Urteilskopf

117 Ib 481

57. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 25. Oktober 1991 i.S. Schweiz. Bankiervereinigung gegen EVD (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 29, 31 und 37 Abs. 1 des BG vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG); Untersuchung über die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe; Aufhebung der Konvention IV betreffend einheitliche Gebührenrechnung für offene Depots. Verfahrensrechtliche Probleme.

1. Auf das Verfahren vor der Kartellkommission findet das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) nur insoweit sinngemäss Anwendung, als dies in Art. 31 KG vorgesehen ist (E. 4). Weil die Untersuchung der Kartellkommission nach Art. 32 Abs. 1 KG zu von den Betroffenen frei annehmbaren Empfehlungen und keinen eigentlichen Verfügungen führt (vgl. Art. 37 KG), können die Verfahrensbeteiligten keine weitergehenden Parteirechte geltend machen (Bestätigung der Rechtsprechung in BGE 113 Ib 90 ff.) (E. 4).

2. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat im Verfahren nach Art. 37 Abs. 1 KG die aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz fliessenden Parteirechte zu gewähren, doch kann es im Rahmen dieses Gesetzes den Besonderheiten des Kartellverfahrens Rechnung tragen (E. 5): Prüfungs- und Begründungspflicht (E. 6). Recht auf Akteneinsicht (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 29, 31 et 37 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (LCart); enquête sur les accords applicables sur l'ensemble du territoire suisse dans le domaine bancaire; annulation de la convention IV relative au calcul de la taxe unique pour les dépôts ouverts. Problèmes de procédure.

1. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA) ne trouve application dans le cadre de la procédure devant la Commission des cartels que dans la mesure où cela est prévu à l'art. 31 LCart (consid. 4). Etant donné que l'enquête de la Commission des cartels selon l'art. 32 al. 1 LCart conduit à des recommandations que les intéressés peuvent accepter librement et non à de véritables décisions (art. 37 LCart), les parties à la procédure ne peuvent pas faire valoir des droits de partie plus étendus (confirmation de la jurisprudence dans l'ATF 113 Ib 90 ss) (consid. 4).

2. Dans la procédure selon l'art. 37 al. 1 LCart, le Département fédéral de l'économie publique doit garantir les droits qui découlent de la loi sur la procédure administrative; dans le cadre de cette loi, il peut cependant tenir compte des particularités de la procédure en matière de cartels (consid. 5): devoir d'examen et de motivation (consid. 6). Droit de consulter le dossier (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 29, 31 e 37 della legge federale del 20 dicembre 1985 su i cartelli e le organizzazioni analoghe (LC); inchiesta sugli accordi applicabili all'insieme del territorio svizzero in materia bancaria; annullamento della convenzione IV concernente il calcolo della tassa unica per i depositi aperti. Problemi di procedura.

1. La legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA) si applica alla procedura davanti alla Commissione dei cartelli solo nella misura prevista dall'art. 31 LC (consid. 4). Dato che l'inchiesta svolta dalla Commissione dei cartelli giusta l'art. 32 cpv. 1 LC si conclude con delle raccomandazioni che gli interessati sono liberi di accettare e non con delle decisioni formali (cfr. art. 37 LC), le parti in causa non possono far valere diritti di parte più estesi (conferma della giurisprudenza pubblicata in DTF 113 Ib 90 segg.) (consid. 4).

2. Nella procedura prevista dall'art. 37 cpv. 1 LC, il Dipartimento federale dell'economia pubblica deve garantire i diritti di parte sgorganti dalla legge sulla procedura amministrativa; nell'ambito di tale legge, esso può tuttavia tener conto delle particolarità della procedura relativa ai cartelli (consid. 5): obbligo di esame e di motivazione (consid. 6). Diritto di consultare l'incarto (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 482

BGE 117 Ib 481 S. 482

Im Juni 1985 beschloss die Kartellkommission, die wettbewerbsrelevanten Auswirkungen der gesamtschweizerischen Vereinbarungen im Bankgewerbe zu prüfen. Aufgrund der Resultate dieser Untersuchung empfahl sie unter anderem, die Konvention IV betreffend einheitliche Gebührenrechnung für offene Depots aufzuheben, weil sich die Ausschaltung des Preiswettbewerbes im Depotgeschäft als volkswirtschaftlich schädlich erweise (vgl. Untersuchung der Kartellkommission, "Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe", publiziert in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (VKKP) 1989/3 S. 7 ff.). Die Schweizerische Bankiervereinigung, in deren Rahmen das Übereinkommen ausgearbeitet worden war, lehnte am 6. Juli 1989 diese Empfehlung grundsätzlich ab, kündigte aber gewisse Anpassungen der Konvention IV an. Auf den 1. Januar 1990 hob sie die unterschiedliche Tarifierung für In- und Ausländer auf, indem sie den Satz für Inland- auf jenen für Auslanddepots erhöhte. Die Berechnung einer Minimalgebühr pro Posten und Depot wurde in

BGE 117 Ib 481 S. 483

Art. 2 den unterzeichnenden Banken neu freigestellt und die Rabattstruktur in Art. 7 erweitert und verfeinert. Am 31. August 1989 stellte die Kartellkommission dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement den Antrag, die Konvention IV aufzulösen. Trotz der (damals erst angekündigten) Änderungen hielt die Kommission an ihrer Ansicht fest, dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbes im Depotgeschäft volkswirtschaftlich schädlich und daher aufzuheben sei. Das Departement schloss sich dieser Beurteilung an und verfügte am 10. September 1990 die Auflösung der Konvention bis spätestens 31. Dezember 1992. Hiergegen reichte die Schweizerische Bankiervereinigung am 11. Oktober 1990 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, soweit sie die Konvention IV und den Kostenpunkt betreffe; eventuell sei die Sache zur Durchführung eines dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) konformen Vorgehens an das Departement zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

3. Nach Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG, Kartellgesetz; SR 251) untersucht die Kartellkommission im Auftrag des Eidgenössischen Volks-

wirtschaftsdepartementes oder von sich aus, ob ein Kartell oder eine ähnliche Organisation volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigt. Art. 31 KG regelt das Verfahren wie folgt: "1 Die Kommission ersucht die Personen, die zur Feststellung des Sachverhalts beitragen können, um die erforderlichen Auskünfte und Urkunden. Sie kann Sachverständige beiziehen. 2 Kann der Sachverhalt auf diesem Weg nicht abgeklärt werden, vernimmt die Kommission die Beteiligten und Dritte als Zeugen und verlangt von ihnen die notwendigen Urkunden. Die Artikel 15-19 des Verwaltungsverfahrensgesetzes gelten sinngemäss. 3 Die Kommission erlässt die Beweisanordnung in Form einer Verfügung. 4 Die Kommission gibt vor Abschluss des Verfahrens den Beteiligten Gelegenheit, zu den tatsächlichen Feststellungen ihres Berichtes Stellung zu nehmen. Die Beteiligten haben den Bericht geheimzuhalten, solange das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement nicht dessen Veröffentlichung

bewilligt hat."
Stellt die Kommission volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen fest, empfiehlt sie den Beteiligten, Kartellbestimmungen oder unter das Gesetz fallende Abreden abzuändern oder aufzuheben, oder bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen (Art. 32 Abs. 1 KG). Die Betroffenen haben binnen der ihnen gesetzten Frist schriftlich zu erklären, ob sie die Empfehlung annehmen (Art. 32 Abs. 2 KG). Ändern sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich, so kann die Kartellkommission von sich aus oder auf Antrag von Beteiligten die Empfehlung widerrufen oder ändern (Art. 32 Abs. 3 KG). Art. 33 und 37 KG regeln das Verfahren vor dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement bei Ablehnung der Empfehlung: "Art. 33 Bericht an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement 1 Nach Abschluss des Verfahrens erstattet die Kommission Bericht und Antrag an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement. 2 Erachtet dieses eine ergänzende Untersuchung als notwendig, beauftragt es die Kommission damit. 3 Die Berichte der Kommission werden veröffentlicht, sofern das Departement nicht anders entscheidet. Art. 37
1 Nehmen die Beteiligten Empfehlungen nach den Artikeln 32 Absatz 1 und 43 Absatz 1 nicht an, kann das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement auf Antrag der Kommission binnen dreier Monate seit Eingang der Ablehnung durch Verfügung die erforderlichen Massnahmen anordnen. Es hört die Beteiligten zuvor an. 2 Bei Nichtbefolgung angenommener Empfehlungen ordnet das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement auf Antrag der Kommission durch Verfügung die erforderlichen Massnahmen an." Über die allgemeine Anwendbarkeit der Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes spricht sich das Kartellgesetz nicht aus. Das Verhältnis zwischen den beiden Gesetzen ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln.

