Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.288/2005 /vje

Urteil vom 8. Juni 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Fux.

Parteien
Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement,
3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Swisscom AG,
Swisscom Fixnet AG,
Beschwerdegegnerinnen, vertreten durch
Dr. Reto Jacobs und Dr. Monika Ruggli,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
3202 Frauenkappelen.

Gegenstand
Verwaltungssanktionen im Kartellrecht (Art. 49a des Kartellgesetzes und Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005.

Sachverhalt:
A.
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete im Februar 2004 gegen die Swisscom Fixnet AG und die Swisscom AG eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes (Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG; SR 251). Gegenstand der Untersuchung war die Verhaltensweise der Siwsscom Fixnet AG im Zusammenhang mit dem Produkteangebot T̈alk & Surf, welches den Telefonanschluss, einen breitbandigen Internetanschluss und verbilligte Zusatzdienste umfasst. Eine Vorabklärung hatte Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn von Art. 7 KG ergeben (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), nachdem interessierten Fernmeldedienstanbietern der Wiederverkauf des Anschlusses verweigert worden war. Die Einleitung der Untersuchung wurde am 16. März 2004 amtlich publiziert (vgl. Art. 28 KG; BBl 2004 1096).

Mit Schreiben vom 25. März 2004 orientierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Swisscom AG über die am 1. April 2004 in Kraft tretende Änderung des Kartellgesetzes (gemäss Bundesgesetz vom 20. Juni 2003). Dabei wies das Sekretariat unter anderem auf die neue Sanktion nach Art. 49a KG hin.

Am 1. April 2004 reichte die Swisscom AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein als M̈eldung

gemäss Übergangsbestimmung III betiteltes Schreiben ein. Darin wurde auf die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 Bezug genommen, wonach die in Art. 49a KG vorgesehene Sanktionsmöglichkeit entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten jener Bestimmung gemeldet oder aufgelöst wird. Die Meldung bezog sich auf die Verhaltensweise der Swisscom im Zusammenhang mit dem Produktebündel Talk & Surf, die Gegenstand der im Februar 2004 eröffneten Untersuchung bildet.

Am 7. April 2004 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der Swisscom AG mit, dass die erwähnte Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde. Auf ein Gesuch (vom 12. Mai 2004) der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG um Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage trat die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 8. November 2004 nicht ein.

B.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hiess eine gegen den Nichteintretensentscheid erhobene Beschwerde am 18. März 2005 teilweise gut. Sie hob die Verfügung vom 8. November 2004 auf und stellte fest, dass das Schreiben der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

C.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Das Departement beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das fragliche Schreiben vom 1. April 2004 keine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

Die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG beantragen, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission unterstützt die Anträge und die Begründung des beschwerdeführenden Departements. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid hat die Frage zum Gegenstand, ob sich die Beschwerdegegnerinnen durch Meldung an die Wettbewerbskommission einer allfälligen Sanktion gemäss Art. 49a KG entziehen können. Er stützt sich auf den öffentlichrechtlichen Teil des Kartellgesetzes und ist daher mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (vgl. Art. 97 ff. OG).

Nach Art. 103 lit. b OG ist das in der Sache zuständige Departement berechtigt, eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide einer eidgenössischen Rekurskommission zu erheben. Die sogenannte Behördenbeschwerde bezweckt, das allgemeine öffentliche Interesse an der richtigen und rechtsgleichen Anwendung des Bundesrechts zu wahren. Dieses allgemeine, vom beschwerdeführenden Departement geltend gemachte Anliegen reicht zur Begründung der Rechtsmittellegitimation aus. Es bedarf im Unterschied zur Beschwerdebefugnis von Privatpersonen gemäss Art. 103 lit. a OG nicht eines konkreten schutzwürdigen Interesses an der Rechtsmittelerhebung. Das gilt auch auf dem Gebiet des Kartellrechts (BGE 127 III 219 E. 1b S. 222, mit Hinweis), und zwar - entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerinnen - auch insoweit, als materiellrechtliche Fragen des Kartellgesetzes umstritten sind (Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 1).

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht erhobenen Beschwerden ist daher einzutreten.

2.

Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet allein die Frage, ob das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellen. Die Wettbewerbskommission verneinte zwar bereits ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage. Die Rekurskommission verwarf demgegenüber diese Auffassung und bejahte einen Anspruch der Beschwerdegegnerinnen auf eine Feststellungsverfügung. Dieser Teil des angefochtenen Entscheids wird vom beschwerdeführenden Departement nicht bestritten. Zu prüfen ist somit einzig der Inhalt der von der Rekurskommission getroffenen Feststellung auf seine Vereinbar-

keit mit dem Bundesrecht.
3.
Das beschwerdeführende Departement stellt sich auf den Standpunkt, das fragliche Schreiben der Swisscom AG stelle keine Meldung im Sinn der erwähnten Schlussbestimmung dar, weil der betreffende Sachverhalt im Zeitpunkt der Meldung bereits Gegenstand einer Untersuchung der Wettbewerbskommission gebildet habe.
3.1 Die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 bezweckte, die Wirksamkeit dieses Erlasses durch die Einführung von sogenannten direkten Sanktionen zu erhöhen (vgl. im Einzelnen die Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001, BBl 2001 2022 ff.). Nach dem neu eingeführten Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich an bestimmten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Das Gesetz sieht jedoch zugleich Möglichkeiten vor, um diese Sanktion zu vermeiden. So kann ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung melden, bevor sie Wirkung entfaltet. In diesem Fall scheidet eine Sanktionierung des gemeldeten Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aus, ausser es werde dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26-30 KG mitgeteilt und das Unternehmen halte an der Wettbewerbsbeschränkung fest (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG; vgl. zu den Anforderungen an die Meldung und zum sogenannten Widerspruchsverfahren auch Art. 15 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 [SVKG; SR 251.5]). Mit dem Instrument der Meldung haben
es die Unternehmungen in der Hand, dem Risiko einer direkten Sanktion in Fällen zu entgehen, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit ihres Verhaltens unsicher ist.

Die dargestellte Ordnung mit Meldemöglichkeit und Widerspruchsverfahren stellt nach dem Willen des Gesetzgebers das notwendige Korrektiv dar, um die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen, die sich gegenüber einer direkten Sanktionierung daraus ergeben, dass die Normen, die das unzulässige Verhalten umschreiben, unbestimmt abgefasst sind (Botschaft, a.a.O., S. 2035 f., mit Hinweis auf das Gutachten René Rhinow/András Gurovits, in: RPW [Recht und Politik des Wettbewerbs]2001 592 ff., insbesondere S. 612). Der grundsätzliche Ausschluss der direkten Sanktionen bei Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG bildet somit keinen Bonus für die erfolgte Meldung, sondern er dient der Ausschaltung des Risikos einer falschen Beurteilung der Rechtslage durch Private (Rhinow/Gurovits, a.a.O., S. 614). Der erwähnte Sanktionsausschluss unterscheidet sich daher in seiner Zielrichtung von der Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG, wonach gegenüber Unternehmen, die an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, auf eine direkte Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden kann.

Die Schlussbestimmung, deren Auslegung umstritten ist, regelt die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der direkten Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Danach entfällt die in dieser Norm vorgesehene Belastung, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird. Im Unterschied zum Sanktionsausschluss nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG bezieht sich jener nach der Schlussbestimmung also nicht auf neue Sachverhalte, sondern auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen. (Das folgt aus dem deutschen [b̈estehende]̈und aus dem italienischen Wortlaut [üna limitazione attuale]̈, wogegen diese Präzisierung im französischen Text fehlt.) Solche Wettbewerbsbeschränkungen werden einer Ordnung unterstellt, die günstiger ist als jene von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, weil der Ausschluss nicht nur durch Meldung, sondern auch durch Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt werden kann und er, jedenfalls nach dem Wortlaut, nicht durch den Widerspruch der Wettbewerbskommission wieder beseitigt werden kann. Der Gesetzgeber stellt somit an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss
weniger hohe Anforderungen als an jenen gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG.

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob die Swisscom AG der Wettbewerbskommission am 1. April 2004 einen Sachverhalt melden konnte, der bereits Gegenstand einer kartellrechtlichen Untersuchung bildete. Es fragt sich also, welche Sachverhalte nach der zitierten intertemporalrechtlichen Regelung meldefähig sind. Dazu bestehen im Unterschied zur Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, zu der die Artikel 15 ff. SVKG Ausführungsrecht enthalten, keine näheren Vorschriften. Die Antwort ist daher auf dem Wege der Auslegung zu finden.
3.2 In der juristischen Literatur werden zur erwähnten Streitfrage gegensätzliche Auffassungen vertreten. Aus

der Zielsetzung der Kartellgesetzrevision wird einerseits abgeleitet, dass nur Sachverhalte gemeldet werden könnten, die der Wettbewerbskommission noch nicht bekannt seien. Denn die Schlussbestimmung bezwecke nicht, dass sich Unternehmen, gegen die bereits wettbewerbsrechtliche Massnahmen eingeleitet worden seien, durch eine Meldung der direkten Sanktionierung zu entziehen vermöchten (Walter A. Stoffel, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - La Loi sur la concurrence révisée: fondements et introduction du nouveau droit, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 18; derselbe, Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Carl Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel/Genf/München 2005, S. 82). Die Wettbewerbskommission folgt in ihrer Verfügung vom 8. November 2004 dieser Ansicht.

Demgegenüber stellen sich mehrere Autoren auf den Standpunkt, es könnten auch Sachverhalte Gegenstand der intertemporalrechtlichen Meldung bilden, von denen die Wettbewerbsbehörden bereits Kenntnis hätten. Andernfalls würden jene Unternehmen privilegiert, denen es bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts gelungen sei, ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu verheimlichen. Für diese Lösung spreche auch, dass der Gesetzgeber bewusst eine grosszügige Übergangsregelung habe schaffen wollen (eingehende Begründung dieser Auffassung bei Irene Klauer, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung? sic! 2004 714 ff.; vgl. ferner Franz Hoffet/Klaus Neff, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004 132 f.; Reto Jacobs, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 10 und 17; Patrick Krauskopf/Corinne Pirlot Pittet, La nouvelle Loi sur les cartels: un vademecum pour les entreprises, sic! 2004 248). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesst sich im angefochtenen Entscheid dieser Lehrmeinung an, ohne allerdings sämtlichen vorgebrachten Begründungselementen beizupflichten. Die Beschwerdegegnerinnen vertreten ebenfalls diese Auffassung.

Den umschriebenen Auffassungen liegt eine entgegengesetzte Sicht darüber zu Grunde, ob die fragliche Schlussbestimmung restriktiv oder für die Unternehmungen grosszügig auszulegen sei. Auch darüber, welche Wirkung einer intertemporalrechtlichen Meldung zukommen soll, d.h. ob sie einen dauerhaften oder analog zu Art. 49a Abs. 3 lit. a KG bloss einen unter dem Vorbehalt eines Widerspruchs stehenden Ausschluss von direkten Sanktionen zur Folge haben soll, vertreten die genannten Autoren unterschiedliche Ansichten. Allerdings besteht zwischen diesen Fragen kein zwingender Zusammenhang, und es sind in beiden Punkten auch differenziertere Beurteilungen denkbar. So schliesst sich denn auch das beschwerdeführende Departement nicht einfach der restriktiven Auffassung der Wettbewerbskommission an; vielmehr nimmt es eine Mittelposition ein, indem es eine Meldung von Sachverhalten, die den Wettbewerbsbehörden zwar bekannt sind, aber noch nicht Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung bilden, als zulässig erachtet.

3.3 Das Bundesgericht hat sich mit der Streitfrage ebenfalls bereits befasst: Im Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 hat es erkannt, dass sich der Kreis der intertemporalrechtlich meldefähigen Sachverhalte weder aus dem Wortlaut der Schlussbestimmung (zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003) noch aus deren Entstehungsgeschichte noch durch eine teleologische Auslegung eindeutig ermitteln lasse. Ausschlaggebend sei deshalb, welche Bedeutung der Meldung im spezifischen Kontext der Schlussbestimmung, aber auch der Sanktionsnorm von Art. 49a KG, auf welche sie Bezug nehme, zukomme. Davon ausgehend hat das Bundesgericht ausgeführt, der Meldung gemäss Schlussbestimmung sei die gleiche - übergangsrechtliche - Funktion einzuräumen wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG: Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung - analog zu Art. 49a Abs. 3 lit. a KG - ausschalten können. Entscheidend erscheine demnach, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintrete, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Entsprechend dieser Funktion sei der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führt.

Schliesslich hat das Bundesgericht den Kreis der gemäss Schlussbestimmung meldefähigen Sachverhalte wie folgt abgegrenzt: Nicht meldefähig sind einzig diejenigen Sachverhalte, über die bereits ein Verfahren nach

Art. 26 ff. KG eingeleitet und dessen Eröffnung dem Unternehmen mitgeteilt wurde. Alle übrigen Sachverhalte sind gemäss Schlussbestimmung meldefähig. Das bedeutet, dass auch Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden können, die den Behörden zwar bekannt sind, aber nicht Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 26 ff. KG bilden oder bei denen die Verfahrenseröffnung dem Unternehmen noch nicht mitgeteilt wurde (für die Begründung im Einzelnen siehe Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.3-3.5).

Nach diesen Grundsätzen ist auch die vorliegende Streitsache zu beurteilen.
3.4 Die Beschwerdegegnerinnen haben dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 1. April 2004 ihre Geschäftspraxis im Zusammenhang mit dem Produkteangebot Ṫalk & Surfäls übergangsrechtlichen Sachverhalt gemeldet. Da die Behörden darüber bereits im Februar 2004 eine Untersuchung eingeleitet und dies den Beschwerdegegnerinnen eröffnet hatten, war der fragliche Sachverhalt nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht meldefähig. Der angefochtene Feststellungsentscheid, wonach das Schreiben vom 1. April 2004 eine Meldung gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellen soll, erweist sich demnach als bundesrechtswidrig.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und der Entscheid der Rekurskommission im angefochtenen Umfang aufzuheben. Zugleich ist festzustellen, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 1. April 2004 keine Meldungen im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdegegnerinnen unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Dem beschwerdeführenden Departement ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG). Die Sache ist zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005 wird im angefochtenen Umfang aufgehoben.
2.
Es wird festgestellt, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 1. April 2004 keine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird den Beschwerdegegnerinnen unter Solidarhaft auferlegt.
4.
Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurückgewiesen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Wettbewerbskommission sowie der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Juni 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: