



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6180/2013
urh/tsm/fui

Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf,
Rechtsanwalt, Krauskopf Wagner & Partner,
Färberstrasse 6, 8008 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsver-
fahren [...] betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zu-
sammenschlusses gemäss Art. 51 KG,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Die Vorinstanz eröffnete der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 ihre Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Mit dieser Verfügung wurde der Beschwerdeführerin eine Sanktion von Fr. 35'913.– auferlegt. Die zu bezahlenden Verfahrenskosten beliefen sich auf Fr. 36'257.–. Die Wettbewerbsbehörden informierten die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 ausserdem über ihre Absicht, die eröffnete Verfügung in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu publizieren. Dementsprechend wurde die Beschwerdeführerin zur Bezeichnung von allfälligen Geschäftsgeheimnissen eingeladen.

B.

Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 1. November 2013 gegen die Verfügung der Vorinstanz Beschwerde ein. Neben weiteren Anträgen stellte die Beschwerdeführerin folgenden Verfahrensantrag:

- "2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, der angefochtene Entscheid suggeriere fälschlicherweise, dass die B._____ im Verfügungszeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügen würde. Dies könne zu einer Irreführung der Öffentlichkeit führen, die für die Beschwerdeführerin unabsehbare Folgen habe. Insbesondere sieht die Beschwerdeführerin darin eine Gefahr, dass Dritte aufgrund des angefochtenen Entscheides zivilrechtlich oder verwaltungsrechtlich gegenüber der Beschwerdeführerin vorgehen könnten. Ein Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung bestehe demgegenüber nicht.

C.

Mit Verfügung vom 6. November 2013 wurde die Vorinstanz ersucht, (vor der Vernehmlassung zu den übrigen Anträgen) bis zum 28. November 2013 eine separate Vernehmlassung zum genannten Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung einzureichen.

D.

Mit Schreiben vom 22. November 2013 reichte die Beschwerdeführerin den Schriftenverkehr der Verfahrensbeteiligten (bis zum 18. November 2013) ein. Im Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 18. November 2013 brachte sie nebst den bisher vorgebrachten Gründen gegen eine Publikation der angefochtenen Verfügung auch Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) vor. Diese Bestimmungen zum Persönlichkeitsrecht würden eine überhastete Publikation fehlerhafter Urteile verbieten.

E.

Mit Schreiben vom 25. November 2013 liess sich die Vorinstanz zum zweiten Verfahrensantrag vernehmen. Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Publikation der angefochtenen Verfügung könne gestützt auf Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG vorgenommen werden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin gegen eine Publikation hält sie für nicht nachvollziehbar.

F.

Mit Verfügung vom 27. November 2013 wurden die beiden Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten wechselseitig zur Kenntnis zugestellt, wobei auf die Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels verzichtet wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Die Beschwerdeführerin verlangt im Rahmen eines Verfahrensantrages den Aufschub der Publikation der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts. Während des Beschwerdeverfahrens würde eine Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung nach Meinung der Beschwerdeführerin Dritte irreführen, die deshalb zu Unrecht zivil- und verwaltungsrechtlich gegen die Beschwerdeführerin vorgehen könnten. Dies wiederum hätte für sie Kostennachteile zur Folge.

2.

Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei (neben der Regelung über die aufschiebende Wirkung) andere vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56

des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die vorsorgliche Massnahmen können somit entweder der Erhaltung des bestehenden Zustands oder der Sicherung bedrohter Interessen dienen (HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, N 30 zu Art. 56; REGINA KIENER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich 2008, N 9 zu Art. 56).

Die Kriterien für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen entsprechen grundsätzlich denjenigen für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (HANSJÖRG SEILER, a.a.O., N 25 zu Art. 56; ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 564). Insbesondere muss der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt (BGE 130 II 149, E. 2.2, mit Hinweisen; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-4416/2013 vom 4. September 2013, E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, a.a.O., Rz. 56 f.). Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme (BGE 130 II 149, E. 2.3, mit Hinweisen).

3.

Mit ihrem Verfahrensantrag wehrt sich die Beschwerdeführerin nicht im Grundsatz gegen die Publikation, sondern verlangt einen Aufschub, da sie ihre Interessen während des Beschwerdeverfahrens als bedroht ansieht. Dieses Anliegen hat somit den Charakter einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 56 VwVG, die mit dem Entscheid in der Hauptsache ihre Geltung verliert. Für die Qualifikation als Antrag auf eine vorsorgliche Massnahme spricht ausserdem, dass die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die vorübergehende Erhaltung des bestehenden tatsächlichen Zustandes verlangt, was als Antrag auf eine Sicherungsmassnahme interpretiert werden kann.

Obwohl die Publikation in der angefochtenen Verfügung nicht angeordnet wurde, steht sie mit der Belastung der Beschwerdeführerin durch die Sanktion in engem Zusammenhang. Zum einen publiziert die Vorinstanz Sanktionsverfügungen in der Regel (vgl. Art. 21 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996; nachfolgend "GR WEKO"). Zum anderen kann sich die Öffentlichkeitswirksamkeit von kartell-

rechtlichen Verstössen negativ auf die Reputation des betroffenen Unternehmens auswirken, was im Einzelfall den Nachteil durch die finanzielle Belastung gar übersteigen kann. Das Bundesverwaltungsgericht ist demgemäss als Beschwerdeinstanz grundsätzlich für solche Sicherungsmassnahmen während des Verfahrens zuständig.

Demgegenüber ist das Schreiben der Vorinstanz vom 1. Oktober 2013 richtigerweise nicht Gegenstand der Beschwerde. Es ist nicht als selbständig anfechtbare Verfügung zu erachten, weil darin nur eine Frist für die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen gesetzt wird. In dieser Weise wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör in Bezug auf die geplante Publikation gewährt. Dem Schreiben ist jedoch kein definitiver Entscheid über die Publikation zu entnehmen.

4.

Zu prüfen ist, inwiefern die Publikation der angefochtenen Verfügung für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellt bzw. einen solchen zur Folge hätte. Nach einleitenden Erörterungen zum rechtlichen Rahmen der Information der Öffentlichkeit durch die Vorinstanz, werden die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Nachteile beurteilt. Schliesslich ist zu untersuchen, ob durch die Publikation während des laufenden Beschwerdeverfahrens allenfalls die Unschuldsvermutung verletzt werden könnte oder Persönlichkeitsrechte eingeschränkt werden könnten.

4.1.

Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Art. 48 Abs. 1 KG). Die Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden ist auch in Art. 21 ff. GR WEKO geregelt. Danach legt die Wettbewerbskommission die Grundsätze ihrer Informationspolitik fest. Verfügungen werden in der Regel publiziert (Art. 21 GR WEKO). Gemäss Art. 49 Abs. 1 KG orientieren das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit.

Die Wettbewerbsbehörden bemühen sich, ihre Praxis möglichst umfassend zu veröffentlichen, was grundsätzlich als im Sinne einer transparenten und bürgernahen Verwaltung erscheint. Unabhängig von einem allfälligen Rechtsmittelverfahren veröffentlicht die Vorinstanz ihre Entscheide unter Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in der Reihe RPW (THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK KG, Basel 2010, N 8 zu Art. 48). Ausserdem werden einzelne Entscheide

jeweils bereits vor der Publikation in der Reihe RPW auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden aufgeschaltet (vgl. www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide). Die Wettbewerbsbehörden weisen in ihren Publikationen von angefochtenen Verfügungen regelmässig nicht auf die fehlende Rechtskraft hin.

4.2.

Die Beschwerdeführerin fürchtet als Folge der Publikation der angefochtenen Verfügung insbesondere zivilrechtliche Klagen und verwaltungsrechtliche Anzeigen von Dritten, weil diese durch den Inhalt der angefochtenen Verfügung in die Irre geführt würden. Dies begründet die Beschwerdeführerin damit, dass mit Bejahung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG der unzutreffende Eindruck erweckt werden könnte, B._____ verfüge noch immer über eine marktbeherrschende Stellung.

Zunächst ist festzustellen, dass die Vorinstanz auf die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung der B._____ in ihrer Verfügung vom [...] abstellt (angefochtene Verfügung, Rz. 42 ff.; Verfügung vom [...] publiziert in: RPW [...]). Die Stellung der B._____ bzw. der Beschwerdeführerin wurde nicht erneut geprüft. Demzufolge wurde in der angefochtenen Verfügung auch nicht festgehalten, dass die B._____ aktuell noch über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Das Risiko einer Irreführung von Dritten ist deshalb als eher gering einzustufen.

Ein allfälliges Missverständnis würde kaum zu einer zivilrechtlichen Klage führen, weil davon auszugehen ist, dass zivilrechtliche Klagen (auch infolge des Kostenrisikos) sorgfältig vorbereitet werden. Weiter ist gerichtsnotorisch, dass sich kartellrechtliche Verfügungen erst als Grundlage für einen Zivilprozess eignen, sobald diese rechtskräftig sind. Während eines laufenden verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens würde ein Zivilrichter das Verfahren betreffend eine gleiche oder ähnliche Sach- oder Rechtsfrage wohl sistieren. Demzufolge erscheint das Risiko von Zivilklagen im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung als vernachlässigbar.

Schliesslich ist unklar, inwiefern verwaltungsrechtliche Anzeigen Kosten Nachteile für die Beschwerdeführerin nach sich ziehen sollen. Richtig ist, dass solche Anzeigen der Vorinstanz bzw. deren Sekretariat Kosten verursachen könnten. Der Beschwerdeführerin würde diesbezüglich erst dann ein relevanter Nachteil erwachsen, wenn eine entsprechende Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet würde.

4.3.

Die Unschuldsvermutung findet im vorliegenden Sanktionsverfahren Anwendung. Das Bundesgericht hat unlängst der Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einen strafrechtlichem Charakter i.S.v. Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101] attestiert (139 I 72, E. 2.2.2). Dies gilt konsequenterweise auch für die anderen Sanktionstatbestände, die unter demselben Titel wie Art. 49a KG "6. Abschnitt: Verwaltungssanktionen" aufgeführt sind. Zumal Art. 50 und Art. 51 Abs. 2 KG einen ähnlichen Sanktionsrahmen enthalten (vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK KG, Basel 2010, N 2 zu Art. 51) und der im vorliegenden Beschwerdeverfahren in Frage stehende Art. 51 Abs. 1 KG mit einem Sanktionsrahmen von 1 Mio. Franken offenbar ebenfalls repressiv wirken soll.

Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (BGE 137 I 31, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 2C.866/2012 vom 18. Dezember 2012, E. 3.2.1).

In diesem Zusammenhang stellt die Publikation der angefochtenen Verfügung grundsätzlich keine Vorverurteilung dar. Vielmehr dient die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen durch die Wettbewerbsbehörden der Förderung der Transparenz hinsichtlich der behördlichen Arbeit. Zumal vor dem Erlass von kartellrechtlichen Sanktionsverfügungen durch die Vorinstanz – anderes als beispielsweise vor einem erstinstanzlichen Strafgericht – keine öffentliche Hauptverhandlung durchgeführt wird. Trotzdem müssen sich die Wettbewerbsbehörden generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, wenn sie sich in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren äussern. Sie dürfen das Verfahren insbesondere nicht als bereits entschieden erscheinen lassen, obwohl die Verfügung angefochten wurde (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 9. Juni 2011, E. 4.2.4). Dies gilt auch bei der Publikation von Sanktionsverfügungen. Werden derartige Verfügungen ohne Kommentar auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden oder in der Reihe RPW veröffentlicht, wird der Leser darüber im Unklaren gelassen,

ob diese Verfügungen rechtskräftig sind oder nicht. Entsprechend würde in einem solchen Fall die Verletzung der Unschuldsvermutung in Betracht fallen.

4.4.

Die Beschwerdeführerin hält ihre Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ff. ZGB durch die "überhastete Publikation" der angefochtenen Verfügung als verletzt. Sie begründet indessen insbesondere nicht, inwiefern mit der Publikation widerrechtlich in ihre Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dementsprechend kann für die Frage der Widerrechtlichkeit bzw. Zulässigkeit auf die oben dargelegten Ausführungen verwiesen werden.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass mit Rücksicht auf die Persönlichkeitsrechte grundsätzlich die Anonymisierung natürlicher und juristischer Personen bei der Publikation von verwaltungsrechtlichen Verfügungen bzw. Entscheidungen zu prüfen ist. Vorliegend wäre jedoch eine Anonymisierung der involvierten Firmen kaum tauglich, um einer allfälligen Rufschädigung entgegenzuwirken, weil Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin aufgrund der betroffenen Märkte kaum zu vermeiden wären (vgl. auch Art. 28 Abs. 2 KG).

5.

Der zweite verfahrensrechtliche Antrag der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz anzuweisen sei, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren, ist als Antrag um Erlass einer vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 56 VwVG entgegen zu nehmen. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden, da die Beschwerdeführerin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in genügender Weise substantiiert und ein solcher – insbesondere unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung – auch nicht ersichtlich ist.

Dementsprechend ist der zweite verfahrensrechtliche Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen. Der von der Vorinstanz geplanten Publikation vor Eintritt der Rechtskraft stehen somit keine grundsätzliche Erwägungen entgegen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte zu wahren sind. Ausserdem sollte eine Publikation vor Eintritt der Rechtskraft über die mangelnde Rechtskraft bzw. allenfalls über die bereits bekannte Einlegung einer Beschwerde Aufschluss geben.

6.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Hauptsachenentscheid entschieden. Eine Parteientschädigung fällt mit Blick auf das Ergebnis der vorliegenden Zwischenverfügung ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der zweite Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts wird abgewiesen.

2.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Hauptsachenentscheid entschieden.

3.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 440-0011; Einschreiben mit Rückschein)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Michael Tschudin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Dezember 2013