

BVGer B-2390/2008 vom 6. November 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2390_2008

FR: TAF B-2390/2008 du 6 novembre 2008

IT: TAF B-2390/2008 del 6 novembre 2008

Regeste

Kartelle

Erwägungen

E. 1

Das angefochtene Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 und die angefochtene Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 sind in der selben Untersuchung zu den Wettbewerbsverhältnissen bei der Terminierung von Anrufen auf die schweizerischen Mobilfunknetze ergangen. Beide richten sich an X. _____ als Adressatin. Wegen des engen Sachzusammenhangs, der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie rechtfertigt es sich, die Verfahren mit den Geschäfts-Nr. B-2390/2008 und B-4129/2008 zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden (vgl. Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273); Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 6. Februar 2004, RPW 2004/1 212 E. 1).

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat sind Vorinstanzen im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als anfechtbare Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG).

E. 2.1

Mit ihren Eingaben vom 14. und 21. April 2008 ficht die Beschwerdeführerin das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 an. Das Sekretariat der WEKO bezeichnete dieses Schreiben in seinem Brief an die Beschwerdeführerin vom 9. April 2008 bezüglich der Auskunftspflicht als verfahrensleitende Verfügung. Zum Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 hielt das Sekretariat in seiner Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 7. Mai 2008 fest, es sei fraglich, ob die erste Aufforderung zur Beantwortung des Fragebogens eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG sei. Typischerweise verschicke das Sekretariat nach einem ersten Auskunftsbegehren ein Mahnschreiben mit einer Nachfrist und stelle

gleichzeitig eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung für den Fall der Nichtbeantwortung des Fragebogens in Aussicht. Wegen des zweifelhaften Verfügungscharakters seines Schreibens vom 6. März 2008 stelle sich die Frage, ob auf die Beschwerdeergänzung vom 21. April 2008 überhaupt einzutreten sei. Diese Ergänzung bezieht sich allerdings ausdrücklich nicht nur auf das Schreiben des Sekretariates vom 6. März 2008, sondern ebenso auf dasjenige vom 7. April 2008. Beide Schriftstücke sind nach Ansicht der Beschwerdeführerin als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.

E. 2.1.1

Auf kartellgesetzliche Verfahren sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Als Verfügungen gelten nach Art. 5 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (lit. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (lit. b) sowie die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren (lit. c) zum Gegenstand haben. Auch Zwischenverfügungen gelten als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 erging auf Grund eines im Anschluss an das Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 am 20. März 2008 eingereichten Ersuchens der Beschwerdeführerin. Es hält ausdrücklich fest, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet sei und dass keine Gründe ersichtlich seien, welche dafür sprächen, die Frist zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 6. März 2008 auszusetzen. Demnach hat das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 die Feststellung des Bestehens, allenfalls die Begründung einer Pflicht im konkreten Fall zum Gegenstand und bildet damit eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Inhaltlich konkretisiert wird sie durch das Schreiben vom 6. März 2008 bzw. den diesem beigelegten Fragebogen. Da sie das Verfahren nicht abschliesst, stellt sie eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, die allerdings den formalen Anforderungen des Art. 35 VwVG nicht vollumfänglich genügt, insbesondere wegen des Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung. Der Beschwerdeführerin ist daraus jedoch kein Nachteil erwachsen (vgl. Art. 38 VwVG). Die Frage, ob es sich beim weder mit einer Androhung von Säumnisfolgen (Art. 23 VwVG) noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Schreiben vom 6. März 2008, mit dem das Sekretariat der WEKO die Beschwerdeführerin bat, den beigelegten Fragebogen bis am 18. April 2008 zu beantworten, um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

E. 2.1.2

Dass eine Gutheissung der Beschwerde vom 14. bzw. 21. April 2008 nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG), ist offensichtlich. Somit bleibt zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann. Dieser Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Vielmehr genügt ein bloss tatsächliches, wirtschaftliches Interesse, sofern es der Beschwerdeführerin bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 130 II 149 E. 1.1., 125 II 613 E. 2a, 120 Ib 97 E. 1c, 116 Ib 344 E. 1c; Urteile des Bundesgerichts 2C_86/2008 und 2C_87/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2). Die Beschwerdeführerin selbst macht keinen rechtlichen Nachteil geltend, und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Sie bringt jedoch

vor, beim LRIC-Modell handle es sich um eine überaus komplexe Berechnungsmethode, für welche eine Vielzahl von Daten und Kennzahlen benötigt werde, die nur mit einem grossen zeitlichen und finanziellen Aufwand zu erheben seien. Die Beantwortung des Fragebogens sei für sie daher mit einem finanziellen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden. Nach Auffassung des Sekretariats der WEKO ist es dagegen fraglich, ob ein einfaches Auskunftsbegehren überhaupt einen derartigen Nachteil bewirken kann. Der mit Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 6. März 2008 zugestellte Fragebogen beinhalte Auskünfte zu Kosten aus Geschäftsaktivitäten, also wichtigen betriebswirtschaftlichen Informationen. Die erfragten Kosten seien auch für die interne Analyse sowie insbesondere für die Bilanzierung von Bedeutung, weshalb sie wahrscheinlich bereits in der einen oder anderen Form betriebsintern vorhanden seien. Die Beschwerdeführerin substantiiert den behaupteten finanziellen und zeitlichen Aufwand nicht, der ihr durch die Beantwortung des Fragebogens entstehen soll (vgl. BGE 125 II 620 E. 2a, wonach die Beschwerdeführerin die Beweislast für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils trägt). Andere MFA beantworteten den gleichen Fragebogen, und sie taten dies laut Auskunft des Sekretariats der WEKO innerhalb der gesetzten Frist bzw. mit einmaliger Fristverlängerung bereits im April bzw. Mai 2008. Gegenstand des Fragebogens bilden betriebswirtschaftliche Informationen, welche auch bei der Beschwerdeführerin vorhanden und mit vertretbarem Aufwand abrufbar sein müssen. Vor diesem Hintergrund erscheint die unsubstantiierte Behauptung der Beschwerdeführerin nicht glaubwürdig. Die angefochtene Verfügung kann somit keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG bewirken; auf die Beschwerde vom 14. bzw. 21. April 2008 ist daher nicht einzutreten.

E. 2.2

Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2008 richtet sich gegen die Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008. Hierbei handelt es sich um eine (selbständig eröffnete) Zwischenverfügung im Sinne von Art. 18 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 VwVG. Auch eine Gutheissung der Beschwerde gegen diese Verfügung würde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG), weil nicht das Bundesverwaltungsgericht, sondern zunächst die WEKO über das Vorliegen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG befindet (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KG) und vorab die entsprechende, wenn auch eingeschränkte Untersuchung vom Sekretariat der WEKO weiterzuführen wäre. Die Beschwerde vom 19. Juni 2008 ist daher ebenfalls nur dann zulässig, wenn die Zwischenverfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann.

E. 2.2.1

Die Beschwerdeführerin erklärt, durch die angefochtene Verfügung drohe ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG. Sie beantragt, das Untersuchungsverfahren sei auf die Frage ihrer Marktstellung zu beschränken. Es dürfe nicht durch zielfremde und damit sinnlose Verfahrensschritte weiter aufgebläht werden. Mit der Gutheissung ihres Antrags könne im Sinne der Prozessökonomie über einen wichtigen Teilaspekt entschieden und das seit Jahren laufende Untersuchungsverfahren rasch zu einem Abschluss gebracht werden.

E. 2.2.2

Im angefochtenen Entscheid weist die WEKO sowohl den Antrag der Beschwerdeführerin zurück, vorab eine Verfügung über die Frage der Marktbeherrschung zu erlassen, als auch deren Begehren um Sistierung der Untersuchung hinsichtlich Kostenstruktur bzw. Höhe der Terminierungsgebühren. Die angefochtene Verfügung bewirkt somit nur, dass die Untersuchung im bisherigen Umfang weitergeführt und die Frage der Marktbeherrschung nicht vorgängig entschieden wird. Gegen einen Entscheid der WEKO (vgl. Art. 30 KG) wird bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offenstehen (Art. 33 lit. f VGG).

E. 2.2.3

Mit dem angefochtenen Entscheid ist somit weder ein materieller Entscheid verbunden, noch ein rechtlicher Nachteil, der auch mit einem zu Gunsten der Beschwerdeführerin lautenden Endentscheid nicht wieder gutgemacht werden könnte. Die Beschwerde zielt vielmehr einzig auf einen raschen Abschluss des Verfahrens durch vorgängige Entscheidung über einen Teilaspekt der kartellrechtlichen Untersuchung. An dieser Beurteilung ändern auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum LRIC-Modell nichts, zumal sie sich ebenfalls um den Untersuchungsaufwand drehen. Ausserdem ist es der Wettbewerbsbehörde unbenommen, amtshilfweise auf ein Modell des BAKOM zurückzugreifen, welches ihr die Bestimmung der Kosten für die Terminierung bzw. die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse ermöglicht. Dies gilt auch dann, wenn das entsprechende Modell in anderem Zusammenhang für die Preisfestsetzung verwendet wird, denn immerhin dient es als solches gerade der Berechnung derjenigen Kosten, die durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden. In Anbetracht dessen kann nicht gesagt werden, es entstehe nutzloser, unverhältnismässiger Aufwand, wenn die Untersuchung nicht auf die Frage der Marktstellung beschränkt werde. Auf die Beschwerde vom 19. Juni 2008 ist daher ebenfalls nicht einzutreten. Ob die Beschwerdeführerin sich auf ein genügendes tatsächliches Interesse an der Anfechtung berufen könnte, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

E. 3

Die durch Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2008 (Ziff. 7) im Verfahren Nr. B-2390/2008 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angeordnete Aussetzung der Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 wird mit dem vorliegenden Entscheid hinfällig. Das Sekretariat der WEKO kann somit das Auskunftsbegehren unter Einräumung einer angemessenen Nachfrist weiterverfolgen. Dem Antrag der Vorinstanzen, der Beschwerdeführerin sei durch das Bundesverwaltungsgericht zur Beantwortung des Fragebogens eine letztmalige unverlängerbare Frist von maximal 30 Tagen anzusetzen, ist unter diesen Umständen nicht zu folgen.

E. 4

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 5'000.- (Fr. 2'500.- im Verfahren Nr. B-2390/2008 und Fr. 2'500.- im Verfahren B-4129/2008) zu verrechnen.

E. 5

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Der WEKO bzw. ihrem

Sekretariat steht ebenfalls keine Entschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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