



## Urteil vom 29. April 2014

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani,  
Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Michael Tschudin.

---

Parteien

**The Swatch Group AG,**  
Seevorstadt 6, 2501 Biel/Bienne,  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf,  
Rechtsanwalt, Krauskopf Wagner & Partner,  
Färberstrasse 6, 8008 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsver-  
fahren 440-0011 betreffend Vollzug eines meldepflichtigen  
Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG.

**Sachverhalt:****A.**

Im Juli 2002 erklärte ETA SA Manufacture Horlogère Suisse ("ETA") ihren Kunden, die Lieferungen von sogenannten Ebauches (Bestandteil eines Uhrwerks) ab Januar 2003 zu reduzieren und ab Januar 2006 einzustellen und stattdessen nur noch fertig montierte Uhrwerke zu liefern. Die vollständige Einstellung der Lieferung von Ebauches wurde von der Vorinstanz als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und damit als missbräuchlich i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) qualifiziert. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtete sich ETA, bis Ende 2008 im bisherigem Umfang und anschliessend bis Ende 2010 in reduziertem Umfang Ebauches für mechanische Uhrwerke an ihre Kunden zu liefern. Das Dispositiv enthält folgende Feststellung der Marktbeherrschung von ETA (Verfügung vom 8. November 2004, RPW 2005/1, S. 128):

- "1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- eine marktbeherrschende Stellung innehat. Als nachgelagerter Markt gilt der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements)."

Im Anschluss meldete ETA bzw. die Beschwerdeführerin (Muttergesellschaft der ETA) verschiedene Unternehmenstransaktionen gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG (Meldepflicht aufgrund einer rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung). Die Vorinstanz beurteilte die Meldungen jeweils im Rahmen einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG als zulässig. Es waren jeweils keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Zusammenschlüsse eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (vgl. RPW 2008/4, S. 662; RPW 2010/3, S. 565; RPW 2011/1, S. 201; Vernehmlassungsbeilagen 1-5).

**B.**

Mit Vertrag vom 30. März 2012 kaufte die Beschwerdeführerin sämtliche Aktien der Simon et Membrez S.A. ("S&M") und eine Beteiligung über 60 % der Termiboîtes S.A. Diese Transaktion wurde am 11. April 2012 vollzogen. Die S&M stellt qualitativ hochstehende Uhrengehäuse aus edlen Materialien wie Gold, Platin, Palladium oder hochwertigem Stahl für das oberste Preissegment her. Zu ihren Kunden gehören neben der Beschwerdeführerin auch andere Hersteller von Luxusuhren. Der Umsatz von S&M betrug im Geschäftsjahr 2011 rund (< Fr. 60 Mio.) (angefochte-

ne Verfügung, Rz. 2-4). Termiboîtes bietet ausschliesslich die sogenannte Polissage von qualitativ hochstehenden Uhrengewässen an. (...). Der Umsatz für das Jahr 2011 betrug rund (< Fr. 10 Mio.) (angefochtene Verfügung, Rz. 7).

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") erfuhr am 12. April 2012 über die Tagespresse von dieser Transaktion. Anders als bei früheren Zusammenschlüssen der Beschwerdeführerin wurde es nicht vorgängig informiert (angefochtene Verfügung, Rz. 1). Auf Nachfrage des Sekretariats erklärte die Beschwerdeführerin die Sachlage hinsichtlich der Transaktion. Aufgrund dieser Informationen kam das Sekretariat zur Ansicht, es handle sich um einen gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtigen Zusammenschluss, weshalb die Beschwerdeführerin zu einer vollständigen Meldung gemäss Art. 11 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) aufgefordert wurde (Beschwerdebeilage 8). Mit Schreiben vom 13. August 2012 informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin darüber, dass sie die nunmehr gemeldete Transaktion für unbedenklich hält (Beschwerdebeilage 16). Weil allerdings Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen die Meldepflicht gemäss Art. 9 KG vorgelegen haben, eröffnete die Vorinstanz bereits am 16. Juli 2012 ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen die Beschwerdeführerin (Beschwerdebeilage 13).

### C.

Am 23. September 2013 erliess die Vorinstanz in der Untersuchung 440-0011 betreffend die oben beschriebene Transaktion wegen Verstosses gegen Art. 9 Abs. 4 KG die angefochtene Verfügung.

Deren Dispositiv lautet wie folgt:

- "1. Die The Swatch Group AG wird wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 KG verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von (< CHF 50'000.-) zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 36'257.- werden der The Swatch Group AG auferlegt.
3. [Eröffnung]"

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass für Zusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet der Umsatzzschwellen in Art. 9 Abs. 1 KG eine Meldepflicht bestehe, wenn am Zu-

sammenschluss ein Unternehmen beteiligt sei, für welches eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt rechtskräftig festgestellt worden sei, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart sei. Betreffend ETA sei eine solche (zeitlich unlimitierte) Feststellung ergangen, weshalb auch für die Beschwerdeführerin als Muttergesellschaft die erste Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sei (angefochtene Verfügung, Rz. 55).

Für die Frage, ob ein hinsichtlich dieser Meldepflicht betroffener Markt vorliegt, wurde zunächst der relevante Markt betreffend die übernommenen Unternehmen als Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. Fr. 1'500.- verwendet werden, abgegrenzt (angefochtene Verfügung, Rz. 77). Weiter wurde der Produktionsweg einer mechanischen Uhr beschrieben: Für die Produktion einer mechanischen Uhr werde grundsätzlich ein Ebauche (Zusammensetzung der rohen Bestandteile eines Uhrwerks) mit einem Assortiment (bestehend aus Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker) zu einem Rohuhrwerk (Mouvement) zusammengesetzt. Dieses Rohuhrwerk werde in einem nächsten Schritt mit weiteren Komponenten wie Zeiger, Zifferblatt usw. zu einem fertigen Uhrwerk verarbeitet. Dieses wiederum werde in eine Uhrenschale eingesetzt (angefochtene Verfügung, Rz. 40 und 79).

Vor dem Hintergrund des Produktionswegs und der Analyse der Kundenliste von S&M ging die Vorinstanz davon aus, dass Ebauches von ETA in Uhrenschalen von S&M eingebaut werden. Somit würde das Produkt, für welches die Marktbeherrschung festgestellt worden sei, in das von dem zu beurteilenden Unternehmenszusammenschluss betroffene Produkt eingebaut. Deshalb sei von einem nachgelagerten Markt auszugehen, womit auch die zweite Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sei (angefochtene Verfügung, Rz. 99-106).

Doch selbst wenn kein nachgelagerter Markt betroffen wäre, müsse von benachbarten Marktverhältnissen ausgegangen werden. Unter benachbarten Märkten dürften nach Ansicht der Vorinstanz Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar seien und deren Nachfrage parallel verlaufe. Eine Benachbarkeit könne demnach insbesondere auch im Falle komplementärer Beziehungen vorliegen. Das Ebauche und die Uhrenschale würden sich im Hinblick auf die Fertigung einer mechanischen Uhr als notwendige Komponenten gegen-

seitig bedingen, weshalb sie als komplementäre Güter anzusehen seien (angefochtene Verfügung, Rz. 96-112).

#### **D.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 1. November 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es seien Dispositiv Ziffern 1 & 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 23. September 2013 vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Untersuchung 440-0011 gegen die Beschwerdeführerin sei ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen.
3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Untersuchung 440-0011 gegen die Beschwerdeführerin ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz."

Gleichzeitig werden folgende Verfahrensanträge gestellt:

- "1. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren.
3. Es sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerde und ihren Beilagen diejenigen Informationen zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.
4. Soweit das Gericht andere Aktenstücke als die Beschwerdeschrift und ihre Beilagen gegenüber Dritten und/oder im Fall einer Entscheidpublikation offen legen will, sei der Beschwerdeführerin vorgängig Gelegenheit zu geben, diejenigen Aktenstücke zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.
5. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.

6. Es sei nach Abschluss der beiden Schriftenwechsel ein nicht-öffentliches Hearing anzuordnen."

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die Sanktionierung, weil keine Meldepflicht bestanden habe. Die Feststellung der Marktbeherrschung aus dem Jahr 2004 sei zeitlich limitiert gewesen, weil die Lieferpflicht per Ende 2010 vollständig auslief. Ab diesem Zeitpunkt habe der Marktanteil der ETA null Prozent betragen, weil keine Kunden ausserhalb des Konzerns beliefert worden seien. Ausserdem könne die Feststellung der Marktbeherrschung zeitlich nicht unlimitiert sein, da die Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG nicht ewig fort dauern könne. Die Vorinstanz hätte ihren Entscheid aufgrund der Oficialmaxime auch ohne Antrag der Beschwerdeführerin von Amtes wegen in Wiedererwägung ziehen sollen. Diese Pflicht treffe auch die Rechtsmittelinstanz, weshalb sie die Beurteilung der angefochtenen Verfügung auf die neue tatsächliche Sachlage abstellen müsse (Beschwerde, Rz. 48 ff.).

Es liege auch kein nachgelagerter oder benachbarter Markt vor. Ausgehend vom Markt für mechanische Ebauches gelte die Zusammensetzung von Uhrenwerkkomponenten zum Rohuhrwerk als nachgelagerter Markt. Als nachgelagerter Markt sei der unmittelbar nächste Produktionsschritt zu betrachten. Die Argumentation der Vorinstanz zum nachgelagerten Markt würde dazu führen, dass Produkte aus der gesamten Wertschöpfungskette im Uhrenmarkt als nachgelagerte Märkte angesehen werden könnten (Beschwerde, Rz. 98-100).

Um auf einen benachbarten Markt zu schliessen, werde eine minimale Substitutionsbeziehung zwischen den betroffenen Produkten verlangt. Das Sekretariat habe in einer Beratung folgende Kriterien zum Vorliegen eines benachbarten Marktes angegeben: (i) gemeinsame Rohstoffbasis, (ii) Vorliegen einer Kuppelproduktion sowie (iii) die Bedeutung eines umfassenden Produktionssortiments. In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz neue Kriterien zur Anwendung gebracht. Diese Praxisänderung erfolge ohne Begründung oder Erläuterung. Nach den vom Sekretariat angewandten Kriterien liege dagegen kein benachbarter Markt vor (Beschwerde, Rz. 106-112).

## **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht den zweiten Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts ab,

weil die Beschwerdeführerin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in genügender Weise substantiiert hat und ein solcher – insbesondere unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung – auch nicht ersichtlich ist.

#### **F.**

Die Vorinstanz reichte ihre Vernehmlassung zu den materiellen Rechtsbegehren mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 ein. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2013 erklärte der Instruktionsrichter, dass sich aufgrund der Aktenlage zurzeit weder ein "nicht-öffentliches Hearing" noch ein zweiter Schriftenwechsel aufdränge. Aufgrund des Replikrechts der Beschwerdeführerin wurde ihr eine Frist bis zum 17. Januar 2014 angesetzt, um eine Fristansetzung zur Stellungnahme zu verlangen.

#### **G.**

Auf entsprechendes Gesuch hin, wurde der Beschwerdeführerin bis zum 17. Februar 2014 Gelegenheit gegeben, hinsichtlich der Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Diese Replik wurde der Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Februar 2014 zugestellt, wobei auf eine Fristansetzung zur Duplik verzichtet wurde. Mit Schreiben vom 24. Februar 2014 verzichtete die Vorinstanz explizit auf eine weitere Stellungnahme.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 1.1; vgl. auch BVGE 2007/6, E. 1, m.w.H.).

#### **1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (BVGE 2011/32, E. 1.1, auch publiziert in RPW 2010/2, S. 242 ff.).

Der angefochtene Entscheid vom 23. September 2013, welcher die Beschwerdeführerin mit einer finanziellen Sanktion belastet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG. Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 lit. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

## **1.2**

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Die Beschwerdeführerin erfüllt somit die Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die Sanktionierung besonders berührt (lit. b) und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (lit. c). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

## **1.3**

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.

## **1.4**

Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, die Einstellung der Untersuchung 440-0011 ohne Folgen für sie bzw. eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz mit der Anweisung, die Untersuchung einzustellen.

Mit diesen Begehren wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Fortführung des Untersuchungsverfahrens. Auf diese Anträge kann jedoch nicht eingetreten werden. Nach feststehender Rechtsprechung stellt die Eröffnung einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbare Verfügung dar, weil sie kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis nach Art. 5 VwVG begründet. Gleiches gilt auch bezüglich der Fortführung der Untersuchung. Mangels eines Anfechtungsobjekts ist folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Einstellung der Untersuchung 440-0011 bzw. eine entsprechende Anweisung verlangt

wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 1.2.3, m.w.H.).

## 2.

Art. 96 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) folgend, bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1 1. Teilsatz KG; BVGE 2011/32, E. 3.1, auch publiziert in RPW 2010/2, S. 242 ff.). Unter dem Titel "Materielle Bestimmungen" enthält das Kartellgesetz Regeln betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und hinsichtlich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Als dritter Pfeiler des Kartellgesetzes enthalten die Art. 9 bis Art. 11 KG Regeln zur Fusionskontrolle. Art. 9 KG bestimmt, wann ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet werden muss. Art. 9 Abs. 1 KG knüpft am Umsatz der beteiligten Unternehmen an (vgl. auch Art. 9 Abs. 3 KG bei Versicherungen und Banken). Ungeachtet dieser umsatzbasierten Kriterien besteht die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 auch dann, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm voroder nachgelagert oder benachbart ist. Nach der Botschaft soll dadurch ermöglicht werden, dass der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinen Volumen entgegengetreten werden kann. Zudem könne gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden, welche versuchten, unter Ausnutzung der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen (Botschaft KG 1995, BBI 1995, 581; SILVIO VENTURI/PASCAL FAVRE, in: Vincent Martenet/Christian Bovev/Pierre Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence [CR Concurrence], 2. Aufl., Basel 2013, N 105 zu Art. 9; PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N 25 zu Art. 9). Vertikale oder konglomerale Zusammenschlüsse mit Beteiligung des marktbeherrschenden Unternehmens sollen also auch erfasst werden, sofern ein Nahverhältnis der Märkte vorliegt (Botschaft KG 1995, BBI 1995, 580 f.; PIERRE MERCIER ET AL., Grands principes du droit de la concurrence, Basel 1999, S. 663; JÜRIG BORER, Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Zürich 2011, N 19 zu Art. 9).

Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG verlangt somit zwei kumulative Voraussetzungen: Erstens eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und zweitens ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt.

