

# **WEKO Assortiments von Nivarox vom 6. Dezember 2022**

WEKO, 2022-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_Assortiments\\_von\\_Nivarox](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Assortiments_von_Nivarox)

FR: WEKO Assortiments von Nivarox du 6 décembre 2022

IT: WEKO Assortiments von Nivarox del 6 dicembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 2**

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

### **E. 3**

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

B.1.2 Entscheid der WEKO vom 21. Oktober 2013

### **E. 4**

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

### **E. 5**

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

### **E. 6**

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

### **E. 7**

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

### **E. 8**

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

### **E. 9**

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

### **E. 10**

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

**E. 11**

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

**E. 12**

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

**E. 13**

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

**E. 14**

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

**E. 15**

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

**E. 16**

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

5 Phasing-Outs ab Anfang 2019 eingereicht (nachfolgend: Absichtserklärung).<sup>17</sup> Der Wortlaut dieser Absichtserklärung lautete wie folgt: Die Swatch Group ist bereit, die bisherigen Kunden der Nivarox-Far S.A. («Nivarox») ausserhalb der Swatch Group während einer Periode von 5 (fünf) Jahren, d.h. bis Ende 2018 weiterhin mit Assortiments für deren eigene Bedürfnisse zu beliefern. Die Lieferverpflichtung bezieht sich auf diejenigen Produkte, welche die Kunden von Nivarox bisher bezogen haben. Die jährliche Liefermenge entspricht maximal dem Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 gelieferten Mengen. Die Belieferung erfolgt unter der Bedingung, dass feste Bestellungen für jedes Jahr bis spätestens 12 Monate im Voraus, d.h. für 2015 bis zum 31.12.2013 platziert worden sind. Für 2014 sind die Bestellungen unmittelbar nach dem Entscheid der WEKO zu platzieren. Als weitere Bedingung soll jeweils mit der festen Bestellung eine unverbindliche Vorschau auf das Folgejahr abgegeben werden, um Nivarox die Planung zu erleichtern. Die Lieferzusage auf 5 Jahre und die damit verbundene Aufrechterhaltung von Kapazitäten für eine bestimmte Technologie bedeutet für Nivarox unternehmerische Risiken und Kosten. Dieser Situation sowie der Erhöhung der Kosten der letzten vier Jahre, welche nicht ausgeglichen worden ist (Personalkosten, Materialkosten, Energie, etc.), wird mit einer Erhöhung der Preise um 15 % für 2014 Rechnung getragen. Weitere Erhöhungen der Preise werden künftigen zusätzlichen Kosten vorbehalten. Swatch Group beabsichtigt Mitte 2016 mit der WEKO Verhandlungen betreffend einen stufenweisen Abbau der Lieferungen der Nivarox aufzunehmen, mit dem Ziel, bis Mitte 2018 eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission diesbezüglich abzuschliessen.

9. Zu dieser Absichtserklärung hielt die WEKO im Entscheid vom 21. Oktober 2013 fest, dass es sich um eine einseitige Erklärung von Swatch Group handle, welche lediglich zur Kenntnis genommen werde.<sup>18</sup> Weder die WEKO noch das Sekretariat hätten die Absichtserklärung inhaltlich auf ihre Wettbewerbskonformität hin geprüft oder diese (direkt oder indirekt) gutgeheissen. Die Wettbewerbsbehörden würden somit frei bleiben und sich explizit vorbehalten, im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen. Bezogen auf die von Swatch Group erwähnten künftigen Verhandlungen über ein Phasing-Out für Assortiments stehe es Swatch Group derzeit frei, mit dem Sekretariat

Kontakt aufzunehmen, wenn es die Marktverhältnisse nahelegen würden. Dies könne etwa je nach Ergebnis des damals hängigen Patentrechtsstreits über die Verwendung von Silizium-Spiralen als wichtigen Bestandteil von Assortiments der Fall sein.<sup>19</sup> 10. Gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Bis zum 6. Dezember 2022 kontaktierte Swatch Group die Wettbewerbsbehörden nicht betreffend ein Phasing-Out für Assortiments und beantragte

#### **E. 17**

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

#### **E. 18**

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

#### **E. 19**

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

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

B.1.3 Anzeigen von Ende 2013/Anfang 2014 11. Mit Schreiben vom 5. November 2013 teilte Nivarox ihren bisherigen Kundinnen und Kunden mit Blick auf die Absichtserklärung mit, dass Nivarox bereit sei, ihren Kunden im Zeitraum 2014–2018 die bisher gelieferten Produkte zu liefern, die maximale jährliche individuelle Liefermenge dem Durchschnitt der an das betreffende Unternehmen im Zeitraum 2009–2011 gelieferten Mengen entspreche, die Bestellung mindestens zwölf Monate im Voraus platziert werden müsse und für das darauffolgende Jahr ein unverbindlicher Plan der Bestellung eingereicht werden müsse. Gleichzeitig informierte Nivarox über eine Preiserhöhung in Höhe von 15 % auf den 1. Januar 2014.<sup>20</sup> 12. Diese Nivarox-Mitteilung zeigten die Manufacture La Joux-Perret SA (nachfolgend: LJP) sowie die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) Ende 2013 bzw. Anfang 2014 bei den Wettbewerbsbehörden an.<sup>21</sup> Die beiden Unternehmen führten dazu aus, die Begrenzung der individuellen Liefermengen und der bei Nivarox beziehbaren Produkte auf solche Assortiments, welche im Zeitraum 2009–2011 bezogen worden waren, die Zusage der Belieferung einzig bis 2018 sowie die angekündigte Preiserhöhung würden gegen den WEKO-Entscheid vom 21. Oktober 2013 verstossen. 13. Die Wettbewerbsbehörden prüften die Vorbringen und die WEKO teilte Anfang 2014 mit, dass betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung einstweilen kein (Sanktions-)Verfahren eröffnet werde und allfällige Ansprüche gegen Nivarox gemäss Art. 12 KG auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden könnten.<sup>22</sup> Zur Begründung verwies die WEKO zum einen darauf, dass das Dispositiv des WEKO-Entscheids vom 21. Oktober 2013 keine konkreten Verpflichtungen in Bezug auf die Belieferung von Drittkundinnen mit Nivarox-Assortiments vorsehe, gegen welche Swatch Group bzw. Nivarox durch das von Nivarox angekündigte Verhalten verstossen könnte. Zum anderen sei von Seiten der anzeigenden Unternehmen nicht hinreichend substantiiert worden, ob und inwiefern die von Nivarox angekündigte Umsetzung der Absichtserklärung zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen führen könne. 14. Swatch Group und Nivarox wurden über die vorgenannten Anzeigen und die Stellungnahme der WEKO nicht informiert.

