

BGer 2C 994/2017 vom 26. Juni 2019

Bundesgericht, 2019-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_994_2017

FR: TF 2C 994/2017 du 26 juin 2019

IT: TF 2C 994/2017 del 26 giugno 2019

Regeste

Publikation der Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2015 | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Erwägungen

E. 1.1

Die amtliche Publikation einer (Sanktions-) Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25a VwVG [SR 172.021]; Art. 25 DSG). Die WEKO hat mit Verfügung vom 21. November 2016 festgehalten, dass die Sanktionsverfügung zu publizieren sei. Diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht und dessen Entscheid hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden. Die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG) richtet sich gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 82 lit. a BGG), wozu keine Ausnahmen bestehen (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerin ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides; sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung der Sanktionsverfügung beschwert und insofern hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids. Sie ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Anfechtbar ist allerdings nur das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (sog. Devolutiveffekt); auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung auch der Verfügung der WEKO kann daher von vornherein nicht eingetreten werden. Immerhin gelten Entscheide unterer Instanzen als inhaltlich mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441).

E. 1.3

Mit der Beschwerde an das Bundesgericht kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführern geltend gemacht und begründet werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG).

E. 1.4

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder

beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 1.5

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK (Unschuldsvermutung), des Verfassungs- (Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der Unschuldsvermutung, des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Begründungspflicht) und des Bundesgesetzesrechts.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt habe, indem sie die von ihr vorgebrachte Rüge der Verletzung der Begründungspflicht nicht geprüft habe. Indem die Vorinstanz von einer Verletzung eines anderen Teilgehalts des rechtlichen Gehörs ausgegangen sei, in casu dem Recht auf Anhörung und Mitwirkung, habe sie zu Unrecht darauf geschlossen, die Beschwerdeführerin habe ihre Rüge nicht substantiiert.

E. 2.2

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 138 IV 81 E. 2.2 S. 84 ; 136 I 229 E. 5.2 S. 236 m.H.). Es genügt dabei, wenn die Begründung implizit erfolgt (BGE 141 V 557 E. 3.2.1 S. 565).

E. 2.3

Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als die Vorinstanz davon ausgegangen zu sein scheint, dass die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechts auf Anhörung und Mitwirkungsrechts gerügt habe (E. 4.1 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz hat aber dennoch, wenn nicht explizit, so jedoch implizit die Rüge der mangelhaften Begründung der Publikationsverfügung geprüft. So stellt sie fest (E. 6.1.2 des angefochtenen Urteils), dass die WEKO ihren Entscheid in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Zweck unter Nennung der Gründe angemessen begründet habe. Die Beschwerdeführerin dringt insofern mit ihrer Rüge nicht durch.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass kein öffentliches Interesse an einer Publikation der Sanktionsverfügung bestehe, insbesondere auch nicht vor ihrer Rechtskraft bzw. vor der Rechtskraft der Publikationsverfügung. Die Publikation diene dem "naming and shaming" und verstärke damit die Sanktion mit einer „Reputationsstrafe“.

E. 3.2

Das Bundesgericht hat im Nikon-Urteil die die Ziele der durch die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO wie folgt zusammengefasst (BGE 142 II 268 E. 4.2.5 S. 273 f.) :

E. 3.2.1

Erstens haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, dass die Verfügungen der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden, damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und angesichts der - aufgrund von zu beantwortenden komplexen Fragen - langen Verfahrensdauer und zum anderen wegen der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage bis vor das Bundesgericht getragen wird, besonders angezeigt. Insofern dient die Veröffentlichung zunächst der Prävention und der Rechtssicherheit.

E. 3.2.2

Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO dient zweitens auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbes. über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. Das KG hat deshalb teilweise die mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ; SR 152.3) in der Bundesverwaltung implementierte Politik des "open government", um Informationsbedürfnisse zu befriedigen und zur aktiven Verwaltungskontrolle und zu einem Wandel der Verwaltungskultur beizutragen, vorweggenommen.

E. 3.2.3

Drittens sollen mit der Veröffentlichung der Verfügungen die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen und Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden. Es geht mit anderen Worten nicht nur darum, dass die WEKO für sich und die Unternehmen ihre Praxis publiziert, sondern zum einen auch für kantonale Behörden für zivilrechtliche Verfahren (vgl. Art. 12 KG) oder für Verwaltungsverfahren (z.B. BGBM [SR 943.02]) und zum anderen für andere Bundesbehörden (z.B. BGBM).

E. 3.3

Die WEKO hat das öffentliche Interesse an der Publikation der Sanktionsverfügung mit dem Hinweis gerechtfertigt, dass damit eine Grundsatzfrage zu den Bruttopreisen entschieden worden sei und es zu diesem Thema keine höchstrichterliche Rechtsprechung gebe. Sie habe schnellstmöglich die Allgemeinheit sowie die Gerichte und Behörden über ihre Praxis informieren wollen. Diese Zielsetzungen stimmen mit den vom Bundesgericht im Nikon-Urteil erfolgten Erwägungen zum Zweck der Veröffentlichungen der Verfügungen der WEKO überein. Die Vorinstanz hat insofern zu Recht das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung der Sanktionsverfügung bejaht. Das öffentliche Interesse wird auch nicht dadurch hinfällig, dass die Publikation vor der Rechtskraft der Sanktionsverfügung bzw. der Rechtskraft der Publikationsverfügung erfolgt. Wie das Bundesgericht im Nikon-Urteil feststellt (BGE 142 II 268 E.4.2.5.4 S. 274), hält der Gesetzgeber eine Publikation von (nicht rechtskräftigen) Entscheiden der WEKO als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können und nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips . Die Publikation der Sanktionsverfügung sei nicht geeignet, ihre Ziele zu erreichen.

Insbesondere sei die Publikation nicht der Rechtssicherheit dienlich. Weiter sei die Publikation der über 700 Seiten langen Sanktionsverfügung kaum geeignet, einem fachkundigen Publikum zu vermitteln, welche Verhaltensweisen die WEKO als unzulässig erachte. Zudem sei es nicht erforderlich, die Namen der betroffenen Firmen zu publizieren. Schliesslich sei eine Publikation erst zumutbar, wenn die angeblich falsche Darstellung des Sachverhalts in der Sanktionsverfügung korrigiert worden sei.

E. 4.2

Bei der Beurteilung der Verletzung der Verhältnismässigkeit gilt es kurz das zugrundeliegende Verwaltungsrechtsverhältnis sowie die einschlägige gesetzliche Grundlage zu bestimmen:

E. 4.2.1

Gegen die Beschwerdeführerin ist eine Untersuchung (Art. 27 KG) wegen Preis- und Mengenabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eröffnet worden, welche mit der Verfügung vom 29. Juni 2015 abgeschlossen wurde. Die Beschwerdeführerin wurde in diesem Rahmen zu einer finanziellen Sanktion verurteilt.

E. 4.2.2

Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, d.h. u.a. die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. etwa Pierre Tercier/Vincent Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, N. 13 ad Art. 48 LCart), ihre Entscheide veröffentlichen; sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (Tercier/Martenet, a.a.O., N. 22 f. ad Art. 48 LCart). Entscheide sind - wie der französische Wortlaut auch nahelegt - u.a. Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG, also auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2 S. 271 f.).

E. 4.2.3

Wie das Wort "können" ausdrückt, steht den Wettbewerbsbehörden ein Ermessen zu (vgl. etwa Moor/Flückiger/Martenet, *Droit administratif*, volume 1, 2012, S. 740); die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum (BGE 118 Ib 317 E. 3c S. 324) oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität (BGE 129 II 193 E. 5.1 S. 208). Die Frage der Angemessenheit kann sich dementsprechend nur dort stellen, wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkommt (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 26 Rz. 4 petit). Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3 S. 272; Moor/Flückiger/Martenet, a.a.O., S. 743; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 Rz. 14 und 18).

E. 4.2.4

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung zur Zweckerreichung geeignet sei, weil die WEKO damit im Sinne einer Warnpraxis das Wettbewerbsverhalten beeinflusst, das Verwaltungshandeln öffentlich macht sowie die Behörden über die Entscheidung informiert. Die Veröffentlichung sei sodann erforderlich,

da insbesondere das fachkundige Publikum darauf angewiesen sei, die Verfügung als Ganzes zur Kenntnis nehmen zu können. Schliesslich sei die Veröffentlichung zumutbar, da das öffentliche Interesse das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Vermeidung eines allfälligen Reputationsschaden überwiege. Dem Privatinteresse werde ausreichend Rechnung getragen dadurch, dass für jedermann ersichtlich ist, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 4.2.5

Diesen Ausführungen ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Wenn auch eine gekürzte Fassung der Verfügung zur Erreichung der Zielsetzungen ausgereicht hätte, so kann der WEKO mangels eines solchen Antrags nicht vorgeworfen werden, dies nicht von Amtes wegen getan zu haben. Was die Veröffentlichung des Namens der Parteien anbelangt, ist Art. 28 KG zu berücksichtigen. Danach wird die Eröffnung der Untersuchung u.a. mit den Namen der Adressaten der Untersuchung publiziert. Diese Vorgabe hat verbindlichen Charakter (Art. 190 BV). Der Name ist insofern dem Publikum bekannt. Die Sanktionsverfügung liesse sich zudem wohl kaum mehr so anonymisieren, dass keine Rückschlüsse auf die Namen möglich ist. Des Weiteren gilt zu beachten, dass auch im Strafgerichtsverfahren Urteile grundsätzlich samt Namen verkündet werden; für eine Anonymisierung müssen besondere Voraussetzungen gegeben sein (vgl. Art. 149 Abs. 2 und 150 StPO).

E. 4.2.6

Der Name ist also bereits früher - und zwar zu Recht - bekannt. Die gesetzlich vorgesehene Namensnennung ist dabei Folge einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung zwischen dem Interesse der Beschwerdeführerin und anderer Wirtschaftsteilnehmer (vgl. BGE 142 II 268 nicht publizierte E. 8.4.1). Auch die Rüge der Unzumutbarkeit der Veröffentlichung der Publikationsverfügung vor Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung geht fehl. Diese Rechtsfolge wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen (vgl. BGE 142 II 268 nicht publizierte E. 8.4.1).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt habe, dass die Publikation der Sanktionsverfügung in Anbetracht der in ihr enthaltenen ruf- und geschäftsschädigenden Ausführungen keinen Verstoß gegen die durch Art. 6 Ziff. 2 EMRK garantierte Unschuldsvermutung darstelle. Sie macht insbesondere geltend, dass die im Nikon-Urteil erfolgten Erwägungen nicht relevant seien, da dort nicht wie vorliegend die Frage strittig gewesen sei, ob der Entscheid überhaupt veröffentlicht werden dürfe.

E. 5.2

Dieses Argument verfängt nicht. Das Bundesgericht hat im Nikon-Urteil festgehalten, dass die Publikation der Sanktionsverfügung vor Rechtskraft die Unschuldsvermutung nicht verletze, da Art. 6 Abs. 2 EMRK den staatlichen Behörden nicht verbiete, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. (BGE 142 II 268 , nicht publizierte E. 8.3 und 8.4.1). Diese Rechtsprechung ist auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, weshalb auch diese Rüge unbegründet ist.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Vorinstanz ihre Wirtschaftsfreiheit, ihre Persönlichkeitsrechte sowie ihr rechtliches Gehör verletze, wenn sie davon ausgehe, dass

sie darauf verzichtet habe, Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu bezeichnen. Sie macht geltend, sie habe mehrfach darauf hingewiesen, dass die Sanktionsverfügung noch Geschäftsgeheimnisse enthalte, sei jedoch der Auffassung gewesen, dass zunächst über die Frage der Publikation an sich habe entschieden werden müssen. Sie habe zudem nicht ihre Rechtslage schwächen wollen durch die Stellung von Schwärzungsanträgen.

E. 6.2

Den Argumenten der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen. Soweit sie die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten rügt, kann darauf mangels ausreichender Substantiierung nicht eingegangen werden. Das Argument, sie habe ihre Rechtslage nicht durch die Stellung von Schwärzungsanträgen schwächen wollen, ist nicht nachvollziehbar. Es wäre vielmehr ihre prozessökonomische Pflicht gewesen, alle Anträge sofort zu stellen. Indem sie auch auf die zweite Aufforderung der WEKO, Schwärzungsanträge zu stellen, nicht eingegangen ist, durfte die Vorinstanz annehmen, sie habe auf weitere rechtserhebliche Vorbringen verzichten wollen. Die Beschwerdeführerin dringt insofern auch mit dieser Rüge, soweit sie genügend substantiiert worden ist, nicht durch.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Vorinstanz, indem sie auf das Begehren, es sei festzustellen, dass die WEKO die aufschiebende Wirkung in der Publikationsverfügung willkürlich entzogen habe, nicht eingetreten sei, gegen Art. 25 VwVG verstossen habe.

E. 7.2

Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Zudem kann ein Feststellungsantrag nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5 S. 218; 126 II 300 E. 2c S. 303).

E. 7.3

Soweit die Beschwerdeführerin durch das Vorgehen der WEKO ein Schaden erwachsen wäre, steht ihr die Möglichkeit offen, dies im Rahmen eines Leistungsbegehrens gemäss Art. 55 Abs. 4 VwVG beurteilen zu lassen. Sie hat insofern kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, weshalb auf ihr Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden kann.

E. 8.1

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz eine rechtswidrige Kostenverlegung vorgenommen habe. In Ziff. 4 des Dispositivs habe sie festgehalten, über die Kosten des Zwischenentscheids werde mit dem Entscheid in der Sache befunden, im Endentscheid dies aber offensichtlich vergessen.

E. 8.2

Die Vorinstanz hat in ihrem Endentscheid festgehalten, dass der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen sei, auch nicht für prozessuale Zwischenschritte, da sie vollständig unterlegen sei. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, gegen welche Rechtsnorm dieser Kostenentscheid verstossen sollte, weshalb auf diese Rüge mangels ausreichender Substantiierung nicht einzutreten ist.

E. 9

Demnach sind keine Gründe gegen eine Publikation der Sanktionsverfügung ersichtlich; insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

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