Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.415/2003 /leb

Urteil vom 19. Dezember 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller, Merkli,
Ersatzrichter Seiler,
Gerichtsschreiber Merz.

Parteien
Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement,
3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

Sellita Watch Co SA,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher
Dr. Andreas Jost,
Wettbewerbskommission,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
3202 Frauenkappelen,
ETA SA Manufacture Horlogère Suisse,
vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. Eugen Marbach und Dr. Katharina Schindler,

Gegenstand
vorsorgliche Massnahmen (Kosten),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 29. August 2003.

Sachverhalt:
A.
Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA SA) ist eine Tochtergesellschaft der The Swatch Group SA. Zu ihrem Produktionsbereich gehören für mechanische Uhren bestimmte Rohwerke (ébauches), die sie unter anderem der Sellita Watch Co SA, (nachfolgend: Sellita) liefert. Diese stellt auf der Basis der Ebauches mechanische Uhrwerke (mouvements) her, die sie anschliessend zur Fertigstellung von Uhren an Uhrenfabriken weiterverkauft. Die ETA SA stellt auch selber Mouvements her, ist also einerseits Lieferantin (für Ebauches) der Sellita, andererseits deren Konkurrentin (für Mouvements).

Im Juli 2002 teilte die ETA SA ihren Abnehmern, darunter der Sellita, mit, dass sie angesichts gewaltiger logistischer Probleme zur Verbesserung der Qualität der Fertigprodukte Lieferungen von Rohwerken ab 1. Januar 2003 reduzieren und ab 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde; stattdessen werde sie nur noch fertig montierte Uhrwerke liefern.

Am 30. August 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission (Weko) um Durchführung einer Vorabklärung (gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbe-

schränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Sie rügte, die ETA SA missbrauche ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohwerke, um Montagewerke von der nachfolgenden Marktstufe zu verdrängen. Am 23. September 2002 beantragte die Sellita den Erlass vorsorglicher Massnahmen, um die für sie existenziell notwendige ungekürzte Weiterbelieferung mit Rohwerken sicherzustellen.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung und am 4. November 2002 eine Untersuchung. Nach Besprechungen zwischen dem Sekretariat und der ETA SA gab diese am 12. November 2002 eine Verpflichtungserklärung ab, worin sie sich namentlich verpflichtete, während der Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission weiterhin Rohwerke an ihre bisherigen Kunden zu markt- und branchenüblichen Konditionen zu liefern. Ziff. 5a der Erklärung lautete:
"Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten, etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge bzw. mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat."
Die Erklärung enthielt die Verpflichtung der ETA SA, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen.

Gestützt darauf verfügte die Wettbewerbskommission am 18. November 2002:
"1. Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen die nachstehende Verpflichtungserklärung der ETA SA Fabriques d'Ebauches, vom 12. November 2002:

(folgt Text der Verpflichtungserklärung).

2. Diese Genehmigung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko oder bis zum Erlass einer anders lautenden Verfügung durch die Weko.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziff. 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden."
Am 25. November 2002 teilte die Sellita der Wettbewerbskommission mit, sie verzichte auf eine Zwischenverfügung zu den von ihr am 23. September 2002 gestellten Massnahmebegehren, welche über die verfügte vorsorgliche Regelung hinausgingen.
B.
Am 13. Dezember 2002 beklagte sich die Sellita bei der Wettbewerbskommission über eine von der ETA SA kurz zuvor bekannt gegebene Preiserhöhung um bis zu 25 % der von der Sellita bezogenen Rohwerke und forderte ihr Einschreiten. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission, Ziff. 5a der am 18. November 2002 genehmigten Verpflichtungserklärung dahin zu ändern, dass die an diesem Tag geltenden Preise um höchstens 3,5 % erhöht werden dürfen, unter Vorbehalt eines Nachforderungsrechts der ETA SA für den Fall, dass das angerufene Schiedsgericht höhere Preise als gerechtfertigt erachten sollte. Am 18. Dezember 2002 verlangte die Sellita für den Fall einer Ablehnung dieser Begehren eine förmliche Verfügung.

Nachdem die Wettbewerbskommission die Sellita aufgefordert hatte, die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahme zu belegen, und die Sellita am 22. und 28. Januar 2003 sowie am 10. Februar 2003 weitere Eingaben eingereicht hatte, wies die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 17. Februar 2003 das Gesuch ab (Ziff. 1) und auferlegte der Sellita die Kosten für das Gesuchsverfahren im Betrag von Fr. 4'750.20 (Ziff. 2). Zur Begründung erwog sie, die von der ETA SA verlangten Preiserhöhungen torpedierten die Verfügung vom 18. November 2002 nicht. Der Streit zwischen der ETA SA und der Sellita betreffe nur die bilateralen Bezie-

hungen. Es sei nicht erstellt, dass für die Sellita oder für den wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gut zumachender Nachteil entstünde. Ob die übrigen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme erfüllt wären, liess sie offen.

C.

Die Sellita gelangte an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: Rekurskommission). Diese hiess mit Entscheid vom 29. August 2003 (publ. in RPW [Recht und Politik des Wettbewerbs]2003 S. 653) die Beschwerde nur in Bezug auf die Kostenauflage (Ziff. 2 der Verfügung vom 17. Februar 2003) gut. Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat.

D.

Gegen den Entscheid der Rekurskommission hat einerseits die Sellita Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, den Beschwerdeentscheid aufzuheben, soweit ihre Beschwerde nicht gutgeheissen worden war. Diese Beschwerde ist mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen worden (2A.417/2003).

Andererseits hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Es beantragt, den Entscheid der Rekurskommission vom 29. August 2003 aufzuheben, soweit die Beschwerde gutgeheissen wurde, und diesbezüglich die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 zu bestätigen.

E.

Die Rekurskommission, die Wettbewerbskommission und die ETA SA haben auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Sellita schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Die daraufhin ergangenen Beschwerdeentscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. e OG in Verbindung mit Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1 S. 20).

Die Verfügung vom 17. Februar 2003 erging in einem Verfahren um vorsorgliche Massnahmen. Entscheide über solche Massnahmen gelten als Zwischenverfügungen; sie sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG; BGE 127 II 132 E. 2a S. 136, mit Hinweisen). Dies ist jedenfalls in Bezug auf die hier einzig angefochtene Kostenentscheidung der Fall, da dieser Punkt mit dem angefochtenen Entscheid materiell entschieden wird und in einem späteren Stadium nicht mehr angefochten werden kann (vgl. aber BGE 122 I 39 E. 1a/bb S. 42 f.; 117 Ia 251 E. 1b S. 253 f. bei Kostensprüchen im Zusammenhang mit Rückweisungsentscheiden); es liesse sich sogar fragen, ob insoweit eine Endverfügung vorliegt.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ist als in der Sache zuständiges Departement zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (Art. 103 lit. b OG; BGE 127 II 32 E. 1b S. 35 f.; 127 III 219 E. 1b S. 222; Urteil 2A.198/1997 vom 3. November 1997, publ. in ZBl 100/1999 S. 64 und RPW 1997 S. 618, E. 1b). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.

Streitgegenstand bildet hier einzig die Kostenliquidation für das Verfahren um die von der Beschwerdegegnerin anbegehrte, von der Wettbewerbskommission abgelehnte vorsorgliche Massnahme.

2.1 Gemäss Art. 39 KG sind auf die Verfahren nach diesem Gesetz die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Über die Gebührenpflicht für Verwaltungsverfahren und erstinstanzliche Verfügungen enthalten weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz Vorschriften. Gestützt auf Art. 60 KG und Art. 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) hat der Bundesrat die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) erlassen. Art. 60 KG erteilt dem Bundesrat freilich bloss einen allgemeinen Auftrag zum

Erlass von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz. Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes beauftragt den Bundesrat, Vorschriften über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung zu erlassen. Diese Vorschrift stellt somit die eigentliche gesetzliche Grundlage für die KG-Gebührenverordnung dar. Art. 2 der KG-Gebührenverordnung bestimmt, dass gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige
Dienstleistungen veranlasst. Laut Art. 3 Abs. 2 lit. a KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat. Auch Dritte, die durch Anzeige eine Vorabklärung verursacht haben, bezahlen gemäss lit. b dieser Vorschrift keine Gebühr.
2.2 Wie das Bundesgericht in BGE 128 II 247 (E. 4.1 S. 253 f. und E. 6.1 und 6.2 S. 257 f.) festgehalten hat, bildet die KG-Gebührenverordnung eine genügende gesetzliche Grundlage für Gebühren im erstinstanzlichen Kartellverfahren, solange die Gebührenpflicht in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips gehandhabt wird. Mit Verfahrenskosten kann beispielsweise belastet werden, wer den Wettbewerb unzulässig beschränkte und der Wettbewerbskommission damit Anlass gab, Massnahmen zu treffen (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die gesetzliche Basis erlaubt auch eine Kostenauflage, wenn die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung zwar als unzulässig beurteilt hat, der Bundesrat sie aber in Anwendung von Art. 31 KG wegen überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise zulässt. Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht
und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden, was die Kostenauflage grundsätzlich erlaubt. Insoweit decken sich auch das Unterlieger- und das in Art. 2 f. KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip. Nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung bzw. jede Form des Verursachens kann jedoch Grund zur Belegung mit Verfahrenskosten sein. Namentlich kann die Person, deren Verhalten untersucht worden ist, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als zulässig erweist, auch wenn dies aus besonderen Gründen der Fall ist, beispielsweise weil es die in Art. 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestatten. In solchen Fällen deckt sich das Verursacherprinzip nicht mit dem Unterliegerprinzip und hat es hinter dieses zurückzutreten. Daraus ergibt sich zum einen, dass Art. 2 der KG-Gebührenverordnung, wonach gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht, zu weit gefasst ist und nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine genügende gesetzliche Basis verfügt. Zum
andern erhellt, dass die in Art. 3 Abs. 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen sind.
2.3
2.3.1 Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin nicht selber ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ausgeübt. Sie hat aber ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt und damit ein Verwaltungsverfahren verursacht; sie ist sodann mit diesem Begehren unterlegen. Sowohl nach dem Verursacherprinzip als auch nach dem Unterliegerprinzip können ihr daher gemäss den dargelegten, in BGE 128 II 247 entwickelten Grundsätzen Gebühren auferlegt werden.
2.3.2 Die Rekurskommission hat erwogen, sie habe bisher in vergleichbaren Fällen immer die Kosten der unterlegenen Partei auferlegt; insofern wäre auch die heutige Beschwerdegegnerin kostenpflichtig, da sie mit ihrem ausdrücklichen Beharren auf einem formellen Entscheid das Verfahren verursacht habe und mit ihrem Begehren um vorsorgliche Massnahmen auch unterlegen sei. Gegen eine Kostenauflage spreche aber, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen zu prüfen sei und zweifelhaft bleibe, ob ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen bestehe. Die heutige Beschwerdegegnerin sei nicht schlechter zu behandeln als Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, oder Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt werde; diese seien nach Art. 3 Abs. 2 lit. a und b KG-Gebührenverordnung nicht kostenpflichtig. Dasselbe müsse auch für Anzeiger gelten, die eine vorsorgliche Massnahme anregen. Die Kostenauflage sei daher im Lichte des Unterliegerprinzips nicht haltbar.
2.3.3 Der blosse Anzeiger hat im Verwaltungsverfahren keine Parteistellung (Art. 71 Abs. 2 VwVG). Er bringt

der Behörde einen Sachverhalt zur Kenntnis, worauf es Sache der Behörde ist, von Amtes wegen die erforderlichen Untersuchungen vorzunehmen. Der Anzeiger hilft damit der Behörde in der Wahrnehmung der ihr ohnehin obliegenden Aufgabe (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. 1998, S. 165 Rz. 452). Dementsprechend hat der Anzeiger keinen Anspruch darauf, dass sich die Behörde mit der Anzeige befasst (vgl. BGE 123 II 402 E. 1b/bb S. 406; Urteil 2A.218/1992 vom 14. August 1995, publ. in Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission 29/1995 S. 46, E. 5a). Er hat keinen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf förmliche Erledigung und es stehen ihm keine Rechtsmittel zu, ausser der Beschwerde, eine Eingabe sei zu Unrecht als blosse Anzeige behandelt worden, obwohl Anspruch auf eine Verfügung bestünde (BGE 123 II 402 E. 1b/bb und 4a S. 406 und 412; 121 I 42 E. 2a und e S. 45 und 47; 120 Ib 351 E. 1b S. 354). Aus diesem Grund können vom Anzeiger grundsätzlich keine Verfahrenskosten erhoben werden; etwas anderes kann etwa im Falle mutwilliger Anzeigen gelten (vgl. Art. 10 der
Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]; Urteil 1P.385/1997 vom 31. Oktober 1997, E. 4b; Alfred Kölz/Isabelle Häner, a.a.O., S. 168 Rz. 462).

2.3.4 Die Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG ist ein informelles Vorverfahren. Die Beteiligten oder Dritten, welche gemäss Art. 26 Abs. 1 KG die Durchführung einer Vorabklärung beantragen, haben - unabhängig von den in der Literatur teilweise umstrittenen Fragen, ob ihnen Parteirechte zustehen und wie weit für Vorabklärungen überhaupt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) gilt - eine ähnliche Funktion wie Anzeiger: Sie geben der Behörde Informationen und Hinweise für das von Amtes wegen zu erfolgende Eingreifen. Sie haben keinen Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG) und auf eine förmliche Verfügung. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, ihnen Kosten aufzuerlegen (vgl. Benoît Carron, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2002, N. 30 zu Art. 26 KG). Die in Art. 3 Abs. 2 lit. a und b KG-Gebührenverordnung enthaltene Kostenbefreiung entspricht damit einem allgemeinen Grundsatz. Dies gilt jedoch nur, soweit sich der Anzeiger auf diese Rolle beschränkt.

2.3.5 Hier verhält es sich jedoch anders: Zum einen befindet sich die Hauptsache nicht mehr im Stadium der Vorabklärung, sondern seit dem 4. November 2002 in dem der Untersuchung. Zum anderen hat die Beschwerdegegnerin den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht bloss angeregt und es dann der Behörde überlassen, ob solche zu treffen seien; sie hat vielmehr formell vorsorgliche Massnahmen beantragt und ausdrücklich einen Entscheid in Form einer Verfügung verlangt. Die Beschwerdegegnerin hat sich damit als Partei in einem förmlichen Verwaltungsverfahren konstituiert und sich nicht mit der Rolle einer blossen Anzeigerin begnügt. Die Wettbewerbskommission war verpflichtet, diesem Begehren mit einer förmlichen Verfügung (sei es zum Eintreten, sei es in der Sache) zu entsprechen. Unabhängig davon, ob ein Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen besteht, hat die Beschwerdegegnerin damit einen besonderen Aufwand verursacht, der über das hinausgeht, was die Behörde von Amtes wegen ohnehin tun muss. Dies ist ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem blossen Anzeiger oder den Beteiligten im Sinne von Art. 26 Abs. 1 KG, welche keine Parteistellung haben und keine Amtshandlungen verursachen, die nicht auch von Amtes wegen durchzuführen
wären. Dieser Unterschied rechtfertigt es grundsätzlich, der mit ihrem Begehren unterlegenen Beschwerdegegnerin gemäss Art. 2 KG-Gebührenverordnung eine Gebühr aufzuerlegen.

3.

3.1 Die Rekurskommission hat die Aufhebung der Kostenauflage auch damit begründet, es sei zu berücksichtigen, dass die heutige Beschwerdegegnerin die Verfahrensführung der Wettbewerbskommission, welche dem Erlass der Verfügung vom 18. November 2002 vorangegangen sei, mit Recht kritisiert habe. Diese Verfahrensführung habe hinsichtlich der Unparteilichkeit der mit der Sache betrauten Wettbewerbsbehörde ein Misstrauen hervorgerufen und stehe in einem massgeblichen Zusammenhang mit dem Aufwand der Wettbewerbsbehörden im hier zu beurteilenden Massnahmenverfahren.

3.2 Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander. Indessen wendet das Bundesgericht im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Recht von Amtes wegen an und hat daher im Rahmen des Streitgegenstandes auch zu prüfen, ob die diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen der Rekurskommission zutreffen (vgl. Art. 114 Abs. 1 OG; BGE 129 II 183 E. 3.4 S. 188).

3.3 Streitgegenstand ist vorliegend nur die mit der Verfügung vom 17. Februar 2003 verbundene Kostenauflage, nicht die Verfügung vom 18. November 2002. Was im Vorfeld dieser Verfügung geschehen ist, kann grundsätzlich nicht geeignet sein, die Kostenverteilung im Verfahren, welches zur Verfügung vom 17. Februar 2003 geführt hat, zu beeinflussen. Dies gilt hier umso mehr, als die heutige Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 25. November 2002 ausdrücklich darauf verzichtet hat, dass die Wettbewerbskommission Massnahmen

verfügt, die über die in der Verfügung vom 18. November 2002 getroffene Regelung hinausgehen. Dies lässt darauf schliessen, dass die damit getroffene Regelung dem Anliegen der heutigen Beschwerdegegnerin wenn auch nicht vollständig, so doch weitgehend entgegenkam. Ein begründeter Vorwurf der Parteilichkeit kann darin nicht erblickt werden.

3.4 Auch abgesehen davon vermögen die Ausführungen der Rekurskommission nicht zu überzeugen:

3.4.1 Im Einzelnen wirft die Rekurskommission in E. 4.3 ihres Entscheids der Wettbewerbskommission vor, sich in der Verfügung vom 18. November 2002 auf eine einvernehmliche Regelung abgestützt zu haben, die sie mit der ETA SA ausgehandelt habe. Die Wettbewerbskommission habe sich dabei auf eine analoge Anwendung von Art. 29 KG im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gestützt; es habe aber keine Situation zugrunde gelegen, wie sie Art. 29 Abs. 1 KG voraussetze. Die Wettbewerbskommission habe nicht von Amtes wegen geprüft, ob die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen gegeben seien; angesichts des Einverständnisses der ETA SA habe sie darauf verzichtet, die Zulässigkeit des Verhaltens im Rahmen der Erfolgsprognose vorläufig zu beurteilen. Damit scheide die (analoge) Anwendung von Art. 29 KG aus. Das gemäss Art. 39 KG anwendbare Verwaltungsverfahrensgesetz erlaube der Wettbewerbskommission, Verfügungen zu erlassen. Verhandle sie mit einem Unternehmen über den Gegenstand vorsorglicher Massnahmen, anstatt von Amtes wegen zu verfügen, widerspreche dies dem Gesetzmässigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen. Vor diesem Hintergrund werde das Misstrauen der heutigen Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Aktenführung verständlich und die Kritik am Vorgehen von Sekretariat und Wettbewerbskommission erweise sich teilweise als berechtigt. Die Wettbewerbskommission habe mit ihrem Verhalten das Beharren der heutigen Beschwerdegegnerin auf Akteneinsicht selbst bewirkt. Hätte eine der betroffenen Anzeigerinnen die Verfügung vom 18. November 2002 angefochten, hätte die Rekurskommission sie wohl aufheben müssen, da die Wettbewerbskommission die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen nicht einmal im Ansatz geprüft habe. Es wäre ihr sicher möglich gewesen, einen Handlungsbedarf zu begründen. Eine Eskalation im Umgang mit den Parteien hätte so wohl vermieden werden können.

3.4.2 Wenn das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet, kann es gemäss Art. 29 Abs. 1 KG den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbskommission hat Art. 29 KG analog auch für das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen angewendet. Dies wird von der Rekurskommission nicht grundsätzlich beanstandet und scheint berechtigt: Wenn schon im Hauptverfahren eine einvernehmliche Regelung zulässig ist, ist nicht einzusehen, weshalb dies für vorsorgliche Massnahmen nicht der Fall sein soll.

3.4.3 Mit dem Instrument der einvernehmlichen Regelung ist ein gewisses Verhandlungselement zwangsläufig verbunden (vgl. Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 342 f.; Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren, in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, 2000, S. 435). Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber dieses Instrument aufgenommen hätte, wenn er Verhandlungen hätte unterbinden wollen. Das Kartellgesetz weicht insoweit vom Verwaltungsverfahrensgesetz ab und geht diesem vor (Art. 39 KG). Das Verhandlungselement ist damit gesetzlich klar legitimiert. Soweit die Ausführungen der Rekurskommission so zu verstehen sein sollten, dass die Wettbewerbskommission nur einseitig und autoritativ verfügen dürfe, ohne zu verhandeln, stünden sie im Widerspruch zum Gesetz.

3.4.4 Einvernehmliche Regelungen setzen freilich voraus, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet, und sind nur zulässig über die Art und Weise der Beseitigung dieser Beschränkung (Art. 29 Abs. 1 KG). Verhandlungsgegenstand ist somit nicht die Frage, ob ein Verhalten zulässig sei, sondern nur die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist (Stefan Bilger, a.a.O., S. 343; Paul Richli, a.a.O., S. 435; Bruno Schmidhauser, in Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, N. 19 f. zu Art. 29 KG; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 1999, S. 347 Rz. 624).

3.4.5 Der Rekurskommission kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Wettbewerbskommission habe im Rahmen der Verfügung vom 18. November 2002 die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen "nicht einmal im Ansatz" geprüft.

Die Wettbewerbskommission hat in der erwähnten Verfügung (unter den Ziff. 27-29) den nicht leicht wieder

gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit geprüft und bejaht. Zur Entscheidprognose hat sie ausgeführt, es sei glaubhaft, dass die ETA SA auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die von der ETA SA bekannt gegebene Reduzierung und spätere völlige Stopp ("phasing out") der Abgabe von Ebauches könne aller Voraussicht nach einen oder mehrere der Tatbestände von Art. 7 KG erfüllen. Die Wettbewerbskommission hat vor dem Hintergrund der Verpflichtungserklärung einzig die Frage vorläufig offen gelassen, ob für das Vorgehen der ETA SA berechtigte Geschäftsgründe ("legitimate business reasons") bestehen (Ziff. 26 der Verfügung). Sie hat somit entgegen der Darstellung der Rekurskommission die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen geprüft. Dass dies nicht abschliessend erfolgt ist, ist in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht zu beanstanden.
3.4.6 Die einvernehmliche Regelung und die gestützt darauf erlassene Verfügung vom 18. November 2002 regeln die Weiterlieferung von Ebauches an die Beschwerdegegnerin. Sie betrifft damit die Frage, wie die von der Beschwerdegegnerin beanstandete Wettbewerbsbeschränkung für die Dauer des Hauptverfahrens vermieden wird, was nach dem Gesagten zulässig ist.
3.4.7 Die Rekurskommission wirft der Wettbewerbskommission vor, sie habe im Verlauf der Verhandlungen, die zur einvernehmlichen Regelung geführt haben, ihre Position geändert: Sie habe zunächst die Beibehaltung der Preise verlangt, sei dann aber auf die Formulierungsvorschläge der ETA SA eingeschwenkt, obwohl die heutige Beschwerdegegnerin und eine weitere Abnehmerin diese Regelung ausdrücklich abgelehnt hätten.

Dass die Behörde eine ursprünglich vorgesehene Position im Laufe des Verfahrens ändert, ist nicht aussergewöhnlich. Dies ist bereits im normalen Verfügungsverfahren nicht unzulässig: Im Gegenteil folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dass die Behörde die Eingaben der Parteien berücksichtigt und gegebenenfalls gestützt darauf eine Regelung anders trifft als ursprünglich beabsichtigt. Dies gilt erst recht für das Verfahren der einvernehmlichen Regelung, welches sinnlos wäre, wenn der Behörde untersagt würde, auf Vorschläge der Beteiligten einzugehen.

Der Wettbewerbskommission kann zudem nicht vorgeworfen werden, nur die Formulierungsvorschläge der ETA SA übernommen und die Anliegen der Abnehmerinnen nicht berücksichtigt zu haben. In der von der Rekurskommission erwähnten Stellungnahme vom 8. November 2002 hat sich die heutige Beschwerdegegnerin gegen die ursprünglich vorgesehene Reduktion der Liefermenge, gegen eine Erfüllungsgarantie und gegen externe Qualitätskontrollen gewendet. Zum Preis hat sie sich nicht geäussert. In der endgültigen Fassung wurde in Bezug auf die Liefermenge die vorgesehene Regelung beibehalten, die Erfüllungsgarantie und die externe Qualitätskontrolle jedoch gestrichen. Die Wettbewerbskommission hat somit bei der Ausgestaltung der einvernehmlichen Regelung nicht einseitig die ETA SA zu Lasten der heutigen Beschwerdegegnerin bevorzugt.
3.4.8 Unzutreffend ist sodann das Argument der Rekurskommission, das Aushandeln einvernehmlicher Regelungen sei auch mit Blick auf die Rechtsbeständigkeit der Regelung problematisch. Nach Art. 50 und 54 KG können einvernehmliche Regelungen gleichermassen wie einseitige Verfügungen mit Verwaltungs- oder Strafsanktionen durchgesetzt werden.
3.5 Insgesamt erweisen sich die Vorwürfe der Rekurskommission gegenüber der Wettbewerbskommission als weitgehend unbegründet. Sie vermögen nicht zu rechtfertigen, im Verfahren, welches zu der Verfügung vom 17. Februar 2003 geführt hat, von der ordentlichen Kostenregelung (vorne E. 2.3.5) abzuweichen.

4.
Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdegegnerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Die ETA SA hat auf Anträge verzichtet; ihr ist damit auch keine Parteientschädigung zuzusprechen. Über die Parteientschädigung und die Verteilung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Ziff. 2 und 3 des Dispositivs des Beschwerdeentscheids vom 29. August 2003) hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen neu zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen. Der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 29. August 2003 wird aufgehoben, soweit er die Beschwerde gutgeheissen hat. Ziffer

2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 wird bestätigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Wettbewerbskommission, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sowie der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 19. Dezember 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: