

BVGer B-902/2016 vom 21. April 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-902_2016

FR: TAF B-902/2016 du 21 avril 2021

IT: TAF B-902/2016 del 21 aprile 2021

Regeste

Verfahrensfragen, Publikationen, usw.

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen). Für das kartellgesetzliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt das VwVG, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

E. 1.2

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. etwa BGE 139 V 143 E. 1.2 und 135 II 38 E. 4.3, je mit Hinweisen). Der angefochtene Entscheid des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO vom 11. Januar 2016 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG vorliegt (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 1.2).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin des angefochtenen Entscheides und damit zur Beschwerdeerhebung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 VwVG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf das Rechtsmittel ist mit den nachfolgenden Einschränkungen (E. 1.4 und E. 1.5) einzutreten.

E. 1.4

Streitgegenstand der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege und damit des Beschwerdeverfahrens ist grundsätzlich einzig das Rechtsverhältnis, das Gegenstand des angefochtenen Entscheides bildet oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte bilden sollen, soweit es nach Massgabe der Beschwerdebegehren im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Lauf des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert, sondern höchstens verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden. Der Entscheid der

unteren Instanz (Anfechtungsobjekt) bildet somit den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt: Gegenstände, über welche die vorinstanzliche Behörde nicht entschieden hat und nicht zu entscheiden hatte, darf die Beschwerdeinstanz grundsätzlich nicht beurteilen, da sie ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingreifen würde. Insoweit, als eine Beschwerde in Bezug auf solche Gegenstände erhoben wird, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (BGE 142 I 155 E. 4.4.2, 131 II 200 E. 3.2; Urteile des BGer 2C_71/2017 vom 23. August 2017 E. 4.2, 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte] E. 2.5; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Urteile des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 1.5.1, A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 1.8 und A-5347/2017 vom 5. Juni 2018 E. 2.1; vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.208). Soweit die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids zudem beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, den Schlussbericht vom 12. November 2014 inhaltlich anzupassen (vgl. Antrag Ziff. 3b), ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten, zumal es sich dabei nicht um eine selbständig anfechtbare Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG handelt (BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 3.2 und E. 3.5 [zur Publikation vorgesehen], B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; Zirlick/Tagmann, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, Art. 26 KG N 4, 44 ff., 70 und 125 mit Hinweisen).

E. 1.5

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung vom 11. Januar 2016 des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied der Vorinstanz. Letztere sind auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 13. November 2015 im Wesentlichen nicht eingetreten. Nach der Rechtsprechung ist diejenige Partei, auf deren Begehren bzw. Rechtsmittel nicht eingetreten worden ist, befugt, durch die ordentliche Beschwerdeinstanz überprüfen zu lassen, ob dieser Nichteintretensentscheid zu Recht ergangen ist. Allerdings kann in einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid nur geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Bestehen der Eintretensvoraussetzungen verneint. Damit wird das Anfechtungsobjekt insoweit auf die Eintretensfrage beschränkt; die Beschwerdeführerin kann nur die Anhandnahme durch die Vorinstanz beantragen, nicht aber materielle Anträge stellen (vgl. zum Ganzen: BGE 132 V 74 E. 1.1 und 124 II 499 E. 1b-c; Urteile des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 1.4 und A-1625/2006 vom 15. Dezember 2008 E. 1.2.2; vgl. statt vieler: BGE 135 II 38 E. 1.2 und 132 V 74 E. 1.1; Urteil des BGer 1C_108/2008 vom 3. März 2009 E. 1.2; BVGE 2011/30 E. 3; Urteil des BVGer B-4841/2019 vom 26. Februar 2020 E. 1.3; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.164 mit weiteren Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin in ihren Anträgen darauf abzielt, eine Verzögerung (Antrag 4a) oder einen Aufschub (Antrag 4b) der «Publikation der Verfügung vom 11. Januar 2016» (angefochtene Verfügung) zu bewirken, ist darauf mangels Streitgegenstand sowie mangels entsprechender Publikationsanordnung ebenfalls nicht einzutreten. Dasselbe gilt, falls die Beschwerdeführerin mit den vorstehenden Anträgen die im Parallelverfahren (B-4139/2015) strittige Publikationsverfügung und damit die Frage der Publikation des Schlussberichts gemeint haben sollte.

E. 1.6

Das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 26. Mai 2016 ist mit den in Rechtskraft erwachsenen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-2410/2016 vom 29. September

2016 und A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016 vom 29. September 2016 (bestätigt durch Urteil des BGer 2C_1024/2016 vom 23. Februar 2018) und dem ergangenen Urteil des Bundesgerichts 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 gegenstandslos geworden.

E. 2

Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung lautet auf Nichteintreten auf die im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Begehren der Beschwerdeführerin, die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 und die Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014 aufzuheben. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz am 11. Januar 2016 zu Recht auf das Wiedererwägungsgesuch vom 13. November 2015 nicht eingetreten ist (Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung).

E. 2.1.1

Das KG enthält keine spezifischen Verfahrensvorschriften bezüglich der Wiedererwägung von Publikationsverfügungen, Verpflichtungserklärungen und/oder Schlussberichten. Gemäss Art. 39 KG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Das VwVG regelt die Wiedererwägung in seinem Art. 58. Gemäss Art. 58 Abs. 1 VwVG kann die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen.

E. 2.1.2

Die Vorinstanz begründet ihr Nichteintreten in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vorab damit, dass sowohl die Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014 als auch der Schlussbericht vom 12. November 2014 nicht gemäss Art. 58 VwVG in Wiedererwägung gezogen werden könnten. Die Beschwerdeführerin geht demgegenüber davon aus, dass die Vorinstanz auf ihr Gesuch um Wiedererwägung des Schlussberichts und der Verpflichtungserklärung hätte eintreten müssen.

E. 2.2

Für die Zulässigkeit eines Gesuchs um Wiedererwägung genügt es, dass die Umstände, die einen verfassungsmässigen Anspruch auf Wiedererwägung begründen würden, substantiiert behauptet werden. Ob neue, rechtserhebliche Tatsachen vorliegen, ist dabei im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen zu behandeln. Sind dem Gesuch nicht genügend substantiierte Wiedererwägungsgründe zu entnehmen, so ist die Verwaltungsbehörde nicht gehalten, auf das Gesuch einzutreten. Das Nichteintreten auf ein entsprechendes Wiedererwägungsgesuch kann an die Rechtsmittelinstanz einzig mit der Begründung weitergezogen werden, die Vorinstanz habe es zu Unrecht abgelehnt, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten (vgl. zum Ganzen statt vieler: BGE 138 I 61 E. 4.3 und 136 II 177 E. 2.1; Urteil des BVGer B-418/2018 vom 10. April 2019 E. 4.2.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.3

Die Frage, ob aufgrund der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der C._____, B._____ und D._____ neue, rechtserhebliche Tatsachen im Sinn der genannten Rechtsprechung vorliegen, behandelte die Vorinstanz gemäss dem Ausgeführten zu Recht im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen. Dabei wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, eine wesentliche Veränderung der Sachlage anzunehmen und auf das Wiedererwägungsgesuch vom 13. November 2015 einzutreten, falls die eben erwähnte Genehmigung geeignet erschiene, in Bezug auf die Verfügung der Publikation des

Schlussberichts vom 12. November 2014 - welcher die Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014 enthält - ein anderes Ergebnis herbeizuführen. Geringfügige Änderungen einzelner Elemente gebieten nach der Rechtsprechung indes die materielle Prüfung des Gesuchs noch nicht. Voraussetzung dafür ist vielmehr, dass die nachträglich eingetretenen Tatsachen die Anpassung der ursprünglichen Verfügung an den neuen Sachverhalt notwendig erscheinen lassen, weil die rechtskräftige Verfügung andernfalls fehlerhaft würde (Urteil des BGer 2C_574/2012 vom 19. Februar 2013 E. 2.2 und 4.1).

E. 2.4.1

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Nichteintretensentscheid aus, dass die Zulassung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der C._____, B._____ und D._____ in keinem Zusammenhang mit der Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 stehe. Selbst wenn sich die Wettbewerbsverhältnisse seit dem Erlass des Schlussberichts vom 12. November 2014 wesentlich verändert hätten, hätte dies keinen Einfluss auf diese Verfügung, da dieser Bericht auf jeden Fall zu publizieren wäre. Somit vermöge die Beschwerdeführerin insgesamt keine tatsächliche oder rechtliche Veränderung der Verhältnisse aufzuzeigen, die einen Zusammenhang zur Publikationsverfügung aufzeigen würde. Was die Verpflichtungserklärung anbelangt, macht die Vorinstanz geltend, dass sie diese aufgrund Fehlens eines diesbezüglichen staatlichen Handelns nicht in Wiedererwägung ziehen könne. Selbst wenn auf den Antrag auf Aufhebung dieser Erklärung einzutreten wäre, gehe - so die Eventualbegründung der Vorinstanz - aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht hervor, inwiefern in Bezug auf diese Erklärung zur fraglichen Zeit eine tatsächliche oder rechtliche Veränderung der Verhältnisse vorliegen könnte. Auch deshalb sei auf diesen Antrag nicht einzutreten. In ihrer Vernehmlassung vom 27. April 2016 ergänzt die Vorinstanz die Begründung ihres Nichteintretensentscheids dahingehend, dass Veränderungen der Marktverhältnisse in keinem Zusammenhang mit der Publikation von früheren Entscheiden stünden und nicht dazu führen könnten, dass ältere Entscheide nicht publiziert würden. Zudem könne so kurze Zeit nach der Zulassung des Zusammenschlussvorhabens noch gar nicht abgeschätzt werden, wie sich das Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich konkret auf den Markt und den Wettbewerb auswirken werde. Dementsprechend könne zum gegebenen Zeitpunkt auch noch nicht von einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse gesprochen werden.

E. 2.4.2

Die Beschwerdeführerin vertritt in ihrer Beschwerde hingegen den Standpunkt, dass die Genehmigung des Joint Venture von B._____/C._____/D._____ durch die Vorinstanz zu einer erheblichen Veränderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse auf dem schweizerischen Werbe- und Medienmarkt seit der vorinstanzlichen Verfügung vom 27. Mai 2015 führe. Diese Veränderung ermögliche dem besagten Joint Venture nun Verhaltensweisen, welche zum Zeitpunkt der Publikationsverfügung untersagt worden seien. Deren Wiedererwägung sei zwingend angezeigt, damit die veränderten Verhältnisse korrekt widerspiegelt würden. Die Veränderung betreffe massgeblich die Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014. Sie (die Beschwerdeführerin) sehe sich den gleichen Marktherausforderungen wie der genannte Joint Venture ausgeliefert, werde aber derzeit durch eine Verpflichtungserklärung eingeschränkt. Durch die veränderten Marktverhältnisse werde diese Erklärung obsolet und sei zumindest als überholt anzusehen. Die Vorinstanz habe sich mit dem Wiedererwägungsgesuch befasst, folglich anerkenne sie die wesentliche Veränderung der Umstände seit der genannten Verfügung.

E. 2.5

Die Auffassung der Beschwerdeführerin ist unzutreffend. Sie übersieht, dass der Schlussbericht lediglich die Marktverhältnisse zum Zeitpunkt seiner Datierung, dem 12. November 2014, widerspiegelt. Desgleichen bezieht sich die in diesem Bericht enthaltene Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014 auf die damaligen Marktverhältnisse. Die Vorinstanz hat den Joint Venture von B. _____/C. _____/D. _____ am 14. Dezember 2015 genehmigt. Diese Genehmigung entfaltet keine rückwirkende Veränderung der Marktverhältnisse zum Zeitpunkt des 24. Oktober 2014 bzw. 12. November 2014. Vielmehr kann diese Genehmigung erst ab dem Zeitpunkt ihrer Erteilung, dem 14. Dezember 2015, möglicherweise den Markt beeinflussen. Demnach ist es von vornherein unmöglich, dass die besagte Genehmigung zu einer wesentlichen Veränderung der rechtlichen und/oder tatsächlichen Verhältnisse führt, die in der Verpflichtungserklärung vom 24. Oktober 2014 bzw. im Schlussbericht vom 12. November 2014 festgestellt sind. Die eben erwähnte Erklärung dient zwar der Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Art. 26 Abs. 2 KG), ist von der Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz abgegeben worden und wirkt sich auf die Zukunft aus, ist jedoch unstrittig allein seitens der Beschwerdeführerin erfolgt und kann von ihr entsprechend ohne Mitwirkung der Vorinstanz durch eine neue Erklärung ersetzt werden, wenn sich die Verhältnisse wesentlich verändern. Das Sekretariat regte die Beschwerdeführerin nur im Sinn von Art. 26 Abs. 2 KG zur eben erwähnten Erklärung an. Letztere stellt daher kein staatliches Handeln dar und kann somit durch die Vorinstanz von vornherein nicht in Wiedererwägung gezogen werden. Art. 26 Abs. 2 KG schliesst eine neue Verpflichtungserklärung durch die Beschwerdeführerin nicht aus. Damit erstreckt sich eine allfällige künftige Rechtskraft der angefochtenen Verfügung nicht auf die im Sinn einer Eventualbegründung von der Vorinstanz (vgl. E. 2.4.1) aufgeworfene Frage, ob hinsichtlich der streitbetroffenen Erklärung wesentliche Änderungen der Verhältnisse eingetreten sind. Dies bleibt somit vorliegend offen.

E. 2.6

Somit hat die Vorinstanz, was die Publikationsverfügung anbelangt, zu Recht keine wesentliche Veränderung der Sachlage angenommen und hinsichtlich der Verpflichtungserklärung zutreffenderweise die Möglichkeit einer Änderung verneint. Die Vorinstanz ist daher insgesamt rechtmässig nicht auf das Wiedererwägungsgesuch vom 13. November 2015 eingetreten. Die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 11. Januar 2016 ist damit nicht zu beanstanden, weshalb das Rechtsbegehren 1 insoweit abzuweisen ist. Damit ist auch gesagt, dass die Rechtsbegehren 2a und 2b keine selbständige Bedeutung haben können. Vielmehr hat die Vorinstanz, indem sie auf das Wiedererwägungsgesuch - wie gesehen zu Recht - nicht eingetreten ist, konsequenterweise bzw. als logische Folge davon den (eigentlichen Sistierungs-)Antrag der Beschwerdeführerin, die Anträge 1, 2 und 3 innert vier Wochen nach dem Entscheid der Vorinstanz über die Zulassung des Zusammenschlussvorhabens zwischen C. _____, B. _____ und D. _____ zu behandeln, abgewiesen. Die beschwerdeführerischen Anträge 2a und 2b sind damit ebenfalls abzuweisen, soweit auf diese vorliegend überhaupt einzutreten ist (vgl. E. 1.4 f. hiavor). Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz auch die Kosten des vorinstanzlichen Wiedererwägungsverfahrens grundsätzlich zu Recht der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Kostenverlegung wird in ihrer Höhe nicht substantiiert bestritten, weshalb sie vorliegend nicht zu beanstanden ist. Damit ist Ziffer 1 der

Rechtsbegehren auch insoweit abzuweisen, als sie sich auf die Aufhebung und Neubeurteilung von Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung bezieht.

E. 3

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (oben E. 1.4 f.).

E. 4.1

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (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 werden vorliegend auf Fr. 3'000.- festgesetzt und sind dem von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe bezahlten Kostenvorschuss zu entnehmen.

E. 4.2

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.