Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.287/2005/leb

Urteil vom 19. August 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement,
3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Swisscom AG,
Swisscom Solutions AG,
Swisscom Mobile AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Reto Jacobs
und Dr. Monika Ruggli,
Wettbewerbskommission,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,
3202 Frauenkappelen.

Gegenstand
Verwaltungssanktionen im Kartellrecht (Art. 49a KG 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 zu Beginn des Jahres 2004 gegen die Swisscom AG und die Swisscom Enterprise Solutions AG (heute Swisscom Solutions AG) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes (Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG; SR 251). Diese bezweckt, die Preisgestaltung der beiden Unternehmen bei Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden zu überprüfen. Nach der durchgeführten Vorabklärung bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die genannten Swisscom-Firmen Dienstleistungen an ihre eigenen Grosskunden zu günstigeren, nämlich zu sog. Retail-Preisen verkaufen als an andere Fernmeldedienstanbieter, die dafür sog. Wholesale-Preise bezahlen müssen. Dieses Verhalten wird als P̈rice Squeezeb̈ezeichnet und stellt allenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art. 7 KG dar. Die Einleitung der Untersuchung wurde am 16. März 2004 öffentlich bekannt gemacht (BBl 2004 1097).

Kurze Zeit später orientierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Swisscom 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 7. April 2004 reichten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG und die Swisscom Mobile AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein als Meldung gemäss Übergangsbestimmungen 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 das Preisfestsetzungsverhalten der Swisscom-Unternehmen für Telefoniedienstleistungen gegenüber Grosskunden, das bereits Gegenstand der zu Beginn 2004 eröffneten Untersuchung bildet.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission teilte am 13. April 2004 den Swisscom-Firmen mit, dass die erwähnte Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde. Die Swisscom-Unternehmen verlangten darauf von der Wettbewerbskommission den Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage. Die Wettbewerbskommission trat am 8. November 2004 auf das Gesuch nicht ein. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hiess eine dagegen 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-Firmen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 sei.
B.
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 7. April 2004 nicht als Meldung im Sinn der Schlussbestimmung gelte.

Die drei genannten Unternehmungen der Swisscom beantragen, es sei auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, evtl. sei sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission unterstützt die Anträge 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 (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. Diese sog. 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).

Die Beschwerdegegnerinnen übersehen diese Rechtsprechung nicht; sie machen aber geltend, die erwähnte Praxis rechtfertige sich nur gegenüber Entscheiden, die formelle, insbesondere organisatorische Belange beträfen. Soweit materiellrechtliche Fragen des Kartellgesetzes umstritten seien, habe diese Rechtsprechung unerwünschte Doppelspurigkeiten zur Folge: Neben der Wettbewerbskommission könnte dann auch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement massgeblichen Einfluss auf die Anwendung des Kartellrechts nehmen, was der Rechtssicherheit, der auf diesem Gebiet eine besondere Bedeutung zukomme, abträglich sei.

Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten mag das Beschwerderecht des Departements im Bereich des Kartell-

rechts diskutabel erscheinen. Das rechtfertigt indessen nicht, diese Befugnis entgegen dem Gesetzeswortlaut in der Art und Weise einzuschränken, wie es die Beschwerdegegnerinnen verlangen. Zudem hätte die vorgeschlagene Einschränkung schwierige Abgrenzungsfragen zur Folge und wäre deshalb kaum praktikabel. Aus diesen Gründen besteht kein Anlass, von der dargelegten Rechtsprechung abzuweichen.

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist daher einzutreten.
2.
Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet allein die Frage, ob das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt. Die Wettbewerbskommission verneinte zwar bereits ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage. Die Rekurskommission verwarf demgegenüber im angefochtenen Entscheid 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 einzig der Inhalt der von der Rekurskommission getroffenen Feststellung auf seine Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht.

3.
Das beschwerdeführende Departement stellt sich auf den Standpunkt, das fragliche Schreiben der Swisscom-Unternehmen stelle keine Meldung im Sinn der erwähnten Schlussbestimmung dar, weil der fragliche 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 sog. 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 sog. 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 [bestehende] 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. 49 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-Unternehmen der Wettbewerbskommission am 7. April 2004 einen Sachverhalt melden konnten, der damals 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 Art. 15 ff. SVKG Ausführungsrecht enthalten, keine näheren Vorschriften. Die Antwort ist daher auf dem Wege der Auslegung der Schlussbestimmung 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 Positionen liegt eine entgegengesetzte Sicht darüber zugrunde, 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 Aus dem Wortlaut der Schlussbestimmung ergeben sich keine eindeutigen Hinweise, wie der Kreis der meldefähigen Sachverhalte zu bestimmen ist. Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wird, ist es möglich, den Begriff des Meldens (frz.: ännoncer; ital.: ännunciare) lediglich auf unbekannte oder auf bekannte

und unbekannte Tatsachen zu beziehen. Der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, dem Wortlaut könnten keinerlei Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Meldung auf unbekannte Sachverhalte entnommen werden, ist nicht schlüssig. Denn diese Argumentation unterstellt, dass dem Begriff der Meldung grundsätzlich der weitest mögliche Sinn beizulegen sei, was sich aber aus dem Wortlaut allein nicht ergibt.

Auch die Entstehungsgeschichte der Schlussbestimmung erlaubt keine klaren Rückschlüsse auf die Tragweite, die der Gesetzgeber der Meldung beilegen wollte. Weder in der Botschaft des Bundesrates (vgl. BBl 2001 2048) noch in der parlamentarischen Beratung, die im angefochtenen Entscheid näher dargestellt ist, wurde zur umstrittenen Auslegungsfrage Stellung genommen. Der Umstand, dass das Parlament die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate erhöhte, spricht wohl dafür, dass die intertemporalrechtliche Regelung - jedenfalls in zeitlicher Hinsicht - grosszügig ausgestaltet werden sollte. Doch lässt sich daraus nicht folgern, dass auch der Begriff der Meldung möglichst weit zu verstehen ist und er sich ebenfalls auf bekannte Sachverhalte erstrecken soll. Dies gilt umso mehr, als das mit der Revision verfolgte Grundanliegen - die Verschärfung des Sanktionenregimes - gegen ein allzu weites Verständnis des Begriffs der Meldung spricht.

Diese Hinweise auf die Entstehung der Schlussbestimmungen zeigen, dass die Ausgestaltung des Übergangsrechts von teilweise gegenläufigen Anliegen geprägt wird. Auch eine teleologische Auslegung führt daher nicht zu eindeutigen Ergebnissen, soweit sie sich an den allgemeinen - teilweise gegensätzlichen - Zielsetzungen orientiert. Ausschlaggebend ist daher allein, welche Bedeutung der Meldung im spezifischen Kontext der Schlussbestimmung, aber auch der Sanktionsnorm von Art. 49a KG, auf welche sie Bezug nimmt, zukommt.
3.4 Die Meldung nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG dient, wie bereits erwähnt, der Kompensierung der Unbestimmtheit, mit der das Gesetz das wettbewerbswidrige Verhalten umschreibt. Die Unternehmen können Abreden und Verhaltensweisen melden, deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit unsicher erscheint, um so das Risiko direkter Sanktionen auszuschalten. Die Meldung hat zu erfolgen, bevor die fragliche Wettbewerbsbeschränkung Wirkung entfaltet. Sie hat damit stets neue, bisher nicht bekannte Sachverhalte zum Gegenstand. Allerdings ist es denkbar, dass den Behörden gewisse Elemente einer neuen Wettbewerbsbeschränkung bereits aus früheren Verfahren bekannt sind, so z.B. die Situation auf dem betreffenden Markt oder die marktbeherrschende Stellung eines bestimmten Unternehmens. Für diesen Fall sieht Art. 17 SVKG eine erleichterte Meldung vor (vgl. Patrik Ducrey, Meldung/Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 lit. a KG], in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision, Zürich 2004, S. 160 f.). Dies ändert aber nichts daran, dass auch in einem solchen Fall die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung neu in den Markt eingeführt wird (Lucas David/ Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl.,
Bern 2005, N. 592). Eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG kann sich daher von der Konzeption des Gesetzes her nur auf neu wirksam werdende Sachverhalte beziehen. Schon bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere solche, die den Behörden schon bekannt oder die gar Gegenstand einer kartellrechtlichen Untersuchung sind, können dagegen nicht gemeldet werden.

Im Unterschied zur soeben erörterten Meldung bezieht sich jene im Sinn der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 auf bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen. Letztere sollen - wie die noch nicht wirksamen Verhaltensweisen - während einer gewissen Zeit mit der Wirkung gemeldet werden können, dass dafür die Verhängung direkter Sanktionen entfällt. Wie bereits dargelegt, ist die Schlussbestimmung allerdings nicht genau gleich abgefasst wie Art. 49 Abs. 3 lit. a KG. Namentlich kommt nicht nur der Meldung, sondern auch der Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung innert der einjährigen Frist sanktionsausschliessende Wirkung zu.

Wie die Vorinstanz ausführt, liegt es trotz der kleinen Unterschiede in der Ausgestaltung nahe, der Meldung gemäss Schlussbestimmung die gleiche 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. 49 Abs. 1 KG durch eine Meldung ausschalten können. Dem Instrument der Meldung kommt damit eine übergangsrechtliche Funktion zu: Es bezweckt, dem Risiko direkter Sanktionen, das für die Unternehmen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts neu entsteht, Rechnung zu tragen, und bewirkt bei

fristgerechter Meldung bzw. Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung - analog zu Art. 49a Abs. 3 lit. a KG - den Ausschluss der neuen Sanktionen. Entscheidend erscheint demnach, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintritt, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordert.

Entsprechend dieser Funktion ist 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. Eine solche besteht nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden. Denn die Wirtschaftssubjekte wissen in diesem Fall aufgrund der eingeleiteten Massnahmen, dass deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit zweifelhaft ist und sie bei deren Weiterführung unter dem neuen Recht das Risiko direkter Sanktionen eingehen. Sie befinden sich in einer vergleichbaren Situation, wie wenn die Behörden nach einer Meldung gemäss Art. 49 Abs. 3 lit. a KG gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren eröffnen.
Die Auffassung der Vorinstanz, wonach gemäss Schlussbestimmung alle bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsausschliessender Wirkung gemeldet werden können, geht daher zu weit. Sie übersieht, dass eine übergangsrechtlich motivierte Unsicherheit bei einer bereits laufenden Vorabklärung oder Untersuchung gerade nicht eintritt. Es besteht aus diesem Grund kein Anlass, die Meldemöglichkeit auf alle schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts praktizierten Verhaltensweisen auszudehnen, nur weil sie damals - vor ihrer Wirksamkeit - noch nicht nach Art. 49 Abs. 3 lit. a KG gemeldet werden konnten. Eine solche Ausdehnung der Meldefähigkeit ist auch aus Gründen der Gleichbehandlung nicht geboten. Unternehmen, über deren wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen bereits eine Vorabklärung oder Untersuchung eingeleitet ist, befinden sich in einer anderen Situation als jene, bei denen keine solchen Massnahmen ergriffen wurden, da sie die kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist bewusst sein müssen.
Gegen die weite Auslegung der Meldefähigkeit durch die Vorinstanz spricht ausserdem, dass die Schlussbestimmung noch eine zweite Tatbestandsvariante vorsieht, die zum Sanktionsausschluss führt, nämlich die Auflösung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung. Sie würde keinen Sinn ergeben, wenn alle bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden könnten. Werden dagegen Verhaltensweisen, die schon Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Vorabklärung oder Untersuchung bilden, als nicht meldefähig erachtet, so eröffnet die zweite Tatbestandsvariante den Unternehmen immerhin noch die Möglichkeit, innert einer Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten des neuen Rechts die Wettbewerbsbeschränkung aufzulösen, um direkten Sanktionen zu entgehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen kann diese Regelung nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Denn ein Unternehmen, gegen das eine Vorabklärung oder Untersuchung im Gange war, konnte auch unter dem alten Recht nicht damit rechnen, das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben zu können.
3.5 Im Interesse der Rechtssicherheit bedarf der Kreis der gemäss Schlussbestimmung meldefähigen Sachverhalte einer klaren Abgrenzung. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und die juristische Literatur (vgl. vor allem Klauer, a.a.O., S. 715 f.) weisen auf die praktischen Schwierigkeiten hin, die sich ergäben, wenn die Meldefähigkeit von der Bekanntheit der Wettbewerbsbeschränkungen bei den Behörden (so Stoffel, Das revidierte Wettbewerbsgesetz, a.a.O., S. 18) abhängig gemacht würde. Das beschwerdeführende Departement legt dar, dass die staatlichen Instanzen in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen - z.B. auch bei blossen Marktbeobachtungen oder Beratungen - Kenntnis von Wettbewerbsbeschränkungen erlangen können und sich diese Kenntnis unter Umständen nur auf einzelne Elemente beziehen kann. Es schlägt deshalb vor, alle Sachverhalte als meldefähig gemäss Schlussbestimmung anzuerkennen, die noch nicht Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung nach Art. 26 ff. KG bilden.

Diese Abgrenzung anhand eines eindeutigen, formellen Kriteriums erscheint sachgerecht. Erst wenn die Wettbewerbsbehörden dem betroffenen Unternehmen die Eröffnung eines Verfahrens mitgeteilt haben, muss diesem bewusst sein, dass die Zulässigkeit des von ihm praktizierten Verhaltens im Wettbewerb zweifelhaft ist und daher unter dem neuen Recht direkte Sanktionen zur Folge haben könnte. Auch der behördliche Widerspruch gemäss Art. 49 Abs. 3 lit. a KG knüpft an die Mitteilung der Eröffnung eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens an. Der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, der Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersu-

chung könne sich im Lauf des Verfahrens ändern, lässt das Abgrenzungskriterium nicht als untauglich erscheinen: Massgeblich für die Beurteilung der Meldefähigkeit eines Sachverhalts kann nur sein, was bei der Eröffnung dem Unternehmen als Verfahrensgegenstand mitgeteilt wurde. Bei nachträglichen Veränderungen desselben passt sich der Kreis der meldefähigen Sachverhalte entsprechend an. Die betroffenen Unternehmen werden dadurch nicht schlechter gestellt, als wenn über die fraglichen Verhaltensweisen je ein eigenes Verfahren durchgeführt würde.

Nicht meldefähig im Sinn der Schlussbestimmung sind demnach 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 den erwähnten Bestimmungen bilden oder bei denen die Verfahrenseröffnung dem Unternehmen noch nicht mitgeteilt wurde.
3.6 Die Beschwerdegegnerinnen haben der Wettbewerbskommission am 7. April 2004 das Preisfestsetzungsverhalten mit ihren Grosskunden als übergangsrechtlichen Sachverhalt gemeldet. Da die Behörden darüber bereits anfangs 2004 eine Untersuchung eingeleitet und dies den Beschwerdegegnerinnen eröffnet hatten, war der fragliche Sachverhalt nach der Schlussbestimmung im Lichte der vorstehenden Grundsätze nicht meldefähig. Der angefochtene Feststellungsentscheid, wonach das Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung gemäss Schlussbestimmung 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 7. April 2004 keine Meldung im Sinne 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 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdegegnerinnen unter Solidarhaft auferlegt.
4.
Zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens wird die Sache an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurückgewiesen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Wettbewerbskommission sowie der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 19. August 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: