

WEKO swatch-group-lieferstopp-ablauf-lieferverpflichtung---vorsorgliche-massnahmen-2019-12-16 vom 16. Dezember 2019

WEKO, 2019-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_swatch-group-lieferstopp-ablauf-lieferverpflichtung---vorsorgliche-massnahmen-2019-12-16

FR: WEKO

swatch-group-lieferstopp-ablauf-lieferverpflichtung---vorsorgliche-massnahmen-2019-12-16 du 16 décembre 2019

IT: WEKO

swatch-group-lieferstopp-ablauf-lieferverpflichtung---vorsorgliche-massnahmen-2019-12-16 del 16 dicembre 2019

Erwägungen

E. 23

anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. ZPO117 ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.^{118 84.} Im vorliegenden Fall soll mit den vorsorglichen Massnahmen der bestehende Zustand gesichert werden, bis die WEKO über die Frage entschieden hat, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA ablaufen können. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen wird der Wettbewerb vor möglichen Gefahren, die von einer allfälligen Befreiung von ETA von ihrer Lieferverpflichtung und ihrer Lieferbeschränkung ausgehen können, geschützt. Namentlich soll bis zur Entscheidung der WEKO in der Hauptsache verhindert werden, dass konkurrierende Anbieter von mechanischen Uhrwerken substantiell wichtige Kunden verlieren, wenn ETA infolge des Ablaufs der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung nach freiem Ermessen ausgewählte Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken beliefert. Die drohende Gefahr für den Wettbewerb, die von dem eben beschriebenen Verhalten von ETA ausgehen könnte, ist darin zu sehen, dass konkurrierende Anbieter im Auf- oder Ausbau ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke beeinträchtigt werden könnten (vgl. dazu Rz 103 ff.). Die aktuell herrschenden Markt- und Wettbewerbsverhältnisse könnten im eben beschriebenen Szenario Schaden nehmen.^{85.} Die vorsorglichen Massnahmen erfolgen daher mit dem klaren Zweck, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens mögliche Gefahren für den Wettbewerb zu verhindern. Es geht im vorliegenden Fall nicht um den Schutz einzelner Wettbewerber, welcher allenfalls auch auf zivilrechtlichem Weg erreicht werden könnte. Die Zuständigkeit der WEKO kann daher im vorliegenden Fall bejaht werden. C.2 Vorbehaltene Vorschriften^{86.} Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).^{87.} In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb

nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien des vorliegenden Verfahrens (Swatch Group und Sellita) auch nicht geltend gemacht. C.3 Anträge der Verfahrensparteien C.3.1 Anträge Sellita 88. Sellita stellt in ihrer Stellungnahme den Verfahrens Antrag, es sei eine Anhörung durch- zuführen und Sellita sei an dieser anzuhören (vgl. Rz 77). In analoger Anwendung von Art. 30 Abs. 2 KG kann die WEKO eine Anhörung der Verfahrensparteien beschliessen, wobei diese keinen Anspruch auf eine solche haben. Die WEKO kommt zum Schluss, auf eine Anhörung von Sellita zu verzichten, da sie eine solche für die Beurteilung der Frage, ob vorsorgliche Massnahmen zu erlassen sind, nicht erforderlich erachtet. Dies nicht zuletzt auch deshalb,

117 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272). 118 Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 23, Eishockey im Pay-TV sowie RPW 2014/2, 388 Rz 9, Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen, m.w.H.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 24

weil Sellita sowie auch Swatch Group ihre jeweiligen schriftlichen Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats abgegeben haben (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.). 89. Der Antrag 1 von Sellita betreffend die Umformulierung der Ziff. 1 des Dispositivs im Antrag des Sekretariats in ein klares Lieferverbot (vgl. Rz 77) wird abgelehnt. Dies, weil mit den vorsorglichen Massnahmen kein Lieferverbot statuiert wird, sondern der bestehende Zustand gesichert wird, wie er gemäss der noch geltenden evR gilt. Dies bedeutet, dass die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung vorläufig fortgeführt werden. Das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden ist einzig auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellab- laufs (faktisch) nicht möglich sind (vgl. Rz 135 ff.). Die Auferlegung eines expliziten Lieferver- bots, wie dies Sellita beantragt, erachtet die WEKO als für die Sicherung des bestehenden Zustands nicht erforderlich (vgl. ebenso Rz 139). Vor diesem Hintergrund wird auch der An- trag 2 von Sellita betreffend die Umformulierung der Ziff. 2 des Dispositivs im Antrag des Sek- retariats (vgl. Rz 77) abgelehnt. 90. Sellita beantragt des Weiteren, dass in den vorsorglichen Massnahmen zusätzlich eine Lieferverpflichtung von Nivarox für Assortiments statuiert werde (Antrag 3; vgl. Rz 78 f.). Zur Frage, ob die Lieferung von Assortiments durch Nivarox vom Gegenstand des vorliegenden Verfahrens erfasst wird, hat sich das Sekretariat gegenüber Sellita bereits in einem Schreiben geäussert (vgl. Rz 43). Dieses wurde von Sellita beim Bundesverwaltungsgericht mittels Be- schwerde angefochten (vgl. Rz 48 und Rz 51). Da das entsprechende Rechtsmittelverfahren noch hängig ist, tritt die WEKO auf den Antrag 3 von Sellita nicht ein. C.3.2 Anträge Swatch Group 91. Der Antrag von Swatch Group, dass die WEKO noch vor Ende Jahr (d.h. 2019) bzw. so schnell wie möglich entscheide, dass die evR nicht über den 31. Dezember 2019 hinaus ver- längert werde (vgl. Rz 74), wird abgelehnt. Die WEKO hat sich zur Sicherung des bestehenden Zustands dafür entschieden, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (vgl. Rz 135 ff.). Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass ein Entscheid über die Frage, ob die evR – bzw. die darin enthaltenen Verpflichtungen zu Lasten von ETA – über den 31. Dezember 2019 hinaus ver- längert werden müssen oder nicht, einer Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bedarf. Diese Analyse ist jedoch, wie aufgezeigt wurde, aufgrund der Verzögerun- gen noch ausstehend (vgl. Rz 57 ff.); eine entsprechende Beurteilung kann somit erst im Rah- men des Hauptsachenentscheids vorgenommen werden (vgl. Rz 152). 92. Der Antrag von Swatch Group, dass bis zum

