Urteilskopf

135 II 60

7. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Credit Suisse und Mitb. gegen Wettbewerbskommission (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_292/2008 vom 12. Dezember 2008

Regeste (de):
Art. 26-30, Art. 49a Abs. 1 und Abs. 3 lit. a sowie Art. 39 KG, Art. 25 VwVG; Gesuch um Erlass einer (Feststellungs-)Verfügung im Melde- und Widerspruchsverfahren bezüglich direkter kartellrechtlicher Sanktionen.

Das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG ist ein kartellrechtliches Sonderverfahren, das zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt; es soll als Vorverfahren sui generis den Betroffenen in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben (E. 2-3.2).

Zwar lässt Art. 25 Abs. 1 VwVG auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten zu, die auf einem sich erst zukünftig verwirklichenden Sachverhalt beruhen; die entsprechende Regelung findet im Verfahren von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG indessen keine Anwendung, soweit damit ein Entscheid im Sinne von Art. 30 KG vorweggenommen werden soll (E. 3.3).

Regeste (fr):
Art. 26-30, art. 49a al. 1 et al. 3 let. a et art. 39 LCart, art. 25 PA; demande de décision (de constatation) formée dans le cadre de la procédure d'annonce et d'opposition relative aux sanctions directes du droit des cartels.

La procédure d'annonce et d'opposition prévue à l'art. 49a al. 3 let. a LCart est une procédure spéciale du droit des cartels qui ne donne pas lieu à une décision indépendante sur la licéité du comportement annoncé sous l'angle de la concurrence; il s'agit d'une procédure préalable sui generis qui doit permettre aux personnes concernées d'évaluer elles-mêmes, en tenant compte de l'indétermination de la base légale, la licéité de la restriction à la concurrence annoncée (consid. 2-3.2).

L'art. 25 al. 1 PA autorise certes l'autorité à rendre des décisions de constatation ayant pour objet des droits et des obligations se rapportant à un état de fait futur; une telle possibilité n'a toutefois pas sa place dans la procédure prévue à l'art. 49a al. 3 let. a LCart lorsqu'elle conduit à préjuger de la décision à prendre en vertu de l'art. 30 LCart (consid. 3.3).

Regesto (it):
Art. 26-30, art. 49a cpv. 1 e cpv. 3 lett. a ed art. 39 LCart, art. 25 PA; richiesta tendente all'emanazione di una decisione (di accertamento) nell'ambito della procedura di annuncio e di opposizione concernente le sanzioni dirette del diritto sui cartelli.

La procedura di annuncio e di opposizione di cui all'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart è una procedura speciale del diritto sui cartelli che non porta a una decisione indipendente sulla liceità del comportamento annunciato, rilevante sotto il profilo della concorrenza; in quanto procedura preliminare sui generis essa dovrebbe permettere alle persone interessate di valutare esse stesse la liceità della limitazione della concorrenza annunciata, attraverso la concretizzazione della base legale formulata in maniera indeterminata (consid. 2-3.2).

È vero che l'art. 25 cpv. 1 PA ammette anche la possibilità di emanare decisioni di accertamento in merito

a diritti e obblighi riferiti a una fattispecie destinata a realizzarsi solo in futuro; una simile possibilità è tuttavia esclusa nell'ambito della procedura prevista dall'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart, nella misura in cui conduce a pregiudicare la decisione che dev'essere presa secondo l'art. 30 LCart (consid. 3.3).

Sachverhalt ab Seite 61

BGE 135 II 60 S. 61

Die Credit Suisse AG (CS), die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank planen, für inländische Maestro-Kartentransaktionen eine multilateral ausgehandelte Domestic Interchange Fee (DMIF) einzuführen. Am 30. Juli 2004 meldeten sie die vorgesehene Absprache im Namen aller an der DMIF beteiligten "Issuer" dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 49a Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]), worauf dieses am 15. September 2004 beschloss, eine Vorabklärung (Art. 26 KG) einzuleiten. In der Folge verzichteten die meldenden Unternehmen vorläufig darauf, ihre Abrede umzusetzen. Am 5. Dezember 2005 bezeichnete die Wettbewerbskommission die zwischen den "Issuern" und "Acquirern" im sachlich verwandten Markt für VISA- und MasterCard-Kreditkarten getroffene Absprache als Preisabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtige und aus Effizienzgründen nur insoweit gerechtfertigt werden könne, als dabei ausschliesslich die funktionsnotwendigen Netzwerkkosten berücksichtigt würden; sie genehmigte in diesem Sinn für vier Jahre eine angepasste, zwischen dem Sekretariat, den Kreditkartenherausgebern und den "Acquiring"-Unternehmen am 29. März

BGE 135 II 60 S. 62

2005 getroffene einvernehmliche Regelung (veröffentlicht in: Recht und Politik des Wettbewerbs [im Folgenden: RPW]2006/1 S. 65 ff.). Am 6. April 2006 forderten die Credit Suisse AG (CS), die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank den Präsidenten der Wettbewerbskommission bzw. deren Sekretariat auf, die Vorabklärung bezüglich der DMIF für Maestro-Transaktionen weiterzuführen und baldmöglichst mit einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei; eventuell sei das Verfahren durch eine Feststellungsverfügung der Kommission zu beenden. Am 10. Juli 2006 beschloss das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen des Schlussberichts seiner Vorabklärung (veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 601 ff.), "für den Fall, dass eine DMIF oder die internationale Fallback Interchange Fee für inländische Transaktionen eingeführt und das Gebührenmodell von Telekurs angepasst wird", eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen und zu gegebener Zeit hierfür um das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums zu ersuchen. Die Credit Suisse AG, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank beantragten am 8. Dezember 2006, es sei durch die Wettbewerbskommission festzustellen, dass sich die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen unter dem Kartellgesetz als zulässig erweise. Mit Verfügung vom 7. Mai 2007 (veröffentlicht in: RPW 2007/3 S. 478 ff.) trat die Wettbewerbskommission auf den Antrag nicht ein, was das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 29. Februar 2008 bestätigte. Das Bundesgericht weist die bei ihm hiergegen eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Verwaltungsrechtliche Entscheide der Wettbewerbskommission können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG [SR 172.32]bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; vgl. BGE 130 II 149 E. 1 [zum OG]). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die verfahrensrechtliche Frage, ob

BGE 135 II 60 S. 63

die Wettbewerbskommission zu Unrecht auf das Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten ist, im Anschluss an ihre Meldung eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung zu eröffnen bzw. sich im Rahmen einer Feststellungsverfügung zur materiellen Zulässigkeit der geplanten DMIF für Maestro-Transaktionen zu äussern. Der Antrag, die Wettbewerbskommission anzuweisen, die multilateral ausgehandelte Interchange Fee materiellrechtlich als zulässig zu erklären, geht hierüber hinaus und ist deshalb unzulässig (vgl. BGE 129 V 289 E. 3). Nachdem das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der Wettbewerbskommission, das Feststellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen nicht zu behandeln, geschützt hat, liegt kein materieller Entscheid vor, der hier überprüft werden könnte. Streitgegenstand bildet nur die Frage, ob die durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte Verfügung der Wettbewerbskommission, auf das (Feststellungs-)Gesuch der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten, vor Bundesrecht standhält.

2.

2.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann ein an einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten [harte Horizontalkartelle]) oder Abs. 4 KG (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz in Vertikalverträgen) beteiligtes Unternehmen oder ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einer Busse bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn "angemessen zu berücksichtigen", den das Unternehmen dadurch erzielt hat. Der Erlass von Art. 49a KG - und damit die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden sowie alle Formen des Marktmissbrauchs - bildet eine der zentralen Neuerungen der Revision des Kartellgesetzes von 2003 (in Kraft seit 1. April 2004). Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen; erst im Wiederholungsfall bzw. bei Verletzung einer Verfügung der WEKO waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig. Diese Regelung gilt heute für alle nicht in Art. 49a Abs. 1 KG genannten Verstösse gegen das Kartellgesetz und für jene Fälle des Art. 49a Abs. 1 KG fort, bei

BGE 135 II 60 S. 64

denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (statt vieler: CHRISTOPH TAG-

MANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 2 f.; JÜRG BORER, Kartellgesetz, 2005, N. 4 f. zu Art. 49a KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N. 1112-1114; WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz [...], in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 1 ff., dort S. 3 ff., 7 f., 11).

2.2 Die Sanktionsmöglichkeit ("Belastung") entfällt, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG). Wird ihm jedoch innert fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 KG mitgeteilt und hält es dennoch an der Wettbewerbsbeschränkung fest, kann es hierfür wiederum (direkt) sanktioniert werden (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG: "entfällt die Belastung nicht"; frz.: "... toutefois une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction"; ital.: "se nei cinque mesi dall'annuncio le viene comunicata l'apertura di una procedura secondo gli articoli 26-30, la sanzione non decade qualora l'impresa mantenga la limitazione").

2.3

2.3.1 Die Wettbewerbskommission und ihr nahestehende Autoren sowie das Bundesverwaltungsgericht gehen davon aus, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG nicht dazu dient, die materiellrechtliche Zulässigkeit einer wettbewerbsrelevanten Verhaltensweise definitiv zu klären; es soll - als Verfahren sui generis - vor direkten Sanktionen schützen, bis das Sekretariat der Wettbewerbskommission seine Bedenken (innert 5 Monaten seit der Meldung) durch die Eröffnung eines (ordentlichen) Kartellverfahrens (Vorabklärung [Art. 26 KG]oder Untersuchung [Art. 27 ff. KG]) kundgetan hat oder die entsprechende Frist unbenützt verstreichen liess. Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt, falls das gemeldete Vorhaben nicht umgesetzt oder nach dem Widerspruch nicht weitergeführt wird. Setzen die Betroffenen das Vorhaben trotz Widerspruchs bzw. Verfahrenseröffnung um oder fort, bleiben Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG möglich, falls sich im Untersuchungsverfahren ergibt, dass es sich tatsächlich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne

von Art. 49a Abs. 1 KG handelt; das meldende Unternehmen muss das damit verbundene Risiko selber abschätzen (TAGMANN, a.a.O., S. 5 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], 2005, N. 12.42; ZÄCH, a.a.O., N. 1136; PATRIK DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG][nachfolgend: Meldung], in: Kartellgesetzrevision 2003, a.a.O., S. 151 ff., dort S. 58 ff., 164 ff.; derselbe, Erste Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit den revidierten Bestimmungen - insbesondere mit der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, Jusletter 27. September 2004, Rz. 2 ff.). Wird innert 5 Monaten kein Verfahren eröffnet oder informiert das Sekretariat das meldende Unternehmen bereits vorher darüber, dass es hierauf verzichtet, ist der Meldende im Umfang des von ihm dargelegten Sachverhalts von der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG definitiv befreit; das schliesst indessen nicht aus, dass die Behörden zu einem späteren Zeitpunkt die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung wieder aufgreifen, überprüfen und materiell allenfalls anders beurteilen (Art. 26 ff. KG; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.43; ZÄCH, a.a.O., N. 1137; DUCREY, Meldung, a.a.O., S. 166). Die entlastende Mitteilung ("Comfort-Letter") oder der unbenutzte Fristablauf befreit somit von der direkten Sanktion, sagt jedoch nichts über die definitive Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des gemeldeten Verhaltens aus (ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 2004, N. 13 zu Art. 49a KG; DUCREY, Meldung, a.a.O., S. 166 f.; OLIVIER SCHALLER, Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée [art. 49a al. 3 let. a LCart], in: Kartellgesetzrevision 2003, a.a.O., S. 169 ff., dort S. 178 ff., 181).

2.3.2 Die Beschwerdeführerinnen und ein Teil der Doktrin beanstanden diese Sicht der Dinge als verfassungs- und gesetzwidrig: Sie gehen davon aus, dass die meldenden Unternehmen einen Anspruch auf einen definitiven Entscheid der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens - zumindest hinsichtlich der direkten Sanktionsfolgen - hätten. Sie leiten diesen Anspruch aus Art. 49a Abs. 3 KG in Verbindung mit Art. 26 und Art. 27-30 KG bzw. Art. 25 VwVG (SR 172.021) ab. Für sie ist das bisherige verfahrensrechtliche System um ein Vorverfahren ergänzt worden, das in sämtlichen Fällen definitiv Rechtssicherheit bezüglich des Risikos direkter Sanktionen bei einer Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweise schaffen will. Der Zweck der Meldung

bestehe gerade darin, dem meldenden Unternehmen Klarheit über die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens oder einer Wettbewerbsabrede zu verschaffen, ansonsten wettbewerbliche Verhaltensweisen, die sich allenfalls als gesetzlich zulässig und volkswirtschaftlich effizient erwiesen, nur verzögert oder gar nicht umgesetzt werden könnten (vgl. so PETER REINERT, in: Kartellgesetz, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2007, N. 33 zu Art. 49a KG; derselbe, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zäch [Hrsg.], 2006, S. 147 ff., dort S. 162 f.; CHRISTIAN BRAUCHLIN, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 33 ff.; IRENE KLAUER, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung?, sic! 9/2004 S. 709 ff.; RETO JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, Jusletter 27. September 2004, Rz. 4 ff., 34). Sie beabsichtigten - so die Beschwerdeführerinnen - nach wie vor, die Abrede bezüglich der Maestro-Interchange-Fee umzusetzen, falls sie sich als zulässig erweise, wovon sie überzeugt seien. Es könne ihnen nicht zugemutet werden, hierbei eine Busse in der Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags zu riskieren. Es lägen somit sämtliche Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung vor und die Wettbewerbskommission sei deshalb gehalten, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einzuleiten, ohne dass sie ihr Vorhaben mit dem entsprechenden Sanktionsrisiko zuerst umsetzen müssten. Dies ergebe sich sowohl aus einer historischen als auch einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG. Die Einwände der Vorinstanzen, dass nur bei einer erfolgten Umsetzung der Abrede deren Auswirkungen im Markt genügend sicher festgestellt werden könnten, überzeugten nicht. Das Bundesgericht habe der erhöhten Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte insofern Rechnung getragen, als diese nicht "strikt" nachgewiesen werden müssten, wo das der Sache nach nicht möglich sei; in entsprechenden Fällen genügten Annahmen und Hypothesen. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, wie die heute erhebbaren Marktanteile, Umsätze und Kosten bloss "hypothetisch" sein könnten.

3. Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen sind wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich; der angefochtene Entscheid verletzt indessen kein Bundes(verfassungs)recht:

3.1

3.1.1 Nach Art. 96 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Bestimmung schliesst partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ("selektive" per-se-

Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu. Ausschliesslich die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Konsequenzen von wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen und Absprachen sollen bekämpft werden (vgl. Art. 1 KG; RETO JACOBS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 13-22 zu Art. 96 BV mit weiteren Hinweisen; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Kommentar, 2007, N. 5 f. zu Art. 96 BV; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale [...], Aubert/Mahon [Hrsg.], 2003, N. 9 zu Art. 96 BV). Die Kartellaufsicht will die Wettbewerbsfunktionen und damit das Erreichen möglichst optimaler Marktergebnisse sichern (ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 1 KG; PATRIK DUCREY, Kartellrecht, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/Marbach/Ducrey [Hrsg.], 3. Aufl. 2008, N. 1238). Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten (vgl. Art. 5 Abs. 2 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 5).

3.1.2 Der Gesetzgeber hat mit der Vorabklärung (Art. 26 KG) und der Untersuchung (Art. 27-30 KG) spezialgesetzlich geregelte Verfahren geschaffen, in denen dies geprüft wird. In deren Rahmen steht den Wettbewerbsbehörden - auch hinsichtlich der Opportunität der Abklärungen - ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Die Vorabklärung hat "Triage"-Funktion; weder die an einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten oder an einer Absprache Beteiligten noch Dritte haben einen Anspruch darauf, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission tätig wird und eine Vorabklärung einleitet; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.11; BORER, a.a.O., N. 5 zu Art. 26 KG; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 1 zu Art. 26 KG; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems

und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 557; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 154 f.). Da die Eröffnung bzw. Nichteröffnung der Vorabklärung unmittelbar keine Rechte und Pflichten begründet, sondern nur eine Vorstufe zum Entscheid der Wettbewerbskommission darstellt, bildet sie keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (Frage noch offengelassen in BGE 130 II 521 ff.). Die Vorabklärung findet ihren Abschluss (a) mit der Einstellung des Verfahrens, (b) mit einer einvernehmlichen Regelung oder (c) mit dem Schlussbericht; weder dieser noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar. Da kein Rechtsanspruch auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens besteht, weil dieses in erster Linie das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Markt und nicht private Anliegen schützt (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.9, BGE 130 II 149 E. 2.4 S. 156), ist (auch) eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde in diesem Zusammenhang ausgeschlossen (DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., N. 1726; JOACHIM FRICK, in: Kartellgesetz, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2007, N. 2 f. zu Art. 27 KG; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 26 KG und N. 6 und 7 zu Art. 27 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.47; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., N. 3 zu Art. 27 KG; BILGER, a.a.O., S. 181; BENOÎT CARRON, in: Droit de la concurrence, Tercier/Bovet [Hrsg.], 2002, N. 14, 17 ff. zu Art. 26 KG).

3.1.3 Ein Feststellungsverfahren über die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit einer Verhaltensweise im Sinne von Art. 5 bzw. 7 KG ausserhalb des Untersuchungsverfahrens ist diesem System fremd: Stellt der Beschluss, eine Untersuchung zu eröffnen oder nicht, keine Verfügung dar, weil damit gegenüber den Betroffenen unmittelbar keine Rechtswirkungen verbunden sind, und besteht kein Anspruch auf die Einleitung einer Untersuchung, so liegt auch kein nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor; die spezifische Ausgestaltung des kartellrechtlichen Sonderverfahrens schliesst die Anwendung von Art. 25 VwVG auf diese Frage aus (vgl. MATTHIAS COURVOISIER, in: Kartellgesetz, Baker

& McKenzie [Hrsg.], 2007, N. 19 zu Art. 39 KG; BORER, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 39 KG; BILGER, a.a.O., S. 189 ff., 196). Die Vorabklärung und die Untersuchung enthalten verschiedene konsensorientierte Elemente (Art. 26 Abs. 2 bzw. Art. 29 KG; vgl. zum Kartellgesetz 1985: BGE 117 Ib 481 ff.); soweit diese nicht

