzufolge stand Swatch Group in regelmässigem Kontakt mit dem Sekretariat. Besonders stark ins Gewicht fällt dabei, dass [...] zwischen dem Sekretariat und Swatch Group betreffend [...] stattfand, also einen Tag vor dem Closing der vorliegenden Übernahme. Trotz dem Umstand, dass die Übernahme am Tag danach öffentlich bekannt gegeben wurde, befanden die Vertreter der Swatch Group es nicht als nötig, die Übernahme gegenüber dem Sekretariat auch nur mit einem Wort zu erwähnen.

125. Selbst wenn die ausgebliebene Meldung der vorliegenden Übernahme oder mindestens eine entsprechende Mitteilung an das Sekretariat auf ein Versehen zurückzuführen wären, ist dies auf jeden Fall mindestens als eine mittelschwere Sorgfaltspflichtverletzung zu werten. Dies namentlich deshalb, weil Swatch Group während den [...] (insbesondere [...]) stets und unaufgefordert sämtliche Übernahmen betreffend die Uhrenindustrie (selbst die Übernahme von Kleinstbetrieben) dem Sekretariat gegenüber gemeldet bzw. kommuniziert hat (vgl. vorne Rz 58).

126. Die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zeigt sich auch darin, dass das Verhalten von Swatch Group im Rahmen dieses Verfahrens nicht als kooperativ beurteilt werden kann, denn weder hat Swatch Group zu irgendeinem Zeitpunkt von sich aus dem Sekretariat Informationen und/oder Unterlagen zur Verfügung gestellt, noch folgte eine Erklärung für die ausgebliebene Zusammenschlussmeldung. Ganz im Gegenteil warf Swatch Group dem Sekretariat vor, dass es die marktbeherrschende Stellung von Amtes wegen hätte aufheben müssen, und stellte frageweise den Vorwurf in den Raum, dass das Sekretariat wider besseren Wissens das Verwaltungsanktionsverfahren eröffnet habe, verbunden mit der Androhung von rechtlichen Schritten.

127. Somit kann die Sorgfaltspflichtverletzung, welche zur Nichtmeldung der vorliegenden Übernahme geführt hat, mindestens als mittelschwer, wenn nicht gar als schwer eingestuft werden, was grundsätzlich eine Erhöhung der Sanktion um 50 % rechtfertigt. Damit erhöht sich der Betrag auf CHF [...].

128. In Berücksichtigung obiger Ausführungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten Faktoren erachtet das Sekretariat eine Verwaltungsanktion in Höhe von CHF [...] als dem Verstoß von Swatch Group gegen Art. 51 Abs. 1 KG angemessen.

⁷⁹ RPW 1998/4, 613 ff. Rz 27, *Curti & Co. AG*.

⁸⁰ RPW 2002/3, 524 ff. Rz 60, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

C Kosten

129. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁸¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Als Verursacher im vorliegenden Verfahren gilt die meldepflichtige Unternehmung, somit Swatch Group.⁸²

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

131. Die Gebührenbemessung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in dieser Gebühr eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

132. Demnach wird die Gebühr auf CHF [...] festgesetzt.

D Ergebnis

133. Gemäss Vertrag vom 30. März 2012 hat Swatch Group sämtliche Aktien der Gesellschaft S&M erworben. Ausserdem hat Swatch Group die damit verbundene 60%-Beteiligung an der Gesellschaft Termiboîtes erworben. Das Closing dieser Transaktion erfolgte per 11. April 2012. Damit übt Swatch Group seit diesem Datum (indirekt) die Kontrolle über S&M und Termiboîtes aus. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 erging in einer Verfügung der WEKO, welche in Rechtskraft erwachsen und nach wie vor gültig ist. Der vorliegend zu beurteilende Unternehmenszusammenschluss betrifft einen Markt, welcher demjenigen für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300 nachgelagert und/oder benachbart ist. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG und wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor dem Vollzug zu melden gewesen. Durch den Abschluss der Transaktion vor dem 12. April 2012 war diese indes bereits vollzogen und eine Meldung bei den Wettbewerbsbehörden ist ausgeblieben. Somit hat die Swatch Group ihre Meldepflicht verletzt und ist damit gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die The Swatch Group AG wird wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 KG verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von CHF [...] zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] werden der The Swatch Group AG auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - The Swatch Group AG, in Biel

[Rechtsmittelbelehrung]

⁸¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁸² Vgl. dazu auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. Danach sind die Verfahrenskosten dem materiellen Verfügungsadressaten (hier: SWICA Gesundheitsorganisation), der durch das Verfügungsdispositiv verpflichtet wird, aufzuerlegen.

B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	1. Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Februar 2014 WEKO gegen Kanton Luzern betreffend öffentliches Beschaffungswesen

Publikation eines kantonalen Urteils, das auf Beschwerde der Wettbewerbskommission hin und in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

Sachverhalt

A.

Der Kanton Luzern beabsichtigt, zwei neue Asylzentren zu erstellen. Seit Mitte 2011 sind die Zahlen der dem Kanton Luzern zugewiesenen Asylsuchenden angestiegen und haben sich auf einem hohen Niveau stabilisiert. Die im Auftrag des Gesundheits- und Sozialdepartements des Kantons Luzern (GSD) tätige Caritas Luzern und das GSD selbst haben sich deshalb um die Beschaffung von genügend Unterkünften bemüht. Die Caritas konnte in verschiedenen Gemeinden grössere Kollektiv-Unterkünfte anmieten. Allerdings sah sich die Regierung auch mit Schliessungen von Unterkünften konfrontiert, sodass eine nachhaltige Lösung gefunden werden musste. Die Task Force Asyl des GSD prüfte daraufhin verschiedene mögliche Standorte näher. Im Rahmen der Abklärungen zeigte sich, dass der Standort Grosshof (Grundstück Nrn. 107 und 114, GB Kriens, im Eigentum des Kantons Luzern) für ein Asylzentrum geeignet ist.

Das in Kriens vorgesehene Asylzentrum soll dazu dienen, asylsuchende Personen, die der Bund dem Kanton Luzern zuweist, im Rahmen des 2-Phasen-Modells zentral aufzunehmen (erste Phase), um sie nach einem Aufenthalt von durchschnittlich zwei bis sechs Monaten auf die Gemeinden zu verteilen (zweite Phase). Das Bauvorhaben soll durch eine private Investorin realisiert werden. Dazu konnte der Kanton Luzern der Ökumenischen Wohnbaugenossenschaft nahestehende Personen finden, die zu diesem Zweck im August 2012 die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion gründeten. Das Bauprojekt, dessen Investitionssumme sich auf Fr. 5 Mio. beläuft, soll auf einem Baurechtsvertrag für die Dauer von 30 Jahren basieren. Es ist geplant, das Asylzentrum nach dessen Bau an den Kanton zu vermieten, welcher für den Betrieb zuständig sein wird. Vorgesehen ist eine Nutzungsdauer von mindestens zehn Jahren. Nach Ablauf des Mietvertrags mit dem Kanton soll das Mietverhältnis bei nachgewiesenem Bedarf erneuert werden können. Andernfalls soll das Gebäude einer anderen Nutzung zugeführt werden.

B.

In der Folge beauftragte der Regierungsrat des Kantons Luzern mit Beschluss Nr. 575 vom 11. Mai 2012 die Dienststelle Immobilien unter anderem, in Zusammenar-

beit mit dem GSD das Raum- und Betriebskonzept und die Offertunterlagen für den Standort Grosshof in Kriens bis Ende Mai 2012 zu erstellen. Weiter wurde ihr aufgetragen, in Zusammenarbeit mit dem GSD mit der Investorin ein Investorenangebot für den Standort Grosshof einzuholen, einen Baurechtsvertrag auszuarbeiten sowie einen Finanzierungsvorschlag zu erarbeiten und das Ergebnis mit der definitiven Auftragserteilung an den Investor dem Regierungsrat zum Beschluss zu unterbreiten.

Eine öffentliche Ausschreibung fand nicht statt.

C.

Anlässlich der Medienkonferenz vom 16. August 2012 informierte der Vorsteher des GSD zusammen mit Vertretern der Gemeinde Kriens und der Stadt Luzern über die Standortwahl zur Erstellung von zwei Modulbauten zur Unterbringung von Asylsuchenden. Er teilte mit, dass sich das Grundstück beim Grosshof in Kriens als das idealste herausgestellt habe. Aufgrund der angespannten Situation bei der Unterbringung von Asylsuchenden und des daraus resultierenden dringenden Bedarfs an Zentrumsplätzen habe sich die Regierung entschieden, die Realisierung der Modulbaute am Standort Grosshof mit Ausnahmebestimmungen voranzutreiben. Infolge des dringlichen Handlungsbedarfs solle der Modulbau nicht auf der Basis des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen realisiert werden. Damit die Zentrumsplätze in der notwendigen Schnelle erstellt werden könnten, werde das Projekt durch eine private Investorin umgesetzt.

Am 13. November 2012 wurde die Bevölkerung über das in Kriens vorgesehene Zentrum für Asylsuchende orientiert.

D.

Im Rahmen einer Bürgeranfrage wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) über das Bauvorhaben "Asylzentrum Kriens Grosshof" informiert und auf mögliche vergaberechtliche Probleme aufmerksam gemacht. Mit Schreiben vom 8. Mai 2013 wandte sich das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) an das GSD sowie an die Investorin (Genossenschaft Pandocheion) und fragte unter anderem an, aus welchen Gründen von einer öffentlichen Ausschreibung für die Planung, Projektierung und Realisierung des geplanten Asylzentrums Standort Grosshof abgesehen worden sei und ob die Investorin plane, den Bauauftrag an Bauunternehmer öffentlich auszuschreiben. Ausserdem wurde um Einreichung von Kopien der allenfalls bestehenden (Vor-)Verträge und Regierungsratsbeschlüsse gebeten.

Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 beantworteten der Regierungspräsident und die Gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion die Fragen des Sekretariats gemeinsam und reichten die verlangten Unterlagen ein (Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3.5.2013; Regierungsratsbeschluss Nr. 575 vom 11.5.2012).

