Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.492/2002/sch

Urteil vom 17. Juni 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
Elektra Baselland Liestal (EBL),
Mühlemattstrasse 6, 4410 Liestal,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich,

gegen

Watt Suisse AG, 6032 Emmen,
Beschwerdegegnerin 1, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc Bernheim, Genferstrasse 24, 8002 Zürich,
Migros-Genossenschafts-Bund,
Limmatstrasse 152, 8005 Zürich,
Beschwerdegegner 2, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Isabel Stirnimann und Rechtsanwalt Ralph Schmid,
Dufourstrasse 29, 8032 Zürich,
Wettbewerbskommission,
Effingerstrasse 27, 3003 Bern,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
3202 Frauenkappelen.

Gegenstand
Zuständigkeit der Wettbewerbskommission,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 17. September 2002.
Sachverhalt:

A.
Am 14. Februar 2000 ersuchten die Watt Suisse AG (im Folgenden: Watt) und der Migros-Genossenschafts-Bund (im Folgenden: Migros) das Sekretariat der Wettbewerbskommission darum, gegen die Elektra Baselland (EBL) eine Vorabklärung und Untersuchung im Sinne von Art. 26 und 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) einzuleiten. Die Migros beantragte überdies, die EBL zu verpflichten, ihre Netze dritten Stromlieferanten für die Stromdurchleitung bis zur Migros-Betriebsstätte Mifa AG Frenkendorf (im Folgenden: Mifa) gegen eine Netzbenutzungsgebühr von insgesamt Fr. 36.20 pro MWh zur Verfügung zu stellen. Die Gesuchstellerinnen begründeten ihre Begehren damit, dass die EBL die Durchleitung von Strom der Watt AG zur Mifa verweigere, was eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG darstelle; eine die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessende staatliche Marktordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehe nicht.
B.
Im Rahmen der Vorabklärungen machte die EBL am 5. April 2000 geltend, gemäss § 115 der basellandschaft-

lichen Kantonsverfassung und § 12 des kantonalen Energiegesetzes vom 4. Februar 1991 bzw. dem darauf gestützten Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Frenkendorf sei es ausschliesslich ihre Sache, Stromkunden in dieser Gemeinde mit Energie zu beliefern. Am 4. August 2000 (vgl. den Schlussbericht zu den Vorabklärungen vom 24. Juli 2000 in RPW 2000 S. 561 ff.) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen die EBL eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG. Sie stellte dieser - wie den Anzeigern - am 12. September 2000 einen umfassenden Fragebogen zur Beantwortung zu, der unter anderem die Marktstellung der EBL, die Möglichkeiten zur Berechnung des Durchleitungsentgelts, den Vorschlag zum Verkauf von Strom, die Bezugsverträge der EBL mit der Aare-Tessin AG für Elektrizität (ATEL), technische Probleme der Elektrizitätsmessung, die Beendigung der Verhandlungen mit der Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) sowie die Durchleitungsbegehren der EBL gegenüber den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW) betraf.

C.

Am 13. November 2000 beantragte die EBL, es sei eine Verfügung über die Zuständigkeit zur Durchführung der eingeleiteten Untersuchung zu erlassen und diese zu sistieren, bis über die Zuständigkeit rechtskräftig entschieden sei. Sie machte geltend, gemäss § 12 des basellandschaftlichen Energiegesetzes vom 4. Februar 1991 und der darauf gestützten kommunalen Konzession habe sie ein Versorgungsmonopol, das sie gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vor kartellrechtlichen Durchleitungsforderungen schütze.

Ohne der EBL erneut Gelegenheit zur Äusserung gegeben zu haben, verfügte die Wettbewerbskommission am 7. Mai 2001 wie folgt (RPW 2001 S. 293 ff.):

1. Die Wettbewerbskommission bzw. ihr Sekretariat sind zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen die Elektra Baselland Liestal zuständig.

2. Das hängige Untersuchungsverfahren 32-0125 Watt/Migros - EBL wird bis zum Eintreten der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides über die Zuständigkeit sistiert.

3. Ab dem Tag der Rechtskraft des Entscheids über die Zuständigkeit hat die Elektra Baselland 30 Tage Zeit, die Fragen gemäss Schreiben vom 12. September 2000 zu beantworten.

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt 4'618 Franken, bestehend aus einer Gebühr von 4'550 Franken und Auslagen von 68 Franken, werden der Elektra Baselland auferlegt.

5. (Rechtsmittelbelehrung).

6. (Eröffnung).

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission aus, die EBL falle gemäss Art. 2 Abs. 1 KG unter den Geltungsbereich des Gesetzes, was zur Folge habe, dass Untersuchungshandlungen der Wettbewerbskommission zulässig seien. Art. 3 Abs. 1 KG schränke weder den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern gegebenenfalls bloss den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Es erübrige sich deshalb, näher auf die Frage einzugehen, ob die von der EBL angerufenen kantonalrechtlichen Bestimmungen tatsächlich die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG erfüllten. Es handle sich dabei um ein materiellrechtliches Problem, das im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen sein werde.

D.

Die EBL gelangte hiergegen am 18. Mai 2001 mit dem Antrag an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in Aufhebung von Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission sei festzustellen, dass diese zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens ihr gegenüber unzuständig sei; ferner seien die Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Die Rekurskommission wies die Beschwerde am 17. September 2002 ab. Sie verneinte eine Verletzung des Anspruchs der EBL auf rechtliches Gehör und hielt fest, dass es den Wettbewerbsbehörden freistehen müsse, innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes Untersuchungshandlungen vorzunehmen, um zu prüfen, ob in einem bestimmten Bereich gemäss Art. 3 Abs. 1 KG der Wettbewerb ausgeschlossen sei.

E.

Die EBL hat hiergegen am 30. September 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission aufzuheben; in Annullierung von Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission sei festzustellen, dass diese nicht zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens befugt sei. Eventualiter sei der Beschwerdeentscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Rekurskommission, subeventualiter an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

Die Migros beantragt, Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben und diese anzuhalten, das hängige Verfahren weiterzuführen; ferner sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, eventualiter die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zur Durchführung einer Untersuchung festzustellen. Die Watt AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde; eventualiter sei die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zu bestätigen. Die Wettbewerbskommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Die Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.
F.
Mit Verfügung vom 29. Oktober 2002 entsprach der Abteilungspräsident dem mit der Beschwerde verbundenen Gesuch um aufschiebende Wirkung, soweit dies angesichts der von der Wettbewerbskommission angeordneten Verfahrenssistierung noch erforderlich war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Beschwerdeentscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. e OG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a). Die vorliegende Zwischenverfügung über die Zuständigkeit ist selbständig anfechtbar (Art. 45 Abs. 2 lit. a VwVG i.V.m. Art. 39 KG) und die Beschwerdeführerin, der ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. E. 4.3 und BGE 125 II 613 E. 2a S. 619 f. mit Hinweis), als von der Untersuchung betroffene Unternehmung hierzu legitimiert (Art. 103 lit. a OG). Auf ihre frist- (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) und formgerecht (Art. 108 OG) eingereichte Eingabe ist einzutreten.
2.
Der Beschwerdegegner 2 beantragt, die Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 aufzuheben. Er hat indessen diese Verfügung nicht selber bei der Rekurskommission angefochten, obwohl er dies hätte tun können (Art. 48 lit. a VwVG). Die Beschwerdeführerin ihrerseits hatte in ihrer Eingabe an die Rekurskommission die Aufhebung der Ziffer 2 nicht verlangt. Diese ist damit rechtskräftig geworden und kann im vorliegenden Verfahren somit nicht mehr in Frage gestellt werden; im Übrigen ist die Beschwerde - wie zu zeigen sein wird - teilweise gutzuheissen, womit für den entsprechenden Antrag so oder anders kein Raum bleibt.
3.
3.1 Die Beschwerdeführerin rügt - wie bereits in der Beschwerde an die Rekurskommission - eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Wettbewerbskommission habe ihr vor dem Erlass der Zwischenverfügung keine Möglichkeit zur Äusserung gegeben. Dadurch seien Art. 29 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden. Zudem habe sie in Missachtung von Art. 30 Abs. 2 KG keine Gelegenheit erhalten, zum Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen. Schliesslich habe sie auch die Vorbringen der Anzeigerinnen nie zu Gesicht bekommen, wodurch ihr Recht auf Akteneinsicht verletzt worden sei.
3.2
3.2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst namentlich die Befugnis, sich vor Erlass einer Verfügung äussern zu können (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Die Behörde braucht die Parteien indessen nicht anzuhören, wenn sie deren Begehren voll entspricht (Art. 30 Abs. 2 lit. c VwVG). Wer ein Gesuch um Erlass einer Verfügung stellt, übt damit das ihm zustehende Anhörungsrecht aus und hat keinen Anspruch darauf, dass ihm die Behörde vor Erlass der nachgesuchten Verfügung noch einmal Gelegenheit gibt, sich zu äussern. Von der gesuchstellenden Partei darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie in ihrer Eingabe die ihr wesentlich erscheinenden Aspekte aufzeigt, zumal wenn sie - wie hier - anwaltlich vertreten ist (in BGE 127 I 164 ff. nicht publ. E. 2a; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 322 ff.; Georg Müller, Kommentar zur Bundesverfassung, Rz. 104 zu Art. 4 aBV).
3.2.2 Die Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 erging auf ausdrückliches Gesuch der Beschwerdeführerin hin. Diese hatte am 13. November 2000 den Erlass einer entsprechenden Verfügung beantragt und dabei ausgeführt, sie habe bereits in ihrer Eingabe vom 5. April 2000 die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bestritten und die in diesem Zusammenhang anwendbaren öffentlichrechtlichen Vorschriften genannt. Anschliessend erwähnte sie Art. 3 Abs. 1 KG und hielt weiter fest, gemäss § 12 des basellandschaftlichen

Energiegesetzes und der kommunalen Konzession verfüge sie über eine Monopolstellung, wodurch sie vor den Durchleitungsforderungen der Anzeiger geschützt sei. Sie bestreite daher die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission und beantrage den Erlass einer entsprechenden Verfügung. Damit hat die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten ihr Anhörungsrecht wahrgenommen. Die Wettbewerbskommission war nicht gehalten, ihr eine zusätzliche Gelegenheit zur Äusserung zu geben, solange sie nicht weitere Beweismassnahmen zu treffen beabsichtigte, zu deren Ergebnis gegebenenfalls ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen gewesen wäre.
3.2.3 Zu Recht hat die Rekurskommission im Übrigen darauf hingewiesen, dass sich der Gehörsanspruch an sich auf die (rechtserheblichen) Sachfragen beschränkt. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (BGE 127 V 431 E. 2b S. 435; 126 I 19 E. 2c S. 22 ff.). Vorliegend ging es ausschliesslich um die Anwendung von Bestimmungen, welche die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben selber genannt und zu denen sie sich geäussert hatte. Bei den von ihr angerufenen angeblichen Sachverhaltsfeststellungen, auf die sich die Rekurskommission gestützt haben soll, handelte es sich entweder um Selbstverständlichkeiten, die von ihr gar nicht in Frage gestellt werden (die Beschwerdeführerin sei ein im Bereich der Energieversorgung tätiges Unternehmen, das in ihrem Versorgungsgebiet über einen massgeblichen Einfluss verfüge), oder aber um rechtliche Probleme (Frage, ob das Elektrizitätsverteilungsmonopol ein natürliches oder ein rechtliches sei und ob die Beschwerdeführerin unter Art. 2 Abs. 1 KG falle).
3.3 Zu Unrecht behauptet die Beschwerdeführerin auch, sie habe die Anzeigen der Beschwerdegegner nie zu Gesicht bekommen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat ihr diese, samt Beilagen, am 1. November 2000 zugestellt, soweit sie das hängige Verfahren betrafen und nicht Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die entsprechende Einschränkung ist gesetzmässig (Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG; Art. 25 Abs. 1 und Art. 39 KG), ebenso der Umstand, dass die Akteneinsicht im Vorabklärungsverfahren noch nicht gewährt worden ist (Art. 26 Abs. 3 KG).
3.4 Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die Beteiligten zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung nehmen, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft. Diese Möglichkeit ist eine Erweiterung des nach der Verfassung bzw. dem Verwaltungsverfahrensgesetz bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör (BBI 1995 I 605; Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 275, 277), da dieser nicht auch das Recht umfasst, sich zum Entscheidentwurf der instruierenden Behörde gesondert äussern zu können. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, die entsprechende Befugnis gelte nur für den Endentscheid, nicht aber für Zwischenentscheide. Diese Auffassung entspricht Wortlaut und Systematik des Gesetzes: Art. 26 KG regelt die Vorabklärung, Art. 27 KG die Eröffnung der Untersuchung, Art. 28 KG deren Bekanntgabe und Art. 29 KG die einvernehmliche Regelung. Der anschliessende Art. 30 KG ist dem Entscheid der Wettbewerbskommission gewidmet; er gilt nur für die Verfügung am Ende der Untersuchung (Benoît Carron, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Basel 2002, N 7 zu Art. 30 LCart). Art. 30 Abs. 2 KG bezieht

sich seinerseits bloss auf den Ëntscheidn̈ach Absatz 1, nicht aber auch auf (Zwischen-)Verfügungen, die im Rahmen des Vorverfahrens (Art. 26 - 29 ff. KG) ergehen.
4.
Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission.
4.1
4.1.1 Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Zu diesem Zweck erklärt es namentlich bestimmte Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen als unzulässig (Art. 5 und 7 KG). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so können die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung durchführen (Art. 27 KG) und gegebenenfalls Massnahmen ergreifen, um die Unzulässigkeit zu beheben (Art. 30 KG).
4.1.2 Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Indessen sind Vorschriften vorbehalten, soweit diese auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Ein Verhalten, das aufgrund von Art. 7 KG an sich unzulässig wäre, ist kartellrechtlich erlaubt, soweit es sich auf eine derartige Vorschrift stützt. Insofern gibt es keine unzu-

lässigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche durch Entscheide gemäss Art. 30 KG verboten werden könnten. Es besteht in diesem Fall somit auch kein Anlass, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu führen, nachdem von Gesetzes wegen keine sanktionierbare Unzulässigkeit vorliegen kann (BGE 127 II 32 E. 3e S. 45; RPW 1998 S. 198 Ziff. 20 S. 202). Soweit eine den Wettbewerb ausschliessende Regelung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG besteht, können die Wettbewerbsbehörden keine Verfügungen nach Art. 29 oder 30 KG treffen und insoweit auch nicht im Rahmen einer Untersuchung nach Art. 27 KG das Verhalten des entsprechenden Unternehmens auf seine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin prüfen. Möglich sind in solchen Fällen höchstens unverbindliche Empfehlungen, Stellungnahmen oder Gutachten (Art. 45 - 47 KG; Roger Zäch,
Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 127, Rz. 237).

4.2 Freilich kann - wie hier - in einem konkreten Fall fraglich und umstritten sein, ob überhaupt Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen. Diese Frage muss gegebenenfalls einer rechtsverbindlichen Entscheidung zugeführt werden können. Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission alle Verfügungen und Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zugewiesen sind. Dies ist bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Regelung die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG erfüllt, nicht der Fall (Carron, a.a.O., N. 26 f. zu Art. 3 Abs. 1 LCart). Zwar hat das Bundesgericht in BGE 127 II 32 ff. (E. 3e und g) die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zum Erlass von Zwangsmassnahmen gegenüber der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt verneint. Bei dieser handelte es sich aber um eine unselbständige Anstalt des Bundes, so dass die Wettbewerbskommission, welche selber eine unselbständige Bundesstelle ist, ihr gegenüber nicht hoheitlich auftreten konnte. Geht es hingegen um Unternehmen, die rechtlich gegenüber dem Bund selbständig sind, gilt dies nicht. Insoweit ist die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission somit zu bejahen (ebenso Bilger, a.a.O., S. 165; Judith Bischof, Rechtsfragen der Stromdurchleitung,
Zürich 2002, S. 145 f.).

4.3 Dies bestreitet die Beschwerdeführerin im Grunde auch nicht, hat sie doch selber gerade mit diesem Argument bei der Wettbewerbskommission um den Erlass einer entsprechenden Zwischenverfügung ersucht. Der Unterschied der Auffassungen liegt einzig darin, dass nach Ansicht der Beschwerdeführerin diese Prüfung offenbar vor Eröffnung einer Untersuchung (im Sinne von Art. 27 KG) zu erfolgen hat (und bei Bejahung der Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG die Eröffnung unterbleiben muss), während die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass diese Prüfung erst im Rahmen der Untersuchung erfolgen könne. Es geht also im Grunde nicht um die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern darum, in welchem Stadium (vor oder nach Eröffnung der Untersuchung) der Entscheid über die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KG zu treffen ist und ob die Wettbewerbsbehörden berechtigt sind, bereits zuvor Untersuchungsmassnahmen vorzunehmen. Die praktischen Auswirkungen bestehen einerseits darin, dass die Eröffnung der Untersuchung amtlich publiziert wird (Art. 28 Abs. 1 KG), was für die betroffenen Unternehmen negative Konsequenzen haben kann. Andererseits sind mit den Untersuchungsmassnahmen weitere Umtriebe und die Pflicht verbunden, alle
erforderlichen Auskünfte zu erteilen und relevanten Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG). Nachdem die Eröffnung der Untersuchung hier bereits erfolgt und publiziert worden ist, beschränkt sich die praktische Tragweite des Streites darauf, ob die Beschwerdeführerin die ihr am 12. September 2000 unterbreiteten Fragen zu beantworten und allenfalls weitere Untersuchungshandlungen zu erdulden hat. Da ihr diesbezüglich ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 45 Abs. 2 lit. d VwVG), ist auch insoweit eine beschwerdeweise Überprüfung zulässig (BGE 120 Ib 97 E. 1c und unveröffentlichte E. 7; Bilger, a.a.O., S. 249).

5.

5.1 Die Wettbewerbskommission hat die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin angerufenen kantonalrechtlichen Bestimmungen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG erfüllen, offen gelassen, weil sie der Meinung war, diese beschränkten nicht den Geltungsbereich, sondern die Anwendbarkeit des Gesetzes, was eine materiellrechtliche Frage beschlage, die im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen sei. Auch die Rekurskommission hat sich zur Tragweite der fraglichen kantonalen Vorschriften nicht geäussert. Sie hat erwogen, es müsse zuerst der zeitlich, sachlich und räumlich relevante Markt bestimmt werden. Erst wenn dies geschehen sei, könne festgestellt werden, ob bezüglich dieses Marktes eine staatliche Regelung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehe. Bereits um dies bestimmen zu können, seien oft umfangreiche Abklärungen notwendig, welche sinnvollerweise im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens im Sinne von Art. 26 ff. KG getroffen würden. Damit sei nicht gesagt, dass die Vorbehaltsfrage in jedem Fall erst nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens geklärt werden müsse. Die Prüfung des Vorbehalts habe so rasch als möglich, je nach Sachverhalt allenfalls auch schon zu Beginn des Verfahrens, zu erfolgen.

5.2
5.2.1 Es trifft zwar zu, dass Art. 3 Abs. 1 KG nicht den Geltungsbereich des Gesetzes berührt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei Vorliegen solcher Vorschriften die Art. 7 und 26 ff. KG eben nicht anwendbar sind (vorne E. 4.1.2). Wenn so oder anders keine Massnahmen nach Art. 30 KG getroffen werden können, entfällt die sachliche Rechtfertigung, um zu prüfen, ob die Verhaltensweise - gäbe es keine Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG - im Sinne von Art. 7 KG unzulässig wäre oder nicht. Daraus folgt, dass in Fällen, in denen ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Frage kommt oder geltend gemacht wird, die Wettbewerbsbehörden zunächst zu klären haben, ob eine solche Regelung tatsächlich besteht. Zu beurteilen sind im Rahmen dieser vorfrageweisen Prüfung einzig Bestand und Tragweite der entsprechenden Regelung. Erweist sich, dass tatsächlich den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, entfällt die Grundlage für ein weiteres Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden. Nur falls sich ergibt, dass keine solchen vorliegen, ist zu untersuchen, ob Art. 7 KG verletzt ist (Rudolf Rentsch, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 204).
5.2.2 Ob Regelungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, ist eine Rechtsfrage. Sie mag mitunter nicht einfach zu beantworten sein, da sich der Wettbewerbsausschluss auch bloss auf einen Teilbereich eines bestimmten Unternehmens beziehen kann (Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N. 5 zu Art. 3 KG; Rentsch, a.a.O., S. 168 f.) und deshalb untersucht werden muss, auf welchem Markt die entsprechenden Vorschriften den Wettbewerb ausschliessen. Indessen geht es dabei einzig um Inhalt und Tragweite der in Frage stehenden Bestimmungen. Vorliegend verlangen die Beschwerdegegner eine Durchleitung, welcher die Beschwerdeführerin gestützt auf ein behauptetes Versorgungsmonopol entgegentritt. Ob die einschlägige kantonale bzw. kommunale Gesetzgebung tatsächlich ein solches Monopol zu ihren Gunsten enthält, ist Rechtsfrage. Wenn die rechtliche Auffassung der Beschwerdeführerin zutrifft, haben die Beschwerdegegner kartellrechtlich keinen Anspruch darauf, anderweitig eingekauften Strom über das Netz der Beschwerdeführerin zu leiten. Die (angebliche) Verweigerung der Durchleitung kann alsdann von Vornherein keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG bilden und dies unabhängig davon, welches bei
wettbewerbsrechtlicher Betrachtung der relevante Markt wäre. Damit erübrigen sich weiter gehende Untersuchungen. Insbesondere sind dann auch die am 12. September 2000 gestellten Fragen nicht mehr erheblich. Sachverhaltsmässig ist höchstens noch abzuklären, ob bzw. was für Monopolkonzessionen der Beschwerdeführerin erteilt worden sind.
5.2.3 Die Wettbewerbskommission bringt in ihrer Vernehmlassung vor, es bestehe kein genereller Anspruch auf Erlass einer selbständigen Teilverfügung. Dies trifft grundsätzlich zu. Selbstverständlich muss auch in einem kartellrechtlichen Verfahren nicht für jedes Tatbestandselement eine gesonderte Teilverfügung erlassen werden. In Bezug auf die nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften verhält es sich aber insofern anders, als durch solche Regelungen eben die weitere Anwendung des Kartellgesetzes und insofern dann auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden ausgeschlossen wird. Dies bedeutet nicht, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in jedem Fall in einer selbständigen Teilverfügung entschieden werden müsste. Zumindest dann, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein solcher Vorschriften aber - wie hier - rechtzeitig, substanziiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet, ist die Frage regelmässig vorab zu klären, weil davon einerseits die Zulässigkeit weiterer Untersuchungsmassnahmen (Art. 27 und 40 KG) und andererseits die allfällige Zuständigkeit anderer Behörden (vgl. BGE 127 II 32 E. 3c und d) abhängt (vgl. auch Art. 45 Abs. 2 lit. a und d VwVG).
5.3
5.3.1 Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission zwar grundsätzlich zuständig ist, gegen die Beschwerdeführerin eine Untersuchung zu führen, dass sie dabei aber vorerst zu beurteilen hat, ob Vorschriften bestehen, welche den Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ausschliessen. Ist dies zu bejahen, sind weitere Untersuchungshandlungen im Sinne der Art. 26 ff. KG nicht mehr zulässig. Indem die Vorinstanzen die Frage offen gelassen haben, ob die angerufenen kantonalrechtlichen Vorschriften tatsächlich die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG erfüllen, haben sie gerade jene Frage unbeantwortet gelassen, die sie zuerst hätten klären müssen. Solange dies nicht geschehen ist, besteht kein Anlass, Auskünfte von der am 12. September 2000 verlangten Art einzuholen, soweit sich diese nicht auf Art. 3 KG und die entsprechende Problematik beziehen.
5.3.2 Es kann nicht Sache des Bundesgerichts sein, als erste Instanz zu untersuchen, ob tatsächlich Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, zumal dabei kantonales und kommunales Recht massgebend ist. Die

Sache ist daher an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen (Art. 114 Abs. 2 OG). Diese wird zu prüfen haben, ob - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt. Ist dies der Fall, wird das Untersuchungsverfahren einzustellen sein. Bestehen keine solchen vorbehaltenen Vorschriften, können die weiteren Untersuchungsmassnahmen Platz greifen.
5.3.3 Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 erweist sich demnach als nicht völlig zutreffend. Deren Ziffer 1 ist zwar formal nicht falsch, doch ist vorab zu entscheiden, ob Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen. Ziffer 3 der Verfügung wäre hingegen nur dann richtig, wenn feststünde, dass keine solchen bestehen, was zurzeit (noch) nicht gesagt werden kann; sie ist deshalb aufzuheben.
6.
Die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr zu Unrecht die Kosten der Zwischenverfügung auferlegt worden seien; Kosten für einen Zwischenentscheid seien nach den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen erst zusammen mit dem Schlussentscheid festzusetzen.
6.1 Die Rekurskommission hat erwogen, dass die Kosten einer Zwischenverfügung grundsätzlich zwar sinnvollerweise erst mit dem Endentscheid verlegt würden, doch sei im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin das Verfahren k̇larsẗelber verursacht habe, indem sie den Antrag auf Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung gestellt habe. Der Ausgang in der Hauptsache habe keinen Einfluss auf die Kostenregelung dieses selbständigen Verfahrens, weshalb es zulässig gewesen sei, ihr die entsprechenden Kosten zu überbinden.
6.2 Diese Ausführungen überzeugen nicht: Gemäss Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) bezahlt Gebühren, wer Verwaltungsverfahren der Wettbewerbsbehörden verursacht. Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese Verordnung zwar an sich verfassungs- und gesetzeskonform ist (BGE 128 II 247 E. 3 - 5), dass sie bei gesetzeskonformer Auslegung eine Kostenpflicht jedoch nur in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips erlaube (a.a.O., E. 6.1). Nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung könne bereits die Kostenpflicht auslösen. Erweise sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Art. 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestatteten, könne die Person, deren Verhalten untersucht worden sei, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (a.a.O., E. 6.2).
6.3 Wie ausgeführt, geht es vorliegend darum, ob Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG bestehen. Trifft dies zu, könnten der Beschwerdeführerin nach dem Gesagten keine Kosten auferlegt werden. Entgegen der Auffassung der Rekurskommission hat daher der Ausgang der noch vorzunehmenden Prüfung einen Einfluss auf die Kostenverlegung. Die Kosten des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission können daher - jedenfalls zur Zeit - nicht der Beschwerdeführerin überbunden werden. Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission ist deshalb ebenfalls aufzuheben.
7.
Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission und dem Bundesgericht richten sich nach Art. 63 VwVG bzw. Art. 156 OG. Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrem Hauptantrag, da es nicht um die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern um die Zulässigkeit von Untersuchungsmassnahmen ging. Hingegen obsiegt sie mit ihrem Eventualbegehren. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegner je zur Hälfte als obsiegend zu betrachten. Dementsprechend sind die Verfahrenskosten zu verlegen. Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 und 3 OG; Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 17. September 2002 sowie Ziff. 3 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 werden aufgehoben. Die Sache wird zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.
2.
Die Kosten des Verfahrens vor der Rekurskommission, festgelegt auf Fr. 2'280.80, werden zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'140.40, der Beschwerdeführerin und zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'140.40, den Beschwerdegegnern auferlegt.

3.
Die Gerichtsgebühr für das Verfahren vor Bundesgericht, bestimmt auf Fr. 3'000.–, wird zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'500.–, der Beschwerdeführerin und zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'500.–, den Beschwerdegegnern auferlegt.
4.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 17. Juni 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: