



Abteilung II
B-4220/2011

Urteil vom 14. Dezember 2011

Besetzung

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

Parteien

M._____,
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) gegen die Beschwerdegegnerin die Untersuchung 32-0224 betreffend Swatch Lieferstopp wegen möglicherweise unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG eröffnet hat;

dass sie mit Verfügung vom 6. Juni 2011 für den Zeitraum dieser Untersuchung vorsorgliche Massnahmen angeordnet und in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung die einvernehmliche Regelung zwischen der Swatch Group und dem Sekretariat der WEKO vom 26. Mai 2011 genehmigt hat;

dass sie dabei zugleich verfügt hat, diese Genehmigung gelte ab dem 6. Juni 2011 bis am 31. Dezember 2012, verkürze sich aber mit dem Eintritt der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung der WEKO (Ziff. 2), und dass eine allfällige Beschwerde gegen Ziff. 1 und 2 der Verfügung keine aufschiebende Wirkung habe (Ziff. 4);

dass sie die Verfügung der Beschwerdegegnerin eröffnet und sie am 23. Juni 2011 auf der Homepage der WEKO aufgeschaltet hat;

dass die Beschwerdeführerin diese Verfügung mit Beschwerde vom 30. Juni und mit Beschwerdeverbesserung vom 27. Juli 2011 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten hat und sinngemäss deren Aufhebung beantragt;

dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 8. September 2011 die Abweisung der Beschwerde beantragt;

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 Verfügung der Vorinstanz sei zu bestätigen;

dass die Vorinstanz am 7. Oktober 2011 auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort verzichtet, in ihrem Schreiben jedoch ergänzend festhält, die Beschwerdegegnerin äussere sich in ihrer Beschwerdeantwort zu materiellen und rechtlichen Punkten, die Gegenstand der laufenden Untersuchung 32-0224 gegen die

Beschwerdegegnerin seien, zu denen sie während der laufenden Untersuchung keine weiteren Ausführungen mache;

dass die Beschwerdeführerin in ihren Stellungnahmen vom 7. und 27. Oktober 2011 an ihren Beschwerdeanträgen festhält und zusätzlich beantragt, der Antrag der Vorinstanz auf Nichteintreten auf die Beschwerde zufolge fehlender Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin sei abzuweisen;

dass die Beschwerdegegnerin mit Stellungnahmen vom 10. und 31. Oktober 2011 an ihren Anträgen 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 der Parteien um reine Parteibehauptungen handeln würde,

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 VwVG 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. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 379 f. m.w.H.);

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2011 geltend macht, dass sie nicht in der Lage sei, den durch die Reduktion der Bestellmöglichkeiten im Jahr 2011 und 2012 generierten Ausfall an mechanischen Uhrwerken durch andere Lieferanten oder durch Eigenproduktion wettzumachen und sie damit ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Zwischenverfügung habe;

dass die Beschwerdeführerin damit entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG erfüllt, da sie als Abnehmerin mechanischer Uhrwerke ebenso wie die Beschwerdegegnerin von der angefochtenen Verfügung berührt ist (Bst. b) und ebenfalls ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c), obwohl sie nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen konnte (Bst. a);

dass die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin zwar erst nach Aufschaltung auf der Homepage der Vorinstanz am 23. Juni 2011 bekannt wurde, die Beschwerdeführerin aber mit Schreiben vom 30. Juni 2011 rechtzeitig Beschwerde eingereicht hat (Art. 52 VwVG);

dass deshalb nicht weiter zu prüfen ist, ob die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin rechtmässig eröffnet worden ist, da dieser aus der allenfalls mangelhaften Eröffnung (Art. 34 ff. VwVG) kein Nachteil erwachsen ist (Art. 38 VwVG);

dass die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeverbesserung vom 27. Juli 2011 und der Stellungnahme vom 7. Oktober 2011 klare Rechtsbegehren stellt und diese auch begründet, womit auch die Formerfordernisse gemäss Art. 52 VwVG erfüllt sind und auf die Beschwerde einzutreten ist;

dass Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Verfahren die vorsorglichen Massnahmen der Vorinstanz vom 6. Juni 2011 sind und gemäss Praxis und Lehre im Verfahren einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG von Amtes wegen oder auf Begehren

einer Partei vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.1; 130 II 521, E. 2, m.w.H.);

dass solche vorsorglichen 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);

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 materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2; 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. 4, m.w.H.) geprüft hat und zum Schluss gekommen ist, dass die materiellen Erfordernisse einer günstigen Entscheidprognose, eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils sowie der zeitlichen Dringlichkeit vorliegen und die Beschwerdeführerin zu diesen Punkten in ihrer Beschwerde nichts vorbringt;

dass die Beschwerdeführerin zur Unangemessenheit der vorsorglichen Massnahme vorbringt, die in den Ziff. 1 und 2 der Vereinbarung festgelegten Liefermengen würden unter ihrem effektiven Bedarf liegen, wodurch sie die Beschwerdeführerin in der Produktion einschränken würden;

dass die Beschwerdegegnerin zur Verhältnismässigkeit der getroffenen Anordnung vorbringt, die Beschwerdeführerin könne keine unbeschränkte

Lieferpflicht verlangen, da im vorsorglichen Verfahren nicht mehr beantragt werden könne, als im Untersuchungsverfahren zu erreichen sei, und dass die mechanischen Uhrwerke von ETA, welche die Beschwerdeführerin beziehe, im Jahr 2011 gar 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 die Beschwerdeführerin in ihren allgemein gehaltenen Ausführungen auf die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin und deren Unterstützung durch die öffentliche Hand während der Uhrenkrise hinweist, damit aber nicht glaubhaft macht, dass sie durch die Reduktion im Umfang der genehmigten Vereinbarung während der Untersuchung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleide und die von der Vorinstanz verfügten vorsorglichen Massnahmen unverhältnismässig seien;

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 in ihren Ausführungen nicht darlegt, durch die vorsorglichen Massnahmen sei der wirksame Wettbewerb bedroht, sondern sie hauptsächlich ihre Ansichten und Einschätzungen vorbringt, die die Vorinstanz in der kartellrechtlichen Untersuchung zu prüfen hat, die indessen im Beschwerdeverfahren gegen die vorsorglichen Massnahmen nicht zu berücksichtigen sind, da der Beschwerdeentscheid sonst den Hauptentscheid der Untersuchung präjudizieren könnte (vgl. RPW 2004/3 859, E. 4.6 f., m.w.H.);

dass die vorsorglichen Massnahmen bis zum Abschluss der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung oder maximal bis zum 31. Dezember 2012 gelten und damit auch zeitlich nicht von einer übermässigen Dauer der vorsorglichen Massnahme gesprochen werden kann;

dass – wie von der Beschwerdeführerin beantragt – im Falle einer ersatzlosen Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen gar keine Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin festgelegt wäre und ein solcher Zustand den Ausgang der Untersuchung präjudizieren könnte, da die Marktgegenseite kurzfristig ihre Bestellungen und Lieferanten ändern müsste;

dass – zusammengefasst – die von der Vorinstanz festgelegten vorsorglichen Massnahmen weder von Amtes wegen noch aufgrund der Anträge der Beschwerdeführerin aufzuheben oder anzupassen sind;

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 Vielzahl der Beschwerden gegen die gleiche angefochtene Verfügung als aufwandvermindernd zu berücksichtigen ist;

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 Parteienschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin zuzusprechen ist;

dass bei der Festsetzung der Parteienschädigung 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. 2'000.– festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet. Der Rest ist der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteienschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

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