

Beschwerdeentscheid

vom 23. Dezember 2004

Es wirken mit: Margareta Lauterburg, Reiner Eichenberger, Maria Amgwerd, Richter/-innen
Thomas Reidy, juristischer Sekretär

In Sachen

Swisscom AG, 3050 Bern Swisscom
(Beschwerdeführerin 1)

Swisscom Fixnet AG, 3050 Bern Swisscom
(Beschwerdeführerin 2)

beide vertreten durch Fürsprecher Urs Prestinari, Swisscom AG, Group Legal Services, 3050 Bern Swisscom
(Verwaltungsbeschwerde vom 29. März 2004)

gegen

Wettbewerbskommission (WEKO), Monbijoustrasse 43, 3003 Bern
(Vorinstanz)
(Verfügung vom 15. März 2004)

betreffend

Wiedererwägung / vorsorgliche Massnahmen

hat sich ergeben:

- A. Mit Verfügung vom 6. Mai 2002 eröffnete die Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 des Kartellgesetzes gegen die Swisscom AG und verpflichtete diese im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleich hohe Rabattstufe wie ihrer Tochterfirma Bluewin AG zu gewähren. Diese Massnahme wurde dem Wortlaut der Verfügung nach zeitlich begrenzt, "bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft".

Im Entscheid in der Hauptsache vom 15. Dezember 2003 stellte die Wettbewerbskommission unter anderem fest, die Swisscom AG missbrauche mittels der Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung im Wholesale-Markt für Breitbanddienste, indem sie mittels Rabattgestaltung in Zusammenhang mit ihrem Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) die Internet Service Provider (ISP) gegenüber der Bluewin AG diskriminiere. Gleichzeitig untersagte die Wettbewerbskommission der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG, die Rabattgestaltung des Produktes BBCS in den bestehenden Verträgen mit den Internet Service Providern oder anderweitig durchzusetzen.

Dagegen erhoben die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch Fürsprecher Urs Prestinari, am 2. Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Verfahren FB/2004-2). Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003.

Mit Gesuch vom 27. Februar 2004 an die Wettbewerbskommission stellten die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen (31-0149) sei zu widerrufen.
2. Eventuell: Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen (31-0149) sei so anzupassen, dass der Swisscom Fixnet AG eine sachgerechte und angemessene Rabattgewährung im Zusammenhang mit dem Erbringen von Wholesalebreitbanddiensten ermöglicht wird.

Zur Begründung des Gesuchs führten sie im Wesentlichen aus, der rechtskräftige Massnahmeentscheid vom 6. Mai 2002 werde vom Devolutiveffekt der Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003 in der Hauptsache nicht erfasst. Die Wettbewerbskommission werde als verfügende Behörde ersucht, auf den Massnahmeentscheid zurückzukommen, da sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Erlass der Verfügung im Mai 2002 geändert hätten. Eine angemessene Möglichkeit zur Rabattgestaltung sei für die Swisscom von grosser Wichtigkeit. So könnten Mengenrabatte für die Lancierung neuer Dienste

oder im KMU-Bereich ökonomisch sinnvoll sein. Zudem könnten beispielsweise Wachstumsrabatte neue Anreize für alle Internet Service Provider schaffen.

Mit Verfügung vom 15. März 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Wiedererwägungsgesuch der Swisscom nicht ein. Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, die vorsorglichen Massnahmen vom 6. Mai 2002 seien durch die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 in der Hauptsache bestätigt worden. Dagegen habe die Swisscom AG am 2. Februar 2004 rechtzeitig Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erhoben. Mit der Einlegung des Rechtsmittels gehe die gesamte Streitsache an die funktionell übergeordnete Rechtsmittelinstanz über (Devolutiveffekt). Mit der Überwälzung der Zuständigkeit verliere die Vorinstanz die Befugnis, sich der Sache als Rechtspflegeinstanz anzunehmen. Da die Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 und die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 die gleiche Streitsache, nämlich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Rabattsystems in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS der Swisscom Fixnet AG, zum Objekt hätten, sei es der Wettbewerbskommission verwehrt, sich mit der Sache zu befassen.

- B. Dagegen erhoben die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch Fürsprecher Urs Prestinari von der Swisscom AG, am 29. März 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragen, die Verfügung der Vorinstanz vom 15. März 2004 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Wiedererwägungsgesuch materiell zu behandeln.

Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, es bestehe gemäss Lehre und Rechtsprechung trotz der Kann-Bestimmung von Artikel 30 Absatz 3 des Kartellgesetzes ein Anspruch auf die materielle Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches durch die Vorinstanz, wenn geltend gemacht werde, die Verhältnisse hätten sich seit Erlass der Verfügung wesentlich geändert. Die Vorinstanz übersehe, dass der Massnahmeentscheid in Rechtskraft erwachsen sei und vom Devolutiveffekt der Verwaltungsbeschwerde in der Hauptsache nicht erfasst werde. Vorsorgliche Massnahmen fielen überdies erst mit dem formell rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dahin. Selbst wenn der Massnahmeentscheid vom Devolutiveffekt erfasst werde, sehe Artikel 58 des VwVG eine weitgehende Durchbrechung dieses Prinzips vor, da die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bis zur Einreichung ihrer Vernehmlassung - und gemäss Praxis sogar bis zum Entscheid der Rechtsmittelinstanz - in Wiedererwägung ziehen könne. Entsprechend sei die Vorinstanz verpflichtet, auf das Gesuch um Wiedererwägung einzutreten.

Aus den Ausführungen der Vorinstanz könne sinngemäss geschlossen werden, sie erachte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als für die Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs zuständige Behörde. In diesem Fall habe gemäss

Artikel 8 VwVG die Pflicht bestanden, die Angelegenheit an die zuständige Behörde weiterzuleiten.

Hinsichtlich der seit Mai 2002 geänderten tatsächlichen Verhältnisse verweisen die Beschwerdeführerinnen noch einmal auf die zahlenmässige Entwicklung bezüglich Breitbandinternetkunden. Hier werde die Grenze von einer Million nächstens überschritten, weshalb das mittels Verfügung vom 15. Dezember 2003 definitiv verbotene Rabattschema, welches Maximalrabatte bei einer Anzahl von 20'000 Kunden vorgesehen habe, nicht mehr relevant sein könne. Auf Grund der steigenden Kundennachfrage sei auch der Ausbau der Kabelinternetinfrastruktur weiter ausgebaut worden. Auch seien die Angebote verschiedentlich an die Bedürfnisse der Privat- und Geschäftskunden hinsichtlich Download- und Uploadkapazitäten angepasst worden. Schliesslich werde der Preis von Bluewin für den breitbandigen Internetzugang (geringste Bandbreite) von verschiedenen Anbietern unterboten. Selbst wenn der Rabatt, welchen die Beschwerdeführerinnen auf Grund des Massnahmeentscheides sämtlichen Bezügerinnen der Wholesalebreitbanddienste gewähren müsse, nicht berücksichtigt werde, lägen die Wholesalekosten für die Internet Service Provider immer noch deutlich unter den Endkundenpreisen von Bluewin. Auch ohne den Massnahmeentscheid sei es auf Grund des Rabattschemas sämtlichen Internet Service Providern noch möglich, beim aktuellen Preisniveau ADSL-Dienste gewinnbringend anzubieten.

- C. In ihrer Vernehmlassung vom 10. Mai 2004 beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 und die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 hätten die gleiche Streitsache zum Objekt, nämlich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Rabattsystems in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS der Swisscom Fixnet. Die Zwischenverfügung und die Endverfügung bildeten somit verfahrensrechtlich und inhaltlich ein Ganzes. Der Devolutiveffekt bewirke nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht, dass die gesamte Rechtssache in die Kompetenz der Rekursinstanz falle. So solle die gleichzeitige Doppelbehandlung des Falles durch die Erst- und Zweitinstanz im Sinne der Prozessökonomie vermieden werden. Auch gelte es Entscheidwidersprüche zu vermeiden.

Der Verweis auf Artikel 58 VwVG sei unbehelflich, da die massgebende Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht angefochten worden sei. Entsprechend habe die Wettbewerbskommission hierzu auch keine Vernehmlassung einreichen können.

Hinsichtlich Überweisungspflicht führte die Vorinstanz aus, nur diejenige Behörde könne eine Verfügung allenfalls in Wiedererwägung ziehen, welche sie erlassen habe, also sie selber (was ihr zufolge des Devolutiveffekts der Beschwerde jedoch

nicht mehr möglich sei). Sie gehe daher keineswegs davon aus, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Wiedererwägung zuständig sei. Entsprechend habe auch keine Überweisungspflicht bestanden.

- D. Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 unterbreitete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Vorinstanz die Fragen, weshalb sie die vorsorgliche Massnahme auf den Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung in der Hauptsache begrenzt habe, und falls sich ihre diesbezügliche ursprüngliche Beurteilung geändert haben sollte, welche Umstände dafür sprächen, die Massnahme über diesen Zeitpunkt hinaus andauern zu lassen. In ihrer Antwort vom 8. Juli 2004 führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, sie sei in ihrer Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen davon ausgegangen, dass die angeordneten Massnahmen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache Wirkung entfalten sollten. Dies entspreche der allgemeinen Regelung im Verwaltungsverfahren, von der man nicht habe abweichen wollen. Es liege im Interesse der Rechtssicherheit während des Verfahrens, die Massnahmen grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache andauern zu lassen. Auch in der Sache sei es sinnvoll, den Internet Service Providern während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens die gleich hohen Rabattstufen zu gewähren, bis die zuständige Behörde die Anordnung allenfalls anpasse.
- E. Mit Schreiben vom 20. August 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird, soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, prüft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 73).
 - 1.1 Vorliegend ist die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. März 2004 angefochten. In dieser Verfügung lehnte es die Wettbewerbskommission ab, auf das Gesuch vom 27. Februar 2004 um Wiedererwägung der mit Verfügung vom 6. Mai 2002 angeordneten vorsorglichen Massnahmen einzutreten.
 - 1.2 Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG, SR 251] sowie Art. 44 ff. und Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen [VRSK, SR 173.31]).

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG).

Vorliegend sind die Beschwerdeführerinnen Adressatinnen der angefochtenen Nichteintretensverfügung im Sinn von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VwVG. Sie sind im erstinstanzlichen Verfahren mit ihrem Antrag unterlegen, die angeordneten vorsorglichen Massnahmen seien zu widerrufen, eventualiter an die veränderten tatsächlichen Verhältnisse anzupassen. Sie sind daher formell beschwert und zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt.
 - 1.3 Die angefochtene Verfügung ist instanzabschliessend und keine Zwischenverfügung. Die Vorinstanz hat die Beschwerdefrist daher zu Recht auf 30 Tage festgelegt (Art. 50 VwVG). Die Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 29. März 2004 ist innerhalb dieser Frist eingegangen.

1.4 Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen ist gehörig bevollmächtigt (Art. 11 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

1.5 Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Das Kartellgesetz 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 (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (Art. 2 KG).

Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG). In deren Rahmen ist die Wettbewerbskommission befugt, zur Sicherung des wirksamen Wettbewerbs vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. statt vieler Entscheide: REKO/WEF FB/2002-5 E. 3, publiziert in RPW 2003/2, S. 406 ff.).

Existieren keine Vorschriften im Sinn von Artikel 3 des Kartellgesetzes, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen ausschliessen, ist die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 18 Absatz 3 des Kartellgesetzes zuständig zum Erlass von Verfügungen über die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden (Art. 5 und 6 KG) und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG).

Haben sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert, kann die Wettbewerbskommission den Entscheid auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen widerrufen oder ändern (Art. 30 Abs. 3 KG).

Die Bestimmungen des VwVG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die Behörde, die sich

als unzuständig erachtet, überweist die Sache ohne Verzug der zuständigen Behörde; erachtet sie ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, pflegt sie darüber ohne Verzug einen Meinungs austausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Art. 8 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG).

Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen ergreifen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (Art. 56 VwVG).

Die Vorinstanz kann die angefochtene Verfügung bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG).

3. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz auf das Gesuch um Widerruf, eventualiter Anpassung der vorsorglichen Massnahmen zu Recht nicht eingetreten ist. Dies ist davon abhängig, welche Geltungsdauer erstinstanzlich angeordnete vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich und im konkreten Fall haben, ob sie abgeändert werden können, und wenn ja, von welcher Behörde, nachdem gegen die Verfügung in der Hauptsache Beschwerde eingereicht worden ist.
 - 3.1 Das VwVG äussert sich nicht zur Geltungsdauer von erstinstanzlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen. Das hängt schon damit zusammen, dass es vorsorgliche Massnahmen *vor* Erlass der Verfügung in der Hauptsache nicht ausdrücklich vorsieht.
 - 3.2 Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist die Frage der Geltungsdauer vorsorglicher Massnahmen unter Berücksichtigung ihres Zwecks, der Literatur sowie mittels eines Vergleichs mit anderen Verfahrensordnungen zu beantworten.
 - 3.2.1 Zweck vorsorglicher Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht ist der vorläufige Schutz des wirksamen Wettbewerbs, subsidiär der von einer bestimmten Verhaltensweise betroffenen Unternehmen, vor einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil durch eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbe-

schränkung, der bereits vor dem Entscheid in der Hauptsache entstehen könnte. Ein allfälliger korrigierender Eingriff der Wettbewerbsbehörde soll dereinst nicht wegen Zeitablauf und Veränderung der Verhältnisse wirkungslos bleiben. Vorsorgliche Massnahmen stellen in diesem Sinne die Wirksamkeit einer allenfalls später zu treffenden definitiven Anordnung sicher und regeln die Rechte oder Pflichten eines dem Kartellgesetz unterstellten Unternehmens, bis die in Frage stehende wettbewerbsrelevante Verhaltensweise beurteilt ist.

- 3.2.2 Nach der Lehre gelten vorsorgliche Massnahmen *im engeren Sinn* (ohne das Institut der aufschiebenden Wirkung) bis zum formell rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Referat zum Schweizerischen Juristentag 1997, ZSR 1997 II, S. 253 ff., S. 392, N 193; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 120 ff., S. 122 N 337; Christoph Schaub, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990, S. 92 f.; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 212, N 1095; Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 90, N 3.13), dies im Gegensatz zur aufschiebenden Wirkung, welche vom VwVG ebenfalls als vorsorgliche Massnahme bezeichnet wird (Marginale zu Art. 55 und 56 VwVG), und welche grundsätzlich mit dem Entscheid in der Hauptsache dahinfällt. Dass das VwVG die aufschiebende Wirkung als vorsorgliche Massnahme auffasst, ist laut Gygi nicht selbstverständlich (Fritz Gygi, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 1976, S. 1 f.). Es erklärt sich dadurch, dass der bundesrätliche Entwurf zum Verwaltungsverfahrensgesetz der Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich *keine* aufschiebende Wirkung zuerkannte. Diese musste im Einzelfall durch vorsorgliche Massnahme erteilt werden, was mittels Einräumung der aufschiebenden Wirkung oder, wo dies zur einstweiligen Erhaltung eines tatsächlichen oder rechtlichen Zustands erforderlich ist, mittels anderen Massnahmen geschehen kann. Die vorsorglichen Massnahmen des VwVG waren also dazu bestimmt zu verhindern, dass durch die sofortige Wirksamkeit der Verfügung nachteilige Wirkungen eintreten. Die aufschiebende Wirkung schützt den Adressaten einer belastenden Verfügung davon, dass die Anordnung Wirkungen entfaltet, bevor sie rechtlich überprüft worden ist.
- 3.2.3 Die Auffassung, dass vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dauern, steht im Einklang mit kantonalen Zivilprozess- und Verwaltungsverfahrensgesetzen, die erstinstanzliche vorsorgliche Massnahmen, die vor einem Urteil beziehungsweise einer Verfügung in der Hauptsache ergehen und der Erhaltung eines bestehen-

den Zustandes oder der Sicherstellung der Vollstreckung dienen, ausdrücklich vorsehen und diese von der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise von deren Entzug unterscheiden. Solche einstweilige Verfügungen (Zivilprozess) beziehungsweise vorsorgliche Massnahmen (Verwaltungsverfahren) fallen kraft ausdrücklicher Anordnung mit dem rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dahin, gelten also auch während eines Rechtsmittelverfahrens. Über allfällige Abänderungen entscheidet nach Ergreifen eines Rechtsmittels in der Hauptsache die obere Instanz (vgl. Art. 326, 330, 348 ZPO BE, Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Dritte Auflage, Bern 1978, S. 264, 267, 271; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1 zu Art. 331; Art. 27 und 28 VRPG BE; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 28, N 2 - 5; Kölz/Bosshard/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 101 ff., N 1 - 8, 24, 29, 31).

- 3.3 Vorsorgliche Massnahmen, die mit Blick auf einen zu sichernden Endentscheid im Interesse des wirksamen Wettbewerbs und subsidiär im Interesse anderer Marktteilnehmer vorübergehend Rechte oder Pflichten eines Unternehmens regeln, gelten somit grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache, es sei denn, die verfügende Behörde oder die Rechtsmittelinstanz habe etwas anderes angeordnet (Ziffer 3.6).
- 3.4 Dass vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich abänderbar sind, wird in der Literatur nicht bezweifelt. Einerseits wird vertreten, vorsorgliche Massnahmen könnten jederzeit an eine veränderte Lage angepasst werden, wenn die Umstände, die zu ihrem Erlass geführt haben, nicht mehr gegeben sind und damit das schutzwürdige Interesse an ihrer Aufrechterhaltung entfalle; dies gelte auch dann, wenn sie nicht oder erfolglos angefochten worden sind (vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 143; Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., S. 212, Rz 1095; Moser/Uebersax, a. a. O., S. 90 und Fn. 33). Andererseits wird wie bei anderen rechtskräftigen Verfügungen vertreten, nur eine wesentliche Änderung der Umstände, der Sach- oder Rechtslage vermöchten eine Anpassung der Verfügung herbeizuführen (Isabelle Häner, a. a. O., S. 392).

Entfällt eine der Voraussetzungen des Erlasses vorsorglicher Massnahmen, besteht grundsätzlich Anlass zu ihrer Überprüfung. Denn der aufgrund einer bloss summarischen Prüfung angeordnete Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit lässt sich diesfalls nicht mehr halten. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt aus diesem Grund die erstgenannte Meinung (weitere Nachweise zu dieser bei Häner, a. a. O., S. 392, Fn. 591).

3.5 Das Verwaltungsverfahrensgesetz bestimmt nicht ausdrücklich, welche Behörde nach Einreichung einer Beschwerde gegen die Verfügung in der Hauptsache zur Abänderung erstinstanzlicher vorsorglicher Massnahmen zuständig ist. Das erklärt sich wiederum daraus, dass es solche Massnahmen selber nicht ausdrücklich vorsieht.

3.5.1 Die Antwort ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens und dem Umstand, dass die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht (Devolutiveffekt der Verwaltungsbeschwerde, Art. 54 VwVG). Die verfügende Behörde verliert die Zuständigkeit, sich mit dem Streitgegenstand als Rechtspflegeinstanz zu befassen. Der Devolutiveffekt ist umfassend (BGE 127 V 228 E. 2b, BGE 125 V 345 E. 2b; Gygi, a. a. O., S. 189, Kölz/Häner, a. a. O., S. 146 Rz. 398, S. 236 Rz. 660, S. 341 Rz. 963, Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Basel 1979, S. 204 f.).

Inhaltlich und verfahrensmässig besteht zwischen den Massnahmen und dem Hauptverfahren auch im vorliegenden Fall ein enger Zusammenhang, da sich beide Verfahren auf dieselbe unternehmerische Verhaltensweise beziehen (Rabattgestaltung eines marktmächtigen Unternehmens).

3.5.2 Das gleiche Resultat ergibt sich aus der Befugnis der Beschwerdeinstanz, nach Einreichung einer Beschwerde vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, andere Massnahmen; Art. 55 und Art. 56 VwVG).

3.5.3 Kantonale Verfahrensgesetze sehen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Abänderung erstinstanzlich erlassener vorsorglicher Massnahmen für die Zeit nach einer Beschwerde in der Hauptsache ausdrücklich vor (Ziffer 3.2.3).

3.5.4 Dass die Vorinstanz ihre Verfügung bis zur Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen kann, durchbricht den Devolutiveffekt vorliegend nicht. Artikel

58 Absatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes hätte es der Vorinstanz zwar ermöglicht, ihre Verfügung in der *Hauptsache* bis zur Vernehmlassung zur Verwaltungsbeschwerde vom 15. März 2004 wiederzuerwägen, nicht jedoch die Massnahmeverfügung, da gegen diese keine Beschwerde erhoben worden ist, zu welcher sich die Vorinstanz hätte vernehmen lassen können.

3.5.5 Zuständig zur Abänderung bestehender erstinstanzlich erlassener Massnahmen und zur Anordnung neuer vorsorglicher Massnahmen ist nach Einreichung einer Beschwerde in der *Hauptsache* somit die Beschwerdeinstanz.

3.6 Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz im vorliegenden Fall etwas anderes angeordnet hat als das Fortdauern der vorsorglichen Massnahme bis zum rechtskräftigen Entscheid in der *Hauptsache* (vorbehältlich Anpassung durch die Beschwerdeinstanz), indem sie die Massnahme dem Wortlaut der Verfügung nach limitierte "bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft".

3.6.1 Begründet dieser Wortlaut eine Ausnahme vom Grundsatz der Geltung vorsorglicher Massnahmen bis zum rechtskräftigen Entscheid in der *Hauptsache*, wäre die angeordnete Massnahme am 15. Dezember 2003 dahingefallen und könnte nicht mehr in Wiedererwägung gezogen beziehungsweise widerrufen oder angepasst werden, weder von der Vorinstanz noch von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Die Vorinstanz wäre diesfalls auf das Begehren zu Recht nicht eingetreten (wenn auch mit unzutreffender Begründung).

3.6.2 Ist nichts anderes angeordnet worden, weil die Vorinstanz ihrer Erläuterung vom 8. Juli 2004 zufolge keine Ausnahme vom genannten Grundsatz bewirken wollte, von welcher Interpretation auch die Beschwerdeführerinnen ausgehen, gilt die angeordnete Massnahme grundsätzlich weiter und ist sie der Anpassung an veränderte Verhältnisse zugänglich. Ein Nichteintreten auf das Begehren wäre in dieser Option ebenfalls korrekt.

3.6.3 Letztlich kann offen bleiben, ob die Vorinstanz in ihrer Massnahmeverfügung etwas anderes angeordnet hat als deren Geltung bis zum rechtskräftigen Ent-

scheid in der Hauptsache. Diese Frage ist nur für die Zukunft von Bedeutung, und die Situation präsentiert sich in beiden Fällen praktisch gleich:

- Ist die Massnahme mit der Verfügung vom 15. Dezember 2003 dahingefallen, ist es Sache der Rekurskommission zu regeln, was bis zum Entscheid in der Hauptsache zu gelten hat. Da die Parteien in dieser Option - wenn auch zu Unrecht - davon ausgehen, dass die Massnahme noch gilt, kann die Rekurskommission die ursprüngliche Massnahme supervisorisch neu anordnen und die Parteien alsdann zur Frage anhören, ob und welche Anpassungen vorzunehmen sind.
- Besteht die Massnahme noch, kann die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dies zur Klärung der Situation feststellen und den Parteien ebenfalls Gelegenheit bieten, sich zu einer allfälligen Anpassung der Massnahme auszusprechen.

3.7 Als Schlussfolgerung ergibt sich, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht eingetreten ist.

4. Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe ihre Pflicht zur Überweisung des Wiedererwägungsgesuchs an die zuständige Behörde (Art. 8 Abs. 1 VwVG) verletzt.

4.1 Für die Konstellation "Fortdauern der vorsorglichen Massnahme bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache" trifft dies nach den vorstehenden Ausführungen zu. Dauert die Massnahme fort, wie die Vorinstanz im Schreiben vom 8. Juli 2004 argumentiert, kann die Aussage in ihrer Vernehmlassung vom 10. Mai 2004 nicht zutreffen, nach welcher weder sie noch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für eine Anpassung an veränderte Verhältnisse zuständig sei.

4.2 Stellt man dagegen auf den Wortlaut der Massnahmeverfügung und damit die Konstellation gemäss Ziffer 3.6.1 ab, in der die vorsorgliche Massnahme am 15. Dezember 2003 weggefallen wäre, hat keine Überweisungspflicht bestanden. Dann ist aber die Aussage im Schreiben vom 8. Juli 2004 unzutreffend, nach welcher die vorsorgliche Massnahme bis zur Rechtskraft des Hauptentscheides dauern solle.

- 4.3 Da sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Beschwerdeverfahren (FB/2004-2) in beiden Fällen mit der Frage einer allfälligen Anpassung der ursprünglichen vorsorglichen Massnahme befassen wird (Ziffer 3.6.3; vgl. auch die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom heutigen Datum im Verfahren FB/2004-2), entfällt ein Nachteil der Beschwerdeführerinnen aus einer allfälligen pflichtwidrigen Nichtüberweisung des Wiedererwägungsgesuchs. An der Schlussfolgerung, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch zu Recht nicht eingetreten ist, ändert die Nichtüberweisung des Gesuchs nichts.
5. Bei diesem Verfahrensausgang unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Deshalb sind sie - unter solidarischer Haftung einer jeden für das Ganze - kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 7 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Der von ihnen zu tragende Kostenanteil wird mit den am 7. April 2004 geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 600.- (total Fr. 1 200.-) verrechnet.

Eine Parteientschädigung ist den unterliegenden Beschwerdeführerinnen nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Verfahrenskosten.
3. Parteientschädigung.
4. Rechtsmittelbelehrung.
5. Eröffnung.

REKURSKOMMISSION
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident
H. Urech

Der juristische Sekretär
T. Reidy