Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.59/2005 /zga

Urteil vom 22. August 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Wurzburger,
Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement,
3003 Bern,
Beschwerdeführer,
gegen
1. X._____ AG,
2. Y._____ AG,
3. Z._____ AG,
4. W._____ AG, Beschwerdegegnerinnen,
alle vertreten durch Fürsprecher Ernst Schär,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen,

Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern, als mitbeteiligte Behörde

Gegenstand
Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den
Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
vom 22. Dezember 2004

Sachverhalt:
A.
Im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 22. März 1999 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, im Folgenden: Bundesamt) im selektiven Verfahren nach Art. 15 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek aus und lud die vier in Bern ansässigen Firmen V._____ AG, Z._____ AG, X._____ AG und W._____ AG zur Offertstellung ein. Die am 3. bzw. 5. September 1999 eingereichten Angebote lagen zwischen Fr. 2'222'916.- (V._____ AG) und Fr. 1'911'472.- (W._____ AG). Weil alle diese Angebote beträchtlich über dem zuvor eingeholten Kostenvoranschlag von Fr. 900'000.- lagen, holte das Bundesamt bei der A._____ AG in Zürich eine Vergleichsofferte ein. Diese belief sich auf Fr. 1'294'039.- (Angebot vom 19. Oktober 1999). In der Folge brach das Bundesamt die Submission ab und vergab die Arbeiten an die A._____ AG. Weder gegen den Abbruch des Verfahrens noch gegen den Zuschlag wurden Rechtsmittel ergriffen.
B.
Am 10. Dezember 1999 teilte das Bundesamt dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau-und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit, seiner Auffassung nach hätten die vier am abgebrochenen Submissionsverfahren beteiligten Unternehmungen eine Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) getroffen. Die erwähnte Stelle

setzte tags darauf die Wettbewerbskommission über die Auffassung des Bundesamtes in Kenntnis. Am 13. Januar 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission gegen die V._____ AG, die X._____ AG, die Z._____ AG und die W._____ AG eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die vier Unternehmungen wurden einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG verdächtigt.
C.
Am 17. Dezember 2001 erliess die Wettbewerbskommission folgende Verfügung:

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien V._____ AG (...), Z._____ AG (...), X._____ AG (...) sowie W._____ AG (...) mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (Preisabsprache) getroffen haben.
2. Es wird den Parteien untersagt, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise i.S.v. Art. 5 KG aufeinander abzustimmen.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der Weko mit Sanktionen gemäss Art. 50 und Art. 54 KG geahndet werden.

4. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF 33'383.35, bestehend aus der Gebühr von CHF 32'890.- und den Auslagen von CHF 493.35. Das Verfahren wird indes im Kostenpunkt sistiert. Über die Kosten wird zu einem späteren Zeitpunkt mit separater Verfügung entschieden.

5. (Rechtsmittelbelehrung).

6. (Eröffnung).
D.
Gegen diese Verfügung erhoben die X._____ AG, die W._____ AG, die Z._____ AG und die Y._____ AG (vormals V._____ AG) gemeinsam Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese hiess die Beschwerde mit Urteil vom 22. Dezember 2004 gut und hob die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 auf. Zur Begründung führte die Rekurskommission im Wesentlichen aus, Gegenstand der am 13. Januar 2000 eröffneten Untersuchung und der am 17. Dezember 2001 verfügten Massnahmen sei "ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten" der Parteien. Nach bisher geltendem Recht habe der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aber aktuell und konkret sein müssen; es habe keine Möglichkeit bestanden, ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgegeben hätten. Das Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten sei im bisher geltenden Recht nicht zulässig gewesen. Da die Wettbewerbsbehörden nach dem Kartellgesetz von 1995 keine Untersuchungen eröffnen und keine Massnahmen für in der Vergangenheit erfolgte und nicht
mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen hätten verfügen können, habe keine rechtliche Grundlage bestanden, um abgeschlossene Sachverhalte (so genannte "Vergangenheitskartelle") kartellrechtlich aufzugreifen. Die Wettbewerbskommission habe vorliegend nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung zeitige, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben sei.
E.
Mit Eingabe vom 31. Januar 2005 führt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004 aufzuheben und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 zu bestätigen; eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission "unterstützt" die Anträge und die Begründung in der Beschwerdeschrift. Die Rekurs-

kommission für Wettbewerbsfragen hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG beurteilt das Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Neben der Möglichkeit, ein zivilrechtliches Verfahren einzuleiten, sieht das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251, ursprüngliche Fassung: AS 1996 546) verwaltungsrechtliche Massnahmen durch die Wettbewerbskommission vor (Art. 18 ff. KG). Dies gilt auch nach der gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, in Kraft seit 1. April 2004) revidierten Fassung des Kartellgesetzes. Bei der im vorliegenden Fall getroffenen Verfügung der Wettbewerbskommission und dem dagegen gerichteten Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen handelt es sich um rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf den öffentlichrechtlichen Teil des Kartellgesetzes stützen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig.
1.2 Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ist vorliegend als das in der Sache (Wettbewerbsfragen) zuständige Departement gemäss Art. 103 lit. b OG befugt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zu führen (vgl. BGE 127 II 32 E. 1b S. 35). Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen (BGE 129 II 11 E. 1.1 S. 13). Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Verwaltungseinheit nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 125 II 633 E. 1a und b S. 635). Dies trifft vorliegend zu. Dass sich der Streit auf die Auslegung der ursprünglichen Fassung des Kartellgesetzes von 1995 bezieht und sich die gleiche Frage unter dem geltenden Recht nicht mehr stellen wird, ändert an der Zulässigkeit der Behördenbeschwerde nichts. Das Interesse an der richtigen Anwendung von Bundesrecht kann auch schutzwürdig sein, wenn nur gerade ein Fall zur Beurteilung steht. Abgesehen davon ist nicht bekannt, ob allenfalls noch
weitere, in die Übergangsperiode zwischen ursprünglichem und revidiertem Kartellgesetz fallende Verfahren hängig sind oder noch anhängig gemacht werden könnten. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes ist daher einzutreten.
2.
Dass der vorliegende Sachverhalt noch nach der bisherigen Fassung des Kartellgesetzes von 1995 zu beurteilen ist, wird mit Grund von keiner Seite in Frage gestellt. Streitig ist, ob die Rekurskommission annehmen durfte, nach der ursprünglichen Fassung des Kartellgesetzes habe keine rechtliche Grundlage bestanden, um eine in der Vergangenheit liegende, im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung nicht mehr bestehende unzulässige Wettbewerbsbeschränkung kartellrechtlich aufzugreifen (E. 7 des angefochtenen Entscheides). In einer Eventualerwägung ihres Urteils erachtete die Rekurskommission die Anordnungen der Wettbewerbskommission sodann auch bezüglich Sachverhaltsabklärung und Begründung als "problematisch" (dazu ihre E. 8/9).
3.
3.1 Art. 27 Abs. 1 des Kartellgesetzes hatte in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 folgenden Wortlaut:
Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung.
Dieser Wortlaut gibt auf die Frage, ob sich eine solche Untersuchung nur auf eine noch bestehende, aktuelle Wettbewerbsbeschränkung und nicht auch auf entsprechende, in der Vergangenheit liegende Tatbestände beziehen darf, entgegen den Darlegungen der Rekurskommission im angefochtenen Entscheid keine eindeutige Antwort. Der Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung kann nach gängigem Sprachgebrauch auch dann "vorliegen", wenn es sich um ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten handelt.
3.2 Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde der Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 geändert. Er lautet nun wie folgt:
Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung.
Für die Eröffnung einer Untersuchung sind nicht mehr Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung "vorliegt", sondern es heisst nunmehr: "Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (....)". Nach der bundesrätlichen Botschaft vom 7. November 2001 (BBl Nr. 10

