

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 509/2018

Urteil vom 24. Juni 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Stadelmann,
Bundesrichter Haag,
Gerichtsschreiberin De Sépibus.

Verfahrensbeteiligte
Ticketcorner Holding AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Marcel Meinhardt und/oder Dr. Astrid Waser und/oder Désirée Stebler,

gegen

Wettbewerbskommission,
Beschwerdegegnerin,

Tamedia AG.

Gegenstand
Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner und Starticket,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 3. Mai 2018 (B-3871/2017).

Sachverhalt:

A.

Am 9. Januar 2017 reichten Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Ticketcorner Holding) sowie Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) ein Zusammenschlussvorhaben beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) ein. Mit dem Zusammenschlussvorhaben soll eine gemeinsame Kontrolle über Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner), einer 100% Tochtergesellschaft von Ticketcorner Holding AG begründet werden. Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 wurde das Zusammenschlussvorhaben durch die WEKO untersagt (nachfolgend: Untersagungsbescheid).

B.

Mit Beschwerde vom 10. Juli 2017 hat Ticketcorner Holding den Entscheid der WEKO beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die Verfügung der WEKO sei aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen und Bedingungen zu bewilligen. Eventualiter sei das Zusammenschlussvorhaben mit Auflagen zu bewilligen. Subeventualiter sei die Verfügung der WEKO aufzuheben und die Sache an die WEKO zurückzuweisen.

C.

Mit Urteil vom 3. Mai 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die bei ihm eingereichte Beschwerde nicht ein, mit der Begründung, Ticketcorner Holding sei nicht zur Beschwerde legitimiert.

D.

Gegen dieses Urteil hat Ticketcorner Holding am 7. Juni 2018 Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Vor Bundesgericht beantragt Ticketcorner Holding, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 sei aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen zu bewilligen. Eventualiter sei das Zusammenschlussvorhaben mit den gemäss der Verfügung der WEKO vom 22. Mai 2017 von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Auflagen zu bewilligen. Subeventualiter sei das Urteil vollumfänglich aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten. Subsubeventualiter sei durch das Bundesgericht festzustellen, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 rechtswidrig sei.

E.

Die WEKO, das Bundesverwaltungsgericht sowie Tamedia sind eingeladen worden, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen. Am 18. Juli und 23. August 2018 hat Tamedia Stellung genommen. Mit Schreiben vom 14. August 2018 hat die WEKO ihre Vernehmlassung eingereicht, mit welcher sie beantragt, auf die Anträge 1 und 2 der Beschwerde sei nicht einzutreten und, soweit darauf eingetreten werde, seien die Anträge 3 und 4 abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 26. Juli 2018 auf eine Vernehmlassung verzichtet.

F.

Am 21. Dezember 2018 hat Ticketcorner Holding eine ergänzende Stellungnahme eingereicht.

Erwägungen:

1.

1.1. Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 141 II 113 E. 1 S. 116). Angefochten ist ein Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor.

1.2. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die Partei, deren Beschwerde von der Vorinstanz für unzulässig erklärt worden ist, im Sinne von Art. 89 BGG beschwerdelegitimiert, wenn sie zur Anfechtung des Entscheids in der Sache berechtigt gewesen wäre, und dies ungeachtet des für den Nichteintretensentscheid als massgeblich erachteten Grundes, der vor dem Bundesgericht strittig ist (BGE 135 II 145 E. 3.1; 140 III 267 E. 1.2.3; Urteile 2C 266/2018 vom 19. September 2018, E. 1.2; 2C 36/2018 vom 27. März 2018 E. 1.2; 2C 500/2016 vom 31. Oktober 2016 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten. (Art. 89 Abs. 2 lit. a, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; Urteil 2C 180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1).

1.3. Strittig ist, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten ist. Ist dies der Fall, muss die Beschwerde an die Vorinstanz zur Überprüfung in der Sache zurückgewiesen werden (BGE 135 II 38 E. 1.2).

1.4. Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer mass-

geblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

Die Beschwerdeführerin macht die rechtswidrige Auslegung von Bundesrecht geltend, insbesondere von Art. 48 Abs. 1 VwVG, Art. 9 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) sowie Art. 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251). Sie rügt des Weiteren eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG).

2.

Strittig ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin unabhängig von Tamedia ein eigenständiges schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Untersagungsbescheids der WEKO hat und deshalb einzeln zur Einreichung der Beschwerde vor der Vorinstanz legitimiert ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz verneint die individuelle Beschwerdelegitimation einer Zusammenschlusspartei insbesondere mit dem Argument, dass mit der gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU vorzunehmenden Meldung durch die Zusammenschlussparteien eine Interessengemeinschaft entstehe, die auch beim Einlegen einer Beschwerde gegen einen Untersagungsbescheid weiterbestehe. Dies begründe auch eine Pflicht zu einem gemeinsamen Vorgehen vor der Rechtsmittelinstanz. Zum gleichen Ergebnis gelange man, wenn man die Zusammenschlussparteien als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR qualifiziere.

3.2. Weder das VwVG noch das KG enthalten eine gesetzliche Vorschrift, welche Zusammenschlussparteien zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht verpflichten. So begründet insbesondere Art. 48 VwVG keine Pflicht zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde. Zu prüfen ist, ob allenfalls Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU eine solche Pflicht entnommen werden kann.

3.3. Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 140 III 616 E. 3.3 S. 620 f.).

3.4. Nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU besteht bei Fusionen eine gemeinsame Meldepflicht. Der Wortlaut dieser Bestimmungen bietet keinen Anhaltspunkt für die Begründung einer Pflicht zur gemeinsamen Einreichung einer Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht.

3.5. Es stellt sich insofern die Frage, ob Sinn und Zweck der fusionskontrollrechtlichen Verfahrensvorschriften eine solche nahelegen. Dies muss verneint werden. Während es bei der gemeinsamen Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben vornehmlich darum geht, im Sinne der Verfahrensvereinfachung möglichst kohärente Entscheidungsunterlagen für die Beurteilung der gemeldeten Fusion zur Verfügung zu stellen, steht die Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeitskontrolle von Entscheiden der WEKO im Beschwerdeverfahren im Vordergrund. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar, weshalb von einer analogen Anwendung von Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU abgesehen werden muss.

3.6. Zur gleichen Beurteilung gelangen auch Merkt und Bovet in Bezug auf die Möglichkeit, einen Antrag gestützt auf Art. 36 KG zur Bewilligung einer Fusion an den Bundesrat zu stellen. Gemäss dieser Vorschrift können die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bei einem Untersagungsbescheid der WEKO dem Bundesrat den Antrag stellen, die Fusion ausnahmsweise zu genehmigen. Gemäss diesen Autoren kann dieser Antrag sowohl von beiden Zusammenschlussparteien als auch von jeder einzeln gestellt werden (vgl. Merkt/Bovet, in: *Commentaire romand, droit de la concurrence*, 2012, N 7 zu Art. 36).

3.7. Es besteht kein Grund, die Ausgangslage im Fall einer Anfechtung eines Untersagungsbescheids vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich anders zu beurteilen. Zusammengefasst kann insofern festgehalten werden, dass weder Art. 48 VwVG noch Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU einer individuellen

Beschwerdelegitimation einer Zusammenschlusspartei entgegenstehen.

4.

4.1. Die Vorinstanz führt als weiteres zentrales Argument gegen die Anerkennung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin an, dass durch die Einreichung eines Rechtsmittels die schwebende zivilrechtliche Unwirksamkeit des der Transaktion zugrundeliegenden Vertrages (nachfolgend: Zusammenschlussvertrag) nicht gegen den Willen einer Partei aufrecht werden könne, weil damit eine ihr unzumutbar lange Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit verbunden wäre.

4.2. Diese Aussage geht fehl. Sie fusst auf einer unrichtigen Auslegung von Art. 34 KG, welcher festhält, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit eines meldepflichtigen Zusammenschlusses unter Vorbehalt des Fristablaufs gemäss Art. 32 Abs. 1 KG und der Bewilligung zum vorläufigen Vollzug aufgeschoben bleibt.

4.3. Der gemäss Art. 34 KG vorgesehene Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschlägt nicht das Verpflichtungs-, sondern nur den Abschluss des Verfügungsgeschäfts (vgl. Borer/Kostka, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 34, N6 f.). Er hat zur Folge, dass das Zusammenschlussvorhaben erst dann vollzogen werden kann, wenn seitens der Wettbewerbsbehörden keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr dagegen bestehen. Im Gegensatz dazu bleibt es den Zusammenschlussparteien auch im Falle eines Untersagungsbescheids unbenommen, am Verpflichtungsgeschäft festzuhalten, bzw. dieses abzuändern. Im vorliegenden Fall steht nicht fest, dass die Parteien kein Interesse mehr am Zusammenschlussvorhaben haben.

4.4. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nicht von einer gegen den Willen einer Partei aufrecht erhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrages gesprochen werden kann und dieses Argument der Bejahung einer individuellen Beschwerdelegitimation nicht entgegensteht.

5.

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Zusammenschlussparteien gestützt auf die gemeinsame Einreichung des Fusionsvorhabens eine einfache Gesellschaft bilden, woraus sich eine "notwendige Streitgenossenschaft" zur Einreichung einer gemeinsamen Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht ergeben könnte.

5.1. Als notwendige Streitgenossenschaften werden solche Parteienmehrheiten bezeichnet, in denen mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden müssen und nicht bloss dürfen (Christina von Holzen, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 71). Die Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft ergibt sich entweder aus expliziten Bestimmungen des Bundesprivatrechts oder ausnahmsweise aus der Natur der Sache. Alle beziehen ihr Fundament jedoch aus dem materiellen Recht (Christina von Holzen, a.a.O., 2006, S. 75).

5.2. Zivilprozessual kann eine einfache Gesellschaft ihre Rechte nur als notwendige Streitgenossenschaft geltend machen (BGE 137 III 455 E. 3.4 und 3.5 S. 458 f.). Da aber die Parteistellung im öffentlichen Recht nicht auf die Ausübung subjektiver Rechte beschränkt ist, sondern auch dem Schutz tatsächlicher Interessen dient, können nach Rechtsprechung und Lehre die Mitglieder einer materiellen Streitgenossenschaft unter Umständen auch einzeln zur Beschwerde legitimiert sein, so wenn ein einzelnes Mitglied seine eigene Rechtsstellung gegen die anderen Mitglieder verteidigt (vgl. Urteile 2C 747/2013 vom 8. September 2014 E. 3.3; 1P.345/1994 vom 14. Dezember 1994 E. 2c, RDAT 1995 II S. 149) oder wenn es um die Abwehr belastender oder pflichtbe gründender Anordnungen geht und die Durchsetzung des Rechtsstandpunkts die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen nicht zu beeinträchtigen vermag (BGE 116 Ib 447 E. 2b S. 450 f.; 119 Ib 56 E. 1a S. 57 f.; Urteile 1C 278/2011 vom 17. April 2012 E. 1.2; 1P.134/1997 vom 23. Juni 1997 E. 5a, ZBl 99/1998 S. 386; A.30/1986 vom 8. Juli 1987 E. 1d, ZBl 89/1988 S. 553; Urteil 2C 1028/2014 vom 20. Juli 2015, E. 3.1).

5.3. Im Einzelnen ist massgebend, was mit der Beschwerde angestrebt wird bzw. angestrebt werden kann (vgl. Urteil 2C 1028/2014 vom 20. Juli 2015, E. 3.2). Bejaht wurde die Legitimation einzelner Mitglieder einer Er-

bengemeinschaft, um einen das gemeinsame Grundstück belastenden Wanderweg (Urteil 1C 278/2011 vom 17. April 2012 E. 1.2) oder eine Denkmalschutzunterstellung abzuwehren (Urteil 1P.134/1997 vom 23. Juni 1997 E. 5), verneint aber, wenn der einzelne noch eingreifendere Schutzmassnahmen beantragt (a.a.O.). Im öffentlichen Beschaffungsrecht können die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft nur gemeinsam Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid führen und den Zuschlag an sich verlangen, da sie nur gemeinsam die offerierte Arbeit ausführen können (BGE 131 I 153 E. 5.4 S. 160 f.). Ist aber der Vertrag abgeschlossen und der Zuschlag an die einfache Gesellschaft ohnehin nicht mehr möglich, kann jeder einzelne Gesellschafter die Feststellung der Rechtswidrigkeit beantragen (Urteil 2P.130/2005 vom 21. November 2005 E. 2, RtiD 2006 I S. 130). Einzelne Gesamteigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks können nicht gültig ein Gesuch um Ausnahme vom Zerstückelungsverbot (Art. 58 Abs. 2 BGBB) stellen, wohl aber eine erteilte Bewilligung anfechten mit der Begründung, sie hätten ihre Zustimmung zum Gesuch nicht erteilt (vgl. Urteil 2C 747/2013 vom 8. September 2014 E. 1.3 und 3.3).

5.4. Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist eine einfache Gesellschaft eine "vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln". Mit der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens könnte eine einfache Gesellschaft zwischen der Beschwerdeführerin und Tamedia zum Vollzug der Fusion entstanden sein. Dies hat jedoch nicht zwingend die Begründung einer notwendigen Streitgenossenschaft im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Folge. Entscheidend ist vielmehr, dass rechtliche Interessen nicht erforderlich sind, sondern faktische Interessen der Beschwerdeführerin an einer individuellen Einreichung der Beschwerde ausreichen (E. 5.2 hiavor). Die Beschwerdeführerin hat ein Interesse daran, dass die Fusion vollzogen wird. Ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neu Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre nur dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

5.5. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 ist aufzuheben. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Vorinstanz wird angewiesen, auf die Beschwerde einzutreten und einen Entscheid in der Sache zu fällen.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (vgl. Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat die WEKO die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 68 BGG). Der Tamedia, die als weitere Beteiligte in das Verfahren einbezogen wurde und überdies sich nicht anwaltlich vertreten liess, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die WEKO hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 25'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Tamedia AG, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Juni 2019

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: De Sépibus