

Beschwerdeentscheid

vom 18. März 2005

Es wirken mit: Francesco Brentani, Bernard Maitre, Margareta Lauterburg, Richter
Said Huber, juristischer Sekretär

In Sachen

1. X. AG,
(Beschwerdeführerin 1)

2. Y. AG,
(Beschwerdeführerin 2)

3. Z. AG,
(Beschwerdeführerin 3)

alle vertreten durch Fürsprecherin A.

(Verwaltungsbeschwerde vom 22. November 2004)

gegen

Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern
(Vorinstanz)
(Verfügung vom 8. November 2004)

betreffend

Feststellungsverfügung

hat sich ergeben:

- A. Am 16. Februar 2004 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung (BBl ...) gegen die X. AG und die V. AG (nach Absorption durch die W. AG und deren Umfirmierung, ab ...: Y. AG), um das (...)verhalten der Y. AG im Bereich (...) näher abzuklären, nachdem festgestellt worden war, dass (...).

Am 25. März 2004 teilte das Sekretariat der X. AG mit, der Gegenstand der laufenden Untersuchung sei mit Inkrafttreten der jüngst erfolgten Kartellgesetzrevisi-on am 1. April 2004 "neu direkt mit Sanktionen bedroht". Um solchen zu entgehen, könnten allfällige Wettbewerbsbeschränkungen während der laufenden Über-gangsfrist bis am 1. April 2005 aufgelöst oder, sofern diese nicht bereits bekannt seien, der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden.

Am 7. April 2004 reichte die X. AG im eigenen sowie im Namen der Y. AG und der Z. AG ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmungen" betitelttes Schreiben ein. Darin wurde festgehalten, diese Meldung beziehe sich auf (...), wobei nach Auffassung des Sekretariats (...) "angeblich eine unzulässige Verhaltensweise ei-nes marktbeherrschenden Unternehmens" seien. Der relevante Sachverhalt sei dem Sekretariat aus dem Verfahren (...) bekannt. Die vorliegende Meldung erfolge gestützt auf die Übergangsbestimmung, da das untersuchte Verhalten bereits vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes praktiziert worden sei. Somit seien nach der Übergangsbestimmung auch alle gestützt auf (...) bis heute abgeschlos-senen (oder inskünftig abzuschliessenden) Einzelverträge gemeldet, wobei weder die angebliche Marktbeherrschung noch die kartellrechtliche Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise anerkannt werde. Abschliessend ersuchte die X. AG das Sekretariat, diese Meldung entgegenzunehmen und zu bestätigen, dass "im Zusammenhang mit dem gemeldeten Sachverhalt" für die betroffenen drei Un-ternehmen eine Belastung nach Artikel 49a Absatz 1 des Kartellgesetzes entfalle.

Am 13. April 2004 teilte das Sekretariat der X. AG mit, das Schreiben vom 7. April 2004 sei im Lichte der Übergangsbestimmung keine "Meldung", da eine solche den Wettbewerbsbehörden bereits bekannte Sachverhalte nicht beinhalten könne.

Mit Gesuch vom 12. Mai 2004 stellten die X. AG, die Y. AG und die Z. AG, alle vertreten durch Fürsprecherin A., bei der Wettbewerbskommission folgende An-träge, um eine Feststellungsverfügung zu erwirken:

- "1. Über das vorliegende Gesuch sei möglichst schnell - spätestens bis am 1. Juli 2004 - zu entscheiden.
2. Eventualiter für den Fall, dass die Anträge 4 und/oder 5 abgewiesen wer-den oder dass auf die Anträge 4 und/oder 5 nicht eingetreten wird und der entsprechende rechtskräftige Entscheid den Gesuchstellerinnen erst nach

dem 1. Oktober 2004 zugestellt wird, sei den Gesuchstellerinnen eine Frist von 6 Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen.

3. Eventualiter für den Fall, dass über das vorliegende Gesuch nicht mit einer selbständig anfechtbaren Feststellungsverfügung entschieden wird, sei über das vorliegende Gesuch in der Form einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden.
4. Es sei mit einer selbständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht haben.
5. Es sei mit einer selbständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass den Gesuchstellerinnen für den mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt werden kann.

Alles unter Kostenfolge"

Nach mehreren Schriftenwechseln mit dem Sekretariat reichten die X. AG, die Y. AG und die Z. AG am 15. Oktober 2004 eine Rechtsverzögerungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein.

Mit Verfügung vom 8. November 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht ein, was das Beschwerdeverfahren betreffend Rechtsverzögerung gegenstandslos werden liess (vgl. Abschreibungsverfügung der REKO/WEF vom 19. November 2004, FB/2004-6).

Die Wettbewerbskommission führt im Nichteintretensentscheid aus, im Wesentlichen beantrage (...) die verfügungsmässige Feststellung, ihr Schreiben vom 7. April 2004 sei als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung zu qualifizieren, weshalb ihr für den gemeldeten Sachverhalt keine direkten Sanktionen auferlegt werden könnten. Angesichts der Entstehungsgeschichte der "Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003" soll die Meldung unter anderem die Abklärung ermöglichen, ob ein Sachverhalt wettbewerbsrechtlich problematisch und möglicherweise mit direkten Sanktionen bedroht sei. Eine Feststellungsverfügung sei indessen nur zu treffen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweise, das nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden könne. Feststellungsverfügungen seien subsidiär, weshalb für diese kein Raum bleibe, wenn im Untersuchungsverfahren eine gestaltende Verfügung ergehe. Gegenwärtig sei gegen die Beschwerdeführerinnen eine Untersuchung betreffend "..." hängig, die beim Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen durch ein "Leistungs-/Gestaltungsurteil" abgeschlossen werden könnte. Diesfalls wäre keine Feststellungsverfügung zu treffen, da auch eine allfällige Sanktionierung des unzulässigen Verhaltens mit Blick auf die aufgeworfene übergangsrechtliche Frage beurteilt werden müsste. Würde die Untersuchung hingegen eingestellt, fiel die hier interessierende Frage (betr. Meldung) mangels unzulässiger Verhaltensweise (und damit entfallender Sanktionierbarkeit) dahin. Des Weiteren anerkenne die Rekurs-

kommission für Wettbewerbsfragen im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen neben der Vorabklärung und der Untersuchung kein "streitiges Verfahren sui generis", weshalb die beantragte Feststellungsverfügung auch deshalb nicht erlassen werden könne. Überdies sehe die Schlussbestimmung des revidierten Kartellgesetzes kein "spezielles Verfahren" vor, in dem Rechtsfragen betreffend Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens mittels Verfügung beantwortet werden könnten. Ferner müssten nach Lehre und Rechtsprechung bei der Feststellung von erst inskünftig entstehenden Rechten und Pflichten, diese bereits im Feststellungszeitpunkt genügend konkret sein. Angesichts der Ungewissheit des Ausgangs der Untersuchung seien die allfälligen Rechte und Pflichten jetzt nicht ausreichend bestimmt, um eine Beurteilung der gestellten materiellen Begehren zu ermöglichen.

Schliesslich verwarf die Wettbewerbskommission die von den Gesuchstellerinnen vertretene Auslegung der fraglichen Schlussbestimmung. Dieser Norm zufolge könne der Gegenstand einer hängigen Untersuchung nicht mit sanktionsbefreiender Wirkung "gemeldet" werden. Die Möglichkeit gemäss der Übergangsbestimmung, bereits bestehende Abreden und sonstige Verhaltensweisen zu melden, erlaube es Unternehmen, ausserhalb eines hängigen Verfahrens Zweifel zur Rechtslage zu beseitigen und abklären zu lassen, ob ein Sachverhalt wettbewerbsrechtlich problematisch und gegebenenfalls direkt sanktionierbar sei. Kenne hingegen ein Unternehmen sein möglicherweise unzulässiges Verhalten, verdiene der Versuch, dies zu melden, keinen besonderen Schutz. Mit der kürzlich in Kraft getretenen Kartellgesetzrevision sei einzig eine neue Rechtsfolge (direkte Sanktionen) für bereits unter bisherigem Recht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt worden, ohne dass sich etwas an deren materiellrechtlichen Beurteilung geändert hätte.

B. Gegen diese Nichteintretensverfügung erhoben am 22. November 2004 die X. AG, die Y. AG sowie die Z. AG (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch Fürsprecherin A., Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. In formeller Hinsicht beantragen sie:

- "1. Über die vorliegende Beschwerde sei möglichst schnell - spätestens bis am 31. Januar 2005 - zu entscheiden.
2. Den Beschwerdeführerinnen sei - für den Fall, dass die materiellen Anträge abgewiesen werden sollten - eine Frist von mindestens sechs Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen."

In materieller Hinsicht stellen die Beschwerdeführerinnen folgende Begehren:

- "3. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 sei aufzuheben.

4. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht haben.
5. Es sei festzustellen, dass den Beschwerdeführerinnen für den mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt werden kann.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der WEKO."

In formeller Hinsicht führen die Beschwerdeführerinnen aus, auch wenn die angefochtene Verfügung nur die X. AG und die Y. AG erwähne, richte sie sich auch an die Z. AG, da diese ebenfalls das abschlägig beantwortete Gesuch eingereicht hatte. Ferner habe die Wettbewerbskommission mit dem Nichteintreten auf das Gesuch und der Ablehnung, einen Anspruch auf Feststellung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung anzuerkennen, ausserhalb des Untersuchungsverfahrens in der Sache entschieden und damit einen anfechtbaren Endentscheid getroffen. Denn mit der Meldemöglichkeit sei eine neue Verfahrensart eingeführt worden, die hinsichtlich des Sanktionsrisikos Rechtssicherheit schaffen soll, indem - im Unterschied zur Untersuchung, wo die kartellrechtliche Zulässigkeit des untersuchten Verhaltens zur Diskussion stehe - einzig zu prüfen sei, ob ihrer form- und fristgerecht erstatteten Meldung sanktionsbefreiende Wirkung zukomme. Dürfte dies nur im Rahmen einer Vorabklärung oder Untersuchung beurteilt werden, so wären meldende Unternehmen einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Denn es stehe im Ermessen der Wettbewerbskommission, solche Verfahren zu eröffnen, ohne dass Dritte darauf einen Anspruch hätten. Nur eine unabhängig davon zu erlassende Feststellungsverfügung vermöge Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit zu verschaffen. Auch die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesse ein solches Vorgehen nicht aus, da lediglich im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen andere Verfahrenstypen neben der Vorabklärung und der Untersuchung ausgeschlossen seien. Selbst wenn die angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung aufzufassen wäre, würde diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, da bei einer Ablehnung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung mit einer ausserordentlich hohen Busse zu rechnen wäre. Vermeidbar sei das Bussenrisiko nur bei vollständiger Änderung oder Einstellung des untersuchten Verhaltens vor dem 31. März 2005.

Angesichts des "enorm hohen Bussenrahmens" und der Berücksichtigung der Dauer von Wettbewerbsbeschränkungen bei der Bussenbemessung fordern die Beschwerdeführerinnen einen unverzüglichen Beschwerdeentscheid vor Ablauf der Übergangsfrist, da sie ansonsten bereits entscheiden müssten, ob sie ihr Verhalten angesichts drohender Sanktionen anpassen sollten, bevor über deren Legitimität rechtskräftig entschieden wäre. Angesichts des feststehenden Standpunktes der Wettbewerbskommission habe die Beschwerdeinstanz bei einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung von einer Rückweisung abzusehen und in der Sache selbst zu entscheiden.

Des Weiteren beklagen die Beschwerdeführerinnen, sie benötigten sechs Monate zur Verhaltensänderung, da Verträge aufgelöst und neu verhandelt werden müssten. Indessen verunmögliche die Rechtsverzögerung der Wettbewerbskommission einen rechtskräftigen Entscheid sechs Monate vor Ablauf der Übergangsfrist. Deswegen seien sie im Falle der Abweisung der materiellen Anträge im Lichte von Treu und Glauben und dem Verhältnismässigkeitsprinzip darauf angewiesen, dass ihnen eine Anpassungsfrist von mindestens sechs Monaten ab rechtskräftigem Entscheid eingeräumt werde, um ihr möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten aufgeben zu können.

Zur Sache machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die verweigernde Haltung der Wettbewerbskommission verletze Bundesrecht, da sie nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz Anspruch auf Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung hätten. Das dafür erforderliche schutzwürdige Interesse sei gegeben. Ohne Feststellungsverfügung würden sie Gefahr laufen, nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen. Die Wettbewerbskommission habe mit ihrer - dem klaren Wortlaut der Übergangsbestimmung widersprechenden - Auslegung eine grosse Rechtsunsicherheit geschaffen. Diese Auffassung zwinge sie, ihr Verhalten bis spätestens 31. März 2005 anzupassen, da sie sonst Gefahr liefen, eine hohe Busse bezahlen zu müssen. Angesichts der Rechtsunsicherheit wären sie gezwungen, einen zentralen Bereich ihrer Geschäftstätigkeit per 31. März 2005 grundlegend umzugestalten, obwohl sich im Rechtsmittelverfahren die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung vom 7. April 2004 zeigen könnte. Somit würden sie Gefahr laufen, grundlos eine nachteilige Umgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen. Gemäss Bundesgericht bestehe ein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung, wenn bei einer Fortsetzung des Verhaltens Strafen drohten. Ein analoger Sachverhalt sei auch hier gegeben, da die kartellgesetzlichen Sanktionen Strafcharakter hätten. Die Meldemöglichkeit sei das Instrument der Unternehmen, um betreffend Sanktionen Rechtssicherheit zu erhalten und solche zu vermeiden. Darauf ziele auch die eingereichte Meldung ab. Angesichts des hohen Bussenrahmens wäre es unzumutbar, eine entsprechende Verfügung abzuwarten und erst dann die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung gerichtlich überprüfen zu lassen, zumal eine allfällige Sanktion bei langer Dauer der Untersuchung erhöht würde. Ferner anerkenne die Wettbewerbskommission bei unklaren kartellrechtlichen Bestimmungen einen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung. Ein solcher werde auch von der Lehre bejaht, wenn eine Meldung nicht entgegengenommen werde oder ihr die sanktionsbefreiende Wirkung abgesprochen werde. Ferner erachten die Beschwerdeführerinnen ihr Interesse an einer Feststellungsverfügung als aktuell und unmittelbar. Denn bei einer allfälligen Aberkennung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung müssten sie umgehend mit Anpassungen beginnen, um wenigstens noch die Höhe einer möglichen Sanktion beeinflussen zu können. Ferner sei ihr Interesse auch konkret und individuell, indem nur in Bezug auf den gemeldeten Sachverhalt festzustellen sei, ob allenfalls unzulässiges Verhalten wegen der Meldung nicht sanktionierbar sei. Demgegenüber hätte die Auf-

fassung der Wettbewerbskommission, wonach die festzustellenden Rechte und Pflichten nicht hinreichend konkretisiert seien, die absurde Konsequenz, dass ein ausreichendes Feststellungsinteresse immer erst nach Verhängung einer Busse vorläge.

Auch die Subsidiarität der Feststellungsverfügung stehe hier einer solchen nicht entgegen, da die Untersuchung wie auch das Feststellungsverfahren getrennte Verfahren mit unterschiedlichem Gegenstand seien. In der Untersuchung sei die Frage der Zulässigkeit des untersuchten Verhaltens zu prüfen, im Feststellungsverfahren die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung. Eine Beurteilung dieser Frage erst bei Abschluss der Untersuchung zuzulassen, würde den mit der Meldung verfolgten Gesetzeszweck der Schaffung von Rechtssicherheit vereiteln, indem während Monaten oder gar Jahren Rechtsunsicherheit herrschen würde. Da auf Grund der Zeitverhältnisse ein Endentscheid in der Hauptsache bis 31. März 2005 kaum zu erwarten sei, könnten damit auch ihre schutzwürdigen Interessen nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden, wie dies die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraussetze. Ausserdem hätte die durch die drohenden Sanktionen erzwungene Anpassung des Verhaltens die Einstellung der Untersuchung wegen Gegenstandslosigkeit zur Folge, was eine rechtmittelmässige Prüfung der hier strittigen sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung verunmöglichen würde. Da selbst eine Einstellung der Untersuchung die Wettbewerbskommission nicht daran hindern würde, den gemeldeten Sachverhalt zum Gegenstand eines späteren Verfahrens zu machen, müsse unabhängig vom Ausgang der laufenden Untersuchung Klarheit bestehen, ob der gemeldete Sachverhalt inskünftig sanktioniert werden könnte.

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, die Auffassung in der angefochtenen Verfügung, wonach die strittige Meldung nicht sanktionsbefreiend sei, weil deren Gegenstand gegenwärtig untersucht werde, gehe von der unzutreffenden These aus, der Gesetzgeber habe die Meldemöglichkeit lediglich zur Klärung der Rechtslage ausserhalb hängiger Verfahren schaffen wollen. Vielmehr sei nach grammatikalischer Auslegung der Übergangsbestimmung nicht ersichtlich, weshalb nur der Wettbewerbskommission unbekannt Sachverhalte oder solche, die nicht Gegenstand eines laufenden Verfahrens seien, gemeldet werden könnten. Nach dem Wortlaut der Übergangsbestimmung seien Meldung und Auflösung gleichwertige Alternativen mit gleicher Rechtsfolge (Sanktionsbefreiung). Das von der Wettbewerbskommission postulierte Erfordernis der "Unbekanntheit" ergebe sich nicht aus der lexikalischen Bedeutung des Wortes "melden". Diese betone den förmlichen Charakter der Meldung, ohne dass deren Inhalt dem Empfänger unbekannt sein müsste. So lehne die herrschende Lehre die Auslegung der Wettbewerbskommission mehrheitlich ab. Mit dem Kriterium der "Unbekanntheit" würden jene Unternehmen, welche bisher ihre Wettbewerbsbeschränkungen hätten verheimlichen können, vor denjenigen privilegiert, welche der Wettbewerbskommission Auskunft erteilt hätten. Es sei kein gesetzgeberisches Versehen, dass nach dem klaren Wortlaut der Übergangsbestimmung alle Meldungen zugelassen

seien und daher bestehende Wettbewerbsbeschränkungen anders zu behandeln seien als neue.

Vom klaren Wortlaut dürfe nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn beispielsweise triftige Gründe zeigten, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Dies sei hier auch gemäss historischer Auslegung nicht der Fall. Die Gegenauffassung von Walter A. Stoffel, wonach der Gesetzgeber offensichtlich kein System habe erlassen wollen, das den Parteien erlauben würde, mit Hilfe einer einfachen Meldung ihr Verhalten den Sanktionen dauerhaft und ungeachtet der Rechtmässigkeit zu entziehen, sei durch Gesetzesmaterialien nicht belegt und missverständlich. Denn es werde unterstellt, Unternehmen könnten mit einer einfachen Meldung ihr kartellrechtswidriges Verhalten beliebig lange fortsetzen, was aber nicht zutrefte. Die Wettbewerbskommission könne das gemeldete Verhalten jederzeit (unter Umständen auch mit vorsorglichen Massnahmen) untersagen, wobei ein allfälliger Verstoss gegen dieses Verbot sanktionierbar wäre. Insofern könne kartellrechtswidriges Verhalten auch mit einer Meldung nicht der gesetzlichen Sanktionsordnung entzogen werden. Der Zweck der Übergangsbestimmung sei klar. Im Gegenzug zur Einführung der drastischen Sanktionen sollte zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für alle bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen werden, ohne aber in bestimmten Fällen nur deren Auflösung zuzulassen. So habe der Gesetzgeber die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate verlängert. Hätte der Gesetzgeber bekannte Sachverhalte oder laufende Verfahren vom Melderecht ausnehmen wollen, dann hätte er die Übergangsbestimmung ohne weiteres entsprechend präzisieren können. Auch der Verzicht auf Statuierung einer übergangsrechtlichen Sonderregelung für laufende Verfahren zeige, dass hier dieselbe Regelung wie für unbekannte Sachverhalte gelte. Ferner habe der Gesetzgeber für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kein Widerspruchsverfahren vorgesehen, was sachgerecht sei, da die Unternehmen ihre Investitionen getätigt hätten. Der Gesetzgeber habe es für unzumutbar gehalten, diese Unternehmen mit einem Widerspruchsverfahren einem Sanktionsrisiko auszusetzen. Die restriktive Auslegung der Wettbewerbskommission missachte den Willen des Gesetzgebers und zwinge sie (die Beschwerdeführerinnen) - angesichts der hohen Bussen - das untersuchte Verhalten aufzugeben, was faktisch einem Verbot gleichkomme.

Auch eine systematische, verfassungskonforme Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit müssten die Normadressaten die Möglichkeit haben, mit einer Meldung das Sanktionsrisiko zu beseitigen, um nicht angesichts der Sanktionsdrohung gezwungen zu sein, unverhältnismässige Anpassungen ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen. Indes verunmögliche das Kriterium der "Unbekanntheit" die verfassungsrechtlich gebotene Risikominimierung, was umso bedenklicher sei, als die Wettbewerbskommission alles, was Gegenstand formeller oder informeller Abklärungen gewesen sei, als bekannt erachte. Damit werde den Unternehmen eine der beiden gleichwertig zur Verfügung gestellt-

ten Alternativen zur Sanktionsbefreiung weggenommen, was die Aufgabe des möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltens nahe lege, obschon sich gewisse Punkte als zulässig erweisen könnten. Da der Gesetzgeber den Unternehmen habe ermöglichen wollen, für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen das Risiko direkter Sanktionen mit einer fristgerechten Meldung zu beseitigen, stelle die unterschiedliche Behandlung von bekannten und unbekanntem Sachverhalten eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, was den Rechtsgleichheitsgrundsatz verletze. Ausserdem wären nach diesem Grundsatz im Lichte des Zwecks des Kartellgesetzes auch Fälle gleich zu behandeln, von denen eine vergleichbare Gefahr für den Wettbewerb ausgehe. So sei der wirksame Wettbewerb bei Wettbewerbsbeschränkungen, welche der Wettbewerbskommission bekannt seien, nicht stärker gefährdet als bei noch unbekanntem. Da von letztgenanntem deutlich grössere Gefahren für den wirksamen Wettbewerb ausgingen, weil die Wettbewerbskommission nicht sofort handeln könne, verstiesse es gegen das Rechtsgleichheitsgebot, bereits bekannte Wettbewerbsbeschränkungen schlechter zu stellen. Angesichts der in vergangenen Jahren zahlreich durchgeführten (und in der Folge eingestellten) Marktbeobachtungen und Vorabklärungen müssten die davon betroffenen Unternehmen damit rechnen, dass der gleiche Sachverhalt später als kartellrechtswidrig beurteilt werden könnte. Deshalb bestünde ein legitimes Interesse, die Rechtsunsicherheit betreffend Sanktionen mit einer Meldung zu beseitigen.

Dieses Ergebnis werde auch von einer teleologischen Auslegung gestützt, welche der teleologischen Reduktion der Wettbewerbskommission entgegenstehe. Nach den Materialien bezwecke die Meldemöglichkeit die Schaffung von Rechtssicherheit und nicht die Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen. Dafür sei die Bonusregelung vorgesehen. Die Sanktionsbefreiung (als Rechtsfolge der Meldung) sei auch nicht eine Gegenleistung für die gelieferten Informationen, sondern das Mittel, um ausreichende Rechtssicherheit zu schaffen. Laut bundesrätlicher Botschaft solle mit der Meldemöglichkeit vermieden werden, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehleinschätzung ihres Verhaltens tragen müssten. Mit ihrem Vorgehen überlasse die Wettbewerbskommission die Beurteilung, ob mit einer Wettbewerbsbeschränkung ein Sanktionsrisiko verbunden sei, allein den Unternehmen. Ein solches Abschieben der Verantwortung auf die Unternehmen wie auch das damit verbundene Risiko einer Fehlbeurteilung sei aber gemäss Gutachten Rhinow/Gurovits verfassungswidrig. Genau dies habe der Gesetzgeber mit der Meldemöglichkeit verhindern wollen, denn das Kartellgesetz bezwecke den Schutz des wirksamen Wettbewerbs und nicht eine Sanktionierung von Unternehmen.

Werde folglich eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung während der Übergangsfrist gemeldet, entfalle deren Sanktionierbarkeit. Indessen könne man sich fragen, ob in laufenden Verfahren eine Meldung zur Sanktionsbefreiung überhaupt notwendig wäre oder ob diese nicht automatisch eintreten müsste.

- C. Am 20. Dezember 2004 liess sich die Wettbewerbskommission zur Verwaltungsbeschwerde mit dem Antrag vernehmen, diese abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz hält zu den Rügen der Beschwerdeführerinnen im Einzelnen fest, auf deren Gesuch sei nicht einzutreten gewesen, weil die hängige Untersuchung gegebenenfalls in eine Prüfung der direkten Sanktionierbarkeit des untersuchten Verhaltens münden könne und Feststellungsverfügungen subsidiär seien. Ferner sei die angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung hier mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht selbstständig anfechtbar. Denn gegenwärtig könne keine definitive Aussage über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des untersuchten Sachverhalts gemacht werden, weshalb auch nicht feststehe, ob gegenüber den Beschwerdeführerinnen überhaupt Sanktionen verhängt werden dürften. Angesichts dieser Ungewissheit könne die Frage der direkten Sanktionierbarkeit nicht in einem eigenständigen Verfahren beurteilt werden. Bereits deshalb sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Ferner sei nach dem anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetz eine gesetzliche Frist nicht verlängerbar, mithin könne die beantragte sechsmonatige Nachfrist "ab dem rechtskräftigen Entscheid zur Aufgabe des möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltens" nicht eingeräumt werden. Selbst wenn eine Nachfrist zulässig sein sollte, wäre sie nicht gerechtfertigt, nachdem die Beschwerdeführerinnen spätestens seit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 wissen (müssten), dass nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist gewisse unzulässige Verhaltensweisen direkt sanktionierbar seien. Seit diesem Zeitpunkt hätten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gehabt, ihr Verhalten anzupassen. Die Beschwerdeführerinnen seien am 13. April 2004 (wie auch in der angefochtenen Verfügung nochmals) informiert worden, dass eine Meldung mit sanktionsbefreiender Wirkung für hängige Verfahren ausgeschlossen sei und nur die rechtzeitige Auflösung des untersuchten Verhaltens die Gefahr von Sanktionen abwenden könne.

Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, erwiese sich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen als unhaltbar. Die hier zur Diskussion stehende Meldung gemäss Übergangsbestimmung (für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen) sei von der Meldung von geplanten (noch keine Wirkungen entfaltenden) Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Widerspruchsverfahren unterstehen, zu unterscheiden. Die untersuchten Praktiken der Beschwerdeführerinnen hätten sich vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes zugetragen und seien, weil sie noch andauerten, als Dauersachverhalt einer unechten Rückwirkung zugänglich. Insofern gelte die neue Sanktionsregelung ab Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen und damit auch für Unternehmen, gegen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens eine kartellrechtliche Untersuchung hängig sei. Daran ändere die Übergangsbestimmung nichts. Nach deren Sinn und Zweck sei nicht einzusehen, weshalb ein Unternehmen, gegen das eine Untersuchung laufe, lediglich gestützt auf eine förmliche Mitteilung ("Meldung") des bereits bekannten Sachverhalts, aber

ohne anderweitige Leistung, von der direkten Sanktionierbarkeit befreit werden sollte. Da eine solche Meldung ohne nennenswerten Aufwand erbracht werden könne, beziehungsweise ein Beharren auf einer solchen Meldung überspitzt formalistisch wäre, wären sämtliche Unternehmen, gegen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der jüngsten Kartellgesetzrevision kartellrechtlich ermittelt werde, von direkten Sanktionen ausgenommen. Dies jedoch habe der Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Vielmehr sei diesfalls zu fordern, dass die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen bis 31. März 2005 aufgelöst werden und danach die kartellgesetzlich vorgesehene Sanktionsordnung greife. Mit "Auflösung" sei die Herstellung von Wettbewerbskonformität gemeint. Wie diese jeweils konkret zu erreichen sei, hätten die betroffenen Unternehmen im Rahmen einer Risikoanalyse und Risikoabwägung grundsätzlich selbst - oder nach Rücksprache mit den Wettbewerbsbehörden - zu entscheiden. Unabhängig davon, ob ein Unternehmen von einem kartellrechtlichen Verfahren betroffen sei, müsse es das Risiko, sich allenfalls unzulässig zu verhalten und dafür mit Sanktionen belegt zu werden, selbst tragen. Das gelte auch für die Beschwerdeführerinnen. Deshalb müssten sie die Verantwortung für ihre Schritte auch selbst übernehmen, da sie in Kenntnis der Marktverhältnisse beurteilen könnten, ob ihr Verhalten wettbewerbskonform sei. Auch die Übergangsbestimmung könne hier keine absolute Rechtssicherheit schaffen. Da die kartellrechtliche Beurteilung stets eine eingehende Prüfung des Sachverhalts voraussetze, sei die materielle Rechtslage im Zeitpunkt einer "Meldung" nie klar. Was als "bekannt" anzusehen sei, brauche hier nicht abschliessend beurteilt zu werden, da der gemeldete Sachverhalt als Gegenstand einer Untersuchung zweifellos bekannt sei. Würde eine Untersuchung eingestellt, wären die Parteien hinsichtlich des Sachverhalts in ihrem Vertrauen in das behördliche Verhalten zu schützen. Folglich würde ohne Änderung des Sachverhalts kein neues Verfahren eröffnet, weshalb sich insofern die Frage direkter Sanktionen nicht stellen könnte.

Die Beschwerdeführerinnen, welche um die Verschärfung der Gesetzesordnung ab 1. April 2004 gewusst und keine anders lautenden Zusagen der Wettbewerbsbehörde erhalten hätten, könnten aus der Übergangsbestimmung kein "wohlerworbenes Recht" ableiten, von direkten Sanktionen dauerhaft befreit zu sein. Schliesslich habe ihre Auslegung der Übergangsbestimmung keine unzulässigen Rechtsungleichheiten zur Folge. Die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden läge allgemein im Interesse der Unternehmen, auch wenn diese gesetzlich zur Auskunft verpflichtet seien. Dennoch hätten bis zum Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kaum jemals durch Hinweise von daran beteiligten Unternehmen aufgedeckt werden können. Auch im vorliegenden Fall hätten die Beschwerdeführerinnen von sich aus nichts zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung beigetragen. In der Regel hätten die Behörden von Wettbewerbsbeschränkungen entweder nach eigenen Interventionen oder durch Anzeigen Dritter erfahren. Wer Wettbewerbsbeschränkungen "verheimliche", trage das Risiko und die Konsequenzen einer Aufdeckung. Inwiefern kooperationswillige gegenüber nicht kooperationswilligen Unternehmen ungleich behan-

delt werden, sei nicht ersichtlich. Vielmehr würden unter vergleichbaren Umständen alle Unternehmen gleich behandelt.

- D. Mit Schreiben vom 31. Januar 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die vorstehend genannten und weitere Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Nichteintretensentscheid der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 lit. c). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in Erw. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung. Sie sind somit nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. nachfolgende Erw. 3.1).

Die Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 21, 50 und Art. 52 Absatz 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. zu den Eintretensvoraussetzungen auch: BGE 129 V 289 E. 3.3, mit weiteren Hinweisen).

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251; Art. 1) bezweckt, volkswirtschaftlich

oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Nach Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Nach Absatz 3 von Artikel 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

Nach Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Nach dessen Absatz 2 fallen als solche Verhaltensweisen insbesondere in Betracht: (a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre); (b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; (d) die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (e) die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; (f) die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG).

Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. Art. 26 KG).

Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet

auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Artikel 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Absatz 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG; sog. "Bonusregelung").

Nach Absatz 3 von Artikel 49a KG entfällt diese Belastung insbesondere, wenn:

"a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;"

Nach der "Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003" (AS 2004 1389; nachfolgend: Schlussbestimmung) entfällt eine Belastung nach Artikel 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Bestimmung gemeldet oder aufgelöst wird.

3. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zur Frage haben, ob ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstellt (mit der Folge, dass eine Belastung mit Sanktionen nach Artikel 49a KG entfallen würde).

Wäre die Vorinstanz auf die Anträge der Beschwerdeführerinnen zu Unrecht nicht eingetreten, wäre die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und entweder die Sache zum Erlass einer Feststellungsverfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen oder aber durch einen Feststellungsentscheid der Beschwerdeinstanz zu ersetzen. Andernfalls wäre die Beschwerde abzuweisen (vgl. BGE 129 V 289 E. 3 ff.; Art. 61 Abs. 1 VwVG).

- 3.1. Im vorliegenden Fall verneint die Wettbewerbskommission nicht nur das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerinnen am nachgesuchten Feststellungsentscheid, sondern sie erachtet sich angesichts der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als nicht berechtigt, die strittige Rechtsfrage im Rahmen einer Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG mit einer Feststellungsverfügung zu klären. Die Vorinstanz ist der Meinung, die anwendbare Schlussbestimmung sehe kein "spezielles Verfahren" vor, um Rechtsfragen betreffend Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens verfügungsweise zu beantworten.

Die Vorinstanz übersieht jedoch, dass nach Artikel 25 Absatz 1 VwVG die *in der Sache zuständige Behörde* über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten *von Amtes wegen* oder *auf Begehren* eine Feststellungsverfügung treffen kann. Nach herrschender Meinung darf die zuständige Behörde unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung in ihrem Kompetenzbereich feststellende Verfügungen erlassen (BGE 121 II 473 E. 3; 108 Ib 540 E. 4; BGE v. 6. 11. 1998 E. 3a, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff.; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 295, mit weiteren Verweisen; vgl. für den Bereich des Kartellrechts: Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren, in: SIWR V/2, Basel / Genf / München 2000, S. 437, insbes. 478 ff.; Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 188 ff., insbes. S. 190 ff.).

Im Unterschied zu den im KG abschliessend vorgesehenen Verfahren, welche der *Untersuchung* von Wettbewerbsbeschränkungen dienen (Art. 26 ff. KG), ist Gegenstand des hier strittigen *Feststellungsverfahrens* nicht die Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, sondern einzig die Frage, ob ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung darstellt (vgl. Beschwerdeantrag 4), die nach Artikel 49a KG Sanktionen entfallen liesse. Diese Fragestellung wäre bei gegebenem *Feststellungsinteresse* grundsätzlich feststellungsfähig (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG, vgl. nachfolgende Erw. 3.2 ff.). Das im Beschwerdeantrag 5 formulierte Begehren stellt die gesetzliche Folge einer allfälligen Feststellungsverfügung zum Antrag 4 dar und könnte nur insofern eine selbstständige Bedeutung haben (und damit auch die selbstständige Bedeutung des Beschwerdeantrags 4 verdrängen), als eine *unbedingte* und *dauerhafte* Sanktionsbefreiung zwischen den Parteien strittig wäre. Indessen will die Vorinstanz bereits das Schreiben vom 7. April 2004 nicht als Meldung im Sinne der Schlussbestimmung gelten lassen, weshalb sie sich zur Frage der Dauer einer allfälligen Sanktionsbefreiung (bzw. eines allfälligen "Wiederauflebens" der Sanktionierbarkeit) nicht ausgesprochen hat. Somit steht hier der Beschwerdeantrag 4 im Vordergrund (vgl. zu Ziffer 5 der Rechtsbegehren auch Erw. 4.9 hiernach).

Angesichts der unterschiedlichen Fragestellung und Tragweite eines allfälligen Feststellungsverfahrens steht die Rechtsprechung der Rekurskommission für

Wettbewerbsfragen (vgl. REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.2, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625; vgl. auch: Hans-Ueli Vogt, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 7/99, S. 837 ff.) einem solchen nicht von vorneherein entgegen, sofern die Voraussetzungen von Artikel 25 VwVG erfüllt sind (vgl. insbesondere: Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 229 ff., insbes. S. 242; Urs Gueng, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 67/1971, S. 369 ff.).

Schliesslich stellt die angefochtene Verfügung entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Zwischenverfügung gemäss Artikel 45 VwVG dar, da sie in einem eigenständigen Verfahren gestützt auf Artikel 25 VwVG erlassen wurde und auch keinen Schritt auf dem Weg zur Erledigung der gegenwärtig hängigen Untersuchung darstellt, wie dies bei Zwischenverfügungen (z. B. Anordnungen über den Ausstand, Beweismassnahmen, vorsorglichen Massnahmen, unentgeltliche Rechtspflege oder Akteneinsicht) der Fall wäre (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 189, Rz. 981; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 140 f.).

- 3.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt das in Artikel 25 VwVG vorgesehene Instrument der Feststellungsverfügung, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine *Rechtslage* zu erteilen (BGE 129 III 503 E. 3.5, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Von Stellungnahmen und einfachen behördlichen Auskünften, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes Rechtsfolgen gegenüber Behörden auslösen, unterscheidet sich die Feststellungsverfügung dadurch, dass sie als förmliche Verfügung *auf dem Rechtsmittelweg angefochten* werden kann und die erlassende Behörde bindet, sofern sie einer gestaltenden Verfügung vorausgeht (BGE 129 III 503 E. 3.5, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch: Beatrice Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 6/2002, S. 281 ff.).

- 3.2.1. Nach Artikel 25 Absatz 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (BGE 129 V 289 E. 2.1; 129 III 503 E. 3.6; 128 II 156 E. 4b; 127 II 323 E. 5; 126 II 514 E. 3; 126 II 300 E. 1c; 123 II 402 E. 4b/aa, je mit weiteren Hinweisen). Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (BGE 129 V 289 E.

2.3; 108 Ib 540 E. 3 und 4/c; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 62, S. 227).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE v. 24. 2. 2004 i. S. I. E. 1.2, C 101/03, publiziert in: ARV 2004, S. 186 ff.; 121 V 311 E. 4a; 120 Ib 351 E. 3b; 114 V 201 E. 2c; 108 Ib 540 E. 3, je mit Hinweisen). Die Feststellung muss sich auf eine individuelle, konkrete Rechtslage (nicht Tatsachen) beziehen, was die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ausschliesst (BGE 108 Ib 540 E. 3; 126 II 300 E. 2c; 123 II 16 E. 2b; BGE v. 6. 11. 1998 E. 1c, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff.). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung: BGE 129 V 289 E. 2.1; 126 II 300 E. 1c; 123 II 402 E. 4b/aa; 117 Ib 441 E. 2b ff.; 108 Ib 540 E. 3; REKO/WEF 98/FB-003 E. 1.3, publiziert in: RPW 1999/3, S. 503, mit Hinweisen; REKO/EVD 93/6H-001 E. 3, publiziert in: VPB 60.57; Andreas Kley, a. a. O., S. 239, S. 241 u. S. 243 f.; Tschannen/Zimmerli, a. a. O., N 62, S. 227; Urs Gueng, a. a. O., S. 373). Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (BGE v. 6. 11. 1998 E. 3a, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff., mit weiteren Hinweisen).

- 3.2.2. Als schutzwürdiges Interesse fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (BGE 108 Ib 540 E. 3; Andreas Kley, a. a. O., S. 237 f.; Urs Gueng, a. a. O., S. 373 ff.). So erachtete es das Bundesgericht nicht als zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die richterliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte (BGE 97 I 852 E. 3b; Andreas Kley, a. a. O., FN 28, S. 233).

- 3.3. Im Lichte dieser Rechtsprechung vermag die Auffassung der Wettbewerbskommission nicht zu überzeugen.

- 3.3.1. Es ist unbestritten und wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht auch nicht in Frage gestellt, dass die am 1. April 2004 in Kraft gesetzten direkten Sanktionen nach Artikel 49a KG *grundsätzlich* auch die Beschwerdeführerinnen treffen könnten, gegen die seit dem 16. Februar 2004 eine kartellrechtliche Untersuchung hängig ist.

Indessen ist zwischen den Parteien der Sinn und Zweck der Schlussbestimmung umstritten, wobei die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung darstelle, welche allfällige Sanktionen für das untersuchte Verhalten entfallen lasse.

Die Schlussbestimmung -

"Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung" -

wird in der Lehre *entgegengesetzt* ausgelegt, wie die bisher geführte Kontroverse zeigt (vgl. Walter A. Stoffel, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen Zürich 2004, S. 2 ff.; a. M.: Irene Klauer, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung?, sic! 9/2004, S. 709 ff. sowie Reto Jacobs, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter vom 27. 9. 2004).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die sich der Lehrmeinung ihres Präsidenten angeschlossen hat, ist die konkrete Rechtslage, welche mit der nachgesuchten Feststellungsverfügung geklärt werden soll, nicht hinreichend klar, weshalb das schutzwürdige Interesse nicht bereits wegen "fehlender Unklarheit der Rechtslage" zu verneinen wäre (vgl. Urs Gueng, a. a. O., S. 372).

Insofern erwiese sich hier die Feststellungsverfügung - bei gegebenem schutzwürdigem Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) - als geeignetes Instrument, um den Beschwerdeführerinnen die von ihnen angestrebte *Rechtssicherheit* für ihre unternehmerische Risikoanalyse zu vermitteln (vgl. zur Problematik der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit direkten Sanktionen: Botschaft des Bundesrates vom 7. 11. 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, Ziff. 2.1.6, S. 2039 sowie Ziff. 2.1.8, S. 2041 f.; vgl. zur Rechtssicherheit im Allgemeinen: Peter Gauch, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, ZSR 2000/1, Ziff. 14/c, S. 18 f. sowie

Gunther Arzt, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, recht 2001/5, S. 166 ff.).

- 3.3.2. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission hätten die Beschwerdeführerinnen ab 1. April 2004 damit zu rechnen, dass das untersuchte Verhalten dereinst als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (i. S. v. Art. 7 KG) qualifiziert, verboten und zusätzlich nach Artikel 49a Absatz 1 KG *direkt* mit Sanktionen belegt werden *könnte*, sofern es nicht vor dem 1. April 2005 aufgelöst würde. Demgegenüber wollen die Beschwerdeführerinnen das untersuchte Verhalten, das sie für rechtmässig halten, weiter führen, zumal sie ihr Schreiben vom 7. April 2004 für "sanktionsbefreiend" erachten.

Die gegenteilige, nicht mit Verfügung festgehaltene Auffassung der Vorinstanz stürzt die Beschwerdeführerinnen - wie sie zu Recht bemängeln - in eine nicht leicht wiegende Rechtsunsicherheit und eröffnet ihnen grundsätzlich nur die Wahl, entweder das untersuchte Verhalten - unter Inkaufnahme eines (potenziell beträchtlichen) Sanktions*risikos* - weiterzuführen oder aber bis 31. März 2005 aufzugeben, wenn sie dieses Risiko vollständig ausschliessen möchten. Ausserdem steht den Beschwerdeführerinnen auch der Weg offen, das untersuchte Verhalten nach dem 1. April 2005 aufzugeben, was bei einer Weiterführung der Untersuchung zur Verminderung (oder bei deren Einstellung zum Wegfall) von Sanktionen führen könnte. Sofern die Beschwerdeführerinnen diesen Weg wählen sollten, laufen sie indessen mit einem vorzeitigen Verzicht auf das untersuchte Verhalten Gefahr, eine nachteilige (allenfalls ungerechtfertigte) Umgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen, ohne dass feststünde, ob beziehungsweise inwieweit das untersuchte Verhalten kartellgesetzlich unzulässig war.

Die Wettbewerbskommission verneint ein Feststellungsinteresse unter anderem mit dem Einwand, ein Unternehmen müsse - unabhängig davon, ob es von einem kartellrechtlichen Verfahren betroffen sei - das *Risiko*, wegen kartellgesetzwidrigem Verhalten sanktioniert zu werden, grundsätzlich selbst tragen. Sinngemäss nimmt die Vorinstanz an, die Gefahr kartellgesetzlicher Sanktionierung gehöre zum *zumutbaren* Risikokalkül aller Unternehmen, welche - ähnlich wie die Beschwerdeführerinnen - über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügten und sich - im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs - bei ihrem Marktauftritt mit den von Artikel 7 KG gesetzten Schranken zulässigen Verhaltens auseinandersetzen müssten (vgl. auch: Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.1.8, S. 2041 betr. Art. 7 Abs. 2 KG).

Die Vorinstanz übersieht jedoch die besondere Problematik, welche bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu beobachten ist. Die untersuchten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen betreffen

bestehende, *nur möglicherweise* unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 7 KG. Indessen enthält dieser Artikel kein analytisches Konzept, um zulässige von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu trennen (vgl. Markus Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/96, S. 838; vgl. zur sog. "Doppelgesichtigkeit" von Verhaltensweisen: REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.3, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406, mit weiteren Hinweisen; gl. M.: Roger Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: SIWR V/2, Basel / Genf / München 2000, S. 187). Dieser Mangel wird auch nicht durch eine genügend umfangreiche Rechtsprechungspraxis der Vorinstanz zu Artikel 7 KG aufgewogen (zu den Gründen dafür: Roger Zäch, a. a. O., S. 141).

Angesichts der Normunbestimmtheit von Artikel 7 KG und weil es unzumutbar wäre, von den Beschwerdeführerinnen bereits jetzt eine Aufgabe der *möglicherweise* kartellrechtlich *zulässigen* Wettbewerbsbeschränkungen und damit verbundene weit reichende Umgestaltungen ihrer Geschäftstätigkeit per 31. März 2005 (oder später) zu fordern, haben die Beschwerdeführerinnen in der vorliegenden übergangsrechtlichen Situation ein schützenswertes Interesse, die Rechtsunsicherheit betreffend das strittige Schreiben vom 7. April 2004 zu eliminieren, um damit das Risiko einer kartellrechtlichen Sanktionierung besser abschätzen zu können. Insofern ist den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich zuzugestehen, die Frage der rechtlichen Tragweite ihres Schreibens vom 7. April 2004 zum Gegenstand eines selbstständigen Feststellungsverfahrens nach Artikel 25 VwVG zu machen (vgl. insbesondere zur verfassungsrechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Kompensation der Unbestimmtheit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG: René Rhinow/András A. Gurovits, Gutachten vom 5. 7. 2001 "über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD)", publiziert in: RPW 2001/3, S. 592 ff., insbes. S. 611 ff. sowie S. 612 f. betr. "Vorabmeldung", wo vor dem Hintergrund des departementalen Entwurfs, der kein "Widerspruchsverfahren" vorsah, die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen bejaht wird).

Dagegen vermag die blosse Möglichkeit, Auskünfte der Wettbewerbsbehörden zu erhalten, dem Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerinnen nicht zu genügen (a. M. ohne nähere Begründung: Walter A. Stoffel, a. a. O., Ziff. II/3b/2, S. 12 sowie III/2c/2, S. 19). Denn mangels Verfügungscharakter wären solche Auskünfte nicht wie Feststellungsverfügungen rechtsmittelmässig anfechtbar. Insofern müsste hier eine unternehmerische Risikoabwägung ohne rechtskräftige Beurteilung der Rechtslage zum Schreiben vom 7. April 2004 auskommen, was die Qualität der Analyse erheblich beeinträchtigen dürfte.

- 3.3.3. Ebenfalls nicht zu folgen ist der Vorinstanz, soweit sie das Feststellungsinteresse mit Verweis auf die Subsidiarität von Feststellungsverfügungen verneint.

Angesichts der erwähnten materiellrechtlichen Normunbestimmtheit wäre es mit einer *prospektiven* Risikoanalyse (und einer daran anknüpfenden Verhaltenssteuerung) - wie sie die Beschwerdeführerinnen hier beanspruchen dürfen - nicht vereinbar, von ihnen zu verlangen, sie sollten erst eine allfällige Verbots- beziehungsweise Sanktionsverfügung abwarten, um dann die Frage zu den Rechtswirkungen ihres Schreibens vom 7. April 2004 gerichtlich überprüfen zu lassen. Auch wenn im gegenwärtigen Zeitpunkt der Ausgang der Untersuchung noch offen ist und deshalb die Unzulässigkeit der untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen nicht feststeht, wäre ein solches Vorgehen den Beschwerdeführerinnen auch im Lichte des in Erwägung 3.2.2 erwähnten, hier sinngemäss anwendbaren BGE 97 I 852 (E. 3b) nicht zuzumuten. Dies auch umso weniger, als sie gegebenenfalls offenbar auch bereit wären, bei fundierter Risikoanalyse das untersuchte Verhalten aufzugeben. Hinzu kommt, dass eine allfällige Sanktion bei langer Dauer der Untersuchung wegen der gleichermassen fortdauernden Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 4 der Verordnung vom 12. 3. 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) möglicherweise zu erhöhen wäre, auch wenn die Parteien die Verlängerung des Untersuchungsverfahrens nicht zu vertreten hätten.

- 3.3.4. Das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der nachgesuchten Feststellungsverfügung ist auch im jetzigen Zeitpunkt noch *aktuell*.

Zwar müssten die Beschwerdeführerinnen, um - wie sie geltend machen - das Sanktionsrisiko im Sinne der Schlussbestimmung "*ausschalten*" zu können, ihr Verhalten *vor* dem 1. April 2005 "auflösen". Demgegenüber räumen sie ein, entsprechende Vorkehren würden sechs Monate in Anspruch nehmen. Infolgedessen könnten die Beschwerdeführerinnen im heutigen Zeitpunkt ihr Verhalten *nicht vor* dem 1. April 2005 auflösen, um die behördlich geforderte "Wettbewerbskonformität" herzustellen. Deshalb werden sie zwangsläufig nach Ablauf der Übergangsfrist dem *Risiko* einer allfälligen (ab 1. April 2004 wirkenden) Sanktionierung ausgesetzt sein (vgl. Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.3, S. 2047 betr. Art. 27 Abs. 1 KG). Deshalb wäre im heutigen Zeitpunkt ein aktuelles Feststellungsinteresse, welches *ausschliesslich* auf eine "Ausschaltung des Sanktionsrisikos" gerichtet wäre, kaum zu bejahen.

Trotzdem kann den Beschwerdeführerinnen dieser Gesichtspunkt nicht entgegen gehalten werden. Denn auch nach dem 1. April 2005 steht ihnen der Weg offen, gestützt auf eine umfassende Risikoanalyse, deren Tragfähigkeit durch eine verbindliche Beurteilung der Rechtslage betreffend ihre vermeintliche "Meldung" wesentlich verbessert werden könnte, die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen aufzugeben, was gegebenenfalls die (sanktionslose) Einstellung der Untersuchung nach sich ziehen könnte (auch wenn eine Weiterführung mit anschliessender Sanktionierung ebenfalls möglich wäre, wobei diesfalls die von der Vorinstanz verursachte Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung betreffend Feststellungsverfügung und die damit verbundene Verlängerung des Verfahrens mit Blick auf die "Dauer des unzulässigen Verhaltens" [vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 2 KG] nicht zu Lasten der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt werden dürfte; vgl. Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.3, S. 2047 betr. Art. 27 Abs. 1 KG sowie Beatrice Weber-Dürler, a. a. O., Ziff. II/G 1 f., S. 305 ff.). Da auch eine nach dem 1. April 2005 in Rechtskraft erwachsende Feststellungsverfügung zur strittigen Rechtslage für die Beschwerdeführerinnen bedeutsam sein wird, kann ihnen ein *aktuelles* Interesse an der Klärung der Frage zu ihrem Schreiben vom 7. April 2004 nicht abgesprochen werden.

- 3.4. Nach dem Gesagten ist den Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit ihrem Schreiben vom 7. April 2004 ein schutzwürdiges Interesse nach Artikel 25 Absatz 2 VwVG und damit der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung zuzubilligen (gl. M.: Irene Klauer, a. a. O., Ziff. IV, S. 717 sowie Reto Jacobs, a. a. O., Rz. 34, S. 7).

4. Die Vorinstanz ist zwar zu Unrecht nicht auf die Feststellungsbegehren eingetreten, hat aber gleichzeitig im Eventualstandpunkt die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geprüft und verworfen und sich auch im Rahmen der Vernehmlassung einlässlich dazu geäußert. Deshalb sieht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen formeller Rechtsverweigerung ab, da eine Rückweisung der Streitsache zum Erlass einer Feststellungsverfügung das Verfahren unnütz verlängern würde (BGE v. 6. 11. 1998 E. 1c, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff.; BGE 118 Ib 26 E. 2b; 105 Ia 115 E. 2; 103 Ia 14 E. 1c; 101 Ia 34 E. 2).

Dementsprechend ist zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission die nachgesuchte Feststellungsverfügung hätte treffen müssen oder ob sie nur verpflichtet gewesen wäre, negativ verfügungsweise festzustellen, dass das besagte Schreiben vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung sei.

- 4.1. Die Wettbewerbskommission hält das strittige Schreiben der Beschwerdeführerinnen nicht für eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung, welche Sanktionen nach Artikel 49a KG entfallen liesse, weil eine solche den Wettbewerbsbehörden bereits *bekannte* Tatsachen nicht beinhalten könne. Das Institut sanktionsbefreiender Meldungen diene im Zusammenhang mit bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen nur der Klärung der Rechtslage *ausserhalb* hängiger Verfahren, das heisst lediglich bei noch *unbekannten* Sachverhalten.

Dem widersprechen die Beschwerdeführerinnen und halten mit einlässlicher Begründung dafür, der Gesetzgeber habe im Interesse der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für alle bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen, ohne aber in gewissen Fällen nur die Auflösung zuzulassen.

Angesichts der sich widersprechenden Auslegungen der Schlussbestimmung durch die Beschwerdeführerinnen beziehungsweise die Vorinstanz ist nachfolgend deren Sinn und Tragweite zu ermitteln und gleichzeitig auch kurz die neue Sanktionsordnung (Art. 49a KG) zu beleuchten, in welche die Schlussbestimmung eingebettet ist.

- 4.2. Ausgangspunkt und Gegenstand der Auslegung bildet der vom Gesetzgeber beschlossene und in Übereinstimmung damit amtlich veröffentlichte *Wortlaut* des Rechtssatzes (vgl. BGE 122 V 362 E. 4a; 120 V 95 E. 4b, mit weiteren Hinweisen). Hingegen ist die Auslegung nicht an den Sprachsinn des Rechtssatzes oder den Wortsinn seiner Ausdrücke gebunden und ebenso wenig auf den Wortlaut beschränkt. Massgebend ist allein der *Rechtssinn* des Rechtssatzes. Ist daher eine Bestimmung trotz ihres scheinbar klaren Wortlautes unklar, so ist nach dem eigentlichen Sinn und Zweck der Norm zu suchen (BGE 122 V 362 E. 4a mit weiteren Hinweisen; VPB 67.98 E. 4, mit weiteren Hinweisen; vgl. zur Auslegung allgemein: Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 92 ff.; sowie Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 214 ff.). Dieser ergibt sich in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte und dem Willen des Gesetzgebers. Bei der Auslegung gelangen die grammatische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegung zur Anwendung (Häfelin/Müller, a. a. O., N. 216). Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu; das Bundesgericht befolgt vielmehr einen *pragmatischen Methodenpluralismus* (BGE 128 I 34 E. 3b; 125 II 206 E. 4a, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts

bei der Gesetzesauslegung, recht 1999/5, S. 157 ff.; subtil: Peter Gauch, Juristisches Denken. Wie denken Juristen?, in: Privatrecht und Methode - Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 173 ff.). Die Gesetzesmaterialien können als Auslegungshilfe herangezogen werden. Ihre Bedeutung ist unterschiedlich je nach dem, ob es sich um neuere oder ältere Gesetze handelt (BGE 116 II 411 E. 5b, mit Hinweisen; 123 V 290 E. 6a).

- 4.3. Vorab einer *grammatikalischen* Auslegung folgend machen die Beschwerdeführerinnen geltend, das von der Vorinstanz postulierte Erfordernis der "Unbekanntheit" ergebe sich nicht aus der lexikalischen Bedeutung des Wortes "melden", da diese den förmlichen Charakter der Meldung betone, weshalb deren Inhalt dem Empfänger nicht zwingend unbekannt sein müsse. Mit dem Kriterium der "Unbekanntheit" würden jene Unternehmen, welche bisher ihre Wettbewerbsbeschränkungen hätten verheimlichen können, gegenüber denjenigen privilegiert, welche der Wettbewerbskommission Auskunft erteilt hätten. Ferner seien nach dem Wortlaut der Schlussbestimmung Meldung und Auflösung gleichwertige Alternativen mit gleicher Rechtsfolge (Sanktionsbefreiung). Somit sei es kein gesetzgeberisches Versehen, dass nach dem "klaren Wortlaut" der Übergangsbestimmung alle Meldungen zugelassen seien und daher bestehende Wettbewerbsbeschränkungen anders zu behandeln seien als neue.
- 4.3.1. Den Beschwerdeführerinnen ist zuzugestehen, dass nach dem *Wortlaut* der Schlussbestimmung - wonach eine Belastung nach Artikel 49a KG entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Bestimmung "gemeldet oder aufgelöst" wird - neben unbekanntem auch bereits den Wettbewerbsbehörden bekannte Wettbewerbsbeschränkungen gemeint sein könnten. Insofern vermag nicht bereits eine wortlautgestützte Auslegung die Tragweite der Schlussbestimmung nur auf den Wettbewerbsbehörden unbekanntem Wettbewerbsbeschränkungen einzuschränken, zumal in der Schlussbestimmung keine solche Unterscheidung getroffen wird.
- 4.3.2. Indessen ist den Beschwerdeführerinnen entgegenzuhalten, dass die lexikalische Bedeutung von "gemeldet" ("annoncée"/"annunciata") zwar in eine Richtung zu weisen scheint, jedoch eine Auslegung der Schlussbestimmung nicht an den lexikalischen Sinn der Worte gebunden ist und daher nicht bereits den Schluss erlaubt, alle "Meldungen" seien damit erfasst, auch wenn der bloße Wortsinn dem nicht entgegenzustehen scheint. Vielmehr ergibt sich der Rechtssinn des in der Schlussbestimmung vorgesehenen Instituts

der "Meldung" aus einer wertenden Abwägung der Ergebnisse der in der Erwägung 4.2 erwähnten Auslegungsmethoden (Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 80).

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen erscheint der Wortlaut der Schlussbestimmung nicht so klar, wie er auf den ersten Blick den Anschein macht. Denn veranschlagt man die Hintergründe der jüngsten KG-Revision (vgl. nachfolgende Erw. 4.4) und insbesondere den Umstand, dass - laut den Angaben der Vorinstanz - bis zum Inkrafttreten der jüngst erfolgten KG-Revision bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kaum je durch Hinweise beteiligter Unternehmen aufgedeckt werden konnten und die Beschwerdeführerinnen "von sich aus nichts zur Aufdeckung" der (möglicherweise unzulässigen) Wettbewerbsbeschränkungen beigetragen haben, vermag die Forderung auf den ersten Blick zu erstaunen, dass die am 7. April 2004 vorgenommene "Meldung" von Tatsachen, welche seit dem 16. Februar 2004 Gegenstand einer Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG bilden, einen kartellgesetzlichen Sanktionsausschluss rechtfertigen sollte. Insofern scheinen Zweifel, ob der Wortlaut der Schlussbestimmung den wahren Rechtssinn der Bestimmung widerspiegelt, durchaus angebracht.

Auch der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die in der Schlussbestimmung vorgesehenen alternativen Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung (1. "Meldung" bzw. 2. "Auflösung" bestehender Wettbewerbsbeschränkungen) wirft Fragen auf und spricht jedenfalls nicht zwingend für die Auslegung der Beschwerdeführerinnen. Denn es liesse sich - ob zu Recht oder Unrecht bleibe dahingestellt - einwenden, die alternativ vorgesehene Auflösung einer Wettbewerbsbeschränkung würde jeglicher praktischen Tragweite beraubt, wenn eine Sanktionsbefreiung bereits bei einer (rein formalen) "Meldung" bekannter Wettbewerbsbeschränkungen einsetzen würde. Ein Anreiz zur Auflösung liess sich diesfalls in erster Linie nur über vorsorgliche Massnahmen mit gleichzeitiger Sanktionsdrohung für den Fall, dass die Verfügung nicht befolgt würde (vgl. Art. 50 KG), schaffen.

- 4.3.3. Bereits diese Hinweise zeigen, dass sich die Tragweite der Schlussbestimmung in Bezug auf die Meldefähigkeit bestehender Wettbewerbsbeschränkung nicht bereits auf Grund des Wortlauts eindeutig fassen lässt.
- 4.4. Des Weiteren berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf eine *historische* Auslegung, welche ein Abweichen vom angeblich "klaren Wortlaut" nicht erlaube. Sie rügen, die einzig von Walter A. Stoffel vertretene Gegenauffassung, wonach der Gesetzgeber offensichtlich kein System habe erlassen wollen, das

den Parteien erlauben würde, mit Hilfe einer einfachen Meldung ihr Verhalten den Sanktionen dauerhaft und ungeachtet der Rechtmässigkeit zu entziehen, sei durch die Gesetzesmaterialien nicht belegt und missverständlich. Denn es werde unterstellt, Unternehmen könnten mit einer einfachen Meldung ihr kartellrechtswidriges Verhalten beliebig lange fortsetzen, was aber nicht zutreffe. Die Wettbewerbskommission könne das gemeldete Verhalten jederzeit (z. B. mit vorsorglichen Massnahmen) untersagen, wobei ein allfälliger Verstoss gegen dieses Verbot sanktionierbar wäre. Somit lasse sich kartellrechtswidriges Verhalten auch mit einer Meldung nicht der gesetzlichen Sanktionsordnung entziehen. Der gesetzgeberische Zweck der Übergangsbestimmung sei klar. Im Gegenzug zur Einführung der drastischen Sanktionen sollte zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen werden, ohne aber in bestimmten Fällen nur deren Auflösung zuzulassen. So habe der Gesetzgeber die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate verlängert. Hätte der Gesetzgeber bekannte Sachverhalte oder laufende Verfahren vom Melderecht ausnehmen wollen, dann hätte er die Übergangsbestimmung ohne weiteres entsprechend präzisieren können. Auch der Verzicht auf Statuierung einer übergangsrechtlichen Sonderregelung für laufende Verfahren zeige, dass hier dieselbe Regelung wie für unbekannte Sachverhalte gelte. Ferner habe der Gesetzgeber für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kein Widerspruchsverfahren vorgesehen. Dies sei sachgerecht, da die Unternehmen ihre Investitionen getätigt hätten. Der Gesetzgeber habe es für unzumutbar gehalten, diese Unternehmen mit einem Widerspruchsverfahren einem Sanktionsrisiko auszusetzen. Die restriktive Auslegung der Wettbewerbskommission missachte den Willen des Gesetzgebers und zwingte sie (die Beschwerdeführerinnen) - angesichts der hohen Bussen - das untersuchte Verhalten aufzugeben, was faktisch einem Verbot gleichkomme.

- 4.4.1. Die von den Beschwerdeführerinnen bemängelte Auffassung von Walter A. Stoffel, dem Präsidenten der Wettbewerbskommission, lautet (a. a. O., Ziff. III/2c, S. 18):

"A l'évidence, le législateur ne voulait pas instaurer un système permettant aux parties de soustraire leur comportement à l'application de la nouvelle loi par une simple annonce, pour une durée indéterminée et indépendamment de son caractère licite ou illicite. Il ne voulait pas non plus exposer au risque de sanctions immédiates la partie qui s'inquiète de son comportement et qui expose ouvertement son problème à l'autorité de la concurrence. Au vu du but général de la révision (...) le législateur voulait permettre aux parties de se prémunir contre les sanctions en cas de doutes sur l'illicéité de leur comportement, en leur permettant d'annoncer celui-ci pour obtenir une réponse autorisée, et de disposer d'un certain laps de temps pour s'adapter si la réponse devait confirmer le caractère illicite du comportement."

Mit ihrer Kritik übersehen die Beschwerdeführerinnen, dass Walter A. Stoffel hier einzig das *neue* Recht (d. h. den Artikel 49a KG) anspricht, dessen An-

wendbarkeit die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Schreiben vom 7. April 2004 aussetzen möchten. In diesem Zusammenhang ist unbestritten, dass die Wettbewerbskommission nicht grundsätzlich daran gehindert werden könnte, ein im Sinne der Schlussbestimmung gemeldetes Verhalten im Rahmen einer Untersuchung mit vorsorglichen Massnahmen zu untersagen (und gleichzeitig einen allfälligen Verstoss gegen dieses Verbot nach Art. 50 KG zu sanktionieren). Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

Zur Diskussion steht vielmehr die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, der Gesetzgeber habe mit der Schlussbestimmung zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für bereits bestehende (und den Wettbewerbsbehörden unter Umständen auch bekannte) Wettbewerbsbeschränkungen schaffen wollen, ohne in bestimmten Fällen nur deren sanktionsbefreiende Auflösung zuzulassen.

Diese These ist vorerst anhand der Entstehungsgeschichte der jüngst erfolgten Revision des KG, insbesondere der Materialien zu prüfen.

- 4.4.2. Seit Inkrafttreten des KG am 1. Juli 1996 erwies sich die bisher gültige Sanktionsregelung zur Ahndung materieller KG-Verletzungen als *präventiv* wenig wirksam (vgl. Botschaft, a. a. O., insbes. S. 2036; Rhinow/Gurovits, a. a. O., insbes. S. 607). Insofern war es Unternehmen hierzulande während rund neun Jahren möglich, faktisch ohne jegliches Sanktionsrisiko harte Kartelle zu bilden (Art. 5 Abs. 3 u. 4 KG) oder im Sinne von Artikel 7 KG ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, wobei sie einzig Gefahr liefen, (verfahrenskostenpflichtig) zur Unterlassung ihres Verhaltens verpflichtet zu werden.

Um den verfassungsmässigen Auftrag zu realisieren, "schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" zielkonform und wirkungsvoll zu bekämpfen (vgl. Art. 96 Abs. 1 BV; Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.1.2, S. 2036), hat der Kartellgesetzgeber mit der am 1. April 2004 wesentlich verschärften Sanktionsordnung einen *Paradigmenwechsel* angestrebt (vgl. auch: Walter A. Stoffel, a. a. O., Ziff. II/3a, S. 9 ff.).

Nach Ansicht des Bundesrates, die im Laufe der parlamentarischen Beratungen von der Mehrheit übernommen worden ist, bezweckt die Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) eine Erhöhung der bislang für ungenügend erachteten *Abschreckungswirkung* des bestehenden KG (vgl. Botschaft, a. a. O., Ziff. 1.1.1, S. 2024, Ziff. 1.3.1, S. 2028, Ziff. 2.1, S. 2033 f., Ziff. 2.1.3, S. 2036, Ziff. 2.1.8, S. 2041 f.). Um absehbaren Kollusionen entgegenzuwirken und damit die *Entdeckungswahrscheinlichkeit* unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zu vergrössern (Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.1,

S. 2033 f.), wurde - trotz Widerstände im Parlament (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1450 ff.; Amtl. Bull. S v. 20. 3. 2003, S. 333 ff. zum Antrag von Ständerätin Marianne Slongo) - eine *Bonusregelung* (Art. 49a Abs. 2 KG; "Kronzeugenregelung") eingeführt. Diese stellt wettbewerbsbehindernden Unternehmen, welche an der Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken, unter Umständen eine (teilweise bis vollständige) Reduktion allfälliger Sanktionen in Aussicht (vgl. Art. 8 - 14 SVKG).

Um angesichts der neuen Sanktionsordnung das Risiko einer kartellrechtlichen Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens zu eliminieren (vgl. auch: Rhinow/Gurovits, a. a. O., S. 610 ff. zu den Bedenken verfassungsrechtlicher Art), hat der Gesetzgeber zwei verfassungsrechtlich gebotene Korrekturinstrumente geschaffen:

- Einerseits können nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG *keine Wirkungen entfaltende*, das heisst erst geplante Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung den Wettbewerbsbehörden gemeldet werden, sofern diese dem betroffenen Unternehmen nicht innert fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 ff. KG mitteilen (vgl. Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.1.6, S. 2039 ff.; Amtl. Bull. S v. 20.03.03, S. 333 ff.; vgl. dazu: Art. 15 - 19 SVKG betr. Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und Widerspruchsverfahren; vgl. demgegenüber: Rhinow/Gurovits, a. a. O., S. 612 f.). Die Meldung *geplanter* Wettbewerbsbeschränkungen dient der *Klärung der Rechtslage* und ist das erforderliche verfahrensrechtliche Korrektiv angesichts der Unklarheit der materiellen Regelung, insbesondere wenn unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG in Frage stehen (vgl. Erw. 3.3.2). Insofern tragen die Unternehmen das Risiko, mit Sanktionen nach Artikel 49a KG belegt zu werden, nicht alleine (wohl aber das Risiko, dass ihr Verhalten als unzulässig beurteilt, untersagt und im Wiederholungsfall nach Artikel 50 [bzw. Art. 54] KG sanktioniert wird).
- Andererseits sieht die Schlussbestimmung eine einjährige Übergangsfrist vor, um *bestehende* Wettbewerbsbeschränkungen zu melden oder aufzulösen, worauf eine Belastung nach Artikel 49a KG entfällt (vgl. Botschaft, a. a. O., Ziff.2.3, S. 2048; Amtl. Bull. N v. 26.09.02, S. 1463 ff.).

4.4.3. Im Zusammenhang mit dieser Schlussbestimmung, welche während den parlamentarischen Beratungen nur eine Änderung erfahren hat (nämlich die Verlängerung der Melde- bzw. Auflösfrist von sechs Monaten auf ein Jahr), äussert sich die Botschaft des Bundesrates nur knapp (Botschaft, a. a. O., Ziff. 2.3, S. 2048):

"Mit einer Übergangsbestimmung soll die Möglichkeit eingeräumt werden, bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innert 6 Monaten zu melden mit der Folge, dass dafür - wie bei der Meldung neuer Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 49a Absatz 3 - keine Belastung auferlegt werden kann. Ohne Meldung entfällt eine Belastung selbstverständlich erst recht, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in diesem Zeitraum aufgelöst wird.

Wird eine Wettbewerbsbeschränkung, die vor Inkrafttreten von Artikel 49a Wirkung entfaltet hat, innert der Übergangsfrist von 6 Monaten weder gemeldet noch aufgelöst, kann eine Sanktion nach Artikel 49a ausgesprochen werden. Auf Grund des Verbots der Rückwirkung kann in solchen Fällen für die Bemessung der Belastung jedoch nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt werden."

Der Botschaft lässt sich die von der Vorinstanz postulierte Unterscheidung von bekannten beziehungsweise unbekanntem Wettbewerbsbeschränkungen nicht entnehmen.

- 4.4.4. Aber auch die von den Beschwerdeführerinnen im Ergebnis vertretene Auffassung, wonach die Schlussbestimmung als Übergangsregelung dem weitgefassten Zwecke diene, alle Unternehmen den Sanktionen nach Artikel 49a KG zu entziehen, welche den Wettbewerbsbehörden fristgerecht unbekannte wie auch *bereits bekannte* Wettbewerbsbeschränkungen "melden", findet in den weiteren Gesetzesmaterialien weder eine ausdrückliche Stütze noch wird sie in eindeutiger Weise ausgeschlossen. So enthalten die Materialien auf der einen Seite Hinweise, dass der Gesetzgeber von einer einjährigen Schonfrist ("délai de grâce") für alle Unternehmen ausgegangen ist, wobei unklar ist, ob er im Sinne der Beschwerdeführerinnen eine weitergehende Restriktion bei der Auferlegung von Sanktionen im Auge hatte. Insbesondere lässt sich auf Grund der Voten und Diskussionen im Nationalrat zur Verlängerung der hier relevanten sanktionsfreien Übergangsfrist von sechs Monaten auf ein Jahr (sowie zu einer allenfalls zeitlich gestaffelten Einführung der Bonusregelung nach Artikel 49a Absatz 2 KG) die Frage nicht beantworten, ob die Sanktionierbarkeit nach Ablauf dieser Übergangsfrist durch weitere Mittel, wie eine rein formalisierte Meldung, die natürlich alle in hängigen Verfahren verstrickte Unternehmen beträfe, als weiterhin aufgeschoben betrachtet wurde (vgl. Amtl. Bull. N v. 26.09.02, S. 1463 ff.; ohne nähere Bezugnahme auf die Materialien: Walter A. Stoffel, a. a. O., Ziff. III/2c, S. 17 ff.).

Zwar scheint dem Antrag von Nationalrätin Barbara Polla (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1463 ff.) ein Verständnis der Übergangsbestimmung zu Grunde zu liegen, wonach die "Schlussbestimmung" einen Anreiz schaffen soll, bisher den Wettbewerbsbehörden *unbekannte* Wettbewerbsbeschränkungen offen zu legen (vgl. insbes. die "schriftliche Begründung"). Auch Bundesrat Pascal Couchepin scheint vom selben Verständnis auszugehen, wenn er zum "Antrag Polla" ablehnend anmerkt (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1464 f.):

"Les effets peuvent être pervers en ce sens que les gens sont incités à attendre la fin du délai de grâce pour s'annoncer et profiter ainsi des dispositions transitoires. (...)"

Und zum Abschluss der Debatte (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1465; vgl. auch: Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1452):

"L'application de sanctions directes en cas de violation de la loi sur les cartels et le programme de clémence sont complémentaires; ce sont des éléments indissociables. D'une part, les sanctions directes ne pourraient pas déployer toute leur efficacité sans le programme de clémence. D'autre part, ce dernier offre aux entreprises la possibilité d'échapper à une sanction si elles coopèrent, ce dont elles seraient privées pendant deux ans si la proposition de la majorité était acceptée. Il n'y a d'ailleurs pas de raison de penser que les entreprises qui adoptent des comportements illicites seraient davantage incitées à démanteler un cartel si la proposition de la majorité l'emportait.

Plus les instruments de la Commission de la concurrence sont efficaces, plus la motivation de supprimer un comportement illicite est grande. Comme on l'a vu, les cartels qui décident de se conformer à la nouvelle loi ont la possibilité de le faire. Tout ce qu'il faut, c'est qu'ils s'annoncent et demandent l'avis de la Commission de la concurrence et de son secrétariat quant aux changements nécessaires à apporter. (...)"

Auch in diesem Sinne betonte Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1464) es sei sehr wichtig,

"dass wir eine Übergangsregelung vorsehen, die es den kartellisierten Unternehmen erlaubt, sich aus ihrem Kartell zu verabschieden. Die vom Bundesrat vorgesehene Frist von sechs Monaten ist zu kurz. Darum haben Sie jetzt auch der Mehrheit zugestimmt und sich für die Einführung einer einjährigen Frist entschieden. Während dieser Zeit werden keine Sanktionen ausgesprochen. (...)"

All diese Zitate zeigen, dass es ein Ziel der Revision war, mit der Schlussbestimmung den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich während der einjährigen Übergangsfrist aus einem Kartell zu "verabschieden". Auch die heftig geführte Diskussion, eine *zweijährige* Übergangsfrist vorzusehen (vgl. Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1464 betr. z. B. Votum von Nationalrat Peter Spuhler), liesse sich indirekt als Beleg deuten, dass es dem Gesetzgeber nicht unbedingt darum gegangen sein könnte, die bisher präventiv wenig wirksame KG-Ordnung für im Zeitpunkt der Inkraftsetzung der Revision bestehende Wettbewerbsbeschränkungen weiterzuführen und den davon betroffenen Unternehmen für eine "Auslaufzeit", welche über die "Gnadenfrist" ("délai de grâce") bis zum Abschluss einer allfälligen Untersuchung dauern würde, mit einer Sanktionsbefreiung entgegenzukommen.

Würde in diesem Sinn der Zweck der Schlussbestimmung einzig darin erblickt, einen Anreiz zu schaffen, dass bis zum Ablauf der einjährigen Frist möglichst viele bestehende Wettbewerbsbeschränkungen offen gelegt werden, mithin den betroffenen Unternehmen Gelegenheit gegeben wird, sich

nach den kartellgesetzlichen Bestimmungen auszurichten (bzw. unter realistischen Bedingungen aus gegebenenfalls kartellgesetzlich problematischen Verhältnissen auszustiegen), läge es nahe, die *Meldung* nicht einfach als rein formale Handlung, sondern vielmehr als Akt der Übermittlung bisher *unbekannter* wettbewerbsrechtlich problematischer Verhältnisse zu betrachten. *Melden* im Sinne der Schlussbestimmung würde sich somit nur auf eine Vermittlung von Tatsachen beziehen, welche dem Adressaten noch nicht bekannt sind. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, würde es - wie die Vorinstanz folgerichtig schliesst - wenig Sinn machen, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe in der Schlussbestimmung auch Meldungen betreffend den Wettbewerbsbehörden bereits hinreichend bekannte Tatsachen mit sanktionsbefreiender Wirkung ausstatten wollen. Eine ähnliche Sicht ergäbe sich auch mit Blick auf Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG, in dessen Kontext die hier fragliche Schlussbestimmung ausgelegt werden könnte. Demzufolge stünde vorab das Anliegen im Vordergrund, den Unternehmen zusätzliche Rechtssicherheit zur Frage zu gewähren, ob bereits in die Tat umgesetzte Massnahmen kartellgesetzlich als problematisch beurteilt und allenfalls sanktioniert werden könnten.

- 4.4.5. Auch ein Blick auf Artikel 62 KG (mit der Marginale "Übergangsbestimmungen"), welcher den Übergang vom Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 (AS 1986 874, 1992 288) zum neuen Recht regelt, stützt weder die Position der Vorinstanz noch der Beschwerdeführerinnen. Zwar stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber, wenn er behördlich untersuchte (d. h. bereits bekannte) Wettbewerbsbeschränkungen von der sanktionsbefreienden Meldung ausnehmen beziehungsweise nur von der Aufhebungsmöglichkeit hätte profitieren lassen wollen, nicht eine analoge Bestimmung statuierte. Die Offenkundigkeit dieser Problemstellung wie auch die Tatsache, dass die in der Schlussbestimmung verabschiedete Regelung Gegenstand einer eingehenden Diskussion im Nationalrat war, würde hier weniger eine Gesetzeslücke als vielmehr ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers erwarten lassen (in diesem Sinne: Irene Klauer, a. a. O., Ziff. III/3, S. 715). Da aber im Nationalrat die Diskussion zur Schlussbestimmung vorab mit Blick auf "Kartelle" (vgl. Art. 5 f. KG) geführt wurde, liesse sich mit gleicher Plausibilität der gegenteilige Standpunkt vertreten.

- 4.5. Andererseits hat die Konzeption der Vorinstanz, wonach die alternative Wahlmöglichkeit ("gemeldet oder aufgelöst") letztlich nur Unternehmen offen stehe, deren bestehende Wettbewerbsbeschränkung(en) den Wettbewerbsbehörden noch nicht bekannt, mithin noch nicht Gegenstand eines Untersuchungsverfahrens sind, keinen eindeutigen Niederschlag im Gesetzestext gefunden (vgl. Irene

Klauer, a. a. O., Ziff. III/3, S. 715). Zudem lässt sich die von der Vorinstanz vertretene restriktive Unterscheidung, welche die Sanktionsbefreiung nur für Meldungen unbekannter Sachverhalte gelten lassen will, gestützt auf die Materialien nicht nachweisen.

Auch die mit Artikel 49a KG angestrebte Verschärfung der bisherigen Sanktionsordnung spricht nicht a priori für die Auffassung der Vorinstanz. Den aus dem mit Artikel 49a KG primär intendierten und in erster Linie zukunftsgerichteten *Präventionsanliegen* ("Abschreckungswirkung") lässt sich nicht schliessen, dass die übergangsrechtliche Schlussbestimmung möglichst restriktiv auszulegen sei, so dass möglichst viele bestehende Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden können. Denn die mit der Schlussbestimmung beabsichtigte Gewährung einer "Gnadenfrist" setzt nicht zwingend voraus, dass die Meldemöglichkeit nur der Übermittlung noch unbekannter Informationen dient.

Vielmehr erscheint es im Sinne einer *verfassungskonformen Auslegung* als geboten, alle Unternehmen mit bereits verwirklichten, möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen von einer Sanktionsbefreiung profitieren zu lassen, unabhängig davon, ob und wie weit diese Massnahmen den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sind.

In ihrem Gutachten (a. a. O., S. 612) erachten Rhinow/Gurovits direkte Sanktionen nach Artikel 49a KG grundsätzlich als *verfassungsrechtlich bedenklich*, wenn den betroffenen Unternehmen angesichts der Unbestimmtheit des materiellen Rechts nicht ermöglicht wird, die Rechtslage betreffend *geplanten*, das heisst im Markt noch nicht wirksamen Wettbewerbsbeschränkungen *vorgängig* klarzustellen. Diese Bedenken wurden vom Gesetzgeber insofern berücksichtigt, als Unternehmen nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG neu die Möglichkeit haben, Verhaltensweisen, die wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnten, *vor* der Marktumsetzung zu melden, um danach den Ablauf der Widerspruchsfrist abwarten und allfälligen, fristgerecht geäusserten Bedenken der Wettbewerbsbehörden Rechnung tragen zu können. Dieses Verfahren vermittelt kooperationswilligen Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich kartellgesetzlicher Sanktionsrisiken, welche mit dem eigenen Marktauftritt verbunden sein können.

Zwar beziehen Rhinow/Gurovits ihre Beurteilung auf die in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG getroffene Regelung zu geplanten Wettbewerbsbeschränkungen. Dennoch ist diese Beurteilung auch bei den hier zu diskutierenden *bestehenden* Wettbewerbsbeschränkungen, welche von der Schlussbestimmung erfasst werden, zu berücksichtigen, will man nicht schwer zu rechtfertigende, unverhältnismässige Ungleichbehandlungen von Unternehmen in Kauf nehmen, welche je nachdem, ob sie vor Inkrafttreten der neuen Sanktionsordnung in das "Fangnetz" der Wettbewerbsbehörden geraten sind, von einer sanktionsbefreienden Meldung ausgenommen wären. Es ist nicht ersichtlich, weshalb gemäss

dem ebenfalls von Rhinow/Gurovits geforderten *Übergangsrecht* (a. a. O., S. 616) nur diejenigen Unternehmen mit einer allfälligen Meldung der Sanktionierbarkeit entgehen sollten, deren Verhaltensweisen den Wettbewerbsbehörden bisher entgangen sind oder aus Opportunitätsüberlegungen beziehungsweise mangels Ressourcen nicht in einem Verfahren nach Artikel 26 oder 27 KG behandelt werden konnten.

Im Sinne des obgenannten Gutachtens kann eine direkte Sanktionierung *bestehender* Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen - wie hier - keine Möglichkeit einer *vorgängigen* Klarstellung der Rechtslage vor Inkraftsetzung der neuen Sanktionsordnung bestand, kaum als verfassungskonform gelten, wenn nur die *Möglichkeit* einer solchen Klarstellung die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit direkter Sanktionen nach Artikel 49a KG ausschliesst. Sachliche Gründe für eine *übergangsrechtliche Ungleichbehandlung* von Unternehmen, je nachdem ob ihre Wettbewerbsbeschränkungen den Wettbewerbsbehörden bekannt sind oder nicht, bestehen nicht, nachdem all diese Unternehmen keine Gelegenheit hatten, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen.

Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit, die Rechtslage betreffend die von der Vorinstanz untersuchten Sachverhalte vorgängig klarstellen zu lassen, wie dies verfassungsrechtlich geboten gewesen wäre. Deshalb ist den Beschwerdeführerinnen im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung der Schlussbestimmung zuzugestehen, dass sie ihren, der Vorinstanz bereits bekannten Sachverhalt ebenso mit sanktionsbefreiender Wirkung melden dürfen, wie irgend ein anderes Unternehmen, das den Wettbewerbsbehörden unbekanntes Verhaltensweisen meldet und ebenso wenig wie die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit hatte, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen.

- 4.6. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass Unternehmen, die ihre im Zeitpunkt der Revision bestehenden wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen bisher erfolgreich verbergen konnten, gegenüber bereits in Untersuchungsverfahren verstrickten Unternehmungen privilegiert wären, wollte man sanktionsbefreiende Meldungen im Sinne der Schlussbestimmung einzig für sie zulassen. Dass von ihnen eine grössere "Gefahr" für den Wettbewerb ausgeht und dem entsprechend ein gewichtigeres öffentliches Interesse an der Offenlegung bisher versteckter Massnahmen bestünde, könnte als Rechtfertigung für eine solche Privilegierung dienen. Doch erscheint dies als fragwürdig, nachdem die Wettbewerbsbehörden es nach erfolgter Meldung so oder anders in der Hand haben, gewisse Untersuchungen vorrangig an die Hand zu nehmen (Art. 27 Abs. 2 KG), vorsorgliche Massnahmen zu treffen oder im Rahmen ihrer Verfahrenshoheit gewisse Verfahren zu beschleunigen.

In diesem Zusammenhang wäre es - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - auch nicht gerechtfertigt, die Schlussbestimmung in einer engen Verbindung mit der in Artikel 49a Absatz 2 KG vorgesehenen Bonusregelung zu sehen und die in der Schlussbestimmung festgelegte Sanktionsbefreiung als "Bonus" zu deuten. Wie auch Rhinow/Gurovits (a. a. O., S. 614) zutreffend festhalten, stellt die "Vorabmeldung" nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG kein Bonus, das heisst keine Belohnung für Unternehmen dar. Ebenso wenig kann auch die Sanktionsbefreiung nach der Schlussbestimmung eine "Belohnung" sein, es sei denn, es würde unterstellt, die Sanktionsbefreiung stelle eine "Belohnung" für Unternehmen dar, deren Verhaltensweisen der Wettbewerbskommission noch unbekannt sind und wegen der Meldung "belohnt" werden sollten.

- 4.7. Des Weiteren ergäben sich wesentliche und aus praktischer Sicht nicht zu unterschätzende rechtliche Abgrenzungsprobleme, wenn für die Möglichkeit der sanktionsbefreienden Meldung darauf abzustellen wäre, ob die wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sind oder nicht (vgl. auch: Irene Klauer, a. a. O., Ziff. III/4a, S. 716). Denn welche Informationen würden als bekannt und welche als unbekannt gelten beziehungsweise wo wäre in Bezug auf Bekanntes und Unbekanntes die Grenze zu ziehen? Diese Fragen stellen sich vorab bei allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen, welche Gegenstand einer Vorabklärung nach Artikel 26 KG sind oder waren, betreffen aber auch solche, die Gegenstand eines hängigen Untersuchungsverfahrens nach Artikel 27 KG sind. Die Bestimmung dessen, was als Bekannt zu erachten wäre, beträfe sachverhaltliche Feststellungen, die im Rahmen von Vorabklärungen ohne förmliche Mitwirkung der betroffenen Parteien erfolgen würde. Dies erschiene als problematisch, um so mehr als die Beurteilung, ob die Meldung im Sinne der Schlussbestimmung bereits Bekanntes oder noch Unbekanntes zum Inhalt hat, direkt rechtliche Konsequenzen für die Betroffenen, mithin die Sanktionsbefreiung oder eben deren Ausbleiben zur Folge hat. Insofern geht es kaum an, dass die Wettbewerbsbehörden einseitig und ohne förmliche Mitwirkung festzustellen hätten, welche Sachverhalte als bereits bekannt oder aber als noch unbekannt zu gelten hätten und somit einer sanktionsbefreienden Meldung zugänglich wären (vgl. auch: Irene Klauer, a. a. O., Ziff. III/4b, S. 717). Diese Problematik würde es an sich nahe legen, die entsprechende Grenze bei der Anhebung einer förmlichen Untersuchung zu ziehen. Doch auch eine solche Grenzziehung wäre problembehaftet, da der massgebliche Sachverhalt erst im Laufe der Untersuchung unter förmlicher Mitwirkung der Parteien hinreichend bestimmt wird und sich der sachverhaltliche Erkenntnisstand im Anfang einer Untersuchung nicht wesentlich vom Vorabklärungsverfahren unterscheiden würde.

- 4.8. Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, dass die Gründe der Vorinstanz für eine den Wortlaut und den verfassungskonform verstandenen Sinn der Schlussbestimmung einschränkende Auslegung letztlich nicht überzeugen. Demzufolge steht die Wahlmöglichkeit, eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung binnen eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG mit sanktionsbefreiender Wirkung zu melden oder aufzulösen, - unter dem Vorbehalt des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs - auch Unternehmen offen, welche sich bezüglich der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen in einem hängigen Untersuchungsverfahren befinden und deren Meldung eine Wettbewerbsbeschränkung betrifft, welche den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt ist. Hieraus folgt, dass die Ziffern 3 und 4 der Rechtsbegehren gutzuheissen sind.

Damit stellt sich freilich die Frage, ob es überhaupt sinnvoll und nötig ist, dass Unternehmen, die sich bezüglich allfälliger Wettbewerbsbeschränkungen bereits in einem Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 KG befinden, eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung machen, um vom Sanktionsrisiko befreit zu werden. Diese Frage ist aus praktischen Überlegungen ohne weiteres zu bejahen. Denn für die Wettbewerbsbehörde ist es wichtig zu wissen, ob die Gegenstand einer Untersuchung bildende Wettbewerbsbeschränkung aufgelöst oder lediglich gemeldet ist. Aus der Meldung wird sie immerhin schliessen können, dass die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung nicht aufgelöst wurde, mithin das Untersuchungsverfahren nicht gegenstandslos geworden ist, sondern fortgeführt werden muss. Ob einer solchen Meldung im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nur eine rein deklaratorische oder wie für Meldungen von bisher unbekanntem Wettbewerbsbeschränkungen ebenfalls eine konstitutive Wirkung beizumessen ist, kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, da eine Meldung effektiv erfolgte.

- 4.9. In Bezug auf die Ziffer 5 der Rechtsbegehren stellt sich die Frage, ob auch hier ein konkretes und schutzwürdiges Feststellungsinteresse zu bejahen ist (vgl. Erw. 3.1 hiervor). Die Schlussbestimmung hält klar und ohne jegliche Bedingung fest, dass die Meldung eine Belastung nach Artikel 49a KG entfallen lässt (vgl. Irene Klauer, a. a. O., Ziff. IV, S. 717). Die Beschwerdeführerinnen scheinen zu befürchten, dass die Wettbewerbskommission auch bei Meldungen nach der Schlussbestimmung analog zu Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG eine Art Widerspruchsverfahren durchführen oder zumindest durch eine entsprechende Reaktion eine direkte Sanktionierbarkeit wiederaufleben lassen möchte (in diese Richtung ohne vertiefte Begründung: Walter A. Stoffel, a. a. O., Ziff. III/2c, S. 19 ff.). Ob diese Befürchtungen begründet sind oder nicht, muss beziehungsweise kann in diesem Verfahren mangels Vorliegens einer derartigen "Reaktion" beziehungsweise mangels einer entsprechenden Erklärung der Vorinstanz nicht beurteilt werden. Mit anderen Worten ist im heutigen Zeitpunkt nicht erkennbar, ob und wie weit diesem Begehren eine neben Ziffer 4 der

Rechtsbegehren selbstständige Tragweite zukommt. Soweit die Beschwerdeführerinnen über Ziffer 4 der Rechtsbegehren hinausgehend die Feststellung einer dauerhaften und endgültigen Sanktionsbefreiung verlangen und sich damit im Ergebnis gegen die einzig von Walter A. Stoffel geäußerte Meinung (a. a. O., Ziff. III/2/c, S. 19 ff.) richten, ist darauf nicht weiter einzugehen, mithin ein ausreichend konkretes Feststellungsinteresse zu verneinen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Wettbewerbskommission den Beschwerdeführerinnen das schutzwürdige Interesse und damit einen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung nicht absprechen durfte. Insofern wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, diesen unverzüglich mittels einer *Feststellungsverfügung* zur Rechtsnatur des Schreibens vom 7. April 2004 den Rechtsmittelweg zu öffnen. Dies spräche an sich für eine Gutheissung der Beschwerde sowie eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zum Erlass einer entsprechenden Verfügung.

Wie bereits in Erwägung 4 erwähnt darf die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen formeller Rechtsverweigerung absehen und die gebotene Feststellungsverfügung selbst treffen, zumal es angesichts der zeitlichen Verhältnisse, welche die Vorinstanz zu vertreten hat, geboten ist, den Beschwerdeführerinnen Verfügungsmässig den Rechtsmittelweg zu öffnen.

Unter Berücksichtigung des bisher Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und festzustellen, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstellt. Soweit weitergehend (Rechtsbegehren Ziff. 5) ist die Beschwerde abzuweisen. Angesichts der Gutheissung der Ziffern 3 und 4 der Rechtsbegehren ist nicht auf das in Ziffer 2 der Rechtsbegehren gestellte Eventualbegehren einzugehen (vgl. Erw. 4.9 zu Ziffer 5 der Rechtsbegehren).

6. (Verfahrenskosten)

(Parteientschädigung)

Demnach entscheidet die Rekurskommission Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.

Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

3. (Verfahrenskosten)

4. (Parteientschädigung)

5. (Rechtsmittelbelehrung)

6. (Eröffnung)

REKURSKOMMISSION
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident
H. Urech

Der juristische Sekretär
S. Huber