## 2.1

Bei der Auslegung der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG ist zu berücksichtigen, dass für die betroffenen Unternehmen die Meldepflicht voraussehbar sein muss. So enthält Art. 9 Abs. 4 KG im Unterschied zum Vorentwurf kein subsidiäres Marktanteilkriterium mehr. Stattdessen wird auf das eindeutig bestimmbare Kriterium der rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung abgestellt (Botschaft KG 95, BBl 1995, 581). Demnach soll die Feststellung i.S.v. Art. 9 Abs. 4 KG eine hohe Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen gewährleisten (vgl. PATRIK DUCREY/JENS DROLSHAMMER, in: Eric Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Erste Lieferung Zürich 1996, N 65 zu Art. 9). Zudem werden in der Lehre Bedenken zur Rechtssicherheit geäussert, indem die Praxis der Vorinstanz als uferlose Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 4 KG kritisiert wird (MANI REINERT, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK-KG, Basel 2010, N 316 zu Art. 9; SILVIO VENTURI/PASCAL FAVRE, in: Vincent Martenet/Christian Bovey/Pierre Tercier [Hrsg.], CR Concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, N 119 ff. zu Art. 9).

Angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe der vor-, nachgelagerten und insbesondere benachbarten Märkten kann tatsächlich ein Problem mit der Voraussehbarkeit bestehen. Dies macht sinngemäss auch die Beschwerdeführerin geltend, indem sie die Auslegung in der angefochtenen Verfügung als unerwartete Praxisänderung auffasst (Beschwerde, Rz. 94). Deshalb ist Art. 9 Abs. 4 KG in Bezug auf die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte restriktiv auszulegen (KARL HOFSTETTER/RETO SCHILDKNECHT, Fusions- und Marktmachkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, SJZ 1997, S. 125; vgl. DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, Bern 2007, S. 459 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn aufgrund dieser Auslegung eine Sanktion ausgesprochen wird (vgl. zum Bestimmtheitsgebot BGE 139 I 72, E. 8.2).

## 2.2

Zunächst ist fraglich, ob der Zusammenschluss einen dem Markt für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches bis zu einem Stückpreis von Fr. 300.– nachgelagerten Markt betrifft.

Die nachfolgende Prüfung setzt voraus, dass die Marktabgrenzung der Vorinstanz (Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. Fr. 1'500.– verwendet werden) korrekt ist. Eine gerichtliche Würdigung diesbezüglich erscheint vorliegend als entbehrlich, da auch wenn auf die Abgrenzung der Vorinstanz abgestellt wird, die Beschwerde gutzuheissen ist. Hinzuweisen bleibt, dass die Beschwerdeführerin die Marktabgrenzung nicht bestreitet.

### 2.2.1

Die Vorinstanz erachtet den Markt für Uhrenschalen als dem Markt für Ebauches nachgelagert. Sie führt aus, ein Markt sei nachgelagert, wenn dieser bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produkts nachher komme. Dementsprechend seien Produkte und Leistungen gemeint, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer die Marktbeherrschung bestehe, einflüsse (angefochtene Verfügung, Rz. 96). Dabei seien innerhalb einer Wertschöpfungskette mehrere Produktionsstufen relevant, wenn das "beherrschte" Produkt in das vom zu beurteilenden Unternehmenszusammenschluss betroffene Produkt einflüsse (angefochtene Verfügung, Rz. 98 f.). Die Vorinstanz hält es vorliegend für angezeigt, für die Zwecke der Beurteilung der Meldepflicht die Produktionskette von der Stufe der Herstellung der einzelnen Komponenten bis hin zur fertigen mechanischen Uhr heranzuziehen. Diese Beurteilung dränge sich auf, weil es sich sowohl bei Ebauches wie auch Uhrenschalen um Komponenten handle, welche für die Produktion einer mechanischen Armbanduhr bestimmt seien. Weder ein Ebauche noch eine Uhrenschale hätten für sich genommen einen eigenen Verwendungszweck (angefochtene Verfügung, Rz. 100).

### 2.2.2

Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Meinung, dass nachgelagerte Märkte lediglich Produkte und Dienstleistungen umfassen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer Marktbeherrschung feststehe, *unmittelbar* einflüsse. Sie bezweifelt, dass es auf den Verwendungszweck ankomme. Aufgrund dieses Kriteriums müsste jedes fertige Produkt (z.B. eine mechanische Uhr), unabhängig vom Produktionsschritt, zum nachgelagerten Markt eines früher in der Wertschöpfungskette pro-

duzierten Einzelteils (z.B. Kleinteile für Ebauches) gezählt werden (Beschwerde, Rz. 93 f.). Jedoch dürften verschiedene Verarbeitungsstufen nicht einfach übersprungen werden. Der unmittelbar nächste Markt in Bezug auf Ebauches sei der Markt für die Zusammensetzung von Uhrwerkkomponenten zum Rohuhrwerk (Beschwerde, Rz. 98). Der übernächste Produktionsschritt, in welchem die Uhrenschalen eingesetzt würden (Einschalung von fertigen Uhrwerken inklusive Montage von Zifferblatt, Drücker und Krone sowie von Uhrengläsern), beinhalte zudem nicht die Produktion von Uhrenschalen. Diese würden vielmehr separat hergestellt. Sinngemäss erklärte sie, Ebauches seien Komponenten einer mechanischen Uhr, jedoch nicht einer Uhrenschale (Beschwerde, Rz. 99). Die Argumentation der Vorinstanz würde zu der ausufernden Meldepflicht für die gesamte Wertschöpfungskette im Uhrenmarkt führen (Beschwerde, Rz. 100).

### **2.2.3**

Die Verfahrensbeteiligten sind sich im Wesentlichen hinsichtlich zweier Punkte zum Begriff des nachgelagerten Markt uneinig. Erstens ist unklar, ob ein nachgelagerter Markt lediglich einen unmittelbar folgenden Markt oder weitere Stufen eines Produktionsprozesses umfasst. Zweitens ist fraglich, ob Komponenten einer folgenden Produktionsstufe auch als nachgelagert angesehen werden können. Insbesondere dann, wenn die Komponente nur für ein Endprodukt verwendet werden kann, was den Zusammenhang zwischen Komponenten naturgemäss stärkt.

### **2.2.4**

Nachgelagerte Märkte i.S.v. Art. 9 Abs. 4 KG umfassen Produkte und Leistungen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, einfließt (MANI REINERT, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK-KG, Basel 2010, N 308 zu Art. 9; FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 340 f.). Somit ist vorausgesetzt, dass ein "beherrschtes" Produkt für die Produktion oder den Vertrieb eines anderen Marktes benötigt wird (ROLF WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, S. 283).

Demnach ist zu prüfen, ob Ebauches für den Markt für die Herstellung von Uhrenschalen benötigt werden. In einer vertikalen Betrachtungsweise sind für die Produktion von Uhrenschalen lediglich diejenigen Inputfaktoren erforderlich, welche auch in die Produktion einer Uhrenschalen einfließen. Ein Ebauche ist klarerweise keine Komponente einer Uhren-

schalen, sondern eine Komponente einer mechanischen Uhr. Von der hier interessierenden Transaktion sind mechanische Uhren jedoch nicht direkt betroffen.

Die Argumentation der Vorinstanz scheint auf eine globale Sichtweise zurückzugreifen: Da Ebauches und Uhrenschalen sich hinsichtlich der Fertigstellung einer mechanischen Uhr gegenseitig bedingen, ist für den Vertrieb von Uhrenschalen entscheidend, dass auch Ebauches erhältlich sind. Dieses Argument liesse sich jedoch bei vielen Produktionsprozessen vorbringen, weshalb die Interpretation der Vorinstanz wohl zu einer ausufernden Meldepflicht führen würde. Zumindest würde die weite Auslegung des Begriffs des nachgelagerten Marktes der vom Gesetzgeber gewollte Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Insbesondere bei komplexen Produkten mit vielen Komponenten (z.B. Fahrzeuge) würde die Meldepflicht unübersichtlich. Auch die Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung das Vorliegen eines nachgelagerten Marktes bejahte, ging in der Vernehmlassung einen Schritt zurück: Nach ihrer Meinung könne die Frage des nachgelagerten Marktes offengelassen werden, weil auf jeden Fall von benachbarten Marktverhältnissen auszugehen sei (Vernehmlassung, Rz. 49).

### **2.2.5**

Somit erscheint der Markt für Uhrenschalen nicht als ein dem Markt für Ebauches nachgelagerten Markt. Dementsprechend kann offen bleiben, ob mehrere Stufen innerhalb einer Produktionskette für das Vorliegen eines benachbarten Marktes relevant sein können.

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn eine Meldepflicht aufgrund eines nachgelagerter Marktes in Frage kommen würde, der Beschwerdeführerin kein Vorwurf wegen einer Missachtung gemacht werden könnte. Die Vorinstanz hielt in der gleichen Dispositivziffer der Verfügung, in welcher auch die marktbeherrschende Stellung von ETA festgestellt wurde, fest, dass als nachgelagerter Markt für Ebauches (mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- und in der Schweiz hergestellt) der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements) gilt (Verfügung vom 8. November 2004, RPW 2005/1, S. 128). Die Beschwerdeführerin durfte demnach in guten Treuen davon ausgehen, keine Meldepflicht aufgrund des Kriteriums "nachgelagerter Markt" auszulösen, wenn sie ein Unternehmen aus einem anderen Markt als dem Markt für Mouvements übernimmt.

## 2.3

Weiter ist ein Nahverhältnis aufgrund eines benachbarten Marktes zu prüfen. Die Vorinstanz versteht unter benachbarten Märkten solche Märkte von Gütern, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind *und* deren Nachfrage parallel verläuft. Ein benachbarter Markt könne insbesondere im Falle von komplementären Gütern vorliegen (angefochtene Verfügung, Rz. 107). Diese Ansicht lehnt sich an SCHERRER an, der unter benachbarten Märkten solche Märkte von Gütern versteht, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind *oder* deren Nachfrage parallel verläuft (FRANK SCHERRER, a.a.O., S. 341). Demnach ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint etwa ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Markts liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich. Dies leuchtet insbesondere deshalb ein, da ein Marktbeherrscher mit Hilfe von gezielten Akquisitionen von potentiellen Wettbewerbern disziplinierende Markteintritte verhindern könnte. Dementsprechend sind Produkte von potentiellen Wettbewerbern noch bis zu einem gewissen Grad substituierbar i.S.v. Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. dazu auch MANI REINERT, a.a.O., N 310 ff. zu Art. 9).

### 2.3.1

Andererseits sind Produkte mit paralleler Nachfrage von Art. 9 Abs. 4 KG abgedeckt. Damit sind – wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt – auch komplementäre Produkte gemeint. Jedoch sind durch das Erfordernis der parallelen Nachfrage nur solche Märkte betroffen, deren Produkte zusammen mit denjenigen des Marktbeherrschers bezogen oder verkauft werden (MANI REINERT, a.a.O., N 315 zu Art. 9; vgl. auch MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, BSK-KG, N 38 zu Art. 10). Die Parallelität muss insofern gegeben sein, als eine missbräuchliche Kopplung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG als denkbar erscheint (vgl. dazu SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 3. Aufl. London 2010, S. 452; GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, S. 363; vgl. auch Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 2008/C 265/07, Rz. 93).

#### 2.3.1.1

Die Vorinstanz prüft in der angefochtenen Verfügung lediglich, ob die betroffenen Märkte komplementäre Produkte beinhalten. Sie geht von komplementären Produkten aus, wenn sich diese im Hinblick auf die Ferti-

gung eines Produkts oder die Zusammenstellung einer Leistung gegenseitig bedingen (angefochtene Verfügung, Rz. 111). Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, dass aufgrund der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden eine minimale Substitutionsbeziehung bestehen muss. Komplementäre Güter seien bisher nie als Kriterium für die strittige Meldepflicht zu Anwendung gekommen. Diese Praxisänderung sei ohne Begründung oder Erläuterung erfolgt (Beschwerde, Rz. 107). Im Rahmen der Vernehmlassung bringt die Vorinstanz vor, eine Anwendung des Kriteriums der Komplementarität sei auch in der Fusionskontrolle der EU zu finden, auf welches auch die Vorinstanz in ihrer Mitteilung "Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren der Wettbewerbskommission" vom 25. März 2009 abstellen würde. Produkte und Dienstleistungen seien in diesem Zusammenhang als komplementär aufzufassen, wenn sie zusammen verwendet oder verbraucht für den Abnehmer wertvoller seien als einzeln. Als Beispiele würden Autoreifen und Autotüren, Bolzenschussgeräte und Bolzen, Triebwerke und Luftfahrtelektronik genannt (Vernehmlassung, Rz. 65, Vernehmlassungsbeilage 7).

#### **2.3.1.2**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin selbst auf die Bedeutung eines umfassenden Produktsortiments als (bisher von den Wettbewerbsbehörden verwendetes) Kriterium hinweist. Ein Produktsortiment besteht selten nur aus Substituten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Produktsortiment dann eine gewisse wettbewerbliche Bedeutung haben könnte, wenn verschiedene Produkte zusammen verbzw. gekauft werden. Insofern geht der Vorwurf fehl, die Wettbewerbsbehörden hätten bisher nie komplementäre Güter berücksichtigt.

Trotzdem erscheint die Ansicht der Vorinstanz, wonach allein eine komplementäre Beziehung zwischen den zu prüfenden Märkten massgebend sein soll, als zu weitgehend. Folgte man in diesem Punkt der Vorinstanz, würden sämtliche Komponenten beispielsweise einer Produktionsmaschine oder eines Fahrzeugs gegenseitig als benachbarte Produkte erscheinen. Daran ändert auch die von der Vorinstanz angerufene Mitteilung bzw. eine Anlehnung an die Fusionskontrolle des EU nichts, weil diese lediglich die Frage betreffen, welche Informationen – nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden – Teil einer Meldung i.S.v. Art. 11 VKU sein müssen. Sobald die Meldepflicht unstrittig ist, kann es sich rechtfertigen, relativ umfassende Informationen zu verlangen. Wenn die Frage der Meldepflicht jedoch wie vorliegend umstritten ist, lassen sich aus einem Meldeformular keine Rückschlüsse auf die Aufgreifkriterien der Meldepflicht

ziehen. Die von der Vorinstanz verwendete Definition von benachbarten Märkten würde zu einer zu weiten Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG führen. Zumal mit dem Erfordernis der rechtskräftigen Feststellung der marktbeherrschenden Stellung höchstmögliche Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen bezweckt wurde (vgl. oben E. 2.1). Mit einer extensiven Auslegung des benachbarten Marktes würde dieser Anspruch an die Rechtssicherheit wieder aufgegeben.

Demnach fallen vorliegend solche Märkte von Gütern oder Dienstleistungen als benachbarte Märkte in Betracht, deren Nachfrage derart parallel verläuft, als die Güter oder Dienstleistungen im Bündel ver- oder gekauft werden.

