Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5290/2014

Urteil vom 13. April 2016

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richter Stephan Breitenmoser,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt
Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf, LL.M.,
Beschwerdeführerin,

gegen

Y._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marcel Dietrich,
Beschwerdegegnerin,

Wettbewerbskommission WEKO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014.

Sachverhalt:

A.
Am 3. April 2013 reichte die Y._____ AG (Beschwerdegegnerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen der Beschwerdegegnerin, der X._____ AG (Beschwerdeführerin), sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge […].

B.
Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung […] gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.
Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin zustande. Sie datiert vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien dieser Verfügung wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Das Dispositiv lautet wie folgt:

> "1. Die nachfolgende von der Y._____ AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:
>
> 'Die Y._____ verpflichtet sich:
>
> 1) die Vereinbarungen des 'Projekt […]' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen […] nicht anzuwenden und keine 'Stammtische' im Rahmen der Vereinigung […] oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des […] sicherzustellen;

2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der […] oder ausserhalb der […] keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der […] oder ausserhalb der […] zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.'

2. Die Y._____ wird sämtliche Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollständig umsetzen.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF […] werden der Y._____ AG auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung]."

In der Begründung der Verfügung vom 8. August 2014 wird ausserdem festgehalten, die Y._____ AG erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe die Y._____ AG als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der Y._____ beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Die von den anderen Verfahrensparteien geltend gemachten hohen Marktanteile und eine allfällige Preisführerschaft der Y._____ könnten nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle bei einem Wettbewerbsverstoss gleichgesetzt werden. Ferner habe die Y._____ ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

D.

Mit Eingabe vom 18. September 2014 focht die Beschwerdeführerin die Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragt Folgendes:

"1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. August 2014 in Rechtssache […] betreffend die Genehmigung einer Einvernehmlichen Regelung mit Y._____ AG aufzuheben.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich Mehrwertsteuer zu Lasten der Vorinstanz.

3. Es seien die Akten der Vorinstanz in Sachen […] für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen."

Zusammenfassend begründet die Beschwerdeführerin ihre Anträge wie folgt: Als Verfahrenspartei, aber auch unter den für Dritte geltenden Voraussetzungen, sei sie zur Beschwerde legitimiert. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung zu Unrecht nur der Beschwerdegegnerin formell eröffnet. Den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe die Wettbewerbskommission unzulässigerweise an einen Vizepräsidenten delegiert. Daher sei dessen Verfügung vom 8. August 2014 nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig. Insbesondere könne vorliegend nicht von einem Fall "untergeordneter Bedeutung" gesprochen werden, da mit der Verfügung des Vizepräsidenten zum ersten Mal eine Untersuchung gegenüber einer potentiellen Kronzeugin mit einer "Teilverfügung" vorab abgeschlossen werden solle. Ausserdem habe die Vor-instanz den Untersuchungsgrundsatz sowie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt und das materielle Kartellrecht falsch angewendet.

E.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 27. November 2014 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2015 beantragt auch die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen, beides unter Kostenfolgen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin widersprechen der Auffassung der Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 8. August 2014 sei nichtig.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihre Anträge mit Replik vom 16. April 2015. Ebenso hielten die Beschwerdegegnerin mit Duplik vom 20. Mai 2015 und die Vorinstanz mit Duplik vom 5. Juni 2015 an ihren Rechtsbegehren fest.

F.
Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

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). Formal liegt eine solche zwar vor, doch fragt sich, ob sie rechtswirksam ist.

Für das kartellgesetzliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt das VwVG, soweit das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

2.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung zu Unrecht nur der Beschwerdegegnerin formell eröffnet. Den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe die Wettbewerbskommission unzulässigerweise an einen Vizepräsidenten delegiert. Daher sei dessen Verfügung vom 8. August 2014 nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig.

3.
Die Nichtigkeit einer Verfügung muss von Amtes wegen beachtet werden; sie kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (vgl. etwa BGE 140 III 651 E. 3, 139 II 243 E. 11.2 ff., 137 III 217 E. 2.4.3 und 127 II 32 E. 3; Urteile des BVGer A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 1.3.1, B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1, A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3 und B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.1; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., 2016, N. 1096). Nichtig ist eine Verfügung nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn sie an einem besonders schweren, offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel leidet und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden würde. Als Nichtigkeitsgründe fallen nach der Praxis hauptsächlich die funktionelle und die sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2, 138 II 501 E. 3.1 und 137 I 273 E. 3.1; Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2).

Sollte sich die strittige Verfügung vom 8. August 2014 als nichtig erweisen, wäre mangels eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde nicht einzutreten (BGE 132 II 342 E. 2.3; vgl. Urteile des BVGer B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1 und A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3); rechtlich gälte die Verfügung als inexistent (vgl. PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., 2014, § 31 N. 14). Anlässlich des Beschwerdeverfahrens wäre die Nichtigkeit im Urteilsdispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.2 f.; Urteil des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3).

4.

4.1 Als einen Nichtigkeitsgrund nennt die Beschwerdeführerin die ihrer Meinung nach mangelhafte Eröffnung der Verfügung vom 8. August 2014. Sie hält fest, zufolge Art. 34 Abs. 1 VwVG hätte die Verfügung gegenüber sämtlichen Parteien der vorinstanzlichen Untersuchung formell eröffnet werden müssen.

4.2 Darauf entgegnet die Vorinstanz, da der Beschwerdeführerin die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG fehle, sei ihr die angefochtene Verfügung nicht eröffnet, aber (immerhin) in Kopie zur Kenntnisnahme zugestellt worden. Mangelhafte Eröffnung führe auch nicht automatisch zur Nichtigkeit der Verfügung. Art. 38 VwVG bestimme vielmehr, dass einer Partei aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen dürfe. Selbst wenn die Eröffnung der angefochtenen Verfügung mangelhaft gewesen wäre, wie die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise behaupte (weil eine Zustellung gar nicht erforderlich gewesen sei), wäre der Beschwerdeführerin aufgrund des angeblichen Formfehlers kein Nachteil entstanden. Somit bestünde auch unter der Annahme des Zustellungserfordernisses kein (krasser) Verfahrensfehler, der zur Nichtigkeit der Verfügung führen würde.

4.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die angefochtene Verfügung sei eine Teilverfügung, mit der das Untersuchungsverfahren gegenüber einer Partei, nämlich der Beschwerdegegnerin, abgeschlossen werde. Sie regle nur Rechte und Pflichten der Beschwerdegegnerin, nicht aber der Beschwerdeführerin, die nicht materielle Verfügungsadressatin sei. Ausserdem sei die Beschwerdeführerin mangels Beschwer nicht beschwerdelegitimiert. Daher sei die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin zu Recht nicht im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet, sondern bloss mit-

geteilt worden. Im Übrigen sei die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen schriftlich zugestellt worden, sodass sie Beschwerde dagegen habe einreichen können. Ein allfälliger (tatsächlich aber nicht bestehender) Mangel in der Eröffnung wäre damit jedenfalls geheilt.

4.4 Nach Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet die Behörde Verfügungen den Parteien schriftlich. Gemäss Art. 38 VwVG darf diesen aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Mangelhafte Eröffnung führt aber nicht zwingend zur Nichtigkeit der Verfügung; grundsätzlich genügt es, wenn der Zweck der Eröffnungsvorschriften erreicht wird (vgl. Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.4).

Die Beschwerdeführerin war nicht Adressatin der angefochtenen Verfügung, und es ist umstritten, ob ihr Parteistellung im Sinne von Art. 34 Abs. 1 sowie Art. 38 VwVG zukommt. Allerdings wurde ihr am 18. August 2014 eine Kopie der Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014 zugeschickt. Auch wenn die Eröffnung dieser Verfügung fehlerhaft gewesen sein sollte, hätte sie deswegen keinen Nachteil erlitten.

Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_657/2014 vom 12. November 2014 (E. 2.4.2) erwog, wäre es der Rechtssicherheit abträglich, wenn stets Nichtigkeit angenommen würde, sobald sich herausstellt, dass eine Drittperson (auch) Parteistellung gehabt hätte, beim Erlass der Verfügung aber nicht begrüsst wurde.

Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin – offensichtlich noch innerhalb der gegenüber der Adressatin laufenden Beschwerdefrist – mit einer Kopie der Verfügung vom 8. August 2014 bedient. Umso weniger drängt es sich auf, diese Verfügung infolge eines Zustellungsmangels als nichtig zu taxieren.

5.
Als weiteren Nichtigkeitsgrund macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die strittige Verfügung sei nicht von der Wettbewerbskommission, sondern unzulässigerweise – auch in Verletzung der Delegationsnorm – von einem ihrer Vizepräsidenten erlassen worden.

5.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnah-

men oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz aus, sie habe am 14. Juli 2014 auf Antrag des Sekretariats entschieden, A._____ als Mitglied des Präsidiums gemäss Art. 19 Abs. 1 KG zu ermächtigen, über den Antrag des Sekretariats gegen die Y._____ AG nach Art. 30 Abs. 1 KG zu entscheiden.

5.2 Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG kann die Wettbewerbskommission ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen. Unter Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 1 KG hielt der zum Zeitpunkt der fraglichen Delegation (14. Juli 2014) gültige Art. 7 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (GR-WEKO, AS 1996 2870) fest, die Kommission könne im Einzelfall ihren Präsidenten ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen. Von einem Vizepräsidenten oder einem Präsidiumsmitglied spricht diese Bestimmung nicht.

5.3 Zur Begründung ihrer Auffassung legt die Beschwerdeführerin dar, die Vorinstanz erachte die angefochtene Verfügung als "Teilverfügung" in einem Verfahren untergeordneter Bedeutung, ohne Präjudiz für Fälle von "grösserer Bedeutung". Die Beschwerdeführerin selber hält den Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission indessen für funktionell unzuständig. Sie argumentiert, eine Delegation sei entgegen dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 KG nur an den Präsidenten, nicht jedoch an den Vizepräsidenten zulässig. Hinzu komme, dass nicht von einem Fall untergeordneter Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 KG gesprochen werden könne, denn die Vorinstanz wolle zum bisher ersten Mal das Verfahren gegenüber einer potentiellen Kronzeugin vorab abschliessen. Dieser Entscheid sei von grundlegender Bedeutung und hätte vom Gesamtgremium der Wettbewerbskommission gefällt werden müssen. Da der Vizepräsident der Vorinstanz somit von Bundesrechts wegen nicht über die Kompetenz zur direkten Entscheidung in Fällen untergeordneter Bedeutung verfüge, sei die angefochtene Verfügung nichtig.

5.4 Die Vorinstanz erwidert, Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GR-WEKO habe seit der Teilrevision vom 15. Dezember 2008 zwar effektiv nur eine Delegation an den Präsidenten vorgesehen, doch sei diese Inkonsistenz im Verhältnis zu Art. 19 Abs. 1 KG ein redaktioneller Fehler. Von untergeordneter Bedeutung sei der Fall, weil die Beschwerdegegnerin den Sachverhalt nicht bestritten habe, weil deren künftig gesetzeskonformes Verhalten durch die

einvernehmliche Regelung bestimmt werde und weil keine Sanktion zu verhängen sei.

5.5 Die Beschwerdegegnerin erklärt, die Vorinstanz habe allgemeine Entscheidungsgewalt und ihren Vizepräsidenten jedenfalls gesetzeskonform ermächtigt. Inhaltlich handle es sich um einen Fall von untergeordneter Bedeutung, da das Anfechtungsobjekt eine Teilverfügung sei, mit der das Verfahren gegenüber der Beschwerdegegnerin gestützt auf eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werde, ohne dass eine materielle Beurteilung in der Sache erfolge und ohne dass eine Sanktion ausgesprochen werde.

5.6 Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Art. 29 Abs. 2 KG bestimmt, dass einvernehmliche Regelungen schriftlich abgefasst werden und der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission bedürfen. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

In den Art. 18 ff. KG werden die Zuständigkeiten der Wettbewerbskommission, ihres Präsidenten und des Sekretariates geregelt. Nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Nicht vorgesehen ist im Gesetz eine Zuständigkeit eines Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission, einvernehmliche Regelungen zu genehmigen. Art. 29 und 30 KG enthalten Spezialnormen über einvernehmliche Regelungen. Ihr klarer Wortlaut lässt keinen Interpretationsspielraum hinsichtlich der Zuständigkeit für den Entscheid über solche Regelungen und deren Genehmigung. Vielmehr ordnete der Gesetzgeber diese Kompetenz eindeutig der Wettbewerbskommission zu, ohne dabei eine Delegationsmöglichkeit vorzusehen (vgl. auch Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG, wonach die Wettbewerbskommission die Entscheide trifft und die Verfügungen erlässt, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind; gleichlautend Art. 4 Abs. 1 GR-WEKO). Als (End-) Entscheid in der Hauptsache liegt die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung in der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, nicht in derjenigen ihres Präsidenten oder eines ihrer Vizepräsidenten (vgl. BEAT ZIRLICK / CHRISTOPH TAGMANN, BSK KG, 2010, Art. 30 N. 54 ff.).

Mit der angefochtenen Verfügung beabsichtigt der betreffende Vizepräsident der Wettbewerbskommission, die Untersuchung […] gegenüber der Selbstanzeigerin frühzeitig abzuschliessen. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung enthält zwar keine Bestimmung über den Abschluss der Untersuchung […] im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Aus den Erwägungen zu den Verfahrenskosten lässt sich jedoch schliessen, dass ihn die Vorinstanz durch die Genehmigungsverfügung mindestens faktisch herbeiführen möchte. So hielt sie auf S. 7 derselben fest, "dass der Zeitaufwand ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der Y._____ […] Stunden beträgt […]." Unter Ziff. 3 des Dispositivs wurden diese Kosten der Beschwerdegegnerin auferlegt. Darüber hinaus findet sich in den Vorbemerkungen des Anhangs zur angefochtenen Verfügung, welcher die einvernehmliche Regelung wörtlich wiedergibt, folgende Passage:

> "Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 [KG] erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren […] zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen."

Entsprechend erklärte die Wettbewerbskommission in Ziff. 13 ihrer Duplik vom 5. Juni 2015:

> "Mit der angefochtenen Verfügung wurde einzig die EVR vom 16. April 2014 gemäss Art. 29 Abs. 2 KG genehmigt und somit die Untersuchung gegen die Y._____ abgeschlossen."

Einerseits beendet die Genehmigungsverfügung die Untersuchung zwar nicht explizit auf förmliche Weise. Andererseits aber betrachtet die Vor-instanz sie mit ebendieser Verfügung im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin doch als abgeschlossen. Materiell würde der Vizepräsident der Wettbewerbskommission damit im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin einen Endentscheid in der Hauptsache treffen. Dazu ist er nach den oben zitierten Bestimmungen aber nicht befugt. Die Vorinstanz beruft sich zwar auf Art. 19 Abs. 1 KG und vertritt die Meinung, der hier zu beurteilende Fall sei von untergeordneter Bedeutung. Art. 19 Abs. 1 KG lautet wie folgt:

> "Die Wettbewerbskommission ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie kann sich in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern. Sie kann ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen."

Soll wie mit der angefochtenen Verfügung in der Hauptsache entschieden werden, kann kaum von einem Fall untergeordneter Bedeutung die Rede

sein. Allein schon die neuartige Vorgehensweise, welche grundlegende (verfahrens-) rechtliche Fragen aufwirft, spricht gegen eine untergeordnete Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG. Diese Gesetzesbestimmung räumt dem ermächtigten Präsidiumsmitglied keine selbständige Entscheidungsbefugnis ein, und sie erlaubt eine Ermächtigung explizit nur im Einzelfall. Soweit ersichtlich, wurden einvernehmliche Regelungen bis anhin auch stets von der Wettbewerbskommission als Gesamtgremium, nicht aber von einem Präsidiumsmitglied bzw. Vizepräsidenten, beurteilt (vgl. etwa BGE 139 I 72 bzw. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 sowie das Urteil des BGer 2A.440/2005 vom 26. Juli 2006).

Laut Vorinstanz liegt ein Grund für die behauptete untergeordnete Bedeutung des Falles darin, dass "mit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 das zukünftige KG-konforme Verhalten der Beschwerdegegnerin geregelt wird". Für eine einvernehmliche Regelung erscheinen Bestimmungen über das künftige Verhalten nach der Formulierung des Art. 29 Abs. 1 KG ("Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung") jedoch geradezu charakteristisch (vgl. BGE 139 I 72 E. 6.2.1, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012), weshalb das Argument der Vorinstanz ins Leere stösst. Sonst müsste praktisch jeder Fall, der zu einer einvernehmlichen Regelung führt, als untergeordnet qualifiziert werden. Damit aber würde die Kategorisierung auch noch mittels eines formalen statt eines inhaltlichen Kriteriums vorgenommen. Ähnliches gilt für den Umstand, dass ein Sachverhalt nicht bestritten wird, denn daraus lässt sich nicht einfach eine geringere Bedeutung herleiten. Ebensowenig erlaubt der Verzicht auf eine Sanktion eine derartige Schlussfolgerung, zumal dieser wiederum wegen des Verhaltens einer Partei (Bonusmeldung) und nicht unbedingt wegen der Tragweite der Angelegenheit erfolgt. Im Übrigen eignet sich das Geständnis der Beschwerdegegnerin nicht als Indiz für die Bedeutung des Falles, denn diese kann bezüglich der einzelnen Verfahrensparteien nicht unterschiedlich sein. Bezeichnenderweise wurde in der angefochtenen Verfügung auch nicht dargelegt, weshalb die Sache eine solche von untergeordneter Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 KG sein könnte.

5.7 Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung bildet gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche Regelung ist zukunftsgerichtet (vgl. BGE 139 I 72, nicht publizierte E. 6.2.1 m.H., publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012; TAGMANN / ZIRLICK, Art. 49a N. 176 ff.; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher

Sanktion, AJP 7/2013 1017 ff., 1018). Die angefochtene Verfügung aber beinhaltet zwei Komponenten, einerseits eine zukünftige Regelung, andererseits den frühzeitigen Abschluss der Untersuchung gegenüber einer Partei.

Nach Art. 8 Abs. 1 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) erlässt die Wettbewerbskommission einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als erstes entweder Informationen liefert, welche die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 27 KG ermöglichen oder Beweismittel vorlegt, welche die Feststellung eines entsprechenden Wettbewerbsverstosses erlauben. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die Wettbewerbskommission die Sanktion nur, wenn das betreffende Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle darin eingenommen hat.

Ob eine Partei sanktioniert wird oder aufgrund einer Selbstanzeige von einer Sanktionsbefreiung profitiert, kann insofern keinen Unterschied machen, als es in jedem Fall einer materiellen Beurteilung des Vergangenheitssachverhaltes bedarf. Deshalb erscheint es fraglich, ob sich eine Untersuchung, bei der es um die Beteiligung an einer Abrede geht, überhaupt für eine Partei vorab abschliessen lässt.

5.8 Nach der Rechtsprechung leidet ein Entscheid einer sachlich bzw. funktionell unzuständigen Behörde an einem schwerwiegenden Mangel mit Nichtigkeitsfolge, es sei denn, die verfügende Behörde habe allgemeine Entscheidungsgewalt auf dem betreffenden Gebiet und Nichtigkeit vertrage sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 129 V 485 E. 2.3 und 127 II 32 E. 3g; BVGE 2008/59 E. 4.3, Urteil des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3 und 4.3, Teilurteil und Zwischenentscheid des BVGer A-5536/2014 vom 14. November 2014 S. 4).

Wegen fehlender Zuständigkeit als nichtig befand das Bundesgericht beispielsweise eine Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 gegenüber der damaligen Schweizerischen Meteorologischen Anstalt, weil diese dem KG nicht unterlag (BGE 127 II 32 E. 3g). In BGE 129 V 485 (E. 2.2) urteilte es, die Kompetenzdelegation einzelner Aufgaben der kantonalen Amtsstelle an die regionalen Arbeitsvermittlungszen-

tren bedürfe eines formellen, den Publikationsvorschriften des Kantons unterliegenden Erlasses. Eine bloss gestützt auf interne Verwaltungsweisungen vorgenommene Zuständigkeitsübertragung genüge nicht, was zur Nichtigkeit der Verwaltungsverfügung führe. Als nichtig bewertete das Bundesgericht auch eine Verfügung des Bundesamtes für Justiz, da dieses nicht dafür zuständig gewesen sei, die Anfrage einer Ausländerin, ob ihr Heimatstaat sie international zur Fahndung ausgeschrieben habe, zu behandeln (BGE 132 II 342 E. 2.2 f.). In BGE 137 III 217 E. 2.4.3 stellte das Bundesgericht die Nichtigkeit eines Entscheides der Justizdirektion des Kantons Zürich fest, hatte diese doch statt des eigentlich zuständigen oberen kantonalen Gerichts über einen handelsregisterrechtlichen Rekurs befunden. Bezüglich eines Abtragungsverbots für Kachelöfen urteilte das Bundesgericht, eine schwerwiegende Verletzung der Zuständigkeitsordnung mit Nichtigkeitsfolge wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn über die Schutzwürdigkeit der Öfen an Stelle der Exekutive als Gesamtbehörde ein ausserhalb der Exekutive stehendes Gemeindeorgan, die Verwaltung oder bloss ein einzelnes Exekutivmitglied befunden hätte (Urteil 1P.629/2005 vom 11. August 2006 E. 3.2.2).

Mit Teilurteil A-5536/2014 vom 14. November 2014 (S. 4 f.) erklärte das Bundesverwaltungsgericht einen Entscheid des Konzernrechtsdienstes der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) in einer personalrechtlichen Angelegenheit für nichtig, weil nach einer Gesetzesrevision nicht mehr dieser, sondern das Gericht selber für die Behandlung einer Beschwerde gegen eine Verfügung der SBB als Arbeitgeberin zuständig war.

5.9 Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission erweist sich dessen Verfügung vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung in der Untersuchung […] als nichtig. Dadurch wird die Rechtssicherheit nicht tangiert, zumal die Verfügung zeitnah angefochten wurde. Im Übrigen ist die fehlende Zuständigkeit angesichts des klaren Gesetzeswortlautes leicht erkennbar (vgl. oben E. 5.6).

6.

Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin zwar geltend gemacht. Sie hat jedoch kein entsprechendes Rechtsbegehren formuliert. Die Nichtigkeit der Verfügung ist vom Bundesverwaltungsgericht aber ohnedies von Amtes wegen festzustellen (vgl. oben E. 3 sowie Art. 25 Abs. 1 VwVG).

7.
Aufgrund der Nichtigkeit der strittigen Verfügung vom 8. August 2014 fehlt es an einem Anfechtungsobjekt, weshalb auf die vorliegende Beschwerde vom 18. September 2014 nicht einzutreten ist. Die Nichtigkeit der Verfügung ist im Urteilsdispositiv festzustellen.

8.

8.1 Tritt das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde nicht ein, weil sich die angefochtene Verfügung als nichtig erwiesen hat, berücksichtigt es dies regelmässig bei der Festlegung der Verfahrenskosten (Art. 63 VwVG; vgl. Urteile des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 8.1.1 und A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2.1 f. m.H.).

Da die Vorinstanz den Erlass der nichtigen Verfügung ihres Vizepräsidenten zu vertreten hat und die Beschwerdeführerin ein Interesse an deren Anfechtung hatte, ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils ist der Beschwerdeführerin ihr Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zurückzuerstatten.

8.2 Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Zu berücksichtigen ist dabei, dass ein Teil des Aufwandes für das vorliegende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht von der Beschwerdeführerin und drei weiteren Untersuchungsadressatinnen, welche die Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 ebenfalls angefochten haben, offensichtlich gemeinsam getragen wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen.

Die Entschädigung ist im Sinne der Erwägungen nicht der im Ergebnis unterliegenden Gegenpartei, sondern der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG), da diese für den Erlass der nichtigen Verfügung verantwortlich zeichnet und die Beschwerdeführerin damit zum Beschreiten des Rechtsweges veranlasst hat.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin in der Untersuchung […] nichtig ist.

2.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.
Verfahrenskosten werden keine erhoben.

4.
Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

5.
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin;
– die Beschwerdegegnerin;
– die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Maria Amgwerd	Urs Küpfer

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 19. April 2016