

BGer 2A.59/2005 vom 22. August 2005

Bundesgericht, 2005-08-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.59_2005

FR: TF 2A.59/2005 du 22 août 2005

IT: TF 2A.59/2005 del 22 agosto 2005

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Erwägungen

E. 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.

E. 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.

E. 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).

E. 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.

E. 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 zurückliegendes 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.

E. 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 Wiederhandlungsfall 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.

E. 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.

E. 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 Volkswirtschaftsdepartementes 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).

E. 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.