

BVGer B-130/2019 vom 1. September 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-09-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-130_2019

FR: TAF B-130/2019 du 1 septembre 2020

IT: TAF B-130/2019 del 1 settembre 2020

Regeste

Verfahrensfragen, Publikationen, usw.

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Die WEKO ist Vorinstanz i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG. Die Erfordernisse an Form und Frist (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 VwVG) sind eingehalten, der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Publikation kartellrechtlicher Sanktionsverfügungen ist ein Realakt, die Publikationsverfügung 2 vom 12. November 2018 als Verfügung über diesen Realakt im Sinne von Art. 25a VwVG ein taugliches Anfechtungsobjekt (vgl. Rückweisungsurteil E. 1.3 m.w.H.). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Publikationsverfügung i.S.v. Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert (Urteil B-3588/2012 "Nikon AG" E. 1.1 al. 4 m.w.H.). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.3

Mit der Beschwerde können gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens; Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) und die Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt. Diese formelle Rüge ist vorab zu prüfen (statt Vieler: Urteil des BGer 2C_257/2018, 2C_308/2018 vom 11. November 2019 E. 2 Ingress m.w.H.).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin (...) [reichte] am 11. Juli 2014 eine eigens redigierte Version der Sanktionsverfügung ein (vi-act. 48, Anhang entsprechend Beschwerdebeilage [BB] 9). Im Begleitschreiben [machte] sie ausgehend vom Begriff des Geschäftsgeheimnisses (i.S.v. Art. 162 StGB) als zentrales Argument geltend, es dürfe nicht zur Offenlegung von

ungeprüften Tatsachendarstellungen ausserhalb der Zuständigkeit der Schweizer Wettbewerbsbehörden kommen; die redigierte Version im Anhang unterteilte geltend gemachte Schwärzungstatbestände mittels Farbwahl und enthielt vereinzelt individualisierte Begründungen. Mit Eingabe vom 18. April 2018 (vi-act. 40, entsprechend BB 8) [verwies] sie auf diese Eingabe in Bezug auf die Frage der Geschäftsgeheimnisse und im Übrigen auf die Vorgaben des Rückweisungsurteils. Mit der Beschwerde (Rz. 62) [rügt] sie, die Vorinstanz habe zum damaligen Antrag - nämlich den umfassend gekennzeichneten Geschäftsgeheimnissen - nicht Stellung genommen.

E. 2.2

Diese Rüge geht fehl. Die Vorinstanz schickte der Einzelprüfung der Anträge voraus, dass nicht weiter auf die Anträge eingegangen werde, soweit ihnen entsprochen werde (Rz. 109); das trifft auf weite Teile der umfangreichen Anträge zu, denen mit Streichungen oder Modifikationen begegnet wurde (bzgl. Rz. 208, die Anträge in den Bereichen Rz. 218-498, 506-577, 618-708, 717-745, 755-787, Rz. 798, 805, 885, 889, 1052, 1145, 1218, 1251, 1254, 1328, 1336, Tabellen 4, 26, 40 [Publikationsversion 2: 34], 41 [35], 45 [39], 47 [41] und Fussnote 877 [872] der Sanktionsverfügung). In Einzelfällen wurde die Streichung respektive Modifikation zudem begründet respektive die Modifikation als mit Blick auf die Vorgaben des Rückweisungsurteils ausreichend erklärt (Publikationsverfügung 2, Rz. 115, 121, 124). Soweit die Anträge ganz oder wiederum mit Hinweis auf eine erfolgte und den berechtigten Parteiinteressen genügende Modifikation (i.d.R. wegen erfolgter Einschränkung auf die relevanten Streckenpaare) abgewiesen wurden, ist dies - bis auf die folgenden Ausnahmen - in den Randziffern 110 ff. der Publikationsverfügung begründet. Eine Begründung fehlt zum Streichungsantrag bezüglich der Rz. 1337 der Sanktionsverfügung; diese schliesst indessen textlich klar am Rz. 1336 an. Die in dieser durch eine Modifikation erfolgte Eingrenzung - zu der die Publikationsverfügung in Rz 121 und 127 Stellung nimmt - gilt ohne weiteres auch für jene. Schliesslich enthält die Publikationsversion 2 im Bereich, der den Anträgen der Beschwerdeführerin gewidmet ist, keine Begründung zu den Randziffern 1422 und 1424, wohl aber in der Bearbeitung der Anträge einer anderen Partei (Publikationsverfügung 2, Rz. 102). Das mag aus der Optik der Leserfreundlichkeit unpraktisch erscheinen, ist jedoch als Option in Rz. 18 der Publikationsversion 2 ausdrücklich vorbehalten. Die Begründung in Rz. 102 ist schliesslich kohärent zu den übrigen Ausführungen der Vorinstanz zu den Anträgen der Beschwerdeführerin. Insgesamt hat sich die Vorinstanz in der Publikationsverfügung 2 akribisch mit den Anträgen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Ob auch inhaltlich korrekt, ist im Folgenden zu prüfen. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge vorbringen wollte, sie vermisse eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses, ist darauf hinzuweisen, dass die Ablehnungsbegründungen in der Regel den Hinweis enthalten, es handle sich um sanktions- und massnahmerelevante Ausführungen (die zudem keine direkte Zuordenbarkeit der Beschwerdeführerin zu anderen als den sanktionierten Strecken enthielten) - dies schliesst implizit aus, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis im hier relevanten Sinn handelt (vgl. dazu Rückweisungsurteil E. 2.6 m.w.H.).

E. 3.1

Das Bundesgericht klärte mit seinem Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 («Nikon AG», teilweise publiziert in BGE 142 II 268) die Rechtslage in Bezug auf die Veröffentlichung von Sanktionsentscheiden der WEKO.

E. 3.1.1

Auf die Rüge der damaligen Beschwerdeführerin hin, die WEKO verletze mit der beabsichtigten Publikation das Verhältnismässigkeitsprinzip, hielt das Bundesgericht fest, die Beschwerdeführerin befinde sich in einem Verwaltungsrechtsverhältnis, das durch verschiedene Gesetze bestimmt sei, namentlich durch das Kartellgesetz (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2). Dessen Art. 48 Abs. 2 KG, gemäss welchem die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können, sei eine Ermessensnorm (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.3; im Kontrast zu anderen Normen des Kartellgesetzes; vgl. Rückweisungsurteil, E. 2.2 al. 2). Die Handhabung des Ermessens sei eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit sei die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität. Die Frage der Angemessenheit könne sich dementsprechend nur dort stellen, wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkomme. Halte sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übe ihr Ermessen unzweckmässig aus, handle sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übe sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspreche, liege Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehöre u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.3 m.w.H.; vgl. Rückweisungsurteil E. 3.4 und Urteil des BGer 2C_690/82019 vom 11. Februar 2020 E. 5.2 Ingress und E. 5.2.1).

E. 3.1.2

Das Kartellgesetz sehe die Möglichkeit der Veröffentlichung (anstelle einzig die Eröffnung gegenüber der Verfahrenspartei vorzusehen) aus einem bestimmten Grund vor. Konkret schälte das Bundesgericht drei mit der Veröffentlichung der Verfügungen der WEKO verfolgte Zwecke heraus: (1.) Rechtssicherheit und Prävention, (2.) Transparenz der Verwaltungsaktivitäten und (3.) die Information über die Praxis der Wettbewerbsbehörden (ausführlich BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.5). Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der WEKO deckten sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide; «[insofern] erachtete der Gesetzgeber eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO und der Gerichte als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können (vgl. Art. 1 KG). Er nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können» (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.5.4). Das Bundesgericht erachtete dabei die Unschuldsvermutung durch eine Publikation vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung als nicht verletzt, dies ausdrücklich auch eingedenk dessen, dass das Kartellsanktionsverfahren zunächst ein Verwaltungsverfahren sei (Urteil BGer 2C_1065/2014 «Nikon AG» E. 8, insb. E. 8.4.1 [in BGE 142 II 268 nicht publiziert]; 2C_690/2019 E. 4.2).

E. 3.1.3

Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betreffe grundsätzlich ganze Entscheide und nicht einzelne Passagen. Übe die Wettbewerbsbehörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen aus, so blieben dem Einzelnen nur die gesetzlichen Möglichkeiten um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird. Dabei sei insbesondere der Schutz von

Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen (Art. 25 Abs. 4 KG; BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.6; E. 5 ausführlich zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses, vgl. zusammenfassend Rückweisungsurteil E. 3.6). Soweit Daten betroffen seien, die den Begriff des Geschäftsgeheimnisses nicht erfüllten, seien die in Art. 19 Abs. 4 Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) aufgeführten Interessen zu prüfen, also wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person (Bst. a) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften (Bst. b; BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 6.4; Rückweisungsurteil E. 3.7). Im Bereich des öffentlichen Rechts sei der Persönlichkeitsschutz eine Frage der Verwirklichung und Konkretisierung (Art. 35 BV) der Grundrechte (insb. Art. 7, 10 und 13 BV); Persönlichkeitsverletzungen seien damit nicht nach Art. 28 ZGB zu lösen, sondern über das öffentliche Recht, d.h. über die das vorliegende Verwaltungsrechtsverhältnis konstituierenden Bundeserlasse (Urteil BGer 2C_1065/2014 «Nikon AG» E. 7.1 [in BGE 142 II 268 nicht publiziert]; 2C_690/2019 E. 6.1).

E. 3.1.4

Das Bundesverwaltungsgericht wie auch das Bundesgericht stützen ihre Praxis zur Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen der WEKO auf dieses Leiturteil (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-149/2017 vom 24. Oktober 2017 und des Bundesgerichts 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 «Bringhen AG»; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7768/2016 vom 24. Oktober 2017 «Bauhandel»; B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 bestätigt mit Urteil des BGer 2C_690/2019; B-6547/2014 vom 25. April 2017, bestätigt mit Urteil des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018).

E. 3.2

Gleichermassen steht das die Beschwerdeführerin betreffende Rückweisungsurteil auf dem Boden dieser Rechtsprechung.

E. 3.2.1

Es ergänzt diese um Aspekte der Rechtsprechung zum Grundsatz der Justizöffentlichkeit respektive des Verkündungsgebots (als deren Teilgehalt); dies namentlich, um anhand der diesen Rechtsprechungslinien zu entnehmenden Gesichtspunkte den Umfang einer Veröffentlichung und den Stellenwert möglicher Alternativformen zu klären (Rückweisungsurteil E. 2.3). Diese Erwägungen stehen zur Rechtsprechung «Nikon AG» nicht im Widerspruch, sondern sind mit dieser verknüpft, wie insbesondere die Darlegungen zur Möglichkeit der Publikation unterinstanzlicher, noch nicht rechtskräftiger Entscheide im Licht der Unschuldsvermutung aufzeigen (Rückweisungsurteil, E. 2.3.6).

E. 3.2.2

Die damaligen Beschwerdeführerinnen machten als zu berücksichtigende Interessen, die einer Publikation der Sanktionsverfügung entgegenstünden, im Wesentlichen den Schutz vor Zivilklagen im Ausland geltend. Davon ausgehend analysierte das Bundesverwaltungsgericht - unter ausdrücklichem Vorbehalt, dass deren materielle Prüfung nicht Gegenstand jenes Verfahrens sei - die Sanktionsverfügung. Darauf kann im Einzelnen verwiesen werden (Rückweisungsurteil, E. 5.2).

E. 3.2.2.1

Als zentral erwies sich die Würdigung der massgeblichen Rechtsquellen durch die Vorinstanz in der Koordination des Kartellgesetzes, des EU-Luftverkehrsabkommens und

