

WEKO assortiments-von-nivarox-2022-12-06 vom 6. Dezember 2022

WEKO, 2022-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_assortiments-von-nivarox-2022-12-06

FR: WEKO assortiments-von-nivarox-2022-12-06 du 6 décembre 2022

IT: WEKO assortiments-von-nivarox-2022-12-06 del 6 dicembre 2022

Erwägungen

E. 34

nicht Gegenstand des Kartellrechts, wohl aber jede Art und Weise der Ausübung bzw. Nutzung des patentgeschützten Produkts, etwa dann, wenn sich Unternehmen in Bezug auf die Zur- verfügungstellung eines patentgeschützten Produkts auf die negative Vertragsfreiheit berufen wollen.¹⁸⁰ Das Kartellgesetz ist damit vorliegend auch in Bezug auf die Verweigerung der Lie- ferung von patentgeschützten Produkten anwendbar. C.3 Kein Vertrauensschutz 113. Swatch Group macht in ihrer Stellungnahme zu Vorabklärung geltend,¹⁸¹ das in der Vor- abklärung abzuklärende Verhalten stütze sich mit Blick auf die Absichtserklärung aus dem Jahr 2013 (vgl. oben Rz 8) auf eine Grundlage, welche den Wettbewerbsbehörden von Beginn weg bekannt sei. Die Wettbewerbsbehörden hätten seitdem keine kartellrechtlichen Beanstan- dungen geäussert, auch nicht nach der Anzeige von Sellita im Juni 2019 (vgl. dazu Rz 16). Swatch Group bzw. Nivarox habe daher im Vertrauen auf diese Haltung der Behörden ihre Praxis am Markt ohne grundsätzliche Beanstandung durch die Marktteilnehmer umgesetzt. Soweit dieses Vorbringen so zu verstehen sein soll, dass Swatch Group meint, eine kartell- rechtliche Beurteilung des mutmasslichen Verhaltens von Nivarox sei deshalb (zu Ungunsten von Swatch Group) ausgeschlossen, ist Folgendes zu beachten. 114. Gemäss Art. 9 BV¹⁸² hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauens- schutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorge- nommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Gel- tendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, wel- ches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vor- nahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendi- gen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.¹⁸³ 115. Vorliegend fehlt es an einer Vertrauensgrundlage für den allfälligen Ausschluss der kar- tellrechtlichen Beurteilung der abzuklärenden Verhaltensweisen. Eine solche kann weder in der Weigerung der Wettbewerbsbehörden von Anfang 2014, ein kartellrechtliches Verfahren zu eröffnen (siehe oben Rz 13), erblickt werden, noch im Umstand, dass die Wettbewerbsbe- hörden trotz wiederholter Anzeigen und Hinweise von Sellita zunächst nicht tätig wurden.

In Bezug auf das Unterlassen der Verfahrenseröffnung von Anfang 2014 gilt dies schon deshalb, weil die Anzeigen sowie die Stellungnahmen der WEKO Swatch Group nicht bekannt gemacht wurden (vgl. Rz 14). Massgebend ist aber vor allem, dass die WEKO in der rechtskräftigen Verfügung vom 21. Oktober 2013 explizit festhielt, sie habe die Absichtserklärung nicht kartellrechtlich geprüft und die Wettbewerbsbehörden würden frei bleiben und sich vorbehalten,

N 21 ff., ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 44 ff. 180 Vgl. etwa DIKE KG-WEBER (Fn 179), Art. 3 N 49 und 75 ff. m.w.N. 181 Vgl. Act. 16. 182 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101). 183 Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 611 Rz 216 f., Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, m.w.H.

E. 35

im Falle von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG, welche von der Umsetzung der Absichtserklärung ausgehen könnten, ein Verfahren nach den Art. 26 f. KG zu eröffnen (siehe oben Rz 9). Eine solcher Vorbehalt vermag die Entstehung einer Vertrauensgrundlage von vorneherein zu verhindern.¹⁸⁴ Dass die Wettbewerbsbehörden die Vorwürfe von Sellita betreffend den Bereich Assortiments im Wiedererwägungsverfahren «Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» nicht inhaltlich behandelten, beruhte sodann auf rein verfahrensrechtlichen Gründen (vgl. oben Rz 17 f.), zumal das Sekretariat schon damals äusserte, es prüfe, bezüglich den Bereich Assortiments ein gesondertes Verfahren zu eröffnen (vgl. oben Rz 17). Die in dieser Vorabklärung vorzunehmende kartellrechtliche Prüfung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 entspricht somit dem, was die Wettbewerbsbehörden seit dem 21. Oktober 2013 wiederholt in Aussicht gestellt haben.¹¹⁶ Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die kartellrechtliche Beurteilung der konkreten Belieferungs- und Preissetzungspraxis von Nivarox seit 2014 nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ausgeschlossen ist.

C.4 Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens
¹¹⁷ Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.¹¹⁸ Vorliegend wird wegen der Indizienwirkung der festgestellten marktbeherrschenden Stellung von Nivarox (vgl. Rz 5, 141 ff.) geprüft, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat (vgl. dazu sogleich Rz 119 ff.). Nicht geprüft wird hingegen, ob ein Missbrauch relativer Marktmacht gegeben sein könnte. Dies zum einen, weil kein Unternehmen eine individuelle wirtschaftliche Abhängigkeit von Nivarox im Sinne von Art. 4 Abs. 2bis KG¹⁸⁵ geltend gemacht hat und zum anderen, da die abzuklärenden Verhaltensweisen im Wesentlichen in den Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Vorschriften zur relativen Marktmacht (1. Januar 2022) fallen.

C.4.1 Marktbeherrschende Stellung
¹¹⁹ Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).¹²⁰ Um festzustellen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass sich Swatch Group bzw. Nivarox in Bezug auf die Herstellung und Lieferung von Assortiments tatsächlich in

wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt ab- zugrenzen.

184 BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 8.4 m.w.H., Preispolitik Swisscom ADSL. 185 Vgl. dazu Merkblatt und Meldeformular des Sekretariats zur relativen Marktmacht; abrufbar im Internet unter https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html (6.12.2022).

E. 36

C.4.1.1 Relevanter Markt 121. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁸⁶ 122. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.¹⁸⁷ Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹⁸⁸ C.4.1.1.1. Marktgegenseite 123. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an.

«Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. Anbieter und Anbieterinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁸⁹ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen bzw. der Anbieter und Anbieterinnen der durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften oder nachgefragten Leistung (Produkt oder Dienstleistung) an.¹⁹⁰ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Produkte oder Dienstleistungen beziehen oder anbieten, auf die sich die Abrede bezieht. 124. Bei den vorliegend abzuklärenden mutmasslichen Verhaltensweisen von Nivarox bilden die Herstellerinnen von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken sowie die von (Swiss Made-)Fertiguhren als Abnehmerinnen von Assortimentslieferungen die Marktgegenseite (vgl. auch Abbildung 1 nach Rz 40).

¹⁸⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.N., Publigroupe SA et al./WEKO. ¹⁸⁷ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 2 N 12 ff.; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 4 Abs. 2 KG N 94. ¹⁸⁸ Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 276, ADSL II unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand

für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoff/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f.; STEINVORTH (Fn 187), 924 ff. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 215, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2021/3a, 1111 f. Rz 1229, Bauleistungen See-Gaster. 189 BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz 281. S.a. RPW 2017/3, 421 Rz 216, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2021/3a, 1112 Rz 1230, Bauleistungen See-Gaster. 190 BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269 ff., ADSL II.

E. 37

C.4.1.1.2. Sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt Sachlich relevanter Markt 125. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁹¹, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹² 126. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung Swatch Group Lieferstopp, welche ebenfalls das Verhalten von Nivarox betraf (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in sachlicher Hinsicht von einem Gesamtmarkt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments (zur technischen Definition von Assortiments vgl. oben Rz 31 ff.) aus.¹⁹³ Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung, in der nur zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox bestehen, von dieser sachlichen Marktabgrenzung abzuweichen. 127. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus. Räumlich relevanter Markt 128. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).¹⁹⁴ 129. In der im Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung Swatch Group Lieferstopp (vgl. oben Rz 4 ff.), ging die WEKO in räumlicher Hinsicht von einem die Schweiz umfassenden Markt aus, weil die konkrete Marktgegenseite Assortiments grossmehrheitlich in der Schweiz bezog und ein Wechsel auf Assortiments ausländischer Unternehmen technisch nicht ohne weiteres möglich und aus Marketinggründen auch nicht gewollt sei.¹⁹⁵ 130. Wie schon in der damaligen Untersuchung macht Swatch Group auch in dieser Vorabklärung geltend, die konkrete Marktgegenseite würde Assortiments nicht nur in der Schweiz beziehen bzw. es sei nicht zulässig, auf den Marketing-Aspekt abzustellen, weshalb der Markt weltweit abzugrenzen sei.¹⁹⁶ Zum Beleg verweist Swatch Group insbesondere auf die niederländische Assortiments-Herstellerin Flexous Mechanisms B.V.,¹⁹⁷ zu dessen Kundschaft – was gemäss öffentlich zugänglichen Quellen zutrifft – die Schweizer Fertighrtenherstellerinnen Zenith (LVMH-Gruppe) und Frédérique Constant SA (Citizen-Gruppe) gehören.¹⁹⁸ 131. Dass sich Nivarox gerade in jüngster Zeit Konkurrenz aus dem Ausland ausgesetzt sehen könnte, ist angesichts von konkreten Beispielen, in denen insbesondere in der Schweiz

191 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 192 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO. 193 RPW 2014/1, 228 f. Rz 121 ff., Swatch Group Lieferstopp. 194 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.N., Publigroupe SA et al./WEKO. 195 RPW 2014/1, 229 f. Rz 128 ff., Swatch Group Lieferstopp. 196 Vgl. RPW 2014/1, 230 Rz 138, Swatch Group Lieferstopp; Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 24 ff. 197 Act. 13, Antworten der Swatch

Group auf Fragebogen, S. 26 f. 198 Vgl. etwa
<https://www.chrono24.ch/magazine/innovative-uhrenhemmungen-von-mikrosystemtechnik-und-silizium-p_97554/> (6.12.2022).

E. 38

ansässige Nachfragerinnen Assortiments im Ausland bezogen haben (vgl. Rz 130), nicht ausgeschlossen. Wie gross der Einfluss von ausländischen Assortimentsherstellerinnen auf die in der Schweiz ansässigen Assortimentsproduzentinnen jedoch tatsächlich ist, müsste indes vertieft mittels Befragung der Marktgegenseite zur Substituierbarkeit von Nivarox-Assortiments durch ausländische Assortiments abgeklärt werden. Eine solche Abklärung würde im Rahmen einer Vorabklärung, in welcher «nur» zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen, einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten. 132. Immerhin kann an dieser Stelle auf die im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung durchgeführte Marktbefragung, bei welcher es sich um eine Vollbefragung handelte,¹⁹⁹ zurückgegriffen werden. Bei dieser Befragung gaben nur drei aller 188 befragten Unternehmen²⁰⁰ an, dass sie im Zeitraum 2014–2019 Assortiments bei ausländischen Unternehmen bezogen hätten.²⁰¹ Die insgesamt in diesem Zeitraum ausserhalb der Schweiz bezogene Assortimentsmenge beläuft sich gemäss den Angaben dieser wenigen Unternehmen auf einen tiefen sechsstelligen Betrag, was im Verhältnis zur gesamten Produktion von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken bzw. -Fertiguhren in den Jahren 2014–2019 (insgesamt rund [...] Mio. Uhrwerke)²⁰² einen verschwindend geringen Anteil ausmacht ([...] %). Soweit die befragten Unternehmen keine Assortiments im Ausland beziehen wollten, gaben sie zur Begründung insbesondere an, dass ein Assortimentsbezug bei nicht-Schweizer Produzentinnen aufgrund von Qualitätsproblemen, namentlich bei grossen Stückzahlen, höheren Preisen oder entgegenstehenden Kundenerwartungen für sie nicht möglich sei.²⁰³ 133. Es sind daher keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, im Rahmen dieser Vorabklärung von der räumlichen Marktabgrenzung gemäss dem WEKO-Entscheid i.S. Swatch Group Lieferstopp (vgl. Rz 129) abzuweichen. Das Sekretariat geht damit für die weitere Prüfung in räumlicher Hinsicht von einem Markt für Assortiments bzw. Assortimentskomponenten aus, der das Gebiet der Schweiz umfasst. Zeitlich relevanter Markt 134. Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind.²⁰⁴ Liegen wie vorliegend «Dauermärkte» und keine kurzzeitigen oder saisonalen Märkte vor, bedarf es keiner Klärung einer zeitlichen Dimension.²⁰⁵

199 RPW 2021/2, 312 Fn 37, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 200 Siehe allgemein zu dieser Marktbefragung RPW 2021/2, 332 ff. Rz 119 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 201 Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 202 Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29. 203 Vgl. Akten gemäss Fn 39 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 204 Vgl. nur BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.1 m.w.N., Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen. 205 BVGer,

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

E. 39

C.4.1.1.3. Zwischenfazit zum relevanten Markt 135. Im Ergebnis erachtet das Sekretariat damit den Markt für in der Schweiz produzierte Assortiments bzw.

Assortimentskomponenten im Zeitraum 2014 bis 2022 als relevant an. C.4.1.2

Marktstellung 136. Nach der Abgrenzung des relevanten Markts gilt es zu prüfen, ob Nivarox im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. 137. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieterinnen oder Nachfragerinnen in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmerinnen (Mitbewerberinnen, Anbieterinnen oder Nachfragerinnen) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmerinnen, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüberhinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen.²⁰⁶ 138. Eine marktbeherrschende Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.²⁰⁷ Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb durch andere Unternehmen gegeben sein.²⁰⁸ Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung findet der Wahrscheinlichkeitsbeweis mit multiplen Wirkungszusammenhängen Anwendung.²⁰⁹ 139. Die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG erfolgt nicht anhand fixer Kriterien, massgebend ist vielmehr die umfassende Prüfung im Einzelfall.²¹⁰ Dabei kann ein hoher Marktanteil für sich betrachtet ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sein.²¹¹ Zu beachten sind daneben sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.²¹² Als solche entscheidungsbegleitenden Aspekte können neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite etwa folgende Kriterien relevant werden: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur,

²⁰⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 402, Sanktionsverfügung – DCC. ²⁰⁷ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, Sanktionsverfügung – DCC. ²⁰⁸ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, Sanktionsverfügung – DCC. ²⁰⁹ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 405, Sanktionsverfügung – DCC. ²¹⁰ Vgl. BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403, Sanktionsverfügung – DCC; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 548; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition 2013, Art. 4 II LCart N 131. S.a. RPW 2021/2, 388 Rz 415, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. ²¹¹ Vgl. nur BGE 130 II 459, E. 5.7.2.; BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2, Publigroupe SA et al./WEKO; gemäss Bundesverwaltungsgericht begründet ein Marktanteil von über 50 % sogar eine Vermutung einer marktbeherrschenden

Stellung; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, Sanktionsverfügung – DCC. 212 Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403 ff., Sanktionsverfügung – DCC; CR Concurrency-CLERC/KÉLLEZI (Fn 210), Art. 4 II LCart N 131.

E. 40

Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kundinnen und Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.²¹³ 140. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden wird bei der Beurteilung der Marktstellung der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite auf den relevanten Märkten geprüft. Im Rahmen einer Vorabklärung wird die Marktstellung nur summarisch beurteilt, da in einer solchen nicht die Unzulässigkeit des Verhaltens festgestellt werden muss, sondern nur geprüft wird, ob Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss bestehen (vgl. Rz 106). C.4.1.2.1. Indizienwirkung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung 141. Die WEKO hat mit ihrer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp im Dispositiv festgestellt, dass Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung im Sinne eines «Quasi-Monopols» innehat (vgl. oben Rz 5).²¹⁴ Diese rechtskräftige Feststellung hat nach wie vor Bestand, da Swatch Group nicht die Wiedererwägung bzw. Aufhebung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox beantragte (vgl. oben Rz 10). 142. Stellt die WEKO in einem kartellrechtlichen Verfahren fest, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, und wird die entsprechende Verfügung rechtskräftig, so hat die Feststellung zwar primär eine Wirkung für den Entscheidzeitpunkt, daneben aber auch eine Bedeutung für die Zukunft.²¹⁵ Für die Zukunft bewirkt die rechtskräftige Feststellung zum einen eine besondere fusionsrechtliche Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.²¹⁶ Zum anderen hat die Feststellung für die Zukunft eine Indizienwirkung in öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Kartellverfahren. So kann die verfügende bzw. urteilende Instanz die rechtskräftige Feststellung für die eigene Prüfung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigen,²¹⁷ ohne dabei indes von der Pflicht befreit zu sein, die Marktbeherrschung im konkreten Entscheidzeitpunkt abklären zu müssen²¹⁸ (vgl. oben Rz 137 ff.). Die Indizienwirkung ist umso grösser, je kleiner der zeitliche Abstand des geprüften Verhaltens vom Feststellungszeitpunkt ist. 143. Die in Rz 141 erwähnte, in Rechtskraft erwachsene Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox hat dementsprechend für diese Vorabklärung Indizienwirkung. Diese ist für die ersten Jahre nach 2013 grösser als für das Ende des hier zu beurteilenden Zeitraums. Folgendes ist darüber hinaus zu beachten. C.4.1.2.2. Aktueller Wettbewerb 144. Im Jahr 2013 ging die WEKO davon aus, dass Nivarox über ein Quasi-Monopol auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügt. Zwar existierten einige kleine Konkurrenten, diese verfügten aber nur über einen Bruchteil der Kapazitäten von Nivarox und ihre Produkte waren preislich nicht mit Nivarox-Produkten vergleichbar. Gemäss der WEKO konnte

213 Vgl. etwa Nachweise bei BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 300 ff., 345 ff. 214 RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., Swatch Group Lieferstopp. 215 RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 410 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 216 Vgl. nur RPW 2021/2, 383 Rz 395 m.w.N., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 217 Vgl. BGE 137 II 199, E. 6.5.1, Mobilfunkterminierung. Vgl. zu einer solchen Indizienwirkung etwa RPW 2014/1, 233 Rz 160, Swatch Group Lieferstopp.

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

E. 41

sich Nivarox deshalb weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten.²¹⁹ In Bezug auf die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs seit 2014 sind die folgenden Umstände bedeutsam. 145. Insgesamt dürfte Nivarox in diesem Zeitraum – gemäss ihrer Selbstbeschreibung – als «der führende Schweizer Spezialist» für Assortiments mit sehr starker Stellung in diesem Bereich anzusehen sein. So waren zu Beginn des Betrachtungszeitraums in ca. [90–100 %] aller mechanischen Swiss-Made-Uhrwerke Nivarox-Assortiments verbaut. Im Jahr 2020 lag dieser Anteil immer noch bei ca. [60–70 %] (vgl. Rz 58 f.). 146. Die Bedeutung von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen ist seit 2014 zwar gewachsen (vgl. Rz 58 ff.). Bei Zugrundelegung der Schätzungen von Nivarox betrug ihr gemeinsamer Produktionsanteil aber selbst im Jahr 2020 erst [30–40] % und lag davor noch (weit) tiefer (2019: [20–30] %. 2018: [20–30] %. 2017: [30–40] %. 2016: [10–20] %. 2015: [0–10] %. 2014: [0–10] %; vgl. Rz 56).²²⁰ Auch lag der gemeinsame Marktanteil von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen im Drittkundinnenbereich (Verkauf von Assortiments an andere Unternehmen) laut Vorbringen von Nivarox in den Jahren 2014–2020 immer bei weniger als 50 % (vgl. Rz 56).²²¹ 147. Die Anteile von alternativen Schweizer Assortimentsproduzentinnen verteilten sich dabei auch nach 2013 auf eine Vielzahl von Unternehmen (vgl. Rz 60), so dass das alternative Angebot als wenig konzentriert angesehen werden kann. Nivarox steht also nicht einer oder zwei grösseren Konkurrentinnen gegenüber, sondern einer Vielzahl kleinerer Schweizer Produzentinnen, welche nicht über vergleichbare Skalenvorteile wie Nivarox²²² verfügen und teilweise auch nicht sämtliche Baumodule bzw. Komponenten eines Assortiments produzieren²²³. Zudem verfügte Nivarox gegenüber der Konkurrenz einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion.²²⁴ Es ist daher durchaus plausibel, dass ausser Nivarox – wie Sellita behauptet²²⁵ – keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in grösseren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern. 148. Nivarox kann aufgrund ihrer Geschäftsbeziehungen und ihrer Fähigkeit, grosse Mengen Assortiments in der gewünschten Qualität und zu attraktiven Preisen zu produzieren, als direkte oder zumindest indirekte Assortimentslieferantin nahezu aller wichtigen Herstellerinnen von Swiss Made-Fertiguhren bezeichnet werden (vgl. oben Rz 41 ff.). So gehören neben den konzerninternen Abnehmerinnen, darunter namentlich ETA, insbesondere [...], [...] sowie verschiedene weitere Uhrwerksherstellerinnen wie die [...] zur ihrer Kundschaft.²²⁶ [...] ²²⁷ [...]²²⁸

219 RPW 2014/1, 241 ff. Rz 217 ff., Swatch Group Lieferstopp. 220 Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29. 221 Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 29. 222 Vgl. dazu insbesondere RPW 2014/1, 244 ff. Rz 242 ff., Swatch Group Lieferstopp. 223 Vgl. etwa RPW 2021/2, 377 Rz 365, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 224 Vgl. auch RPW 2014/1, 243 ff. Rz 229 ff., Swatch Group Lieferstopp. 225 Act. 15, S. 20. 226 Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 15 ff., Excel-Tabellen 6 und 7. 227 RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 228 Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferver-

pflichtung.

E. 42

und war im Zeitraum 2014–2020 in Bezug auf die gelieferte Menge – noch vor [...]229 – die [...] grösste Drittkundin von Nivarox.230 149. Nivarox verfügt(e) damit auch im Zeitraum 2014–2022 über eine sehr starke Stellung auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments. Zwar hat die Bedeutung der Konkurrenz seit 2013 zugenommen, die Konkurrenzunternehmen produzieren aber nach wie vor nur einen Bruchteil der von Nivarox produzierten Mengen, weshalb Nivarox insbesondere von Skalenvorteilen profitiert. Zudem verfügt Nivarox gegenüber der Konkurrenz über einen grossen Know-how- und Technologievorsprung im Bereich der Assortimentsproduktion. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014 bis heute weitgehend unabhängig von der aktuellen Konkurrenz verhalten konnte. C.4.1.2.3. Potentieller Wettbewerb 150. Zu prüfen ist damit, inwiefern Nivarox mit potentieller Konkurrenz konfrontiert ist bzw. war. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt eindringen können bzw. hätten eindringen können. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten, Skalenvorteilen bestehender Anbieter oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.231 151. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp nahm die WEKO eine umfassende Prüfung von allfälligen Markteintrittsbarrieren in Bezug auf den auch in dieser Vorabklärung relevanten Markt vor.232 Zusammengefasst kam sie damals zum Ergebnis, dass wegen der Skalenvorteile von Nivarox, ihrem Know-how- und Technologievorsprung (auch im Bereich von patentgeschützten Silizium-Komponenten; vgl. oben Rz 53 f.) sowie ihrer Reputation sehr hohe Markteintrittshürden bestünden, welche kurz- bis mittelfristig eine hinreichend disziplinierende Wirkung durch potentielle Konkurrenz ausschliessen würden.233 152. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben könnten, für die Zeit nach 2013 von tieferen Markteintrittsbarrieren auszugehen. Denn auch in der Zeit nach 2013 hatte Nivarox, namentlich aufgrund ihrer Produktion für konzerninterne Abnehmerinnen, unerreichte Mengenvorteile (vgl. oben Rz 60, 147) und einen Know-how- und Technologievorsprung, welcher sich z. B. darin manifestierte, dass es Nivarox gelang, Silizium- oder Nivachron-Komponenten im industriellen Ausmass für mechanische Swiss Made-Fertiguhren mit Preisen von unter CHF 1'000 oder knapp darüber (vgl. auch oben Rz 53 f.) herzustellen234. Auch ist nicht

229 [...] war in den Jahren 2014–2019 mengenmässig stets die zweitwichtigste Drittkundin (Bezugs- menge 2014: [...]. 2015: [...]. 2016: [...]. 2017: [...]. 2018: [...]. 2019: [...]). Im Jahr 2020 fiel sie hingegen auf den sechsten Platz (Bezugsmenge: [...] Assortiments); vgl. Act. 13, Excel-Tabelle 7. 230 [...] erhielt in den Jahren 2014–2019 von Nivarox jährlich jeweils [...] Assortiments; im Jahr 2020 lieferte Nivarox [...] Assortiments. Diese Liefermengen entsprechen zwischen [...] % (2014) und [...] % (2020) der Jahresproduktion von Nivarox (zur Jahresproduktion vgl. oben Rz 51 ff.); vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 19 ff., Excel-Tabelle 7. 231 RPW 2020/4a, 1821 Rz 461, Strassenbau Graubünden; RPW 2017/3, 421 Rz 233, Hoch- und Tief- bauleistungen Münstertal; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (Fn 187), Art. 4 Abs. 2 N 311 ff. m.w.H. 232 Vgl. RPW 2014/1, 243 ff. Rz 226 ff., Swatch Group Lieferstopp. 233 S. Nachweis in Fn

232. 234 Vgl. etwa

<https://www.tissotwatches.com/de-ch/men.html?filter_movement_type=Ajtomatik>;

<<https://www.midowatches.com/ch-de/baroncelli-chronometer-silicon->

E. 43

ersichtlich, dass die Reputation von Nivarox-Assortiments nach 2013 gelitten haben könnte. Dass es seit 2013 Markteintritte gab und bestehende Anbieter ihre Produktionsmengen steigerten (vgl. oben Rz 60 f., 147),²³⁵ steht der Bejahung von sehr hohen Markteintrittshürden nicht entgegen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass eine oder mehrere dieser Anbieterinnen betreffend die Wettbewerbsparameter Menge, Qualität und Preis mit Nivarox vergleichbar sind. 153. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der potentiellen Konkurrenz verhalten konnte. C.4.1.2.4. Nachfragemacht der Marktgegenseite 154. In ihrer Entscheidung vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp ging die WEKO nicht davon aus, dass die Kundschaft Nivarox in ausreichendem Mass zu disziplinieren vermochte. Dies zeigte sich primär daran, dass Nivarox ihre Lieferungen an Kundinnen und Kunden einseitig einstellen wollte, worin sich manifestierte, dass Nivarox bzw. Swatch Group nicht auf die Belieferung von Drittkundinnen angewiesen war. Zudem berücksichtigte die WEKO, dass alternative Schweizer Assortimentsproduzentinnen nicht über ausreichend Kapazitäten verfügten, um eine Nachfrage von ehemaligen Kundinnen von Nivarox bedienen zu können.²³⁶ 155. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche Anlass geben würden, die Nachfragemacht der Marktgegenseite im Zeitraum nach 2013 als ausreichend disziplinierend anzusehen. Namentlich begründet Swatch Group bzw. Nivarox die Belieferung der Drittkundinnen in der Zeit von 2014–2022 nicht mit einer betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit, sondern einzig damit, dass sie damit für die Drittkundinnen Planungssicherheit herstellen wollen (vgl. oben Rz 63). Auch konnte Nivarox die Lieferung der gewünschten Mengen und Produkte in den geschilderten Fällen ohne Weiteres vollständig oder teilweise verweigern bzw. verzögern (vgl. oben Rz 72 ff., 75 ff., 80 ff., 83 ff., 88 f.) und zudem im Zeitraum 2014 bis 2018 die Preise einseitig um rund 55 % erhöhen (vgl. oben Rz 90 ff.). Zudem ist es mit Blick auf die Produktionsmengen alternativer Assortiments-Herstellerinnen und deren kleineren Skalenvorteilen sowie den Know-how- und Technologievorsprung von Nivarox durchaus plausibel, dass ausser Nivarox keine andere Herstellerin in der Schweiz in der Lage war, Assortiments in vergleichbaren Stückzahlen zu vergleichbaren Preisen und in vergleichbarer Qualität zu liefern. 156. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass sich Nivarox auch im Zeitraum 2014–2022 weitgehend unabhängig von der Marktgegenseite verhalten konnte. C.4.1.2.5. Zwischenfazit 157. Die WEKO hat mit dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid vom 21. Oktober 2013 festgestellt, dass Nivarox im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aus den dargelegten Gründen bestehen Anhaltspunkte, dass Nivarox auch im hier interessierenden Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte.

gentm0274081101100.html>; <<https://www.certina.com/ch-de/watchfinder/automaticwatch?f%5B0%5D=teature%3A160&f%5B1%5D=feature%3A474>> (6.12.2022). 235

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

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

E. 44

C.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen C.4.2.1 Allgemeines 158. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, motiviert doch der Wettbewerb konkurrierende Unternehmen durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten, welche ihrerseits einen Missbrauch voraussetzt. Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite.²³⁷ 159. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich hindernd und ausbeutend sein können.²³⁸ 160. Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.²³⁹ 161. Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z. B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».²⁴⁰ 162. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren

237 BGE 139 I 72, 100 f. E. 10.1.1, Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, DCC. 238 RPW 2010/1, 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, Publigroupe SA et al./WEKO. 239 BGE 139 I 72, E. 10.1.1., Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 178), 569. 240 BGE 139 I 72, E. 10.1.1., Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.

E. 45

soll.²⁴¹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel

von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.²⁴² 163. Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt:²⁴³ In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.²⁴⁴ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.²⁴⁵

C.4.2.2 Im Fokus stehende Verhaltensweisen

164. Anders als in der Untersuchung i.S. Swatch Group Lieferstopp steht in dieser Vorabklärung keine vollständige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen²⁴⁶ im Fokus. 165. Zu prüfen ist vielmehr, ob Anhaltspunkte bestehen, dass - die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.) unzulässige Einschränkungen des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG darstellen (siehe dazu unten Rz 166 ff.); - die Festlegung der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) sowie die konkreten Weigerungen von Nivarox, neue Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 81) gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) unzulässig waren (siehe dazu unten Rz 185 ff.); - die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) sowie die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingungen unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG einzuordnen sind (siehe dazu unten Rz 194 ff.); - Nivarox gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG Handelspartner bei Geschäftsbedingungen diskriminiert hat, indem sie Drittkundinnen einerseits und konzerninterne Abnehmerinnen andererseits sowie Drittkundinnen untereinander betreffend die Bezugsmöglichkeiten unterschiedlich behandelte (siehe dazu unten Rz 208 ff.).

241 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, Erdgas Zentralschweiz AG; Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570. 242 Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn 178), 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, Produktebündel «Talk & Surf». 243 Vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe SA et al./WEKO; BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, DCC. 244 BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2, Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, DCC. 245 Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, Sport im Pay-TV. 246 Vgl. RPW 2014/1, 254 ff. Rz 289 ff., Swatch Group Lieferstopp.

E. 46

C.4.2.3 Einschränkung des Absatzes, der Erzeugung oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) 166. Wie dargelegt, hat Nivarox in der Absichtserklärung die beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen festgelegt (vgl. oben Rz 66 ff., 75)

sowie in Umsetzung der Absichts- erklärung in konkreten Fällen gegenüber Drittkundinnen die bei ihr bezieharen Mengen und Produkte beschränkt (vgl. oben Rz 73 f., 77 f., 83 ff., 88 f.). Zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte bestehen, dass dies als unzulässige Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren ist. 167. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:²⁴⁷ - Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt; - durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Aus- übung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt; - die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

C.4.2.3.1. Einschränkung der Erzeugung und der technischen Entwicklung 168. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ist die «künstliche Verknappung» von Gütern oder Dienst- leistungen missbräuchlich.²⁴⁸ So liegt eine Einschränkung der Erzeugung vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die eigene Produktion trotz bestehender Nachfrage ein- schränkt.²⁴⁹ Einschränkungen der technischen Entwicklung sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappen oder auf- heben.²⁵⁰ Soweit die Einschränkung bei anderen Unternehmen Wirkungen zeitigt, stellt die Verhaltensweise einen klassischen Anwendungsfall des Behinderungsmissbrauchs vor, da diesen Unternehmen die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erschwert wird.²⁵¹ 169. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die fehlende Möglichkeit oder der fehlende Wille des marktbeherrschenden Unternehmens, die Nachfrage zu bedienen, grundsätzlich nicht gegen eine tatbestandsmässige Verhaltensweise spricht. Denn die Frage, worin der sachliche Grund für die Nichtbedienung der Nachfrage liegt/lag, ist prüfungssyste- matisch typischerweise im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu beantworten (vgl. unten Rz 178 ff.). 170. Wie dargelegt, hat Nivarox die jährlichen Lieferungen von Assortiments an ihre bisheri- gen Drittkundinnen pro Unternehmen auf bestimmte jährliche Höchstmengen, welche den

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

248 Botschaft KG 1995 (Fn 178), 574. 249 LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 462. Vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 7 N 659 f. 250 RPW 2011/1, 181 Rz 501, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); DIKE KG- STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 665 ff. 251 DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 470. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 659.

E. 47

Durchschnittsmengen der in den Jahren 2009–2011 je Unternehmen bezogenen Jahresmen- gen entsprechen, beschränkt (vgl. oben Rz 66 ff.). Damit hat sie die eigene Produktion einsei- tig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren konkreten Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Mengen beschränkt. Es bestehen damit

Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung die Erzeugung einschränkt. 171. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten (vollständigen oder teilweisen) Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen (vgl. oben Rz 73 f., 88 f.). Insbesondere verweigerte Nivarox gegenüber Sellita, der nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁵² mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁵³, wiederholt Mehrlieferungen ([...]; vgl. Rz 73). Soweit Nivarox für 2020 «Mehrmen- gen» verteilte (vgl. Rz 88 f.), erfüllte Nivarox die konkreten Mehranfragen in mehreren Fällen, insbesondere gegenüber Sellita, unvollständig und nach unterschiedlichen Kriterien. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox die Produktion von Assortiments entgegen der konkreten Nachfrage einschränkte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der Erzeugung führte. 172. Wie dargelegt, hat Nivarox gegenüber bisherigen Drittkundinnen die beziehbaren Produkte grossmehrheitlich auf diejenigen Assortiments beschränkt, welche diese Drittkundinnen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hatten (vgl. oben Rz 75). Damit hat sie die eigene Produktion einseitig und unabhängig von der konkreten Nachfrage ihrer Drittkundinnen und ihren Produktionsmöglichkeiten auf bestimmte Produkte beschränkt. Damit könnten den Drittkundinnen Input-Faktoren für ihre technische Weiterentwicklung fehlen. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox schon durch die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung die technische Entwicklung einschränkte. 173. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Umsetzung der Absichtserklärung, mithin die konkreten Verweigerungen oder Verzögerungen der Lieferung von anderen Produkten (vgl. oben Rz 77 f., 83 ff.). So fragten im Zeitraum 2014–2021 bei Nivarox konkret [...] bisherige Drittkundinnen die Belieferung mit anderen Produkten an.²⁵⁴ Dabei handelt es sich um die folgenden Unternehmen: [...]²⁵⁵. Die Erfüllung dieser Anfragen hat Nivarox nach seinen eigenen Schilderungen – ausser gegenüber [...] (s. dazu Rz 83 ff. sowie sogleich) – in Umsetzung der Absichtserklärung verweigert. Den anfragenden Unternehmen fehlte damit ein Input-Faktor für ihre technische Weiterentwicklung von mechanischen Uhrwerken. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Nivarox den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen zu Lasten dieser Unternehmen verhinderte und deshalb eine Verhaltensweise vorliegt, die zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung bei den anfragenden Unternehmen führte. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die verzögerte Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...]uhrwerk [...] (83 ff.), weil dadurch [...] im Zugang zu den technologischen Ressourcen von Nivarox behindert war.

²⁵² RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. ²⁵³ Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. ²⁵⁴ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 38. ²⁵⁵ Im Falle von [...] begründet Nivarox die Nichtbelieferung damit, dass die Neuentwicklung zur kontinuierlichen Belieferung von [...] mit Mehrmengen geführt hätte (Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 39). Dieser Fall kann also auch als Verweigerung von Mehrmengen qualifiziert werden.

E. 48

C.4.2.3.2. Wettbewerbsbehinderung 174. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.²⁵⁶ Dies ist u.a. gegeben, wenn andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe²⁵⁷ in

der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei müssen nicht im Sinne eines «wirkungsbasierten Ansatzes» wohlfahrtstheoretische Kosten nachgewiesen werden,²⁵⁸ sondern es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs.²⁵⁹ Erforderlich ist also die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen.²⁶⁰ 175. Die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen haben das Potenzial, Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern (vgl. Rz 97 f.). Denn ETA sowie den Swatch Group-Uhrenmarken standen jeweils die bei Nivarox nachgefragten Mengen und Produkte zur Verfügung (vgl. insbesondere oben Rz 71, 79). Kommt hinzu, dass sich die Swatch Group-Tochter ETA im hier zu prüfenden Zeitraum (2014–2022) gleichzeitig vom Drittkundenmarkt zurückzog (vgl. nur Rz 19). Davon betroffene Herstellerinnen von Fertighren waren – wollten sie ihre Absatzmenge beibehalten oder gar steigern – deshalb darauf angewiesen, dass andere Lieferantinnen von mechanischen Uhrwerken, z. B. Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken²⁶¹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland²⁶², den Bedarf decken oder sie selbst ihre Eigenproduktion an mechanischen Uhrwerken steigern können. Beides erfordert, dass jemand – die betroffene Fertighrenherstellerin selbst oder eine von Swatch Group unabhängige Herstellerin von mechanischen Uhrwerken (z.B. Sellita) – den Bezug von Assortiments steigern kann bzw. in ausreichendem Masse mit Assortiments versorgt ist. 176. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass z. B. Sellita seit 2014 ihren Assortimentsbedarf vermehrt durch [...] die Eigenproduktion [...] deckte, und so insgesamt im Zeitraum 2014 bis 2021 über [...] zusätzliche Assortiments verfügte (vgl. oben Rz 99). Dies befähigte Sellita insbesondere auch dazu, [...]. Wäre es tatsächlich so gewesen, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 f.) sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 101), könnte dies letztendlich gegen eine Wettbewerbsbehinderung und damit die Missbräuchlichkeit der vorgenannten Verhaltensweisen sprechen. Diese Aspekte vermögen «Anhaltspunkte» für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung indes nicht auszuschliessen. Denn welche Wirkungen eine Verhaltensweise konkret auf den Wettbewerb hatte, kann vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung abgeklärt werden, in der vertiefte Ermittlungen, insbesondere die Befragung von zahlreichen Marktteilnehmerinnen,

256 Vgl. Nachweise in Fn 247. 257 Vgl. zu vertikalen Behinderung etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 61 m.w.N. 258 So BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 45, 259 DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; EVELYNE CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Ed.), 2e édition 2013, Art. 7 I LCart N 89 f.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., Sanktionsverfügung – DCC. 260 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff. m.w.N., Sanktionsverfügung – DCC. 261 RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 262 Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung.

E. 49

durchgeführt werden können. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls sinkende Marktanteile [...] die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht ausschliessen.²⁶³ Denn insbesondere lässt sich nicht ausschliessen, dass der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens ohne das missbräuchliche Verhalten noch mehr oder schneller [...] ²⁶⁴ 177. Da nach dem Gesagten die Festlegung der beziehbaren Mengen und Produkte in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mehrmengen oder anderen Produkten an bisherige Drittkundinnen zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber in ihrer Erzeugung und der technischen Entwicklung zu beeinträchtigen und so gegenüber den konzerninternen Abnehmerinnen von Swatch Group im Wettbewerb zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt. C.4.2.3.3. Sachliche Gründe 178. Eine unzulässige Einschränkung der Erzeugung oder der technischen Entwicklung liegt nur dann vor, wenn keine legitime business reasons gegeben sind. Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG können z.B. gerechtfertigt werden durch Kapazitätsengpässe, die eine Aufrechterhaltung des bisherigen Produktions- oder Vertriebsumfangs verunmöglichen, als Reaktion auf eine Nachfrageänderung oder wenn die Entstehungskosten eines Produkts nicht durch den zu erzielen Gewinn gedeckt werden können und die Einschränkung somit auf Kosteneinsparungen beruht.²⁶⁵ 179. Zu den verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die Einschränkung der Erzeugung (vgl. oben Rz 170 f.) ist Folgendes anzumerken. - Für die Festlegung der maximalen Liefermengen pro Drittkundin an sich sind keine legitime business reasons ersichtlich. Dies insbesondere, weil Nivarox von ihren Drittkundinnen zugleich feste Bestellungen, über ein Jahr vor der geplanten Auslieferung sowie eine Vorausschau für das Folgejahr verlangt (vgl. Rz 93 ff.), und der geplante Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox zugleich höchstens [...] beträgt (Rz 36).²⁶⁶ Angesichts dessen erscheint es Nivarox zumutbar, dass sie bei ausreichendem Bestellvorlauf mehr liefert als ein bestimmtes Unternehmen in den Jahren 2009–2011 bei Nivarox bezogen hat. Dies auch, weil Nivarox für die Belieferung mit einer Mehrmenge eine entsprechende Vergütung erhalten würde. Soweit Nivarox geltend macht, die Verweigerung von Mehrlieferungen habe der Umsetzung der Absichtserklärung im Sinne der Gleichbehandlung und Marktsicherheit gedient, zielt dies folglich ins Leere. - Sowie Nivarox geltend macht, konkrete Mehrlieferungen seien wegen fehlender Produktionskapazitäten abgelehnt worden, stellt dies grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund dar (vgl. Rz 178). Allerdings darf dieser Rechtfertigungsgrund nicht bloss vorgeschoben sein. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Bestellungen von Drittkundinnen im Betrachtungszeitraum zurückgingen. So sank die insgesamt von Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge bezogene Assortimentsmenge von [...] Assortiments im Jahr 2014 auf [...] Assortiments im Jahr 2019, d. h. um [...] %; im ersten Jahr der Corona-Pandemie (2020) lieferte Nivarox an Drittkundinnen mit unternehmensindividueller maximaler Liefermenge insgesamt [...] Assortiments (vgl. Rz 70). Diese

²⁶³ Vgl. nur BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, Publigroupe; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., Sanktionsverfügung – DCC. ²⁶⁴ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1206 m.w.N., Sanktionsverfügung – DCC. ²⁶⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 77 ff.; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 673. ²⁶⁶ Vgl. Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 6.

E. 50

Entwicklung muss für Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten bei den Bestellungen und der geforderten Vorausschau (vgl. Rz 93 ff.) absehbar gewesen sein. Es ist damit wenig plausibel, dass Nivarox ausser Stande war, konkrete Anfragen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen – bei ausreichender Vorlaufzeit der festen Bestellung und ausreichender Bezahlung – zu bedienen. - Das gilt insbesondere, weil für die Produktion der konkreten Assortiments pro Kundin und Kaliber dasselbe Personal und dieselben Maschinen verwendet werden können, wobei wegen der individuellen Spezifikationen von Seiten der konkreten Abnehmerin eine gewisse Umstellungszeit eingeplant werden muss (vgl. Rz 35). Soweit Nivarox diesbezüglich geltend macht, sie könne Kapazitäten, welche infolge der Nichtbestellung durch andere Drittkundinnen frei wurden (vgl. dazu etwa Rz 52 f., 70), nicht «kurzfristig» für Mehranfragen anderer Drittkundinnen verwenden, mag das allenfalls zutreffen für ebensolche «kurzfristigen» Mehranfragen. Warum dies aber gleichermassen für feste Bestellungen mit genügender Vorlaufzeit und entsprechender Bezahlung gelten soll, erläutert Nivarox nicht. Diesbezüglich ist zudem anzumerken, dass es Nivarox bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 (vgl. dazu Rz 88 f.) offensichtlich möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten». Dabei fragten diese [...] Drittkundinnen ganz unterschiedliche Mengen und verschiedenste Produkte nach, welche sowohl im Produktionsfluss «industriell» als auch im Produktionsfluss «manufacture» hergestellt wurden (vgl. Rz 89). - Soweit sich Nivarox zur Rechtfertigung der Ablehnung der Mehranfragen von [...] darauf beruft, [...] habe für 2021 und 2022 mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogene» Bestellungen in Höhe von je [...] Stück eingereicht, welche nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten, ist nicht klar und wird auch von Nivarox nicht erläutert, inwiefern es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handeln könnte. Sofern Nivarox in diesem Zusammenhang geltend macht, Nivarox habe befürchtet, dass [...] die Assortiments für unlautere Zwecke verwendet (vgl. Rz 74), überzeugt dies nicht. Denn zum einen erscheint die Mehranfrage von [...] mit Blick auf den Rückzug von ETA vom Drittkundinnenmarkt seit 2014 (vgl. Rz 19), welche im Jahr 2019 noch rund [...] Mio. Uhrwerke für den Drittkundinnenmarkt produzierte,²⁶⁷ gerade nachvollziehbar. Zum anderen betreffen die von Nivarox zum Beleg der unlauteren Zwecke von [...] eingereichten Presseerzeugnisse allesamt Ereignisse, welche sich vor über zehn Jahren abgespielt haben sollen, und zumindest teilweise auch nur den Weiterverkauf von ETA-Uhrwerken durch [...] an in Asien ansässige Kundschaft.²⁶⁸ Vergleichbare Vorwürfe sah die WEKO bereits im Jahr 2013 als nicht ausreichend für die Rechtfertigung des angekündigten Assortiments-Lieferstopps an, insbesondere auch, weil Swatch Group gegenüber den Wettbewerbsbehörden noch nie einen Fall einer Fälschung einer Fertiguhr einer Swatch Group-Uhrenmarke mithilfe eines ETA- oder [...] Uhrwerks belegt hatte.²⁶⁹ Dies gilt weiterhin, sodass der Verweis auf die angeblich unlauteren Zwecke von [...] nicht ausreichend ist. - Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Mengen in der Absichtserklärung sowie die konkreten Verweigerungen der

²⁶⁷ Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. ²⁶⁸ [...]; vgl. Act. 13, Anhänge 32.1–32.4. ²⁶⁹ RPW 2014/1, 265 Rz 392 ff., Swatch Group Lieferstopp.

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 Sperrpatent²⁷⁰ vorliegt.²⁷¹ Massgebend ist dabei stets eine Einzelfallprüfung, bei der den jeweiligen Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Rechtsausübung angemessen Rechnung zu tragen ist.²⁷² Vorliegend wäre demnach zu prüfen, ob die aus dem Schutzrecht folgenden Vorteile überwiegen oder der Schutz des Wettbewerbs im Bereich Assortiments sowie in den nachgelagerten Märkten schutzwürdiger ist. Eine solche Einzelfallprüfung könnte vorliegend erst im Rahmen einer Untersuchung durchgeführt werden, in der vertiefte Ermittlungen zu den Wirkungen einer Verhaltensweise möglich sind. - Insgesamt ist zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für die Festlegung der beziehbaren Produkte in der Absichtserklärung sowie jede der verweigerten Lieferungen von anderen Produkten legitimate business reasons bestanden. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich die technische Mach-

270 Vgl. dazu etwa DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 471. 271 Vgl. etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 272 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 86 f., E. 528 ff., Sanktionsverfügung – DCC; s. a. ANDREAS HEINEMANN, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, 2009, S. 49.

barkeit nicht gegeben war, der Patentschutz einer Bezugsmöglichkeit von patentgeschützten Produkten entgegensteht und/oder keine Kapazitäten für die Erfüllung von Anfragen auf Neuentwicklungen bestanden. 181. In Bezug auf die verschiedenen von Nivarox angeführten sachlichen Gründen für die unvollständige Erfüllung der Mehranfragen nach unterschiedlichen Kriterien im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 (vgl. Rz 88 f.) gelten die voranstehenden Erwägungen (Rz 179 f.) entsprechend. Folgendes ist dem hinzuzufügen bzw. zu betonen: - Soweit Nivarox im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmenge für 2020 Mehranfragen nur unvollständig erfüllte, können diese gerechtfertigt sein, sofern die Produktionskapazitäten tatsächlich beschränkt waren. Im Rahmen einer Untersuchung wäre insbesondere abzuklären, inwiefern tatsächlich keine Kapazitäten für die vollständige Erfüllung der Mehranfragen von [...] und [...] bestanden und weshalb die Mehranfragen dieser Unternehmen nur teilweise erfüllt wurden, während [...] die gesamte von ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. Auch ist nicht klar, weshalb [...] eine Zusatzmenge in Höhe von 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,²⁷³ gerade nachvollziehbar war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Nivarox [...], wie [...] eine Herstellerin von mechanischen Swiss Made-Uhrwerken, mit einer Zusatzmenge in Höhe von 960 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] Assortiments) belieferte, obwohl [...] zuvor nur einen Bruchteil dieser Menge bei Nivarox bezogen hatte. So hatte [...] im gesamten Zeitraum 2014 bis 2019 insgesamt nur [...] Assortiments bei Nivarox bezogen.²⁷⁴ - Insgesamt ist daher zum jetzigen Zeitpunkt wenig plausibel, dass für jede der unvollständigen Erfüllungen der Mehranfragen im Rahmen der Verteilung der freigewordenen Mehrmengen für 2020 legitimate 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.),²⁷⁵ weshalb Nivarox im Oktober 2019

273 Tabelle A 1 der Verfügung der WEKO v. 13.7.2020 i.S. Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 274 Act. 13, Anhang 24. 275 Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 57.

[...] 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 legitime business reasons bestanden.

C.4.2.3.4. Zwischenfazit 184. Aus den dargelegten Gründen bestehen folglich Anhaltspunkte, dass Nivarox durch die Festlegungen der beziehbaren Mengen und Produkte für Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 66 ff., 75) sowie die konkreten Verweigerungen der Lieferung von Mengen 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.²⁷⁶ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. 187. Um die vorliegend festgestellten Geschäftsverweigerungen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.²⁷⁷ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 279–282).²⁷⁸ Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen. - Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.²⁷⁹

276 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 776 f., Sanktionsverfügung – DCC. 277 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 144 f. Rz 306 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 216 ff.; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800, Sanktionsverfügung – DCC. 278 Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 802, Sanktionsverfügung – DCC. 279 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des

- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.²⁸⁰ - Die

Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.²⁸¹ - Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.²⁸² C.4.2.4.1.

Geschäftsverweigerung 188. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.²⁸³ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.²⁸⁴ 189. Die Festlegung der berechtigten Drittkundinnen in der Absichtserklärung (vgl. oben Rz 80) kann nach dem Gesagten nicht als Geschäftsverweigerung qualifiziert werden. Es fehlt hier an einer hinreichend bestimmten Verweigerung einer konkret angefragten Geschäftsbeziehung, für die geprüft werden könnte, ob für die jeweilige Nachfragerin das angefragte Produkt unerlässliches ist (vgl. dazu sogleich in Rz 190 ff.). Jedenfalls in den [...] festgestellten Fällen der Weigerung von Nivarox, die anfragenden Unternehmen als Drittkundinnen aufzunehmen (vgl. Rz 80 ff.), ist jedoch von einer «Geschäftsverweigerung» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen. C.4.2.4.2. Von der Verweigerung betroffener Input 190. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentiell Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²⁸⁵

Einzelfalles» zugewiesen werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 280 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 281 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung»; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 282 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, Sport im Pay-TV. Diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein; vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., Sanktionsverfügung – DCC. 283 Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 616, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 145 Rz 309, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), m.w.N. 284 Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 845, Sanktionsverfügung – DCC. 285 Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, Sport im Pay-TV; RPW 2011/1, 149 Rz 332, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), mit Hinweisen auf die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (zit. Mitteilung zu Art. 82 EGV), 19 Rz 83; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER

191. Mit Blick auf die Rechtsprechung und die Literatur stellt das BVGer fest, dass bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung das Merkmal der Unerlässlichkeit des Einsatzgutes, welches vorliegend im Rahmen des von der Verweigerung betroffenen Inputs geprüft wird, eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung bildet.²⁸⁶ Gemäss der Rechtsprechung des BVGer ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass die Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen sind.²⁸⁷ 192. Vorliegend hat Nivarox gegenüber [...] Unternehmen die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigert. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um kleine Unternehmen bzw. Einzelpersonen, welche teilweise nur einzelne Komponenten (z.B. nur Spirale oder nur Anker) und/oder sehr geringe Mengen bis hin zu Einzelstücken bestellen wollten (vgl. oben Rz 81). Es ist zwar plausibel, dass diese Unternehmen tatsächlich Assortiments benötigten, um ein mechanisches (Swiss Made-)Uhrwerk herzustellen. Angesichts der von den betroffenen Unternehmen benötigten 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:²⁸⁸

(Fn 249), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 223, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht. ²⁸⁶ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 977, Sanktionsverfügung – DCC. ²⁸⁷ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 974, Sanktionsverfügung – DCC. ²⁸⁸ Vgl. RPW 2016/1, 186 Rz 393 ff., Swisscom WAN-Anbindung.

- Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen; - Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen; - Erzwingung der unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen; - für die durch die Verhaltensweise bewirkte Ausbeutung bestehen keine sachlichen Gründe (keine legitimate business reasons). 196. Werden die Tatbestandsmerkmale der Unangemessenheit und Erzwingung erfüllt, ergibt sich daraus auch automatisch die Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.4.2.5.1. Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen 197. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen 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.²⁸⁹ 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.²⁹⁰ Die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nicht scharf.²⁹¹

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 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,²⁹² 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.²⁹³ Praxisgemäss werden Preise insbesondere als unangemessen qualifiziert, wenn sie trotz Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen

289 Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 411 m.w.H. 290 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 375. 291 RPW 2016/1, 186 Rz 393, Swisscom WAN-Anbindung. 292 Vgl. etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 249), Art. 7 N 391 m.w.N.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N. 293 Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 249), Art. 7 N 376 m.w.N.

57

weit über den effektiven Kosten liegen.²⁹⁴ 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.²⁹⁵ 201. 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 gestiegenen Stückkosten infolge des Absinkens der Gesamtnachfrage nach Assortiments im Zeitraum 2014–2021 (sinkende Skalenerträge) sowie gestiegenen Lohn- und Ausbildungskosten verwiesen (vgl. oben Rz 91). Das jährliche Betriebsergebnis von Nivarox lag dabei im Zeitraum 2014–2020 im Bereich von [...] % (2014) und [...] % (2020) (vgl. oben Rz 92). Unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns und der finanziellen Investitionen ist damit nicht plausibel, dass die Preise von Nivarox infolge der Preiserhöhungen weit über den effektiven Kosten lagen. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten ergibt, dass die Preise von Nivarox pro Assortiments als günstiger angesehen werden als diejenigen für Konkurrenzprodukte (vgl. oben Rz 91) und die [...] Drittkundinnen von Nivarox sowie ihre bedeutsamsten konzerninternen Abnehmerinnen, insbesondere ETA, gleichermaßen von den Preiserhöhungen betroffen waren (vgl. oben Rz 90). 202. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Preise von Nivarox als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind. Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen 203. Gemäss Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision ist im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit auszugehen, wenn diese aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.²⁹⁶ Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherrschenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen und Verpflichtungen (mehr) besteht, weshalb Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind.²⁹⁷ Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. So ist im Bereich der Geschäftsbedingungen im Ergebnis eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.²⁹⁸ 204. Vorliegend hat Nivarox zur Begründung der Bestellmodalitäten darauf verwiesen, dass diese für eine umfassende und abschliessende Produktionsplanung sowie eine zuverlässige und den Kundenwünschen bestmöglich entsprechende Staffelung der Liefertermine über das Kalenderjahr notwendig seien, der Optimierung der Produktion dienen und den Nachteil einer fehlenden Abnahmeverpflichtung seitens der Drittkundinnen etwas ausgleichen würden (vgl. Rz 94). Diese Begründung ist mit Blick auf die Komplexität der Assortimentsproduktion für die verschiedenen Kundinnen (vgl. oben Rz 31 ff.) generell nachvollziehbar.

294 Vgl. etwa RPW 2007/2, 187 f. Rz 75 ff., Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen. 295 RPW 2013/1, 75 Rz 99, Rotkreuz-Notrufsystem. 296 Botschaft KG 1995 (Fn 178), 572 f. 297 BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 m.w.N., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 298 BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 278 f. m.w.N., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

58

205. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich, dass Nivarox diese Bestellmodalitäten mit der Einschränkung der beziehbaren Mengen und Produkte kombinierte (vgl. oben Rz 166 ff.), könnte dies gegen die Angemessenheit der langen Vorlaufzeiten für feste Bestellungen und das Erfordernis der Vorausschau stellen. Denn durch diese Einschränkung gemäss der Absichtserklärung war die Produktion von Nivarox in Bezug auf die maximale Menge

sowie die zu produzierenden Produkte erheblich vorhersehbarer als ohne eine solche Einschränkung. Kommt hinzu, dass gemäss Vorbringen von Nivarox ein Produktionsdurchlauf gemäss Nivarox höchstens [...] beträgt (Rz 36), es Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich war, Kapazitäten, welche sie ursprünglich für ETA eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es Nivarox gelang, für [...] ohne vergleichbare Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] Juhwerk [...] zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.). 206. Auf der anderen Seite erscheinen die Bestellmodalitäten indes nicht in hohem Masse einschränkend für die Drittkundinnen. So monierte einzig eine der [...] Drittkundinnen die Bestellmodalitäten als zu einschränkend und Nivarox bediente ohnehin auch eigentlich verspätete Anfragen sowie Bestelländerungen im Rahmen ihrer Kapazitäten (vgl. oben Rz 94). Zudem ist es plausibel, dass die Bestellmodalitäten mit den langen Vorlaufzeiten die Produktionsplanung erleichterten und eine zuverlässige und den Kundenwünschen entsprechende Staffelung der Liefertermine förderten. Dementsprechend bestehen nicht genügend Anhaltspunkte für die Unangemessenheit der Bestellmodalitäten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. C.4.2.5.3. Zwischenfazit 207. Es bestehen folglich keine Anhaltspunkte, dass die Preiserhöhungen von Seiten Nivarox um kumulativ 55 % (vgl. Rz 90 ff.) und die Bestellmodalitäten (vgl. Rz 93 ff.) als unzulässige Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c zu qualifizieren sind. C.4.2.6 Diskriminierung von Handelspartnern bei Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) 208. Soweit die konzerninternen Abnehmerinnen nicht von den oben geprüften Einschränkungen der Lieferungen von Mehrmengen oder anderen Produkten betroffen waren (vgl. insbesondere Rz 71, 79) und bei der Verteilung der «Mehrmenge 2020» die Anfragen von Drittkundinnen in unterschiedlichem Ausmass erfüllt wurden (vgl. Rz 88 f.), stellt sich die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox hierdurch Handelspartner bei Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert hat. 209. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass in casu keine Hinweise darauf bestehen, wonach Nivarox gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits unterschiedliche Preise verlangte²⁹⁹ oder diese unterschiedlich erhöhte (siehe Rz 90). Es wird daher nachfolgend nicht geprüft, ob Anhaltspunkte auf eine unzulässige Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen. 210. Ein Verstoß gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG setzt die kumulative Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale voraus.³⁰⁰

299 Vgl. insbesondere Act. 13, Antworten der Swatch Group auf Fragebogen, S. 59. 300 Vgl. z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

59

- Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt. - Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner. - Wettbewerbsbehinderung: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. - Keine Rechtfertigungsgründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt. 211. Die ersten drei dieser Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.

Die entsprechende Prüfung beinhaltet jedenfalls den ersten Prüfschritt des dualen Prüfmusters von Art. 7 Abs. 1 KG, bei welchem eruiert wird, ob eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt. Ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG liegt vor, falls die zu beurteilende Verhaltensweise ausserdem nicht durch sachliche Gründe (sog. legitimate business reasons) gerechtfertigt werden kann.³⁰¹ C.4.2.6.1. Ungleichbehandlung 212. Die Literatur und Praxis unterscheiden zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige La- gen anwendet,³⁰² und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden³⁰³. Bei der Analyse, ob eine Diskriminie- rung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.³⁰⁴ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.³⁰⁵ 213. Vorliegend hat Nivarox mittels der Absichtserklärung die bezieharen Mengen und Pro- dukte eingeschränkt (vgl. Rz 66, 75), gegenüber bestimmten Drittkundinnen die Lieferung von Mehrmengen verweigert (vgl. Rz 73), Bestellungen von Drittkundinnen im Rahmen der «Mehr- lieferung 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 Ab- nehmerinnen von Nivarox nicht von derartigen Einschränkungen bei den Bezugsmöglichkeiten betroffen (vgl. nur Rz 71, 79). Dies, obwohl es sich sowohl bei den konzerninternen Abnehme- rinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen gleichermassen um Unternehmen handelt, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produ- zieren und hierfür Assortiments benötigten. 214. Es bestehen mithin Anhaltspunkte, dass Nivarox konzernexterne Unternehmen hinsicht- lich der Bezugsmöglichkeiten ungleich gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen behan- delte. 215. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Nivarox die Bestellungen von Drittkundinnen im Rah- men der «Mehrlieferung 2020» in unterschiedlichem Ausmass erfüllte (vgl. Rz 88 f.). So er- füllte 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.

60

ihnen angefragte Mehrmenge erhielten. [...] erhielt zudem eine Zusatzmenge in Höhe von 868 % ihrer maximalen Liefermenge (d.h. [...] zusätzliche Assortiments) und [...] eine Zusatz- menge 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 Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen sein.³⁰⁶ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Ungleichbehandlung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.³⁰⁷ 218. Sowohl bei den konzerninternen Abnehmerinnen als auch bei den betroffenen externen Unternehmen handelt es sich gleichermaßen um Unternehmen, welche mechanische (Swiss Made-)Uhrwerke bzw. (Swiss Made-)Fertiguhren produzieren und hierfür Assortiments benötigten. Es sind also Handelspartner von der Ungleichbehandlung betroffen. C.4.2.6.3. Wettbewerbsbehinderung 219. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setzt ferner das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.³⁰⁸ Es gelten damit die Ausführungen zur Wettbewerbsbehinderung in Rz 174 hier entsprechend. Zu prüfen ist also, ob andere Unternehmen derselben oder der vor- oder nachgelagerten Marktstufe in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Es reicht eine potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus, weshalb auf die Geeignetheit einer Verhaltensweise, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen, abzustellen ist. 220. Hinsichtlich des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbehinderung in casu gelten die Ausführungen oben in Rz 175 f. entsprechend. Danach besteht insbesondere das Potenzial, dass die Ungleichbehandlungen Wettbewerber von Swatch Group auf den nachgelagerten Marktstufen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern, insbesondere auch, weil sich ETA seit 2014 schrittweise vom Drittkundinnenmarkt zurückzog (vgl. Rz 97 f., 175). Kommt hinzu, dass Nivarox ausgerechnet Sellita, die nach der Swatch Group-Tochter

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 Briefsendungen.

61

ETA mengenmässig bedeutsamste Herstellerin von mechanischen, in der Schweiz hergestellten Swiss Made-Uhrwerken³⁰⁹ mit zahlreichen Kundinnen im In- und Ausland³¹⁰, mengenmässig am stärksten in ihren Bezugsmöglichkeiten einschränkte (vgl. insbesondere [...]). Damit besteht zusätzlich das Potential einer nachteiligen «Streuwirkung», wonach auch sämtliche Sellita-Kundinnen von der Benachteiligung von Sellita betroffen sind. 221. Indes ist auch in Bezug auf die hier geprüften möglichen Ungleichbehandlungen zu beachten, dass vorliegend Hinweise bestehen, dass die ungleich behandelten Drittkundinnen ihren Assortimentsbedarf durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten sowie dass der Gesamtmarkt im massgeblichen Zeitraum mengenmässig tendenziell schrumpfte (vgl. Rz 98 ff., 176). Dies vermag vorliegend zwar nicht gegen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbehinderung zu sprechen, wäre aber im Rahmen einer Untersuchung abzuklären und könnte im Ergebnis dem Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung und damit der Missbräuchlichkeit der Ungleichbehandlungen

entgegenstehen (vgl. oben Rz 176). 222. Da nach dem Gesagten die geprüften Ungleichbehandlungen durch Nivarox zumindest das Potenzial haben, Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen sowie untereinander zu benachteiligen, bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten zu einer Wettbewerbsbehinderung führt. C.4.2.6.4. Sachliche Gründe 223. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) gerechtfertigt sein.³¹¹ Es gelten damit die allgemeinen Ausführungen zur Prüfung von sachlichen Gründen in Rz 178 hier entsprechend. 224. Auch bezüglich der Prüfung von sachlichen Gründen in casu kann im Grundsatz auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben Rz 179–181, 183). Es ist daher wenig plausibel, dass für die geprüften Ungleichbehandlungen sachliche Gründe vorliegen. Insbesondere ist wenig plausibel, dass Nivarox in jedem Fall ausser Stande gewesen sein soll, konkrete Anfragen von Drittkundinnen auf Lieferung von über die maximalen Liefermengen hinausgehende Mengen oder anderer Produkte – bei einer Vorlaufzeit der festen Bestellung von über einem Jahr und ausreichender Bezahlung – vollständig zu bedienen. 225. Diese Einschätzung basiert, wie erläutert, auf mehreren Umständen: Namentlich war die Gesamtnachfrage von Drittkundinnen im Zeitraum 2014–2020 [...], was Nivarox aufgrund der langen Vorlaufzeiten der Bestellungen und der eingeforderten Vorausschau auch bewusst gewesen sein muss (vgl. Rz 179), der Produktionsdurchlauf beträgt gemäss Nivarox höchstens [...] (Rz 36), es war Nivarox etwa bei der Verteilung der Mehrmenge auf 2020 möglich, Kapazitäten, welche sie ursprünglich [...] eingeplant hatte, innerhalb weniger Monate nach der Bestellung auf [...] verschiedene Drittkundinnen «umzuschichten» (vgl. dazu Rz 88 f.) und es gelang Nivarox auch, für [...] mit weniger Vorlaufzeit das Assortiments für das [...] Uhrwerk [...] neu zu entwickeln und zu produzieren (vgl. dazu Rz 84 ff.). 226. Zudem ist nach derzeitiger Aktenlage davon auszugehen, dass konzerninterne Abnehmerinnen die nachgefragten Mengen und Produkte erhalten konnten. Dass dies nur deshalb

309 RPW 2021/2, 338 Tabelle 1, 342 Tabelle 3, Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 310 Vgl. RPW 2021/2, 363 ff. Rz 290 ff., 369 f. Rz 326 ff., Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung. 311 Vgl. nur RPW 2020/2, 573 Rz 847 ff. m.w.N., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

62

gelang, weil – wie Nivarox ausführt – ein engerer Austausch zwischen den Swatch Group-Gesellschaften über den Bedarf stattfand, erscheint angesichts der für Drittkundinnen geltenden Bestellmodalitäten (inkl. Erfordernis, «feste» Bestellungen über ein Jahr vor der Belieferung abzugeben) wenig wahrscheinlich. Kommt hinzu, dass Nivarox im Übrigen gegenüber Drittkundinnen die Vertragsbeziehungen so hätte ausgestalten können (Bestellfristen, Abnahmegarantie), dass eine nachfragegerechte Belieferung auch gegenüber Drittkundinnen möglich gewesen wäre. 227. In Bezug auf die Ungleichbehandlung von [...] gegenüber konzerninternen Abnehmerinnen und anderen Drittkundinnen (vgl. Rz 213, 215) sei nochmals das Folgende betont. Vorliegend ist insbesondere nicht nachvollziehbar, inwiefern die vollständige oder teilweise Verweigerung der Lieferung von Mehrmengen für die Jahre 2020 bis 2022 deshalb zulässig gewesen sein soll, weil die Bestellungen mit Blick auf das bisherige Bestellverhalten «überzogen» gewesen seien und nicht den realen Marktbedürfnissen entsprochen hätten. Dass dies überhaupt ein Rechtfertigungsgrund sein kann, ist wenig plausibel und wird von

Nivarox auch nicht weiter begründet. Zudem erscheint diese Begründung vorgeschoben. Denn zum einen waren die Mehranfragen von [...] 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 bezieharen 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.

63

- Handelspartner (Drittkundinnen und konzerninterne Abnehmerinnen) bei Geschäftsbedingungen (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 [...]uhrwerk [...] unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG gehandelt hat (vgl. Rz 182), - durch die Festlegung des Kreises der zum Bezug berechtigten Drittkundinnen in der Ab- sichtserklärung sowie in den [...] festgestellten Fällen einer Geschäftsverweigerung ge- genüber 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 Anhalts- punkte für Verstösse gegen das Kartellgesetz eingestellt. 234. Soweit Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstösse bestehen (vgl. Rz 231), wird in Bezug auf das Verhalten von Nivarox in der Vergangenheit aus Verhältnismässigkeitsgründen darauf verzichtet, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen. Das Sekretariat berücksichtigt dabei insbesondere die folgenden Umstände: - Zwar steht die Möglichkeit der Verletzung eines direkt sanktionierbaren Tatbestands im Raum (Art. 49a KG). Allerdings bestehen Anhaltspunkte für eher geringfügige Verstösse. So belieferte Nivarox sämtliche bisherigen

Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments. Dies bisweilen sogar in Mengen, welche über die maximalen Liefermengen gemäss Absichtserklärung hinausgingen (vgl. insbesondere Rz 72 ff.), und auch mit «technische Anpassungen», Überarbeitungen sowie Neuentwicklungen (z.B. Assortiments für das [...]uhrwerk [...]; vgl. Rz 76 ff., Rz 83 ff.). Demgegenüber verweigerte Nivarox die Lieferung von zusätzlichen Mengen oder anderen Produkten nur gegenüber einzelnen Drittkundinnen und dies teilweise auch nicht vollständig (z.B. Verteilung der «Mehrmenge 2020»; vgl. Rz 73, 77, 88 f.). Im aufgezeigten Ausmass bestehen zudem Hinweise, dass die betroffenen Drittkundinnen ihren konkreten Assortimentsbedarf, welchen Nivarox nicht bedienen wollte, durch den Bezug von Assortiments bei alternativen Quellen oder die Etablierung oder Steigerung der Eigenproduktion decken konnten (vgl. Rz 98 ff.). - Wie erläutert, belieferte Nivarox sämtliche bisherigen Drittkundinnen, welche es wünschten, mit Assortiments (s. o.). Soweit es gegenüber Drittkundinnen konkret zu vereinzelt Beschränkungen der nachgefragten Mengen und Produkte kam, geht es primär um die privaten Interessen der betroffenen Unternehmen (vor allem von Sellita; vgl. Rz 73 f., 77 f., 89). Zu deren Schutz kann der Zivilrechtsweg beschritten werden (Art. 12 ff. KG). - Für die Zukunft wird die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung verhindert, sofern Nivarox die untenstehende Anregung im Sinne der Erwägungen umsetzt (vgl. Rz 235, 236 f.). 235. Gemäss vorliegender Akten will Nivarox die Absichtserklärung [...].³¹³ Es ist daher darauf hinzuweisen, dass angesichts der Anhaltspunkte für das Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox künftige konkrete Einschränkungen der Bezugsmöglichkeiten von

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

64

Drittkundinnen und Ungleichbehandlungen von Handelspartnerinnen (vgl. Rz 231) – je nach den konkreten Bedürfnissen der Nachfragerinnen, den konkreten alternativen Bezugsquellen sowie den sachlichen Gründen von Nivarox für allfällige Lieferverweigerungen (z.B. aktuelle Kapazitäten von Nivarox) – zu Kartellrechtsverstössen von Nivarox und zu einer Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG führen können. Um dies zu verhindern, regt das Sekretariat Massnahmen an (vgl. sogleich Rz 236 f.). D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG 236. Das Sekretariat regt mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die folgende Massnahme an, um die erwähnten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern. Nivarox erfüllt die Anfragen von Drittkundinnen auf die Lieferung von Assortiments im Rahmen ihrer konkreten Produktionsmöglichkeiten und diskriminiert Drittkundinnen – insbesondere in Bezug auf die beziehbaren Mengen und Produkte – weder gegenüber ihren konzerninternen Abnehmerinnen noch untereinander. 237. Setzt Nivarox die vorstehende Anregung nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung betreffend die Umsetzung der Absichtserklärung bzw. die Bezugsmöglichkeiten von Drittkundinnen bei Nivarox zu beantragen (Art. 27 KG). E Kosten 238. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. 2 Abs. 1 GebV-KG³¹⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) verursacht hat. In casu hat Nivarox die vorliegende Vorabklärung durch ihre Belieferungspraxis verursacht (vgl. Rz 1, 20 ff.). 239. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte des geprüften mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige

Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Im vorliegenden Fall liegen jedoch Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Nivarox vor (vgl. Rz 231). Auf die Beantragung der Eröffnung einer Untersuchung bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO wird einzig vorläufig und unter der Voraussetzung verzichtet, dass Nivarox die Anregung nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt (vgl. Rz 234–237). Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG ist damit nicht erfüllt, weshalb Nivarox nicht von der Gebührenpflicht befreit ist.³¹⁵ 240. Die konkrete Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 241. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 431,3 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

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.

65

- 14 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 1'820.–; - 401,64 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 80'328.–; - 15,66 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'541.40. 242. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 86'689.40. Bei der Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei eine gewisse Pauschalität der Kostenquotelung hinzunehmen ist.³¹⁶ Von den Verfahrenskosten sind vorliegend mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG diejenigen Kosten zulasten der Staatskasse auszuscheiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung von Hinweisen entstanden sind, bei denen sich keine Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse ergeben haben. Dies betrifft vorliegend die Überprüfung der verzögerten Belieferung von [...] mit Assortiments für das [...]uhrwerk [...], der Geschäftsverweigerung gegenüber [...] anfragenden Unternehmen sowie der Preissetzung und der Bestellmodalitäten (vgl. Rz 1, 232 f.). Bei der im Fokus stehenden Verhaltensweise, der Einschränkung der für bisherige Drittkundinnen beziehbaren Mengen und Produkte haben sich die Hinweise hingegen zu Anhaltspunkten für unzulässige Verhaltensweisen verdichtet (vgl. Rz 1, 231). Von den gesamten Verfahrenskosten sind deshalb 4/10 von der Staatskasse und 6/10 von Nivarox bzw. Swatch Group (d.h. CHF 52'013.64) zu tragen. F Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt fest, dass Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox-FAR SA im geprüften Zeitraum (2014–2022) über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügte; 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.

66

6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

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