



Publikationsversion

Antwort des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF vom 23. Juni 2020 in Sachen Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen Wettbewerbskommission WEKO betreffend Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN

Die Aufsichtsbeschwerde der Swissterminal Holding AG, der Swissterminal Basel AG und der Swissterminal AG (zusammen nachfolgend: Swissterminal) vom 16. August 2019 an den Bundesrat beantworten wir wie folgt:

1.

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, mit der Zulassung des Zusammenschlusses von SBB und Hupac mit der deutschen Rethmann zur Gateway Basel Nord AG (nachfolgend: GBN) habe die WEKO – vermutlich ohne eigene Sachverhaltsabklärungen getroffen zu haben und entgegen der Beurteilung ihres Sekretariats – erstmals in ihrer Praxis eine Monopolbildung zugelassen, die den Wettbewerb beseitige. Der Entscheid werde mit dem (vermeintlichen) Effizienzgrund begründet, wonach im neuen Gateway internationale Güterzüge bis zu 750 Metern Länge umgeschlagen werden könnten und diese Züge bei sechs Gleisen nicht getrennt werden müssten. Die WEKO gehe zu Unrecht davon aus, dass sich dadurch der Rangieraufwand deutlich reduziere und die Züge schneller abgefertigt werden könnten. Der Entscheid der WEKO sei willkürlich, da sie ihr Plazet zum Zusammenschluss allein auf das «750-Meter-Argument» abstütze, richtigerweise aber den Zusammenschluss infolge Beseitigung des Wettbewerbs hätte untersagen müssen. Die WEKO habe es überdies in pflichtwidriger Weise unterlassen, anstelle eines Verbots zumindest geeignete Auflagen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und der übrigen Marktteilnehmer zu prüfen. Die Anzeigerin sei als Terminalbetreiberin und direkte Nachbarin des neuen Gateways durch die vorliegende Wettbewerbsbeseitigung direkt betroffen und in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet.

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die WEKO entscheide zwar gestützt auf ihr Geschäftsreglement selbständig, doch habe dieser Entscheid basierend auf den erarbeiteten Grundlagen des Sekretariats zu ergehen. Wolle die WEKO von einem Antrag des Sekretariats abweichen, so hätten die betreffenden Mitglieder einen substantiiert begründeten Gegenantrag zu formulieren. Wie bereits dargelegt, sei davon auszugehen, dass das Sekretariat keine rechtsgenügenden Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf die behauptete Effizienz der 750-Meter-Züge vorgenommen habe. Dass ein Mitglied der WEKO selber solche Abklärungen durchgeführt habe, sei nicht zu erwarten.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Anzeigerin die Edition der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen aus dem Prüfverfahren der WEKO, des Schlussantrags des Sekretariats und der Sitzungsunterlagen der WEKO einschliesslich Protokoll. Mit weiteren Eingaben vom 4. November 2019, 6. Januar 2020 und 13. März 2020 beantragt die Beschwerdeführerin jeweils die Sistierung des vorliegenden Aufsichtsverfahrens, bis die WEKO die angeforderten Dokumente zu den angeblichen Effizienzvorteilen vollständig herausgegeben habe respektive bis zum Abschluss des entsprechenden, noch hängigen BGÖ-Zugangsverfahrens.

2.

Nach Art. 71 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) kann jedermann jederzeit der Aufsichtsbehörde Tatsachen anzeigen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern. Die Aufsichtsbeschwerde kann sich grundsätzlich gegen alle Verwaltungshandlungen richten, sowohl gegen Verfügungen und Entscheide als auch gegen nicht förmliches Verwaltungshandeln, beispielsweise gegen (unterlassene) Rechtsgeschäfte oder organisatorische Massnahmen (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 772; BGE 128 1167; VPB 60.20). Nach konstanter Praxis behandeln die Bundesbehörden eine Aufsichtsbeschwerde nur dann, wenn eine wiederholte oder wiederholbare Verletzung von klarem materiellem Recht oder von Verfahrensrecht behauptet wird, die mit keinem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel gerügt werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1210; Oliver Zibung, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 71 N 11; VPB 68.101, 60.20, 59.59, 59.22, 56.37).

3.

Die WEKO ist eine ausserparlamentarische Kommission, die als solche der dezentralen Bundesverwaltung angehört (vgl. Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz über die Regierungs- und Verwaltungsorganisation, RVOG, SR 172.010 i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, RVOV, SR 172.010.1). Die WEKO ist in der Erfüllung ihrer Aufgaben weisungsungebunden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 7a Abs. 2 RVOV). Die Aufsicht über die dezentralisierten Verwaltungseinheiten wird vom Bundesrat wahrgenommen (Art. 8 Abs. 4 RVOG). Die Aufsicht wird durch die Spezialgesetzgebung geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 24 Abs. 3 RVOV).

Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) statuiert die Unabhängigkeit der WEKO von den übrigen Verwaltungsbehörden. Diese Unabhängigkeit ist umfassend zu verstehen: Die WEKO hat bei der Erfüllung ihrer Aufgaben keine Weisungen entgegenzunehmen, weder von der zentralen Bundesverwaltung noch vom Bundesrat. Die administrative Zuordnung der WEKO zum Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) in Art. 19 Abs. 2 KG hat keine Auswirkung auf die Entscheidungs- und Weisungsunabhängigkeit der WEKO. Die WEKO geniesst m.a.W. einen hohen Grad an Autonomie und untersteht in der Ausübung ihrer Befugnisse und Aufgaben keiner direkten fachlichen oder inhaltlichen Aufsicht (Meier Silvan/Bruch David, in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 19 N 6).

Die Weisungsungebundenheit der Wettbewerbsbehörden bedeutet nicht, dass diese der Dienstaufsicht durch den Bundesrat entzogen wären. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 KG setzt der Aufsicht indessen enge Grenzen. Denn je autonomer eine dezentrale Verwaltungseinheit agiert, desto mehr Zurückhaltung ist bei der Aufsicht geboten. Die Wettbewerbsbehörden geniessen unbestrittenermassen eine weitgehende Autonomie, womit eine inhaltliche Überprüfung ihrer Tätigkeiten ausgeschlossen ist. Hingegen unterliegt der ordnungsgemässe Geschäftsgang der Aufsicht (Meier Silvan/Bruch David, a.a.O., Art. 19 N 13; Thomas Sägeser, Stämpfli Handkommentar zum RVOG, Bern 2007, Art. 8 N 48). Dementsprechend legt die WEKO gegenüber dem Bundesrat und der Öffentlichkeit Rechenschaft über den ordentlichen Geschäftsgang insbesondere mit dem jährlichen Tätigkeitsbericht ab (vgl. Art. 49 Abs. 2 KG). Auch über die Bewilligung der finanziellen Mittel sowie die Wahl der Mitglieder der WEKO kann der Bundesrat einen gewissen (politischen) Einfluss ausüben, dies aber losgelöst von einem konkret zu beurteilenden Fall.

4.

Nach Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Unternehmenszusammenschlüsse der Prüfung durch die WEKO, sofern sich – wie im vorliegenden Fall – in einer vorläufigen Prüfung (vgl. Art. 32 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Lassen sich im Rahmen einer vertieften Prüfung im Sinne von Art. 33 KG die Anhaltspunkte auf Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht erhärten bzw. lässt sich die mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht nachweisen (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), erweist sich das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich. Gleiches gilt für den Fall, wenn – trotz möglicher Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt wird, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Der Zusammenschluss gilt gestützt auf Art. 34 KG als zugelassen und kann vollzogen werden, wenn die WEKO innerhalb der viermonatigen Prüfungsfrist (vgl. Art. 33 Abs. 3 KG) keine Entscheidung trifft. Im Fall der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses erfolgt die Zulassung von Gesetzes wegen durch Fristablauf, ohne dass es einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG bedarf.

5.

Die vertiefte Prüfung der WEKO hat zwar bestätigt, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben effektiv eine marktbeherrschende Stellung der GBN im Bereich Umschlagsleistungen begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Allerdings führt das Zusammenschlussvorhaben nach Ansicht der WEKO zu Effizienzvorteilen bzw. zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Bereichen des kombinierten Verkehrs, namentlich im Güterverkehr auf der Schiene und bei den Operateurleistungen auf der Schiene. Diese Verbesserung überwiegt gemäss WEKO die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung der GBN im Bereich der Umschlagleistungen, weshalb die WEKO den Zusammenschluss gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG als zulässig beurteilte. Aus der Sicht der Anzeigerin sind indessen die von der WEKO angenommenen Effizienzgewinne in fachlicher Hinsicht nicht hinreichend ausgewiesen, was sie in ihrer Aufsichtsbeschwerde ausführlich begründet.

Mit ihrer Rüge, die WEKO sei zu Unrecht von Effizienzvorteilen des Unternehmenszusammenschlusses und damit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten ausgegangen, zielt die Anzeigerin auf eine *inhaltliche Überprüfung* des Entscheids der WEKO ab. Eine fachliche Kontrolle der Aufgabenerfüllung einer unabhängigen und damit weisungsungebundenen Behördenkommission fällt indessen – wie in Ziffer 3 dargelegt – im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens nicht in Betracht.

Die WEKO weist in diesem Kontext ergänzend darauf hin, dass nach Art. 43 Abs. 4 KG im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Parteistellung und damit auch Parteirechte haben. Dritte können sich im Fall einer Prüfung nur zum Zusammenschlussvorhaben äussern (vgl. Art. 33 Abs. 1 KG). Die Beschränkung der Parteieigenschaft auf die beteiligten Unternehmen hat der Gesetzgeber im Interesse der Verfahrensbeschleunigung vorgesehen (Botschaft KG, BBL 1995 I 468, 616). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Dritte (wie z.B. Konkurrenten der beteiligten Unternehmen) nicht beschwerdeberechtigt, selbst wenn sie durch die Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses betroffen sind (BGE 131 II 497, E.5.5 S. 513).

Die von der WEKO angeführten spezialgesetzlichen und höchstrichterlichen Vorgaben würden in der Tat ausgehebelt, wenn ein entsprechender Entscheid im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde inhaltlich überprüft werden könnte. Es kann daher offengelassen werden, ob die fachlichen Einwände der Beschwerdeführerin am Entscheid der WEKO berechtigt sind.

6.

Im Weiteren wirft die Beschwerdeführerin der WEKO vor, sie habe trotz festgestellter Wettbewerbsbeseitigung im Bereich der Umschlagsleistungen keinerlei Auflagen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und der übrigen Marktteilnehmer verfügt und solche nicht einmal vertieft geprüft. Die WEKO hält dem in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019 entgegen, die Parteien seien praxisgemäss aufgefordert worden, Vorschläge für Auflagen oder Bedingungen einzureichen. Dieser Aufforderung seien die Parteien mit Schreiben vom 6. Mai 2019 nachgekommen. Am 8. Mai 2019 habe das Sekretariat hierzu weitere Angaben verlangt, welche von den Parteien am 10. Mai 2019 geliefert worden seien. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO vom 13. Mai 2019 seien den Parteien sowie den Vertretern des Bundesamts für Verkehr (BAV) auch Fragen zu allfälligen Auflagen gestellt worden. Dass die Beschwerdeführerin davon keine Kenntnis habe, liege im Umstand begründet, dass sie mangels Parteistellung keinen Einblick in die gesamte Prüfungstätigkeit der WEKO gehabt habe.

Die allfällige Anordnung von Bedingungen oder Auflagen lag im Ermessen der WEKO anlässlich der vertieften Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Dass die WEKO Auflagen effektiv erwogen hat, resultiert aus ihrer Stellungnahme vom 27. Mai 2019 zum Zusammenschlussvorhaben. Ob es in fachlicher Hinsicht angebracht war, dass die WEKO keine Auflagen verfügte, kann aus den in Ziffer 3 genannten Gründen dahingestellt bleiben.

7.

Die Anzeigerin wirft der WEKO ferner vor, sie habe keine ausreichenden Sachverhaltsabklärungen getroffen oder sei in ihrem Entscheid – vermutlich ohne substantiierte Begründung und ohne entsprechende Zusatzabklärungen durch einzelne Mitglieder – vom abgeklärten Sachverhalt und Antrag des Sekretariats abgewichen, womit das Geschäftsreglement verletzt worden sei. Die WEKO entgegnet hierzu in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019, ihrem Entscheid, das Zusammenschlussvorhaben zuzulassen, seien umfangreiche Sachverhaltsabklärungen vorausgegangen. Das Sekretariat habe eine grosse Marktbefragung durchgeführt und Fragebögen an insgesamt 62 Unternehmen der Transport- und Logistikbranche (darunter auch Wettbewerber von Swissterminal im Bereich Umschlagsleistungen), an vier Verbände der Transport- und Logistikbranche sowie ans BAV versandt. Auch die Schweizerischen Rheinhäfen seien um Auskunft ersucht worden. Darüber hinaus seien die Ergebnisse mehrerer unabhängiger Studien in die Beurteilung eingeflossen.

Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide (Art. 23 Abs. 1 KG).

Die Angaben der WEKO zum Ausmass der Sachverhaltsabklärungen des Sekretariats werden in der Stellungnahme vom 27. Mai 2019 zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bestätigt. Die Beantwortung der Frage, ob in casu ausführlichere Sachverhaltsabklärungen angezeigt gewesen wären, läuft wiederum auf eine inhaltliche Überprüfung des Entscheids der WEKO hinaus, die im vorliegenden Aufsichtsverfahren ausgeschlossen ist (vgl. Ziffer 3). Die WEKO ist zudem – wie sie in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019 zu Recht geltend macht – an die in den Anträgen des Sekretariats geäusserte Würdigung von Tat- und Rechtsfragen nicht gebunden und entscheidet autonom (vgl. Meier Silvan/Bruch David, a.a.O., Art. 23 N 55). Die Mitglieder der WEKO haben insbesondere auch keinen substantiiert begründeten Gegenantrag zu formulieren, wenn die WEKO vom Antrag des Sekretariats abweichen will.

Selbst wenn die von der Anzeigerin vermutete Konstellation (Abweichung der WEKO vom Antrag des Sekretariats) zutreffen sollte, würde dies keiner Missachtung der im Kartellgesetz und dem Geschäftsreglement der WEKO (SR 251.1) vorgesehenen organisatorischen Regelungen entsprechen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Modalitäten die WEKO vom Antrag

des Sekretariats abgewichen ist, ist aufsichtsrechtlich nicht relevant und kann daher offengelassen werden.

8.

Nach Art. 71 Abs. 2 VwVG hat die Anzeigerin nicht die Rechte einer Partei. Sie hat demnach grundsätzlich weder einen Anspruch auf rechtliches Gehör noch auf Akteneinsicht. Aus Gründen der Transparenz wurden jedoch der Beschwerdeführerin die Stellungnahmen der WEKO vom 3. Oktober 2019 und 5. Dezember 2019 zur Kenntnis gebracht. Soweit ihre in Ziffer 1 aufgeführten formellen Rechtsbegehren darüber hinausgehen, wird diesen nicht stattgegeben. Die wiederholt eingereichten Sistierungsanträge der Anzeigerin wurden am 19. Dezember 2019, 15. Januar 2020 und 26. März 2020 jeweils abgelehnt, da aus der Einsichtnahme in die Akten des Zusammenschlussverfahrens keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, die für den Ausgang des vorliegenden Aufsichtsverfahrens wesentlich sind.

9.

Für die Behandlung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde werden keine Kosten erhoben.

10.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde aus offensichtlichen Gründen keine Folge zu geben ist. Bei dieser Ausgangslage erfolgt die Beantwortung der Anzeige durch das zuständige Fachdepartement, d.h. das WBF, dem die WEKO administrativ zugeordnet ist (vgl. Art. 19 Abs. 2 KG).