



Urteil vom 13. Oktober 2020

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Eva Kälin.

Parteien

FCA Capital Suisse SA,
Zürcherstrasse 111, 8952 Schlieren,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Klaus Neff,
Klägerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Beklagte.

Gegenstand

Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung
von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede
gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG;
Verfügung vom 26. Juni 2019.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 10. März 2014 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Sekretariat) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen AMAG Leasing AG, BMW Finanzdienstleistungen (Schweiz) AG, FCA Capital Suisse SA (nachfolgend: FCA Capital), Ford Credit (Switzerland) GmbH, Opel Finance SA, Mercedes-Benz Financial Services Schweiz AG, Multilease AG, PSA Finance Suisse SA und RCI Finance SA, da aufgrund einer Selbstanzeige Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG insbesondere im Bereich des Leasings von Fahrzeugen vorlagen. Gegenstand der Untersuchung bildete die Frage, ob die vorgenannten neun Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. -Importeuren, darunter auch die FCA Capital, im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht hatten und ob mit diesem Informationsaustausch eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG getroffen wurde.

A.b Mit acht Untersuchungsadressatinnen, so auch mit der FCA Capital, konnte das Sekretariat am 6. und 17. Dezember 2018 eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) treffen. Diese enthält verschiedene Vorbemerkungen sowie die eigentliche Vereinbarung.

Unter dem Titel "Vereinbarung" verpflichteten sich die Untersuchungsadressatinnen, sich nicht mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Gebühren, Händlerkommissionen, Restwert- und Auflösetabellen sowie Penetrationsraten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG in einer unzulässigen Weise auszutauschen. Gemäss Bst. a) der Vorbemerkungen erfolgte die EVR im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Untersuchungsverfahren zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR lautet wie folgt:

"b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhalts-ermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden."

A.c Mit Schreiben vom 6. Februar 2019 stellte das Sekretariat der WEKO den EVR-Parteien seinen Antrag an die WEKO betreffend die Genehmigung der EVR zu und gab ihnen Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

A.d Am 11. April 2019 nahm die FCA Capital zum Antrag des Sekretariats vom 6. Februar 2019 betreffend Genehmigung der EVR Stellung. Sie beantragte, die Verfügung der Kammer für Teilverfügungen der WEKO sei in Bezug auf den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen im Vergleich zum Antrag des Sekretariats erheblich zu kürzen. In der von der Kammer für Teilverfügungen der WEKO zu erlassenen Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass die FCA Capital die rechtlichen Erwägungen in der Verfügung nicht anerkennt.

A.e Mit Verfügung vom 26. Juni 2019 (nachfolgend auch: die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung) genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO die EVR und belastete die acht Untersuchungsadressatinnen mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Das Verfahren gegen Ford Credit (Switzerland) GmbH, mit welcher das Sekretariat keine EVR abschloss, wurde ordentlich weitergeführt.

A.f Die WEKO eröffnete der FCA Capital die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung mit Schreiben vom 9. Juli 2019 und teilte ihr die Absicht mit, die Verfügung in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW/DPC)" zu publizieren. Sie bat die FCA Capital, ihr innert Frist mitzuteilen, ob die Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung eliminiert werden müssen und wies sie darauf hin, dass allfällige streitige Punkte im Rahmen einer weiteren Verfügung geklärt würden.

B.

B.a Am 10. September 2019 reichte die FCA Capital eine als "Beschwerde/Klage" bezeichnete Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht ein. Darin macht sie klageweise Ansprüche aus der EVR gegen die WEKO geltend. Sie verlangt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, dass das Bundesverwaltungsgericht feststelle, dass die Sanktions- und Genehmigungsverfügung zu umfangreich und deren tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zu detailliert seien (Rechtsbegehren 1.2). Zudem sei die WEKO anzuweisen, die EVR als Teil einer nicht mehr als fünf Seiten umfassenden Genehmigungsverfügung zu genehmigen, deren Begründung – wie in Bst. b) der Vorbemerkungen zur EVR vorgesehen – lediglich eine

Zusammenfassung der tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen enthalte, wobei ihre Kürzungsanträge zu berücksichtigen seien (Rechtsbegehren 1.3).

Beschwerdeweise verlangt die FCA Capital, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung sei aufzuheben (Rechtsbegehren 1.1) bzw. eventualiter vollumfänglich aufzuheben (Rechtsbegehren 2). Subeventualiter sei Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung aufzuheben und der FCA Capital sei eine Busse aufzuerlegen, die gestützt auf einen Basisbetrag von 3 Prozent des relevanten Umsatzes berechnet wird (Rechtsbegehren 3).

Daneben stellte die FCA Capital den Verfahrens Antrag, die WEKO sei anzuweisen, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung vorerst nicht zu veröffentlichen.

Zur Begründung der klageweise gestellten Begehren bringt die FCA Capital zusammengefasst vor, das Bundesverwaltungsgericht beurteile Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes auf Klage hin als erste Instanz. Einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG seien öffentlich-rechtliche Verträge der WEKO und somit Verträge des Bundes. Sie fordere die ordnungsgemässe Erfüllung von Bst. b) der Vorbemerkungen zur EVR, nämlich den Erlass einer kurzen Genehmigungsverfügung, die lediglich die Zusammenfassung der Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen enthalte. Das Hauptziel ihres Rechtsmittels sei es, zu verhindern, dass eine zu umfangreiche und detaillierte Verfügung veröffentlicht werde. Dadurch drohten ihr erhebliche Nachteile in Form von negativer Publizität und der Begünstigung von Zivilklagen.

B.b Den von der FCA Capital gestellten Verfahrens Antrag wies das Bundesverwaltungsgericht nach einem mehrfachen Schriftenwechsel mit Zwischenverfügung vom 27. November 2019 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Verfügung vom 28. November 2019 trennte es aufgrund der verschiedenen Verfahrensvorschriften das Klage- vom Beschwerdeverfahren. Es führte das Klageverfahren fortan unter der Verfahrensnummer B-6759/2019 weiter. Das Beschwerdeverfahren (B-_____) wurde mit Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2019 sistiert.

B.c Die WEKO (nachfolgend: Beklagte) beantragt im vorliegenden Klageverfahren mit Klageantwort vom 3. Februar 2020 die Abweisung der Rechtsbegehren der FCA Capital, sofern darauf einzutreten sei, unter Kostenfolge zu Lasten der FCA Capital.

Bei der amtlichen Publikation handle es sich um tatsächliches Verwaltungshandeln. Entstünden Streitigkeiten betreffend Form und Umfang der Veröffentlichung, müsse darüber mittels Verfügung entschieden werden, welche dann mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden könne. Wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage sei die klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens ausgeschlossen. Aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR lasse sich auch keine Pflicht des Sekretariats entnehmen, einen kurz und knapp begründeten Antrag zu erstellen. Selbst wenn auf die Klage einzutreten sei, sei diese deshalb abzuweisen.

B.d Mit Replik vom 4. Mai 2020 stellt die FCA Capital (nachfolgend: Klägerin) folgende Anträge:

"1. Es sei vom Bundesverwaltungsgericht eine Verfügung von maximal fünf Seiten in Übereinstimmung mit dem vom Sekretariat der Wettbewerbskommission und der Klägerin abgeschlossenen und von der Beklagten bestätigten einvernehmlichen Regelung zu erlassen, mit einer Begründung, die lediglich die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen zusammenfasst, wie in Bst. b der Vorbemerkungen zur einvernehmlichen Regelung vorgesehen, und es sei die Verfügung der Beklagten gegen die Klägerin vom 26. Juni 2019 aufzuheben;

2. Eventualiter sei die Beklagte anzuweisen, ihre Genehmigungsverfügung in Bezug auf die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und der Klägerin abgeschlossenen und von der Beklagten bestätigten einvernehmlichen Regelung in Wiedererwägung zu ziehen und eine überarbeitete Genehmigungsverfügung von höchstens fünf Seiten mit einer Begründung, die lediglich die sachlichen und rechtlichen Feststellungen der Beklagten zusammenfasst, zu erlassen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

B.e Die Beklagte beantragt mit Duplik vom 23. Juni 2020, die Rechtsbegehren der Klägerin gemäss Klage und Replik seien abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei.

C.

Mit Schreiben vom 8. Juli 2020 bzw. 12. August 2020 verzichteten beide Parteien auf eine mündliche Vorbereitungsverhandlung.

D.

Mit Verfügung vom 26. August 2020 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des Beschwerdeverfahrens B-_____ auf und leitete den Schriftenwechsel in der Hauptsache ein.

E.

Am 30. September 2020 fand die Hauptverhandlung statt. In ihren Plädoyers bestätigten beide Parteien ihre Rechtsbegehren und wiederholten im Wesentlichen die in ihren Rechtsschriften gemachten Argumente.

F.

Die Parteien reichten jeweils am 12. Oktober 2020 ihre abschliessenden Stellungnahmen ein.

G.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien im Klageverfahren und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz auf Klage hin, so richtet sich das Klageverfahren gemäss Art. 44 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach den Art. 3–73 und 79–85 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273), die sinngemäss zur Anwendung kommen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A. 2013, Rz. 5.7).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Zulässigkeit der Klage von Amtes wegen (Art. 3 Abs. 1 BZP). Zu den Sachurteilsvoraussetzungen gehören nebst der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin (Art. 14 BZP), ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Klägerin an einem gerichtlichen Entscheid über die Streitigkeit (MICHAEL MERKER, Die verwaltungsrechtliche Klage, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 108; vgl. auch Art. 72 BZP), die Einhaltung der Anforderungen an Form und Inhalt der Klageschrift i.S.v. Art. 23 BZP sowie die fristgerechte Zahlung des Kostenvorschusses durch die Klägerin (Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

2.

Die Klägerin ist im vorliegenden Klageverfahren partei- und prozessfähig

(Art. 14 BZP) und ihr Vertreter hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 18 BZP i.V.m. Art. 40 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Klageschrift sind ebenfalls gewahrt (Art. 23 BZP) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

3.

Ob die Rechtsbegehren der Klägerin, welche im Kern allesamt auf die Aufhebung bzw. Kürzung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung abzielen, im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren überhaupt zulässig sind, kann offen gelassen werden, da – wie sich auch den nachfolgenden Erwägungen ergibt – aus anderen Gründen nicht auf die Klage einzutreten ist (vgl. E. 4 ff. hiernach).

4.

4.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt auf Klage hin u.a. Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes, seiner Anstalten und Betriebe sowie der Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes handeln (Art. 35 Bst. a i.V.m. Art. 33 Bst. h VGG). Die Klage ist hingegen unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streites einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt (Art. 36 VGG). Es gilt somit der Grundsatz der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage. Dies bedeutet, dass nicht geklagt werden kann, wenn verfügt werden darf. Das Bundesverwaltungsgericht kommt in diesen Fällen somit nicht als Klageinstanz, sondern – falls die Verfügung bei gegebenen Voraussetzungen angefochten wird – als Beschwerdeinstanz zum Zug (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202, 4392; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A. 2013, N 1212). Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht werden primär in der Form der Verfügung gestaltet, wobei der Rechtsschutz zwangsläufig an der Beschwerde ausgerichtet ist (nachträgliche Verwaltungsrechtspflege). Demgegenüber handelt es sich bei verwaltungsrechtlichen Klageverfahren um Verfahren der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege: Die Streitigkeit wird nicht mittels Verfügung einer erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde entschieden, sondern direkt vor das zuständige Gericht gebracht, welches als erste Instanz den Sachverhalt zu ermitteln, den Prozessstoff zu bestimmen und schliesslich einen Entscheid

in der Sache zu treffen hat (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A. 2015, N 1178 ff.; MERKER, a.a.O., S. 89).

4.2 Die Beklagte bringt vor, das Bundesverwaltungsgericht sei wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage nicht zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei nicht die materielle Beurteilung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung, sondern lediglich deren Länge. Die Klägerin beantrage die Anfertigung einer gekürzten Verfügung, um allfällige Reputationsschäden bei der Publikation zu vermeiden. Bei der amtlichen Publikation handle es sich um tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten betreffend Form und Umfang der Veröffentlichung müssten grundsätzlich mittels Verfügung entschieden werden (Art. 25a VwVG, Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1]). Üblicherweise erlasse die Beklagte in der vorliegenden Konstellation eine Publikationsverfügung (Art. 25a VwVG i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG), welche beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden könne. Eine klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens sei somit ausgeschlossen.

4.3 Die Klägerin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Klage zuständig sei. Zwischen der Klägerin einerseits und der Beklagten und ihrem Sekretariat andererseits liege eine Streitigkeit über die Rechte und Pflichten aus der EVR vor, womit die Voraussetzungen von Art. 35 Bst. a VGG erfüllt seien. Namentlich habe das Sekretariat seine Verpflichtung aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR, der Beklagten einen kurz begründeten Antrag zu stellen, verletzt. Durch die Genehmigung der EVR habe die Beklagte die Pflicht des Sekretariats zur Kurzbegründung übernommen. Auch sie habe diese Vertragspflicht verletzt. Die Beklagte scheine der Meinung zu sein, dass das KG ihr i.S.v. Art. 33 VGG die Kompetenz zuspreche, über Streitigkeiten betreffend die von ihrem Sekretariat abgeschlossenen und von ihr genehmigten einvernehmlichen Regelungen zu entscheiden, was gemäss Art. 36 VGG die Unzulässigkeit einer Klage zur Folge hätte. Das KG sehe jedoch keine solche Streitbeilegungsermächtigung vor. Art. 29 Abs. 2 KG lege bloss fest, dass einvernehmliche Regelungen der Genehmigung durch die WEKO bedürften. Dass die Beklagte das Verfahren durch ihre Verfügung beendet habe, qualifiziere sie keineswegs als Streitbeilegungsinstanz i.S.v. Art. 36 VGG.

4.4

Zwischen den Parteien ist somit umstritten, ob die Beklagte über den Detaillierungsgrad bzw. den Umfang oder Inhalt der Veröffentlichung der Genehmigungsverfügung entscheiden kann und die Klage damit gemäss dem in Art. 36 VGG festgehaltenen und vorne erwähnten Grundsatz der Subsidiarität unzulässig ist.

4.4.1 Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, kann es den Beteiligten eine EVR über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Die EVR wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die WEKO (Art. 29 Abs. 2 KG), welche auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die Genehmigung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG). Die Verfahrensbeteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Wird eine Untersuchung durch den Erlass einer Genehmigungsverfügung abgeschlossen, ist die Gesamtkommission der Beklagten dafür zuständig (Art. 18 Abs. 3 KG). Schliesst – wie hier – nur ein Teil der Verfahrensparteien eine EVR mit dem Sekretariat ab und wird das Untersuchungsverfahren gegenüber diesen Parteien zuerst abgeschlossen und die Untersuchung für die anderen Parteien ordentlich weitergeführt und später durch eine Endverfügung der Gesamtkommission abgeschlossen, handelt es sich um ein sog. sequentiell-hybrides Verfahren. In diesem Fall schliesst die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten auf Antrag des Sekretariats das Verfahren gegenüber den EVR-Parteien mittels Teilverfügung ab (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b des Geschäftsreglements der WEKO vom 15. Juni 2015 [GR-WEKO, SR 251.1]).

4.4.2 Das Gesetz weist somit die Kompetenz zum Erlass der Genehmigungsverfügung der Beklagten – bzw. bei sequentiell-hybriden Verfahren deren Kammer für Teilverfügungen – zu (Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b GR-WEKO). Dazu gehört entgegen der Auffassung der Klägerin auch die Kompetenz, den Umfang bzw. Inhalt der Genehmigungsverfügung zu bestimmen. Die Beklagte bzw. deren Kammer für Teilverfügungen verfügt diesbezüglich über einen erheblichen Ermessensspielraum (Urteil des BVGer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1.6; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht 2016, N 85, ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 29 N 90, je m.w.H.). Vor Erlass der Verfügung nahm die Klägerin gemäss Art. 30 Abs. 2 KG mit Eingabe vom 11. April 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 6. Februar 2019. Bereits damals bemängelte sie – wie auch im vorliegenden Klageverfahren – dass

das Sekretariat sich nicht an Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR halte, da der Antrag zu detailliert und umfangreich sei, und beantragte die Kürzung der Genehmigungsverfügung in Bezug auf den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen im Vergleich zum Antrag des Sekretariats. Dass die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten den Kürzungsanträgen der Klägerin anschliessend nicht stattgab und keine kürzere Verfügung erliess, bedeutet – entgegen der Auffassung der Klägerin – jedoch nicht, dass sie zum Entscheid darüber nicht zuständig wäre.

4.4.3 Die Publikation einer (Genehmigungs- bzw. Sanktions-)Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen – sofern die Voraussetzungen zutreffen – verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25a VwVG, Art. 25 DSG). Anschliessend kann die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden (Urteile des BGer 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 E. 1.1, 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, "Nikon", nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-5607/2019 vom 27. Februar 2020 E. 1.1, je m.w.H.).

4.4.4 So entscheidet die Beklagte praxisgemäss mittels sog. Publikationsverfügung über Differenzen bezüglich der Veröffentlichung ihrer Verfügungen (Art. 18 Abs. 3 KG). Auch im vorliegenden Fall teilte sie der Klägerin mit Schreiben vom 9. Juli 2019 ihre Absicht mit, die Genehmigungs- und Sanktionsverfügung zu publizieren und wies sie darauf hin, dass allfällige streitige Punkte im Rahmen einer Verfügung geklärt würden (vgl. Sachverhalt, Bst. A.f). Wie die Beklagte in ihrer Klageantwort vom 3. Februar 2020 vorbringt, hat sich die Klägerin bis anhin nicht mit einem entsprechenden Begehren bei der Beklagten gemeldet. Die Beklagte hatte dementsprechend noch keinen Anlass, mittels Publikationsverfügung über die Veröffentlichung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung bzw. den Inhalt/Umfang der Veröffentlichung zu entscheiden. Dies ändert entgegen der Argumente der Klägerin aber ebenfalls nichts an ihrer diesbezüglichen Zuständigkeit.

4.4.5 Aus dem Gesagten folgt, dass sowohl Streitigkeiten über den Inhalt und den Umfang der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung als auch solche betreffend deren Veröffentlichung verfügungsweise durch die Beklagte bzw. deren Kammer für Teilverfügungen entschieden werden. Entsprechend hat die Beklagte bereits mit dem Erlass der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung über deren Umfang und Detaillierungsgrad entschieden. Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits aus diesem Grund

nicht für die Beurteilung der vorliegenden Klage – bei der es sich um einen Rechtsbehelf der *ursprünglichen* Verwaltungsrechtspflege handelt (vgl. E. 4.1 hiervor) – zuständig (Art. 36 VGG).

5.

5.1 Die Beklagte bringt weiter vor, die EVR verliere im Zeitpunkt ihrer Genehmigung mittels Verfügung durch die Kammer für Teilverfügungen ihre selbständige Funktion und nach Erlass der Genehmigungsverfügung sei nur noch diese massgebend. Auch aus diesem Grund könne die EVR nicht mit Klage angefochten werden. Falls überhaupt ein Rechtsschutzinteresse an der Forderung der Klägerin bestehen sollte, wäre dieses mittels Beschwerde geltend zu machen, was die Klägerin auch getan habe.

5.2 Die Klägerin ihrerseits bestreitet, dass die EVR nach Genehmigung durch die Beklagte bzw. die Kammer für Teilverfügungen keine selbständige Funktion mehr habe. Die Beklagte habe der vorliegenden EVR vorbehaltlos zugestimmt und sie wörtlich in ihre Verfügung integriert. Somit habe sie die in der EVR vereinbarten Rechte und Pflichten akzeptiert. Die Verpflichtung der Beklagten aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR zur Kurzbegründung der Genehmigungsverfügung sei selbständig und ohne weiteres direkt um- und durchsetzbar.

5.3

5.3.1 Juristisch lässt sich die EVR als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifizieren, welcher unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die WEKO (bzw. deren Kammer für Teilverfügungen) steht (Urteil B-1324/2010 E. 5.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 88, je m.w.H.). Wie die Beklagte richtig vorbringt, kommt der EVR nach der herrschenden Lehre spätestens mit Erlass der Genehmigungsverfügung keine selbständige Funktion (mehr) zu. Mit der Verfügung werden die in der EVR vereinbarten Massnahmen hoheitlich angeordnet, weshalb nur noch die Verfügung massgebend ist (BEURET, a.a.O., N 186, STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen 2002, S. 354 ff., JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. A. 2011, Art. 29 KG N 7, PATRIK DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A. 2017, Rz. 1874). Auch die Klägerin anerkennt im Endeffekt, dass die EVR in der Genehmigungsverfügung aufgeht. So bringt sie in ihrer Eingabe vom 10. September 2019 vor, sie verlange im Hauptbegehren beschwerde-

weise die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, damit die EVR als Vertrag wiederauflebe und sie klageweise ihre Rechtsbegehren 1.2 und 1.3 durchsetzen könne.

5.3.2 Mangels selbständiger Funktion kann deshalb weder die EVR selbst noch ihr Abschluss durch das Sekretariat mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Lediglich die Verfügung über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer EVR unterliegt – wie bereits vorne erwähnt – bei gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (so bereits Urteil B-1324/2010 E. 5.1.2 m.w.H.; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 115 f.). Auch im vorliegenden Fall, in dem die Klägerin auf ordnungsgemäße Erfüllung der EVR klagt und damit die Aufhebung bzw. Kürzung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung beantragt, tritt die Verfügung – welche die EVR wörtlich in der Begründung und die darin vereinbarten Massnahmen zusätzlich im Dispositiv wiedergibt – als hoheitlicher Akt an die Stelle der EVR (vgl. auch Urteil der BVGer A-6827/2008 vom 2. März 2009 E. 1.3.2). Die klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens ist folglich auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

6.

Ob die Klägerin überhaupt über ein aktuelles schützenswertes Interesse an der richterlichen Klärung der Streitigkeit verfügt, da die Publikation der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung noch gar nicht in Streit liegt (vgl. E. 4.4.4 hiervor), kann offen bleiben.

7.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die vorliegende Streitigkeit über den Inhalt und den Umfang der Veröffentlichung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung von Gesetzes wegen in die Verfügungskompetenz der Beklagten fällt (Art. 29 f. KG; Art. 25, 25a VwVG, Art. 25 DSGVO i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG), welche eine Behörde i.S.v. Art. 33 VGG darstellt. Dementsprechend entschied die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten bereits mit Erlass der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung über deren Inhalt und Umfang und gab den Kürzungsbegehren der Klägerin nicht statt. Darüber hinaus hat die Klägerin grundsätzlich die Möglichkeit, allfällige Kürzungs-, Schwärzungs- oder Nichtveröffentlichungsanträge im Zusammenhang mit der durch die Beklagte noch zu erlassenden Publikationsverfügung vorzubringen. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 35 Bst. a VGG ist aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität des Klageverfahrens (Art. 36 VGG; vgl. vorstehende E. 4.1) somit

nicht gegeben. Zudem kann die Klägerin auch mangels selbständiger Funktion der EVR ihre Begehren nicht auf dem Weg einer Klage durchsetzen, sondern es ist – bei gegebenen Voraussetzungen – Beschwerde gegen die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung bzw. gegen eine allfällige nachgelagerte Publikationsverfügung der Beklagten zu führen. Die verwaltungsrechtliche Klage ist deshalb unzulässig, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

8.

8.1 Die Gerichtsgebühr und die Parteientschädigung richten sich gemäss Art. 44 Abs. 3 VGG nach den Art. 63–65 VwVG, womit auch das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) (sinngemäss) zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG; Urteil des BVGer B-8031/2015 vom 4. März 2019 E. 10 m.w.H.).

8.2 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat in der Regel die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt in Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse in der Regel zwischen Fr. 100.– und Fr. 5'000.– (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. a VwVG; Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Bst. b VGKE). Im vorliegenden Klageverfahren wurden ein doppelter Schriftenwechsel sowie eine Hauptverhandlung durchgeführt, weshalb die Verfahrenskosten auf Fr. 4'000.– festzusetzen sind. Sie sind der Klägerin als unterliegende Partei aufzuerlegen und werden dem von ihr für das vorliegende Klageverfahren geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– entnommen. Der Differenzbetrag von Fr. 1'000.– wird der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückbezahlt.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Klage der Klägerin vom 10. September 2019 wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Klägerin auferlegt.

Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.– wird zur Bezahlung der auferlegten Verfahrenskosten verwendet und der Mehrbetrag in Höhe von Fr. 1'000.– wird der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Klägerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beklagte (Ref-Nr. 22-0446; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Eva Kälin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 15. Oktober 2020