Am 9. Juli 2013 führte das Sekretariat aus, dass es gestützt auf die Ausführungen im Schreiben vom 17. Juni 2013 und die beigelegten Unterlagen zum Schluss gelange, es liege ein dem Beschaffungsrecht unterstehendes Geschäft vor, für welches nach dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht bestehe. Es sei nicht überzeugt, dass der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung aufgrund der Vertragsmodalitäten zwischen dem Kanton und der Genossenschaft oder aufgrund der zeitlichen Verhältnisse den binnenmarkt- und beschaffungsrechtlichen Anforderungen standhalte. Um die Sachlage noch besser beurteilen zu können, wurde die Luzerner Regierung gebeten, weitere Unterlagen einzureichen. Darüber hinaus ersuchte das Sekretariat um Zustellung der Verfügung, wonach die Vergabe des Auftrags zur Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof in Kriens vom Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion sowie der Auftrag zum Bau des Asylzentrums direkt und ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte bzw. erfolgen werde. Sollte bisher keine solche Verfügung erlassen worden sein, werde der Regierungsrat ersucht, diese zwei Punkte in Form einer Feststellungsverfügung festzuhalten und der WEKO gegenüber formell zu eröffnen. Man werde in der Folge prüfen, ob gegen diese Verfügung gestützt auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt Beschwerde erhoben werde.

Nach gewährter Fristerstreckung führte der Regierungspräsident zuhanden des Sekretariats am 2. September 2013 aus, dass eine Verfügung betreffend die Nichtausschreibung mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 vorliege. Die dort enthaltene Begründung sei zu ergänzen mit den Antworten im Schreiben vom 17. Juni 2013 an das Sekretariat. Vor diesem Hintergrund habe man entschieden, dem Gesamtregierungsrat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten. Gegen den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 könne innert zehn Tagen seit Zustellung beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden. Was die Bauvergabe anbelange, fänden sich die entsprechenden Erwägungen ebenfalls im Schreiben vom 17. Juni 2013 an das Sekretariat. In diesem Sinn könne dieser Brief als Feststellungsverfügung gelten. Das dagegen zulässige Rechtsmittel sei mit dem vorgenannten identisch.

E.

Am 12. September 2013 reichte die WEKO beim Kantonsgericht eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, es sei festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Regierungsrat des Kantons Luzern an die Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränke.

Der Kanton Luzern beantragte in der Sache, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei nicht einzutreten,

eventualiter sei das Rechtsbegehren auf Feststellung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Im Verfahren beantragte er die Durchführung eines zweiten Rechtsschriftenwechsels.

Die namens und auftrags des Kantons Luzern erstellte Vernehmlassung des GSD wurde der WEKO zur Orientierung zugestellt (KG amtl.Bel. 4).

Erwägungen

1.

Die vorliegende Streitsache dreht sich um die Frage, ob die freihändige Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Regierungsrat des Kantons Luzern an die Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt verletzte. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist die Vergabe des Bauauftrags durch die Genossenschaft Pandocheion an eine bzw. mehrere Baufirmen zur Realisierung des Asylzentrums. Ebenso wenig ist in diesem Verfahren zu prüfen, ob die Genossenschaft Pandocheion ihrerseits unter § 1 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen (ÖBG; SRL Nr. 733) zu subsumieren ist. Das damit umrissene Streitthema fällt in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Denn gemäss § 1 Abs. 2 Bst. a unterstehen auch "der Kanton, seine öffentlich-rechtlichen Anstalten und andere Trägerinnen und Träger kantonaler Aufgaben, ausgenommen die Luzerner Kantonalbank" diesem Gesetz. Der Beschwerdegegner erfüllt mit Blick auf seinen Auftrag, geeignete und ausreichende Unterkünfte für Asylsuchende bereit zu stellen, eine kantonale Aufgabe im Sinn von § 1 Abs. 2 Bst. a ÖBG. Beschwerden im Bereich des Vergaberechts sind mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht anfechtbar (vgl. § 28 öBG), womit dessen Zuständigkeit gegeben ist (§ 107 Abs. 2 Bst. a Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG; SRL Nr. 40]).

2.

Im Zentrum eines Beschwerdeverfahrens steht klassischerweise die Verfügung. Diese bildet vor Gericht das Anfechtungsobjekt. Unter den Beteiligten ist umstritten, ob eine (Zuschlags-) Verfügung vorliegt, die hier Anfechtungsgegenstand bilden kann. Uneinigkeit herrscht sodann über die Frage nach der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung. Zu Bemerkungen Anlass gibt schliesslich auch die Beschwerdelegitimation der WEKO. Ohnehin erscheint die Funktion der WEKO auch mit Blick auf die materielle Beurteilung von besonderem Interesse, weshalb vorab darauf einzugehen ist. Im Licht dieser Ausführungen sind dann die umstrittenen Sachurteilsvoraussetzungen - Beschwerdelegitimation der WEKO, Einhaltung der Beschwerdefrist, Vorliegen eines Anfechtungsobjekts - zu prüfen (vgl. dazu § 107 VRG i.V.m. § 35 Abs. 2 öBG).

3.

Die WEKO überwacht die Einhaltung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (vgl. Art. 8 Abs. 1 BGBM). Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Aus-

übung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Es soll gemäss Abs. 2 insbesondere die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern (Bst. a), die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen (Bst. b), die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken (Bst. c) sowie den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen (Bst. d). Als Erwerbstätigkeit im Sinn dieses Gesetzes gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Abs. 3). Im Gegensatz zum Kartellgesetz nimmt das Binnenmarktgesetz aber nicht private Unternehmen, sondern kantonale und kommunale Behörden in die Pflicht. Entsprechend unterschiedlich gestaltet sich auch die Rolle der WEKO zur Durchsetzung der jeweiligen Gesetze. In binnenmarktrechtlichen Angelegenheiten tritt die WEKO gegenüber den Behörden nicht als Entscheidungsinstanz auf, sondern äussert sich mittels Empfehlung, Gutachten oder führt - wie hier - Beschwerde vor kantonalen Instanzen (DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 2013 S. 182).

4.

4.1.

Die Beschwerdelegitimation der WEKO gründet auf dem Bundesgerichtsgesetz, welches die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht regelt, und ist auf kantonale und kommunale Beschaffungen beschränkt (vgl. Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]). Der Kreis der Beschwerdelegitimierten umfasst unter anderem die Departemente des Bundes oder die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann (Art. 89 Abs. 1 Bst. a BGG), sowie Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz ein Beschwerderecht einräumt (Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG). Als organisationsrechtlich unabhängige sowie grundsätzlich weisungsgebundene Bundesbehörde fällt die WEKO unter die Bestimmungen von Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG und verfügt mit Art. 9 Abs. 2bis BGBM über die geforderte spezialgesetzliche Ermächtigung (DIEBOLD, a.a.O., S. 183 mit Hinweis auf BGer-Urteil 2A.325/2006 vom 13.2.2007 E. 2.4). Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen sind Beschwerden an das Bundesgericht jedoch nur zulässig, sofern der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags die Schwellenwerte gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] bzw. des Bilateralen Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreicht und wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f BGG). Diese Voraussetzungen gelten auch für Beschwerden der WEKO. Gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG können Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen. Die WEKO kann somit gestützt auf Art. 111 Abs. 2 BGG grundsätzlich gegen kantonale (und kommunale) Submissionsverfügungen direkt Beschwerde vor den kantonalen Instanzen führen (EHREN-

ZELLER, Basler Komm., 2. Aufl. 2011, Art. 111 BGG N 11 ff.; DIEBOLD, a.a.O., S. 183 f).

4.2.

Im Verfahren betreffend öffentliche Beschaffung ist das vergebende Gemeinwesen als Partei zu behandeln. Der Kanton Luzern als Auftraggeber der zu vergebenden Arbeiten ist daher Beschwerdegegner dieses Verfahrens (LGVE 1999 II Nr. 12 E. 2b).

5.

Klassischerweise bildet eine Verfügung Anfechtungsgegenstand eines Beschwerdeverfahrens. Vorliegend ist das Vorhandensein einer Verfügung nicht nur für die Frage des Anfechtungsobjekts relevant, sondern auch bzw. vor allem hinsichtlich der materiellen Beurteilung. Denn gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Ob die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Beschwerdegegner an die Genossenschaft Pandocheion den Marktzugang in unzulässiger Weise verletzt und ob folglich gestützt auf das Binnenmarktgesetz eine anfechtbare Verfügung hätte erlassen werden müssen, ist im Rahmen der materiellen Auseinandersetzung zu klären. Die Frage nach dem Vorhandensein eines Anfechtungsobjekts zeitigt bereits an dieser Stelle Vorwirkungen in der Sache.

5.1.

Die Parteien sind sich uneins, ob eine Verfügung im vorgenannten Sinn ergangen ist und wenn ja, ob diese der Beschwerdeführerin formgerecht eröffnet wurde. Wie es sich damit verhält, braucht mit Verweis auf die nachfolgenden Ausführungen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden. Gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM kann die WEKO Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Das Bundesgericht erachtet es zwar als zulässig, vom Erlass einer Feststellungsverfügung abzusehen, wenn ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben wird. Diese Ausnahme gilt allerdings u.a. dann nicht, wenn geltend gemacht wird, dass - wie hier - der fragliche Auftrag zu Unrecht freihändig vergeben worden sei (OESCH/ZWALD, in: Komm. zum Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 9 BGBM N 2 mit Hinweis auf BGE 131 I 137 E. 2 [Sigriswil]). Die Situation präsentiert sich hier jedoch so, dass das Vorhandensein einer - formgerecht eröffneten - Feststellungsverfügung umstritten ist.

5.2.

Wie im Sachverhalt erwähnt, erklärte der Regierungspräsident den Beschluss vom 11. Mai 2012 der WEKO gegenüber erst im Sommer 2013 als Feststellungsverfügung zur Nichtausschreibung des Investorenauftrags. Im Regierungsratsbeschluss selbst ist jedoch festgehalten, dass die definitive Auftragserteilung an die Investorin - also die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion - dem Regierungsrat noch zum Beschluss zu unterbreiten sei (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 4 des Beschlusses). Und selbst im Fristerstreckungsgesuch vom 11. Juli 2013

begründete der Regierungspräsident die Fristerstreckung damit, dass für die von der WEKO gewünschte Verfügung betreffend den Auftrag an die Genossenschaft Pandocheion der Gesamtratsrat zuständig sei (KG bf.Bel. 10). Ob der Regierungsratsbeschluss tatsächlich als Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist, kann hier offen bleiben. Denn das Bundesgericht hat im vorerwähnten „Sigriswil-Entscheid“ Folgendes festgehalten: „(...) Darüber hinaus dürfte ein Anspruch auf Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit unmittelbar aufgrund von Art. 9 BGBM bei freihändig durchgeführter Vergabe wohl bestehen, soweit ein interessierter Unternehmer geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht freihändig, sondern nur aufgrund eines Submissionsverfahrens hätte erfolgen dürfen“ (BGE 131 1137 E. 2.6).

Dass diese Möglichkeit auch für die WEKO bestehen muss, ergibt sich allein schon aufgrund deren Zielsetzung, die Verwirklichung des Binnenmarkts voranzutreiben (vgl. OESCH/ZWALD, a.a.O., Art. 9 BGBM N 6). Mit anderen Worten muss eine Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe dann zulässig sein, wenn der Beschwerdeführer rügt, es sei zu Unrecht freihändig vergeben und damit die falsche Verfahrensart angewandt worden. Diese Sichtweise entspricht denn auch der konstanten Praxis des Kantonsgerichts (ehemals Verwaltungsgerichts), wonach für eine am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmung - oder nach den vorstehenden Ausführungen eben auch der WEKO - eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine ihrer Ansicht nach unrechtmässige Durchführung eines tieferstufigen Verfahrens bestehen muss, selbst wenn keine anfechtbare Verfügung vorliegt (vgl. Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 90). Wenn eigentlich ein Einladungsverfahren oder ein offenes Verfahren durchzuführen wäre und stattdessen im freihändigen Verfahren vergeben wird und der Zuschlag daher gerade nicht in Form einer anfechtbaren Verfügung erfolgt, kommt dies einer unrechtmässigen Verweigerung einer Verfügung gleich. Diese ist gemäss § 35 Abs. 2 öBG in Verbindung mit § 128 Abs. 4 VRG wie ein förmlicher Zuschlag anfechtbar. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Vorschriften über das anzuwendende Verfahren umgangen und so der Rechtsschutz ausgehöhlt werden könnte (vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2003.00009 vom 22.7.2003 E. 1b sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 338 ff.; vgl. zum Ganzen: Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1b mit Hinweisen). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich damit als zulässig.

6.

6.1.

Der Beschwerdegegner nimmt den Standpunkt ein, die Beschwerde der WEKO sei verspätet. Der Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 sei ihr am 17. Juni 2013 aufforderungsgemäss zugestellt worden. Die WEKO hätte als Fachbehörde erkennen müssen, dass es sich dabei um eine Verfügung handle, gegen welche innert einer Frist von zehn Tagen Verwaltungsgerichts-

beschwerde hätte erhoben werden können. Die Beschwerdeführerin habe die Beschwerde beim Gericht aber erst am 12. September 2013 und damit nach Ablauf der Frist anhängig gemacht, womit auf das Rechtsmittel nicht einzutreten sei.

Es kann auch an dieser Stelle (noch) offen bleiben, wie es sich mit der Verfügungsqualität des Regierungsratsbeschlusses verhält. Unbestritten ist, dass die WEKO den Regierungsrat am 8. Mai 2013 das erste Mal kontaktierte. Nach entsprechender Aufforderung stellte der Beschwerdegegner der WEKO am 17. Juni 2013 den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 sowie die Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens zu. Gestützt auf diese Unterlagen liess die WEKO am 9. Juli 2013 mitteilen, dass ihrer Ansicht nach ein dem Beschaffungsrecht unterstehendes Geschäft vorliege, für welches grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht bestehe. Sie sei nicht überzeugt, dass der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung aufgrund der Vertragsmodalitäten zwischen dem Kanton und der Genossenschaft oder aufgrund der zeitlichen Verhältnisse den binnenmarkt- und beschaffungsrechtlichen Anforderungen standhalte. Um die Situation genauer beurteilen zu können, ersuche sie den Regierungsrat um Einreichung derjenigen Verfügung, wonach der Auftrag zum Bau des Asylzentrums direkt und ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte bzw. erfolgen wird (KG bf.Bel. 9).

Am 11. Juli 2013 ersuchte der Regierungspräsident um Fristerstreckung, da die von der WEKO gewünschte Verfügung betreffend den Bau des Asylzentrums in der Zuständigkeit des Gesamtratsrats liege, dieser aber über die Sommerferien keine Sitzungen abhalte. Zugleich reichte er aber bereits die vom 18. Januar 2013 datierende Vereinbarung zwischen der Genossenschaft Pandocheion und dem Kanton Luzern ein (KG bf.Bel. 10, 11).

Am 2. September 2013 teilte der Regierungspräsident der WEKO unter anderem mit, dass er bezüglich des Investorenauftrags an die Genossenschaft Pandocheion die Auffassung vertrete, dass die von der WEKO verlangte Verfügung mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 bereits vorliege. Die dort enthaltene Begründung sei mit den Antworten im Schreiben vom 17. Juni 2013 an die WEKO zu ergänzen. Vor diesem Hintergrund habe man entschieden, dem Gesamtratsrat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten. Denn seines Erachtens könne gegen den Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 spätestens innert zehn Tagen seit der Zustellung beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden.

6.2.

Die WEKO verfügte ab Mitte Juli 2013 über sämtliche notwendigen Angaben und Unterlagen zur Einreichung einer Beschwerde. Das zeigt sich darin, dass die vorliegende Beschwerde ausschliesslich auf den Mitte Juli 2013 bekannten Angaben basiert. Dennoch beharrte sie weiterhin, also auch nach Erhalt der Unterlagen Mitte Juli 2013, auf dem Erlass einer Feststellungsverfügung. Es kann jedoch nicht angehen, dass der fristauslösende Akt im Belieben der WEKO steht. Wenn sie also Mitte Juli 2013 über die notwendigen Informationen für die Frage der Rechtsmittelerhebung verfügte, hätte sie in-

nerter der regulären Frist von zehn Tagen Beschwerde einreichen müssen. Andernfalls würde dies bedeuten, dass die WEKO durch einen Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung die auch von ihr zu beachtende Rechtsmittelfrist beeinflussen und hinausschieben könnte. Wie es sich damit abschliessend verhält, kann offen gelassen werden. Denn zum einen ist zu beachten, dass der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 11. Juli 2013 um eine Fristerstreckung betreffend den Erlass der verlangten Verfügung ersuchte. Damit hat er der Beschwerdeführerin die gewünschte Feststellungsverfügung in Aussicht gestellt. Es würde dem Grundsatz des berechtigten Vertrauensschutzes im Verfahren widersprechen, wenn vor diesem Hintergrund auf eine verspätete Verwaltungsgerichtsbeschwerde geschlossen würde. Zum anderen führte der Regierungspräsident in seinem letzten Schreiben vom 2. September 2013 aus, dass man sich „vor diesem Hintergrund“ entschieden habe, dem Gesamtratsrat keine neue Verfügung zum Beschluss zu unterbreiten (KG bf.Bel. 13). Daraus sowie aus dem gesamten Verhalten des Beschwerdegegners lässt sich ableiten, dass er als Urheber des Beschlusses vom 11. Mai 2012 nicht von Beginn weg davon ausgegangen ist, es handle sich dabei um die Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 BGBM. Vielmehr macht es den Eindruck, dass er selbst erst im Lauf der Zeit und als Folge des von der WEKO ausgeübten Drucks zur Ansicht gelangte, den besagten Beschluss der von der WEKO eingeforderten Feststellungsverfügung gleichzustellen. Bereits unter diesem Aspekt wäre es kaum zu rechtfertigen, von der Beschwerdeführerin zu verlangen, dass sie bereits im Juni 2013 hätte merken müssen, dass es sich beim Regierungsratsbeschluss um die markteinschränkende Feststellungsverfügung handelt. Dass dem gemäss Ansicht des Beschwerdegegners so gewesen sein soll, darüber wurde die Beschwerdeführerin erst mit Schreiben von Anfang September 2013 ins Bild gesetzt. Danach reichte sie umgehend - d.h. innert Frist von zehn Tagen - eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Wenn der Regierungsrat überhaupt eine marktausschliessende Verfügung erlassen hat, so würde diese gegenüber der WEKO erst mit Schreiben vom 2. September 2013 als „formgerecht“ eröffnet gelten. Und fehlt es an einer Verfügung, ist der Beginn des Fristenlaufs für die Beschwerde aufgrund der konkreten Verhältnisse zu beurteilen, welche nach dem Gesagten auch unter diesem Aspekt nicht vor dem besagten Schreiben zu laufen begonnen hätte (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 341 mit Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen GVP 2001 Nr. 17 S. 58 f).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdefrist eingehalten ist (§ 107 Abs. 2 Bst. e VRG). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten ist.

(...)

9.

Das BGBM soll die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Binnenmarktes verbessern, indem Marktzugangsbeschränkungen beseitigt werden, die aus unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Regelungen

im Bereich von Handel und Gewerbe resultieren. Die föderale Struktur der Schweiz soll dadurch jedoch nicht aufgehoben werden. Das Ziel ist damit die Errichtung eines schweizerischen Binnenmarkts, in dem die Produktionsfaktoren weitestgehend beschränkungsfrei zirkulieren können. Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Es erleichtert die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz allgemein, unterstützt die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen und stärkt dadurch sowohl die Wettbewerbsfähigkeit als auch den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz (GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt im Vergleich zum europäischen Binnenmarkt, in: Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 14, Freiburg 2011, S. 5; vgl. Art. 2 BGBM). Ergänzend zu entsprechenden Bundesvorschriften (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]; Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.il]), staatsvertraglichen Verpflichtungen und interkantonalen Vereinbarungen (insbes. die der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a]) stellt das BGBM in Art. 5 für den Bereich des kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens den Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf.

Gemäss Art. 5 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht (Abs. 1). Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen (Abs. 2).

10.

Der Beschwerdegegner macht geltend, die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums an die Genossenschaft Pandocheion stelle keine öffentliche Beschaffung dar. Wohl habe das Bundesgericht festgehalten, dass immer ein synallagmatisches Rechtsgeschäft vorliegen müsse, wobei der öffentliche Auftraggeber eine Leistung und der Leistungserbringer eine Gegenleistung erhalte. Allerdings müsse es sich dabei um eine Leistung im Sinn des Beschaffungsrechts handeln, was hier nicht der Fall sei. Zudem werde der Entgeltcharakter der Leistung ausdrücklich bestritten.

10.1.

Klar ist, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch die Kantone nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM). Was unter öffentlicher Beschaffung zu verstehen ist, gibt der Bundesgesetzgeber aber nicht vor. Gemäss § 1 Abs. 3 öBG

sind öffentliche Beschaffungen Lieferungen, Dienstleistungen und Bauten. Der Regierungsrat kann diese drei Beschaffungstypen in der Verordnung näher definieren. In § 1a der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (ÖBV; SRL Nr. 734) konkretisierte der Regierungsrat Lieferungen als Beschaffungen beweglicher Güter, insbesondere durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf (Abs. 1). Dienstleistungen sind insbesondere die in Anhang 1 aufgeführten Tätigkeiten und Verrichtungen (dazu gehören z.B. der Landverkehr [eingeschlossen Geldtransport und Kurierdienste, ohne Post- und Eisenbahnverkehr; Ziff. 2]; Informatik und damit verbundene Tätigkeiten [Ziff. 7]; Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung [Ziff. 11]; Abs. 2). Bauten umfassen Hoch- und Tiefbauarbeiten des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes. Unter Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks, die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe (Abs. 3).

10.2.

Ein öffentlicher Auftrag oder eine öffentliche Beschaffung liegt vor, sobald ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, gestützt auf den der Wirtschaftsteilnehmer dem Auftraggeber gegen Entrichtung einer Vergütung Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt, verwendet oder konsumiert oder ob er sie mittelbar oder unmittelbar Dritten bzw. der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, ist dabei unerheblich. Hat die Leistung allerdings keinerlei Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Begriffsnotwendig für den öffentlichen Auftrag ist in erster Linie der wechselseitige Leistungsaustausch (Synallagma). Der Regelfall eines öffentlichen Auftrags ist das Erbringen einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung gegen die Bezahlung einer Vergütung. Erfolgt eine geldwerte Leistung der öffentlichen Hand, ohne dass deren Empfänger zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Ebenso ist nicht von einem solchen auszugehen, wenn die Leistung vom Anbieter unentgeltlich erbracht wird. Die vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung kann in Geld, aber auch in einer geldwerten Leistung bestehen (z.B. in Sachleistungen oder Einräumung von Nutzungsrechten). Beim öffentlichen Auftrag tritt die öffentliche Hand auf dem Markt stets als Abnehmer (Nachfrager, Konsument) einer Leistung auf und der Anbieter als deren Produzent oder Lieferant (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 178 ff.; weiterführend zum Begriff der öffentlichen Aufgaben vgl. Rüsche, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013 S. 153 ff.).

10.3.

Entscheidend ist, ob der Bau eines Asylzentrums seiner Natur nach eine öffentliche Aufgabe darstellt. Öffentliche Aufgabe ist grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (BGer-Urteil 2C_198/2012 vom 16.10.2012 E. 5.2.3 mit weiteren Hinweisen). Beim vorliegenden Projekt - Zurverfügungstellung einer genügenden Anzahl an Unterkunftsplätzen für Asylsuchende - handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe (vgl. insbesondere Art. 1 und 27 des Asylgesetzes [AsylG;

SR 142.31]; RICHLI, Komm., der Kantonsverfassung Luzern [KV; SRL Nr. 1], Bern 2010, § 11 Bst. e KV N 41 ff.; § 60 des Sozialhilfegesetzes [SHG; SRL Nr. 892], zur Gewährung der wirtschaftlichen Sozialhilfe gehört auch das Anbieten von Unterkunft, vgl. KG bf.Bel. 2 Folie 43). Dass nicht der Kanton Bauherr ist, sondern diese Aufgabe an die Genossenschaft Pandocheion vertraglich übertragen hat, ändert an der Qualifizierung dieses Auftrags als öffentliche Beschaffung nichts. Es handelt sich dabei um eine Form des vertraglichen Public Private Partnership (PPP), die den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen unterliegt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 271 mit weiteren Hinweisen). Wie ausgeführt, bedarf es für die Qualifizierung eines Auftrags als öffentliche Beschaffung eines wechselseitigen Leistungsaustauschs. Die Beschwerdeführerin erblickt das Synallagma darin, dass der Kanton Luzern ein fertiggestelltes Asylzentrum zur Benutzung erhält (Leistung) und im Gegenzug der Genossenschaft Pandocheion ein Entgelt für die Teilphasen B1 (Provisorisches Vorprojekt mit Klärung der Platzierung innerhalb des Perimeters), B2 (Definitives Vorprojekt mit Investorenangebot) und B3 (Bauprojekt mit Baueingabe; KG bf.Bel. 11 Ziff. 2) bezahlt, das Land im Baurecht zur Verfügung stellt (KG bf.Bel. 11 Ziff. 1) sowie zur Deckung der Investitionskosten einen Mietzins bezahlt (Gegenleistung und Entgelt; die Höhe des Mietzinses wurde noch nicht festgelegt, gemäss Ausführungen des Beschwerdegegners soll er aufgrund der Komponenten Baukosten [3.25 % der Baukosten] und Abschreibungsquote [ausgelegt auf die Baurechtsdauer von 30 Jahren] berechnet werden; KG bf.Bel. 6 Antwort zu Frage 8). Der Beschwerdegegner entgegnet, das Bundesgericht habe in den von der Beschwerdeführerin zitierten Bundesgerichtsentscheiden zu den Fragen im Bereich des „Public Private Partnership“ im Beschaffungswesen nicht Stellung genommen. Es sei auf die Beschwerden gar nicht eingetreten. Ausführungen in der Sache macht er nicht.

10.4.

Für das vom Bundesgericht und der Lehre einhellig geforderte Erfordernis des wechselseitigen Leistungsaustauschs bedarf es wie erwähnt nicht zwingend einer Geldleistung, es genügt eine geldwerte Leistung (z.B. Sachleistungen oder Einräumung von Nutzungsrechten). Diese besteht vorliegend in der Gewährung des Baurechts bzw. der Leistung eines Entgelts für die Teilphasen 1-3 bzw. der Bezahlung eines Mietzinses für die Nutzung der fertig gestellten Asylunterkunft. Bereits deshalb ist der Entgeltcharakter des Vorhabens zu bejahen. Daran vermag der Hinweis des Beschwerdegegners auf eine fehlende Umschreibung von PPP-Modellen nichts zu ändern. Er selbst führt im Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 -völlig zutreffend - Folgendes aus: „Ist davon auszugehen, dass der Investor ein auf staatliche Bedürfnisse ausgerichtetes Objekt erstellt und finanziert und es anschliessend der öffentlichen Auftraggeberin zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe vermieten soll, so ist ein solches Investorenmodell beschaffungsrechtlich nur dann nicht relevant, wenn der Investor auf eigenes Risiko das Objekt erstellt und auch das Risiko trägt, dass das Gemeinwesen das Objekt nicht mieten will oder kann. Die beschaffungsrechtliche Relevanz ist aber immer dann gegeben, wenn das Ge-

meinwesen sich in der Vorphase bereits rechtlich bindet, sich allenfalls sogar für eine lange Nutzungsdauer rechtlich bindet. In solchen Fällen handelt es sich nämlich um das erwähnte synallagmatische, entgeltliche PPP-Modell“ (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 8.2.4). Das Baurecht soll der Genossenschaft Pandocheion auf dreissig Jahre hin gewährt werden. Wie der Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3. Mai 2013 zu entnehmen ist, verpflichtet sich der Beschwerdegegner gegenüber der Gemeinde Kriens, die Notwendigkeit und Zumutbarkeit der Weiterführung des Asylzentrums Grosshof periodisch, mindestens alle fünf Jahre und erstmals nach fünf Jahren, zu überprüfen. Dabei muss der Kanton Luzern die Gemeinde Kriens in diesen Entscheidungsprozess miteinbeziehen (KG bf.Bel. 7, Art. 5 Abs. 3). Ergibt diese Evaluation, dass der Betrieb des Asylzentrums wegen dessen Auswirkungen auf die Öffentlichkeit für die Gemeinde Kriens nicht mehr zumutbar ist kann die Gemeinde Kriens die Schliessung des Asylzentrums bzw. die Einstellung des Betriebs als Asylzentrum verlangen (Art. 5 Abs. 3a der Vereinbarung). Wenn sich der Kanton Luzern und die Gemeinde Kriens nicht einigen können, entscheidet ein Schiedsgericht (Art. 5 Abs. 3b der Vereinbarung). Entscheide des Schiedsgerichts sind endgültig. Der Kanton Luzern und die Gemeinde Kriens haben ausdrücklich auf die Beschreitung des Rechtswegs verzichtet (Art. 12 Abs. 3 der Vereinbarung). Weiter verpflichtete sich der Kanton Luzern, den Gemeinderat Kriens vor Erneuerung des Mietvertrags nach zehn Jahren in geeigneter Weise anzuhören (Art. 8 Abs. 2 der Vereinbarung).

Zwar ist einzuräumen, dass sich der Kanton Luzern mit den aktuell vorhandenen Vereinbarungen mit der Gemeinde Kriens und mit der Genossenschaft Pandocheion nicht verpflichtet hat, die Unterkunft während dreissig Jahren zu mieten. Allerdings kann auch in solchen Situationen, in welchen sich die öffentliche Hand nicht zu einer konkreten Mietdauer verpflichtet hat, eine Abnahme des Refinanzierungsrisikos aus faktischen Gründen gegeben sein. Die vorzitierte Vereinbarung zwischen der Gemeinde Kriens und dem Beschwerdegegner zeigt dies eindrücklich. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin nämlich darauf hin, dass mehrere Gründe für die Übernahme des Refinanzierungsrisikos durch den Kanton Luzern sprechen: Die Wahrscheinlichkeit der frühzeitigen Auflösung des Asylzentrums ist aufgrund der schwierigen Unterkunftssituation für Asylsuchende als gering einzustufen. Von den über vierzig geprüften Standorten erschien einzig der aktuell zur Diskussion stehende als tauglich (vgl. dazu die Medienmitteilung des Kantons Luzern, KG bf.Bel. 1 S. 1 f.). Dass es in den nächsten Jahren einfacher sein soll, entsprechende Unterkünfte zu finden, ist kaum wahrscheinlich. Die Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Gemeinde Kriens vom 3. Mai 2013 legt offen, dass eine vorzeitige Schliessung des Asylzentrums mit einigem rechtlichen Aufwand verbunden ist. Selbst wenn also der Beschwerdegegner vorbringt, der Gemeinde Kriens komme bei Weiterführung des Asylzentrums ein „Vetorecht“ zu (vgl. Art. 5 Abs. 3a und Art. 8 Abs. 2 der Vereinbarung), ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Aufgabe des Asylzentrums am Standort Grosshof nicht ohne weiteres möglich sein wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabe des Auftrags zur Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof in Kriens vom Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion sowie der Auftrag zum Bau des Asylzentrums eine öffentliche Beschaffung darstellt.

11.

11.1.

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren (§ 6 öBG). Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (§13 öBG; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 Bst. c IVÖB), ist für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (§ 9 Bst. a öBG i.V.m. § 6 Abs. 1 öBV; Art. 7 Abs. 1^{bis} und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte kann einerseits das Einladungsverfahren zur Anwendung gelangen (vgl. § 5 öBV), bei welchem die Anbietenden ebenfalls ohne öffentliche Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden. In der Regel sind mindestens drei Angebote einzuholen, wobei die Auftraggeberin bei späteren Vergaben für Abwechslung unter den Anbieterinnen zu sorgen hat (§ 12 öBG). Darüber hinaus kann eine öffentliche Beschaffung auch im selektiven oder offenen Verfahren erfolgen (vgl. § 6 Bst. a-c ÖBG).

Für die Wahl des richtigen Verfahrens ist zum einen die Art des zu vergebenden Auftrags massgebend. Zum anderen ist der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen zu ermitteln (vgl. dazu Hänni/Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 749).

11.2.

Wie mehrfach erwähnt, ist die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der Planung, Projektierung und Realisierung des Asylzentrums Grosshof einerseits sowie andererseits die Verantwortung für den Bau des Asylzentrums strittig. Die öffentliche Beschaffung setzt sich mit anderen Worten aus Leistungen verschiedener Kategorien zusammen. Nach der Rechtsprechung ist in solchen Fällen festzustellen, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt (sog. Schwergewichts- oder Präponderanztheorie). Ein gemischter Auftrag ist als Lieferauftrag zu betrachten, wenn der diesbezügliche Wert höher ist als derjenige des Bauauftrags. Im umgekehrten Fall handelt es sich um einen Auftrag für ein Bauwerk (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 240). Die vorliegende Streitsache weist Dienstleistungscharakter (Planung, Projektierung und Finanzierung des Asylzentrums durch die Genossenschaft Pandocheion), Bauhauptgewerbscharakter (Erstellung des Asylzentrums, ebenfalls durch die Genossenschaft) und schliesslich auch Mietelemente (Vermietung des Asylzentrums an den Kanton Luzern) auf. Das Schwergewicht liegt bei der Erstellung des Asylzentrums. Die Planung und Finanzierung sowie die zukünftige Vermietung des Zentrums sind Vorbedingungen bzw. Folgen des Baus, der im Zentrum steht. Die

Erstellung des Asylzentrums durch die Genossenschaft Pandocheion macht nur aufgrund des anschliessenden Mietvertrags Sinn. Diese sachliche Verknüpfung wird vom Beschwerdegegner zu Recht nicht bestritten. Es handelt sich bei der strittigen Vergabe um eine öffentliche Beschaffung des Bauhauptgewerbes.

Die Investitionssumme für die Erstellung der Asylunterkunft beläuft sich auf rund Fr. 5 Mio. (vgl. KG bf.Bel. 3). Unklar ist, ob die insgesamt Fr. 212'000.- für die Planleistungen (Teilphasen B1 [Fr. 32'000.-], B2 [Fr. 40'000.-] und B3 [Fr. 140'000.-], vgl. KG bf.Bel. 11 Ziff. 3) noch hinzuzurechnen sind oder diese bereits in den geschätzten Fr. 5 Mio. enthalten sind. Ebenso weist die Beschwerdeführerin richtig darauf hin, dass der Wert des Baurechts nicht bekannt ist und auch nicht offen liegt, ob dieser in der Investitionssumme berücksichtigt ist. Der Beschwerdegegner äussert sich zu diesen offenen Fragen in der Vernehmlassung nicht. Wie es sich damit verhält, braucht angesichts der klaren Schwellenwertübersteigerung nicht geklärt werden. Eine freihändige Vergabe im Bauhauptgewerbe ist bis zum Schwellenwert von Fr. 300'000.- zulässig (§ 6 Abs. 1 Bst. d öBV). Im Einladungsverfahren können Aufträge im Bauhauptgewerbe bis zu Fr. 500'000.- vergeben werden (§ 5 Bst. d öBV). Mit der geschätzten Investitionssumme von Fr. 5 Mio. liegt die öffentliche Beschaffung deutlich über den genannten Schwellenwerten. Es liegt mit anderen Worten ein umfangreicher öffentlicher Einkauf im Sinn von Art. 5 Abs. 2 BGBM vor, welcher mitsamt den Kriterien für die Teilnahme und dem Zuschlag amtlich hätte publiziert werden müssen.

12.

In gewissen Ausnahmefällen kann auf die gemäss Art. 5 BGBM verlangte öffentliche Ausschreibung von umfangreichen Aufträgen verzichtet und ein Freihandverfahren durchgeführt werden (vgl. Art. 3 BGBM). Die direkte bzw. freihändige Vergabe des Auftrags, das heisst ohne vorgängig eine Konkurrenzsituation zu schaffen, stellt eine klare Beschränkung des Marktzugangs für alle potentiellen Ausschreibungsteilnehmer dar. Wird wie vorliegend der Auftrag zur Planung, Projektierung und Realisierung sowie Vermietung des Asylzentrums direkt an die Genossenschaft Pandocheion vergeben, so ist mit Verweis auf das Vorstehende Art. 5 BGBM verletzt. Eine solche Einschränkung des Marktzugangs ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig.

12.1.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (Bst. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Bst. b) und verhältnismässig sind (Bst. c). Der Beschwerdegegner stützt sich auf die Ausnahmebestimmung im kantonalen Vergaberecht, wonach in Ausnahmesituationen trotz Überschreiten des einschlägigen Schwellenwerts kein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen ist. Gemäss § 9 Bst. b ÖBG kann eine öffentliche Beschaffung unter anderem dann freihändig erfolgen, wenn eine Leistung Besonderheiten in Bezug auf Art, Umfang oder Zeit

ihrer Beschaffung oder im Zusammenhang mit anderen Beschaffungen oder Beschaffungsverfahren aufweist. Der Regierungsrat konkretisierte diese Bestimmung dahingehend, dass eine öffentliche Beschaffung unter anderem dann freihändig erfolgen kann, wenn infolge unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so dringlich wird, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann (§ 6 Abs. 2 Bst. a öBV).

Der Beschwerdegegner führt in der Vernehmlassung aus, mit der geplanten Erstellung des Asylzentrums liege eine solche Konstellation vor. Die Zahl der Asylsuchenden sei im Jahr 2012 auf einen Höchststand gestiegen. Die im Regierungsratsbeschluss Nr. 575 geäusserten Befürchtungen hätten sich deshalb bewahrheitet. Es sei überaus schwierig, einen Hauseigentümer zu finden, der bereit sei, seine Liegenschaft für Asylunterkünfte zur Verfügung zu stellen. Er würde sich damit in der Gemeinde zu stark exponieren. Vor diesem Hintergrund habe ernsthaft damit gerechnet werden müssen, dass der Kanton Luzern die ihm vom Bund zugewiesenen Asylbewerber künftig nicht mehr unterbringen und es zu Obdachlosigkeit kommen könne, wenn nicht innert nützlicher Frist ein Asylzentrum errichtet und in Betrieb genommen würde. Obdachlosigkeit oder mangelnde Unterkünfte könnten aber zu einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit führen.

12.2.

Der Beschwerdegegner bedient sich bei der Inanspruchnahme von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV einer Ausnahmebestimmung. Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Vorliegend beruft sich der Beschwerdegegner auf den vorerwähnten Ausnahmetatbestand. Entsprechend hat er darzulegen, aus welchen Gründen das Abweichen vom Regelfall als gerechtfertigt erscheint. Seine Ausführungen hat er mit aussagekräftigen Unterlagen zu untermauern, denn gemäss der restriktiven Rechtsprechung darf nur ausnahmsweise vom Regelfall - der öffentlichen Ausschreibung - abgewichen werden. Mit anderen Worten liegt die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmefalls beim Beschwerdegegner. Er hat dem Gericht durch geeignete Massnahmen aufzuzeigen, dass es sich bei der freihändigen Vergabe des Auftrags an die Genossenschaft Pandocheion tatsächlich um einen Fall im Sinn von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV handelt. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vgl. BGE 114 II 289; vgl. zur Beweislast der Vergabestelle auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 301).

12.3.

Aus dem Gesetzestext lässt sich ableiten, dass für die Erfüllung des Tatbestands der freihändigen Vergabe wegen Dringlichkeit zwei Voraussetzungen gegeben sein müssen. Dabei handelt es sich einerseits um das Element des unvorhersehbaren Ereignisses, andererseits muss der zu vergebende Auftrag dringlich sein. In der Rechtsprechung ist sodann unbestritten, dass zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und der Dringlichkeit ein Kausalzusammenhang vorliegen muss. Letzteres bedeutet, dass die Dringlichkeit nicht von der

Vergabestelle herbeigeführt worden und auch nicht Folge einer mangelnden Planung sein darf (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 364 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Bei der kantonalen Ausnahmebestimmung handelt es sich um die Umsetzung der Bestimmung von Art. XV Abs. 1 Bst c des internationalen Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422), gemäss welcher die Bestimmungen der Artikel VII-XIV über das offene und das selektive Verfahren grundsätzlich zur Anwendung gelangen. Wenn die freihändige Vergabe nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, oder so angewendet wird, dass sie ein Mittel zur Diskriminierung zwischen ausländischen Anbietern oder zum Schutz inländischer Produzenten und Anbieter darstellen kann (u.a.) dann vom offenen oder selektiven Verfahren abgesehen werden, „soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn aus Gründen äusserster Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Beschaffungsstelle nicht vorhersehen konnte, die Waren oder Dienstleistungen im offenen oder im selektiven Verfahren nicht rechtzeitig beschafft werden könnten.“

12.3.1.

Von einem unvorhersehbaren Ereignis wird gemeinhin dann gesprochen, wenn man mit der nach den Umständen des Einzelfalls gebotenen Sorgfalt nicht mit dessen Eintritt rechnen musste. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit im beschaffungsrechtlichen Kontext ist jedoch nur dann erfüllt, wenn die Dringlichkeit auf Ereignisse zurückzuführen ist, welche die Beschaffungsstelle nicht beeinflussen konnte. Hat sie die Dringlichkeit ihrer eigenen Planung zuzuschreiben, ist der Tatbestand nicht gegeben (vgl. WOLF, Freihändiges Verfahren, in: *Aktuelles Vergaberecht* 2010, N 28).

Im Regierungsratsbeschluss führt der Beschwerdegegner aus, das Tatbestandselement der Unvorhersehbarkeit sei erfüllt, weil der grosse Widerstand aus der Bevölkerung und die grossen zonenrechtlichen Probleme, die bei verschiedenen geprüften Objekten auftauchten, nicht in diesem Ausmass vorhersehbar gewesen seien. Hinzu komme, dass die Zahl der zugewiesenen Asylsuchenden auf Grund nicht vorhersehbarer Ereignisse im Ausland trotz den eingeleiteten Massnahmen des Bundes zur Beschleunigung der Verfahren nicht im erhofften Mass gesunken sei.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Problem der Asylunterkunftsknappeit nicht plötzlich aufgetreten sei, sondern sich über die Jahre hin abzeichnete und sich letztlich zuspitzte, parallel zur Situation im Ausland. Dabei verkennt sie jedoch, dass der Kanton Luzern die Anzahl der erforderlichen Unterkünfte nicht selbst bestimmt, sondern der Bund ihm diese vorgibt. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass im Bereich der Asylunterkünfplanung auch die Gemeinden stark involviert sind und damit auch die erforderliche Planung von ihnen abhängt. Allerdings unterlässt es der Beschwerdegegner namentlich darzulegen und zu beweisen, wann der Entscheid des Bundes fiel, mit welchem die Unterbringung weiterer Asylbewerber von Luzern gefordert wurde oder wie sich die Zusammenarbeit mit den Gemeinden gestaltete. Was der Kanton Luzern alles unternommen hat, um nicht in einen Unterkunftsengpass zu geraten, zeigt

er nicht auf. Er legt keinerlei Akten auf, anhand derer sich das Vorliegen der Unvorhersehbarkeit manifestieren liesse. Auch macht er nicht geltend, der Entscheid in Bezug auf die Schliessung des Bundeszentrums in Notwil sei ihm (zu) spät mitgeteilt worden, sodass er nicht mehr rechtzeitig hätte reagieren können. Im Gegenteil, anlässlich der Orientierung der Bevölkerung über das geplante Zentrum für Asylsuchende in Kriens im November 2012 wies er auf die angespannte Unterbringungssituation hin, die seit Januar 2011 bestehe (vgl. dazu KG bf.Bel. 2, Folie 10). Dass dem Kanton Luzern die schwierige Lage in Bezug auf die Unterbringung von Asylsuchenden hinreichend bekannt war, offenbart sich letztlich auch dadurch, dass die Regierung bereits im November 2011 die Landeskirchen um Hilfe bei der Suche nach geeigneten Unterkunftsplätzen anfragte. Von einem plötzlichen Platzmangel im Sinn eines unvorhersehbaren Ereignisses kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. dazu auch nachfolgende E. 12.3.2.).

12.3.2.

Den Begriff der „Dringlichkeit“ umschreibt das Gesetz nicht, weshalb er auszulegen ist. Diesbezüglich bringt der Beschwerdegegner vor, es müsse entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht „äusserste“ Dringlichkeit sondern lediglich „Dringlichkeit“ vorliegen. Während die kantonale Bestimmung von „dringlich“ spricht geht, die Ausnahmebestimmung im internationalen Recht von „äusserster Dringlichkeit“ aus. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern führte dazu aus, dass beide Bestimmungen gleichermassen voraussetzen, dass die Zeit nicht mehr reicht, damit die Beschaffung im offenen oder selektiven Verfahren erfolgen kann. Ob dieser Zustand als dringlich oder als äusserst dringlich bezeichnet wird, sei nicht entscheidend. Auf jeden Fall müsse die Dringlichkeit so gross sein, dass ein ordentliches Submissionsverfahren nicht mehr verantwortet werden könne; denn vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung, d.h. vom Gewährleisten des grösstmöglichen Wettbewerbs, dürfe nur aus gewichtigen, zwingenden Gründen abgewichen werden (Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 21546 vom 6.12.2002, in: *BVR* 2003 S. 228 E. 3a). Dieser Ansicht ist vollumfänglich zuzustimmen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat die Dringlichkeit in einem Fall bejaht, in dem die Vergabebehörde, ein Abfallbewirtschaftungsverband, einem Unternehmen in einem offenen Vergabeverfahren den Zuschlag für den Sammeldienst für Hauskehricht erteilt hatte. In der Folge verzögerte sich allerdings die Vertragsunterzeichnung, da das betreffende Unternehmen eine Preisanpassung verlangte. Im Sinn einer Übergangslösung beauftragte der Abfallbewirtschaftungsverband ein anderes Unternehmen mit der Ausführung des Sammeldiensts, wogegen die Zuschlagsempfängerin Beschwerde erhob. Das Verwaltungsgericht hielt fest, die Beschwerdeführerin habe für den abzuschliessenden Vertrag eine Anpassung der Entschädigung verlangt, die im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht vorgesehen gewesen sei, obwohl ihr die damit verbundenen Tatsachen bereits bei der Angebotseinreichung bekannt gewesen seien. Daran habe sie selbst im Beschwerdeverfahren noch festgehalten. Dadurch habe sie selber eine Lage geschaffen, welche es der Vergabebehörde ver-

unmöglich habe, den privatrechtlichen Vertrag mit ihr abzuschliessen. Da der alte Kehrrechtsammelvertrag ausgelaufen sei und der Abfallbewirtschaftungsverband die Kehrrechtensorgung ununterbrochen zu gewährleisten habe, sei diesem gar nichts anderes übrig geblieben als einen Drittunternehmer vorläufig mit diesen Arbeiten im freihändigen Verfahren zu betrauen. Die Dringlichkeit der Beschaffung im Sinn einer Übergangslösung sei daher offensichtlich gegeben gewesen, weshalb der Verband befugt gewesen sei, den entsprechenden Zuschlag freihändig zu vergeben (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 366 mit Hinweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 06 91 vom 7.11.2006 E. 4, bestätigt mit BGer-Urteil 2P.329/2006 vom 15.6.2007 E. 4).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg bejahte bei der notwendigen Anpassung eines kantonalen Informatiksystems die Dringlichkeit der Beschaffung, da die eingetretenen Verzögerungen, welche die freihändige Vergabe erforderlich machten, durch Santésuisse und nicht durch den Kanton selber verursacht worden waren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 367 mit Verweis auf Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 602 2010-100 vom 6.9.2011, in: BR 2012 S. 112 f.)

Was das Element der Dringlichkeit im vorliegenden Fall betrifft, mag es sein, dass offene Vergabeverfahren, die keinen besonderen Verhältnissen ausgesetzt sind (hohes öffentliches Interesse, politisch schwierige Rahmenbedingungen, eingeschränkter Kreis der Anbieter) innert sechs Monaten durchgeführt werden können. Allerdings ist immer ein mögliches Beschwerdeverfahren mit zu berücksichtigen; dies gilt umso mehr, wenn wie hier die Sensibilität der Bevölkerung und die Verknüpfung des Bauauftrags mit der späteren Nutzung die Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten indiziert. Der Beschwerdegegner führt denn auch aus, das Vergabeverfahren hätte aufgrund der Verfahrensthematik länger gedauert. Dabei bezieht er sich wohl auf seinen Einwand, dass private Hauseigentümer ihre Liegenschaften nicht zur Verfügung stellen wollen, da sie die Exponierung in der Öffentlichkeit fürchteten. Dass das Vergabeverfahren deshalb länger hätte dauern können, mag zutreffen. Ebenso gut könnte man den Standpunkt einnehmen, dass sich aufgrund des Vergabeinhalts weniger Interessenten um den Zuschlag bemüht hätten, was das Risiko von Rechtsmittelverfahren eingedämmt hätte. Dem Beschwerdegegner hätte es offen gestanden, vorab ein offenes Vergabeverfahren durchzuführen. Hätte unter den Interessenten der Zuschlag nicht erteilt werden können, hätte sich - mit Verweis auf die vorstehenden Ausführungen - dem Beschwerdegegner sekundär immer noch die Möglichkeit der freihändigen Vergabe geboten. Dass keine Alternative zur freihändigen Vergabe bestanden hätte - wie dies der Regierungsrat vorbringt -, kann so nicht bestätigt werden. Wie der Tagespresse zu entnehmen war, konnte der Kanton Luzern in der Stadt Luzern mit dem Hirschpark eine weitere (vorübergehende) Unterkunft für Asylsuchende organisieren (Neue Luzerner Zeitung vom 2.12.2013). Gestützt auch auf diesen Umstand ist davon auszugehen, dass sich dem Kanton Luzern grundsätzlich bereits im Mai 2012 Alternativen zur Unterbringung von Asylbewerbern geboten hätten. Zwar wird keineswegs von der Hand gewiesen,

dass es sich beim Vergabethema um ein diffiziles und in der Bevölkerung intensiv diskutiertes Thema handelt. Dass dies jedoch einen kausalen Einfluss auf das Erfordernis der Dringlichkeit hätte, ist gestützt auf die obigen Ausführungen nicht ersichtlich. Dass genügend Zeit bestanden hätte, ergibt sich auch aus der Chronologie der Geschehnisse. Am 11. Mai 2012 hat der Regierungsrat die Dienststelle Immobilien beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem Gesundheits- und Sozialdepartement das Raum- und Betriebskonzept und die Offertunterlagen für den Standort Grosshof bis Ende Mai 2012 zu erarbeiten (vgl. KG bf.Bel. 8 Ziff. 1). Am 18. Januar 2013 wurde die Vereinbarung zwischen der im August 2012 gegründeten Genossenschaft Pandocheion und dem Kanton Luzern geschlossen (vgl. KG bf.Bel. 6 Ziff. 4). Zwischen dem Regierungsratsbeschluss und der Vereinbarung zwischen dem Kanton Luzern und der Genossenschaft sind sieben Monate vergangen. In dieser Zeit hätte ein offenes Vergabeverfahren durchgeführt werden können. Auch unter diesem Aspekt fällt eine zeitliche Dringlichkeit ausser Betracht, zumal auch hier der Beschwerdegegner keine Akten auflegt die das Gegenteil beweisen würden.

12.4.

Der Beschwerdegegner vermochte weder aufzuzeigen, dass die Unterkunftsknappheit plötzlich und unvorhergesehen auftrat, noch dass Dringlichkeit im beschaffungsrechtlichen Sinn vorlag. Aus der Ausnahmebestimmung von § 6 Abs. 2 Bst. a öBV kann er daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

13.

Ferner ist zu prüfen, ob es sich bei der gemeinnützigen Genossenschaft Pandocheion um eine Wohltätigkeitseinrichtung im Sinn von § 2 Bst. d öBG handelt mit der Folge, dass die hier umstrittene Beschaffung ohne Berücksichtigung des Vergaberechts erfolgen kann. Die Beschwerdeführerin führt unter verschiedenen Gesichtspunkten aus, dass der Ausnahmetatbestand der Wohltätigkeitseinrichtung nicht gegeben ist (Beschwerde Ziff. 3.2.3 S. 18 f). Der Beschwerdegegner selbst beruft sich aber während des ganzen Verfahrens nicht auf diese Ausnahmebestimmung. Er bringt einzig vor, die WEKO würde keine Anhaltspunkte vortragen, weshalb der Begriff der Wohltätigkeitseinrichtung derart eng auszulegen sei (Vernehmlassung S. 16).

13.1.

Bei der Zurverfügungstellung von genügenden Unterkunftsplätzen für Asylsuchende handelt es sich wie erwähnt um eine klassische öffentliche Aufgabe. Der Kanton Luzern hat dafür besorgt zu sein, dass den Asylsuchenden menschenwürdige Unterkunftsverhältnisse angeboten werden können. Wenn er diese Aufgabe vertraglich auf einen anderen Träger des öffentlichen Rechts oder - wie hier - des Privatrechts überträgt, so ist dies nicht zu beanstanden, soweit der Verfassungs- und der Gesetzgeber dies zulassen. Freilich bleibt die Verantwortung des Kantons für die Erfüllung der zugewiesenen (Bundes)Aufgaben bestehen.

Beschaffungen müssen nicht nach dem Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen erfolgen, wenn Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen

und Strafanstalten vergeben werden (§ 2 Bst. d öBG). Eine ausdrücklich als Ausnahme formulierte Norm ist gemessen am Geltungsbereich und dem Zweck des Gesetzes eng auszulegen. Der Wortlaut der Norm, namentlich die drei explizit genannten Einrichtungen, macht deutlich, dass es sich hierbei um bestehende Organisationen oder Institute handeln muss, denen der Kanton oder die anderen öffentlichen Gemeinwesen fallweise Aufträge direkt und ohne „Befragung des Markts“ erteilen können. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil es gerade bei klassischen Wohltätigkeitseinrichtungen keinen relevanten Markt gibt und es daher sachfremd wäre, den Erbringer der Leistung einem Wirtschaftlichkeitswettbewerb auszusetzen (BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: Aktuelles Vergaberecht 2008 [Hrsg. Zufferey/Stöckli], Zürich 2008 S. 117). Soweit eine Beschaffung von Leistungen bei einer Wohltätigkeitseinrichtung im Sinn von § 2 Bst. d öBG erfolgt, bezweckt der öffentliche Auftraggeber damit nicht nur den Erhalt der Leistungen, sondern auch die Förderung der ideellen Institution in ihrer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit (BEYELER, a.a.O., N 714). Vorliegend verhält es sich aber anders: Die Beschaffung durch den Kanton dient nicht der Förderung einer schon leistungserbringenden Einrichtung. Die Genossenschaft Pandocheion wurde mit Blick auf das Asylzentrumsprojekt errichtet. Zwar verneint der Beschwerdegegner, dass die Genossenschaft zwecks Realisierung des Projekts auf dem Areal Grosshof gegründet worden sei (Vernehmlassung S. 3). Indessen ist mindestens ein enger sachlicher Zusammenhang nicht zu bestreiten. So führt der Beschwerdegegner denn auch aus, er hätte der Ökumenischen Wohnbaugenossenschaft nahe stehende Personen gefunden, die sich bereit erklärt hätten, eine neue Genossenschaft zu errichten (vgl. den Sachverhalt, Bst. A). In der Folge beauftragte der Beschwerdegegner die im August 2012 gegründete Genossenschaft Pandocheion mit der Aufgabe, ein Asylzentrum zu realisieren, ohne dass er das Projekt ausgeschrieben hätte. Bei diesen Umständen kann sich die öffentliche Hand nicht auf die Figur der Wohltätigkeitseinrichtung berufen. Denn es wäre zweckwidrig, eine Ausnahme vom öffentlichen Beschaffungsrecht zuzulassen, wenn der Kanton den Ausnahmetatbestand gleichsam schafft, indem er einer bestimmten Institution - hier der Genossenschaft Pandocheion - vorab einen beschaffungsrechtlich bedeutsamen Auftrag in Aussicht stellt oder zusichert. Andernfalls würde in Kauf genommen, dass eine Umgehung der submissionsrechtlichen Bestimmungen im Belieben der öffentlichen Hand steht

13.2.

Auch aus weiteren Gründen kann kaum von einer Wohltätigkeitseinrichtung gesprochen werden. Die Genossenschaft beabsichtigt in gemeinsamer Selbsthilfe Gebäude an gemeinnützige und staatliche Träger von sozialen Einrichtungen, für die Unterbringung, Betreuung, Begleitung, Pflege und Beschäftigung von Menschen, welche der Unterstützung durch die Gesellschaft bedürfen, zur Verfügung zu stellen. Sie erstellt bzw. erwirbt Wohnungen im gemeinnützigen Wohnungsbau; erwirbt oder veräussert Grundstücke oder Immobiliengesellschaften. Schliesslich umfasst der Zweck den Bau, Er-

werb, die Verwaltung oder Vermietung von Gebäuden und Beteiligungen (vgl. KG bf.Bel. 4). Diese breite Zweckumschreibung spricht klar gegen eine Wohltätigkeitseinrichtung. Denn das Engagement beispielsweise im sozialen Wohnungsbau ist im beschaffungsrechtlichen Sinn nicht wohltätig mit der Folge, dass Unternehmen, welche im sozialen Wohnungsbau tätig sind, sich nicht dem Wettbewerb stellen müssten.

Entscheidend ist, ob die Genossenschaft aus kommerziellen Motiven handelt und ob sie auf kommerzieller Basis beauftragt wird (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil. 2011, Zürich 2012, N 707, 715). Die Genossenschaft führt das Element der Gemeinnützigkeit in ihrem Namen. Angesichts ihrer sozialen Zwecksetzung, des Bestrebens, verletzte und bedürftige Menschen zu unterstützen, und im Hinblick auf die Pflege des für eine solidarische Gesellschaft unentbehrlichen Gemeinnutzes steht die Wirtschaftlichkeit oder ein besonderes Gewinnstreben der Genossenschaft zwar nicht im Vordergrund. Aus dem Antwortschreiben vom 17. Juni 2013 des Regierungsrats Luzern geht jedoch hervor, dass Pandocheion eine Bruttorendite von 3,25 % bei einem aktuellen hypothekarischen Referenzzinssatz von 2,25 % erwartet. Zwar wird die Bruttorendite sinken, da der Mietzins jährlich im Ausmass der erfolgten Abschreibungsquoten reduziert werden soll (KG bf.Bel. 6 S. 6). Zudem werden für die Genossenschaft Pandocheion Aufwendungen, namentlich die Bezahlung des Baurechtszinses, die Fremdkapital-Verzinsung und Unterhaltskosten für die Baute, anfallen. Dennoch ist aufgrund der Umstände davon auszugehen, dass eine Rendite verbleibt und zumindest im Hinblick auf das hier umstrittene Geschäft hinsichtlich der Erbauung des Asylzentrums bei der Genossenschaft Pandocheion auch kommerzielle Motive mitspielen. So wird im Bericht und Antrag Nr. 253 der reformierten Kirche des Kantons Luzern (Genossenschafterin der Pandocheion) u.a. festgehalten, dass die mit dem Beitritt zur Genossenschaft Pandocheion zu erwartende Rendite über den Zinsen, welche bei festen Anlagen derzeit zu erzielen seien, liege (KG bf.Bel. 3 Ziff. 4). Damit ist davon auszugehen, dass zumindest im Hinblick auf das hier umstrittene Geschäft bei der Genossenschaft Pandocheion hinsichtlich der Erbauung des Asylzentrums auch kommerzielle Motive mitspielen. Damit entfällt auch unter diesem Gesichtspunkt der Ausnahmefall der Wohltätigkeitseinrichtung. Entsprechend sind bei der Vergabe der Asylunterkunft die submissionsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

14.

14.1.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Realisierung des Asylzentrums weder als unvorhergesehenes Ereignis noch - im beschaffungsrechtlichen Sinn - als dringend bezeichnet werden kann noch sonst unter einen Ausnahmetatbestand fällt. Damit liegen die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM für ein Abweichen von den Vergabegrundsätzen nach Art. 5 Abs. 2 BGBM nicht vor. Folglich hätte der Entscheid über die freihändige Auftragserteilung öffentlich bekannt gemacht werden müssen (vgl. OESCH/ZWALD, a.a.O., Art. 5 BGBM

N 4). Wie eingangs erwähnt, vertritt der Beschwerdegegner die Ansicht, er sei diesem Erfordernis mit dem Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 nachgekommen, was die Beschwerdeführerin bestreitet

14.2.

Nach § 4 Abs. 1 VRG ergeht ein Entscheid, wenn eine dem VRG unterstellte Behörde mit hoheitlicher Wirkung für den Einzelfall Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, ändert oder aufhebt (Bst. a), die rechtlichen Verhältnisse bestimmter Personen feststellt (Bst. b) oder Begehren im Sinne von Bst. a und b abweist, nicht darauf eintritt oder sie als erledigt erklärt (Bst. c). Diese Definition des Entscheidbegriffs deckt sich dem Gehalt nach mit der Legaldefinition gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021; UHLMANN, in: Praxiskommentar zum VwVG [Hrsg. Waldmann/Weissenberger], Zürich 2009, Art. 5 VwVG N 16; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 09 266 vom 18.3.2010 E. 1b, abrufbar unter www.gerichte.lu.ch).

Der Regierungsrat skizzierte in seinem Beschluss vom 11. Mai 2012 das weitere Vorgehen bezüglich des Projekts Asylzentrum Grosshof und erteilte entsprechende Aufträge an das zuständige Gesundheits- und Sozialdepartement sowie an die Dienststellen Immobilien und Soziales und Gesellschaft. Die Zustellung erfolgte dann auch rein verwaltungsintern nur an die eben genannten Dienststellen, das GSD, das Finanzdepartement und das Justiz- und Sicherheitsdepartement. Zwar enthält der Beschluss konkrete Anweisungen, wie die einzelnen Verwaltungseinheiten weiter vorzugehen hätten. Es fehlt aber an einem der wesentlichen Elemente einer Verfügung. Weder begründet, ändert oder hebt dieser Beschluss Rechte bestimmter Personen auf, noch stellt er die rechtlichen Verhältnisse bestimmter Personen fest oder weist diese ab. Mit anderen Worten lässt dieser Beschluss jegliche Aussenwirkung vermissen, sodass kaum davon ausgegangen werden kann, es könne sich dabei um eine (Feststellungs-)Verfügung handeln. Insbesondere stellt sie - wenn überhaupt - nur implizit fest, dass auf ein Vergabeverfahren verzichtet werden soll. Mit Blick auf die Zielsetzung von Art. 9 Abs. 1 BGBM geht es aber gerade darum, Beschränkungen des freien Marktzugangs in einer Verfügung festzuhalten und diese formgerecht zu eröffnen. Dies mag als wenig praktikabel empfunden werden. Jedoch ist es gerade Sinn und Zweck dieser Norm, eine Schwelle einzubauen, die es vor der freihändigen Vergabe von umfassenden öffentlichen Aufgaben zu überwinden gilt, sodass das darauffolgende freihändige Geschäft in Übereinstimmung mit dem Binnenmarktgesetz steht. Schliesslich hält der Regierungsrat in Ziffer 4 seines Beschlusses fest, dass die definitive Auftragserteilung an den Investor ihm zum Beschluss zu unterbreiten sei. Daraus ist zu schliessen, dass es mit diesem Beschluss nicht sein Bewenden hatte, sondern der Akt der Vergabe an die Genossenschaft Pandocheion noch bevor stand. Nach diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass der Regierungsratsbeschluss vom 11. Mai 2012 keine Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 9 Abs. 1 BGBM darstellt.

15.

Bei der Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung eines Asylzentrums durch den Kanton Luzern an die Genossenschaft Pandocheion handelt es sich um eine öffentliche Beschaffung des Bauhauptgewerbes. Aufgrund der Investitionssumme von ca. Fr. 5 Mio. liegt sie deutlich über dem für das freihändige Verfahren zulässigen Schwellenwert. Der Auftrag hätte entsprechend öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Durch die direkte Vergabe des Auftrags an die Genossenschaft Pandocheion verletzte der Kanton Luzern den Zugang Anderer zum Markt in unzulässiger Weise. Denn die Voraussetzungen für die Bejahung eines Ausnahmefalls nach Art. 3 Abs. 1 BGBM liegen nicht vor. Weder handelt es sich bei der steigenden Anzahl der Asylgesuche um ein plötzliches Ereignis, noch kann die zeitliche Dringlichkeit im beschaffungsrechtlichen Sinn für den Bau des Asylzentrums als erfüllt betrachtet werden.

Das Gericht verkennt nicht, dass die Schaffung von neuen Asylzentren im Kanton Luzern – wie fast überall in der Schweiz – eine gesellschaftlich ausserordentlich schwierige Aufgabe ist. Die regierungsrätlichen Bemühungen im konkreten Fall sind anzuerkennen und politisch verständlich. Dabei sind die Behörden der Kantone aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben in der Asylgesetzgebung und der völkerrechtlichen Vereinbarungen verpflichtet, für die in die Schweiz kommenden Menschen, die einen Flüchtlingsstatus beanspruchen, menschenwürdige Unterkünfte bereitzustellen und die Grundbedürfnisse dieser Menschen zu befriedigen. Das ist eine eminent wichtige öffentliche Aufgabe, die in Kollision zu anderen Aufgaben und/oder gesetzlichen Vorgaben stehen kann. Die Beschwerdeführung durch die WEKO in diesem Fall ist daher mit Fragezeichen behaftet. Die Bundesbehörde kann sich auf ihre bundesgesetzliche Aufgabe berufen und hat für einen Binnenmarkt zu sorgen, der möglichst viele am Wirtschaftsleben teilnehmende Personen und Unternehmen zulässt. Darüber hinaus gibt es aber auch andere öffentliche Interessen zu werten, die mindestens bei der Entscheidung, ob Beschwerde geführt werden soll, mit zu berücksichtigen sind. Doch ist die Frage einer (vernünftigen) Beschwerdeführung von jener zu unterscheiden, ob die dem Gericht unterbreitete Beschwerde aufgrund der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen begründet ist. Immerhin ist die Beschwerdeführerin bei ihren Ausführungen zu behaften, wonach die Beschwerde primär der Schaffung von Rechtsklarheit mit Bezug auf künftige Vergabeverfahren dient und im konkreten Beschaffungsverfahren der öffentliche Auftraggeber durch die Beschwerde nicht gehindert ist, den Auftrag nach seinen Vorstellungen zu vergeben (Beschwerde S. 9 Ziff. 33).

Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen.

(...)

Demnach erkennt das Kantonsgericht:**1.**

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Vergabe des Auftrags zur Projektierung, Realisierung und Vermietung des

Asylzentrums Grosshof an die gemeinnützige Genossenschaft Pandocheion ohne öffentliche Ausschreibung den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

(...)

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StR	Ständerat
OGer	Obergericht	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	T	
OMC	Organisation mondiale du commerce	TA	Tribunal administratif
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TApp	Tribunale d'Appello
OR	Obligationenrecht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	U	
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	UE	Union Européenne
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q		V	
R		VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	W	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	X	
RR	Regierungsrat	Y	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Z	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
S		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZPO	Zivilprozessordnung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 143, 168, 189, 192 ff.
 Abrede 1 ff., 82, 110, 143 f., 153, 166, 168 ff., 184 ff., 209 ff.,
 223, 287, 293 f., 301 f., 308, 312 ff., 321
 Acquiring -
 Anhörung 2, 5, 185, 222, 275, 277 ff.
 Apotheker/innen 186, 200
 Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 6, 137, 254 ff.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 4, 136, 176 ff., 212
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 2f, 5, 10, 15, 19, 215, 217, 219,
 221 ff., 266 f., 270, 272, 280 ff., 325
 Erheblichkeit 173 f., 211, 213 f.
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte 120, 132
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 Interchange Fee -
 Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 235
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 84, 120,
 200, 224, 235, 281, 285, 291 ff., 307 f., 324, 332
 Koppelungsgeschäft -
 Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten -
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 257, 263
- M**
- Marktaufteilung -
 marktbeherrschende Stellung 223, 230, 232 ff., 241, 243,
 250, 252, 266 f., 270, 273, 275, 277 f., 282 ff., 287, 289 ff.,
 293, 296, 299 ff., 306, 309, 315 f., 318 ff., 329 f., 334
 Marktgegenseite 84 f., 119 ff., 133, 169 ff., 176, 200 f., 223
 ff., 242, 252, 296 f., 309 f., 326 f., 332
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 223, 247, 315
 Marktzutrittsschranken 16, 134, 143, 233, 236, 243, 279
 Meldepflicht 11, 205, 287, 290, 295 f., 303, 306, 308 f., 316
 ff.
 Missbrauch 2, 6 ff., 14, 18, 79, 84, 87 ff., 97, 99, 101 ff., 119,
 122 ff., 134, 215, 223, 227, 230, 232 f., 250 ff., 259, 270 ff.
- N**
- Netzwerk -
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel 270, 340
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 288
 Preisabrede -
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 9, 90 ff., 108
- R**
- Rabatte 8, 11, 96 f., 204
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 2, 9, 13 ff., 111, 186, 316
 Senkung Herstellkosten 172, 174, 177
 Submission 1 ff., 63, 338 f., 342, 344, 346
 Submissionskartell -
- T**
- Tarife 7, 113, 162

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 2ff, 90, 101, 104, 106, 108, 110, 128 ff., 137,

143, 153, 164, 168, 172, 184 ff., 191, 195, 198 ff., 207, 212 Wettbewerb um den Markt -
ff., 266, 174, 283 f., 316, 318, 323 ff., 332, 334

unzulässige Wettbewerbsabrede 4, 8, 10, 108 ff., 143 ff.,

168, 185, 188, 199, 212, 283 f.

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 84, 111 f., 167, 189, 215, 223, 295,
308, 321

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -