

WEKO swissgenetics-2022-06-27 vom 27. Juni 2022

WEKO, 2022-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_swissgenetics-2022-06-27

FR: WEKO swissgenetics-2022-06-27 du 27 juin 2022

IT: WEKO swissgenetics-2022-06-27 del 27 giugno 2022

Erwägungen

E. 1

Per 1. Juli 2020 übernahm die Swissgenetics Genossenschaft (nachfolgend: Swissgenetics) mit Sitz in Zollikofen die New Generation Genetics Inc. (nachfolgend: NGG) mit Sitz in Fort Atkinson, Wisconsin (USA). Kenntnis von dieser Übernahme erlangte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erst nach deren Vollzug durch Hinweise aus dem Markt und eine auf der Website von Swissgenetics veröffentlichte Medienmitteilung.¹

E. 2

Swissgenetics ist in der Stierselektion, der Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und dem Handel von Stiersamen sowie der Stiersamenübertragung (Besamungsdienstleistungen) tätig. Im Geschäftsjahr 2019/2020 produzierte Swissgenetics rund 2,23 Millionen Samendosen, wobei sie rund 0,85 Millionen Samendosen in der Schweiz und rund 0,43 Millionen ins Ausland verkaufte. Dabei erzielte sie einen weltweiten Umsatz von rund 59,78 Millionen Franken und einen schweizweiten von rund [...] Franken.³ Per 30. Juni 2020 beschäftigte sie 372 Personen.⁴

E. 3

NGG ist ein in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätiges Unternehmen mit einer kleinen Anzahl an Mitarbeitern.⁵ Zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses im Mai 2021 verkaufte NGG von den USA aus ausschliesslich Rindersperma und vertrieb dieses weltweit, auch nach Europa. In der Schweiz verkaufte NGG ihr Rindersperma ausschliesslich an Swissgenetics. 2019 lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an Swissgenetics und erzielte einen weltweiten Umsatz in der Höhe von [...] Franken und in der Schweiz einen solchen in der Höhe von [...] Franken.⁶ Im Bereich Besamungsdienstleistungen war NGG damals nicht tätig.

E. 4

Die Übernahme von NGG sei laut Angaben von Swissgenetics im Rahmen einer Nachfolgelösung erfolgt. Sie biete Swissgenetics mittelfristig die Gelegenheit, mit den Stieren von NGG die Märkte in den USA zu erschliessen und mit in Übersee entwickelten Embryonen Stiere mit Schweizer Genetik in den USA zu produzieren. Diese Märkte könnten von der Schweiz aus aufgrund sanitärer Gründe, d. h. wegen gewisser u. a. in der Schweiz vorkommender Rinderkrankheiten, nicht beliefert werden.⁷

E. 5

Per Mai 2021 hatte NGG vier Mitarbeiter, vgl. NGG, Website, brownswiss.com/company/our-team.php (26.5.2021).

E. 6

Act. 15, S. 8.

E. 7

Act. 15, S. 3.

E. 8

Die Umfirmierung fand im Jahr 2004 statt, vgl. SHAB-Mitteilung vom 21.6.2004 <www.shab.ch/shabforms/servlet/Search?EID=7&DOCID=2327586> (2.5.2022).

E. 9

Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

E. 10

In ihrer Beurteilung zu allfälligen unzulässigen Verhaltensweisen des SVKB stellte die WEKO fest, dass die Exklusivverträge neu in den Markt tretende KB-Unternehmen im Aufbau eines eigenen konkurrenzfähigen Verteilnetzes behindern und dadurch deren wirtschaftliche Existenz gefährden. Die WEKO qualifizierte die Exklusivverträge als eine Einschränkung des Absatzes anderer KB-Unternehmen und als unzulässig gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.16

E. 11

Verordnung vom 31.10.2012 über die Tierzucht (Tierzuchtverordnung, TZV; SR 916.310).

E. 12

Vgl. RPW 1999/1, 75 ff. Rz 1 ff., Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

E. 13

RPW 1999/1, 76 f. Rz 7 und 81 Rz 23, Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

E. 14

RPW 1999/1, 85 Rz 49 und 87 Rz 57, Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

E. 15

RPW 1999/1, 88 Rz 63, Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

E. 16

RPW 1999/1, 90 Rz 67, Beschaffung, Verteilung Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

5

2. Der SVKB wird verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung sämtlichen Vertragspartnern mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG nicht zulässig sind. Der SVKB hat den Vollzug dieser Massnahmen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission umgehend zu melden. 3. Zuwiderhandlungen

gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden. 4. Kosten 5. Rechtsmittelbelehrung».17 Die Verfügung 1999 ist in Rechtskraft erwachsen. 12. Am 18. Februar 2009 reichte Swissgenetics eine Zusammenschlussmeldung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG beim Sekretariat ein, in der Swissgenetics angab, das schweizerische Unternehmen Select Star SA (nachfolgend: Select Star) übernehmen zu wollen.18 Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer (markt)beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG, vor allem für den Markt des Vertriebs von Stiersamen sowie für den Markt für Besamungsdienstleistungen. Deshalb entschied die WEKO am 16. März 2009, eine Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swissgenetics/Select Star durchzuführen19. Swissgenetics zog ihre Meldung jedoch noch vor dem Entscheid der WEKO am 1. Juli 2009 zurück.20 13. Am 7. August 2014 beantragte Swissgenetics beim Sekretariat festzustellen, dass sie seit dem 1. Januar 2014 keine marktbeherrschende Stellung mehr innehatte. Swissgenetics begründete ihren Antrag damit, dass durch die Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung ein allfälliges Zusammenschlusskontrollverfahren, welches aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG unabhängig vom Erreichen von Umsatzschwellen bei entsprechenden Vorhaben in jedem Fall notwendig würde, vermieden werden könne. Wesentlich sei zudem, dass Swissgenetics aufgrund des bestehenden Damoklesschwertes «marktbeherrschend» in ihrer unternehmerischen Tätigkeit erheblich eingeschränkt und damit gegenüber ihren Wettbewerbern benachteiligt sei.21 14. Swissgenetics bat das Sekretariat in Bezug auf ihren vorerwähnten Antrag darum, ihr vorab mitzuteilen, ob das Sekretariat zur Beurteilung des Antrags plane, Informationen von Dritten einzuholen und wenn ja, die benötigten Informationen Swissgenetics gegenüber zu beschreiben. Diese Anfrage wurde als Beratung i. S. v. Art. 23 Abs. 2 KG behandelt. Das Sekretariat teilte Swissgenetics am 25. September 2014 mit, dass es für die Beurteilung des gestellten Antrags weitergehende Informationen insbesondere von Dritten benötige, welche u. a. im Rahmen einer Marktbefragung einzuholen wären.22 Daraufhin teilte Swissgenetics dem Sekretariat mit Schreiben vom 9. September 2015 mit, dass sie auf eine Weiterverfolgung ihres Antrags verzichtet.23

E. 17

RPW 1999/1, 92 f. Rz 84, Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

E. 18

Act. 22.

E. 19

Act. 23.

E. 20

Act. 24.

E. 21

Act. 25.

E. 22

Act. 26.

E. 23

Act. 27.

6

A.3 Verfahren A.3.1 Verfahrensgeschichte 15. Durch Hinweise aus dem Markt und eine Medienmitteilung von Swissgenetics vom 6. Juli 2020 erhielt das Sekretariat Kenntnis von der Übernahme von NGG durch Swissgenetics.²⁴ 16. Angesichts der Tatsache, dass die WEKO im Rahmen der Verfügung 1999 die marktbeherrschende Stellung vom SVKB i. S. v. Art. 7 KG im schweizerischen Markt für KB festgestellt hatte (vgl. Rz 9), forderte das Sekretariat Swissgenetics am 11. September 2020 auf, zur Frage Stellung zu nehmen, ob die Übernahme von NGG meldepflichtig sei.²⁵ 17. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 vertrat Swissgenetics die Meinung, dass die Übernahme von NGG durch Swissgenetics keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle.²⁶ 18. Mit Schreiben vom 8. März 2021 teilte das Sekretariat Swissgenetics mit, dass es den Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig erachtet. Es setzte Swissgenetics deshalb eine Frist bis zum 12. April 2021 zur Einreichung der Meldung zum Zusammenschluss.²⁷ 19. Mit Schreiben vom 12. April 2021 reichte Swissgenetics ein Fristerstreckungsgesuch bis zum 10. Mai 2021 ein, welches das Sekretariat mit Schreiben vom 13. April 2021 gewährte.²⁸ 20. Nach vorgängig geführter Korrespondenz²⁹ reichte Swissgenetics am 10. Mai 2021 per E-Mail die erleichterte Meldung i. S. v. Art. 12 VKU fristgerecht beim Sekretariat ein. Darin gab Swissgenetics an, den Zusammenschluss per 1. Juli 2020 vollzogen zu haben. Der Meldung war zu entnehmen, dass die Übernahme durch einen vollständigen Erwerb der Aktien stattgefunden hatte und damit einen Kontrollerwerb i. S. v. Art. 4 Abs. 3 lit. b KG von NGG durch Swissgenetics darstellte.³⁰ 21. Am 9. Juni 2021 erfolgte die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlusses, im Rahmen derer die WEKO zum Schluss kam, dass der Zusammenschluss als unbedenklich einzustufen ist. Die entsprechende Mitteilung der WEKO erging am 9. Juni 2021 (Art. 16 Abs. 1 VKU³¹).³² 22. Am 8. September 2021 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen Swissgenetics und teilte ihr dies gleichentags mit einem Schreiben mit. Darin wurde Swissgenetics aufgefordert, Stellung zu nehmen zum Vorwurf, die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG verletzt zu haben.³³ Die Stellungnahme von Swissgenetics ging am 8. Oktober 2021 beim Sekretariat ein.³⁴

E. 24

Act. 1.

E. 25

Act. 2.

E. 26

Act. 6.

E. 27

Act. 7.

E. 28

Act. 10, act. 11.

E. 29

Act. 2–14.

E. 30

Act. 15, S. 1 und S. 7.

E. 31

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

E. 32

Act. 18.

E. 33

Act. 20.

E. 34

Act. 21.

7

23. Am 2. Mai 2022 stellte das Sekretariat Swissgenetics den Antrag des Sekretariats (nachfolgend: Antrag) zur Stellungnahme zu.35 Am 2. Juni 2022 reichte Swissgenetics die entsprechende Stellungnahme ein.³⁶ A.3.2 Stellungnahme von Swissgenetics zum Antrag des Sekretariats 24. Swissgenetics macht in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen drei Punkte geltend: ■ Erstens bezweifelt Swissgenetics, dass eine für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt (vgl. Rz 41 ff.). ■ Zweitens bestreitet Swissgenetics, dass die Voraussetzungen für die Änderung der Curti-Praxis erfüllt sind (vgl. Rz 89 ff.). ■ Drittens führt Swissgenetics bezüglich der beantragten Sanktion aus, dass wenn schon, von einem leichten Verstoss auszugehen sei und keine erschwerenden Umstände vor- lägen (vgl. Rz 113 ff.). 25. Swissgenetics stellt in ihrer Stellungnahme die folgenden Anträge: «1. Von einer Belastung der Swissgenetics Genossenschaft mit einer Sanktion nach Art. 51 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Übernahme der New Generation Ge- netics sei abzusehen. 2. Eventualiter sei die Sanktion unter Beachtung der Curti-Praxis sowie unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen in dieser Stellungnahme zu bemessen, d.h. gegenüber dem Antrag des Sekretariats substantiell zu reduzieren. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates»³⁷. B Erwägungen B.1 Geltungsbereich 26. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unter- nehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). 27. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienst- leistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Swissgenetics ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG zu quali- fizieren. B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO 28. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO³⁸. Danach trifft die Gesamt- kommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

E. 35

Act. 28.

E. 36

Act. 29.

E. 37

Act. 29, S. 1.

E. 38

Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

8

29. Gemäss Art. 53 KG werden Fälle von Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vom Sekretariat in Absprache mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eingeleitet. Sie werden von der WEKO beurteilt. Somit ist die WEKO für den Ent- scheid im vorliegenden Sanktionsverfahren zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). B.3 Das anwendbare Verfahrensrecht 30. Im Allgemeinen sind die Bestimmungen des VwVG39 auf ein Sanktionsverfahren nach Art. 51 und 53 KG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG). Da die in Art. 51 KG vorgesehene Sanktion strafrechtsähnlichen Charakter hat, müssen auch die Bestimmungen der EMRK40 berücksichtigt werden, sofern ihre Anwendung objektiv gerechtfertigt ist.⁴¹ B.4 Sanktion nach Art. 51 KG B.4.1 Allgemeine Bemerkungen 31. Gemäss Art. 51 Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zu- sammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, ge- gen eine mit der Zulassung erteilte Auflage verstösst, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durch- führt mit einem Betrag bis zu einer Million Franken belastet. Art. 51 Abs. 1 KG bezweckt an erster Stelle die Absicherung der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und des Voll- zugsverbotes während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG. Die Wettbewerbsbehörden sollen die Möglichkeit erhalten, ein Zusammenschlussvorha- ben rechtzeitig und vorab zu prüfen. Dies setzt die vorgängige Meldung des Zusammen- schlussvorhabens sowie den Aufschub des Vollzugs voraus.⁴² B.4.2 Voraussetzungen B.4.2.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG 32. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG müssen erfüllt sein, damit Swisssen- getics im vorliegenden Verfahren eine Sanktion auferlegt werden kann. Dazu muss ein «Un- ternehmen» einen nach Art. 9 Abs. 4 KG «meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Mel- dung vollzogen» haben. B.4.2.1.1 Unternehmen 33. Für den Begriff des Unternehmens wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG verwiesen und festgehalten, dass es sich bei Swisssengetics um ein solches handelt (vgl. Rz 26 f.). B.4.2.1.2 Meldepflichtiger Zusammenschluss nach Art. 9 Abs. 4 KG 34. Nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht die Meldepflicht ungeachtet der Aufgreifschwelle i. S. v. Art. 9 Abs. 1 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für wel- ches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zu-

E. 39

Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

E. 40

Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

E. 41

CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 51 KG N 2 f.

E. 42

Vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 51 N 5.

9

sammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. 35. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995⁴³ führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hochkonzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 lit. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.⁴⁴ 36. Nachfolgend wird geprüft, ob für die Übernahme von NGG durch Swissgenetics die vorgenannten zwei Voraussetzungen (vgl. Rz 34) erfüllt sind, d. h. ■ für ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz marktbeherrschend ist (B.4.2.1.2.1); und ■ der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (B.4.2.1.2.2). B.4.2.1.2.1 Rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Art. 9 Abs. 4 KG 37. Die Feststellung der Marktbeherrschung begründet nur dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, wenn sie im Wege einer Verfügung der WEKO erging. Die Verfügung der WEKO muss überdies rechtskräftig sein, d. h., es darf hiergegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehen.⁴⁵ 38. In der Verfügung 1999 stellte die WEKO eine marktbeherrschende Stellung des SVKB auf dem schweizerischen Markt für KB fest i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 9). Im Dispositiv der Verfügung 1999 hielt die WEKO den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG des SVKB fest. Ziffer 1 des Dispositivs (vgl. Rz 11) lautet wie folgt: «1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.» 39. Da eine Verletzung von Art. 7 KG notwendigerweise eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt⁴⁶, wurde mit der Dispositivziffer 1 (vgl. Rz 11) automatisch auch eine marktbeherrschende Stellung des SVKB rechtskräftig festgestellt.

E. 43

Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468.

E. 44

Vgl. BBl 1995 I 468, 581; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.35, TX Group AG/WEKO.

E. 45

RPW 2014/1, 322 Rz 37 – Verfügung vom 23.9.2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A. m. w. Hw. Zum Ganzen vgl. auch MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 9 KG N 292a.

E. 46

Vgl. BVGer, B-2597/2017, vom 19.1.2022 E.10.11–10.16, Vifor, HCI/WEKO; RPW 2013/1, 95 Rz 25, PubliGroupe/ImproveDigital.

10

40. Die marktbeherrschende Stellung wird von Swissgenetics nicht bestritten. So meldete Swissgenetics im Jahre 2009 aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung die Übernahme von Select Star (vgl. Rz 12).⁴⁷ Zudem beantragte Swissgenetics im Jahr 2014, die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sei aufzuheben (vgl. Rz 13 f.).⁴⁸ 41. Swissgenetics moniert, die Behauptung, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestreite, sei offensichtlich unzutreffend. Richtig sei zwar, dass Swissgenetics im Jahr 2009 das Zusammenschlussvorhaben Swissgenetics/Select Star gemeldet habe (vgl. Rz 12), doch habe diese Meldung eingereicht werden müssen, weil von einer «formellen» Meldepflicht habe ausgegangen werden müssen. Swissgenetics habe damit nur «anerkannt», dass eine formell rechtskräftige Verfügung im Raum gestanden habe, gemäss der das Zusammenschlussvorhaben habe gemeldet werden müssen. Richtig sei weiter, dass Swissgenetics 2014 das Gesuch gestellt habe, es sei festzustellen, dass sie keine marktbeherrschende Stellung mehr habe. Auf eine Weiterverfolgung des Gesuchs habe Swissgenetics später verzichtet, weil die vom Sekretariat zur Abklärung als notwendig erachteten Massnahmen im Markt so nachteilige Auswirkungen gehabt hätten, dass die Nachteile in einer Abwägung überwogen hätten. Deutlicher als mit einem solchen Gesuch habe Swissgenetics aber nicht zum Ausdruck bringen können, dass sie klar der Meinung sei, nicht (bzw. nicht mehr) marktbeherrschend zu sein.⁴⁹ 42. Dem ist entgegenzuhalten, dass im Antrag lediglich festgehalten wurde, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestritten habe; dies entsprach bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Stellungnahme von Swissgenetics den Tatsachen. Es lässt sich weder der Meldung des Zusammenschlussvorhabens Swissgenetics/Select Star noch dem Gesuch um Aufhebung der marktbeherrschenden Stellung im Jahr 2014 entnehmen, dass Swissgenetics die festgestellte marktbeherrschende Stellung explizit bestritten haben soll. Bezogen auf die «formelle» Meldepflicht ist darauf hinzuweisen, dass eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG nur bestehen kann, wenn für ein Unternehmen in einer rechtskräftigen Verfügung der WEKO eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist. Mit der Meldung des Zusammenschlussvorhabens Swissgenetics/Select Star hat Swissgenetics anerkannt, dass gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht bestanden hat. Dies hielt Swissgenetics in ihrer entsprechenden Meldung auch so fest: «[...] Aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. März 1999, welche den SVKB rechtskräftig als marktbeherrschende Organisation bezeichnet hat, meldet Swissgenetics als deren Nachfolgeorganisation die Übernahme der Aktienmehrheit an Select Star SA aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG [...]»⁵⁰ 43. Das Argument von Swissgenetics, dass sie im Jahr 2014 bzw. auch heute faktisch nicht (mehr) marktbeherrschend gewesen sei bzw. sei, ist nicht stichhaltig, weil die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet davon besteht, ob die festgestellte marktbeherrschende Stellung de facto noch vorliegt oder nicht. Entscheidend ist einzig,

dass die markt- beherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt wurde. Solange diese Feststellung nicht aufgehoben wird, besteht die festgestellte marktbeherrschende Stellung und damit auch die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG weiter.⁵¹

E. 47

Act. 22.

E. 48

Act. 25.

E. 49

Act. 29, Rz 22 ff.

E. 50

000 Franken nach Art. 51 Abs. 1 KG wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als angemessen (vgl. Rz 122). Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Swissgenetics die Verfahrenskosten in Höhe von 13 950.50 Franken zu tragen (vgl. Rz 129).

31

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

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