

BGer 2C_934/2020 vom 23. September 2021

Bundesgericht, 2021-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_934_2020

FR: TF 2C_934/2020 du 23 septembre 2021

IT: TF 2C_934/2020 del 23 settembre 2021

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

E. 1.1

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts (Art. 83 BGG ; vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]) und richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG) und dort mit ihrem Antrag, die Auferlegung der Kosten für das vorläufige Prüfungsverfahren in der Höhe von Fr. 5'000.-- sei aufzuheben, nicht durchgedrungen.

E. 1.2

Nicht massgebend für die Beschwerdelegitimation ist der Umstand, dass die WEKO das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich erachtet hat und die Beschwerdeführerin diesbezüglich - mithin in ihrem Hauptanliegen - nicht beschwert ist. Die (materielle) Beschwer ergibt sich vorliegend aus der Kostenauflegung, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin zunächst bedingt, dass das Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 KG überhaupt gemeldet werden müsse. Bestünde keine Meldepflicht, dürfte die WEKO nach Ansicht der Beschwerdeführerin keine vorläufige Prüfung durchführen und die Gebühr von Fr. 5'000.-- wäre zu Unrecht auferlegt worden. Die Überprüfung der Kostenauflegung verlange daher nach einer vorfrageweisen Beurteilung der Meldepflicht (vgl. E. 1.3.4 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz bejaht in der vorliegenden Angelegenheit das Bestehen einer solchen Pflicht, weshalb das Sekretariat die Gebühr von Fr. 5'000.-- zu Recht erhoben habe (vgl. E. 2.29-2.48 des angefochtenen Urteils). Sowohl von der Kostenauflegung als auch vom Ergebnis der vorfrageweisen Beurteilung der Meldepflicht durch die Vorinstanz, die sich in der Gebührenerhebung niederschlägt, ist die Beschwerdeführerin daher in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt (Art. 89 Abs. 1 lit. b und lit. c BGG). Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert.

E. 1.3

Ob sie - in Anbetracht des ohne Vorbehalt genehmigten Zusammenschlussvorhabens - überdies an der (hauptfrageweisen) Klärung der mit der Meldepflicht verbundenen Fragen mit Blick auf künftige Zusammenschlussvorhaben ein schutzwürdiges Interesse hat, kann nach dem Gesagten offenbleiben (zum Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen

Rechtsschutzinteresses vgl. BGE 146 II 335 E. 1.3 ; 142 I 135 E. 1.3.1; 141 II 14 E. 4.4 i.f.). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

E. 2

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Seinem Urteil legt es den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

E. 3

Gegenstand der vorliegenden Angelegenheit ist die Auferlegung der Kosten in Form einer Pauschalgebühr in der Höhe von Fr. 5'000.-- für die vorläufige Prüfung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KG .

E. 3.1

Wird ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 9 KG gemeldet, entscheidet die Wettbewerbskommission - im Rahmen einer vorläufigen Prüfung -, ob eine (vertiefte) Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser (vertieften) Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (vgl. Art. 32 Abs. 1 KG). Art. 10 Abs. 1 KG bestimmt, dass meldepflichtige Zusammenschlüsse der (vertieften) Prüfung durch die Wettbewerbskommission unterliegen, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KG Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Gemäss Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühr zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) erhebt das Sekretariat für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG - statt der Gebühr nach Zeitaufwand (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV-KG) - eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.--.

E. 3.2

Art. 9 KG bestimmt, unter welchen Umständen ein Zusammenschluss von Unternehmen zu melden ist. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens Fr. 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens Fr. 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens Fr. 100 Mio. erzielten. Ungeachtet dieser umsatzbasierten Kriterien besteht die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aber auch dann, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

E. 4

In der vorliegenden Angelegenheit ist unbestritten, dass das Zusammenschlussvorhaben die Umsatzzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Umstritten ist indes, ob eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht. Vorerst ist zu prüfen, ob die Erhebung der Pauschalgebühr bedingt, dass eine Meldepflicht gemäss Art. 9 KG besteht, oder ob sie bloss die Meldung eines Unternehmenszusammenschlusses voraussetzt.

E. 4.1

Die

Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass die Erhebung der Pauschalgebühr von Fr. 5'000.-- gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG voraussetzt, dass eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 KG besteht. Ansonsten dürfe die WEKO keine vorläufige Prüfung vornehmen (vgl. auch E. 1.3.4 des angefochtenen Urteils). Demgegenüber machen das

Sekretariat und die

WEKO im Rahmen der Vernehmlassung geltend, gemäss Art. 32 Abs. 1 KG hätten sie von Gesetzes wegen eine vorläufige Prüfung vorzunehmen, wenn ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet werde. Eine solche Meldung habe die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen eingereicht. Die Pauschalgebühr von Fr. 5'000.-- werde gestützt auf Art. 4 Abs. 3 GebV-KG für diese vorläufige Prüfung erhoben und sei unabhängig davon geschuldet, ob eine Meldepflicht bestehe oder nicht. Das Kartellgesetz kenne kein eigenständiges Meldepflicht-Prüfungsverfahren. Diese Frage sei nach Einreichung einer Meldung im Rahmen der vorläufigen Prüfung zu klären. Alternativ könnten die betroffenen Personen die Frage der Meldepflicht dem Sekretariat im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG unterbreiten oder eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 VwVG verlangen.

E. 4.2

Aus der dargelegten gesetzlichen Regelung ist ersichtlich (vgl. E. 3.1 hiervor), dass die WEKO im Rahmen der vorläufigen Prüfung nach Art. 32 KG klärt, ob die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung im Sinne von Art. 33 KG vorliegen. Die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist folglich als zweistufiges Verfahren konzipiert.

E. 4.2.1

Auch aus der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (BBl 1995 I 468 ff.; nachfolgend: Botschaft KG 1995) ergibt sich, dass die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen in zwei Verfahrensstufen aufgeteilt ist. Im Rahmen einer Vorprüfung werden die Voraussetzungen für eine weitergehende Prüfung summarisch geklärt. Im eigentlichen Prüfungsverfahren findet, falls nötig, die vertiefte materielle Beurteilung der Frage statt, ob durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ein wirksamer Wettbewerb beseitigt würde (vgl. Botschaft KG 1995, S. 606). Der "präventive Charakter der Zusammenschlusskontrolle" macht es erforderlich, ein "rasches" Verfahren zur Verfügung zu stellen. Es sind deshalb für beide Verfahrensstadien klar definierte Fristen vorgesehen. In diesem Sinne eröffnet das Sekretariat nach Eingang der Meldung "unverzüglich" eine Vorprüfung und klärt ab, ob die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung erfüllt sind (Botschaft KG 1995, S. 607). In BGE 127 III 219 erzog das Bundesgericht aufgrund dieser gesetzlichen Konzeption, die Meldung eines Unternehmenszusammenschlusses "entraîne automatiquement l'ouverture de la procédure d'examen selon les art. 32 ss LCart" (BGE 127 III 219 E. 4c; vgl. auch

Ritschard/Spühler, Art. 32, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, N. 51).

E. 4.2.2

Der Gesetzgeber hat die Abgrenzung zwischen der (automatischen) vorläufigen Prüfung nach einer Meldung und der vertieften Prüfung (meldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben) in Art. 10 Abs. 1 KG weiter verdeutlicht. Gemäss dieser Bestimmung stellt der

meldepflichtige Zusammenschluss eine Voraussetzung dar, damit das Vorhaben im Rahmen einer vertieften Prüfung weiter beurteilt werden darf. Demgegenüber dient die vorläufige Prüfung sowohl der summarischen Beurteilung der Meldepflicht als auch der summarischen Abklärung von Anhaltspunkten, die auf eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hindeuten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Vorliegen der Meldepflicht demnach keine Voraussetzung für die Durchführung der vorläufigen Prüfung. Angesichts des Ausgeführten ist festzuhalten, dass die WEKO nach Einreichung einer Meldung von Gesetzes wegen eine vorläufige Prüfung durchführen muss. Die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens löst in der Folge unabhängig vom Bestehen einer Meldepflicht das Verfahren nach Art. 32 KG aus.

E. 4.3

Bei der Kostenauflegung im Kartellrecht gilt das Verursacherprinzip (vgl. Art. 2 GebV-KG).

E. 4.3.1

Art. 4 Abs. 3 GebV-KG sieht im Sinne dieses Prinzips vor, dass das Sekretariat für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.-- erhebt. Die Verordnungsbestimmung stützt sich auf eine hinreichend konkrete, formell-gesetzliche Grundlage und Delegationsnorm. Art. 53a Abs. 1 lit. b KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden Gebühren für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach den Art. 32-38 KG erheben, wobei der Bundesrat die Gebührensätze festlegt und die Gebührenerhebung regelt (vgl. Art. 53a Abs. 3 KG). Dass die Verordnungsbestimmung vom Grundsatz der Gebührenbemessung nach Zeitaufwand abweicht (vgl. Art. 53a Abs. 2 KG), ist im Lichte des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips nicht zu beanstanden (zu den Prinzipien vgl. BGE 143 I 227 E. 4.2.3 ; 123 I 254 E. 2b/aa). Der Betrag von Fr. 5'000.-- dürfte regelmässig überschritten werden, würde die Gebühr für die vorläufige Prüfung nach dem Zeitaufwand bemessen. Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen eine Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingereicht und damit eine vorläufige Prüfung verursacht hat, schuldet sie gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.--.

E. 4.3.2

Die Gebührenpflicht gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG wird überdies nicht vom Ausgang der vorläufigen Prüfung beeinflusst (vgl. auch Ritschard/Spühler, a.a.O., N. 105). Dies gilt unabhängig davon, ob die Monatsfrist gemäss Art. 32 Abs. 1 KG ohne Mitteilung abläuft, die WEKO die vorläufige Prüfung - wie vorliegend - mit einer Unbedenklichkeitserklärung abschliesst (vgl. Art. 16 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]) oder sie zum Schluss gelangt, dass

gar keine Meldepflicht besteht. Insofern hat die Beschwerdeführerin die Pauschalgebühr von Fr. 5'000.-- zu bezahlen, auch wenn eine Meldepflicht zu verneinen ist. Ob eine Meldepflicht besteht, kann deshalb offenbleiben.

E. 4.4

Nach dem Dargelegten hat das Sekretariat von der Beschwerdeführerin zu Recht eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.-- erhoben.

E. 5

Zu dem im vorinstanzlichen Verfahren von der Beschwerdeführerin geäusserten Bedenken, wonach das Fehlen eines eigenständigen Meldepflicht-Prüfungsverfahrens im Kartellgesetz eine gerichtliche Klärung und Konkretisierung der Meldepflicht - insbesondere jener nach Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. E. 3.2 hiervor) - erschwere und im Widerspruch zur Rechtsweggarantie von Art. 29a BV stehe (vgl. E. 1.1.1.9 ff. und E. 1.1.1.14 ff. des angefochtenen Urteils), ist Folgendes zu erwägen.

E. 5.1

Das Bestehen einer Meldepflicht ist - wie dargelegt (vgl. E. 4.2.2 hiervor) - keine Voraussetzung für die Durchführung einer vorläufigen Prüfung im Sinne von Art. 32 KG . Die vorläufige Prüfung dient nach dem gesetzgeberischen Willen lediglich einer summarischen Prüfung, ob eine Meldepflicht besteht, und ob sich Anhaltspunkte ergeben, wonach der meldepflichtige Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, ist eine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG einzuleiten (vgl. E. 4.2.1 hiervor; Art. 10 Abs. 1 KG). Das Ergebnis der vorläufigen Prüfung hat die WEKO mit der Beschlussbegründung vom 4. Februar 2016 der Beschwerdeführerin mitgeteilt und im Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016 festgehalten, dass sie den Zusammenschluss als unbedenklich erachte (vgl. Bst. A i.f. hiervor).

E. 5.2

Nach herrschender Lehre wird mit einer Unbedenklichkeitserklärung weder über die Meldepflicht noch über die Anhaltspunkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verbindlich und hoheitlich verfügt (vgl. Borer/Kostka, Art. 32, in: Amstutz/Mani [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 107; Bovet/Merkt, Art. 32 LCart, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 96, N. 99 und N. 102; Ritschard/Spühler, a.a.O., N. 87 und N. 90; zur Rechtsnatur der Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen vgl. Urteil 2A.535/2004 vom 14. Juni 2005 E. 4.2; zur höchstrichterlich ungeklärten Frage der Rechtsnatur des Beschlusses über die Einleitung einer vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG vgl. BGE 131 II 497 E. 4). Einzig über die Pauschalgebühr liegt, soweit diese wie vorliegend strittig ist, eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG vor (vgl. E. 1.1.1.27-1.1.1.44 des angefochtenen Urteils; Ritschard/Spühler, a.a.O., N. 90). Der von Art. 29a BV garantierte Rechtsweg setzt eine Rechtsstreitigkeit voraus, besteht nur im Rahmen der jeweils geltenden Verfahrensordnung und verbietet es nicht, die üblichen Sachurteilsvoraussetzungen vorzusehen (vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1; 139 II 185 E. 12.4). Wird im Rahmen der Unbedenklichkeitserklärung nicht über die Meldepflicht verfügt, fehlt es diesbezüglich sowohl an einer Rechtsstreitigkeit als auch am Anfechtungsobjekt. Es steht daher nicht im Widerspruch zu Art. 29a BV , wenn die Frage der Meldepflicht im Zuge des Rechtsmittelverfahrens gegen die Kostenauflegung gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG

ungeklärt bleibt.

E. 5.3

Darüber hinaus bestehen alternative Behelfe, um zu klären, ob ein Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG ist. Es steht den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen zunächst offen, die Frage der Meldepflicht dem Sekretariat im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG zu unterbreiten. Bei entsprechendem Feststellungsinteresse kann von der WEKO sodann verlangt werden, dass sie über das Bestehen der Meldepflicht eine anfechtbare Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 VwVG erlässt (vgl. Borer/Kostka, a.a.O., N. 107; Ritschard/Spühler, a.a.O., N. 90 i.f.; vgl. einschränkend auch BGE 135 II 60 E. 3.1.3). Ausserdem wird ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einem Betrag bis zu Fr. 1 Mio. belastet (vgl. Art. 51 Abs. 1 KG ; Verwaltungssanktion) und bei Vorsatz mit einer Busse bis zu Fr. 20'000.-- bestraft (vgl. Art. 55 KG ; Strafsanktion). Der objektive Tatbestand der Verwaltungs- und der Strafsanktion bedingt jeweils das Vorliegen einer Meldepflicht. Die Behörden haben daher darüber zu befinden, ob eine Meldepflicht nach Art. 9 KG vorliegt. Ihr Entscheid ist der gerichtlichen Überprüfung unter Berücksichtigung der Sachurteilsvoraussetzungen ohne Weiteres zugänglich.

E. 5.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Reichweite der Meldepflicht im Sinne von Art. 9 KG im Rahmen der vertieften Prüfung nach Art. 10 KG in Verbindung mit Art. 33 KG und der Beratung des Sekretariats gemäss Art. 23 Abs. 2 KG sowie im Verfahren gemäss Art. 25 VwVG geklärt werden kann. Demgegenüber ist die Klärung der Meldepflicht im Zuge der Überprüfung der Pauschalgebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG nicht erforderlich. Diesem Ergebnis steht nach dem Gesagten die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV nicht entgegen.

E. 6

Im Lichte des Dargelegten erübrigen sich weitergehende Ausführungen zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG . Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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