### **2.3.2**

Vorliegend ist unstrittig, dass der vom Zusammenschluss betroffene Markt keine hinsichtlich des beherrschten Marktes substituierbaren Produkte beinhaltet. Die Vorinstanz bringt diesbezüglich weder eine Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrage noch eine Angebotsumstellungsflexibilität vor. Somit kann die Prüfung, inwieweit die übernommenen Unternehmen als potentielle Konkurrenz in Bezug auf Ebauches erscheinen, unterbleiben.

Dagegen ist fraglich, ob die Produkte der beiden Märkte zusammen ver- oder gekauft werden bzw. ob eine parallele Nachfrage nach diesen Produkten besteht.

#### **2.3.2.1**

Da für ein Mouvement je ein Ebauche und ein Assortiment benötigt wird, könnten diese beiden Komponenten zusammen als komplementäre Produkte in Bezug auf Uhrenschalen erachtet werden. Die drei Bestandteile bedingen sich dergestalt, dass ohne eine der Komponenten keine mechanische Uhr gefertigt werden kann. Insofern wäre es theoretisch möglich, dass beispielsweise ein Unternehmen alle drei Komponenten nachfragt, um dieses zusammenzusetzen und das Uhrwerk mit dem Schutzglas und dem Armband zu ergänzen.

Da die hier zur Diskussion stehenden Märkte nicht jeweils sämtliche Ebauches bzw. sämtliche Uhrenschalen beinhalten, prüfte die Vorinstanz, ob von ETA produzierte Ebauches auch tatsächlich in Uhrenschalen eingebaut werden, welche von S&M hergestellt werden. Diesbezüglich kam die Vorinstanz zum Ergebnis, nach der Kundenliste von S&M und Termini-

boîtes seien von den umsatzstärksten Kunden von S&M (> 60 %) ausserhalb der Swatch-Gruppe angesiedelt. Von diesen Unternehmen würden (verschiedene namentlich genannte Kunden) Ebauches bzw. Mouvements von ETA beziehen. Sämtliche der genannten Uhrenmarken würden Uhren über einem Handelspreis von ca. Fr. 1'500.– verkaufen (angefochtene Verfügung, Rz. 104). Daraus folge erstens, dass Uhrenschalen, welche von S&M produziert worden seien, (auch) an Uhrenmarken verkauft würden, welche nicht ausschliesslich Uhren im höchsten Luxussegment produzieren würden. Zweitens würde aufgrund der Lieferbeziehung der umsatzstärksten Kunden von S&M zu ETA der Schluss nahe liegen, dass von ETA produzierte Ebauches, wenn auch indirekt, in Uhrenschalen von S&M eingebaut würden (angefochtene Verfügung, Rz. 105).

### **2.3.2.2**

Zunächst ist festzuhalten, dass kein Nachweis für eine parallele Nachfrage erbracht wurde. Die Vorinstanz bringt diesbezüglich nicht etwa vor, Kunden von S&M würden Ebauches von ETA in ähnlichem Umfang beziehen. Aus der Feststellung, wonach es Uhren mit Ebauches von ETA und zugleich Uhrenschalen von S&M gibt, lässt sich nicht ableiten, dass dies der Regelfall ist (vgl. diesbezüglich angefochtene Verfügung, Rz. 105 und Verfügung der Vorinstanz vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp, elektronisch erhältlich unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Aktuell > Letzte Entscheide, Rz. 98). Falls es sich dagegen um einen Ausnahmefall handeln sollte, verhält sich die Nachfrage insofern nicht parallel, als keine Bündelung des Verkaufs von Ebauches mit demjenigen von Uhrenschalen plausibel erscheint.

Ausserdem wurde nicht geprüft, ob Ebauches von ETA effektiv zusammen mit Uhrenschalen von S&M ge- oder verkauft werden. Die Vorinstanz selbst erwog, Ebauches von ETA würden indirekt in Uhrenschalen von S&M eingebaut werden (angefochtene Verfügung, Rz. 105). Die Tatsache alleine, wonach sich die hier interessierenden Komponenten in der selben Uhr wiederfinden, ist für die Frage des Nachfrageverhalten nicht aussagekräftig. Inwieweit eine Koppelung der verschiedenen komplementären Produkte möglich erscheint, wurde nicht erörtert.

Vor dem Hintergrund des Lieferstopps von ETA ist im vorliegenden Fall schliesslich allfälligen Bedenken einer Koppelung die Grundlage entzogen. Eine Koppelung wäre nur dann möglich, wenn ETA bzw. die Beschwerdeführerin Ebauches mit einem Stückpreis von bis zu Fr. 300.–

zusammen mit Uhrenschalen der übernommenen S&M verkaufen würde. Dies erscheint aber ausgeschlossen, da die ETA keine Kunden ausserhalb des Konzerns der Beschwerdeführerin mehr mit Ebauches beliefert.

### 2.3.2.3

Aus den dargelegten Überlegungen folgt, dass kein Nachweis darüber besteht, ob die Produkte der beiden relevanten Märkte zusammen ver- oder gekauft werden bzw. ob eine parallele Nachfrage nach diesen Produkten besteht. Auch wenn – ohne Prüfung der effektiven Marktverhältnisse – eine Nachfrage hinsichtlich eines Produktbündels grundsätzlich denkbar wäre, erscheint eine Bündelung – wenn überhaupt – eher zwischen dem Markt für Mouvements und Uhrenschalen einleuchtend. Dies nicht zu Letzt deshalb, weil ETA die Belieferung von Kunden ausserhalb des Konzerns der Beschwerdeführerin eingestellt hat.

Wenn Ebauches vor allem indirekt mittels Einbau in Mouvements von ETA in solche mechanische Uhren mit einer Uhrenschale von S&M gelangen, müsste eine Koppelung zwischen Mouvements und Ebauches geprüft werden. Eine solche Koppelung kann für die vorliegend strittige Meldepflicht jedoch nicht berücksichtigt werden, da zum Zeitpunkt des Vollzugs einzig für den Markt für Ebauches – und noch nicht für den Markt für Mouvements – rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde. Die Argumentation der Vorinstanz scheint vor diesem Hintergrund das Element "nachgelagert" hinsichtlich der Beziehung zwischen Ebauches und Mouvements mit dem Element "benachbart" mit Blick auf die denkbare Beziehung zwischen Mouvements und Uhrenschalen in unzulässiger Weise zu kombinieren.

Demnach konnte kein genügendes Nahverhältnis zwischen demjenigen Markt, für welchen die Marktbeherrschung festgestellt wurde, und dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt nachgewiesen werden, um die restriktive auszulegende Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 auszulösen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob eine rechtskräftige Feststellung gegeben ist (vgl. diesbezüglich BGE 137 II 199, E. 6.5.1, 6.5.2; BGE 139 I 72; CHRISTOPH TAGMANN, in: AJP 2013/3, S. 467). Somit hat die Beschwerdeführerin hinsichtlich der hier relevanten Transaktion keine Meldepflichten verletzt.

### 3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht verletzte. Folglich ist die

Sanktionierung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz wegen der Verletzung einer Meldepflicht unzulässig.

Demnach ist die angefochtene Verfügung aufzuheben. Somit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Rechtsbegehren auf Aufhebung der Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung durch. Auf das zweite und dritte Rechtsbegehren (Einstellung der Untersuchung bzw. entsprechende Anweisung an die Vorinstanz) wird nicht eingetreten.

#### 4.

Dem ersten Verfahrens Antrag (Beizug der Vorakten) wurde entsprochen. Der zweite Verfahrens Antrag (Sistierung der Publikation) wurde mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 bereits rechtskräftig abgewiesen.

Der dritte und vierte Verfahrens Antrag (Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen) ist gegenstandlos, da die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. März 2014 Geschäftsgeheimnisse bezeichnete.

Der fünfte Verfahrens Antrag (zweiter Schriftenwechsel) wurde abgewiesen, wobei der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Replikrechts die Möglichkeit gegeben wurde, eine Replik zur Vernehmlassung der Vorinstanz einzureichen. Der sechste Verfahrens Antrag (nicht-öffentliches Hearing) ist abzuweisen, da eine Instruktionsverhandlung aufgrund der Akten und dem Ausgang des Verfahrens nicht erforderlich erscheint.

#### 5.

Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.– bis Fr. 5'000.– (Art. 3 lit. b VGKE; ausser bei einzelrichterlicher Streitbeilegung). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion im Streit lagen. Trotzdem ist der Aufwand hinsichtlich

der abschlägigen Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 und des Nichteintretens (E. 1.4) angemessen zu berücksichtigen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanter Umstände auf Fr. 500.– festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– abgerechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

## **6.**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

### **6.1**

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

### **6.2**

Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung – in dieser relativ komplexen Streitsache – ist der Beschwerdeführerin, da sie obsiegt, eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdeführerin hat am 14. März 2014 für ihre Rechtsvertretung zwei Kostennoten je für die Beschwerde und die Replik eingereicht. Ausgehend vom Stundenansatz von Fr. 600.– macht sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – ausgehend von 28 aufgewendeten Stunden – Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 18'144.– (inkl. Auslagen und MwSt) geltend.

Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 vom 11. April 2011, E. 8.3.1 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte Erwägung]). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil des Bundesgerichts 2C\_343/2010, 2C\_344/2010, E. 8.3.4, a.a.O.).

### **6.3**

Der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdeführerin von insgesamt 28 Stunden lässt sich angesichts der Komplexität der Streitsache nicht beanstanden. Der Stundenansatz ist allerdings auf Fr. 400.– zu reduzieren (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Da die Beschwerdeführerin überwiegend ob-siegende Partei ist (vgl. E. 5) ist ihr zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von Fr. 10'886.40 (inkl. MwSt), zuzusprechen (28 h mal Fr. 400.– plus MwSt minus 10 % hinsichtlich Unterliegens beim Antrag auf Sistierung der Publikation und Nichteintreten auf das Einstellungsbegehren). Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren 440-0011 betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art 51 KG wird aufgehoben.

### **2.**

Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 500.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

### **3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'886.40 (inkl. MwSt) zugesprochen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 440-0011; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Michael Tschudin

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 1. Mai 2014