4. a) aa) Im Entscheid vom 10. April 1987 in Sachen E.G. Portland gegen die Kartellkommission befand das Bundesgericht, dass im Rahmen des Untersuchungsverfahrens der Kartellkommission eine Berufung auf die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgeschlossen erscheine (BGE 113 Ib 95 f. E. d/aa und bb). Zum Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG gehöre, dass Rechte und Pflichten der Adressaten gestaltet bzw. festgestellt würden. Den Untersuchungen der Kartellkommission komme keine solche Wirkung zu. Erst wenn die Empfehlungen abgelehnt

oder nicht befolgt würden, könne das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement zu Massnahmen greifen, die in Form von Verfügungen zu ergehen hätten. Da die Beteiligten erst in diesem Stadium zu einem bestimmten Vorgehen verpflichtet würden, sei es sachgerecht, ihnen die Garantien des Verwaltungsverfahrensgesetzes

von hier weg zuteil werden zu lassen. Das Kartellgesetz selber stecke den Rahmen des rechtlichen Gehörs ab, weshalb das Bundesgericht aufgrund von Art. 114bis Abs. 3 BV nicht befugt sei, den Beteiligten im Untersuchungsverfahren weitere als die im Kartellgesetz vorgesehenen Mitwirkungsrechte einzuräumen.
bb) Dieses Urteil des Bundesgerichtes stiess in der Doktrin zum Teil auf Kritik. Das Untersuchungsverfahren gemäss Art. 31 ff. des Kartellgesetzes führe - sofern es nicht eingestellt oder ohne Empfehlungen abgeschlossen werde - in jedem Fall zu Ergebnissen, welche die rechtliche Stellung der Beteiligten berührten, weil die Kartellkommission anregen könne, Kartellbestimmungen oder unter das Gesetz fallende Abreden abzuändern oder aufzuheben, oder bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen. Nähmen die Beteiligten die Empfehlungen an, so würden diese verbindlich und zöge ihre Nichtbefolgung nach Art. 39 lit. a KG strafrechtliche Sanktionen nach sich. Trotz Zustimmungserfordernis liege in den Empfehlungen eine einseitige hoheitliche Anordnung (Verfügung), die zur Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes bereits im Untersuchungsverfahren führen müsse (ERIC HOMBURGER, in: Schweizerische Aktiengesellschaft (SAG) 60/1988 S. 31 ff.; ERIC HOMBURGER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990, S. 367, Rz. 5 ff. zu Art. 31 KG; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 1991, S. 294, N 23; MARKUS GEMPERLE, Das Zusammenspiel zwischen Versicherungsaufsicht und Kartellaufsicht im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1990, S. 133, FN 473 und S. 168 f.). b) Trotz dieser Kritik ist an der Rechtsprechung in BGE 113 Ib 90 ff. festzuhalten. aa) Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes finden nach Art. 1 Abs. 1 dieses Erlasses nur Anwendung auf Verwaltungssachen, die durch Verfügung von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde hin zu erledigen sind. Als Verfügungen gelten behördliche Anordnungen im Einzelfall, durch welche eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 104 Ia 29 E. d). Dies ist

im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren erst bei der Anordnung der erforderlichen Massnahmen durch das Departement nach Art. 37 KG der Fall. Daran vermag auch die Strafandrohung bei Missachtung von angenommenen Empfehlungen in Art. 39 lit. a KG nichts zu ändern, womit der Rechtsmissbrauch geahndet werden soll, der darin liegt, dass Beteiligte freiwillig einer Empfehlung zustimmen, dieser dann aber keine Folge leisten (vgl. Amtl.Bull. 1985 N 56, Votum von Kommissionssprecher Auer). Art. 37 Abs. 2 KG sieht auch für diesen Fall vor, dass das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement auf Antrag der Kommission durch Verfügung die erforderlichen Massnahmen anordnet. Dass den Empfehlungen der Kartellkommission nach der Ansicht des Gesetzgebers kein Verfügungscharakter zukommt, macht gerade die Einführung von Art. 39 lit. a KG deutlich, erwies sich doch die Tatsache, dass Art. 292 StGB notwendigerweise an eine Verfügung zu knüpfen ist und eine solche bei angenommenen Empfehlungen der Kartellkommission gerade fehlt, als wichtiges Argument für die Schaffung eigener Straftatbestände im Kartellgesetz (vgl. Sitzungsprotokoll der ständerätlichen Kommission vom 4. Mai 1982, S. 45 ff., und vom 2. September 1982, S. 3 ff., insbesondere S. 5; Sitzungsprotokoll der nationalrätlichen Kommission vom 20. Februar 1984, S. 16 ff.). Der Gedanke, im Gesetz ausdrücklich festzuhalten, dass die schriftliche Annahme von Empfehlungen einer Verfügung des Departementes gleichkomme, wurde bereits in der ständerätlichen Kommission verworfen (Protokoll der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 2. September 1982, S. 4 ff.). bb) Neben diesen mehr formellen sprechen auch materielle Gründe dafür, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das Untersuchungsverfahren der Kartellkommission keine allgemeine Anwendung findet. Das Kartellgesetz sieht für das verwaltungsrechtliche Verfahren einen zweistufigen Ablauf vor, dessen erste Etappe auf dem Prinzip einer konsensorientierten Zusammenarbeit zwischen Kartellkommission und privater Wirtschaft beruht (vgl. CARL BAUDENBACHER, Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, in: SAG 57/1985 S. 57 ff.; insbesondere S. 66 ff.; PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 92/1991 S. 381 ff.). Es ist Ausdruck dieses partnerschaftlichen Modelles, dass die Kommission nach Art. 31 Abs. 1 KG die Personen, die

zur Feststellung des Sachverhaltes beitragen können, um die erforderlichen Auskünfte und Urkunden "ersucht" und nur falls der Sachverhalt auf diesem Weg nicht abgeklärt werden kann, die Beteiligten und Dritte als Zeugen vernimmt und von ihnen die notwendigen Urkunden verlangt, wobei die Art. 15-19 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sinngemäss gelten (Art. 31 Abs. 2 KG). Eine umfassende Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist mit einem solchen, einem partnerschaftlichen, nicht hoheitlichen Grundgedanken verpflichteten System staatlichen Verwaltungshandelns, bei dem es nach Vorliegen des Berichtes der Kartellkommission auch noch zu Gesprächen mit den Betroffenen über die Art und Weise der Verwirklichung allfälliger Empfehlungen und (zum Teil auch) noch über deren Inhalt kommt (vgl. BBl 1981 II 1359 und 1364; PAUL RICHLI, Begutachtung von Rechtsfragen, in: VKKP 1987/1 S. 74; LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, Kommentar zum Kartell- und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, S. 731 I. Abs. 1), kaum vereinbar und würde die entsprechenden Bemühungen der Kartellkommission übermässig erschweren. Hätte der Gesetzgeber im Untersuchungsverfahren vor der Kartellkommission generell das Verwaltungsverfahrensgesetz als anwendbar erklären wollen, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht. Damit regelt das Kartellgesetz aber die im Untersuchungsverfahren einzuräumenden Rechte abschliessend dahin gehend, dass die Kommission vor Beendigung des Verfahrens den Beteiligten nur Gelegenheit zu bieten hat, zu den tatsächlichen Feststellungen ihres Berichtes Stellung zu nehmen. Falls die Abklärung des Sachverhaltes nicht einverständlich erfolgen kann und damit ein hoheitliches Auftreten des Staates erforderlich wird, hat die Kommission sinngemäss die Art. 15-19 des Verwaltungsverfahrensgesetzes zur Anwendung zu bringen (vgl. ANDRÉ GRISEL, Avis de droit pour la Commission des cartels, in: VKKP 1987/1 S. 107 ff., insbesondere S. 109; LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, a.a.O., S. 701, FN 3).

5. Wenn die Kartellkommission in ihren Bemühungen scheitert, durch Empfehlungen an die Beteiligten zu einer Lösung zu finden, sieht das Gesetz vor, dass das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement auf Antrag binnen dreier Monate seit Eingang der Ablehnung die erforderlichen Massnahmen durch Verfügung anordnen kann (Art. 37 Abs. 1 KG). Es stellt sich die Frage, ob das Verwaltungsverfahrensgesetz in diesem Verfahrensabschnitt

Anwendung findet, wie dies BGE 113 Ib 95 E. d/aa andeutet, oder ob der Gesetzgeber damit, dass er in Art. 37 Abs. 1 KG die Pflicht aufgenommen hat, die Beteiligten vor Erlass der Verfügung anzuhören, weitergehende Verfahrensrechte ausdrücklich ausschliessen wollte.

a) aa) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist im Rechtsstaat von grundsätzlicher Bedeutung. Er dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 116 Ia 99 E. b; ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 128 ff.). Sein Umfang bestimmt sich bei Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügung von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde hin zu erledigen sind, grundsätzlich nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 1 Abs. 1 VwVG; GEORG MÜLLER, in: Kommentar BV, Art. 4, Rz. 99; vgl. auch PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, S. 139, 16.23). Mit dessen Inkrafttreten sind vorbehältlich ergänzender Erlasse im Sinne von Art. 4 VwVG mit der neuen Regelung im Widerspruch stehende

Bestimmungen des Bundesrechtes aufgehoben worden. Abweichende Verfahrensbestimmungen in Spezialgesetzen schliesst Art. 4 VwVG dagegen nicht aus, doch sind sie "VwVG-konform" zu interpretieren (PETER SALADIN, a.a.O., S. 41, 8.2). bb) Aus den Materialien zum Kartellgesetz ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber für das ganze verwaltungsrechtliche Verfahren eine eigenständige Regelung treffen und auf die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Parteirechte verzichten wollte (vgl. PAUL RICHLI, Begutachtung, a.a.O., S. 91 ff.). Der Expertenentwurf vom 25. September 1978 sah in Art. 42 vor, dass die Kartellkommission, wenn die Beteiligten die Empfehlungen im Sinne von Art. 32 Abs. 1 ablehnen sollten, die erforderlichen Massnahmen binnen drei Monaten seit Eingang der Ablehnung verfügen könne (vgl. Materialien 1978 zur Revision des Schweizerischen Kartellgesetzes, veröffentlicht in: Wirtschaft und Recht (WuR) 31/1979 S. 77 ff.; S. 97). Der Bundesrat räumte die Verfügungsbefugnis in seiner Vorlage dagegen dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement ein. Er wollte dadurch eine zu grosse Machtkonzentration bei der Kartellkommission verhindern und dem Departement Gelegenheit bieten, die Wettbewerbspolitik

mit der übrigen schweizerischen Wirtschaftspolitik zu koordinieren (BBl 1981 II 1364). Weder aus der Botschaft des Bundesrates noch aus den parlamentarischen Beratungen ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Änderung eine Verkürzung des rechtlichen Gehörs der Beteiligten gegenüber dem im Verwaltungsverfahren Üblichen verbunden sein sollte. Es ist daher davon auszugehen, dass das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren als Ganzes den rechtsstaatlichen Anforderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu genügen hat; dies um so mehr, als der Bundesrat bereits in seiner Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961 festgestellt hatte, dass "die verwaltungsrechtliche Repression in Kartellsachen einen aussergewöhnlichen Eingriff in private Verhältnisse" darstelle, was ein formstrenges (damals prozessuales) Verfahren (vor dem Bundesgericht) rechtfertige (BBl 1961 II 608). cc) Der Bestimmung, wonach das Departement die Beteiligten vor seiner Verfügung anhört (Art. 37 Abs. 1 Satz 2 KG), kommt unter diesen Umständen nicht die Bedeutung zu, dass über die Anhörung hinausgehende, im Verwaltungsverfahrensgesetz verankerte Parteirechte grundsätzlich beschnitten werden sollten. Die entsprechende Regelung hat entweder keine eigenständige Bedeutung (BBl 1981 II 1364; ERIC HOMBURGER, Kommentar, a.a.O., S. 397, Rz. 3 zu Art. 37 KG), oder sie verankert sogar ein absolutes Anhörungsrecht in dem Sinn, dass Gründe, die nach Art. 30 Abs. 2 VwVG zum Verzicht auf eine Anhörung führen können, im Rahmen des Verfahrens nach Art. 37 Abs. 1 KG unerheblich sind (PAUL RICHLI, Begutachtung, a.a.O., S. 92). Die Frage, welche dieser beiden Auslegungen zutrifft, braucht hier nicht entschieden zu werden; es genügt festzustellen, dass dem zwingenden Charakter der nach dem Scheitern der Empfehlungen der Kartellkommission zu erlassenden Verfügung entsprechend das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das Verfahren nach Art. 37 Abs. 1 KG grundsätzlich Anwendung findet (LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, a.a.O., S. 732; ERIC HOMBURGER, Kommentar, a.a.O., S. 396 ff.; MARKUS GEMPERLE, a.a.O., S. 133; PAUL RICHLI, Verfahrensfragen, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern, Stuttgart 1989, S. 221; ROGER ZÄCH, Begutachtung, a.a.O., S. 91 ff.; André Grisel, a.a.O., S. 116 f.). b) In der Doktrin wird kritisiert, die im Gesetz vorgesehene Frist von drei Monaten, innert welcher das Departement seine Verfügung zu erlassen habe, verunmögliche praktisch die Durchführung

eines VwVG-konformen Verfahrens (ERIC HOMBURGER, in: SAG 60/1988 S. 32; PAUL RICHLI, Verfahrensfragen, a.a.O., S. 222 f.; PAUL RICHLI, Begutachtung, a.a.O., S. 73, 93, 125). Dieser Einwand entbehrt

unabhängig davon, dass es sich bei dieser Frist lediglich um eine Ordnungsfrist handeln dürfte (vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen bei ERIC HOMBURGER, Kommentar, a.a.O., S. 398, Rz. 4 zu Art. 37 und FN 6), nicht einer gewissen Berechtigung. Er wird einerseits aber dadurch relativiert, dass bereits die Kartellkommission - ohne dass das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung findet - ihr Verfahren so ausrichten kann, dass dem Departement ein möglichst geringer Aufwand erwächst. Der Kommission steht es beispielsweise frei, im Moment der Fristansetzung zur Stellungnahme nach Art. 32 Abs. 2 KG eine gewisse Akteneinsicht zu gewähren (vgl. PAUL RICHLI, Begutachtung, a.a.O., S. 84/85; PAUL RICHLI, Verfahrensfragen, a.a.O., S. 223/224; dagegen ANDRÉ GRISEL, a.a.O., S. 113), was zudem die Akzeptanzbereitschaft der Beteiligten erhöhen könnte.
Andererseits schliesst die grundsätzliche Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor dem Departement - wie zu zeigen sein wird (vgl. nachstehend E. 6) - die Berücksichtigung kartellrechtlicher Besonderheiten nicht schlechterdings aus. Das Verfahrensrecht verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des materiellen Rechtes (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, S. 17 ff.). Das Verfahren vor der Kartellkommission, zu dem die Beteiligten unter verschiedenen Gesichtspunkten beitragen (vgl. Art. 31 Abs. 1 und Abs. 4 KG), kann nicht ohne Einfluss auf dasjenige vor dem Departement bleiben. Das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren als Ganzes soll rechtsstaatlichen Minimalgarantien genügen, ohne dass seine Zweiteilung in ein kooperativ orientiertes Empfehlungs- sowie ein hoheitliches Verfügungsverfahren es verunmöglicht, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen (vgl. Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV) rasch und zweckmässig zu sanktionieren (Art. 37 Abs. 1 KG). Unter diesen Umständen dürfte es dem Departement möglich sein, auch ohne formelle Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes schon vor der Kartellkommission, zumindest im Dispositiv fristgerecht zu verfügen (ANDRÉ GRISEL, a.a.O., S. 117).

6. a) Der Kartellkommission kommt als verwaltungsunabhängiger Fachkommission bei der Realisierung des verwaltungsrechtlichen

Teiles des Kartellgesetzes zentrale Bedeutung zu (vgl. ERIC HOMBURGER, Kommentar, a.a.O., S. 283 ff.; LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, a.a.O., S. 611 ff.). Dies ergibt sich aus den Art. 20 ff. KG, welche Organisation, Aufgabe und Verfahren der Kartellkommission regeln, insbesondere aus Art. 27, wonach die Kommission zuhanden von Gerichten und Verwaltungsbehörden Gutachten erstattet. Obwohl diese den Richter oder die Behörde nicht zu binden vermögen, sind sie dennoch - auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - von Gewicht (vgl. BGE 109 II 262 E. 3d). Ist die Kartellkommission damit als Fachkommission für Wettbewerbsfragen anerkannt, erscheint es sinnvoll, und entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, wenn das Departement in der Regel seinen Entscheid auf ihren in Zusammenarbeit mit den Betroffenen (vgl. Art. 31 Abs. 4 KG) erarbeiteten Bericht abstützt. Dieser kommt einem Expertengutachten gleich und sollte grundsätzlich, was die Sachverhaltsfeststellung und die rechtliche Würdigung betrifft, aus sich selber heraus verständlich sein. Soweit der Bericht der Kartellkommission dieser Anforderung genügt, hat das Departement nach Art. 12 VwVG den Sachverhalt nicht noch einmal von Amtes wegen zu ermitteln, zumal die Beteiligten nach Art. 31 Abs. 4 KG bereits Gelegenheit hatten, sich vor der Kartellkommission dazu zu äussern, und Art. 33 Abs. 2 KG festhält, dass das Departement, falls es eine ergänzende Untersuchung als notwendig erachtet, wiederum die Kommission damit beauftragt. Es erschiene überdies widersprüchlich, die Kartellkommission in Art. 31 Abs. 2 KG zu ermächtigen, in analoger Anwendung der Art. 15-19 VwVG Beteiligte sowie Dritte als Zeugen zu vernehmen und Urkunden herauszuverlangen, wenn das Departement selber gehalten wäre, den Sachverhalt umfassend von Amtes wegen festzustellen. b) aa) Dem Departement obliegt aber, auf der Grundlage des Berichtes der Kartellkommission und der Vorbringen der Beteiligten (Art. 37 Abs. 1 Satz 2 KG), nach Art. 32 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 VwVG eine eigenständige Prüfungs- und Begründungspflicht. Nach Art. 37 Abs. 1 KG kann es, falls die Beteiligten die Empfehlungen nicht annehmen, auf Antrag der Kommission durch Verfügung die

erforderlichen Massnahmen anordnen. Damit liegt die Verantwortung für den behördlichen Entscheid, welcher die strittige Rechtsbeziehung in verbindlicher und erzwingbarer Weise regelt, beim Departement. Der Gesetzgeber wollte - wie erwähnt - mit dieser Übertragung der Verfügungsbefugnis eine

BGE 117 Ib 481 S. 492

Machtkonzentration bei der Kartellkommission verhindern und einer politischen Behörde im Hinblick auf die Koordination der Wettbewerbs- mit der übrigen schweizerischen Wirtschaftspolitik Entschliessungsermessen einräumen (vgl. BBl 1981 II 1364; Amtl.Bull. 1982 S 549, Votum von Bundesrat Honegger; zum Entschliessungsermessen vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, Rz. 348 f.). Diese beiden Ziele lassen sich aber nur verwirklichen, wenn das Departement sich nicht zum blossen Vollzugsorgan der Kartellkommission macht, sondern gestützt auf deren Vorarbeiten und die Vorbringen der Beteiligten eine eigenständige Würdigung vornimmt (vgl. LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, a.a.O., S. 731, I. Abs. 1 1.). bb) Kehrseite der Prüfungspflicht bildet die Begründungspflicht (Art. 35 VwVG; MARK E. VILLIGER, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, in: ZBl 90/1989 S. 137 ff.; insbesondere S. 160). Ob die Behörde ihrer Prüfungspflicht nachgekommen ist, ergibt sich in erster Linie aus der Begründung der Verfügung oder des Entscheides (ARTHUR HAEFLIGER, a.a.O., S. 147). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene sie gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt (BGE 112 Ia 110 mit Hinweisen). Die Begründung braucht nicht in der Verfügung selbst enthalten zu sein (BGE 113 II 205 E. 2), noch ist nötig, dass sich die Behörde mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. c) Die angefochtene Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 10. September 1990 wird weder der Prüfungs- (Art. 32 VwVG) noch der Begründungspflicht (Art. 35 VwVG) gerecht. aa) Sie hält lediglich standardisiert fest, "dass in casu der von der Kartellkommission ermittelte Sachverhalt, wie er aus dem Bericht Bankengewerbe hervorgeht, als erstellt gelten muss und von den Beteiligten heute auch nicht grundlegend bestritten ist, wobei den zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen gebührend Rechnung zu tragen ist, diese laut Kartellkommission aber

BGE 117 Ib 481 S. 493

am Ergebnis der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit nichts zu ändern vermögen". Das Departement gehe in seiner rechtlichen Würdigung "nicht ohne Not" von der Meinung der Kartellkommission ab. Die Beteiligten brächten nichts vor, was deren Beurteilung als "schlechterdings unhaltbar" erscheinen lasse; insbesondere könne es nicht darum gehen, die von der Kartellkommission gewählte Beurteilungsmethode (sog. Saldomethode) anderen möglichen Vorgehensweisen gegenüberzustellen. bb) Das Departement setzt sich damit in seiner Verfügung mit den zum Bericht gemachten Ausführungen der Beteiligten nicht auseinander (vgl. MARK E. VILLIGER, a.a.O., S. 153 Ziff. 24). Es ist ihr nicht zu entnehmen, weshalb die Vorinstanz diese Vorbringen als irrelevant bewertet und weshalb den beantragten Beweismitteln im Zusammenhang mit der Auflösung der Konvention IV keine Bedeutung zukommt. Ebensowenig setzt sich das Departement mit der Frage auseinander, weshalb trotz des bestehenden - und nach Angaben der Beschwerdeführerin durch die Anpassung vom 1. Januar 1990 erhöhten - Restwettbewerbs die Konvention IV volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigt. Wenn das Departement in diesem Punkt auch der der Beschwerdeführerin bekannten Auffassung der

Kommission folgt und deshalb an die Begründungspflicht weniger hohe Anforderungen zu stellen sind, hat es sich dennoch zumindest kurz mit den entsprechenden Parteivorbringen auseinanderzusetzen. Die Ansicht, es könne nicht darum gehen, die Saldo- anderen Beurteilungsmethoden gegenüberzustellen, überzeugt ebenfalls nicht. Der Gesetzgeber hat in Art. 29 Abs. 2 KG nach intensiver Beratung einen Kriterienkatalog erstellt, den die Kartellkommission bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit eines Kartelles oder einer ähnlichen Organisation berücksichtigen muss (vgl. ERIC HOMBURGER, Kommentar, a.a.O., S. 311 ff.; LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, a.a.O., S. 657 ff.). Soweit die Beteiligten im Verfahren vor dem Departement eine falsche Anwendung von Art. 29 KG durch die Kartellkommission geltend machen, hat sich das Departement mit der Auslegung dieser Bestimmung zu beschäftigen und kann sich nicht damit begnügen, auf die Ansicht der Kartellkommission zu verweisen.

7. Die Beschwerdeführerin verlangt weiter eine umfassende Akteneinsicht, d.h. im vorliegenden Fall die Möglichkeit, die schriftlichen (38 Schriftsätze) und mündlichen Befragungen

BGE 117 Ib 481 S. 494

(21 Hearings) der Beteiligten sowie die Protokolle der zwölf Expertengespräche konsultieren zu können. a) Ist das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das Verfahren vor dem Departement anwendbar, so besteht grundsätzlich in diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG). Dabei ist aber auch hier dem besonderen zweistufigen Charakter des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens - und damit dem Bericht der Kartellkommission, dem in der Regel bereits alle wesentlichen tatbestandsmässigen und rechtlichen Elemente entnommen werden können - Rechnung zu tragen. aa) Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG besteht ein Akteneinsichtsrecht in Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (lit. a), in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (lit. b) und in die Niederschriften eröffneter Verfügungen (lit. c). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme (vgl. die Randtitel zu Art. 26 f. VwVG). Nach Art. 27 Abs. 1 lit. a und b VwVG darf die Akteneinsicht zum Schutz "wesentlicher" öffentlicher und privater Interessen verweigert werden. Im Falle der Verweigerung der Einsichtnahme in ein Aktenstück darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG; BGE 115 V 300 E. 2c). Der Begriff des "wesentlichen Interesses" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der den Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt. Welches Interesse als wesentlich zu gelten hat, bestimmt sich nicht generell, sondern im konkreten Einzelfall (PETER SALADIN, a.a.O., S. 140, 16.231). Dabei kann dem Gebot der Anonymität von Zeugen, Informanten oder Experten, aber auch dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen beteiligter Unternehmungen Rechnung getragen werden (vgl. BGE 100 Ia 102 E. 5b; VPB 1983, Nr. 15; WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Diss. St. Gallen 1980, S. 176-195). bb) Die Anerkennung eines Akteneinsichtsrechts im Rahmen der Art. 26 ff. VwVG führt nicht dazu, dass das Departement sämtliche beantragten Unterlagen, die dem Bericht der Kartellkommission zugrunde liegen, auch einer Beurteilung nach Art. 27 VwVG zu unterziehen hätte. Die Akten der Kommission sind im Verfahren vor dem Departement nur insoweit beweisrelevant, als die Ausführungen und Würdigungen im Bericht selbst nicht

BGE 117 Ib 481 S. 495

nachvollzogen und kontrolliert werden können, eine sinnvolle Stellungnahme daher ohne Kenntnis der Berichtsgrundlagen nicht möglich erscheint. Die Beteiligten haben darzulegen, welche sachverhaltsmässigen und

tatbeständlichen Punkte des Berichtes sie inwiefern bestreiten, worauf das Departement die entsprechenden Unterlagen beiziehen und allenfalls zusätzliche Beweisanordnungen treffen kann. Erachtet es weitere Zeugeneinvernahmen als nötig, so gelten die Regeln von Art. 18 VwVG. Weder aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz noch aus Art. 4 BV erwächst den Beteiligten aber ein allgemeiner Anspruch darauf, zur rechtlichen Sachverhaltswürdigung besonders angehört zu werden (BGE 108 Ia 295), noch ein solcher, am verwaltungsinternen Entscheidfindungsverfahren teilzunehmen (BGE 101 Ia 311 E. a). b) Im vorliegenden Fall besteht ein Anspruch auf Akteneinsicht nur noch in - im Zusammenhang mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin oder im Rahmen der eigenständigen Prüfung des Departementes - relevant werdende Akten der Kartellkommission, welche die Konvention IV betreffen. Um welche Akten es sich konkret handelt und unter welchen Auflagen in diese Einsicht gewährt werden kann, hat das Departement bei seinem neuen Entscheid über den Antrag um Aufhebung der Konvention IV zu beurteilen. Dabei kann es der Tatsache Rechnung tragen, dass der Sachverhalt, wie ihn die Kartellkommission ihrer Würdigung zugrunde gelegt hat, von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an die Kommission am 30. August 1988 weitgehend anerkannt worden ist, wenn sie dort festhält, dass "im wesentlichen und in den meisten Einzelheiten" die Ausführungen auch aus ihrer Sicht zutreffen, und sie bezüglich der Konvention IV keine weiteren Bemerkungen anbringt; somit heute vor allem noch Fragen der rechtlichen Würdigung zur Diskussion stehen.

8. a) Die verschiedenen im vorliegenden Fall festgestellten Verletzungen des rechtlichen Gehörs könnten nach der Rechtsprechung nur geheilt werden, wenn dem Bundesgericht die gleiche Überprüfungsbefugnis wie dem Departement zustünde (BGE 114 Ia 314 E. 4a). Dies ist nicht der Fall, weil das Bundesgericht die Angemessenheit der Verfügung des Departementes nicht überprüfen kann (Art. 104 lit. c OG), diesem Entschliessungsermessen zusteht und es dem Gericht ohne rechtsgenügende Begründung der Verfügung überdies nicht möglich ist, die Frage einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens nach Art. 104 lit. a OG zu beurteilen. Unter diesen Umständen ist die Verfügung des

Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, soweit sie die heute noch strittige Konvention IV über einheitliche Gebührenrechnung für offene Depots betrifft, aufzuheben und im Sinne der Erwägungen gemäss Art. 114 Abs. 2 OG zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Departement wird dabei, soweit der Kostenpunkt unter Ziff. 5 der Verfügung die Konvention IV und die Beschwerdeführerin betrifft, auch über die Kosten neu zu befinden haben.