Erlass dieses Entscheides ETA keiner Verpflichtung oder Einschränkung für die Belieferung von Kunden ausserhalb der Swatch Group unterworfen wird (vgl. Rz 74), wird abgelehnt. Wie vorstehend dargelegt wurde, ist für die WEKO glaubhaft, dass dem seit 2013 (möglicherweise) entstandenen Wettbewerb im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke ohne die vorsorglichen Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Rz 103 ff.). Dieser Umstand ist ausschlaggebend dafür, dass sich die WEKO für den Erlass vorsorglicher Massnahmen entschieden hat. 93. Der Antrag von Swatch Group auf Aufhebung der Ziff. 1 im Dispositiv der Verfügung vom 21. Oktober 2013 (Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke; vgl. Rz 74), tritt die WEKO nicht ein. Grund dafür ist, dass eine Aufhebung der Ziff. 1 im Dispositiv der Verfügung vom 21. Oktober 2013 basierend auf einer Analyse der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen werden müsste. Diese Analyse ist – wie aufgezeigt wurde (vgl. Rz 57 ff.) – zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Dementsprechend kann über den Antrag von Swatch Group nicht im Rahmen dieser Verfügung, sondern erst im Rahmen des Hauptsachenentscheids der WEKO entschieden werden.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 25

C.4 Materielle Voraussetzungen 94. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.¹¹⁹ 95. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung.¹²⁰ 96. Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen.¹²¹ Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme.¹²² C.4.1 Keine Entscheidungsprognose 97. Wie oben dargelegt, ist die Aufbereitung und Auswertung der vorhandenen Marktdaten aufgrund der Verfahrensverzögerungen noch nicht abgeschlossen und dementsprechend die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse noch ausstehend (vgl. Rz 57 ff.). Eine Entscheidungsprognose in der Hauptsache ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. 98. Eine ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des vorliegenden Verfahrens rechtfertigt sich nach Ansicht der WEKO somit nicht. Die Anhaltspunkte, welche zur Eröffnung des vorliegenden Verfahrens geführt haben (vgl. Rz 12 ff.), können zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgeräumt werden. Das Resultat des vorliegenden Verfahrens ist

dementsprechend offen. Sollte die durchgeführte Marktbefragung und die darauf basierende – aber zum jetzigen Zeitpunkt noch ausstehende – Prüfung der aktuellen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz 21 sowie Rz 57 ff.) zeigen, dass sich die Marktverhältnisse nicht in dem Sinne entwickelt haben, wie sich dies zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids abzeichnete, und dass ab dem Jahr 2020 nicht in ausreichendem Masse alternative Bezugsquellen vorhanden sein könnten, um die Nachfrage der Uhrenhersteller nach mechanischen Uhr-

119 RPW 2017/3, 412 Rz 28, Eishockey im Pay-TV; RPW 2014/2, 388 Rz 14, Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen, m.w.H; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2, upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG). 120 RPW 2017/3, 412 Rz 29, Eishockey im Pay-TV; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG, m.w.H. 121 RPW 2017/3, 413 Rz 30, Eishockey im Pay-TV; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2., upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG. 122 RPW 2017/3, 413 Rz 30, Eishockey im Pay-TV, Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG, m.w.H.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 26

werken bedienen zu können, so ist ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids in Erwägung zu ziehen. Andernfalls stellt sich die Frage eines Widerrufs oder einer Änderung des ursprünglichen Entscheids nicht. 99. Swatch Group moniert in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.), dass ein Entscheid betreffend den Ablauf der evR per 31. Dezember 2019 schon aufgrund des heutigen Kenntnisstandes bzw. schon seit mehreren Monaten möglich sei. In diesem Zusammenhang bringt Swatch Group mehrere Aspekte vor, welche ihrer Ansicht nach die klar ersichtlichen Entwicklungen auf dem Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke aufzeigen würden. Als Resultat dieser Entwicklungen verfüge ETA nicht mehr über einen Marktanteil, welcher auf eine marktbeherrschende Stellung schliessen lasse. Ein Bedarf für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht gegeben.¹²³ Auf die von Swatch Group vorgebrachten Aspekte betreffend die Marktentwicklung einzeln einzugehen, erübrigt sich bereits deshalb, weil dafür eine Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen werden müsste. Dies ist, wie vorstehend aufgezeigt wurde (vgl. Rz 57 ff.), zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich. 100. Präzisierend festzuhalten ist allerdings, dass es nicht zutrifft, dass gemäss evR die Vermutung bestehe, wonach ETA auf dem relevanten Markt dann nicht mehr marktbeherrschend sei, wenn ihr Marktanteil unter 35 % fällt. Ziff. 7 evR sieht lediglich vor, dass Swatch Group das Recht hat, bei der WEKO die Abänderung der Ziff. 3 und 4 evR begründet zu beantragen, sollte ETA auf dem relevanten Markt nicht mehr marktbeherrschend sein, wovon u.a. auszugehen ist, wenn der Marktanteil von ETA unter 35 % fällt. Es handelt sich somit nicht um eine Vermutung, dass ETA dann nicht mehr marktbeherrschend ist, wenn ihr Marktanteil unter 35 % fällt, sondern lediglich um eines von mehreren Indizien, welche es Swatch Group erlaubt (hätte), eine Abänderung der evR zu beantragen, wovon Swatch Group in der Zeitspanne vom 21.

Oktober 2013 bis zur Eröffnung des vorliegenden Verfahrens nicht Gebrauch gemacht hat. 101. Ins Leere stösst die Behauptung von Swatch Group, dass der Antrag des Sekretariats auf Erlass vorsorglicher Massnahmen erst recht den Umstand bestätige, dass sich ETA in keiner marktbeherrschenden Stellung befinde, da ETA gemäss den vorsorglichen Massnahmen im Jahr 2020 keinerlei Uhrwerke mehr an Kunden ausserhalb der Swatch Group liefern und damit am Drittmarkt nicht mehr auftreten würde. Der Entscheid, dass die Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ausgesetzt werden (vgl. Rz 146 ff.), ist indes nicht auf eine Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zurückzuführen, sondern im Sinne der Verhältnismässigkeit alleine darauf, dass Lieferungen an Drittkunden ab dem 1. Januar 2020 aus zeitlichen Gründen (faktisch) nicht möglich sind. 102. Schliesslich ist auch die Behauptung von Swatch Group zurückzuweisen, dass mangels marktbeherrschender Stellung von ETA keine rechtliche Grundlage bestehe, die evR zu verlängern. Einerseits wird mit den vorsorglichen Massnahmen nicht die evR verlängert, sondern (angepasst an den Bestellablauf bei ETA) der bestehende Zustand gesichert (vgl. Rz 135 ff.), und andererseits ist die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA nach wie vor rechtskräftig (vgl. Rz 2 und Rz 100), womit eine hinreichende rechtliche Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist. C.4.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose) 103. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende

123 Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 27

und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.¹²⁴ Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines «nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils». Gemäss der Lehre genügt es, wenn ein «schwerer Nachteil» für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d.h. im kartellrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.¹²⁵ Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.¹²⁶ 104. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die in Ziff. 2 lit. a evR festgelegte Verpflichtung zu Lasten von ETA, ihre bisherigen Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken zu beliefern, in zeitlicher Hinsicht beschränkt ist. Ziff. 3 evR sieht den Ablauf der Lieferverpflichtung für den

E. 31

■ Kunden und Umsätze verlieren, was den Auf- oder Ausbau von Produktionskapazitäten verlangsamen oder gar in Frage stellen könnte. 121. In diesem Kontext wies namentlich Sellita darauf hin, dass falls ETA wieder grössere Kunden von Sellita selektiv beliefern würde, [...].¹⁴⁸ 122. Für die WEKO ist glaubhaft, dass der Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019, ohne dass die WEKO über die entsprechende Frage entschieden hat (vgl. Rz 57 ff.), für die aktuellen Konkurrenten von ETA negative Auswirkungen haben könnte. Es ist glaubhaft, dass Drittkunden, die in den letzten Jahren auf alternative Bezugsquellen ausgewichen

sind, ihre Bezugsstrategie ändern und inskünftig ihren Bedarf (wieder) bei ETA decken würden, wenn sich ETA ab dem 1. Januar 2020 neu als Anbieterin für mechanische Uhrwerke für ausgewählte Drittkunden positioniert (was Swatch Group entsprechend geäußert hat, vgl. Rz 107). Dies könnte wiederum zur Folge haben, dass die alternativen Bezugsquellen, die sich während der Dauer der evR am Markt etabliert haben oder daran sind, sich zu etablieren, dahingehend bedroht würden, als sie den Auf- oder Ausbau ihrer Produktion mechanischer Uhrwerke mangels Nachfrage nicht im geplanten Umfang realisieren könnten und im schlimmsten Fall gar einstellen müssten. Für die WEKO ist es zudem glaubhaft, dass bereits die von einer solchen Neupositionierung von ETA ausgehende Signalwirkung auf die Uhrenhersteller und ihre Bezugsstrategien, zu einer Gefährdung der alternativen Bezugsquellen führen kann. Denn bereits das Wissen von Drittkunden darum, dass ETA grundsätzlich daran interessiert ist, Lieferbeziehungen mit Drittkunden zu unterhalten (insbesondere langfristige), ist nach Ansicht der WEKO dazu geeignet, die Bezugsstrategien solcher Drittkunden nachhaltig zu beeinflussen. 123. Das beschriebene Szenario könnte den Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke insofern strukturell verändern, als dass die bisherige (positive) Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse seit 2013 (vgl. Rz 109 ff.) gebremst oder sogar wieder rückgängig gemacht würde. Die Strukturveränderung im Markt, die durch einen Hauptsachenentscheid der WEKO nach dem 31. Dezember 2019 eintreten könnte, ist daher in einer Schwächung der alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke, die während der Dauer der evR entstanden sind bzw. sich etabliert haben oder daran sind, sich zu etablieren, zu sehen, da erfolgte Markteintritte gebremst oder rückgängig gemacht oder sich allfällig noch abzeichnende Markteintritte verhindert werden könnten. 124. Den Auswirkungen für aktuelle und potentielle Konkurrenten kommt im Zusammenhang mit den Vereinbarungen der evR zwar eine vorrangige Bedeutung zu, denn mit diesen wurden die Voraussetzungen für die Entstehung von alternativen Bezugsquellen geschaffen. Würden nun aber die alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke geschwächt, so hätte dies zumindest mittelfristig auch Auswirkungen auf die Kunden, die Abnehmer von mechanischen Uhren (Uhrenhersteller), da diesen alternative Bezugsquellen neben ETA fehlen würden. 125. Die vorstehend beschriebene Strukturveränderung, die eintreten könnte, wenn ETA ab dem 1. Januar 2020 nach freiem Ermessen ausgewählte Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken beliefert, ist glaubhaft, da zwischen ETA und ausgewählten Drittkunden bereits Vereinbarungen für eine Lieferbeziehung ab dem Jahr 2020 bestehen und ETA ausgewählten Drittkunden offenbar versprochen hat, sie ab 2020 mit moderneren mechanischen Uhrwerken (als den Standardkalibern) zu beliefern (vgl. Rz 105 und Rz 107). 126. Diese Strukturveränderung ist auch als gravierend einzustufen, weil sie eintreten würde, ohne dass die Frage geklärt wäre, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA überhaupt ablaufen können, da ein Hauptsachenentscheid der WEKO vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich ist (vgl. Rz 57 ff.). Veranschaulichend sei das folgende mögliche Szenario aufgezeigt: Falls alternative Anbieter den Auf- oder Ausbau ihrer

148 Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 32

Produktion mechanischer Uhrwerke nicht im geplanten Umfang realisieren könnten oder im schlimmsten Fall gar einstellen würden, wenn sich ETA ausgewählte Drittkunden frei

auszu- chen und diese allenfalls bereits nach freiem Ermessen mit mechanischen Uhrwerken belie- fern könnte, die WEKO dann aber in ihrem Hauptsachenentscheid zum Schluss kommen würde, dass ETA zur Weiterbelieferung ihrer bisherigen Drittkunden zu verpflichten wäre, wäre die Strukturveränderung bereits eingetreten. 127. Angesichts der hohen Investitionen (vgl. Rz 119)¹⁴⁹, die mit der industriellen Produktion mechanischer Uhrwerke verbunden sind, ist es als glaubhaft zu betrachten, dass der beschrie- bene drohende Schaden für den wirksamen Wettbewerb, der eintreten würde, wenn die Lie- ferverpflichtung sowie die damit zusammenhängende Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 ablaufen würden, ohne dass über die Frage, ob die entsprechenden Ver- pflichtungen ablaufen können, entschieden wurde, nicht leicht wieder gutgemacht werden könnten. 128. Das Zuwarten bis zum Hauptsachenentscheid käme zudem nach Ansicht der WEKO einer Vorwegnahme desselben gleich, da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gerade die Frage ist, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA wie ursprünglich vorgesehen am 31. Dezember 2019 ablaufen können (vgl. Rz 12 ff.).¹⁵⁰ Fällt der Hauptsachenentscheid der WEKO nach dem genannten Datum, so läuft die Lieferver- pflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA – wenn auch allenfalls nur für einen befristeten Zeitraum – ab. Und dies, wie oben dargelegt, ohne dass eine Entscheid- prognose zum jetzigen Zeitpunkt möglich ist (vgl. Rz 97 f.). 129. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem seit 2013 (möglicherweise) entstandenen Wettbewerb im Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke ohne die vorsorg- lichen Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Dieser Nachteil ist, wie aus obigen Ausführungen ersichtlich wird, direkt kausal mit der Frage verbunden, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen kann, und gerade bezüglich dieser Frage ist, wie dargelegt (vgl. Rz 97 f.), eine Entscheidprognose zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. C.4.3 Dringlichkeit 130. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.¹⁵¹ 131. Aus den vorstehend genannten Gründen ist es nicht möglich, dass ein Hauptsachenent- scheid der WEKO vor dem Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Liefer- beschränkung getroffen sein wird (vgl. Rz 57 ff.). Dies hätte zur Folge, dass die Lieferverpflich- tung und die damit verbundene Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 ablaufen würden und ETA ab dem 1. Januar 2020 (mindestens bis zum Hauptsachenentscheid) frei im Ent- scheid darüber wäre, ob und welche Drittkunden sie mit mechanischen Uhrwerken beliefern möchte und insbesondere auch in welchem Umfang. Dieser Umstand könnte die aktuellen alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke direkt und nachhaltig beeinträchtigen (vgl. Rz 103 ff.). Es ist daher glaubhaft, dass dieser Nachteil vor dem Hauptsachenentscheid eintreten wird, da es ETA nicht verwehrt wäre, ab dem 1. Januar 2020 ausgewählte Drittkun- den zu beliefern und dies ETA bzw. Swatch Group gemäss des bisherigen Kenntnisstandes der WEKO auch beabsichtigt (vgl. Rz 107). Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

¹⁴⁹ RPW 2014/1, 237 Rz 186 f., Swatch Group Lieferstopp. ¹⁵⁰ Act. [...]. ¹⁵¹ RPW 2004/1, 123 Rz 70, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 28, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

C.4.4 Verhältnismässigkeit 132. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden bzw. eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.¹⁵² 133. Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens besteht darin, zu prüfen, ob sich die Anhaltspunkte, die zur Verfahrenseröffnung geführt haben, erhärten und sich ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids aufdrängt (vgl. Rz 12 ff.). Mithin besteht der Kern des vorliegenden Verfahrens darin, die Entscheidungsgrundlagen für die WEKO zu schaffen, um beurteilen zu können, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen können. Ein Entscheid der WEKO im vorliegenden Verfahren ist jedoch aufgrund der Verfahrensverzögerungen vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.).¹³⁴ Ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen würden die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für ETA am 31. Dezember 2019 ablaufen. Es ist daher glaubhaft, dass der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil eintreten könnte. Zudem wäre ein Entscheid nach besagtem Zeitpunkt insofern vorweggenommen, als ETA – wenn auch allenfalls nur vorübergehend – von ihrer Lieferverpflichtung und ihrer Lieferbeschränkung befreit wäre. M.a.W. heisst das, dass der Entscheid der WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung sowie die Lieferbeschränkung für ETA überhaupt ablaufen können, durch das Unterlassen von vorsorglichen Massnahmen faktisch getroffen wäre. C.4.4.1 Vorsorgliche Massnahmen 135. Um das Eintreten des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils abzuwenden wie auch eine Vorwegnahme des Hauptsachenentscheids zu verhindern, sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, mit denen der bestehende Zustand gesichert wird.¹³⁶ Wie bereits beschrieben, obliegt ETA im bestehenden Zustand einerseits eine Lieferverpflichtung gemäss Ziff. 2 lit. a evR und andererseits eine damit verbundene Lieferbeschränkung gemäss Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 6 ff.). Zur Sicherung des bestehenden Zustandes sind somit grundsätzlich folgende vorsorgliche Massnahmen zu erlassen: ■ Die Lieferverpflichtung von ETA ist über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen.¹⁵³ Dem bestehenden Zustand zufolge muss ETA ihren bisherigen Drittkunden die gemäss Ziff. 3 evR festgelegten Mengen an mechanischen Uhrwerken liefern. In den Jahren 2018 und 2019 war bzw. ist ETA verpflichtet, ihren bisherigen Kunden (ausgenommen bestimmte Sonderfälle, vgl. Ziff. 2 lit. d und e evR) 55 % der Referenzmenge an mechanischen Uhrwerken zu liefern. ■ Die Lieferbeschränkung, die gemäss evR mit der Lieferverpflichtung verbunden ist, ist für ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen. Dem bestehenden Zustand zufolge ist gemäss Ziff. 4 lit. b evR die Lieferung von mehr als nach

¹⁵² RPW 2004/1, 124 Rz 73, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 29, ETA SA Fabriques d'Ebauches. ¹⁵³ Infolgedessen werden die Ziff. 1, 2 lit. a–c, f und g und 5 evR berücksichtigt. Präzisierend anzufügen gilt es, dass wenn ETA keine Standardkaliber mehr herstellen sollte (vgl. Rz 107), dies als ausserordentlicher, produktionsbedingter Grund i.S.v. Ziff. 2 lit. f evR betrachtet wird.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 34

Ziff. 3 evR zu liefernden Mengen an mechanischen Uhrwerken nur für KMUs möglich.¹⁵⁴ 137. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, werden die oben genannten vorsorglichen

Massnahmen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 141 ff.) wie folgt präzisiert: ■ Es ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass faktische Lieferungen von mechanischen Uhrwerken gestützt auf die Lieferverpflichtung von ETA ab dem 1. Januar 2020 aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich sind. Deshalb werden die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt (vgl. Rz 148). ■ Um die grundsätzliche Gefahr zu verhindern, dass ETA KMUs mengenmässig un- eingeschränkt mit mechanischen Uhrwerken beliefert (vgl. Rz 103 ff.), ist die gesamte Menge an mechanischen Uhrwerken, die an KMUs geliefert werden kann, zu beschränken (vgl. Rz 142 f.). ■ Da mit einem Entscheid der WEKO in der Hauptsache bis voraussichtlich im Sommer 2020 zu rechnen ist und in Anbetracht sämtlicher Umstände des vorliegenden Falls, erscheint es als angemessen, die maximale Dauer der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen (vgl. Rz 147).

138. Swatch Group macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) geltend, dass eine Verlängerung der Lieferverpflichtung gemäss evR über den 31. Dezember 2019 hinaus mangels marktbeherrschender Stellung unzulässig und faktisch auch gar nicht möglich wären.¹⁵⁵ Hierzu sei auf die obigen Ausführungen in Rz 102 verwiesen. 139. Sellita begrüsst in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, dass für die Dauer des laufenden Verfahrens ETA ein Lieferverbot auferlegt werden solle (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff., insbesondere Rz 75).¹⁵⁶ Diese Aussage von Sellita ist dahingehend zu relativieren, als mit den vorsorglichen Massnahmen kein Lieferverbot statuiert wird, sondern der bestehende Zustand gesichert wird, d.h. die gemäss der evR ETA auferlegte Lieferverpflichtung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens fortgeführt wird und davon abweichende Vereinbarungen zu Gunsten von einzelnen Kunden nur für KMUs möglich sind. Das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Drittkunden ist einzig auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellablaufs (faktisch) nicht möglich sind. Die Auferlegung eines expliziten Lieferverbots, wie dies Sellita beantragt, erachtet die WEKO als für die Sicherung des bestehenden Zustands nicht erforderlich (vgl. Rz 89).

140. Dies gilt auch für das von Swatch Group in ihrer Stellungnahme zum Antrag (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) vorgebrachte Argument, dass mit dem Antrag des Sekretariats, welcher ETA zum kompletten Rückzug vom relevanten Markt zwingt, bestätigt werde, dass eine Verlängerung der evR sowieso nicht in Frage kommen könne. Diesbezüglich gilt es zu präzisieren, dass von einem Zwang zum Rückzug vom relevanten Markt keine Rede sein kann. Denn das Aussetzen der Lieferungen von ETA an ihre bisherigen Kunden ist alleine auf den Umstand zurückzuführen, dass Lieferungen ab dem 1. Januar 2020 aufgrund des Bestellablaufs (faktisch) nicht möglich sind. Zudem steht es ETA frei, gestützt auf die vorsorglichen Massnahmen bis zum Entscheid der WEKO in der Hauptsache KMUs diskriminierungsfrei mit mechanischen

154 Entsprechend der bestehenden Praxis der WEKO zur Auslegung von Ziff. 4 lit. b evR unterliegt ETA dabei einer absoluten Gleichbehandlungspflicht (vgl. Rz 7). 155 Act. [...]. 156 Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 35

Uhrwerken zu beliefern, solange die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge nicht überschritten wird (vgl. Rz 142 f.). Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet (vgl. Rz 147).

C.4.4.2 Geeignetheit 141. Mit den genannten vorsorglichen

Massnahmen wird einerseits der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und andererseits der in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung insofern verhindert, als diese für die Dauer des vorliegenden Verfahrens dem Grundsatz nach fortgeführt werden, bis die WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung ablaufen können, im Hauptsachenentscheid entschieden hat. Mit diesen Massnahmen wird der derzeit bestehende Zustand gesichert, wie er gemäss der noch geltenden evR gilt (vgl. Rz 6 f.). 142. Hält man sich den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil vor Augen (vgl. Rz 103 ff.), so ist der wesentliche Punkt darin zu sehen, dass ETA nach Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung am 31. Dezember 2019 frei darüber bestimmen könnte, ob sie weiterhin Drittkunden mit mechanischen Uhrwerke beliefert, welche Drittkunden sie beliefert und welche Mengen an mechanischen Uhrwerken sie diesen ausgewählten Drittkunden liefern würde (vgl. Rz 105). Dem drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil kann nach Ansicht der WEKO begegnet werden, indem ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens entsprechend dem bestehenden Zustand weiterhin eine Lieferbeschränkung auferlegt wird (vgl. Rz 136). 143. In Bezug auf die gemäss ETA auferlegten Lieferbeschränkung, der zufolge Mehrlieferungen nur für KMUs möglich sind (vgl. Rz 136) und im Lichte des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils ist die gesamthaft an KMUs zu liefernde Menge an mechanischen Uhrwerken zu regeln. Um die grundsätzliche Gefahr zu verhindern, dass ETA KMUs mengenmässig uneingeschränkt mit mechanischen Uhrwerken beliefert und dadurch der Auf- oder Ausbau der Produktion mechanischer Uhrwerke von alternativen Bezugsquellen gefährdet wird, ist die gesamte Menge an mechanischen Uhrwerken, die an KMUs geliefert werden kann, zu beschränken.¹⁵⁷ Dabei macht es in quantitativer Hinsicht Sinn und erscheint es als verhältnismässig, auf die gesamte Menge abzustellen, die im Jahr 2018 an KMUs geliefert wurde. Erklärend anzufügen ist dazu, dass das Abstellen auf das Jahr 2019 deshalb nicht sinnvoll ist, weil Swatch Group für das Jahr 2019 [...] keine abweichenden Vereinbarungen betreffend Mehrlieferungen an KMUs abgeschlossen hat.¹⁵⁸ 144. Swatch Group bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) in diesem Zusammenhang vor, dass die Besorgnis, dass ETA nach Ablauf der evR Unmengen von Werken an Kunden ausserhalb der Swatch Group verkaufen wolle und damit anderen Werkherstellern die Kunden wegnehmen würde, komplett unbegründet sei. Die langjährige Haltung der Swatch Group bestehe darin, dass ETA frei sein solle, ihre Kunden ausserhalb der Swatch Group auszuwählen und die Bedingungen für diese Geschäftsbeziehungen zu vereinbaren. Dabei habe ETA aufgrund der gemachten Erfahrungen der letzten Jahre [...].¹⁵⁹ Dazu ist zunächst der guten Ordnung halber festzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss made Uhrwerke nach wie vor rechtskräftig ist (vgl. Rz 102). Daneben hat die WEKO die Argumente zur Kenntnis genommen, hält diesen jedoch entgegen, dass gerade das beabsichtigte Verhalten von ETA am Markt nach dem 31. Dezember 2019 unklar ist.

¹⁵⁷ Dies entspricht der herrschenden Praxis zu den abweichenden Vereinbarungen i.S.v. Ziff. 4 lit. b evR (vgl. Rz 7). ¹⁵⁸ Vgl. act. [...]. ¹⁵⁹ Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

145. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit geeignet, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden. C.4.4.3 Erforderlichkeit 146. In Bezug auf die Erforderlichkeit der vorsorglichen Massnahmen gilt es den folgenden zwei Umständen Rechnung zu tragen. 147. Wie oben dargelegt, sind die Lieferverpflichtung von ETA sowie die Lieferbeschränkung für ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen. Da mit einem Entscheid der WEKO in der Hauptsache – vorbehältlich unerwarteter verfahrensverzögernder Umstände (insbesondere verursacht durch die Verfahrensparteien oder Marktteilnehmer) – bis voraussichtlich im Sommer 2020 gerechnet werden kann, erscheint es als angemessen, die maximale Dauer der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Im Sinne sämtlicher Umstände des vorliegenden Falls erachtet es die WEKO als nicht erforderlich, dass die vorsorglichen Massnahmen über den 31. Dezember 2020 hinaus verfügt werden. 148. Dem bestehenden Zustand zufolge muss ETA ihren bisherigen Drittkunden gemäss Ziff. 3 evR zur Zeit 55 % der Referenzmenge an mechanischen Uhrwerken liefern (vgl. Rz 6 f. sowie Rz 136). Bei der Festlegung der zu liefernden Mengen ist jedoch auch die Frage des Bestellablaufs zu berücksichtigen. Denn aus der ursprünglichen Untersuchung bekannt ist (und in der evR festgelegt wurde), dass Drittkunden ETA für die Produktionsplanung ihren Mengenbedarf für das Folgejahr sechs Monate im Voraus bekannt geben müssen. 160 Betrachtet man nun die Zeitspanne, die ab dem Zeitpunkt des Entscheids der WEKO über den Erlass vorsorglicher Massnahmen bis zum Entscheid der WEKO in der Hauptsache voraussichtlich verbleibt, so wird ersichtlich, dass eine Regelung des Bestellablaufs (und damit der Produktionsplanung von ETA) nicht möglich ist. Es wäre in zeitlicher Hinsicht für ETA nicht möglich, die Produktionsplanung für Lieferungen von mechanischen Uhrwerken ab dem 1. Januar 2020 an Drittkunden vorzunehmen. ETA wäre faktisch nicht in der Lage, mechanische Uhrwerke ab dem 1. Januar 2020 im bisherigen Umfang an bisherige Drittkunden zu liefern. Diese Tatsache war bereits vor dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen bekannt. Daher werden die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Selbst wenn der Bestellablauf am 1. Januar 2020 bei ETA initiiert würde und Lieferungen mechanischer Uhrwerke im Juli 2020 (gemäss des aus der ursprünglichen Untersuchung bekannten und in der evR festgelegten Vorlaufs) ausgeliefert werden könnten, erachtet es die WEKO vorliegend als nicht verhältnismässig, die Lieferverpflichtung von ETA über den 31. Dezember 2019 hinaus fortzuführen, ohne die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA an ihre bisherigen Kunden auszusetzen. Denn wie oben dargelegt, ist die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse noch ausstehend und ein Entscheid der WEKO in der Hauptsache vor dem 31. Dezember 2019 nicht möglich (vgl. Rz 57 ff.). Das Resultat des vorliegenden Verfahrens ist dementsprechend offen und somit ein Widerruf oder eine Änderung des ursprünglichen Entscheids möglicherweise nicht gerechtfertigt (vgl. Rz 98). Der Hauptsachenentscheid ist zum Zeitpunkt geplant, zu dem ETA frühestmöglich allenfalls mechanische Uhrwerke ausliefern könnte. Würde der Hauptsachenentscheid keine Lieferverpflichtung von ETA mehr vorsehen, wären die vorher getätigten Aufwände bei ETA und ihren Kunden vergeblich und die Planung müsste auf beiden Seiten kurzfristig geändert werden. Diese Situation soll aus Verhältnismässigkeitsgründen vermieden werden. Aus diesem Grund sehen die vorsorglichen Massnahmen keine faktische Lieferverpflichtung ab Juli 2020 vor. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 bei den gemäss evR zu liefernden Mengen sind

davon

160 Dies wurde in Ziff. 6 lit. evR entsprechend festgehalten (vgl. Rz 12).

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 37

ausgenommen. Diese müssen unabhängig von der hier verfügbaren Regelung an die entsprechenden bisherigen Kunden geliefert werden. 149. Swatch Group führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) denn auch aus, dass richtig festgehalten sei, dass es für ETA faktisch unmöglich sei, ab dem 1. Januar 2020 mechanische Uhrwerke an die Kunden gemäss evR zu liefern. Lieferungen von mechanischen Uhrwerken im Jahr 2020 an Kunden gemäss evR seien aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich. Die Verpflichtung zu einer Belieferung von Kunden gemäss evR für das Jahr 2020 würde einer Verpflichtung zu einer faktischen Unmöglichkeit entsprechen und wäre damit sinnlos. Dies gelte nicht nur für den Anfang des Jahres 2020, sondern stets für einen Zeitraum von [...]. 161 Dazu ist festzuhalten, dass als anerkannt betrachtet wird, dass der Bestellablauf bzw. die damit zusammenhängende Produktionsplanung bei ETA einen zeitlichen Vorlauf von sechs Monaten bedarf (vgl. Rz 148). 150. Mit den beschriebenen vorsorglichen Massnahmen wird einerseits der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und andererseits der in Ziff. 3 evR festgelegte Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung insofern verhindert, als die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens dem Grundsatz nach fortgeführt werden, bis die WEKO über die Frage, ob die Lieferverpflichtung und die damit verbundene Lieferbeschränkung ablaufen kann, im Hauptsachenentscheid entschieden hat. Mit der Aussetzung der Lieferungen mechanischer Uhrwerke wird dabei alleine dem Umstand Rechnung getragen, dass faktische Lieferungen von mechanischen Uhrwerken gestützt auf die Lieferverpflichtung von ETA ab dem 1. Januar 2020 aus Gründen des Bestellablaufs nicht möglich wären. Gleichzeitig wird jedoch der Grundsatz, dass ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens eine Lieferverpflichtung obliegt, bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO aufrechterhalten. 151. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit auch erforderlich, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegten Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden. 152. Swatch Group trug in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 54 und Rz 72 ff.) vor, dass vorsorgliche Massnahmen nicht notwendig seien, da die WEKO schon seit mehreren Monaten über alle notwendigen Informationen verfüge, um den Entscheid zu fällen, dass die evR nicht zu verlängern sei. 162 Diesem Vorbringen von Swatch Group ist entgegen zu halten, dass ein Entscheid über die Frage, ob die Lieferverpflichtung von ETA (wie in der evR verankert) ablaufen kann, mangels Vorliegen der Analyse zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen gerade nicht möglich ist (vgl. Rz 57 ff. und Rz 99) und die vorsorglichen Massnahmen deshalb geeignet und erforderlich sind, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wie auch den in Ziff. 3 evR festgelegten Ablauf der Lieferverpflichtung und der damit verbundenen Lieferbeschränkung abzuwenden (vgl. Rz 141 ff.). C.4.4.4 Überwiegende öffentliche Interessen 153. Wie vorstehend aufgezeigt wurde, sind die vorsorglichen Massnahmen sowohl geeignet als auch erforderlich, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Wettbewerb abzuwenden (vgl. Rz 141 ff. sowie Rz 146 ff.). Diesem öffentlichen Interesse stehen die Interessen der

Verfahrensparteien entgegen, in erster Linie diejenigen der Swatch Group. Ihre Interessen liegen darin, die evR per Ende 2019 (wie in Ziff. 3 evR festgehalten wurde) ablaufen zu lassen. Swatch Group zufolge müsste ETA im Fall einer Verlängerung der Lieferverpflichtung Kapazitäten aufbauen, was einen grossen zeitlichen und finanziellen Aufwand mit sich ziehen würde. Swatch Group gab an, sich einer Anpassung oder einem Widerruf der evR zu 161 Act. [...]. 162 Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 38

widersetzen und lehnt eine Verlängerung der Lieferverpflichtung entschieden ab.¹⁶³ Diesen Argumenten kann entgegen gehalten werden, dass mit den vorsorglichen Massnahmen zwar grundsätzlich die Lieferverpflichtung von ETA für die Dauer des vorliegenden Verfahrens verlängert wird, jedoch ETA während dieser Dauer keine mechanischen Uhrwerke an ihre bisherigen Drittkunden liefern muss. ^{154.} Die vorsorglichen Massnahmen schränken Swatch Group bzw. ETA in ihrer Handlungsfreiheit in Bezug auf Kunden ein, mit welchen Swatch Group für den Zeitraum nach dem 31. Dezember 2019 Verhandlungen über eine Belieferung mit mechanischen Uhrwerken führt bzw. Lieferungen bereits beschlossen sind (vgl. Rz 107). ^{155.} Sofern es sich bei diesen Unternehmen nicht um KMUs handelt, ist während der Dauer des vorliegenden Verfahrens eine Belieferung mit mechanischen Uhrwerken ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass eine absolute Gleichbehandlung zu beachten ist (was der bisherigen Praxis der WEKO entspricht, vgl. Rz 7), falls es sich bei diesen Unternehmen um KMUs handelt. Dies hat zur Folge, dass Swatch Group nicht frei darüber bestimmen kann, welches KMU sie mit mechanischen Uhrwerken beliefert, sondern wenn ETA ein KMU beliefert, dann muss sie allen anderen, die eine entsprechende Anfrage gestellt haben, ebenfalls mechanische Uhrwerke liefern. ^{156.} Zu den genannten Einschränkungen kann Zweierlei festgehalten werden: Erstens, dass die Einschränkungen bis anhin galten, d.h. keine neuen Einschränkungen auferlegt werden, sondern lediglich der bestehende Zustand fortgeführt wird. Zweitens sind die Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht befristet, sodass die damit verbundenen Umtriebe, die Swatch Group hinnehmen müsste, von zeitlich beschränkter Dauer sind. Dies ist – im Vergleich zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil – als weniger einschneidend einzustufen. Sollte es unter den Kunden, mit denen Swatch Group bereits zum jetzigen Zeitpunkt Lieferungen von mechanischen Uhrwerken nach dem 31. Dezember 2019 vereinbart hat, solche geben, die durch eine Nichtbelieferung infolge der vorsorglichen Massnahmen in objektiver Hinsicht übermässig betroffen wären, so könnten Ausnahmen von der verfügbaren Lieferbeschränkung zumindest in Betracht gezogen werden. Voraussetzung wäre jedoch, dass Kunden und nicht ETA übermässig betroffen wären. ^{157.} Swatch Group hält zu den vorsorglichen Massnahmen insgesamt fest, dass diese ihre Pläne, ausgewählte Kunden ausserhalb der Swatch Group [...] zu beliefern, verunmöglichen würden. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen würde solche Lieferungen für das ganze Jahr 2020 und mutmasslich weit darüber hinaus vereiteln.¹⁶⁴ Diesen Vorwürfen von Swatch Group ist entgegen zu halten, dass Lieferungen an ausgewählte Kunden ausserhalb der Swatch Group [...] ohnehin nur im Rahmen der evR (welche bis zum 31. Dezember 2019 Bestand hat) möglich gewesen wären. Was Lieferungen für das Jahr 2020 angeht, so ist festzuhalten, dass die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet sind und den bestehenden Zustand vorübergehend sichern. Die in Rede stehenden öffentlichen Interessen überwiegen die mit den vorsorglichen

Massnahmen einhergehenden Einschränkungen, mit denen Swatch Group konfrontiert sein könnte. 158. Die Interessen von Sellita liegen darin, die evR auf unbestimmte Zeit zu verlängern und darin zusätzliche Verpflichtungen aufzunehmen, die hauptsächlich darin bestehen, dass ETA zu verbieten sei, Drittkunden mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches zu beliefern. Im vorliegenden Verfahren beantragt Sellita, ETA zu verpflichten, für die Zeit ab dem 1. Januar 2020 eine bindende Erklärung abzugeben, wonach ETA wahlweise nur mit Swatch Group verbundene Gesellschaften mit mechanischen Uhrwerken und/oder Ebauches oder Dritte bis zu einer Gesamtmenge von maximal insgesamt 200'000 mechanischen Uhrwerken

163 Vgl. act. [...]. 164 Act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 39

(einschliesslich Ebauches) beliefern.¹⁶⁵ Diesen Interessen von Sellita wird insoweit Rechnung getragen, als die Lieferverpflichtung gemäss evR zwar verlängert wird, jedoch eine faktische Lieferung von mechanischen Uhrwerken ausbleibt (vgl. Rz 148), und die allfällig an KMUs gelieferte Menge an mechanischen Uhrwerken (vgl. Rz 143) nach oben begrenzt wird. Hinsichtlich der spezifischen Interessen von Sellita im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen kann auf ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verwiesen werden (vgl. Rz 75 ff.). 159. Neben den Interessen der Verfahrensparteien sind auch die Interessen anderer aktueller Konkurrenten von ETA zu betrachten. Genannt werden kann zunächst einmal Soprod, welche bereits während der ursprünglichen Untersuchung in der Produktion mechanischer Uhrwerke tätig war.¹⁶⁶ Soprod führt ins Feld, dass wenn die Lieferverpflichtung wie vorgesehen am 31. Dezember 2019 auslaufen würde, dies Soprod erlauben würde, neue Kunden zu akquirieren und dadurch ihre Geschäfte auszubauen. Im gegenteiligen Fall würde dies laut Soprod bedeuten, dass potentielle Kunden keine alternativen Lieferanten suchen würden und Soprod ihre Aktivitäten in den Bereichen mechanische Uhrwerke und Assortiments einstellen müsste.¹⁶⁷ Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass die Lieferverpflichtung gemäss evR zwar verlängert wird, jedoch eine faktische Lieferung von mechanischen Uhrwerken ausbleibt (vgl. Rz 148). Zudem sind die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet. Ausserdem wird mit den vorsorglichen Massnahmen der Hauptsachenentscheid der WEKO nicht vorweggenommen. 160. Eine weitere Konkurrentin ist Ronda, eine Herstellerin von Quarzuhren, die (wieder) in die Produktion von mechanischen Uhrwerken eingestiegen ist und im Jahr 2016 ein mechanisches Uhrwerk lanciert hat. Ronda führt aus, dass es dem Wettbewerb schaden würde, wenn keine Lieferverpflichtung für ETA mehr bestehen würde. Ronda begründet dies damit, dass ihr gradueller Markteintritt durch den Ablauf der Lieferverpflichtung noch weiter erschwert würde, weil die Nachfrage nach Sellitawerken deren Kapazität übersteige und Ronda zum jetzigen Zeitpunkt nicht in der Lage sei, grössere Volumen zu liefern, um die erhöhte Nachfrage zu decken. Eine Erweiterung der Lieferverpflichtung würde Ronda mehr Zeit geben, die Industrialisierung voranzutreiben und ihr Know-How sowie ihre Kapazitäten zu erhöhen.¹⁶⁸ Diesem Anliegen von Ronda wird mit den vorsorglichen Massnahmen insofern Rechnung getragen, als die Lieferverpflichtung im Grundsatz verlängert wird. Zwar muss ETA faktisch für die Dauer des vorliegenden Verfahrens keine mechanischen Uhrwerke an Drittkunden liefern (vgl. Rz 148), jedoch gilt diese Regelung – vorbehaltlich unerwarteter Verzögerungen – nur für wenige Monate, nämlich bis zum Hauptsachenentscheid der WEKO. 161. Hinsichtlich

bisheriger Drittkunden, die nach den vorsorglichen Massnahmen keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bestellen könnten bzw. solche von ETA nicht geliefert bekommen, gilt es festzuhalten, dass es glaubhaft erscheint, dass solche Drittkunden selbst bei der Festsetzung der zu liefernden Mengen auf 55 % der Referenzmenge (wie bisher) keine mechanischen Uhrwerke geliefert bekämen, weil ETA faktisch nicht in der Lage wäre, ab dem 1. Januar 2020 mechanische Uhrwerke an bisherige Drittkunden zu liefern. M.a.W. ausgedrückt würde es im Ergebnis keine Rolle spielen, wie hoch die zu liefernde Menge an bisherige Drittkunden festgesetzt wird. 162. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig zu betrachten sind. Dies, weil sie den Interessen der Verfahrensparteien sowie weiteren Marktteilnehmern mindestens teilweise entsprechen bzw. andere Lösungen im Ergebnis nichts ändern würden. Hinzu kommt, dass das öffentliche Interesse – die Abwendung

165 Vgl. act. [...]. 166 Vgl. RPW 2014/1, 239 Rz 200, Swatch Group Lieferstopp. 167 Vgl. act. [...]. 168 Vgl. act. [...].

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 40

des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils – die individuellen Interessen der Marktteilnehmer überwiegt. Schliesslich ist noch einmal hervorzuheben, dass die vorsorglichen Massnahmen zeitlich befristet sind, d.h. allfällige Einschränkungen für bestimmte Marktteilnehmer von beschränkter zeitlicher Dauer sind. C.4.5 Ergebnis 163. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Es handelt sich um sichernde Massnahmen. Ohne die vorsorglichen Massnahmen droht dem Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig einzustufen. 164. Die vorsorglichen Massnahmen stellen nur eine Übergangslösung dar, welche den Hauptsachenentscheid nicht präjudizieren. Sie sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung» vorgesehen. 165. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann. 169 C.4.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung 166. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann. 170 167. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Rz 94 ff.). 171 168. Wie oben im Abschnitt C.3.5

zusammenfassend festgehalten, sind im vorliegenden Fall alle diese Erfordernisse gegeben. In Abschnitt C.4.3 wurde insbesondere dargelegt, dass im vorliegenden Fall glaubhaft ist, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

169 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique. 170 Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKO/WEF, RPW 2004/1, 200, Flughafen Zürich AG/Sprenger Auto- bahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff, ETA SA Fabriques d'Ebauches. 171 RPW 2004/1, 126 Rz 82, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 602 Rz 31, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 41

D Kosten 169. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache der WEKO entschieden.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 42

Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission: 1. Die Ziffern 1, 2 a)–c), f) und g) und 5 der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 gelten ab dem 1. Januar 2020 vorläufig und vorbehaltlich der Ziffern 2 bis 4 dieses Dispositivs fort. 2. Die Lieferungen mechanischer Uhrwerke von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse an ihre bisherigen Kunden gestützt auf die Ziffer 1 dieses Dispositivs werden ab dem 1. Januar 2020 vorläufig ausgesetzt. Lieferrückstände am 31. Dezember 2019 sind davon ausgenommen. 3. Abweichend von Ziffer 2 dieses Dispositivs dürfen Lieferungen mechanischer Uhrwerke nur an KMUs erfolgen. Die maximale Menge an mechanischen Uhrwerken, welche an KMUs geliefert werden können, darf die im Jahr 2018 an KMUs gelieferte Menge i.S.v. Ziffer 4 lit. b der Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2013 nicht übersteigen. Solche Lieferungen müssen den Wettbewerbsbehörden zur Kenntnis gebracht werden. Als KMU gelten unabhängige, nicht direkt oder indirekt einer grossen Unternehmensgruppe zugehörige Unternehmen, die (einschliesslich der mit ihnen gemäss VKU172 verbundenen Gesellschaften) nicht mehr als 250 Vollzeitstellen haben. 4. Die Ziffern 1 bis 3 dieses Dispositivs gelten längstens für die Dauer des Verfahrens «32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung», höchstens aber bis zum 31. Dezember 2020. 5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1–4 dieses Dispositivs wird die aufschiebende Wirkung entzogen. 6. Auf den Antrag 3 der Sellita Watch Co S.A. in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2019 zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2019 in Sachen 32-0224 Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten. 7. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden. Die Verfügung ist zu eröffnen an: The Swatch Group AG, Seevorstadt 6, 2501 Biel und Sellita Watch Co S.A.,

Le Crêt-du-Loche 11, 2301 La Chaux-de-Fonds, vertreten durch RA Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8002 Zürich

172 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4.

32-00006/COO.2101.111.3.411378

E. 43

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann Prof. Dr. Patrik Ducrey Präsident Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

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