bilateraler Abkommen mit Nicht-EU-Ländern, aber auch mit EU-Ländern bis zum Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens respektive bis zum EU-Beitritt. Die Vorinstanz war zum Schluss gekommen, dass die Schweiz mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens im Bereich des Luftverkehrs in die EU teintegriert sei, mit der Folge einerseits, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Verhaltensweisen mit Bezug auf Strecken mit der EU der Europäischen Kommission obliege, andererseits, dass die Schweiz sich verpflichtet habe, für Strecken mit Drittstaaten die Wettbewerbsregeln des EU-Luftverkehrsabkommens zu übernehmen (bei gleichzeitiger, aber nachrangiger Geltung des Kartellgesetzes). Im Geltungsbereich von Abkommen mit Drittstaaten und mit EU-Staaten vor dem EU-Beitritt, welche die Möglichkeit zur Tarifkoordination vorsähen, seien Preisabsprachen zulässig. Nach alledem erachtete sich die Vorinstanz für die Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten bezüglich Strecken zwischen der Schweiz einerseits, den Vereinigten Staaten von Amerika, Singapur, der Tschechischen Republik (bis zum 30. April 2004), Pakistan und Vietnam als zuständig. Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 seien zwar überprüfbar, aber ohne Folge für das Dispositiv (Rückweisungsurteil E. 4.2.1 m.w.H.).

E. 3.2.2.2

Dem internationalen Charakter des betreffenden Marktes und folglich auch der beurteilten Verhaltensweisen entsprechend stellte die Vorinstanz indessen in der Sachverhaltsdarstellung und der initialen rechtlichen Würdigung ein Netzwerk von Absprachen und Kontakten dar, ohne dass die letztlich sanktions- und massnahmerelevanten Strecken isoliert dargestellt worden wären. Für die Redaktion der Sanktionsverfügung beanstandete dies das Bundesverwaltungsgericht nicht; ausgehend von der These, die letztlich sanktionierten Abreden über eine Teilmenge des Marktes seien in den Gesamtmarkt eingebettet, habe sie dies auch so darzustellen (Rückweisungsurteil E. 4.2.4). Indessen resultierte mit der relativ ungefilterten Publikationsversion 1 eine Schilderung von als global gesehen widerrechtlich geschildertem Verhalten, obwohl die damaligen Beschwerdeführerinnen nur für eine geringe Teilmenge des geschilderten Verhaltens sanktioniert wurden. Die Persönlichkeitsrechte waren damit durch eine Darstellung betroffen, welche mit dem Dispositiv nicht vollständig korrespondierte. Dabei erschienen die Feststellungen zu den sanktionierten Abreden mit den darüber hinausgehenden untrennbar verknüpft (Rückweisungsurteil, E. 4.3.4, im Detail E. 4.3.3). Für den Bereich der Luftverkehrsbeziehungen mit Staaten der Europäischen Union befand das Gericht, eine Information der Öffentlichkeit über die Erwägungen der WEKO, weshalb sie sich für diese als nicht zuständig erachte, gehöre zwar zu den wesentlichen Fragen des Entscheides, über die zu informieren geboten sei - indes fehle es an der gebotenen Zurückhaltung, wenn sich die WEKO trotz fehlender Zuständigkeit über die Kartellrechtswidrigkeit der geschilderten Verhaltensweisen ausspreche (Rückweisungsurteil E. 4.4). Bei der Gewichtung zivilprozessualer Risiken sei die internationale Tragweite des Sachverhaltes zu beachten. So sei etwa nicht zwingend zu erwarten, dass ein ausländisches Gericht einen rechtskräftigen Entscheid abwarte oder die Frage nach der Rangfolge der anzuwendenden Rechtsnormen gleich beantworte wie die Vorinstanz. Zudem seien dem schweizerischen Zivilprozessrecht fremde Instrumente (bspw. Pre-trial Discovery) zu beachten; die zuordenbare Schilderung eines Sachverhaltes (insbesondere unter Bezugnahme auf Selbstanzeigerinnen) könne einem potentiellen Kläger insinuierten, dass allfällige Belege hierzu gerade bei den Selbstanzeigerinnen aufzufinden wären. Diese Risiken wären für den sanktionierten Bereich zu gewärtigen, für die

überschiessenden Feststellungen sei diese Belastung indessen erheblich und im Interesse der Beschwerdeführerinnen zu gewichten. Als öffentliches Interesse formulierte das Gericht schliesslich den Schutz des Institutes der Selbstanzeige, zumal die Berechenbarkeit von Prozessrisiken als schützenswerter Aspekt bei der Entschlussfassung über eine Selbstanzeige gelte (Rückweisungsurteil E. 4.5).

E. 3.2.2.3

In der Summe hielten die mit der Publikation verbundenen Beeinträchtigungen dem Gebot der Verhältnismässigkeit nicht stand. Zwar stünde die Eignung der Publikation zur Zweckerreichung ausser Frage, die Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Beschwerdeführerinnen zum einen und der Schutz des Instituts der Selbstanzeige zum Andern stünden aber in keinem vernünftigen Verhältnis zur Zweckerreichung. Auch handle es sich - gemessen am Eingriff in die Interessen der betroffenen Partei - nicht um die mildest mögliche Massnahme (Rückweisungsurteil E. 5.1).

E. 3.2.2.4

Folglich untersagte das Gericht die Publikation in der damals vorliegenden Fassung der Publikationsversion 1 und ordnete eine Modifikation dahingehend an, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht mit einer Darstellung konfrontiert sehen dürften, welche sie bezüglich anderer Strecken als den fünf sanktionierten Streckenpaaren in zuordenbarer Weise mit kartellrechtlich verpönten Verhaltensweisen in Bezug bringe. Neben Geschäftsgeheimnissen im engen Sinne bestehe somit ein weiterer Schwärzungstatbestand bezüglich Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Festlegungen, welche zum Entscheiddispositiv nicht beitragen, eigentlicher obiter dicta also (Rückweisungsurteil E. 5.2). Mit Blick auf die Verwobenheit der Sachverhaltsfeststellungen und Würdigung derjenigen Parteien, welche zu publizieren nicht problematisch ist mit jenen, für die das eben doch gilt, aber auch die Überlegung, dass bezüglich allgemeiner und verallgemeinerungsfähiger Abschnitte die Verfügung der Öffentlichkeit wo immer möglich im Originalwortlaut zur Verfügung zu stellen ist, regte das Gericht die Erstellung einer Publikationsversion in einer Kombinationsform an, in der integral zu publizierende Passagen im Originalwortlaut zu veröffentlichen wären, während Abschnitte, deren Veröffentlichung die damaligen Beschwerdeführerinnen nicht zu dulden hätten, für die Belange der Publikation zu kürzen, zu paraphrasieren oder - soweit für die Verständlichkeit nicht von Belang - wegzulassen seien. Das Bundesverwaltungsgericht gab einen nicht abschliessenden Abriss der in seinen Augen unproblematischen und der zu modifizierenden Abschnitte vor (Rückweisungsurteil E. 5.3 f.). Mit dieser Vorgabe wies das Gericht die Sache an die Vorinstanz zurück (Rückweisungsurteil E. 7, Dispositiv-Ziffer 1).

E. 3.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist - gleich wie die Vorinstanz - an das eigene Rückweisungsurteil gebunden; dies gilt namentlich für das Dispositiv und die in diesem als Handlungsanweisung verwiesenen Erwägungen. Es könnte von seinem Rückweisungsurteil nur ausnahmsweise abweichen, wenn sich daraus ein in höchstem Masse stossendes Ergebnis ergeben würde (Weissenberger/Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 28 zu Art. 61 VwVG), eigentliche Revisionsgründe bleiben vorbehalten (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1158); nicht ausreichend, auf das Rückweisungsurteil zurückzukommen, sind einfache Rechtsfehler (Urteil des BGer

6B_971/2018 vom 7. November 2019 E. 1.3 m.w.H.). Dies gilt unbenommen dessen, dass es sich beim Rückweisungsurteil um einen Zwischenentscheid handelt, der - gänzlich fehlenden Handlungsspielraum der Vorinstanz vorbehalten (Urteil des BGer 1C_31/2019 vom 17. März 2020 E. 2.3 m.w.H.) - nicht vor Bundesgericht anfechtbar ist; das Prinzip der Bindung an den Rückweisungsentscheid gründet nämlich nicht im Rechtsinstitut der Rechtskraft, sondern folgt aus der Hierarchie der Instanzen und der Einheit des Verfahrens (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O.; vgl. zum Ganzen auch Camprubi, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 8 zu Art. 61 VwVG).

E. 3.4

Zu prüfen bleibt somit, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Publikationsverfügung 2 ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat (vgl. dazu Rückweisungsurteil E. 2.4) und sich insbesondere an das Gebot der Verhältnismässigkeit gehalten hat (Rückweisungsurteil E. 2.5).

E. 4

Mit dieser Ausgangslage ist zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz was folgt zu erwägen:

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin stellt den Grundsatzentscheid, ob die Sanktionsverfügung zu publizieren sei, in Frage, stellt aber keinen expliziten Antrag, die Publikation zu verbieten (resp. verwahrt sich dagegen, vgl. Replik, Rz. 5). Die Vorinstanz brauchte diese Grundsatzfrage in der Publikationsverfügung 2 nicht mehr aufzuwerfen. Sie hatte sich in der Publikationsverfügung 1 (Abschn. C.2.1 Rz. 20 ff.) dazu ausgesprochen und das Bundesverwaltungsgericht erachtete eine Publikation an sich als zulässig (Rückweisungsurteil E. 3). Es hielt zwar fest, die Vorinstanz «kann» die Verfügung veröffentlichen (a.a.O. E. 3.4 Satz 1). Mit der Rückweisung zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen gab das Gericht der Vorinstanz aber klare Anweisungen im Hinblick auf die Erstellung einer modifizierten Publikationsversion (a.a.O. E. 5.2 ff.). Es ist somit nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz die Grundsatzfrage der Publikation nicht erneut stellte, sondern als beantwortet voraussetzte, mag das Rückweisungsurteil auch so gelesen werden können, dass das Ermessen hinsichtlich der Publikation an sich neu eröffnet sein könnte. Insbesondere steht die von der Beschwerdeführerin angerufene Unschuldsvermutung einer Publikation der nicht rechtskräftigen Verfügung nicht entgegen (vorne, E. 3.1.2). Die Dauer zwischen den Ereignissen und der Publikation sodann mag lange erscheinen, ist aber weitgehend systembedingt: Die Erarbeitung einer Publikationsversion konnte sachlogisch erst nach Erlass der Sanktionsverfügung beginnen und zog sich aufgrund der Gewährleistung des rechtlichen Gehörs und der Durchführung von Verhandlungen im ersten Publikationsverfahren in die Länge. Das erste Beschwerdeverfahren war - mit Einverständnis der Parteien - zwecks Abwartens des bundesgerichtlichen Urteils in der Sache «Nikon AG» längere Zeit sistiert (Rückweisungsurteil Bst. C.d) und das Rückweisungsurteil selbst brachte für die Vorinstanz eine umfangreiche Bearbeitung der Publikationsversion mit sich, woraufhin wiederum das rechtliche Gehör zu gewähren war. Die Publikationsinteressen (Rückweisungsurteil E. 2.2) werden dadurch nicht grundsätzlich in Frage gestellt.

E. 4.2.1

Primat der Veröffentlichung ist diejenige im integralen Originalwortlaut. Abweichungen davon - auch wenn diese vor dem Hintergrund des Rückweisungsurteils zwingend zu prüfen sind - verstehen sich als Abstriche (Rückweisungsurteil, E. 3.4, 5.3 Abs. 2). Bei gegebener Zulässigkeit der Publikation an sich (soeben, E. 4.1) hat die Vorinstanz damit nicht für jede Passage einzeln zu fragen, ob sich die Publikation rechtfertigt. Sie hat vielmehr von der Publikation auszugehen und zu entscheiden, ob sich allenfalls die Abdeckung aufdrängt, sei es, weil es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, weil es dem überwiegenden Interesse am Schutz der Bonusregelung dient oder weil es sich aus den Anordnungen des Rückweisungsurteils ergibt. Die Vorgaben, welche das Bundesverwaltungsgericht gegenüber der Vorinstanz formulierte, sind vorstehend zusammengefasst (E. 3.2.2.4). Im Kern geht es darum, dass sich die Beschwerdeführerin nicht mit einer Darstellung konfrontiert sehen muss, welche sie direkt respektive in zuordenbarer Weise mit als kartellrechtswidrig erklärten Absprachen und Kontakten in Verbindung bringen könnte, die andere als die letztlich sanktionierten Flugfrachtrecken betreffen. Dies ausgehend davon, dass sich die Vorinstanz auch betreffend weiterer Strecken bezüglich der Kartellrechtswidrigkeit festlegte, was sich aber nicht auf die Sanktionierung auswirkte und folglich nicht gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist (vgl. Rückweisungsurteil E. 4.4). Die konkrete Umsetzung (Kürzungen, Paraphrasierungen, Weglassungen etc.) liegt im Ermessen der Vorinstanz.

E. 4.2.2

Zu beachten ist, dass der vorliegend durch die Vorinstanz beurteilte Sachverhalt seiner Natur nach ein internationaler ist. Das ergibt sich aus der Eigenart des untersuchten Marktes, der Grösse des stark in terrestrische Transportstrecken eingebundenen Binnenstaates Schweiz in diesem Markt einerseits, aus den in anderen Jurisdiktionen geführten Parallelverfahren andererseits - insbesondere aus jenem der Europäischen Kommission. Es liegt auf der Hand, dass die Verfahrensparteien in diesem Markt Kontakte nicht nur bezüglich der genannten, im Resultat beliebig wirkenden und wirtschaftlich nur teilweise bedeutenden Strecken hatten. Ebenso ist nicht glaubwürdig zu vermitteln, dass die Kontakte auf diesen Strecken am 1. Juni 2002 ohne Vorgeschichte einsetzten respektive auf den weiteren Strecken am 31. Mai 2002 (resp. im Falle der Tschechischen Republik am 30. April 2004) unversehens endeten. Hinsichtlich der durch die Vorinstanz letztlich sanktionierten fünf Streckenpaare haben die Parteien - und damit auch die Beschwerdeführerin - von vornherein hinzunehmen, dass sie mit den fraglichen Absprachen in Bezug gesetzt werden können. Bezüglich der Strecken, für die sich die Vorinstanz infolge der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nicht zuständig erklärte, und jenen, für welche die Vorinstanz gestützt auf die jeweils einschlägigen Luftverkehrsabkommen Absprachen als zulässig ansah, hat das Bundesverwaltungsgericht nicht als unzulässig erachtet, diese überhaupt als gegeben darzustellen.

E. 4.2.3

Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihrer Forderung, die Darstellung von Auslandssachverhalten strikte zu schwärzen, im Resultat, die Publikationsversion so zu gestalten, dass Kontakte oder Absprachen nur betreffend die genannten fünf Streckenpaare und wohl auch nur in der Schweiz überhaupt stattgefunden hätten. Damit würde ein Sachverhalt fingiert, der nicht dem dem Entscheid vorausgesetzten Geschehen entspricht und auch nicht überzeugend glaubwürdig vermittelt werden kann. Dies folgt aus der eingangs dieses Abschnittes dargelegten Eigenart des in Frage stehenden Marktes, den in

anderen Jurisdiktionen geführten Parallelverfahren und der scheinbaren Beliebigkeit dieser Strecken. Dem entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht eine Modifikation dahingehend angeordnet, dass die Beschwerdeführerin aufgrund des publizierten Textes nicht mit globalen respektive jedenfalls die fünf sanktionierenden Strecken überschüssenden Absprachen direkt respektive in zuordenbarer Weise in Bezug gesetzt werden könnte (Rückweisungsurteil E. 6.2 und 6.4 Abs. 2). Die Publikationsversion soll in anderen Worten nicht vorgeben, es habe nur diese fünf Strecken betreffende Kontakte, Gespräche und allenfalls Absprachen gegeben, sondern sie hat sicherzustellen, dass eine konkrete Partei nicht mit einer ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Vorinstanz mit einer als illegal deklarierten Absprache direkt in Bezug gebracht werden kann.

E. 4.2.4

Bei allem Gewicht, das dem Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige zukommt (vgl. Rückweisungsurteil E. 2.8, 4.5), hat dieses Bestreben je nach anwendbarer Zivilprozessordnung respektive je nach dem für das jeweils fragliche zivilprozessuale Instrument zur Anwendung gelangende Beweismass Grenzen. Das ist in letzter Konsequenz nicht zu vermeiden. Es ist nicht möglich, jedes potentielle und in der Sache womöglich nicht gerechtfertigte Prozessrisiko in jeder denkbaren Jurisdiktion zu antizipieren; es obliegt letztlich den Prozessparteien im jeweiligen Prozess, ihre Argumente (wie die fehlende Rechtskraft, die mangelnde Zuständigkeit oder eine abweichende Beurteilung durch die Europäische Kommission) vorzubringen.

E. 4.2.5

Die Vorinstanz hat die Sanktionsverfügung - gerade im Vergleich zur Publikationsversion 1 - für die Publikationsversion 2 umfassend umgearbeitet. Insbesondere im Bereich der Sachverhaltsfeststellung wurden längere Textstrecken gestrichen. Die zusammenfassenden Passagen respektive alle Textstellen, die auf die räumliche Dimension der geschilderten Kontakte Bezug nehmen, sind mittels Eingriffen in den Text so eingeschränkt, dass eine direkte oder zuordenbare Inbezugsetzung der Beschwerdeführerin zu Abreden bezüglich anderer Strecken nicht möglich ist - es sind entweder ausdrücklich die fünf fraglichen Streckenpaare genannt oder es wird mit der Wendung «vorliegend relevante Strecken» auf diese verwiesen. Die rechtlichen Erwägungen verweisen auf diese eingegrenzten Sachverhaltsdarstellungen. Damit ergeben sich weder in der Sachverhaltsdarstellung noch in der rechtlichen Würdigung Möglichkeiten, die Beschwerdeführerin mit als kartellrechtswidrig bezeichneten Kontakten bezüglich weiterer als die fraglichen fünf Strecken direkt oder in zuordenbarer Weise in Bezug zu setzen. Das gilt nach einer Einzelprüfung auch für die durch die Beschwerdeführerin konkret benannten Textstellen (vgl. insb. Beschwerde Rz. 34, Replik Rz. 6 ff.). Die Vorgaben des Rückweisungsurteils wurden insgesamt unter Berücksichtigung der internationalen Eigenart der Materie umgesetzt.

E. 4.3

Analoges gilt es zu den Ausführungen der Vorinstanz zur Gesamtabrede und der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung zu sagen. Diese sind Teil der Begründung der Vorinstanz für die von ihr festgestellten Verstösse und der angeordneten Sanktion und Massnahmen und damit - gleichermassen wie die alternativ vorgenommene Einzelanalyse - für das Dispositiv relevant und auch Gegenstand der gegen die Sanktionsverfügung hängigen Rechtsmittelverfahren. Auch dieser Teil ist damit im Licht der

Publikationsinteressen grundsätzlich zu veröffentlichen, gibt er doch die Rechtsauffassung der Vorinstanz wieder und legt Zeugnis davon ab, wie die Vorinstanz Recht anwendet. Die (im Rechtsmittelverfahren gegen die Sanktionsverfügung verfochtene) Sicht der Beschwerdeführerin, es handle sich bei diesem Konzept um ein «zumindest in der Schweiz umstritten[es]» «Konstrukt» respektive um einen «in der Schweiz keineswegs etablierten Prozessgrundsatz» vermag das Publikationsinteresse nicht zu negieren. Ebenso wie zur Unschuldsvermutung ist daran zu erinnern, dass die mögliche Aufhebung im Rechtsmittelverfahren der Publikation nicht grundsätzlich entgegensteht (vorne, E. 3.1.2; Rückweisungsurteil E. 2.3.6). Das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der Ausübung der Verwaltungstätigkeit ist zudem insbesondere dort ausgeprägt, wo eine Praxis als neu oder noch nicht etabliert empfunden wird (vgl. dazu die vom Bundesgericht dargestellten Publikationszwecke, BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.5; Rückweisungsurteil E. 2.2). Es entspricht weder der Rechtsprechung, noch wäre dem Rückweisungsurteil zu entnehmen, dass nur eine unangefochtene oder bereits oberinstanzlich überprüfte Beurteilung oder Praxis publiziert werden dürfte (vorne, E. 3.1.2).

E. 4.4

Insgesamt hat die Vorinstanz mit der Publikationsversion 2 die Vorgaben des Rückweisungsurteils korrekt, insbesondere unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, umgesetzt.

E. 5

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 6.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten - bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen - in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Spruchgebühr ist auf Fr. 1'500.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 6.2

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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