



Abteilung II
B-4038/2011

Urteil vom 14. Dezember 2011

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Bernard Maitre und Maria Amgwerd;
Gerichtsschreiberin Katharina Walder Salamin.

Parteien

C. _____,
vertreten durch Maître Pascal Moesch, Athemis, rue Jaquet-
Droz 32, case postale 1548, 2300 La Chaux-de-Fonds,
Beschwerdeführerin,

gegen

The Swatch Group AG, Seevorstadt 6, 2501 Biel/Bienne,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. LL.M. Christian Wind
und Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, bratschi,
wiederkehr & buob, Bahnhofstrasse 70, Postfach 1130,
8021 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224
gegen The Swatch Group AG.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die Vorinstanz am 6. Juni 2011 gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) die Untersuchung 32-0224 betreffend Swatch Lieferstopp wegen möglicherweise unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG eröffnet hat (vgl. Medienmitteilung der Vorinstanz vom 8. Juni 2011);

dass sie mit Verfügung vom 6. Juni 2011 für den Zeitraum dieser Untersuchung vorsorgliche Massnahmen angeordnet und die Verpflichtungserklärung der Beschwerdegegnerin vom 26. Mai 2011 genehmigt hat (Dispositiv Ziff. 1), welche die Lieferungen mechanischer Uhrwerke (Mouvements) und Assortiments während der Untersuchung regelt sowie den Umfang der Lieferreduktion für das Jahr 2012 festlegt;

dass die Vorinstanz in Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung festgehalten hat, diese Genehmigung gelte ab dem 6. Juni 2011 bis am 31. Dezember 2012, verkürze sich aber mit der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung der Vorinstanz;

dass nach Ziff. 3 des Dispositivs Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 oder 54 KG belegt werden;

dass die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 1 und 2 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen hat (Dispositiv Ziff. 4);

dass die Vorinstanz die Verfügung der Beschwerdegegnerin eröffnet (Dispositiv Ziff. 6) und am 23. Juni 2011 auf ihrer Homepage veröffentlicht hat;

dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juni 2011 mit Beschwerde vom 18. Juli 2011 beim Bundesverwaltungsgericht anfigt und beantragt, die vorinstanzliche Verfügung sei – verbunden mit oder ohne Rückweisung der Sache an die Vorinstanz – aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Lieferungen an die Beschwerdeführerin für die nächsten Jahre so beizubehalten, wie die Bestellungen für das Jahr 2012 erfolgt seien, und die Beschwerdegegnerin sei weiter anzuweisen, die bisherige Situation bis zum Hauptentscheid der Vorinstanz unverändert beizubehalten;

dass sie des Weiteren die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt;

dass die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Antrags im Wesentlichen ausführt, sie erleide durch die reduzierten Bestellmöglichkeiten einen wirtschaftlichen nicht wiedergutzumachenden Nachteil und einen Umsatzrückgang von 34%, welcher sich auch auf die Investitionen des Unternehmens (Marketing, Werbung) auswirke;

dass entgegen dem, was die Vorinstanz verfügt habe, vorsorgliche Massnahmen den Zweck hätten, einen drohenden Schaden abzuwenden und anzuordnen seien, um den beabsichtigten Nutzen eines Endentscheids nicht im Voraus in Frage zu stellen oder zu vereiteln;

dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen unverhältnismässig seien, da sich erstens das Jahr 2010 wegen der Finanzkrise und des daraus resultierenden Bestellungenrückgangs nicht als Referenzjahr eigne und zweitens die Lieferreduktionen sich für 2012 in doppelter Weise auf die von der Beschwerdegegnerin unabhängigen Marken auswirkten, da neben ETA auch die beiden anderen Lieferanten der Beschwerdeführerin wegen deren auf 70% reduzierten Bestellmenge die Beschwerdeführerin nicht mehr wie bisher belieferten, weshalb die Beschwerdeführerin im Jahr 2012 im Ganzen 48,5% Movements weniger als gewollt bestellen könne und dass dies 9% weniger Movements als im Jahr 2010 seien;

dass drittens auf dem Markt im Moment keine Alternative zu ETA und Nivarox, deren marktbeherrschende Stellung unbestritten sei, vorhanden seien, weshalb die kurze Frist von sechs Monaten der Beschwerdeführerin zu wenig Zeit lasse, um nach anderen Lieferanten oder Auswegen zu suchen;

dass wegen dieser fehlenden Ausweichmöglichkeiten die Beschwerdeführerin nur 51,5% ihrer Bestellungen für das Jahr 2012 auch effektiv ausführen könne;

dass deshalb die vorsorglichen Massnahmen im Ergebnis ungenügend für die Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs unter den verschiedenen Marktakteuren und zur Verhinderung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils ungeeignet seien;

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 1. September 2011 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen beantragt;

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 6. September 2011 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat;

dass die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 12. September 2011 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragt, auf die Anträge der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese abzuweisen und die angefochtene Verfügung sei zu bestätigen;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort verzichtet und ergänzend festhält, die Beschwerdegegnerin äussere sich in ihrer Beschwerdeantwort ausführlich zu materiellen und rechtlichen Punkten, die Gegenstand der laufenden Untersuchung der WEKO gegen die Beschwerdegegnerin seien und zu denen sie während der laufenden Untersuchung keine weiteren Ausführungen mache, woraus aber keinesfalls abgeleitet werden könne, die WEKO teile die Auffassung der Beschwerdegegnerin;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 2011 die Vereinigung der Verfahren gegen die angefochtene Verfügung beantragt und an ihren Anträgen in der Sache festhält;

dass die Beschwerdegegnerin mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2011 ebenfalls an ihren Anträgen und Ausführungen festhält;

dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 ihre Feststellungen vom 7. Oktober 2011 betreffend Äusserungen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu materiellen Fragen, welche Gegenstand der laufenden Untersuchungen seien, wiederholt und festhält, dass es sich bei den diesbezüglichen Ausführungen um reine Parteibehauptungen handeln würde, zu welchen sie während der laufenden Untersuchung nicht Stellung nehme;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 an ihren Anträgen festhält;

dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 auf ihre bisherigen Ausführungen verweist,

und zieht in Erwägung,

dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf 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) beurteilt und es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG handelt;

dass die Wettbewerbskommission gemäss Art. 33 Bst. f VGG eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts ist und sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG);

dass gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung, welche nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betrifft (Art. 45 VwVG), Beschwerde geführt werden kann, wenn diese einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann;

dass hierfür praxisgemäss ein tatsächlicher Nachteil sowie ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung ausreicht und dieses Interesse auch wirtschaftlicher Natur sein kann, soweit es der Beschwerdeführerin nicht einzig darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 14. Juni 2004 in Sachen U. gegen S. AG, A. AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen, publiziert in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW], Bern, 2004/3 859, E. 1.3; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 379 f. m.w.H.), und dass dieser Nachteil aufgrund der Aktenlage lediglich glaubhaft sein muss;

dass die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, sie erleide durch die Lieferplafonierung im Jahr 2011 und die Lieferreduktion im Jahr 2012 Umsatzeinbussen und damit einen nicht mehr wiedergutzumachenden Nachteil;

dass sie als Kundin der Beschwerdegegnerin von der angefochtenen Verfügung berührt ist, ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat und damit auch als Nichtadressatin der Verfügung – obwohl sie am vorinstanzlichen

Verfahren nicht teilgenommen hat – beschwerdelegitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 130 II 149, E. 1.1);

dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin nicht schriftlich eröffnet wurde und sie diese frühestens mit deren Aufschaltung auf der Homepage der Vorinstanz am 23. Juni 2011 zur Kenntnis genommen hat;

dass die Beschwerdefrist 30 Tage beträgt und diese Frist in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen nicht stillsteht (Art. 22a Abs. 2 und Art. 50 Abs. 1 VwVG), weshalb die Beschwerde vom 25. Juli 2011 rechtzeitig eingereicht worden ist;

dass auch die Formerfordernisse von Art. 52 VwVG erfüllt sind und damit auf die Beschwerde einzutreten ist;

dass Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) bei Gleichartigkeit vereinigt werden können, dass indessen die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin, welche Gegenparteien nicht zur Kenntnis gebracht werden können, einer Verfahrensvereinigung entgegenstehen (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG), weshalb die Beschwerdeverfahren nicht vereinigt werden;

dass gemäss Praxis und Lehre im Verfahren einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei analog zu Art. 56 VwVG vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen, und dass über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren entschieden wird (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.1; 130 II 521, E. 2, m.w.H.);

dass solche vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, darauf abzielen, die Wirksamkeit der kartellrechtlichen Untersuchung und einer allfälligen Verfügung sicherzustellen, und dass mit sichernden Vorkehren der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten werden soll, während mit gestaltenden Massnahmen ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilen neu geregelt werden soll (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E.4);

dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49 Bst. a-c VwVG mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich

Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit der Verfügung rügen kann;

dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die vier Erfordernisse für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; RPW 2004/3 859, E. 4, m.w.H.) geprüft hat und zum Schluss gekommen ist, dass davon die günstige Entscheidprognose, der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil sowie die zeitliche Dringlichkeit vorliegen und die Beschwerdeführerin diese Voraussetzungen in ihrer Beschwerde auch nicht bestreitet;

dass die Beschwerdeführerin einzig das vierte Erfordernis der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahmen bestreitet und zu deren Unangemessenheit vorbringt, die in den Ziff. 1 und 2 der Vereinbarung festgelegten Liefermengen würden unter ihrem effektiven Bedarf liegen und sie in der Produktion einschränken sowie die Beschwerdegegnerin im Wettbewerb bevorteilen;

dass die Beschwerdegegnerin demgegenüber vorbringt, die Beschwerdeführerin könne keine unbeschränkte Lieferpflicht verlangen, da im vorsorglichen Verfahren nicht mehr beantragt werden könne, als im Untersuchungsverfahren zu erreichen sei, und die mechanischen Uhrwerke von ETA, welche die Beschwerdeführerin beziehe, im Jahr 2011 nicht und im Jahr 2012 lediglich in geringem Masse reduziert würden, was bedeute, dass die Beschwerdeführerin diese geringfügige Reduktion zumindest kurzfristig aus ihren Lagerbeständen überbrücken könne;

dass im Kartellrecht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen auf dem zivilrechtlichen- und dem verwaltungsrechtlichen Weg verfolgt werden können und wegen der Parallelität dieser Verfahrenswege der öffentlich-rechtliche Weg primär darauf ausgerichtet ist, einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, woraus folgt, dass vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen sind, wenn dies dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.4), dass die Beschwerdeführerin aber auf diesem Weg keine unbeschränkte Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin durchsetzen kann;

dass die Beschwerdeführerin sich im Wesentlichen auf Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin und deren

weiteren Stärkung im Wettbewerb beschränkt, mit dem Hinweis auf ihre Produktionsausfälle und voraussichtlichen Gewinneinbussen aber nicht darzulegen vermag, dass von den von der Vorinstanz im vorsorglichen Verfahren genehmigten Liefermengen die Gefahr gravierender und irreversibler Strukturveränderungen ausgeht;

dass die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen nicht glaubhaft macht, durch die vorsorglichen Massnahmen sei der wirksame Wettbewerb bedroht, sondern vielmehr ihre Ansichten und Einschätzungen zu materiellen kartellrechtlichen Fragen vorbringt, die durch die Vorinstanz in der Untersuchung zu prüfen, nicht aber im Beschwerdeverfahren gegen die vorsorglichen Massnahmen zu hören sind, da sie die Untersuchung und deren abschliessende Verfügung präjudizieren können (vgl. RPW 2004/3 859, E. 4.6 f., m.w.H.);

dass die von der Vorinstanz genehmigte Vereinbarung demgegenüber den Abnehmerinnen von ETA und Nivarox, zu welchen die Beschwerdeführerin gehört, während der Untersuchung eine im Voraus bestimmbare Liefermenge sicherstellt (nämlich eine unveränderte Anzahl mechanischer Uhrwerke und Assortiments für das Jahr 2011 auf der Basis der Bestellmengen 2010, eine auf 85% reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [beim Einbau in eigene Uhren] bzw. eine auf 70% reduzierte Anzahl mechanischer Uhrwerke [für Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten], und eine auf 95% der Bestellmengen 2010 reduzierte Anzahl Assortiments für das Jahr 2012) und damit als geeignete und erforderliche Massnahme zum Schutz des Wettbewerbs während der Untersuchung anzusehen ist;

dass diese vorsorgliche Massnahme bis zum Abschluss der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gilt welche damit auch zeitlich nicht als unangemessen erscheint und zudem jederzeit bei veränderten Verhältnissen von der Vorinstanz abgeändert werden kann;

dass bei diesem Verfahrensausgang die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG);

dass die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, der Art der

Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien richten und deshalb bei der Bemessung der Gerichtsgebühr die Zwischenverfügung vom 6. September 2011 als aufwanderhöhend und die Vielzahl der Beschwerden gegen die gleiche angefochtene Verfügung als aufwandvermindernd zu berücksichtigen sind;

dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Hauptantrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, unterliegt und mit ihrem Eventualantrag, die Beschwerde sei abzuweisen, obsiegt und ihr bei diesem Verfahrensausgang gestützt auf Art. 64 VwVG und Art. 7 VGKE eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin zuzusprechen ist;

dass bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen ist, dass sich einerseits der Vertretungsaufwand der Beschwerdegegnerin durch die Mehrzahl der Beschwerdeantworten reduziert hat und andererseits der Aufwand für die Ausführungen in der Sache zur Untersuchung der WEKO im vorliegenden Beschwerdeverfahren über die vorsorglichen Massnahmen nicht erforderlich war.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'500.– festgelegt und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0224; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Katharina Walder Salamin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage 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 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: 27. Januar 2012