

# **BVGer B-3577/2008 vom 6. November 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3577\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3577_2008)

FR: TAF B-3577/2008 du 6 novembre 2008

IT: TAF B-3577/2008 del 6 novembre 2008

## **Regeste**

Kartelle

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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 ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als anfechtbare Verfügungen 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 Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen die (zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO erlassene) Verfügung des Sekretariats der WEKO vom 14. Mai 2008. Dabei handelt es sich um eine (selbständig eröffnete) Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG sowie Art. 23 Abs. 1 KG. Eine Gutheissung der Beschwerde würde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn die angefochtene Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO 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 schutzwürdiges 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, Urteile des Bundesgerichts 2C\_86/2008 und 2C\_87/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2, BGE 125 II 613 E. 2a, 120 Ib 97 E. 1c, 116 Ib 344 E. 1c).

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin erklärt, der nicht wieder gutzumachende Nachteil bestehe vorliegend darin, dass die Verweigerung der beantragten Sistierung und Fristerstreckung für sie in irreversibler Weise zu einem immensen, möglicherweise nutzlosen Verfahrensaufwand, zu einer erheblichen Bindung von Ressourcen, zu einer Rechtsunsicherheit infolge Festlegung eines in seiner Tragweite unklaren Referenzpreises,

zu einem Reputationsschaden und zur Schwächung der Verhandlungsposition gegenüber Dritten führen würde. Es gehe ihr nicht darum, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern, wie dies die Vorinstanz suggeriere, sondern auch um die Verhinderung weiterer nicht wieder gutzumachender Nachteile, die zum Teil ausserhalb des Verfahrens einträten. Die Verweigerung der beantragten Sistierung und der Fristerstreckung begründe überdies nicht bloss tatsächliche Nachteile, sondern auch einen Nachteil rechtlicher Natur. Im Zeitpunkt des Hauptentscheids wären das Sistierungs- und das Fristerstreckungsbegehren längst gegenstandslos, weil die Untersuchung bis dahin durchgeführt und die Frist zur Beantwortung des Fragebogens abgelaufen wäre.

### **E. 1.3**

Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur zeichnet sich dadurch aus, dass er durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C\_80/2008 vom 12. März 2008 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 1.3.1**

Aufgrund der angefochtenen Verfügung würde das Sekretariat der WEKO den zweiten Teil der Untersuchung 32-0158 fortsetzen, und die Beschwerdeführerin müsste zunächst einmal den Fragebogen vom 6. März 2008 beantworten. Die Durchführung kartellrechtlicher Untersuchungen ist nach Art. 23 Abs. 1 KG eine der Kernaufgaben des Sekretariats der WEKO. Zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts dient ihm unter anderem die Auskunftspflicht, welche Art. 40 KG für Beteiligte, marktmächtige Unternehmen und Dritte statuiert. Untersuchungshandlungen bzw. deren Ergebnisse - also insbesondere auch Auskunftserteilungen - lassen sich als solche naturgemäss nicht rückgängig machen. Sie beinhalten aber keine (abschliessende) juristische Würdigung der zu ermittelnden tatsächlichen Verhältnisse und bewirken damit keine (rechtlichen) Nachteile, die durch einen Endentscheid zu Gunsten der beschwerdeführenden Partei nicht behoben werden könnten.

#### **E. 1.3.2**

Auch die von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte "Rechtsunsicherheit infolge Festlegung eines in seiner Tragweite unklaren Referenzpreises" könnte, sofern sie überhaupt einträte, keinen Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bilden, weil sie im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens geklärt werden könnte.

### **E. 1.4**

Neben den soeben diskutierten rechtlichen macht die Beschwerdeführerin auch nicht wieder gutzumachende Nachteile tatsächlicher Art geltend, welche ihr durch die angefochtene Verfügung entstünden.

#### **E. 1.4.1**

Zunächst beruft sie sich auf einen "immensen, möglicherweise nutzlosen Verfahrensaufwand" und eine "erhebliche Bindung von Ressourcen". Im Rahmen der aktuellen fernmelderechtlichen Interkonktionsverfahren bewege sich ihr Aufwand für die Erarbeitung von brauchbarem Datenmaterial im Bereich von einigen Mannjahren (inklusive Instruktionstreffen mit der Behörde, Erstellung von mehreren hundert Seiten langen Dokumentationsmaterialien etc.). Die Beschwerdeführerin unterstellt damit, dass ihr die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 und allfällige zusätzliche Anordnungen

der Wettbewerbsbehörden einen ebenso grossen Aufwand bescheren könnten. Allerdings bezieht sich ihr Vergleichswert, wie sie selbst zu verstehen gibt, auf mehrere (Interkonnections-) Verfahren. Schon deshalb lässt er sich nicht einfach auf den vorliegenden Fall übertragen. Es deutet hier aber auch nichts darauf hin, dass nur annähernd ähnlich umfangreiche Dokumentationen erarbeitet oder Abklärungen getroffen werden müssten. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Auskunftserteilung durch andere MFA. Die Beschwerdeführerin räumt schliesslich selbst ein, dass lediglich "rund ein Viertel der verlangten Angaben" betriebsintern nicht vorhanden seien und noch eruiert werden müssten. Vor diesem Hintergrund erscheinen ihre Vorbringen zum drohenden Aufwand nicht plausibel. Hinzu kommt, dass sie auch potentiellen Aufwand geltend macht, welcher nicht ihr, sondern den Behörden oder Konkurrentinnen entstehen könnte. Insofern kann sie sich jedoch mangels materieller Beschwer nicht auf ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung berufen (vgl. BGE 125 II 612 E. 2a, BGE 120 Ib 100 E. 1c und BGE 116 Ib 347 E. 1c). Mit der beschränkten Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll im Sinne der Prozessökonomie sichergestellt werden, dass sich die Rechtsmittelinstanz in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen muss (BGE 116 Ib 347 E. 1c; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 511). Diese Regel würde aus den Angeln gehoben, wenn jeglicher Aufwand, den eine Zwischenverfügung bewirken kann, als nicht wieder gutzumachender Nachteil tatsächlicher Art zu betrachten wäre. Das Bundesgericht setzt denn auch entsprechende Leitplanken. Einerseits lässt es eine Anfechtung nicht zu, wenn der Beschwerdeführer lediglich eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens verhindern will (BGE 120 Ib 100 E. 1c). Andererseits anerkennt es nicht jedes tatsächliche bzw. wirtschaftliche Interesse als schutzwürdig (vgl. BGE 120 Ib 100 E. 1c; BGE 107 II 461 E. 4b). Im vorliegenden Fall ist kein schützenswertes Interesse im Sinne eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils, welcher aus der angefochtenen Verfügung erwachsen könnte, ersichtlich. Der Aufwand für die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 hält sich in vertretbaren Grenzen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Auskunftsbegehren dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderliefe. Ob mögliche weitere, durch Zwischenverfügung der Wettbewerbsbehörde angeordnete Untersuchungsmassnahmen einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen bzw. ein schützenswertes Anfechtungsinteresse begründen können, wird gegebenenfalls separat für die jeweilige Untersuchungshandlung zu prüfen sein. Im gegenwärtigen Zeitpunkt lässt sich aber noch nicht beurteilen, ob allfällige künftige, vorderhand hypothetische Anordnungen der Wettbewerbsbehörde überhaupt einen für eine Anfechtung genügenden Nachteil zu bewirken geeignet sein werden.

#### **E. 1.4.2**

Zum behaupteten Reputationsschaden und zur angeblichen Schwächung der Verhandlungsposition gegenüber Dritten ist zunächst einmal festzustellen, dass diese Vorbringen von der Beschwerdeführerin nicht mit Fakten untermauert werden. Wenn der erste Teil der Untersuchung beim Publikum tatsächlich den Eindruck erweckte, die Beschwerdeführerin verlange überhöhte Preise, hätte der Reputationsschaden bei Erlass der angefochtenen Verfügung bereits bestanden. Schon deshalb erscheint fraglich, ob diese überhaupt noch eine zusätzliche belastende Wirkung auf die Reputation entfalten könnte. Bereits bezüglich des ersten Teils der Untersuchung stand es der Beschwerdeführerin frei, ihre Sichtweise in der Öffentlichkeit darzulegen und allenfalls auf ergriffene Rechtsmittel

zu verweisen, um zu zeigen, dass noch keine rechtskräftigen Entscheide gefällt worden sind. Aber selbst wenn die angefochtene Verfügung geeignet wäre, ihrer Reputation (vorübergehend) abträglich zu sein, könnten entsprechende Nachteile jedenfalls durch einen zu ihren Gunsten lautenden Endentscheid wieder gutgemacht werden. Im gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen allerdings ohnehin keine Indizien dafür, dass die angefochtene Verfügung negative Publizität verursacht hätte. Mangels Veröffentlichung könnte sie dies auch gar nicht. Was sodann die Position der Beschwerdeführerin in Verhandlungen mit anderen Mobilfunk- und Festnetzanbietern über Terminierungsgebühren anbelangt, kann diese ebensowenig durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt werden. Letztere bewirkt nämlich nur, dass die Untersuchung nicht sistiert wird und die Vorinstanz an ihrem Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 festhält. Wenn mit dem zweiten Teil der Untersuchung effektiv eine Schwächung der Verhandlungsposition der Beschwerdeführerin einherginge, wäre dieser Nachteil schon in der Untersuchung bzw. ihrer Fortführung, wie sie den Parteien mit Brief des Sekretariats der WEKO vom 20. Dezember 2007 bekanntgegeben wurde, als solcher begründet, nicht jedoch in der Ablehnung einer Sistierung. Abgesehen davon ist in Erinnerung zu rufen, dass in dieser Sache noch kein rechtskräftiger Entscheid vorliegt, was den (potentiellen) Verhandlungspartnern der Beschwerdeführerin bekannt ist. Im Übrigen könnte die Beschwerdeführerin einen allfälligen Nachteil selbst beheben, indem sie sich zu einer entsprechenden Rückerstattung für den Fall bereiterklären würde, dass ein Entscheid wegen überhöhter Terminierungsgebühren gegen sie ergehen sollte.

#### **E. 1.5**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin betreffen der erste und der zweite Teil der Untersuchung 32-0158 nicht den gleichen Sachverhalt. Insbesondere beziehen sie sich auf unterschiedliche Zeiträume. Ausserdem machte die Beschwerdeführerin nach Angaben der Vorinstanz selbst geltend, dass das im ersten Teil der Untersuchung sanktionierte Verhalten schon lange nicht mehr praktiziert werde. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Vorinstanz den zweiten Teil der Untersuchung nicht weiterführen sollte. Dies gilt umso mehr, als sie zunächst einmal den Sachverhalt erstellen muss. Wenn die Beschwerdeführerin nun einen Konnex im Sinne präjudizierender Wirkung des ersten Teils der Untersuchung konstruiert, ruft sie damit den Eindruck hervor, sie tue dies, um ein Sistierungsbegehren zwecks Blockierung des zweiten Teils stellen zu können. Eine solche Motivation aber führt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu, dass selbst dann nicht auf eine Beschwerde gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung einzutreten ist, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (BGE 120 Ib 100 E. 1c).

#### **E. 1.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann und dass eine Gutheissung der Beschwerde auch nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

#### **E. 2**

Die mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juni 2008 (Ziff. 5) im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angeordnete Aussetzung der Frist zur Beantwortung

des Fragebogens vom 6. März 2008 wird mit dem vorliegenden Entscheid hinfällig, sodass die Vorinstanz ihr Auskunftsbegehren unter Einräumung einer angemessenen Nachfrist weiterverfolgen kann.

### **E. 3**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- zu verrechnen.

### **E. 4**

Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

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