BGE 135 II 60 S. 69

bzw. erst im Untersuchungsverfahren zum Tragen kommen, endet bloss das kartellrechtliche (Gesamt-)Verfahren mit einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, indem die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats "über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung" entscheidet. Erst im Untersuchungsverfahren, das - soweit nötig - allein in der Sache selber zu einem anfechtbaren verbindlichen Hoheitsakt führt, findet das VwVG (vollumfänglich) Anwendung, soweit dem nicht spezifische kartellrechtliche Regeln entgegenstehen; diese sind im Rahmen ihres wettbewerbsrechtlichen Zwecks indessen jeweils möglichst VwVG-konform auszulegen; zuvor gelten nur (aber immerhin) die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien (vgl. BGE 117 Ib 481 E. 5-8; BORER, a.a.O., N. 1 ff. und 12 ff. zu Art. 39 KG). Art. 25 VwVG bietet nicht Grundlage für einen (anfechtbaren) Entscheid, den die Ausgestaltung des spezifischen Verfahrensrechts (zivilrechtliches neben verwaltungsrechtlichem Kartellverfahren [vgl. zum Fusionsrecht: BGE 131 II 497 E. 5.5; zum Kartellrecht: BGE 130 II 521 E. 2.9, BGE 130 II 149 E. 2.4 S. 156]) gerade ausschliesst. Anfechtbar sind nur der Endentscheid der Wettbewerbskommission nach Art. 30 KG bzw. allfällige Zwischen- oder Teilentscheide im Untersuchungsverfahren nach den einschlägigen Verfahrensregeln, hingegen nicht die im Kartellgesetz enthaltenen spezifischen Verfahrensschritte auf dem Weg zu diesem.

3.2 Mit der Einführung von Art. 49a KG hat sich an dieser spezialgesetzlichen Verfahrensordnung grundsätzlich nichts geändert:

3.2.1 Im Vernehmlassungsverfahren war zwar die Verfassungsmässigkeit der Direktsanktionen umstritten, was das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement dazu veranlasste, ein Rechtsgutachten dazu einzuholen (RHINOW/GUROVITS, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3 S. 592 ff.). Dieses kam zum Schluss, dass die "immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung" mit Blick auf das "durch das Legalitätsprinzip gebotene Erfordernis der genügenden Bestimmtheit" durch geeignete verfahrensrechtliche Vorkehren zu mildern sei; die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG wäre "ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage" - so die Gutachter - "verfassungsrechtlich bedenklich". Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sehe jedoch vor, dass eine Sanktion bei unzulässigen

BGE 135 II 60 S. 70

Wettbewerbsbeschränkungen entfalle, wenn das Unternehmen diese freiwillig melde, bevor sie Wirkung entfalteten, was bewirke, "dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen" müssten; mit diesem Instrument hätten sie es in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen (RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612). Der Bundesrat hat diese Auffassung in seinem Entwurf weitgehend übernommen: Es sei mit seiner Gesetzesvorlage sichergestellt, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssten (BBl 2002 2039 f.).

3.2.2 Ziel der Regelung ist es damit zwar - wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen -, die Rechtssicherheit für die Betroffenen zu erhöhen; hieran hat die Ergänzung des Meldeverfahrens durch das Widerspruchsverfahren in den parlamentarischen Beratungen grundsätzlich nichts geändert (vgl. Protokoll der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 26./27. Februar 2003, S. 24 ff.; AB 2003 S 333 ff., N 832). Die beabsichtigte Konkretisierung der sanktionierbaren Tatbestände sollte jedoch nicht so weit gehen, dass im Melde- und Widerspruchsverfahren - allein wegen des Sanktionsrisikos - die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der umstrittenen, allenfalls nach dem Widerspruch eingestellten bzw. trotz Meldung nicht umgesetzten Massnahme in einem eigenen Verfahren definitiv festgestellt werden müsste: Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG entfällt die Belastung mit direkten Sanktionen bereits dann nicht mehr, wenn dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens gemäss den Artikeln 26-30 KG mitgeteilt wird und jenes an der Wettbewerbsbeschränkung dennoch "festhält". Der Bundesrat hat unterstrichen, dass die direkte Verwaltungssanktion "nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden" kann (BBl 2002 2034). Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass bereits die Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG in Abweichung vom kartellrechtlichen Verfahren zu einem rechtsmittelfähigen (Feststellungs-)Entscheid nach Art. 25 VwVG führen müsste, wäre in den Beratungen hierauf hingewiesen worden. Ziel der Melderegelung war es, den Unternehmen zu ermöglichen, "sofort und mit minimalem Aufwand" eine allfällige Rechtsunsicherheit beseitigen zu können (BBl 2002 2039 f., vgl. DUCREY, Meldung, S. 154; SCHALLER,

a.a.O., S. 179), nicht mit dem Melderecht ein eigenständiges, neues Verfahren zu schaffen, in dem die gleiche Frage geprüft wird, wie dies an sich erst aufgrund zusätzlicher Abklärungen im Untersuchungsverfahren definitiv möglich ist. Während die Gutachter RHINOW/GUROVITS - ohne sich jedoch mit dem bestehenden wettbewerbsrechtlichen Verfahrenssystem und der Doktrin bzw. der Praxis dazu vertieft auseinanderzusetzen - noch davon ausgingen, dass die Wettbewerbsbehörde die Unzulässigkeit der Abrede respektive Verhaltensweise "mit Verfügung festzustellen" habe, so dass der Rechtsweg geöffnet werde (RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 613), übernahm der Bundesrat diese Formulierung (gerade) nicht; er wies vielmehr darauf hin, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf Wunsch der beteiligten Unternehmen Zusammenarbeitsvorhaben "ohne besondere Förmlichkeiten" prüfen und den Unternehmen gegebenenfalls ausdrücklich mitteilen werde, "dass es aufgrund der eingereichten Unterlagen und Angaben keinen Anlass zum Einschreiten" sehe (BBl 2002 2039 f.; vgl. auch STOFFEL, a.a.O., S. 11 ff.).

3.2.3 Die im Gutachten RHINOW/GUROVITS geäusserten Bedenken bezogen sich auf die hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen, denen (auch) Strafcharakter zukommt. Leitet das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Vorabklärungsverfahren ein, das nicht eingestellt wird, sondern - wie hier - mit einem (detaillierten) Schlussbericht endet, der die Anhaltspunkte nennt, die für eine unzulässige und damit allenfalls direkt sanktionierbare Beschränkung des Wettbewerbs sprechen, verliert dieser Einwand weitgehend seine Berechtigung. Bei der parlamentarischen Neuformulierung von Art. 49a Abs. 3 KG ging es darum, Verhaltensweisen nicht sanktionsfrei zu lassen, bei denen nach einer ersten Prüfung durch das Sekretariat nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie wettbewerbswidrig sind, sollten sie weitergeführt, d.h. nicht sofort bis zum Abschluss der eingeleiteten kartellrechtlichen Verfahren eingestellt werden. Nicht jede Meldung schliesst somit die Möglichkeit direkter Sanktionen aus. Mit Blick auf die Offenheit der gesetzlichen Formulierungen wollte der Gesetzgeber die Unternehmen lediglich das Risiko einer allfälligen Rechtsunsicherheit nicht alleine tragen lassen, sondern das Sekretariat der Wettbewerbskommission in die Beurteilung bzw. Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen einbinden. Absolute Rechtssicherheit hinsichtlich allfälliger direkter Sanktionen sah er nur für den Fall vor, dass das Sekretariat nicht

fristgerecht reagiert oder vor Fristablauf einen "Comfort-Letter" ausstellt; hingegen nicht, falls der Betroffene nach der Meldung trotz des Widerspruchs der Behörde an der bereits praktizierten Beschränkung festhält oder - wie hier - in Kenntnis des Schlussberichts diese dennoch unverändert umsetzen will. Das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG konkretisiert die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können.

3.2.4 Das Bundesgericht hat sich in drei Entscheiden betreffend die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der Direktsanktionen denn auch bereits in diesem Sinn geäussert: Die Unternehmen hätten es mit dem Instrument der Meldung in der Hand, "dem Risiko einer direkten Sanktion in Fällen zu entgehen, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit ihres Verhaltens unsicher" sei. Im Unterschied zum Sanktionsausschluss nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG beziehe sich jener nach den Schlussbestimmungen nicht auf neue Sachverhalte, sondern auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Beeinträchtigungen würden einer Ordnung unterstellt, die "günstiger" sei als jene von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, weil der Ausschluss nicht durch eine Meldung, sondern auch durch die Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und grundsätzlich nicht wieder beseitigt werden könne. Der Gesetzgeber stelle an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss damit weniger hohe Anforderungen als an jenen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG. Trotz kleiner Unterschiede in der Ausgestaltung liege es nahe, "der Meldung gemäss Schlussbestimmung die gleiche Funktion einzuräumen wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG": Entscheidend für die Auslegung sei in beiden Fällen, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit verbunden sei, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Entsprechend dieser Funktion sei der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts (überhaupt) zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe für Verhaltensweisen nicht, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen

wüssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheine und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden könne; sie befänden sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG eröffneten (so das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5; vgl. auch die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006).

3.2.5 Aufgrund des Wortlauts von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, seines systematischen Zusammenhangs mit der Übergangsbestimmung und des Gesetzeszwecks ist auch im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, ob eine Unsicherheit bzw. eine verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit besteht, die nach einer Korrektur ruft. Gestützt auf den Schlussbericht des Sekretariats vom 10. Juli 2006 und den Ausgang des Parallelverfahrens betreffend die VISA- und MasterCard-Kreditkarten ist dies nicht der Fall. Wollen die Beschwerdeführerinnen ihre Abrede umsetzen, haben sie das Risiko zu tragen, dass sich die Einschätzung des Sekretariats im Untersuchungsverfahren erhärten könnte. Hierin liegt keine stossende Rechtsschutzlücke, steht es ihnen doch jederzeit frei, die Ausgestaltung der umstrittenen Abrede den Überlegungen des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission im Verfahren VISA und Master Card anzupassen und hernach im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG - ohne ein Sanktionsrisiko - ein neues Melde- und Widerspruchsverfahren einzuleiten.

