Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 1009/2014

Urteil vom 6. Juli 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
1. CT Cinetrade AG,
2. Teleclub AG,
3. Swisscom (Schweiz) AG,
Beschwerdeführerinnen,
alle drei vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Marcel Meinhardt und/oder Urban Broger,

gegen

1. upc cablecom GmbH,
2. Quickline AG,
3. sasag Kabelkommunikation AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle drei vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Jürg Borer und/oder Dr. Samuel Jost,

Wettbewerbskommission.

Gegenstand
Verfügung der WEKO vom 24. Februar 2014
in Sachen Parteistellung in der Untersuchung 32-0243,

Beschwerde gegen das Urteil des
Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 2. Oktober 2014.

Sachverhalt:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) - am 3. April 2013 eine Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz)

AG; Untersuchungsgegenstand bildet (e) die Frage, ob sich die in der Vorabklärung ergebenden Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse bestätigen würden (BBl 2013 2891).
Mit Schreiben vom 7. Mai 2013 beantragten die upc cablecom GmbH, die Quickline AG und die sasag Kabelkommunikation AG Parteistellung und den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wies die WEKO und die anschliessend erhobene Beschwerde das Bundesverwaltungsgericht ab (Verfahren B-4637/2013). Dessen Urteil ist rechtskräftig.
Das Gesuch um Parteistellung hiess die WEKO mit Verfügung vom 24. Februar 2014 gut und anerkannte die Parteistellung der upc cablecom GmbH, der Quickline AG und der sasag Kabelkommunikation AG in der Untersuchung 32-0243: Sport im Pay-TV. Dagegen haben CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt. Mit Urteil vom 2. Oktober 2014 trat dieses darauf nicht ein.

B.

Vor Bundesgericht beantragen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-1635/2014 vom 2. Oktober 2014 aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen sowie der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Gerügt wird eine Verletzung von Bundesrecht (VwVG und BV).
Die WEKO und die Vorinstanz verzichten auf eine Vernehmlassung. Upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG (Beschwerdegegnerinnen) beantragen Abweisung, soweit Eintreten. Die Beschwerdeführerinnen replizieren.
Mit Verfügung vom 15. Dezember 2014 erkannte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Kartellrechts zulässig (BGE 136 II 60 E. 1 S. 62). Die beschwerdeführenden juristischen Personen sind direkte Adressatinnen des angefochtenen Entscheides; sie werden durch den Entscheid beschwert und haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie sind zur Beschwerdeerhebung grundsätzlich berechtigt (Art. 89 BGG).

1.2. Beschwerden sind primär zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG), sei es insgesamt, sei es unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich eines Teils (Art. 91 BGG). Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen (Art. 92 BGG), ist die Beschwerde nur zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll. Die Ausnahme ist restriktiv zu handhaben (BGE 138 III 94 E. 2.2 S. 95; 135 I 261 E. 1.2 S. 263). Dabei haben die Beschwerdeführerinnen die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 BGG darzulegen (BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 328 f.; 134 III 426 E. 1.2 S. 429), soweit sie nicht offensichtlich erfüllt sind (BGE 136 IV 92 E. 4 S. 95 f.; 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632).

1.3. Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass es sich beim vorinstanzlichen Entscheid um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG handelt, ohne dies allerdings näher zu begründen. Die Verfügung der WEKO vom 24. Februar 2014 ist klarerweise eine Zwischenverfügung; Rechtsmittelentscheide betreffend Zwischenentscheide bilden regelmässig ihrerseits wiederum Zwischenentscheide (BGE 134 IV 43 E. 2 S. 44 ff.; Urteile 2C 1207/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 1; 4A 542/2009 vom 27. April 2010 E. 3). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - auch, wenn der angefochtene Rechtsmittelentscheid auf

Nichteintreten lautet. Zwar schliessen Nichteintretensentscheide grundsätzlich ein Verfahren ab; betrifft der Nichteintretensentscheid aber eine Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung, kann er lediglich den Streit um den Gegenstand der Zwischenverfügung und nicht das Hauptverfahren beenden; ein solcher Nichteintretensentscheid ist daher ein Zwischenentscheid (vgl. BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382; Urteile 5A 611/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2; 4A 542/2009 vom 27. April 2010 E. 3).

2.

2.1. Die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sind vorliegend offensichtlich nicht erfüllt und etwas anderes wird in der Beschwerde auch nicht geltend gemacht. Zu prüfen ist deshalb, ob die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt sind. Die Beschwerdeführerinnen haben in der Beschwerdebegründung kaum genügend aufgezeigt (vgl. dazu BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 328 f.), inwiefern ihnen im konkreten Fall - als Eintretensvoraussetzung - ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht; pauschale Verweisungen auf Rechtsschriften in anderen Verfahren - auch vorinstanzliche Verfahren - vermögen den Begründungsanforderungen nicht zu genügen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 138 IV 47 E. 2.8.1 S. 54; 134 I 303 E. 1.3 S. 306). Sie haben sich zwar zum vorinstanzlichen Entscheid und zu den dortigen Anforderungen nach Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG geäussert. Es ist indessen zwischen den Eintretensvoraussetzungen beim Bundesgericht und der Beurteilung durch die Vorinstanz zu unterscheiden.

2.2. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt (BGE 137 V 314 E. 2.2.1 S. 317, III 382 E. 1.2.1 S. 382; 136 II 165 E. 1.2.1 S. 170; 135 I 261 E. 1.2 S. 263; 135 II 30 E. 1.3.4 S. 35 f.; 134 III 188 E. 2.1 S. 190; 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632; je mit Hinweisen). Die blosse Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur genügt (BGE 137 III 382 E. 1.2.1 S. 382; 134 III 188 E. 2.1 S. 191 mit Hinweis). Dagegen reichen rein tatsächliche Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung nicht aus (BGE 137 III 382 E. 1.2.1 S. 382; 134 III 188 E. 2.2 S. 191; 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632). Insofern ist das bundesgerichtliche Verständnis zum "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" enger als dasjenige der Vorinstanz (vgl. Urteil 8C 724/2014 vom 29. Mai 2015 E. 5.2) : Nach Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG muss der geltend gemachte, nicht wieder gutzumachende Nachteil nicht rechtlicher Natur sein; eine Beeinträchtigung der schutzwürdigen tatsächlichen - namentlich wirtschaftlichen Interessen
- genügt, sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (siehe die zitierten Entscheide der Vorinstanz; MARTIN KAYSER, in: Auer/ Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N. 11 ad Art. 46; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 6 ad Art. 46).

2.3. Im vorliegenden Fall ist die Vorinstanz auf die Eingabe der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten, da die Eintretensvoraussetzungen nach Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG nicht erfüllt seien. Verfahrensgegenstand ist somit lediglich, ob dieses Nichteintreten rechtens war. Insofern sind die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen über das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie über die Parteistellung als solche und einen ausufernden Parteibegriff unbeachtlich.

3.

3.1. Da der nicht wieder gutzumachende Nachteil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlicher Natur sein muss (oben E. 2.2), stellen die von den Beschwerdeführerinnen angeführten tatsächlichen Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung vor Bundesgericht keine nicht wieder gutzumachende Nachteile dar. Abgesehen davon beziehen sich die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen auf den Parteibegriff, der - wie dargelegt - nicht Verfahrensgegenstand bildet.

3.2. Die Beschwerdeführerinnen führen aus, dass jede zugelassene Verfahrenspartei unweigerlich die gegen

die Beschwerdeführerinnen laufende Untersuchung beeinflusse und sich damit auf die Verfahrensergebnisse auswirke. Dies trifft grundsätzlich zu. Je mehr Parteien in einem Verwaltungsverfahren involviert sind, desto mehr wird dieses beeinflusst. Die Frage ist indes, inwiefern dies hier einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerinnen bewirkt. Auch wenn den Beschwerdegegnerinnen richtigerweise keine Parteistellung zukommen sollte und diese bis zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses wirkt, so folgt daraus nicht a priori, dass damit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegt. Hier wäre es Sache der Beschwerdeführerinnen, darzulegen, inwiefern ein solcher Nachteil vorliegt. Dies haben sie unterlassen.

3.3. Die Beschwerdeführerinnen vertreten sodann die Auffassung, dass die Beschwerdegegnerinnen mit ihrer Parteistellung nur Beweismittel für Zivilprozesse oder für die Information der Öffentlichkeit beschaffen wollten; sie beziehen sich dabei auf vergangene Verhaltensweisen der Beschwerdegegnerinnen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren haben (Art. 25 Abs. 1 KG). Zudem dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Hinzu kommt, dass im Verwaltungsverfahren nach Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG die Behörde die Einsichtnahme in die Akten verweigern darf und muss (vgl. PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, 1979 N. 16.225.2 S. 134), wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Unter solche Interessen fallen neben den Persönlichkeitsrechten vor allem die Geschäftsgeheimnisse von Gegenparteien oder Konkurrenten (vgl. dazu BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., N. 35 ad Art. 27). Geschäftsgeheimnisse sind etwa Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines
Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. SIMON BANGERTER, in: Amstutz/ Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz [BSK KG], N. 56 ad Art. 25). Genau für solche Tatsachen reklamieren die Beschwerdeführerinnen ihr Geheimhaltungsinteresse; insofern wird ihrem Anliegen durch die gesetzliche Regelung Rechnung getragen. Ob Tatsachen der Geheimhaltung unterliegen, ist durch Verfügung zu bestimmen (vgl. WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., N. 42 i.i. ad Art. 27; KIENER/ RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, Rz. 629); zuvor können sich in Ausübung des rechtlichen Gehörs die Parteien dazu äussern. Zudem sind die für den Entscheid rechtsrelevanten Tatsachen ohnehin in der Verfügung aufzuführen. Angesichts dieses Befunds wird nicht ersichtlich, inwiefern den Beschwerdeführerinnen diesbezüglich ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, der sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt.

3.4. Nach dem Gesagten droht kein nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

4.

4.1. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG) sowie den obsiegenden Parteien eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG).

4.2. Die Beschwerdegegnerinnen haben eine Kostennote von Fr. 23'519.70 eingereicht. Nach Art. 3 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006 (SR 173.110.210.3) richtet sich das Honorar bei Streitsachen mit Vermögensinteressen in der Regel nach dem Streitwert. Es wird innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge (Art. 4 und 5) nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin bemessen.
Der Streitwert in der vorliegenden Angelegenheit ist noch unbekannt, befindet sich die Sache doch noch im Untersuchungsstadium nach Art. 27 KG. Es ist aber davon auszugehen, dass der Streitwert hoch sein wird. Trotzdem ist der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdegegnerinnen übermässig. Zum einen handelt es sich nur um eine Teilfrage, zum anderen mussten die Beschwerdegegnerinnen sich bereits vor Bundesverwaltungsgericht mit der beinahe gleichen Rechtsfrage auseinandersetzen und es ist zudem davon auszugehen, dass gewisse Abklärungen des Verfahrens über die vorsorglichen Massnahmen und auch des Verfahrens vor der

WEKO verwendet werden konnten. Insofern erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– angemessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.– werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000.– unter solidarischer Haftung zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Juli 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass