Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.397/2005 /vje

Urteil vom 3. Januar 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Feller.

1. ParteienAare-Tessin AG für Elektrizität (Atel),
Parteien
1. Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel),
2. BKW FMB Energie AG,
3. Centralschweizerische Kraftwerke AG,
4. Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG,
5. Energie Ouest Suisse (EOS) SA,
6. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz),
7. Nordostschweizerische Kraftwerke AG,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Jürg Borer
und/oder Dr. Christoph Lang,

gegen

Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43,
3003 Bern,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
3202 Frauenkappelen.

Gegenstand
Unternehmenszusammenschluss (vorsorgliche Massnahmen),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9. Juni 2005.

Sachverhalt:

A.
Sieben im Elektrizitätssektor tätige Unternehmen haben sich darüber geeinigt, einen zentralen schweizerischen Netzbetreiber, die Swissgrid AG, zu schaffen. Sie meldeten dieses Zusammenschlussvorhaben am 29. November 2004 i.S. von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) der Wettbewerbskommission. Diese stellte mit Verfügung vom 7. März 2005 fest, das Vorhaben begründe bzw. verstärke auf den Märkten für Stromübertragung in der Nordwestschweiz, im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems und im Gebiet Gotthard eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne. Sie nahm jedoch an, dass dieser Nachteil durch die vereinfachte Möglichkeit der Stromdurchleitung und durch die sich daraus allenfalls erge-

bende Verbesserung des Wettbewerbs auf den Märkten für Stromversorgung aufgewogen werde. Sie liess daher das Zusammenschlussvorhaben zu, wobei sie die Zulassung mit Auflagen verknüpfte, die in Ziff. 2 des Verfügungsdispositivs wie folgt aufgelistet sind:
"...
a) Die Swissgrid AG ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.
b) Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.
c) Die Aare-Tessin AG ... (und die sechs weiteren am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen) sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.
d) Die Swissgrid AG ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und Netznutzungsbedingungen zu veröffentlichen.
e) Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteilungseinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.
f) Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziff. 2 lit. e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.
g) Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die unter Ziff. 2 lit. e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben."
A.a In Ziff. 3 des Verfügungsdispositivs wurde in Aussicht gestellt, dass Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung mit Sanktionen gemäss Kartellgesetz belegt werden könnten.
Die sieben betroffenen Unternehmen erhoben gegen diese Verfügung Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragten die Aufhebung bzw. Abänderung einer Mehrzahl der von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen sowie deren Befristung. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen ersuchten sie darum, es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe ihrer Beschwerde-anträge abgeänderten Auflagen zu vollziehen. Der Präsident der Rekurskommission wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 ab.

B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Juni 2005 beantragen die sieben betroffenen Unternehmen, die Zwischenverfügung des Rekurskommissionspräsidenten sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig (während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission) gemäss ihren materiellen Anträgen im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu vollziehen.

Die Wettbewerbskommission beantragt Abweisung der Verwaltungs-gerichtsbeschwerde. Die Vorinstanz hat sich eines Antrags enthalten.

C.
Mit Verfügung vom 13. Juli 2005 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung das (auch) für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Angefochten ist eine Zwischenverfügung des Präsidenten der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Gegen den Endentscheid der Rekurskommission betreffend Zusammenschlussvorhaben steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen (BGE 131 II 497 E. 1 S. 500). Diese ist auch zulässig gegen eine diesbezügliche Zwischenverfügung, sofern sie für die Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben kann (Art. 45 Abs. 2 VwVG); diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Auf die innert der für die Anfechtung von Zwischenverfügung massgeblichen Frist von zehn Tagen (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) formgerecht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist einzutreten.

2.
2.1 Gemäss Art. 39 KG sind auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Das Kartellgesetz enthält keine Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren (anders Art. 17 KG für das zivilrechtliche Verfahren). Allerdings ist die Wettbewerbskommission nach Lehre und Rechtsprechung zu besonderen, durch die Zielsetzungen des Kartellgesetzes bestimmten vorsorglichen Massnahmen während der Dauer des Verwaltungsverfahrens (Untersuchungsverfahren) ermächtigt (vgl. BGE 130 II 149 E. 2 S. 154 ff.). Hat die Wettbewerbskommission materiell entschieden und wird ihre Verfügung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten, sind hingegen grundsätzlich allein die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes über vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren massgeblich (Art. 55 und 56 i.V.m. Art. 71a Abs. 2 VwVG). Gemäss Art. 56 VwVG kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen ergreifen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten; bei der hiebei erforderlichen Interessenabwägung kann kartellrechtsspezifischen Besonderheiten Rechnung getragen werden.

2.2 Nicht unmittelbar Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bildet die Frage, ob die Auflagen, welche die Wettbewerbskommission mit der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens verknüpft hat, zulässig sind; darüber wird die Rekurskommission im noch ausstehenden Beschwerdeentscheid zu befinden haben. Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung ist bloss die Frage, ob die Beschwerdeführer vorsorglich ermächtigt werden müssen, unter weniger strengen Auflagen von der Genehmigung Gebrauch zu machen, nämlich in der Form, wie sie dies bei Gutheissung ihrer Beschwerde vor der Vorinstanz könnten.
Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann die Hauptsachenprognose dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Dabei soll der durch den noch ausstehenden Beschwerdeentscheid zu regelnde Zustand nicht verunmöglicht, aber auch nicht präjudiziert werden (BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; 127 II 132 E. 3 S. 137 f.). Massnahmen, die im Resultat und in ihrer Begründung praktisch auf eine Vorwegnahme des Endentscheids hinauslaufen, sollen vorbehältlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht
angeordnet werden (vgl. Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.2, publ. in sic! 1/2004 S. 48).

Bezüglich der Notwendigkeit von vorsorglichen Massnahmen kommt der für diesen verfahrensleitenden Entscheid zuständigen Behörde - der Natur der Sache nach - ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Sie darf sich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränken; sie ist nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen (BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; 127 II 132 E. 3 S. 138; 117 V 185 E. 2b S. 191; 110 V 40 E. 5b S. 45; 106 Ib 115 E. 2a S. 116). Erst recht auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung, wenn der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten wird. Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Tatsachen übersehen oder massgebliche Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat (Urteil 2A.128/2003 vom 3. April 2003 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.
3.1 Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz vor, sie habe die Parteivorbringen unzureichend geprüft und ihre Verfügung unzureichend begründet; sie habe den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht ausreichend selber untersucht, sondern ohne zureichende Begründung verneint, nämlich unter Hinweis auf eine - in Wahrheit nicht durchgeführte - Prüfung derselben Massnahme durch die Wettbewerbskommission im Rahmen von deren materiellen Verfügung.

Die Begründung der Zwischenverfügung ist summarisch ausgefallen. Dies ist, wie vorstehend dargelegt, grundsätzlich zulässig und der Verfahrenssituation angemessen. Die Erwartungen der Beschwerdeführer an die Prüfungs- bzw. Begründungsdichte mögen allenfalls in einem Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission eine gewisse Berechtigung haben; Notwendigkeit und Art von vorsorglichen Massnahmen müssen dort aufgrund einer erstmaligen Würdigung der Verhältnisse geprüft werden. Darum geht es vorliegend nicht. Die Vorinstanz hatte ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu beurteilen, welchem eine Verfügung der zuständigen Wettbewerbsbehörde zugrunde liegt. Diese stellte - nach Überprüfung der Marktverhältnisse - fest, dass das Zusammenschlussvorhaben geeignet sei, den Wettbewerb übermässig zu beeinträchtigen bzw. zu beseitigen, was gegen eine Genehmigung sprach. Sie liess es jedoch nicht bei dieser Feststellung bewenden, sondern untersuchte, welche Auflagen geeignet seien, die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu relativieren; sie tat dies erkennbar aufgrund einer Interessenabwägung, woran der Umstand nichts ändert, dass die im Beschwerdeverfahren gemachten Vorschläge der Beschwerdeführer, soweit noch
nicht bekannt, nicht berücksichtigt wurden. Die Vorinstanz war nicht gehalten, eine vertiefte Interessenabwägung bereits im Rahmen ihrer verfahrensleitenden Zwischenverfügung vorzunehmen. Es kann sodann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz die Anforderungen an die "Glaubhaftmachung" in einer dem Verfahrensstadium unangemessenen Weise zu hoch angesetzt hätte. Weder die Kognition, die die Vorinstanz walten liess, noch der Umfang der Begründung der angefochtenen Zwischenverfügung lassen sich beanstanden. Die zulässigerweise bloss summarische Interessenabwägung der Vorinstanz ist nachfolgend zu überprüfen.

3.2 Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss von Unternehmen untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (lit. a), und wenn er keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (lit. b). Die von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen sollen dazu dienen, die von ihr festgestellte Wettbewerbsbeseitigung zu kompensieren. Es wird im zurzeit vor der Rekurskommission hängigen Hauptverfahren abschliessend zu beurteilen sein, wie es sich mit deren Recht- und Verhältnismässigkeit verhält. Das von den Beschwerdeführern dort gestellte Gesuch zielte darauf ab, sie schon während der Dauer des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens so zu stellen, wie dies bei vollumfänglicher Gutheissung der Beschwerde der Fall wäre. Wie dargelegt (E. 2.2), kommt eine derartige Vorwegnahme des Endentscheids, vorbehältlich ausserordentlicher Verhältnisse, nicht in Betracht. Solche Verhältnisse vermögen die Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen:

Zunächst lässt sich im heutigen Verfahrensstadium nicht sagen, dass eine klar überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Beschwerdeanträge im vorinstanzlichen Verfahren besteht. Für die Frage der Interessengewichtung sodann ist trotz der relativierenden Ausführungen der Beschwerdeführer hiezu auf BGE 130 II 149 zu verweisen. In Wettbewerbsstreitigkeiten kommt dem öffentlichen Interessen am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs im Vergleich zu privaten Interessen von Marktteilnehmern grundsätzlich grosses Gewicht zu. Warum dies in Verfahren betreffend die Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen nicht gelten sollte, leuchtet nicht ein, namentlich dann nicht, wenn mitberücksichtigt wird, dass andere Marktteilnehmer als die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Genehmigungsverfahren nicht als Partei zugelassen sind (vgl. BGE 131 II 497). Hinsichtlich der Gewichtung der privaten Interessen im Zusammenschlussverfahren kann ergänzend auf Ziff. II.2.7-II.2.10 der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission verwiesen werden. Weiter ist, wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung schreibt, festzustellen, dass die von den Beschwerdeführern geäusserten Befürchtungen über die weitere Entwicklung am Markt,
beispielsweise im Bereich des Mitspracherechts im grenzüberschreitenden Bereich, auf blossen Vermutungen beruhen. Was den Gesichtspunkt der Dringlichkeit betrifft, kann auf Ziff. II.2.25 f. der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission verwiesen werden. Über den von den Beschwerdeführern betonten Aspekt der Schaffung EU-kompatibler Verhältnisse wird im materiellen Entscheid zu befinden sein; angesichts der diesbezüglichen Äusserungen in der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission (Ziff. II.2.21) kann jedenfalls für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht auf den Standpunkt der Beschwerdeführer abgestellt werden. Im Gesamtzusammenhang kommt dem von den Beschwerdeführern aufgeworfenen Problem der technischen Erfüllbarkeit der Auflagen keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

3.3 Insgesamt lässt sich der Vorinstanz nicht vorwerfen, sie habe bei ihrem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen wesentliche Tatsachen übersehen oder massgebliche Interessen ausser Acht gelassen und solche offensichtlich falsch bewertet bzw. gewichtet. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

4.
Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 OG). Die Gerichtsgebühr (Art. 153 Abs. 1 und Art. 153a OG) ist ihnen unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführern unter Solidarhaft auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Januar 2006

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: