



Abteilung II
B-5113/2016

Urteil vom 3. Mai 2018

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Stephan Breitenmoser,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf,
Rechtsanwalt, AGON PARTNERS,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Wettbewerbskommission WEKO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016.

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 von Marken des [...] -Konzerns.

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO, 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 WEKO genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Diese fochten die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an.

D.

Durch Verfügung vom 19. Oktober 2015 auferlegte die Wettbewerbskommission den vier erwähnten Unternehmen, welche keine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat geschlossen hatten, Sanktionen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Beschwerdeverfahren betreffend diese sog. Sanktionsverfügung waren bei Eröffnung des vorliegenden Urteils B-5113/2016 beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

E.

Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht die Nichtigkeit von dessen Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 mit Urteilen vom 13. April 2016 fest und trat wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerden nicht ein.

F.

Am 6. Juni 2016 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 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, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine 'Stamm-tische' 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. Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der Y. _____ AG auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung]."

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die Beschwerdegegnerin erfülle die Bedingungen des vollständigen Sank-

tionserlasses. So habe sie 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 Beschwerdegegnerin beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

G.

Mit Eingabe vom 23. August 2016 focht die Beschwerdeführerin die Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juni 2016 in der Rechtsache [...] aufzuheben.
2. Es sei die Untersuchung [...] ohne Folgen einzustellen.
3. Es sei von Amtes wegen zu prüfen, welche Mitglieder der WEKO in Ausstand hätten treten sollen.
4. Es sei vor dem Entscheid über die Anträge 1 und 2 eine Anhörung der Verfahrenspartei Y._____ durchzuführen, an welcher die Beschwerdeführerin Fragen stellen kann.
5. Es sei davon Vermerk zu nehmen, dass die angefochtene Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthält und Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Zusammenfassend begründete die Beschwerdeführerin ihre Anträge wie folgt: Unzulässigerweise habe die Vorinstanz die Untersuchung separat gegenüber der Beschwerdegegnerin abgeschlossen. Sie habe den Sachverhalt allein gestützt auf deren Darstellung ermittelt und ihr den Kronzeugenstatus zu Unrecht verliehen, denn die Beschwerdegegnerin sei nach eigenen Angaben Preisführerin. Deswegen sei auch keine Wettbewerbsabrede möglich. Die Sanktionsverfügung gegenüber der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2015 stütze sich auf die nichtige Verfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 bzw. auf die nachgeschobene Verfügung der WEKO vom 6. Juni 2016, bei welcher der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör verweigert worden sei.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. November 2016 beantragte die

Vorinstanz, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen. Gleiches beantragte die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 16. November 2016.

I.

Auf die entscheidungswesentlichen 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.). 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).

1.1 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). Art. 30 Abs. 1 KG bestimmt, dass die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (vgl. BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 7.4, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012). Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, die Genehmigungsverfügung der WEKO vom 6. Juni 2016 sei infolge formeller Fehler nichtig.

1.1.1 Zur Begründung erklärt die Beschwerdeführerin, das Verfahren gegenüber der Beschwerdegegnerin sei (wiederholt) zu Unrecht separat und unabhängig von den anderen Parteien abgeschlossen worden. Werde eine Untersuchung gegen mehrere Parteien eingeleitet, solle sie nach dem Grundsatz der Einheit der Materie auch gegen alle gleichzeitig abgeschlossen werden. Zwischen der angefochtenen Genehmigungsverfügung und der Hauptverfügung bestehe ein sehr enger sachlicher Zusammenhang. Alle Parteien seien an derselben angeblichen Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen; die Beschwerdegegnerin habe ihr eigenes sowie das Verhalten der übrigen Parteien angezeigt, und schliesslich sei die Untersuchung allen Parteien gegenüber eröffnet worden.

Eine vorzeitige Entlassung einer Partei führe nämlich dazu, dass ein Präjudiz geschaffen werde, von welchem bei Eintreten der Rechtskraft nicht mehr abgewichen werden könne, auch wenn im Hauptverfahren weitere Erkenntnisse gewonnen würden, welche die bereits entlassene Partei genauso betreffen wie die anderen, einschliesslich der Beschwerdeführerin. Es entstehe der Eindruck, die Vorinstanz habe in Missachtung verfahrensrechtlicher Garantien mit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin vollendete Tatsachen schaffen wollen: Der Beschwerdeführerin sollte es faktisch verunmöglicht werden, vor einer Rechtsmittelinstanz eine Überprüfung des fraglichen Sachverhalts zu erwirken.

1.1.2 Die Vorinstanz erwidert, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin handle es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um eine Teilverfügung, mit welcher die Beschwerdegegnerin vorzeitig aus dem Verfahren entlassen werde. Die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen sei mit der Verfügung vom 19. Oktober 2015 abgeschlossen worden. Darin seien die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferten für Neufahrzeuge und die Verbreitung dieser Konditionen durch die Plattform der [...] an weitere autorisierte Schweizer Händler des [...] Konzerns als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert und die Teilnahme der Beschwerdegegnerin an dieser Abrede festgestellt worden. In der angefochtenen Verfügung habe sich die Vorinstanz auf die Feststellungen in der Verfügung vom 19. Oktober 2015 gestützt und über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin sowie über den Erlass der Sanktion aufgrund der Selbstanzeige neu entschieden.

Das Bundesverwaltungsgericht werde die Rechtsgültigkeit des Entscheides der WEKO bezüglich der Beschwerdeführerin und der anderen beteiligten Unternehmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend die Verfügung vom 19. Oktober 2015 überprüfen. Es sei daher nicht ersichtlich, welche vollendeten Tatsachen durch den Erlass der angefochtenen Verfügung geschaffen worden seien.

1.1.3 Die Beschwerdegegnerin legt dar, mit dem neuen Entscheid der Vorinstanz als Gesamtbehörde sei nun formell korrekt über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung entschieden worden. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, welche sonstigen Verfahrensfehler vorliegen würden,

die angeblich zur Nichtigkeit der angefochtenen Genehmigungsverfügung und der Sanktionsverfügung geführt haben sollten.

Der Abschluss einer kartellrechtlichen Untersuchung gegenüber einer Partei, die eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen habe, sei rechtlich zulässig und sinnvoll, was auch die Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden zeige. Die Beschwerdeführerin begründe ihre Auffassung, dass eine solche Teilverfügung unzulässig sei, bezeichnenderweise einzig mit einem Analogieschluss zum verfassungsmässigen Gebot der Einheit der Materie für Volksinitiativen. Dieses regle aber etwas komplett anderes, nämlich die unverfälschte Willenskundgabe des Stimmbürgers.

Die Beschwerdeführerin könne den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung ihres Verhaltens im Rahmen des separaten Beschwerdeverfahrens gegen die Sanktionsverfügung überprüfen lassen.

1.1.4 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, 133 II 366 E. 3.1 und 127 II 32 E. 3; Urteile des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3, 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, 137 I 273 E. 3.1, 133 II 366 E. 3.2 und 132 II 21 E. 3.1; Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2).

Sollte sich die strittige Verfügung vom 6. Juni 2016 als nichtig erweisen, wäre mangels eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.3; Urteile des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3, 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).

1.1.5 Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-5290/2014 vom 13. April 2016 (E. 5.9) feststellte, war die Genehmigungsverfügung des seinerzeitigen Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt nichtig. Am 19. Oktober 2015 hatte die WEKO die Sanktionsverfügung gegenüber den von der Bonusmelderin einer Wettbewerbsabrede bezichtigten Unternehmen erlassen. Am 6. Juni 2016 verfügte die WEKO die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Selbstanzeigerin. Ihr gegenüber wurde die Untersuchung also weiterhin separat beendet. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts verweist die Genehmigungs- nun auf die Sanktionsverfügung zurück. Dadurch hat die WEKO eine alle an der mutmasslichen Abrede Beteiligten umfassende rechtliche Würdigung des inkriminierten Vergangenheits Sachverhalts vorgenommen, indem sie auch die Teilnahme der Beschwerdeführerin festgestellt hat (angefochtene Verfügung S. 5, Sanktionsverfügung S. 96 f. Rz. 407 ff.; vgl. auch BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, sowie Urteil des BVer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1).

Die Beschwerdeführerin argumentiert mit dem Grundsatz der Einheit der Materie. Dieser bezieht sich allerdings auf Verfassungsrevisionen (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) sowie andere Abstimmungsvorlagen. Er zielt auf den inhaltlichen Zusammenhang derselben und bezweckt eine unverfälschte Willenskundgabe der Stimmenden. Mit hin handelt es sich um einen Ausfluss der Garantie der politischen Rechte gemäss Art. 34 BV (vgl. BGE 129 I 366 E. 2.2; ASTRID EPINEY / STEFAN DIEZIG, BSK BV, 2015, Art. 139 N. 25 f.). Angesichts dieses spezifischen Regelungsgegenstandes liesse sich aus dem Grundsatz der Einheit der Materie selbst im Rahmen einer Analogie nicht herleiten, die angefochtene Verfügung sei nichtig. Vorliegend resultiert aber ohnehin keine getrennte rechtliche Beurteilung der mutmasslichen Wettbewerbsabrede für die Bonusmelderin einerseits und die Beschwerdeführerin andererseits, da diese Beurteilung in der Sanktionsverfügung, auf welche die angefochtene Verfügung verweist, vorgenommen wurde. Auch sonst sind bezüglich der Genehmigungsverfügung keine Nichtigkeitsgründe ersichtlich, so dass sie effektiv ein Anfechtungsobjekt bildet. Unter diesen Umständen braucht auf die Frage, ob es sich dabei um eine Teilverfügung handle, nicht näher eingegangen zu werden.

1.2 Als zweites Anfechtungsobjekt nennt die Beschwerdeführerin das Begleitschreiben der WEKO vom 23. Juni 2016 zum Versand der Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016. In diesem Begleitschreiben nahm die WEKO zu Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2016 Stellung.

1.2.1 Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin fest, beim Schreiben vom 23. Juni 2016 handle es sich um einen hoheitlichen Entscheid der Vorinstanz in einem individuell-konkreten Fall, namentlich bezüglich der Beschwerdeführerin in der Untersuchung [...]. Die Vorinstanz entscheide in Anwendung des Kartellgesetzes, welches Bundesverwaltungsrecht darstelle. Das Handeln einer Behörde erzeuge dann Rechtswirkungen, wenn sie gegenüber jemand anderem Rechte oder Pflichten begründe, ändere oder aufhebe, darüber eine Feststellung treffe oder auf solche Begehren nicht eintrete. Somit werde in einer Verfügung ein Rechtsverhältnis geregelt. Mit Schreiben vom 23. Juni 2016 habe die Vorinstanz über die Anträge der Beschwerdeführerin im konkreten Einzelfall entschieden. Daher liege eine Rechtswirkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG vor.

1.2.2 In ihrer Vernehmlassung erwiderte die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin stelle keinen Antrag betreffend das Schreiben vom 23. Juni 2016. Die WEKO äussere sich nur zu den Anträgen der Beschwerdeführerin und zu den entsprechenden Begründungen.

1.2.3 Die Beschwerdegegnerin vertritt die Meinung, es sei unklar, was die Beschwerdeführerin mit diesem Vorbringen bezwecke und was sie daraus ableiten wolle. Eine Aufhebung des Schreibens vom 23. Juni 2016 – das im Übrigen ein einfaches Verwaltungsschreiben und keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstelle – werde mit der Beschwerde nicht beantragt. Anfechtungsobjekt sei deshalb einzig die Genehmigungsverfügung.

1.2.4 Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

- „a. die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
- b. die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten;
- c. die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren.“

1.2.5 Mit Begleitschreiben vom 12. Mai 2016 sandte das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen Antrag gleichen Datums an die WEKO betreffend Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin vom 16. April 2014. In diesem Begleitschreiben finden sich unter anderem folgende Bemerkungen:

„Das Sekretariat hat einen Antrag bezüglich der Y._____ gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erstellt, welchen wir Ihnen in der Beilage zur Kenntnisnahme senden.

Mit heutigem Schreiben wurde der Y._____ die Möglichkeit gegeben, gemäss Art. 30 Abs. 2 KG bis am Dienstag, den 31. Mai 2016, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen.“

Die Beschwerdeführerin wurde nicht zur Stellungnahme zu diesem Antrag des Sekretariats eingeladen.

In ihrer Eingabe vom 31. Mai 2016 stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz folgende Anträge:

- „1. Es sei von Amtes wegen zu prüfen, welche Mitglieder des Sekretariats und der WEKO im Nachgang zum Nichtigkeitsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in den Ausstand zu treten haben.
- 2. Der einvernehmlichen Regelung mit der Y._____ sei die Genehmigung zu verweigern.
- 3. Das Verfahren Nr. [...] sei gegenüber der X._____ ohne Folge einzustellen.
- 4. Eventualiter zu den Anträgen Nr. 2/3:
 - a) Es sei das Sekretariat anzuweisen, die Vorabklärung [...] (Art. 26 KG) gegenüber Y._____ in eine Untersuchung (Art. 27 KG) zu überführen zwecks Abklärung der Preisführerschaft (Art. 7 KG).
 - b) Es sei die Genehmigung der EVR mit der Y._____ bis zum Abschluss des Untersuchungsverfahrens [...] zu sistieren.
- 5. Es sei in jedem Fall von [recte wohl „vor“] dem Entscheid über die Genehmigung der EVR eine Anhörung der Verfahrenspartei durchzuführen.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Zum Rechtsbegehren Ziff. 1 hielt die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 23. Juni 2016 an die Beschwerdeführerin namentlich fest:

„Vorliegend waren bzw. sind keine Gründe oder Umstände, die eine Ausstandspflicht im Rahmen des Entscheids bezüglich der Genehmigung der EVR vom 16. April 2014 hervorrufen konnten bzw. können, ersichtlich. [...] Schliesslich sei noch anzumerken, dass die von der Verfügung vom 6. Juni 2016 einzige betroffene Partei, nämlich die Y._____, keine Ausstandsgründe geltend gemacht hat.“

Zu den Rechtsbegehren Ziff. 2 - 5 äusserte sich die Vorinstanz im erwähnten Schreiben folgendermassen:

„Auf die Anträge 2 - 4 ist die WEKO in der Verfügung vom 6. Juni 2016 nicht eingetreten, da die X._____ keine Partei im vorliegenden Verfahren ist.

[...]

Die Untersuchung [...] gegen die X._____ wurde bereits mit der Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 abgeschlossen. Die Beschwerde der X._____ gegen diese Verfügung ist noch beim BVGer hängig. Ob die betroffene Untersuchung einzustellen ist, wird erst im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens entschieden.

[...]

Der Gegenstand dieses Verfahrens [...] ist vom beanstandeten Verhalten im Rahmen der Untersuchung [...] unabhängig. Eine Sistierung der Untersuchung gegenüber der Y._____ rechtfertigte sich daher nicht.

[...]

Die WEKO führt praxismässig bei der Genehmigung einer EVR in der Regel keine Anhörung durch, ausser wenn die an der EVR teilnehmenden Parteien eine solche verlangen. Wie oben bereits erwähnt, ist einzig die Y._____ von der Verfügung vom 6. Juni 2016 betroffen und Partei im betreffenden Verfahren. Wir informieren Sie gerne, dass die Y._____ kein Interesse an einer Anhörung durch die WEKO bekundet hat.“

Dem Zitat lässt sich entnehmen, dass das fragliche Schreiben informativen Charakter hat, jedoch keine Rechtswirkungen erzeugt. Es impliziert weder eine Begründung, Änderung oder Aufhebung, noch eine Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten und Pflichten. Sodann beinhalten die oben zitierten Anträge der Beschwerdeführerin keine Begehren um Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten, auf welche die Vorinstanz in ihrem Schreiben nicht eingetreten wäre. Folglich handelt es sich bei diesem Schreiben nicht

um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, sodass kein zweites Anfechtungsobjekt existiert. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat vor Bundesverwaltungsgericht denn auch kein Rechtsbegehren hinsichtlich des Schreibens der Vorinstanz vom 23. Juni 2016 (etwa um Aufhebung oder Änderung desselben) gestellt. Ihr Versuch, durch Anträge im vorinstanzlichen Verfahren ein weiteres Anfechtungsobjekt zu kreieren, läuft demnach ins Leere.

2.

2.1 Da das KG keine einschlägige Vorschrift enthält, bestimmt sich die Beschwerdebefugnis in Anwendung von Art. 48 VwVG.

2.1.1 Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a, sog. formelle Beschwerde; BGE 141 II 14 E. 4.4), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.1.2 Art. 48 Abs. 1 VwVG soll die Popularbeschwerde ausschliessen. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Eine Aufhebung oder Änderung des Entscheids muss ihm einen praktischen Nutzen verschaffen (BGE 139 II 279 E. 2.2; Urteil des BGer 2C_73/2014 vom 28. Januar 2015 E. 2.1).

2.1.3 Das in Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG erwähnte "Berührtsein" bildet bei materiellen (primären) Verfügungsadressaten keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben. Bei Drittbeschwerden hingegen muss das besondere Berührtsein als selbständige Legitimationsvoraussetzung kumulativ zum schutzwürdigen Interesse geprüft werden (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4, 139 II 279 E. 2.2, 137 IV 134 E. 5.1.1 f. und 133 V 188 E. 4.3.1 ff.).

2.1.4 Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern bzw. begründen (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1; BVGE 2013/17 E. 3.4.2; ANDRÉ

MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 2.67; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 48 N. 5 m.H.). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert, tritt die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Beschwerde ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Art. 48 N. 7 m.H.).

2.2 Vorinstanz und Beschwerdegegnerin vertreten den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde berechtigt.

2.2.1 In diesem Zusammenhang legt die Beschwerdeführerin dar, hinsichtlich der Verfügung vom 6. Juni 2016 fehle es grundsätzlich an der formellen Beschwer, da ihr diese Verfügung nicht formell eröffnet worden sei. Dadurch, dass sie gemeinsam mit der Bonusmelderin an einer von der WEKO festgestellten Wettbewerbsabrede beteiligt sei, sei sie besonders berührt. Die angefochtene Verfügung hätte nach Meinung der Beschwerdeführerin gegenüber sämtlichen Parteien der vorinstanzlichen Untersuchung formell eröffnet werden müssen, sodass auch die Beschwerdeführerin formell beschwert gewesen wäre.

Aufgrund fehlender Abklärungen zu wesentlichen Elementen des Sachverhalts, insbesondere zur Frage der Preisführerschaft und zur Rolle der Bonusmelderin beim Wettbewerbsverstoss, sei nicht klar, ob die einvernehmliche Regelung mit der Bonusmelderin sowie deren Status als Kronzeugin überhaupt gerechtfertigt seien. Dadurch entstehe der Beschwerdeführerin ein folgenschwerer Nachteil. Sie werde so hingestellt, als habe sie sich an einem Kartell beteiligt, obwohl die Bonusmelderin nach eigenen Angaben Preisführerin sei.

Bei der angefochtenen Verfügung handle es sich nicht um eine Teilverfügung, sondern um einen Teilentscheid, der die Untersuchung für einen Teil der Adressatinnen und bestimmte Rechtsfragen rechtskräftig erledigen solle. Es liege auf der Hand, dass dies die übrigen Adressatinnen derselben Untersuchung direkt betreffe, weil ein Teil des Sachverhalts für die Untersuchung ausgeklammert und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen separat erledigt worden seien – faktisch vorab, weil die neue Verfügung mit derjenigen vom 8. August 2014 inhaltlich identisch sei.

Für die Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin sei es unerlässlich, dass die Rolle der Selbstanzeigerin beim angeblichen Wettbewerbsverstoss hinreichend untersucht und geklärt werde, insbesondere wegen deren möglicher Preisführerschaft in einem von ihr sowohl auf Stufe [...] als auch auf Stufe [...] mit einem Anteil von gegen [...] % dominierten Markt.

Folglich sei die Beschwerdeführerin stärker als jedermann betroffen und habe ein unmittelbares, schützenswertes Interesse daran, dass die Verfügung aufgehoben werde.

2.2.2 Die Vorinstanz argumentiert, die Beschwerdeführerin sei nicht formell beschwert, denn sie habe im Verfahren betreffend die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung keine Parteistellung gehabt. Auch die materielle Beschwer fehle. Weder in der einvernehmlichen Regelung noch in der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz (materielle oder formelle) Feststellungen gegenüber der Beschwerdeführerin gemacht. Gegenstand der angefochtenen Verfügung sei die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen der Selbstanzeigerin und dem Sekretariat. Daher beeinflusse die angefochtene Verfügung in keiner Weise die rechtliche oder tatsächliche Situation der Beschwerdeführerin.

Ausserdem sei nicht ersichtlich, welchen Einfluss der vollständige Erlass der Sanktion zugunsten der Selbstanzeigerin auf das Beschwerdeverfahren B-7834/2015 und die Beschwerdeführerin haben könnte. Insbesondere impliziere ein solcher keine Verschlechterung der rechtlichen Situation der Beschwerdeführerin. Diese habe aufgrund der angefochtenen Verfügung keinen Nachteil erlitten, welcher durch Gutheissung der Beschwerde beseitigt werden könnte. Ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung fehle daher.

2.2.3 Die Beschwerdegegnerin erklärt, was die Beschwerdeführerin vortrage, beziehe sich fast ausnahmslos auf die Sanktionsverfügung. Es sei im separaten Beschwerdeverfahren gegen diese Verfügung vorzubringen und zu beurteilen. Mit der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 sei die vorinstanzliche Untersuchung [...] gegenüber der Beschwerdeführerin abgeschlossen worden. Ab diesem Zeitpunkt sei die Beschwerdeführerin nicht mehr Partei der Untersuchung gewesen. Durch die später ergangene, angefochtene Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 sei sie deshalb nicht formell beschwert.

Zudem sei die Beschwerdeführerin keine materielle Verfügungsadressatin, bei der a priori eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache bestehe. Die angefochtene Genehmigungsverfügung regle nämlich keine Rechte und Pflichten gegenüber der Beschwerdeführerin. Entsprechend wäre diese nur dann materiell beschwert, wenn sich die Verfügung wesentlich nachteilig auf sie auswirken würde, was aber nicht der Fall sei. In der Verfügung sei die einvernehmliche Regelung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Sekretariat der Vorinstanz genehmigt und auf eine Sanktion verzichtet worden. Schliesslich seien der Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten auferlegt worden. Zur Begründung, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede gegeben sei, habe die Vorinstanz in der Genehmigungsverfügung vollumfänglich auf die Sanktionsverfügung, in welcher auch die Teilnahme der Beschwerdegegnerin festgestellt worden sei, verwiesen. Die Genehmigungsverfügung mache keine Aussagen über das Verhalten der Beschwerdeführerin, habe keinerlei Auswirkungen auf diese und keine Nachteile für sie zur Folge. Daher fehle es ihr auch an einer materiellen Beschwer. Mangels Beschwerdelegitimation sei auf die Beschwerde deshalb nicht einzutreten.

2.3 Kartellrechtliche Untersuchungen werden entweder durch Verfügung oder einvernehmliche Regelung abgeschlossen (Art. 30 Abs. 1 KG). Mittels Verfügung lassen sich Untersuchungen auch einstellen, während die einvernehmliche Regelung nur in Frage kommt, wenn das Sekretariat eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erkennt (BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012). Das Sekretariat ist allein zuständig für den Entscheid darüber, ob, mit wem, wann und wie über eine einvernehmliche Regelung verhandelt wird. Es liegt in seinem Ermessen, diesbezügliche Gespräche in die Wege zu leiten. Überhaupt ist das Verfahren der einvernehmlichen Regelung für alle Beteiligten freiwillig. Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung bildet gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche Regelung ist zukunftsgerichtet; sie zielt darauf ab, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Inhaltlich kann sich eine einvernehmliche Regelung nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken; ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012; Urteile des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6 und 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.2 ff.; Urteile des

BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.7 und B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1.1 f., je m.H.).

2.4 Im Verfahren zur Genehmigung der einvernehmlichen Regelung behandelte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht als Partei. Sie brachte ihr den Verfügungsantrag des Sekretariats zur Kenntnis, lud sie aber nicht ein, sich dazu vernehmen zu lassen. Ungeachtet dessen äusserte sich die Beschwerdeführerin zum Sekretariatsantrag und stellte entsprechende Rechtsbegehren. Diese wiederum kommentierte die WEKO in ihrem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 23. Juni 2016. Wenngleich die Beschwerdeführerin also nicht formell mit Parteistellung in das Genehmigungsverfahren einbezogen wurde, hat sie daran doch teilgenommen. Sie war zudem Partei der Untersuchung, aus welcher dieses Verfahren hervorging. Durch die Rückverweisung der Genehmigungs- auf die Sanktionsverfügung besteht auch eine inhaltliche Verbindung zwischen den beiden Verfahren. Ob sich daraus formelle Beschwer im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG ergibt, kann jedoch offengelassen werden, weil die in Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen und es, wie nachfolgend dargelegt wird, am besonderen Berührtsein bzw. am schutzwürdigen Interesse fehlt (vgl. Urteil des BVGer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 4.3).

2.5 Wie bereits erwähnt, stellt sich des Weiteren die Frage nach dem besonderen Berührtsein gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG. Der Beschwerdeführerin wird vorgeworfen, mit der Bonusmelderin (sowie weiteren Unternehmen) an einer Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen zu sein. Diese hat die WEKO in der Sanktionsverfügung, auf welche die Genehmigungsverfügung verweist, für unzulässig befunden. Als Adressatin der Sanktionsverfügung steht die Beschwerdeführerin folglich in einer gewissen Beziehungsnähe zur vorliegenden Streitsache. Allerdings beschränkt sich die angefochtene Verfügung vom 6. Juni 2016 auf die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und den Verzicht auf eine Sanktion ihr gegenüber.

2.6 Durch die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und den Verzicht auf eine Sanktion dieser gegenüber ist die Beschwerdeführerin nicht besonders berührt, wie es Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG verlangt. Einerseits handelt es sich bei der einvernehmlichen naturgemäss um eine prospektive Regelung, ausschliesslich im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Auch die Beschwerdeführerin hätte die Möglich-

keit gehabt, eine entsprechende Vereinbarung mit dem Sekretariat zu treffen. Andererseits erfolgte die rechtliche Würdigung des inkriminierten Sachverhalts mit der im Zeitpunkt der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung bereits erlassenen Sanktionsverfügung, sowohl hinsichtlich der Beschwerdeführerin als auch der Beschwerdegegnerin. Deswegen würde eine Aufhebung oder Änderung der hier angefochtenen Genehmigungsverfügung der Beschwerdeführerin keinen praktischen Nutzen verschaffen.

Dass im Rahmen der gegenüber der Sanktionsverfügung noch hängigen Beschwerdeverfahren auch eine allfällige anstiftende oder führende Rolle der Bonusmelderin zu prüfen sein wird, vermag daran nichts zu ändern. Selbst wenn sich erweisen sollte, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich eine derartige Rolle ausgeübt hätte, würde damit zwar die für den Sanktionsverzicht gemäss Genehmigungsverfügung massgebende Grundlage entfallen. Inwiefern die Beschwerdeführerin aber dadurch, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen zu Unrecht auf eine Sanktionierung verzichtet hätte, mehr als jedermann betroffen sein könnte, ist jedoch nicht ersichtlich.

Entsprechend fehlt ihr auch ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG an deren Aufhebung oder Änderung. Ein solches bestünde im rechtlichen oder tatsächlichen Nutzen, welcher ihr aus einer Gutheissung ihrer Begehren unmittelbar erwachsen würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 m.H.). Eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung hätte aber lediglich zur Folge, dass die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin und der zu ihren Gunsten gesprochene Sanktionsverzicht dahinfielen. Dies würde der Beschwerdeführerin keinen (unmittelbaren) Vorteil verschaffen, weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht. Das kartellrechtswidrige Verhalten, welches ihr vorgeworfen wird, unterliegt im Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung einer Überprüfung mit voller Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht. In jenem Verfahren bietet sich der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, das angestrebte Ziel zu erreichen, was einer Rechtsmittellegitimation in diesem Verfahren ebenfalls entgegensteht (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BVGer B-1161/2013 vom 14. Januar 2014 E. 3.2).

2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels entsprechender Legitimation auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Somit erübrigt es sich auch, auf die weiteren Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin einzugehen.

3.

3.1 Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zu entnehmen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Der Restbetrag von Fr. 1'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.2 Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Zu berücksichtigen ist dabei, dass ein Grossteil des Aufwandes für die Anfechtung der Genehmigungsverfügung vom 6. Juni 2016 in gleicher Weise bei zwei Untersuchungsadressatinnen, welche sich durch den selben Anwalt haben vertreten lassen, angefallen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdegegnerin wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdegegnerin innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Beschwerdegegnerin;
- die Vorinstanz;
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

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 Rechtschrift 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: 15. Mai 2018