3.3 Nichts anderes ergibt sich aus den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln und insbesondere aus Art. 25 VwVG:

3.3.1 Nach Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht hiervon abweicht. Art. 49a und Art. 26-30 KG sehen - wie dargelegt - eine eigenständige Verfahrensregelung vor, welche einen selbständigen Feststellungsentscheid über die Unzulässigkeit bzw. Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ausschliesst. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren einen Anspruch auf eine (definitive) Beurteilung durch die WEKO begründet, hätte er für das Wiederaufleben der Sanktionsdrohung nicht bereits die Mitteilung der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) genügen lassen, sondern direkt die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens verlangt (Art. 27 ff. KG). Die Frage, ob

ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, kann sinnvollerweise nicht im Rahmen eines Feststellungsverfahrens ohne die entsprechenden spezifischen Untersuchungsmöglichkeiten (vgl. etwa Art. 42 KG: Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen) beantwortet werden; ein Feststellungsanspruch gestützt auf Art. 25 VwVG würde die spezialgesetzliche Verfahrensregelung umgehen bzw. ihres Sinnes entleeren. Durch die Anerkennung eines solchen hätten es die Unternehmen in der Hand - selbst ohne Umsetzung ihres Vorhabens - über die Sanktionsproblematik weitgehend auf hypothetischen Grundlagen vorweg eine definitive Beurteilung in der Sache selber zu erwirken, was dem Kartellverfahrensrecht fremd ist. Verboten sind nicht Wettbewerbsabreden schlechthin, sondern allenfalls damit verbundene konkrete volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt; deren Erhebung und Gewichtung setzt voraus, dass die Absprache - zumindest vorübergehend - umgesetzt worden ist; nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission "über die zutreffenden [den Wettbewerb wiederherstellenden]Massnahmen", was sie vernünftigerweise nur tun kann, wenn die Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt eingetreten sind, so dass über deren Schädlichkeit für die definitive kartellrechtliche Beurteilung nicht nur - mehr oder weniger begründet - spekuliert werden kann.

3.3.2 Unter diesen Umständen muss an sich nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob das zur Begründung des Feststellungsanspruchs erforderliche schutzwürdige Interesse bei meldefähigen, aber unkomplizierten Vorhaben, wie das Bundesverwaltungsgericht annimmt, "ohne weiteres" verneint werden müsste, hingegen wegen der "wettbewerbspolitisch offenen Normierung" des Kartellgesetzes sowie der "Komplexität der geplanten DMIF" im vorliegenden Fall zu bejahen wäre. Bei klar unproblematischen Sachverhalten (etwa beim Bestehen einer Freistellungsregelung) dürfte das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG von vornherein kein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG einleiten bzw. bereits vor Ablauf der entsprechenden Frist eine "Unbedenklichkeitserklärung" ausstellen, womit eine nachträgliche direkte Strafsanktion entfällt und sich die Frage nach dem Erlass einer Feststellungsverfügung gar nicht (mehr) stellen dürfte; auch Dritte könnten mangels Parteistellung keine solche erwirken (Art. 43 KG; vgl. BGE 130 II 521 ff.). Gegenstand einer

Feststellungsverfügung kann zudem nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sachverhalts als solches bilden (ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, 1998, S. 229 ff., dort S. 237; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2008, N. 6 zu Art. 25 VwVG). Im kartellrechtlichen Verfahren sind Sachverhalt und rechtliche Konsequenz derart eng verknüpft, dass die Verfügung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Verhaltensweise gleichzeitig weitgehend (auch) die Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts beschlägt, wofür der Gesetzgeber gerade die wettbewerbsrechtlichen (Sonder-)Verfahren (Art. 26 ff. KG) geschaffen hat. Deren Eigenheiten schliessen die Anwendung von Art. 25 VwVG in Fällen aus, in denen - wie hier - über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung (definitiv) entschieden werden müsste. Diese Beurteilung kann ausschliesslich in den Verfahren nach den Art. 26 ff. KG erfolgen, was einem Feststellungsanspruch wegen dessen subsidiären Charakters entgegensteht (vgl. WEBER-DÜRLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 25 VwVG).

3.3.3 In diesem Sinn sind die Ausführungen der Vorinstanzen zu verstehen, dass keine "feststellungsfähige Einzelrechtsfrage" bzw. ein "dynamischer Prozess" vorliege, welcher dem Erlass einer Feststellungsverfügung entgegenstehe. In der Sache geht es um die Frage, ob und wieweit ein bestimmter künftiger Sachverhalt hinreichend konkretisiert ist, um darauf beruhende Rechte und Pflichten bereits verbindlich feststellen zu können (vgl. WEBER-DÜRLER, a.a.O., N. 3 zu Art. 25 VwVG). Zwar lässt Art. 25 Abs. 1 VwVG auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten zu, die auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen (vgl. BGE 98 Ib 457 E. 6b S.460; BGE 108 Ib 540 E. 3); hiervon ausgenommen sind indessen Gesuche, mit denen die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen sich - unter Umständen wiederholt - zu theoretischen Vorgehensvarianten äussern müssten, um der gesuchstellenden Person eine optimale Gestaltung ihrer Verhältnisse zu ermöglichen. Das Feststellungsinteresse ist in diesem Fall nur schutzwürdig, wenn es der Verwaltungsökonomie vorgeht (vgl. WEBER-DÜRLER, a.a.O., N. 18 zu Art. 25 VwVG; vgl. BGE 108 Ib 540 E. 3 S. 546). Dies ist hier nicht der Fall: Das kartellrechtliche (Gesamt-) Verfahren sieht die Möglichkeit des Abschlusses einvernehmlicher

Regelungen vor, in deren Rahmen zwischen den Behörden und den meldenden Unternehmen verhandelt werden kann; es ist für Optimierungsmöglichkeiten deshalb in erster Linie dieses zu durchlaufen. Im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG erhält der Betroffene eine Einschätzung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission, die es ihm erlaubt, seine Verhaltensweise so anzupassen, dass er keine direkten Sanktionen zu befürchten hat; allfällige Korrekturen kann er wiederum melden, womit er sich über das Widerspruchsverfahren bezüglich des Sanktionsrisikos jederzeit Klarheit verschaffen und im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse einen definitiven, anfechtbaren Entscheid der Wettbewerbsbehörden erwirken kann, falls er - trotz Widerspruchs - an seiner Verhaltensweise festhalten und diese definitiv umsetzen will. Es besteht deshalb keine Veranlassung, neben den kartellrechtlichen Verfahren einen eigenen Feststellungsanspruch in Bezug auf Rechte und Pflichten bezüglich eines hypothetischen, zukünftigen Sachverhalts anzuerkennen, zumal die Beschwerdeführerinnen am 6. April 2006 selber beantragt haben, das Verfahren "baldmöglichst" mit einer "einvernehmlichen Regelung" abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei, und sie damit zu erkennen gaben, dass sie die Abrede unter Umständen gar nicht in der ursprünglichen Form umzusetzen beabsichtigten. Sie können im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission jederzeit wieder ein entsprechend modifiziertes Vorhaben melden.

3.4 Zusammengefasst ergibt sich somit, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG ein kartellrechtliches Sonderverfahren darstellt, das nicht durch eine Verfügung abgeschlossen wird und zu

keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt. Das Widerspruchsverfahren dient in Ergänzung zur allgemeinen Beratungstätigkeit des Sekretariats (Art. 23 Abs. 2 KG) als Vorverfahren dazu, den Betroffenen eine erste Einschätzung der von ihnen geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen. Sie haben nach der Meldung ein Recht auf eine "angemessene Reaktion" der Wettbewerbsbehörden, andernfalls die (direkte) Sanktionsmöglichkeit entfällt; es besteht in diesem Verfahrensabschnitt indessen kein Anspruch auf eine abschliessende, abstrakte materielle Beurteilung der Abrede oder Verhaltensweise als solche (vgl. DUCREY, Meldung, a.a.O., S. 164; SCHALLER, a.a.O., S. 179 f.).

BGE 135 II 60 S. 77

Das Widerspruchsverfahren führt zu keiner definitiven Beurteilung des Sachverhalts; eine solche kann auch nicht über Art. 25 VwVG erzwungen werden, da ohne Umsetzung der Abrede der (künftige) Sachverhalt nicht hinreichend bestimmt erscheint, um die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bereits genügend sicher abschätzen zu können. Es ist praktisch unmöglich, die Rechtslage vor der Umsetzung der Wettbewerbsabrede vollumfänglich zu erfassen, wenn diese nur direkt sanktionierbar sein soll, falls sie tatsächlich sozial oder wirtschaftlich schädliche Auswirkungen im Markt nach sich zieht. Der institutionelle Widerspruch zwischen der gewünschten Rechtssicherheit einerseits und der präventiven Wirkung der direkten Sanktionen andererseits wird durch die Meldemöglichkeit zwar nicht behoben (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 8), aber auf ein verfassungsrechtlich tragbares Mass reduziert. Entscheidend ist die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 lit. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage. Teilt das betroffene Unternehmen dessen Einschätzung nicht, trägt es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetzt und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran zur gleichen Beurteilung kommen wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat.