

| | |
|-----|---|
| B 3 | <i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza |
| B 3 | <i>1. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG/Weko</i> |

Abschreibungsverfügung (Geschäfts-Nr. FB/2005-7) vom 31. Oktober 2005 in Sachen Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1), Swisscom Solutions AG (Beschwerdeführerin 2), Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin 3) (Verwaltungsbeschwerde vom 20.5.2005) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 9.5.2005; Schreiben vom 11.5.2005) betreffend Untersuchung

Es hat sich ergeben:

A. Am 16. Februar 2004 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung (vgl. BBl 2004 1097) gegen die Swisscom AG und die Swisscom Enterprise Solutions AG (nach Absorption durch die Swisscom Systems AG und deren Umfirmierung, ab 5.1.2005: Swisscom Solutions AG), um das Preissetzungsverhalten der Swisscom Solutions AG im Bereich Telefondienstleistungen für Geschäftskunden näher abzuklären.

Nachdem das Sekretariat die Swisscom am 25. März 2004 über das Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes orientiert hatte, reichte die Swisscom AG im eigenen sowie im Namen der Swisscom Solutions AG und der Swisscom Mobile AG am 7. April 2004 ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmungen" betitelt Schreiben ein.

Mit Schreiben vom 13. April 2004 teilte das Sekretariat der Swisscom AG mit, das eingereichte Schreiben sei im Lichte der Übergangsbestimmung des Kartellgesetzes keine "Meldung", da der mitgeteilte Sachverhalt den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sei.

Mit Gesuch vom 12. Mai 2004 stellten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG und die Swisscom Mobile AG bei der Wettbewerbskommission ein Gesuch mit dem hauptsächlichen Antrag, es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Verfügung 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 hätten und dass für den gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden könne.

Mit Verfügung vom 8. November 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht ein.

Gegen diese Nichteintretensverfügung erhoben die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG am 22. November 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

Mit Beschwerdeentscheid vom 18. März 2005 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung vom 8. November 2004 auf (FB/2004-9). Sie erwog, dass das Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmungen zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle. Soweit weiter gehend wurde die Beschwerde abgewiesen.

Dagegen erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement am 6. Mai 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht (Verfahren 2A.287/2005).

B. Im Rahmen der Untersuchung "Telefondienstleistungen für Grosskunden" stellte das Sekretariat am 19. Oktober 2004 verschiedenen Fernmeldedienstleistern - darunter auch Swisscom - einen Fragebogen zu. Auf Gesuch hin erstreckte das Sekretariat der Swisscom die Frist zur Beantwortung des Fragebogens bis 20. Dezember 2004.

Mit Gesuch vom 15. Dezember 2004 beantragten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG die Sistierung der Untersuchung "Telefondienstleistungen für Grosskunden", bis rechtskräftig über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung der Gesuchstellerinnen vom 7. April 2004 entschieden sei. Das Sekretariat legte seine ablehnende Auffassung zum Sistierungsgesuch mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 dar und forderte die Gesuchstellerinnen auf, mitzuteilen, ob sie am Begehren festhalten würden. Mit Schreiben vom 7. Januar 2005 hielten die Gesuchsteller an ihrem Sistierungsgesuch fest.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2005 (Versand: 11. Mai 2005) wies die Wettbewerbskommission das Gesuch um Sistierung der Untersuchung "Telefondienstleistungen für Grosskunden" ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. In der Begründung führte sie unter anderem aus, der Swisscom entstehe, wenn die Untersuchung nicht sistiert werde, kein nicht wieder gutzumachender Nachteil.

Mit "Erinnerungs-"Schreiben vom 11. Mai 2005 forderte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Swisscom AG auf, den Fragebogen vom 19. Oktober 2004 bis zum 12. Juni 2005 zu beantworten. Hinsichtlich eines allfälligen Auskunftsverweigerungsrechts führte das Sekretariat aus, dieses bestünde nur, wenn Antworten verlangt würden, durch die Swisscom eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste. Die Verpflichtung zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen und

zur Vorlage vorhandener Unterlagen würde ihre Verteidigungsrechte sowie den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen. Falls gewisse Fragen diesen Prinzipien nach Meinung der Swisscom zuwiderliefen, sei zu begründen, inwieweit die Beantwortung dieser Fragen zu einem direkten oder indirekten Schuldeingeständnis führen könne.

C. Gegen die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005 und das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 erhoben die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch [...] von der Swisscom AG, am 20. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit den Rechtsbegehren:

"1. Die Zwischenverfügung der Weko vom 9. Mai 2005 sowie die Zwischenverfügung des Sekretariats der Weko vom 11. Mai 2005 seien aufzuheben.

2. Die Untersuchung betreffend "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" sei zu sistieren und der Weko und dem Sekretariat der Weko sei zu untersagen, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, bis rechtskräftig über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 entschieden ist."

3. Die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde sei wieder herzustellen.

Eventuell sei die Untersuchung betreffend "Telefoniedienstleistungen Grosskunden" bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Sistierung vorsorglich zu sistieren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Weko oder der Staatskasse."

In formeller Hinsicht führen die Beschwerdeführerinnen aus, das Erinnerungsschreiben des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 11. Mai 2005 stelle eine anfechtbare Zwischenverfügung dar.

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" sei notwendig, da die Frage, ob ihrer Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zukomme, noch nicht rechtskräftig entschieden sei. Sie hätten folglich zu gewärtigen, dass das ihnen vorgeworfene Verhalten gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert werden könnte. Da einer solchen Sanktion strafrechtlicher Charakter zukomme, müsse bereits die Untersuchung der Wettbewerbskommission nach den Verfahrensgarantien von Artikel 29 ff. BV, Artikel 6 EMRK und Artikel 14 UNO-Pakt II durchgeführt werden. Danach stünden dem beschuldigten Unternehmen unter anderem das Recht auf Verteidigung, auf rechtliches Gehör, auf Waffengleichheit sowie das Recht zur Aussageverweigerung zu. Diese Verteidigungsrechte gingen bedeutend weiter als die Parteirechte nach VwVG. In der bisherigen Untersuchung seien diese besonderen Verteidigungsrechte nicht beachtet wor-

den. Weiter vermöge die Art der Verfahrenseröffnung dem Akkusationsprinzip nicht zu genügen.

Da die Beschwerdeführerinnen keine gesicherten Kenntnisse über die ihnen zustehenden Verteidigungsrechte hätten, werde eine adäquate Verteidigung im Verfahren verunmöglicht.

Den nicht wieder gutzumachenden Nachteil, welcher zur selbstständigen Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung berechtige, sehen die Beschwerdeführerinnen im Umstand, dass - sofern ihnen am Ende eine Sanktion auferlegt werde - diese Bestrafung unter Verletzung elementarer verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien erfolgen werde. Diese Verletzung könne in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geheilt werden.

Ein Aufschub für die Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004 sei geboten, da die gestellten Fragen weit über das hinaus gingen, was gemäss Eröffnung vom 16. Februar 2004 beziehungsweise Schlussbericht der Vorabklärung Gegenstand der Untersuchung sei. Im Übrigen sei es entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission praktisch kaum möglich, Fragen rein tatsächlicher Natur von solchen mit belastendem Charakter zu unterscheiden. Zudem sei eine unverzügliche Beantwortung des Fragebogens nicht notwendig.

Schliesslich seien keine überzeugenden Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung gegeben. Es gelte zu berücksichtigen, dass es sich um eine Grundsatzfrage handle, ob den Beteiligten an einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren mit strafrechtlichem Charakter die besonderen Verfahrensgarantien nach BV, EMRK und UNO-Pakt II zustünden. Die Wettbewerbskommission habe zudem die Verlängerung der hier massgebenden Untersuchung massgeblich selber verursacht.

D. Die Wettbewerbskommission liess sich am 30. Mai 2005 zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit dem Antrag vernehmen, dieses sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

In der Vernehmlassung vom 3. Juni 2005 zur Hauptsache beantragt die Wettbewerbskommission, es sei auf die Beschwerden gegen die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005 und gegen das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 nicht einzutreten. Eventuell seien diese abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2005 könne nicht Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsbeschwerde sein, da die Ablehnung des Sistierungsgesuches für die Beschwerdeführerinnen keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könne. Ein solcher könne bestenfalls bestehen, wenn die den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verteidigungsrechte effektiv verletzt würden. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen werde die hier massgebende Untersuchung nicht ausschliesslich nach den Grundsätzen des VwVG geführt. Was die geltend gemachte Verletzung des Akkusationsprinzips angehe, hätten die Beschwerdeführerinnen einen diesbezüglichen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nicht dargelegt. Im Übrigen gingen die im Auskunftsbegehren gestellten Fragen

nicht über den zu untersuchenden Sachverhalt - wie er im Schlussbericht vom 31. Januar 2004 beschrieben worden sei - hinaus.

In materieller Hinsicht hätten die Beschwerdeführerinnen nicht aufgezeigt, inwiefern das vor dem Bundesgericht hängige Verfahren betreffend eine allfällige Sanktionierbarkeit von Swisscom eine präjudizielle Wirkung auf das Endresultat der Untersuchung haben könne. Die Frage der anwendbaren Verfahrensordnung stelle sich zudem nur bei einzelnen Untersuchungshandlungen. Diese könnten einzeln bestritten und/oder aufgehoben werden. Deshalb rechtfertigt sich die Sistierung des gesamten Verfahrens nicht.

Dem Schreiben des Sekretariats komme sodann sowohl aus formalrechtlichen als auch aus inhaltsbezogenen Gründen kein Verfügungscharakter zu.

E. Mit Schreiben vom 4. Juli 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements gut und hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005 im angefochtenen Umfange auf. Das Bundesgericht stellte fest, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

Im Schreiben an die Beschwerdeführerinnen vom 7. September 2005 führte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aus, gemäss ihrer Auffassung sei der geltend gemachte Sistierungsgrund dahin gefallen, weshalb das Beschwerdeverfahren im Hauptpunkt gegenstandslos geworden sei. Dieser Auffassung schlossen sich die Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 23. September 2005 an.

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. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf die Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (REKO/WEF FB/2003-15 E. 1, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625 E. 1, mit weiteren Hinweisen).

1.1. Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251, und Art. 44 ff. sowie Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisati-

on und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreterin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2. 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).

Schutzwürdig ist ein solches Interesse nur, wenn die Beschwerdeführerinnen nicht bloss bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung beziehungsweise an der Überprüfung der von ihr erhobenen Rügen verfügt (BGE 123 II 285 E. 4, 118 Ia 488 E. 1, 116 Ia 149 E. 2a und 111 Ib 56 E. 2; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 105). Fällt das schutzwürdige Interesse im Verlaufe des Verfahrens dahin, so wird die Sache aus diesem Grund gegenstandslos und ist ohne Urteil als erledigt zu erklären und abzuschreiben (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 326; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, a.a.O., S. 132).

Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) feststellte, das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 stelle keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 dar, ist der geltend gemachte Sistierungsgrund und damit der Hauptstreitgegenstand in diesem Verfahren weggefallen. Infolgedessen ist ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen an einem Sachurteil über die Streitsache im Hauptpunkt zu verneinen. Demzufolge ist das Verfahren diesbezüglich als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

1.3. Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos, entscheidet die Rekurskommission EVD nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; GYGI, a.a.O., S. 326; VPB 57.16 E. II./3.1). Bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist somit auf den mutmasslichen Ausgang des Prozesses abzustellen. Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen; vielmehr muss es bei einer knappen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nicht ein materielles Urteil gefällt und unter Umständen der Entscheid in einer heiklen Rechtsfrage präjudiziert werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang eines Verfahrens im konkreten Fall nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird

in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben. Die Regelung bezweckt, denjenigen, der in guten Treuen Beschwerde erhoben hat, nicht im Kostenpunkt dafür zu bestrafen, dass die Beschwerde infolge nachträglicher Änderung der Umstände abzuschreiben ist, ohne dass ihm dies anzulasten wäre (vgl. BGE 118 Ia 488 E. 4a, mit Hinweisen).

Die Kosten sind daher so zu verlegen, wie es sich nach dem Stand der Streitsache vor der Gegenstandslosigkeit die Prozessaussichten darboten. Es ist summarisch zu beurteilen, wie die Beschwerde materiell zu entscheiden gewesen wäre (GYGI, a.a.O., S. 326).

2. Die nachfolgenden Erwägungen befassen sich vorab mit der angefochtenen Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005, mit welcher das Gesuch um Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" abgewiesen wurde (E. 2.1. ff.) und hernach mit dem ebenfalls angefochtenen Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 (E. 4 ff.).

2.1. Nach dem VwVG ist eine Zwischenverfügung selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anfechtbar, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung gilt unter anderem auch eine Verfügung über die Sistierung des Verfahrens (Art. 45 Abs. 2 Bst. c VwVG). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss aber auch in den in Artikel 45 Absatz 2 VwVG ausdrücklich genannten Fällen vorliegen (BGE 120 Ib 97 E. 1c; 116 Ib 344 E. 1c; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 517; RHINOW/KOLLER/KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel und Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1238 ff.).

Nachfolgend bleibt deshalb summarisch zu klären, ob den Beschwerdeführerinnen mit der verweigerten Sistierung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil hätte erwachsen kann.

2.2. Das besondere Rechtsschutzinteresse zur sofortigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung liegt im Nachteil, der entstände, wenn die Anfechtung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (vgl. GYGI, a.a.O., S. 142 f., mit Verweis auf Art. 45 Abs. 3 VwVG; vgl. auch: BGE 124 V 82 E. 4, mit weiteren Hinweisen auf die Praxis).

Der Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Als "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" anerkennt das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in seiner konstanten Rechtsprechung auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es einem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib

344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c). Nach der Praxis des Bundesgerichtes können jedoch Prozessökonomie, Gründe der Zweckmässigkeit oder das wohlverstandene Interesse der Gegenpartei Ausnahmen vom Eintretenserfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gebieten. Dies trifft namentlich auf Zwischenverfügungen gerichtsorganisatorischer Art zu, die ihrer Natur nach endgültig zu erledigen sind, bevor das Verfahren weitergeführt werden kann - im Wesentlichen solche über die (sachliche oder örtliche) Zuständigkeit und die Zusammensetzung der entscheidenden Behörde (BGE 126 I 207 E. 1b, 124 I 255 E. 1b, mit Hinweisen; GYGI, a.a.O., S. 142).

2.3. Die Beschwerdeführerinnen machen zum nicht wieder gutzumachenden Nachteil unter anderem geltend, sie hätten bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Frage, ob ihrer Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zukomme, weiterhin mit einer Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG zu rechnen. Deshalb müsse die Untersuchung "Telefoniedienstleistungen Grosskunden" bereits jetzt entsprechend den Verfahrensgarantien von Artikel 29 ff. BV, Artikel 6 EMRK und Artikel 14 UNO-Pakt II geführt werden. Diese Rechte gingen zum Teil bedeutend weiter als dies das VwVG vorsehe, so beispielsweise hinsichtlich der Unschuldsvermutung und des Rechts zur Aussageverweigerung. Die Kenntnis über die ihnen zustehenden Verteidigungsrechte stelle ein schutzwürdiges Interesse dar. Würde die Untersuchung wie bis anhin ausschliesslich nach den Grundsätzen des VwVG weitergeführt und am Ende eine Sanktion auferlegt, so würde die Bestrafung unter Verletzung elementarer verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien erfolgen. Diese Verletzung könne nicht zu einem späteren Zeitpunkt geheilt oder wieder gutgemacht werden. Die Missachtung von Verteidigungsrechten in einem früheren Abschnitt des Verfahrens könne die Fairness des gesamten Verfahrens in Frage stellen.

Die Wettbewerbskommission führt hinsichtlich eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils aus, ein solcher könne erst entstehen, wenn die den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verteidigungsrechte effektiv verletzt würden, das heisst wenn sie trotz eines allfälligen Auskunftsverweigerungsrechts zu einer Auskunft verpflichtet würden.

2.4. Es ist zwar zutreffend, dass die in einem frühen Verfahrensabschnitt der Untersuchung nicht gewährten Verfahrensgarantien die Fairness des ganzen Verfahrens in Frage stellen können (MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 302, Rz. 472, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Damit ist jedoch noch nicht erklärt, inwiefern eine allfällige Nichteinhaltung dieser Garantien zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil führen muss, wenn die gegebenenfalls nicht gewährten Verfahrensgarantien erst in der Beschwerde gegen das Untersuchungsergebnis gerügt werden könnten. In der Beschwerde wird jedenfalls nicht stichhaltig begründet, inwieweit eine allfällige Verletzung der von den Beschwerdeführe-

rinnen dargelegten Verfahrensgarantien nicht zu einem späteren Zeitpunkt (allenfalls im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens in der Hauptsache) geheilt werden könnte.

2.5. Es steht den Beschwerdeführerinnen frei, einzelne Untersuchungshandlungen der Wettbewerbsbehörde entweder im Bestand oder im Umfang zu bestreiten. Will die Wettbewerbsbehörde sodann - trotz Bestreitens - an ihrer Aufforderung beispielsweise zur Erteilung bestimmter Auskünfte oder zur Vorlage gewisser Urkunden festhalten, so hat sie dies mittels Verfügung zu tun. Diese wäre nach Artikel 44 KG in Verbindung mit Artikel 39 KG und Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe d VwVG selbstständig anfechtbar, sofern die Beschwerdeführerinnen nachweisen, dass ihnen daraus ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen könnte (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 248 f., mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur).

2.6. Grundsätzlich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Feststellung, ob ein im Sinne des Kartellgesetzes unzulässiges Verhalten vorliegt, unabhängig von sich daraus allenfalls ergebenden Rechtsfolgen (z.B. Sanktionen) gemacht werden kann. Die Weiterführung der Untersuchung kann diesbezüglich nicht als nicht wieder gutzumachender Nachteil angesehen werden, zumal im heutigen Zeitpunkt offen ist, ob und allenfalls welche den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verfahrensgarantien vom Sekretariat beziehungsweise von der Wettbewerbskommission bis zum Abschluss der Untersuchung effektiv nicht beachtet sein würden. Sodann ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht näher substantiiert, inwiefern allfällige Verletzungen von Verfahrensgarantien nicht ohne Nachteil mit Beschwerde gegen eine allfällige Sanktionsverfügung gerügt werden könnten. Immerhin gab die Wettbewerbskommission im Schreiben vom 11. Mai 2005 klar zum Ausdruck, dass sie die Verteidigungsrechte gemäss Artikel 29 ff. der schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, BV), Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte (SR 0.101; EMRK) sowie insbesondere das Auskunftsverweigerungsrecht im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung respektieren werde. Andererseits scheinen die Beschwerdeführerinnen selbst auch nicht auszuschliessen, dass ein ihnen möglicherweise zustehendes Aussageverweigerungsrecht wird respektiert werden können (Ziff. 27 in fine der Beschwerde vom 20.5.2005). Im Übrigen kann kaum davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht im Rahmen des Entscheids über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung vom 7. April 2004 (Verfahren 2A.287/2005) beziehungsweise in der Entscheidbegründung auch die Anwendbarkeit der von den Beschwerdeführerinnen im heutigen Verfahren geltend gemachten Verfahrensgarantien klären wird.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich gestützt auf die summarische Prüfung, dass mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht auf die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Wettbe-

werbskommission vom 9. Mai 2005 hätte eingetreten werden können.

3. Selbst wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil der Beschwerdeführerinnen anerkannt und auf die Beschwerde eingetreten worden wäre, wäre diese aus den nachfolgenden Gründen abzuweisen gewesen.

3.1. Für die Anordnung der Sistierung eines Verfahrens (Art. 45 Abs. 2 Bst. c VwVG) müssen hinreichende Gründe gegeben sein. Sie kann namentlich dann angezeigt und sinnvoll sein, wenn das Verfahren von einem künftigen Ereignis, beispielsweise von einem Entscheid in einem anderen Verfahren abhängt oder beeinflusst wird, und sich das Weiterführen des Verfahrens aus prozessökonomischen Gründen nicht rechtfertigen würde (BGE 123 II 1 E. 2b; 122 II 211 E. 3e). Eine allfällige Sistierung ist dabei unter Abwägung aller dafür und dagegen sprechenden Interessen zu beurteilen, zumal eine unnötige Sistierung auch eine Rechtsverzögerung bedeuten kann. Gegen eine Sistierung spricht insbesondere die Pflicht, ein behördliches Verfahren beförderlich durchzuführen. Beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, kommt den Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden allgemein ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGE 119 II 386).

3.2. Es wird von den Beschwerdeführerinnen nicht näher dargetan, inwiefern die von ihnen als Grundsatzfrage aufgefasste Problematik, nämlich nach welchen Verfahrensgarantien das vorliegende Untersuchungsverfahren durchzuführen sei, bei der Abwägung der Interessen auf Weiterführung oder Unterbrechung der kartellrechtlichen Untersuchung zu berücksichtigen ist. Vom Entscheid des Bundesgerichts beziehungsweise von dessen Begründung ist wie erwähnt kaum eine Klärung hinsichtlich der von den Beschwerdeführerinnen angesprochenen Verfahrensgarantien zu erwarten.

Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerinnen könnte selbst der Umstand, dass das Bundesgericht im Verfahren 2A.287/2005 der Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zuerkannt hätte, nicht als Sistierungsgrund anerkannt werden. Denn es wäre ohnehin unverhältnismässig, wenn das Sekretariat auf sämtliche Untersuchungshandlungen verzichten müsste, bis eine allfällige Sanktionierbarkeit der Beschwerdeführerinnen rechtskräftig feststünde, zumal sich die Frage der anwendbaren Verfahrensordnung hinsichtlich der zu gewährenden Verfahrensgarantien, wie die Vorinstanz zu Recht einwendet, nicht bei allen, sondern nur bei einzelnen Untersuchungshandlungen stellen dürfte.

4. Mit vorliegender Beschwerde ist ebenfalls das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 angefochten.

Die Wettbewerbskommission vertritt die Ansicht, es handle sich dabei um ein einfaches Erinnerungsschreiben, welches die vorgängig ergangene Aufforderung zur Auskunftserteilung sogar relativiere. Entsprechend könne dieses nicht als Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG qualifiziert werden.

Für die Beschwerdeführerinnen stellt dieses Schreiben eine anfechtbare Zwischenverfügung dar. Sie verweisen diesbezüglich auf einen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

Vorab gilt es, die Rechtsnatur dieses Schreibens summarisch zu prüfen.

4.1. Das vom Sekretariat der Wettbewerbskommission verfasste Schreiben vom 11. Mai 2005 ist weder als (Zwischen-)Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (vgl. Art. 35 VwVG). Es erging zwei Tage nach dem ablehnenden Entscheid über das Sistierungsgesuch und enthält nebst der Aufforderung zur Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004 auch die Aufforderung zur Begründung eines allfälligen Rechts zur Auskunftsverweigerung. Das Schreiben enthält keinen Verweis auf eine allfällige Auskunftspflicht nach Artikel 40 KG und auch keine Sanktionsandrohung nach Artikel 52 KG, für den Fall, dass die Fragen nicht beantwortet würden.

Im Entscheid *Swisscom Mobile AG gegen Wettbewerbskommission* vom 6. Februar 2004 betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission (FB/2003-12; publiziert in: RPW 2004/1, S. 204 ff., E. 2.2) hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, die erneute Zustellung eines Fragebogens (unter Weglassung von drei Fragen) stelle - nachdem ein Gesuch der *Swisscom Mobile AG* um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in der Hauptsache gutgeheissen worden sei - eine anfechtbare Zwischenverfügung dar. Auch nach Auffassung von STEFAN BILGER sind Aufforderungen des Sekretariats im Rahmen seiner Untersuchungstätigkeit beziehungsweise der Verfahrensleitung zur Auskunftserteilung, zum Ausfüllen von Fragebogen oder zur Edition von Dokumenten, als verfahrensleitende Handlungen zu qualifizieren, denen Verfügungsqualität zukommt. Dabei kommt es auf die äussere Form der Verwaltungshandlung bei der Beurteilung der Verfügungsqualität nicht an (BILGER, a.a.O., S. 108).

4.2. Anders verhält es sich mit dem hier angefochtenen Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005. Darin werden keine neuen Fragen gestellt, sondern Hauptinhalt ist die neue Fristansetzung für die Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004. Diese erneute Fristansetzung ist jedoch als (notwendige) Folge des Abschlusses des Untersuchungsverfahrens betreffend Sistierung des Untersuchungsverfahrens zu betrachten, welchem im Übrigen inhaltlich neben der Aufforderung zur Auskunftserteilung vom 19. Oktober 2004 keine selbstständige Verfügungsqualität beizumessen ist. Auch wenn das Sekretariat in diesem Schreiben seine Interpretation des Umfangs einer allfälligen Auskunftspflicht präzisiert, kann der Vorinstanz gefolgt werden, wenn sie diesem Schreiben keine Verfügungsqualität im Sinne von Artikel 5 VwVG beimisst. Dies umso mehr, als den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wird, gewisse Fragen nicht zu beantworten beziehungsweise zu begründen, inwieweit Fragen den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte oder den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht zu genügen vermögen. Andernfalls würde es aus den gleichen Gründen wie der angefochtenen Verfügung betreffend Nichtgewährung der Sistierung am nicht wieder gutzumachenden Nachteil fehlen, weshalb diesbezüglich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden kann.

4.3. Nach summarischer Prüfung hätte somit auf die Beschwerde gegen das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 ebenfalls nicht eingetreten werden können.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die vorliegende Verwaltungsbeschwerde nicht eingetreten worden wäre.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erweist sich ebenfalls als gegenstandslos (Entscheid des Bundesgerichts vom 24.6.2003 i.S. X, 1P.263/2003 E. 4; BGE 111 Ib 182 E. 2b; GYGI, a.a.O., S. 245).

Entsprechend dem Ausgang dieses Verfahrens erscheint es angezeigt, dass das Sekretariat die den Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 11. Mai 2005 zur Beantwortung des Fragebogens gesetzte Frist nochmals ansetzt.

6. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Diese werden mit dem am 30. Mai 2005 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF [...] verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschlossen.
2. [Verfahrenskosten]
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]