vom 12. März 2002, S. 2045 und S. 2047) soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass auch Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche im Zeitpunkt der Untersuchung nicht mehr bestehen, geprüft und allenfalls geahndet werden können. Dass sich die Untersuchung auch auf vergangenes Verhalten beziehen kann, war aber, wie aus den unverändert gebliebenen Fassungen des Gesetzes in französischer und italienischer Sprache geschlossen werden darf ("S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence..."; "Se esistono indizi di una limitazione illecita di concorrenza..."), schon vor der Gesetzesrevision keineswegs ausgeschlossen, auch wenn gewisse Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zur Revision den gegenteiligen Eindruck erwecken mögen. Was Inhalt des bisherigen Kartellgesetzes war, bestimmt sich nach den Normen dieses Gesetzes und nicht nach der Botschaft zur Revisionsvorlage. Die Möglichkeit der
Erfassung zurückliegenden Verhaltens wurde durch die bewusst auf die deutsche Fassung beschränkte Korrektur (vgl. die Ausführungen in der französischsprachigen Botschaft zur Revision von Art. 27 Abs. 1 KG [FF 2002, p. 1934s]) nicht neu eingeführt, sondern nur deutlicher gemacht.
3.3 Worauf sich die in Art. 27 Abs. 1 KG vorgesehenen Untersuchungen beziehen dürfen, hängt aber letztlich nicht vom Wortlaut dieser Bestimmung, sondern von den als Folge dieser Untersuchung möglichen Massnahmen ab. Nach der bisherigen Fassung des Kartellgesetzes konnten die Wettbewerbsbehörden bei kartellrechtswidrigem Verhalten keine direkten Sanktionen aussprechen, wie sie nunmehr nach Art. 49a rev. KG möglich sind. Gegen unzulässige Wettbewerbsabreden war einzig die Möglichkeit einer Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie die Androhung von Sanktionen für den Widerhandlungsfall vorgesehen (Art. 50 und 54 KG, ursprüngliche Fassung). Nach der im angefochtenen Entscheid (E. 7.3) wiedergegebenen Praxis der Wettbewerbskommission wurde gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG eine Untersuchung nicht eröffnet oder weitergeführt, wenn die betreffende Unternehmung das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten eingestellt hatte (weil unter diesen Umständen an der Beurteilung des Falles in der Regel kein öffentliches Interesse mehr bestand, vgl. auch Ziff. 4 der Beschwerdeschrift). Eine Untersuchung und Beurteilung von vergangenen Wettbewerbsverstössen war aber, wie das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement in seiner Beschwerde zu Recht
geltend macht, durch die ursprüngliche Fassung von Art. 27 Abs. 1 KG nicht untersagt. Ein öffentliches Interesse, auch in der Vergangenheit liegende Sachverhalte zu untersuchen, konnte schon nach bisherigem Recht gerade etwa im Submissionswesen gegeben sein, indem einerseits das Vorliegen von unerlaubten Preisabsprachen nach Abschluss der Submission nachträglich festgestellt bzw. erneute derartige Absprachen in anderen Submissionsverfahren untersagt und für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG (ursprüngliche Fassung) angedroht werden konnten. Nach der von der Vorinstanz vertretenen Gesetzesauslegung wäre ein Einschreiten der Wettbewerbskommission bei Preisabsprachen im Submissionsverfahren - da der betreffende Markt bei der Einleitung oder jedenfalls beim Abschluss der Untersuchung nicht mehr existiert - praktisch nie möglich gewesen, obwohl schon das alte Kartellgesetz den Bereich der öffentlichen Beschaffungen keineswegs von Interventionen der Wettbewerbsbehörde ausnehmen wollte (vgl. dazu etwa Galli/Lehmann/ Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 61 ff S. 21 ff; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 229 ff S.
107 ff). Der auf einer unzutreffenden engen Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG (in der ursprünglichen Fassung) beruhende Rekursentscheid verletzt daher Bundesrecht und ist aufzuheben.
4.
Es kann auch nicht gesagt werden, die streitige Verfügung vom 17. Dezember 2001 stehe im Widerspruch zur eigenen bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission, wonach in der Vergangenheit liegendes, aufgegebenes wettbewerbswidriges Verhalten kartellrechtlich nicht aufgegriffen worden sei. Die Situation bei Preisabsprachen für Submissionen liegt, wovon die Wettbewerbskommission zulässigerweise ausgehen durfte, anders als bei freiwillig aufgegebenen "Vergangenheitskartellen". Der Entscheid der Wettbewerbskommission erging im Übrigen am 17. Dezember 2001, d.h. lange vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes (1. April 2004). Es kann insoweit auch nicht eingewendet werden, es gehe vorliegend um eine rückwirkende neue Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG (alte Fassung). Schliesslich ist auch nicht dargetan, dass die Wettbewerbskommission in vergleichbaren anderen Fällen gestützt auf eine engere Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG auf eine Untersuchung jeweils verzichtet hätte.
5.
Nach dem angefochtenen Urteil der Rekurskommission wären die Voraussetzungen für die streitige Anordnung der Wettbewerbskommission mangels ungenügender Sachverhaltsabklärung auch materiell nicht gegeben gewesen. Die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements äussert sich nicht zu dieser Frage;

den diesbezüglichen Einwendungen der Rekurskommission wird nicht widersprochen. Dem Antrag des Departementes auf Bestätigung des Entscheides der Wettbewerbskommission kann daher nicht gefolgt werden. Gutzuheissen ist jedoch der Eventualantrag des Departementes auf Rückweisung der Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz (Art. 114 Abs. 2 OG).
6.
Nach dem Gesagten erscheint die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise begründet.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG): In der vor Bundesgericht allein aufgeworfenen Grundsatzfrage (Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG in der Fassung von 1995) hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vollumfänglich obsiegt. Eine Parteientschädigung ist nicht auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 2'000.– wird den Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftung.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 22. August 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: