

# **BGer 2C\_321/2018 vom 7. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_321\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_321_2018)

FR: TF 2C\_321/2018 du 7 août 2018

IT: TF 2C\_321/2018 del 7 agosto 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die angefochtene Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. März 2018 durch eine neue Verfügung vom 18. April 2018 teilweise ersetzt hat, um ergänzenden Abdeckungswünschen der Beschwerdeführerin zu entsprechen. Die aktuell für die Publikation vorgesehene Version der Sanktionsverfügung ("Internetversion BVGer II") stimmt folglich nicht mehr vollständig mit jener überein, die der angefochtenen Zwischenverfügung zugrunde lag ("Internetversion BVGer"). Mangels gegenteiliger Angaben der Beschwerdeführerin und gestützt auf ihre Eingabe vom 4. Mai 2018 ist davon auszugehen, dass sie an ihren bisherigen Anträgen festhält.

### **E. 2.1**

Angefochten ist ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Kartellrechts. Dagegen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. a, 83 e contrario BGG). Die Beschwerdeführerin ist unbestrittenermassen formell beschwert und vom angefochtenen Entscheid besonders berührt ( Art. 89 Abs. 1 lit. a und b BGG ). Folglich ist sie zur Beschwerde legitimiert. Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht ( Art. 100 Abs. 1, Art. 42 BGG ) eingereicht.

### **E. 2.2.1**

Beschwerden sind primär zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen ( Art. 90 BGG ), sei es insgesamt, sei es unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich eines Teils ( Art. 91 BGG ). Der angefochtene Entscheid über die Vereinigung zweier Verfahren, die Nicht-Sistierung eines Verfahrens und den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung schliesst das vorinstanzliche Verfahren nicht ab; er stellt daher einen Zwischenentscheid dar.

Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen ( Art. 92 BGG ), ist die Beschwerde nur zulässig, wenn diese Zwischenentscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG sollen das Bundesgericht entlasten. Dieses soll sich möglichst nur einmal mit der Sache befassen und sich überdies nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen. Können allfällige Nachteile in verhältnismässiger Weise auch noch mit einer bundesgerichtlichen Beurteilung nach Ausfällung des

Endentscheid behoben werden, tritt das Bundesgericht auf gegen Vor- und Zwischenentscheid gerichtete Beschwerden nicht ein (vgl. BGE 137 IV E. 1.1 S. 239; Urteil 2C\_105/2012 vom 29. Februar 2012 E. 2.2.1).

### **E. 2.2.2**

Ein Nachteil ist irreversibel, wenn er auch mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in Zukunft nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann ( BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 800 f.; 141 III 80 E. 1.2 S. 80; Urteil 2C\_105/2012 vom 29. Februar 2012 E. 2.2.1). Der Beschwerdeführer hat die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG darzulegen, soweit diese nicht offensichtlich erfüllt sind ( BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 III 80 E. 1.2 S. 81; 137 III 324 E. 1.1 S. 328 f.; 134 III 426 E. 1.2 S. 429).

Nach ständiger Rechtsprechung muss der Nachteil in der Regel rechtlicher Natur sein ( BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 IV 289 E. 1.2 S. 291; Urteil 2C\_700/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2), wobei die blosser Möglichkeit eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur genügt ( BGE 138 III 46 E. 1.2 S. 47; 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; 134 III 188 E. 2.1 S. 191). Keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens ( BGE 141 III 80 E. 1.2 S. 80; 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; 139 V 99 E. 2.4 S. 104; Urteil 2C\_700/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2).

### **E. 2.2.3**

Dass die Gutheissung der Beschwerde im hier zu beurteilenden Fall sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ), ist offensichtlich nicht der Fall und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Zu prüfen ist deshalb, ob der angefochtene Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken kann.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht in verschiedener Hinsicht nicht wiedergutzumachende Nachteile geltend.

### **E. 3.1**

Zunächst richtet sich die Beschwerde gegen die Vereinigung der Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2014. Die Beschwerdeführerin erblickt einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil darin, dass sie während des ganzen Verfahrens gleich behandelt werde, als wenn sie selber gegen das Kartellrecht verstossen hätte, was sie bestreitet. Daher erachtet sie das Gleichbehandlungsgebot als verletzt und ihre Verfahrensrechte ganz allgemein als gefährdet. Ferner führt sie aus, dass sie bei einer getrennten Führung der beiden Verfahren Ressourcen einsparen könnte.

Eine Verfahrensvereinigung ist ein prozessualer Vorgang, bei welchem, insbesondere aus prozessökonomischen Gründen, mehrere Verfahren in der selben Sache zusammengelegt werden. Vorausgesetzt wird, dass sich gleiche oder ähnliche Sach- und Rechtsfragen stellen (vgl. BGE 126 II 377 E. 1 S. 381; Urteile 1B\_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 1; 2C\_105/2012 vom 29. Februar 2012 E. 1). Eine Verfahrensvereinigung präjudiziert per se das Ergebnis der materiellrechtlichen Prüfung nicht.

Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, inwiefern sie aufgrund der Verfahrensvereinigung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne der Rechtsprechung (vgl. E. 2.2.2. hiervor) erleiden würde. Allfällige Rügen im Zusammenhang mit der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und der Verfahrensrechte kann sie im Rahmen des (vereinigten) Verfahrens und allenfalls in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren vorbringen. Insofern wäre eine Wiedergutmachung nach dem Ausfällen des Endentscheids durch die Vorinstanz möglich. Soweit die Beschwerdeführerin einen erhöhten Zeit- und Kostenaufwand durch die Verfahrensvereinigung geltend macht, handelt es sich um rein tatsächliche Nachteile, die nicht ausreichen, um einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu bewirken (vgl. E. 2.2.2. hiervor). Folglich wird auf die Beschwerde nicht eingetreten, soweit sie sich gegen die Vereinigung der Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2014 durch die Vorinstanz richtet.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter die Nicht-Sistierung durch die Vorinstanz des Verfahrens betreffend die Publikationsverfügung (B-6291/2017) bis zum rechtskräftigen Entscheid im Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung (B-6998/2016).

#### **E. 3.2.1**

Einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erblickt sie zunächst darin, dass sie durch die Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 zu Unrecht mit einem Kartellrechtsverstoss in Verbindung gebracht werde. Dies habe eine Vorverurteilung der Beschwerdeführerin zur Folge. Zudem erleide sie durch die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung Wettbewerbsnachteile und Umsatzeinbussen, welche durch einen für sie nachträglich positiven Ausgang des Verfahrens B-6998/2016 nicht mehr wiedergutmacht werden könnten und im schlimmsten Fall eine Schliessung des Unternehmens zur Folge hätten.

#### **E. 3.2.2**

Mit ihren Argumenten vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, inwiefern ihr durch die Nicht-Sistierung des Verfahrens betreffend die Publikationsverfügung ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohen würde. Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass die Publikation einer Sanktionsverfügung der WEKO vor deren Rechtskraft nicht gegen die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV und 6 Ziff. 2 EMRK verstösst (vgl. Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8, nicht publ. in: BGE 142 II 268 ). Insofern reichen die Bedenken der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer allfälligen "Vorverurteilung" nicht aus, um einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen.

Im Übrigen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, welche konkreten Wettbewerbsnachteile sie durch die Nicht-Sistierung des Verfahrens erleidet oder erleiden würde. Auch bei den geltend gemachten Umsatzeinbussen handelt es sich um blosser Behauptungen, die nicht weiter belegt werden. Eine isolierte negative Äusserung über die Beschwerdeführerin in einer E-Mail (vgl. Ziff. 33 lit. b der Beschwerdeschrift) vermag noch nicht den Eintritt eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils aufzuzeigen. Die Beschwerdeführerin hat aber ohnehin die Möglichkeit, ihre Argumente gegen die Publikation der Sanktionsverfügung im vorinstanzlichen Verfahren vorzubringen. In diesem Rahmen ist es insbesondere möglich, wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin Rechnung zu tragen, so namentlich durch das Verbot der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen ( Art. 25 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1995 über Kartelle und andere

Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz; KG; SR 251] ). Das Bundesgericht hat ebenfalls festgehalten, der Gesetzgeber nehme es in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium aufgehoben oder korrigiert werden könnten (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4 S. 274). Allfällige durch die Publikation entstandene Nachteile wären somit Folge der im öffentlichen Interesse liegenden gesetzlichen Regelung betreffend die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO. Darin liegt noch kein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Sollte die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen im Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung obsiegen, bestünde die Möglichkeit, die publizierte Verfügung entsprechend anzupassen.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in einem noch hängigen Verfahren wegen Verstössen gegen das Kartellrecht involviert ist, dessen Eröffnung im Übrigen - unter Angabe des Gegenstands und der Adressaten - durch amtliche Publikation bekannt gegeben wurde (vgl. Art. 28 KG ). Allfällige daraus resultierende Nachteile, namentlich, dass sie mit Verstössen gegen das Kartellrecht in Verbindung gebracht werden könnte, könnten nicht durch eine Sistierung des Publikationsverfahrens behoben werden.

Im Übrigen stellen Entscheide über die Sistierung von Verfahren vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG dar (HANSJÖRG SEILER, in: Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, N. 8 zu Art. 98 BGG ; BGE 137 III 261 E. 1.3 S. 264). Die Beschwerdeführerin rügt keine Verletzungen verfassungsmässiger Rechte ( Art. 98 und 106 Abs. 2 BGG ; vgl. auch E. 4 hiernach), so dass auf die Beschwerde auch aus diesem Grund nicht eingetreten werden kann.

### **E. 3.2.3**

Nach dem Gesagten wird auf die Beschwerde, soweit damit die Nicht-Sistierung des Publikationsverfahrens (B-6291/2017) bis zum rechtskräftigen Entscheid im Verfahren B-6998/2016 beanstandet wird, nicht eingetreten.

### **E. 3.3**

Im Zusammenhang mit dem teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung macht die Beschwerdeführerin zunächst einen Reputationsschaden geltend. Obwohl ihr Name durch "X. AG" ersetzt worden sei, bleibe sie aufgrund der nicht abgedeckten Stellen in der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 in der "Internetversion BVGer" identifizierbar. Ferner stellt sie sich auf den Standpunkt, dass eine von ihr beabsichtigte Nachfolgeplanung bzw. Übergabe des Betriebs verunmöglicht werde, solange sie zu Unrecht in einer - nicht rechtskräftigen - Sanktionsverfügung erwähnt werde. Einen weiteren Nachteil erblickt sie darin, dass durch die Publikation der Sanktionsverfügung Geschäftsgeheimnisse endgültig offengelegt werden könnten. Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin, ihr drohten Schadenersatzansprüche von öffentlichen Bauherren sowie beschaffungsrechtliche Nachteile bis hin zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren.

Ob die von der Beschwerdeführerin angeführten Argumente für die Bejahung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils ausreichen, kann offen bleiben, zumal auf die Beschwerde - soweit sie sich gegen den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung richtet - ohnehin nicht eingetreten werden kann (vgl. E. 4 hiernach).

### **E. 4.1**

Entscheide über die aufschiebende Wirkung stellen solche über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG dar ( BGE 139 I 189 , nicht publ. E. 1.3; 134 II 192 E. 1.5 S. 196 f.;

Urteile 2C\_642/2015 vom 9. November 2015 E. 2.1; 1C\_155/2007 vom 13. September 2007 E. 1.1). Entscheidet eine Behörde über die Gewährung oder den Entzug der aufschiebenden Wirkung, tut sie dies aufgrund einer summarischen Prüfung der im Spiel stehenden Interessen, ohne sich vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen. Erst recht auferlegt sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der von der Vorinstanz vorgenommenen Interessenabwägung Zurückhaltung. Es hebt einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur auf, wenn die beanstandete Interessenabwägung vernünftiger Grundlage entbehrt und nicht nachvollziehbar erscheint, d.h. letztlich unhaltbar bzw. willkürlich ist (Urteile 2C\_81/2012 vom 27. Januar 2012 E. 2.2; 2C\_642/2015 vom 9. November 2015 E. 2.1; 2C\_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2). Das Bundesgerichtsgesetz trägt dem namentlich dadurch Rechnung, dass die bei der Anfechtung von Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen möglichen Rügen auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sind ( Art. 98 BGG ; vgl. Urteil 2C\_642/2015 vom 9. November 2015 E. 2.1; BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; vgl. auch THOMAS MERKLI, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, ZBl 109/2008 S. 431 f.; Markus Schott, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 8 f. zu Art. 98 BGG ). Mit Blick auf die Beschwerdebegründung gilt die erhöhte Substantiierungspflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG : Die Beschwerde führende Partei hat gezielt darzulegen, welche verfassungsmässigen Rechte und inwiefern sie durch die angefochtene Zwischenverfügung verletzt worden sein sollen (Urteile 2C\_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2; 1C\_121/2016 vom 27. April 2016 E. 2.1; 2C\_642/2015 vom 9. November 2015 E. 2.1).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat festgestellt, die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen liege im Ermessen der WEKO. Sie ist - unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ( BGE 142 II 268 ) - zum Schluss gekommen, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Publikation bestehe, was nicht dazu führen dürfe, dass die Publikation für die Dauer des Verfahrens vollständig verhindert werde. Den berechtigten Anliegen der Beschwerdeführerin sei durch geeignete Abdeckungen bzw. Schwärzungen Rechnung zu tragen (vgl. Ziff. 5.7.3 der angefochtenen Zwischenverfügung). Die Anonymisierung habe allerdings nicht derart zu erfolgen, dass Rückschlüsse auf die Identität der Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden könnten. Dasselbe gelte auch für Angaben zur Umstrukturierung, welche zur Gründung der Beschwerdeführerin geführt hätten (vgl. Ziff. 5.7.5 der angefochtenen Zwischenverfügung). Ferner hat die Vorinstanz festgehalten, dass, sofern der Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation korrekt ausgeübt worden sei, dem Einzelnen nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten blieben, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert worden sei, wozu insbesondere der Schutz der Geschäftsgeheimnisse nach Art. 25 Abs. 4 KG gehöre (vgl. E. 5.8 der angefochtenen Zwischenverfügung).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ( Art. 8 BV ) geltend (vgl. Ziff. 54 lit. c der Beschwerdeschrift). Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass die im NIKON-Entscheid ( BGE 142 II 268 ) entwickelten Publikationsgrundsätze nicht auf ein kleines Bauunternehmen angewendet werden dürften. Damit kommt sie ihrer erhöhten Substantiierungspflicht im Sinne von Art. 106 Abs. 2 BGG

(vgl. E. 4.1 hiervor) nicht nach, weshalb auf diese Rüge nicht eingetreten wird.

Die übrigen Beanstandungen der Beschwerdeführerin beziehen sich hauptsächlich auf den Rechtsstreit in der Sache selber sowie auf das noch hängige Verfahren gegen die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016. So behauptet sie erneut, diese Verfügung sei ihr nicht rechtmässig zugestellt worden bzw. mit schweren formellen Mängeln behaftet, was zumindest eine Abdeckung der von ihr vorgeschlagenen Stellen rechtfertige. Ferner sei die Identität der Beschwerdeführerin - trotz der Anonymisierung - für jedermann leicht zu eruieren. Auch seien sämtliche Umsätze in der Sanktionsverfügung abzudecken, weil diese keine "Deliktssummen" eines unzulässigen Kartells darstellten. Zudem äussere sich die Wettbewerbskommission in der Sanktionsverfügung zu ausführlich zum Zeitraum vor 2002, als das revidierte Kartellgesetz noch nicht anwendbar gewesen sei, was eine rückwirkende Rechtsanwendung darstelle. Schliesslich behauptet sie, es gelte der Grundsatz der Nichtpublikation und es liege ohnehin kein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung einer fehlerhaften Verfügung vor (vgl. Ziff. 51 ff. und 61 der Beschwerdeschrift). Damit rügt die Beschwerdeführerin jedoch keine Verletzungen verfassungsmässiger Rechte. Auch macht sie in keiner Weise geltend, die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung entbehre einer vernünftigen Grundlage und erscheine als unhaltbar (vgl. E. 4.1 hiervor). Auf die Beschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

#### **E. 4.4**

Im Ergebnis genügen die Ausführungen in der Beschwerdeschrift in Bezug auf den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung den besonderen Anforderungen von Art. 98 und 106 Abs. 2 BGG nicht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten wird auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.