B.1.4 Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020 15. Gestützt auf Anhaltspunkte, dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten,

um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss made Uhrwerken bedienen zu können, eröffnete das Sekretariat am 13. November 2018 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO das Wiedererwägungsverfahren. «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung». Im Rahmen dieses Verfahrens wurde geprüft, ob die gemäss der WEKO-Verfügung vom 21. Oktober 2013 bestehende Lieferpflicht und -Beschränkung der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen können.<sup>23</sup>

#### **E. 20**

Act. 27.1.

#### **E. 21**

Act. 27.2, 27.3.

#### **E. 22**

Act. 27.4, 27.5.

#### **E. 23**

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

7 16. Obwohl Gegenstand des Wiedererwägungsverfahrens das Verhalten von ETA war, erhob Sellita in diesem Verfahren auch Vorwürfe gegen Swatch Group bzw. Nivarox betreffend den Bereich Assortiments.<sup>24</sup> Namentlich zeigte sie an, dass die angeblich marktbeherrschende Nivarox seit 2014 Anfragen von Sellita auf Lieferung von mehr Assortiments als es dem Durchschnitt der in den Jahren 2009–2011 an Sellita gelieferten Liefermengen entsprochen hätte sowie auf Lieferung von anderen als den im Zeitraum von 2009–2011 von Sellita bezogenen Assortiments wiederholt und systematisch nicht erfüllt habe, dass Nivarox ihre Preise wiederholt ungerechtfertigt erhöht habe und dass Nivarox zudem einen schikanösen Bestellprozess etabliert habe.<sup>25</sup> Hierzu reichte sie verschiedene Dokumente ein.<sup>26</sup> 17. Nach Ansicht des Sekretariats lagen die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox ausserhalb des Gegenstands des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», weshalb das Sekretariat der Sellita mitteilte, im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens nicht auf diese Vorwürfe eintreten zu wollen. Das Sekretariat erwäge jedoch, diesbezüglich ein gesondertes Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen.<sup>27</sup> 18. Die WEKO entschied mit Verfügung vom 13. Juli 2020, dass die Lieferpflichten und -Beschränkungen der ETA zum 31. Dezember 2019 (vgl. oben Rz 6) auslaufen dürfen.<sup>28</sup> Auf die vorgenannten Vorwürfe von Sellita betreffend die Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox trat sie hingegen nicht ein, da diese auch nach Ansicht der WEKO ausserhalb des Gegenstandes des Wiedererwägungsverfahrens lagen.<sup>29</sup> 19. Gegen den WEKO-Entscheid vom 13. Juli 2020 legte niemand Rechtsmittel ein. Der Entscheid wurde damit rechtskräftig. Es ist derzeit unklar, ob Swatch Group bzw. ETA seit Anfang 2020 noch Drittkundinnen mit mechanischen ETA-Uhrwerken beliefert<sup>30</sup> oder ob ETA ihre Uhrwerke ausschliesslich konzernintern an die Uhrenmarken von Swatch Group absetzt.

B.2 Eröffnung und Durchführung einer Vorabklärung 20. Nach dem Abschluss des Wiedererwägungsverfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» prüfte das Sekretariat sämtliche ihm vorliegende Vorwürfe gegen Nivarox und entschied, die vorliegende Vorabklärung zu eröffnen. 21. Mittels der

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

#### **E. 24**

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

#### **E. 25**

Vgl. Act. 27.6–27.8.

#### **E. 26**

Siehe Nachweise in Fn 25.

#### **E. 27**

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

#### **E. 28**

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

#### **E. 29**

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

#### **E. 30**

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

vorsorgliche Massnahmen.

#### **E. 31**

Vgl. Act. 1.

8 22. Das Sekretariat informierte Swatch Group mit Schreiben vom 19. Mai 2021 über die Eröffnung der Vorabklärung und gab ihr Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen und das dem Schreiben beiliegende Auskunftsbegehren zu beantworten.<sup>32</sup> Swatch Group reichte im September 2021 innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme und Antworten auf das Auskunftsbegehren ein.<sup>33</sup> Auf den Inhalt der Stellungnahme und die Antworten von Swatch Group wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen. 23. Mit Schreiben vom 30. Juli 2021 bat das Sekretariat auch Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken,<sup>34</sup> um Beantwortung eines Auskunftsbegehrens.<sup>35</sup> Sellita reichte im Oktober 2021 innert erstreckter Frist ihre Antworten auf das Auskunftsbegehren sowie eine ergänzende Stellungnahme ein.<sup>36</sup> Auf den Inhalt der Antworten von Sellita und der ergänzenden Stellungnahme wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen. 24. Das Sekretariat zog für die vorliegende Vorabklärung verschiedene Akten aus der Untersuchung «Swatch Group Lieferstopp» sowie dem Wiedererwägungsverfahren «Swatch

Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» bei.<sup>37</sup> Auf den Inhalt dieser Akten wird an geeigneter Stelle im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen eingegangen. 25. Am 6. Dezember 2022 entschied das Sekretariat, die Vorabklärung aus Verhältnismässigkeitsgründen und unter Anregung von Massnahmen zur Verhinderung von allfälligen künftigen Wettbewerbsbeschränkungen einzustellen. Dies begründet sich wie folgt.

**B.3 Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung 26.** Aus den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Erkenntnisse zum Sachverhalt. Diese gliedern sich wie folgt: Nachdem zunächst die Adressatin der Vorabklärung beschrieben wird (vgl. Rz 27 f.), wird nachfolgend auf die Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox für die Uhrenindustrie eingegangen (vgl. Rz 29 ff.). Anschliessend wird dargestellt, wie Nivarox die Absichtserklärung (vgl. oben Rz 8) seit 2014 umgesetzt hat (vgl. Rz 62 ff.).

**B.3.1 Adressatin der Vorabklärung 27.** Die Vorabklärung betrifft das Verhalten von Nivarox mit Sitz in Le Locle. Die Aktien von Nivarox gehören zu [...] von Swatch Group gehalten werden.<sup>38</sup> Nivarox gehört damit zum Swatch Group-Konzern, welcher als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG Adressatin der Vorabklärung ist (vgl. unten Rz 108). 28. Swatch Group ist eine international tätige Gruppe (Holding) mit Gesellschaftssitz in Neuchâtel (administrativer Hauptsitz in Biel). Sie verfügt über zahlreiche Tochtergesellschaften und Beteiligungen in 35 Ländern und beschäftigt weltweit insgesamt etwas mehr als 31'000

#### **E. 32**

Vgl. Act. 1.

#### **E. 33**

Act. 13.

#### **E. 34**

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

#### **E. 35**

Act. 6.

#### **E. 36**

Act. 15 f.

#### **E. 37**

Act. 27.1–27.8.

#### **E. 38**

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

9 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.<sup>39</sup> Der Swatch Group-Konzern ist im Verkauf von Fertighuhren, Schmuck, Uhrwerken und Komponenten tätig; die Unternehmen der Swatch Group fertigen nahezu sämtliche Bauteile, die von den 17 Uhrenmarken der Swatch Group<sup>40</sup> benötigt werden, selbst an. Tochtergesellschaften von Swatch Group beliefern zudem auch Dritthersteller von Uhren in der Schweiz und der ganzen Welt mit Uhrwerken und Komponenten.<sup>41</sup> Der weltweite Gesamtumsatz des Swatch Group-Konzerns belief sich

im Jahr 2021 auf rund CHF 7,3 Mrd.<sup>42</sup>

### B.3.2 Tätigkeit und Bedeutung von Nivarox in der Uhrenindustrie

B.3.2.1 Tätigkeit von Nivarox 29. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht darin, an fünf Produktionsstandorten in der Schweiz alle Komponenten der drei Baumodule eines Assortiments – dies sind bestimmte Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks (zum Begriff des Assortiments vgl. Rz 31 ff.) – herzustellen. Nivarox verkauft diese Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks sodann an seine konzerninterne und konzernexterne Kundschaft aus der Uhrenindustrie (zu den Kundinnen und Kunden von Nivarox vgl. Rz 39 ff.). 30. Daneben produziert Nivarox für Unternehmen der Uhrenindustrie auch gewisse andere Halbfertig- und Fertigprodukte (z.B. Komponenten für Uhrengehäuse und Zifferblätter, Schwungmassen und Unruhbrücken, Federhäuser, Räderwerke und Drehteile). Darüber hinaus ist Nivarox im Bereich des Recyclings, der Veredelung und der Herstellung von Legierungen aus Edelmetall tätig.

B.3.2.2 Produktion und Verkauf von Assortiments 31. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Nivarox besteht in der Produktion und im Verkauf von Assortiments bzw. Assortimentsbestandteilen (vgl. Rz 29 f.). Unter einem Assortiment versteht man in der Uhrenindustrie die Gesamtheit von bestimmten notwendigen Bauteilen eines mechanischen Uhrwerks, welche zusammen als Schwing- und Hemmsystem bzw. «Herzstück» für den gleichmässigen Takt einer mechanischen Uhr sorgen.<sup>43</sup> Ohne ein solches Schwing- und Hemmsystem kann eine mechanische Uhr nicht laufen.<sup>44</sup> 32. Zu den Bauteilen eines Assortiments zählen die drei Baumodule Anker, Ankerrad und Unruh, welche wiederum aus verschiedenen Komponenten bestehen.<sup>45</sup> Die genaue Zusammensetzung eines Assortiments und die entsprechenden Bezeichnungen auf Deutsch und Französisch können der nachfolgenden Tabelle entnommen werden:

#### **E. 39**

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

#### **E. 40**

Es handelt sich dabei um die folgenden (von Swatch Group nach Preissegmenten unterteilen)

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

#### **E. 41**

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

#### **E. 42**

Geschäftsbericht 2021 der Swatch Group, S. 2.

#### **E. 43**

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

#### **E. 44**

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

#### **E. 45**

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

10 Tabelle 1: Baumodule und Komponenten eines Assortiments (Deutsch und Französisch)<sup>46</sup> 33. Die aufgezählten Komponenten eines Assortiments werden in der Regel aus einer Speziallegierung bestehend aus Eisen, Nickel, Chrom, Titan und Beryllium mittels CNC-Verfahren (Stanzen, Drehen, Fräsen, Bohren etc.) hergestellt. Alternativ werden Assortimentskomponenten seit einigen Jahren auch im LiGA- oder Tiefätz-Verfahren (DRIE)<sup>47</sup> aus Silizium oder anderen Werkstoffen produziert. Silizium hat den Vorteil, dass es leicht, kaum von Magnetfeldern beeinflussbar und industriell einfach und präzise formbar ist. Assortiments aus Silizium müssen zudem nicht geschmiert werden und haben eine höhere Energieeffizienz als herkömmliche Assortiments. (Teil-)Assortiments aus Silizium sind qualitativ gute Substitute zu herkömmlichen Assortiments und werden immer mehr in mechanischen Uhren eingesetzt.<sup>48</sup> 34. Sämtliche Assortimentskomponenten sind sehr klein und leicht: Die Größen bewegen sich nach Angaben von Nivarox im Mikrometerbereich (tausendster Teil eines Millimeters). Nivarox produziert beispielsweise aus [...] Rohmaterial rund [...] Ankerwellen; bei Spiralen entstünden aus [...] Rohstoff rund [...] Spiralen.<sup>49</sup> Gleichzeitig müssen die Komponenten so exakt wie möglich gefertigt werden und dies auch bei sehr hohen Stückzahlen<sup>50</sup>. Denn schon kleinste Abweichungen im Gewicht oder in den Abmessungen können die Funktionsweise des

#### **E. 46**

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

#### **E. 47**

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

#### **E. 48**

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

#### **E. 49**

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

#### **E. 50**

Lieferung von Mehrmengen an bisherige Drittkundinnen legitimate business reasons bestanden. Insbesondere wäre im Rahmen einer Untersuchung abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Erfüllung von Mehranfragen bestanden. 180. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der technischen Entwicklung (Nichtlieferung von anderen Produkten als den im Zeitraum 2009–2011 bezogenen Assortiments [vgl. oben Rz 172 f.]) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen: - Für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sind grundsätzlich keine legitimate business reasons ersichtlich (zum Patentschutz siehe sogleich), vielmehr muss in Bezug auf die Ablehnung von konkreten Anfragen ein sachlicher Grund gegeben sein (vgl. oben Rz 179). Sowohl die technische Machbarkeit eines angefragten Produkts als auch die Produktionskapazitäten könnten Einschränkungen der beziehbaren Produkte

rechtfertigen (vgl. auch Rz 178). Auch bezüglich der Nichterfüllung von Anfragen auf die Lieferung von anderen Produkten dürfen die sachlichen Gründe aber nicht vorgeschoben sein. - Vorliegend kann im Rahmen der Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden, ob die technische Machbarkeit anderer Produkte tatsächlich nicht gegeben war und/oder keine Produktionskapazitäten bestanden. Diesbezüglich ist aber darauf hinzuweisen, dass es Nivarox z.B. möglich war, für [...] (vgl. zur Entwicklung und Herstellung von Assortiments für das Kaliber [...] Rz 83 ff.) und ihre konzerninternen Abnehmerinnen komplexe Neuentwicklungen vorzunehmen. Angesichts dessen ist fraglich, weshalb Nivarox, welche sich selbst als «die führende Schweizer Spezialistin» für Assortiments bezeichnet, nicht auch für andere Drittkundinnen – bei entsprechender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – solche Neuentwicklungen hat vornehmen können. - Der Patentschutz kann – sofern das Patent noch nicht abgelaufen ist (vgl. zum Ablauf des Patentschutzes im vorliegenden Fall oben Rz 53) – grundsätzlich ebenfalls einen sachlichen Grund für die Nichtbelieferung darstellen, sofern das Kartellrecht überhaupt anwendbar ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG; Rz 112) und z. B. kein unzulässiges Sperrpatent<sup>270</sup> vorliegt.<sup>271</sup> Massgebend ist dabei stets eine Einzelfallprüfung, bei der den jeweiligen Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Rechtsausübung angemessen Rechnung zu tragen ist.<sup>272</sup> Vorliegend wäre demnach zu prüfen, ob die aus dem Schutzrecht folgenden Vorteile überwiegen oder der Schutz des Wettbewerbs im Bereich Assortiments sowie in den nachgelagerten Märkten schutzwürdiger ist. Eine solche Einzelfallprüfung könnte vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung durchgeführt werden, in der vertiefte Ermittlungen zu den Wirkungen einer Verhaltensweise möglich sind. - Insgesamt ist zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sowie jede der verweigerten Lieferungen von anderen Produkten legitime business reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich die technische Mach-

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

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

272 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., Sanktionsverfügung – DCC; s. a.

ANDREAS HEINEMANN, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, 2009, S. 49.

51 barkeit nicht gegeben war, der Patentschutz einer Bezugsmöglichkeit von patentgeschützten Produkten entgegensteht und/oder keine Kapazitäten für die Erfüllung von Anfragen auf Neuentwicklungen bestanden. 181. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die unvollständige Erfüllung der Mehranfragen nach unterschiedlichen Kriterien im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 (vgl. Rz 88 f.) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179 f.) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen: - Soweit Nivarox im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmenge für 2020 Mehranfragen nur unvollständig erfüllte, können diese gerechtfertigt sein, sofern die Produktionskapazitäten tatsächlich beschränkt waren. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die vollständige Erfüllung der Mehranfragen von [...] und [...] bestanden und weshalb die Mehranfragen dieser Unternehmen nur

teilweise erfüllt wurden, während [...] die gesamte von ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. Auch ist nicht klar, weshalb [...] eine Zusatzmenge in Höhe von 868 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) erhielt und Nivarox [...] mit einer Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, während [...] nur 7,4 % der maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) als Zusatzmenge zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] erhielt. - Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der unvollständigen Erfüllung der Mehranfrage von [...] darauf beruft, [...] habe mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprechen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Kommt hinzu, dass diese Mehranfrage mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,<sup>273</sup> gerade nachvollziehbar war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Nivarox [...], wie [...] eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken, mit einer Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, obwohl [...] zuvor nur einen Bruchteil dieser Menge bei Nivarox bezogen hatte. So hatte [...] im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen.<sup>274</sup> - Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für jede der unvollständigen Erfüllungen der Mehranfragen im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 legitimate business reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die Herstellung von über die zugesprochenen Zusatzmengen hinausgehende Mehrmengen bestanden. 182. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] hat Nivarox hingegen sachliche Gründe substantiiert dargelegt. So waren gemäss den vorliegenden Beweismitteln im Zeitpunkt der Anfrage von [...] Neu- und Weiterentwicklungsprojekte bei Nivarox hängig. Bis [...] halbierte sich [...] der Neu- und Weiterentwicklungsprojekte [...] nur noch [...] Projekte und Nivarox hatte für das Jahr 2020 generell genügend Produktionskapazitäten (vgl. oben Rz 88 f.),<sup>275</sup> weshalb Nivarox im Oktober 2019

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

ferverpflichtung. 274 Act. 13, Anhang 24.

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

52 [...] eine Belieferung mit neu zu entwickelnden Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] zusagte und diese in der Folge auch lieferte (vgl. oben Rz 84 ff.). 183. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung durch Nivarox keine legitimate business reasons bestanden.

C.4.2.3.4. Zwischenfazit 184. Aus den dargelegten Gründen bestehen folglich Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 88 f.) die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat. Für die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] sind sachliche Gründe hingegen

ausreichend plausibel, weshalb hier keine Anhaltspunkte für einen KG-Verstoss bestehen.

C.4.2.4 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) 185. Wie dargelegt, hat Nivarox den Kreis der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung festgelegt (vgl. oben Rz 80) und sich gegenüber anfragenden Unternehmen wiederholt geweigert, sie als neue Drittkundinnen aufzunehmen. So lehnte sie im massgebenden Zeitraum in [...] Fällen ([...] Anfragen aus dem Ausland, [...] aus der Schweiz) ab, eine Geschäftsbeziehung einzugehen (vgl. Rz 80 ff.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dieses Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig ist. 186. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.<sup>276</sup> Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. 187. Um die vorliegend festgestellten Geschäftsverweigerungen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.<sup>277</sup> Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 279–282).<sup>278</sup> Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen. - Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.<sup>279</sup>

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

<sup>277</sup> Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., SIX/Terminals mit

Dynamic Currency Conversion (DCC); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 216 ff.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800, Sanktionsverfügung – DCC. <sup>278</sup> Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich

ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 802, Sanktionsverfügung – DCC. <sup>279</sup> Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Dieser Voraussetzung können die vom BVGer

aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des

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

C.4.2.4.1. Geschäftsverweigerung 188. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.<sup>283</sup> Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.<sup>284</sup> 189. Die Festlegung der

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

C.4.2.4.2. Von der Verweigerung betroffener Input 190. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentielles Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).<sup>285</sup>

Einzelfalles» zugewiesen werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 280 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa

die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 281 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer

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

aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 283 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 145 Rz 309, SIX/Terminals mit

Dynamic Currency Conversion (DCC), m.w.N. 284 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 845, Sanktionsverfügung – DCC.

285 Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 149 Rz 332, SIX/Terminals mit

Dynamic Currency Conversion (DCC), mit Hinweisen auf die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (zit. Mitteilung zu Art. 82 EGV), 19 Rz 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER

54 191. Mit Blick auf die Rechtsprechung und die Literatur stellt das BVGer fest, dass bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung das Merkmal der Unerlässlichkeit des Einsatzgutes, welches vorliegend im Rahmen des von der Verweigerung betroffenen Inputs geprüft wird, eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung bildet.<sup>286</sup> Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick

darauf zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass die Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen sind.<sup>287</sup> 192. Vorliegend hat Nivarox gegenüber [...] Unternehmen die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigert. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder sehr geringe Mengen bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten (vgl. oben Rz 81). Es ist zwar plausibel, dass diese Unternehmen tatsächlich Assortiments benötigten, um ein mechanisches (Swiss Made-)Uhrwerk herzustellen. Angesichts der von den betroffenen Unternehmen benötigten Kleinstmengen, dem Vorhandensein von Assortimentsanbietern, welche Assortiments jedenfalls in den angefragten Kleinstmengen herstellen können (vgl. Rz 56 m.w.N.), sowie dem Umstand, dass keines der Unternehmen mit einer Anzeige an die Wettbewerbsbehörden gelangte, ist es kaum wahrscheinlich, dass Nivarox-Assortiments für die anfragenden Unternehmen unerlässlich im Sinne der Ausführungen in Rz 191 waren. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Weigerung, Kleinstmengen zu liefern, ohnehin auch gerechtfertigt werden könnte, sofern die Herstellung solcher Mengen im Verhältnis zum möglichen Ertrag für Nivarox zu aufwendig wäre.

C.4.2.4.3. Zwischenfazit 193. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegung des Kreises der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den konkreten [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat.

C.4.2.5 Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) 194. Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % im Zeitraum 2014–2018 (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). 195. Der Tatbestand einer kartellrechtlich unzulässigen Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:<sup>288</sup>

(Fn 249), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 223, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht. 286 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 977, Sanktionsverfügung – DCC.

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

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

55 - Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen; - Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen; - Erzwingung der unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen; - für die durch die Verhaltensweise bewirkte Ausbeutung bestehen keine sachlichen Gründe (keine legitimate business reasons). 196. Werden die Tatbestandsmerkmale der Unangemessenheit und Erzwingung erfüllt, ergibt sich daraus

auch automatisch die Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.4.2.5.1. Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen 197. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen wettbewerbs- widrigen Verhaltens. Der Preis ist der festgelegte Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für eine Dienstleistung oder ein Gut festgelegt ist. Geschäftsbedingungen sind Modalitäten, zu welchen eine Dienstleistung oder ein Gut bezogen werden kann. Der Begriff «Geschäftsbedingungen» ist gemäss Gesetzesmaterialien und der Lehre weit aus- zulegen.<sup>289</sup> Bezweckt wird mit diesem Grundsatz, dass alle denkbaren Modalitäten erfasst werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen seinen Geschäftspartnern für die Ab- wicklung einer bestimmten Transaktion auferlegt werden.<sup>290</sup> Die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nicht scharf.<sup>291</sup> 198. Vorliegend betreffen die geprüften Preiserhöhungen (vgl. Rz 90 ff.) den Umrechnungs- parameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für das Gut «Assortiments» festgelegt ist, mithin den «Preis» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Die Bestellmodalitäten von Ni- varox für Drittkundinnen (vgl. Rz 93 ff.) betreffen diejenigen Regeln, zu welchen Assortiments bezogen werden können. Folglich sind «Geschäftsbedingungen» gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG betroffen.

C.4.2.5.2. Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen 199. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit der Preise und der Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit ist ein im Kartellgesetz nicht näher umschriebener Begriff. Unangemessenheit des Preises 200. Preise sind nicht deshalb unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, weil sie vergleichsweise hoch sind. Denn hohe Preise können auch Ausdruck von wettbewerbskonfor- mem Leistungswettbewerb sein,<sup>292</sup> etwa weil das betroffene Gut von hoher Qualität ist und/oder die Nachfrage das Angebot übersteigt. Preise sind erst dann als unangemessen an- zusehen, wenn sie in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistungen stehen.<sup>293</sup> Praxisgemäss werden Preise insbesondere als unangemessen qualifiziert, wenn sie trotz Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen 289 Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 411 m.w.H.

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

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

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

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

56 weit über den effektiven Kosten liegen.<sup>294</sup> Wenn im Rahmen eines Preisvergleichs jedoch er- sichtlich wird, dass die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens nur etwas höher sind als diejenigen von Konkurrenzunternehmen, ist davon auszugehen, dass die Preise im Ver- hältnis zur angebotenen Leistung stehen und nicht unangemessen sind.<sup>295</sup> 201. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Preiserhöhungen substantiiert auf ihre Er- haltungs- und Erneuerungskosten alleine in Bezug auf die Herstellung von herkömmlichen Assortiment (Investitionen in Höhe von CHF [...] Mio. im Zeitraum 2011 bis 2019), die gestie- genen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage nach Assortiments

im Zeit- raum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge) sowie gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten verwiesen (vgl. oben Rz 91). Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag dabei im Zeitraum 2014–2020 im Bereich von [...] % (2014) und [...] % (2020) (vgl. oben Rz 92). Unter Berück- sichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen ist damit nicht plausibel, dass die Preise von Nivarox infolge der Preiserhöhungen weit über den effektiven Kosten lagen. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten ergibt, dass die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen werden als diejenigen für Konkurrenzprodukte (vgl. oben Rz 91) und die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninter- nen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermassen von den Preiserhöhungen betroffen waren (vgl. oben Rz 90). 202. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Preise von Nivarox als unan- gemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind. Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen 203. Gemäss Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision ist im Zusammenhang mit Ge- schäftsbedingungen dann von Unangemessenheit auszugehen, wenn diese aufgrund der kon- kreten Umstände offensichtlich unbillig sind.<sup>296</sup> Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherr- schenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen und Ver- pflichtungen (mehr) besteht, weshalb Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind.<sup>297</sup> Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. So ist im Bereich der Geschäftsbedingungen im Ergebnis eine Verhältnismäs- sigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzu- nehmen.<sup>298</sup> 204. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Bestellmodalitäten darauf verwiesen, dass diese für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig seien, der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen würden (vgl. Rz 94). Diese Begründung ist mit Blick auf die Komplexität der Assortimentsproduktion für die verschiedenen Kundinnen (vgl. oben Rz 31 ff.) generell nachvollziehbar.

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

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

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

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

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

rich.

57 205. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich, dass Nivarox diese Bestellmodalitäten mit der Ein- schränkung der beziehbaren Mengen und Produkte kombinierte (vgl. oben Rz 166

ff.), könnte dies gegen die Angemessenheit der langen Vorlaufzeiten für feste Bestellungen und das Erfordernis der Vorausschau stellen. Denn durch diese Einschränkung gemäss der Absichtserklärung war die Produktion von Nivarox in Bezug auf die maximale Menge sowie die zu produzierenden Produkte erheblich vorhersehbarer als ohne eine solche Einschränkung. Kommt hinzu, dass gemäss Vorbringen von Nivarox ein Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox höchstens [...] beträgt (Rz 36), es Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es Nivarox gelang, für [...] ohne vergleichbare Vorlaufzeit das Assortiments für das [...]uhwerk [...] zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.). 206. Auf der anderen Seite erscheinen die Bestellmodalitäten indes nicht in hohem Masse einschränkend für die Drittkundinnen. So monierte einzig eine der [...] Drittkundinnen die Bestellmodalitäten als zu einschränkend und Nivarox bediente ohnehin auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten (vgl. oben Rz 94). Zudem ist es plausibel, dass die Bestellmodalitäten mit den langen Vorlaufzeiten die Produktionsplanung erleichterten und eine zuverlässige und den Kundenwünschen entsprechende Staffelung der Liefertermine förderten. Dementsprechend bestehen nicht genügend Anhaltspunkte für die Unangemessenheit der Bestellmodalitäten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

C.4.2.5.3. Zwischenfazit 207. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) und die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c zu qualifizieren sind.

C.4.2.6 Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) 208. Soweit die konzerninternen Abnehmerinnen nicht von den oben geprüften Einschränkungen der Lieferungen von Mehrmengen oder anderen Produkten betroffen waren (vgl. insbesondere Rz 71, 79) und bei der Verteilung der «Mehrmenge 2020» die Anfragen von Drittkundinnen in unterschiedlichem Ausmass erfüllt wurden (vgl. Rz 88 f.), stellt sich die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox hierdurch Handelspartner bei Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert hat. 209. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass in casu keine Hinweise darauf bestehen, wonach Nivarox gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits unterschiedliche Preise verlangte<sup>299</sup> oder diese unterschiedlich erhöhte (siehe Rz 90). Es wird daher nachfolgend nicht geprüft, ob Anhaltspunkte auf eine unzulässige Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen. 210. Ein Verstoß gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG setzt die kumulative Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale voraus.<sup>300</sup>

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

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

58 - Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt. - Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner. - Wettbewerbsbehinderung: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der

Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. - Keine Rechtfertigungsgründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt. 211. Die ersten drei dieser Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Die entsprechende Prüfung beinhaltet jedenfalls den ersten Prüfschritt des dualen Prüfmusters von Art. 7 Abs. 1 KG, bei welchem eruiert wird, ob eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt. Ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG liegt vor, falls die zu beurteilende Verhaltensweise ausserdem nicht durch sachliche Gründe (sog. legitimate business reasons) gerechtfertigt werden kann.<sup>301</sup>

C.4.2.6.1. Ungleichbehandlung 212. Die Literatur und Praxis unterscheiden zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,<sup>302</sup> und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden<sup>303</sup>. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.<sup>304</sup> Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.<sup>305</sup> 213. Vorliegend hat Nivarox mittels der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte eingeschränkt (vgl. Rz 66, 75), gegenüber bestimmten Drittkundinnen die Lieferung von Mehrmengen verweigert (vgl. Rz 73), Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» nur teilweise erfüllt (vgl. Rz 88 f.) sowie die Lieferung anderer Produkte bzw. Neuentwicklungen verweigert (vgl. Rz 77 f.). Soweit bekannt, waren die konzerninternen Abnehmerinnen von Nivarox nicht von derartigen Einschränkungen bei den Bezugsmöglichkeiten betroffen (vgl. nur Rz 71, 79). Dies, obwohl es sich sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen gleichermaßen um Unternehmen handelt, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigen. 214. Es bestehen mithin Anhaltspunkte, dass Nivarox konzernexterne Unternehmen hinsichtlich der Bezugsmöglichkeiten ungleich gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen behandelte. 215. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Nivarox die Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehrlieferung 2020» in unterschiedlichem Ausmass erfüllte (vgl. Rz 88 f.). So erfüllte Nivarox die Bestellungen von [...] und [...] nur teilweise, während [...] die gesamte von

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

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

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

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

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

59 ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. [...] erhielt zudem eine Zusatzmenge in Höhe von 868 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments) und [...] eine Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche

Assortiments), während [...] nur 7,4 % der maximalen Liefermenge als Zusatzmenge (d.h. rund [...] zusätzli- che Assortiments) zu ihrer bereits bestätigten Liefermenge in Höhe von [...] beziehen konnte. Kommt hinzu, dass [...] ihre Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments erhielt, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 bislang nur [...] Assortiments erhalten hatte, während [...], deren Gesamtbezug in den Jahren 2014 bis 2019 rund [...] Mio. Assortiments betragen hatte, einzig [...] zusätzliche Assortiments erhielt. 216. Es bestehen damit auch Anhaltspunkte, dass Nivarox Drittkundinnen bei der Verteilung der «Mehrlieferung 2020» untereinander ungleich behandelte.

C.4.2.6.2. Handelspartner 217. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Han- delspartner von der Ungleichbehandlung betroffen sein.<sup>306</sup> Hierbei ist unerheblich, ob ein Ge- schäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Ungleichbehandlung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.<sup>307</sup> 218. Sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen handelt es sich gleichermassen um Unternehmen, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benö- tigten. Es sind also Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen.

C.4.2.6.3. Wettbewerbsbehinderung 219. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbe- werbsbehinderung voraus.<sup>308</sup> Es gelten damit die Ausführungen zur Wettbewerbsbehinderung in Rz 174 hier entsprechend. Zu prüfen ist also, ob andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs be- hindert werden. Es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus, weshalb auf die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen, ab- zustellen ist. 220. Hinsichtlich des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbehinderung in casu gelten die Ausführungen oben in Rz 175 f. entsprechend. Danach besteht insbesondere das Potenzial, dass die Ungleichbehandlungen Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern, insbesondere auch, weil sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurückzog (vgl. Rz 97 f., 175). Kommt hinzu, dass Nivarox ausgerechnet Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter

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

Art. 7 N 326. 307 BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO; RPW 2014/4, 689 Rz 141, Preispolitik

SDA. 308 Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 846 m.w.N., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Brief- sendungen.

60 ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestell- ten Swiss Made-Uhrwerken<sup>309</sup> mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland<sup>310</sup>, mengenmäs- sig am stärksten in ihren Bezugsmöglichkeiten einschränkte (vgl.

insbesondere [...]). Damit besteht zusätzlich das Potential einer nachteiligen «Streuwirkung», wonach auch sämtliche Sellita-Kundinnen von der Benachteiligung von Sellita betroffen sind. 221. Indes ist auch in Bezug auf die hier geprüften möglichen Ungleichbehandlungen zu beachten, dass vorliegend Hinweise bestehen, dass die ungleich behandelten Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 98 ff., 176). Dies vermag vorliegend zwar nicht gegen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbehinderung zu sprechen, wäre aber im Rahmen einer Untersuchung abzuklären und könnte im Ergebnis dem Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung und damit der Missbräuchlichkeit der Ungleichbehandlungen entgegenstehen (vgl. oben Rz 176). 222. Da nach dem Gesagten die geprüften Ungleichbehandlungen durch Nivarox zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen sowie untereinander zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt.

C.4.2.6.4. Sachliche Gründe 223. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) gerechtfertigt sein.<sup>311</sup> Es gelten damit die allgemeinen Ausführungen zur Prüfung von sachlichen Gründen in Rz 178 hier entsprechend. 224. Auch bezüglich der Prüfung von sachlichen Gründen in casu kann im Grundsatz auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben Rz 179–181, 183). Es ist daher wenig plausibel, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen sachliche Gründe vorliegen. Insbesondere ist wenig plausibel, dass Nivarox in jedem Fall ausser Stande gewesen sein soll, konkrete Anfragen von Drittkundinnen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen oder anderer Produkte – bei einer Vorlaufzeit der festen Bestellung von über einem Jahr und ausreichender Bezahlung – vollständig zu bedienen. 225. Diese Einschätzung basiert, wie erläutert, auf mehreren Umständen: Namentlich war die Gesamtnachfrage von Drittkundinnen im Zeitraum 2014–2020 [...], was Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten der Bestellungen und der eingeforderten Vorausschau auch bewusst gewesen sein muss (vgl. Rz 179), der Produktionsdurchlauf beträgt gemäss Nivarox höchstens [...] (Rz 36), es war Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich, Kapazitäten, welche sie ursprünglich [...] eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] verschiedene Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es gelang Nivarox auch, für [...] mit weniger Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] neu zu entwickeln und zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.). 226. Zudem ist nach derzeitiger Aktenlage davon auszugehen, dass konzerninterne Abnehmerinnen die nachgefragten Mengen und Produkte erhalten konnten. Dass dies nur deshalb

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

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

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

sendungen.

61 gelang, weil – wie Nivarox ausführt – ein engerer Austausch zwischen den Swatch Group- Gesellschaften über den Bedarf stattfand, erscheint angesichts der für Drittkundinnen gelten- den Bestellmodalitäten (inkl. Erfordernis, «feste» Bestellungen über ein Jahr vor der Beliefe- rung abzugeben) wenig wahrscheinlich. Kommt hinzu, dass Nivarox im Übrigen gegenüber Drittkundinnen die Vertragsbeziehungen so hätte ausgestalten können (Bestellfristen, Abnah- megarantie), dass eine nachfragegerechte Belieferung auch gegenüber Drittkundinnen mög- lich gewesen wäre. 227. In Bezug auf die Ungleichbehandlung von [...] gegenüber konzerninternen Abnehmerin- nen und anderen Drittkundinnen (vgl. Rz 213, 215) sei nochmals das Folgende betont. Vorlie- gend ist insbesondere nicht nachvollziehbar, inwiefern die vollständige oder teilweise Verwei- gerung der Lieferung von Mehrmengen für die Jahre 2020 bis 2022 deshalb zulässig gewesen sein soll, weil die Bestellungen mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogen» ge- wesen seien und nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Dass dies überhaupt ein Rechtfertigungsgrund sein kann, ist wenig plausibel und wird von Nivarox auch nicht weiter begründet. Zudem erscheint diese Begründung vorgeschoben. Denn zum einen waren die Mehranfragen von [...] mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt auf 2020, welche im Jahr 2019 noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte, 312 durchaus nachvollziehbar. Und zum anderen brachte Nivarox dieses Kriterium gegenüber [...], ebenfalls eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken für Dritte, nach eigenem Vorbringen nicht zur Anwendung. [...] erhielt vielmehr auf 2020 eine Zusatzmenge in Höhe von [...] Assortiments, obwohl sie im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen hatte. [...] hatte in diesem Zeitraum rund [...] Assortiments von Nivarox erhalten. Sofern Nivarox auf angeblich unlautere Zwecke von [...] verweist, über- zeugt dies nicht (siehe oben Rz 179) 228. Im dargelegten Ausmass bestehen daher Anhaltspunkte, dass für die geprüften Un- gleichbehandlungen keine legitimate business reasons bestanden.

C.4.2.6.5. Zwischenfazit 229. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox Handelspartner bei Geschäftsbedingun- gen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

C.4.3 Ergebnis 230. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt(e) (vgl. Rz 119–157). 231. Es bestehen ferner Anhaltspunkte, dass sich Nivarox im geprüften Zeitraum (2014– 2022) unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhielt. So bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox - durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten die Erzeugung und die technische Entwicklung unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt hat (vgl. Rz 168–184) und

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

ferverpflichtung.

62 - Handelspartner (Drittkundinnen und konzerninterne Abnehmerinnen) bei Geschäftsbe- dingungen (Möglichkeiten des Bezugs der angefragten Mengen und Produkte) diskrimi-

niert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; vgl. Rz 208–229). 232. Es bestehen hingegen keine Anhaltspunkte, dass Nivarox - durch die verzögerte Belieferung von [...] mit neu entwickelten Assortiments für das [...]Juhrwerk [...] unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG gehandelt hat (vgl. Rz 182), - durch die Festlegung des Kreises der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung sowie in den [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung gegenüber neu anfragenden Unternehmen unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gehandelt hat (vgl. Rz 185–193) und - unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwang (vgl. Rz 194–207). 233. Bezüglich der in Rz 232 genannten Aspekte wird die Vorabklärung mangels Anhaltspunkte für Verstösse gegen das Kartellgesetz eingestellt. 234. Soweit Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstösse bestehen (vgl. Rz 231), wird in Bezug auf das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit aus Verhältnismässigkeitsgründen darauf verzichtet, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen. Das Sekretariat berücksichtigt dabei insbesondere die folgenden Umstände: - Zwar steht die Möglichkeit der Verletzung eines direkt sanktionierbaren Tatbestands im Raum (Art. 49a KG). Allerdings bestehen Anhaltspunkte für eher geringfügige Verstösse. So belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments. Dies bisweilen sogar in Mengen, welche über die maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung hinausgingen (vgl. insbesondere Rz 72 ff.), und auch mit «technische Anpassungen», Überarbeitungen sowie Neuentwicklungen (z.B. Assortiments für das [...]Juhrwerk [...]; vgl. Rz 76 ff., Rz 83 ff.). Demgegenüber verweigerte Nivarox die Lieferung von zusätzlichen Mengen oder anderen Produkten nur gegenüber einzelnen Drittkundinnen und dies teilweise auch nicht vollständig (z.B. Verteilung der «Mehrmenge 2020»; vgl. Rz 73, 77, 88 f.). Im aufgezeigten Ausmass bestehen zudem Hinweise, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren konkreten Assortimentsbedarf, welchen Nivarox nicht bedienen wollte, durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 ff.). - Wie erläutert, belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments (s. o.). Soweit es gegenüber Drittkundinnen konkret zu vereinzelten Beschränkungen der nachgefragten Mengen und Produkte kam, geht es primär um die privaten Interessen der betroffenen Unternehmen (vor allem von Sellita; vgl. Rz 73 f., 77 f., 89). Zu deren Schutz kann der Zivilrechtsweg beschritten werden (Art. 12 ff. KG). - Für die Zukunft wird die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung verhindert, sofern Nivarox die untenstehende Anregung im Sinne der Erwägungen umsetzt (vgl. Rz 235, 236 f.). 235. Gemäss vorliegender Akten will Nivarox die Absichtserklärung [...].<sup>313</sup> Es ist daher darauf hinzuweisen, dass angesichts der Anhaltspunkte für das Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox künftige konkrete Einschränkungen der Bezugsmöglichkeiten von

<sup>313</sup> Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 31.

63 Drittkundinnen und Ungleichbehandlungen von Handelspartnerinnen (vgl. Rz 231) – je nach den konkreten Bedürfnissen der Nachfragerinnen, den konkreten alternativen Bezugsquellen sowie den sachlichen Gründen von Nivarox für allfällige Lieferverweigerungen (z.B. aktuelle Kapazitäten von Nivarox) – zu Kartellrechtsverstössen von Nivarox und zu einer Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG führen können. Um dies zu verhindern, regt das Sekretariat Massnahmen an (vgl. sogleich Rz 236 f.).

D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG 236. Das Sekretariat regt mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die folgende Massnahme an, um die erwähnten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern. Nivarox erfüllt die Anfragen von Drittkundinnen auf die Lieferung von Assortiments im Rahmen ihrer konkreten Produktionsmöglichkeiten und diskriminiert Drittkundinnen – insbesondere in Bezug auf die beziehbaren Mengen und Produkte – weder gegenüber ihren konzerninternen Abnehmerinnen noch untereinander. 237. Setzt Nivarox die vorstehende Anregung nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung bzw. die Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen bei Nivarox zu beantragen (Art. 27 KG).

E Kosten 238. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. 2 Abs. 1 GebV-KG314 ist gebührenpflichtig, wer das Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) verursacht hat. In casu hat Nivarox die vorliegende Vorabklärung durch ihre Belieferungspraxis verursacht (vgl. Rz 1, 20 ff.). 239. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte des geprüften mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Im vorliegenden Fall liegen jedoch Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Nivarox vor (vgl. Rz 231). Auf die Beantragung der Eröffnung einer Untersuchung bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO wird einzig vorläufig und unter der Voraussetzung verzichtet, dass Nivarox die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt (vgl. Rz 234–237). Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG ist damit nicht erfüllt, weshalb Nivarox nicht von der Gebührenpflicht befreit ist.<sup>315</sup> 240. Die konkrete Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 241. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 431,3 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

314 Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG,

GebV-KG; SR 251.2). 315 Vgl. zur Gebührenpflicht bei Vorabklärungen, welche mit Anregungen vorläufig eingestellt werden,

zuletzt etwa RPW 2021/1, 130 f. Rz 248 ff., Dauer-ARGE; RPW 2019/2, 283 Rz 251 ff., AMAG.

64 - 14 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 1'820.–; - 401,64 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 80'328.–; - 15,66 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'541.40. 242. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 86'689.40. Bei der Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei eine gewisse Pauschalität der Kostenquotelung hinzunehmen ist.<sup>316</sup> Von den Verfahrenskosten sind vorliegend mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG diejenigen Kosten zulasten der Staatskasse auszuschneiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung von Hinweisen entstanden sind, bei denen sich keine Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse ergeben haben. Dies betrifft vorliegend die

Überprüfung der verzögerten Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...]Jahrwerk [...], der Geschäftsverweigerung gegenüber [...] anfragenden Unternehmen sowie der Preissetzung und der Bestellmodalitäten (vgl. Rz 1, 232 f.). Bei der im Fokus stehenden Verhaltensweise, der Einschränkung der für bisherige Drittkundinnen beziehbaren Mengen und Produkte haben sich die Hinweise hingegen zu Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen verdichtet (vgl. Rz 1, 231). Von den gesamten Verfahrenskosten sind deshalb 4/10 von der Staatskasse und 6/10 von Nivarox bzw. Swatch Group (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen.

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

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

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

Rz 648, Bauleistungen Graubünden.

65 6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

66

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.