

2020 IV/3

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. X. gegen Wettbewerbskommission
B-5117/2016 vom 30. Januar 2019

Kartellrecht. Publikation eines Schlussberichts, mit dem eine Vorabklärung abgeschlossen wird.

Art. 5 Abs. 1 BV. Art. 48 Abs. 1 KG.

- 1. Anspruch auf Rechtsschutz hinsichtlich der Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung (E. 3).**
- 2. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung (E. 4).**
- 3. Art. 48 Abs. 1 KG ist eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung (E. 5).**

Droit des cartels. Publication d'un rapport final mettant un terme à une enquête préalable.

Art. 5 al. 1 Cst. Art. 48 al. 1 LCart.

- 1. Protection judiciaire dans le cadre de la publication du rapport final d'une enquête préalable (consid. 3).**
- 2. Exigence d'une base légale pour la publication du rapport final d'une enquête préalable (consid. 4).**
- 3. L'art. 48 al. 1 LCart constitue une base légale suffisante pour la publication du rapport final d'une enquête préalable (consid. 5).**

Diritto dei cartelli. Pubblicazione di un rapporto finale che chiude un'inchiesta preliminare.

Art. 5 cpv. 1 Cost. Art. 48 cpv. 1 LCart.

- 1. Diritto alla protezione giuridica nell'ambito della pubblicazione del rapporto finale di un'inchiesta preliminare (consid. 3).**
- 2. Necessità di una base legale per la pubblicazione del rapporto finale di un'inchiesta preliminare (consid. 4).**
- 3. L'art. 48 cpv. 1 LCart costituisce una base legale sufficiente per la pubblicazione del rapporto finale di un'inchiesta preliminare (consid. 5).**

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO, nachfolgend auch: Sekretariat) eröffnete am 6. Dezember 2012 eine Vorabklärung gegen die X. AG zur Prüfung, ob Anhaltspunkte für eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise der X. AG im Bereich des Getränkeimports im Sinn von Art. 5 und 7 des KG (SR 251) bestehen.

Mit Schlussbericht vom 10. November 2015 stellte das Sekretariat das Verfahren ein. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2015 übermittelte das Sekretariat seinen Schlussbericht an die X. AG und informierte diese darüber, dass es den Schlussbericht in der Schriftenreihe « Recht und Politik des Wettbewerbs » (RPW) zu publizieren beabsichtige. Das Sekretariat ersuchte die X. AG um Mitteilung, ob der Bericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abzudecken seien.

Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 nahm die X. AG Stellung. Sie reichte dabei eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schlussberichts unter anderem mit dem Hinweis ein, dass eine Veröffentlichung des Schlussberichts ohne eine rechtskräftige Publikationsverfügung nicht zulässig sei.

Mit Verfügung vom 20. Juni 2016 entschied das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, dass der Schlussbericht vom 10. November 2015 in der Version veröffentlicht werde, die sich im Anhang der Verfügung befinde. Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2 580.– würden der X. AG auferlegt.

Die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) hat am 23. August 2016 gegen diese Verfügung Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, auf die Veröffentlichung des Schlussberichts in der angehängten Version sowie auf die Erhebung von Verfahrenskosten sei zu verzichten. Es sei der Vorinstanz die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 zu untersagen. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht vom 10. November 2015 einzuräumen, sofern den obgenannten Anträgen nicht stattgegeben werde.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Publikationsverfügung vom 20. Juni 2016 insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung des Schlussberichts des Sekretariats vom 10. November 2015 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befindet. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wird ebenfalls aufgehoben.

[Das Bundesgericht ist auf eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 nicht eingetreten.]

Aus den Erwägungen:

3. Mit dem Schlussbericht vom 10. November 2015 wurde die Vorabklärung betreffend die Beschwerdeführerin wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 5 und 7 KG abgeschlossen und im Ergebnis ohne Folgen eingestellt. Streitig und zunächst zu prüfen ist vorliegend, ob das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Veröffentlichung dieses Schlussberichts angeordnet hat.

3.1 Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 und 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat der WEKO (vgl. Art. 26 KG). Der Vorabklärung kommt eine « Triage »-Funktion zu (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2): damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 468, 602 f.). Das Sekretariat kann bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 26 N. 13, nachfolgend: BSK-KG; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 145; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 973 ff.; JOACHIM FRICK, in: Handkommentar Kartellgesetz, 2007, Art. 26 N. 9).

3.2 Mit Bezug auf den Abschluss der Vorabklärung sind drei Ergebnisse möglich: Entweder wird das Verfahren eingestellt, weil keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (1) beziehungsweise weil die Anhaltspunkte nachträglich wegfallen, indem das Sekretariat mit den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Lösung findet (2), oder es kommt zur Eröffnung einer Untersuchung, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sind (3) (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, a.a.O.,

Art. 26 N. 114 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 12.28). Für die Vorabklärung ist kein Verfahrensabschluss mit Verfügung vorgesehen, sondern lediglich ein Schlussbericht, welcher keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG ist (Urteil B-1612/2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, a.a.O., Art. 26 N. 4, 44 ff., 70 und 125 m.H.). Daher sind weder der Schlussbericht noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinn von Art. 27 KG zu eröffnen, anfechtbar (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2).

3.3 Gemäss der Praxis der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG keine Anwendung (RPW 2004/2 E. 1.2.3; gleicher Meinung: PAUL RICHLI, Kartellrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, 2000, S. 424; BILGER, a.a.O., S. 144; ZÄCH, a.a.O., Rz. 975; JÜRIG BORER, Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl. 2011, Art. 26 N. 10 f.). Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt, das sich für eine vollumfängliche Anwendung des VwVG erst im Untersuchungsverfahren ausspricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen für die Verfahrensschritte auf dem Weg zur Untersuchung nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 m.H.).

3.4 Aufgrund der Natur der Vorabklärung als informelles Verfahrensrecht (ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, a.a.O., Art. 26 N. 130) haben die Verfahrensadressaten und Beteiligten in der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Ihnen ist der Schlussbericht daher grundsätzlich nicht zugänglich. Ausnahmsweise erfolgt eine Zustellung, wenn das Sekretariat den Schlussbericht in der RPW (dem Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden [NYDEGGER/NADIG, BSK-KG, a.a.O., Art. 48 N. 5]) publizieren will, wobei zuvor die Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen sind (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, a.a.O., Art. 26 N. 130 m.H.). In der Praxis erfolgt eine Publikation des Schlussberichts laut KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER offenbar, wenn das Sekretariat zum Schluss kommt, für die Eröffnung einer Untersuchung lägen keine Anhaltspunkte vor, und die Voruntersuchung eingestellt wird. Indessen werde oft auf eine Publikation des Schlussberichts verzichtet, wenn dieser keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthalte oder wenn eine Untersuchung zu eröffnen sei (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 12.29 f.; zum Ganzen: Urteil B-1612/2010 E. 4).

3.5 Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung stellen nach dem Gesagten aufgrund ihres frühen Verfahrensstadiums grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG dar (E. 3.3). Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 12.47). Gegen diese Verwaltungstätigkeiten steht kein Rechtsmittel offen (vgl. zum Ganzen: BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteil B-1612/2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, a.a.O., Art. 26 N. 125, 130, 132 und 135 f.; BILGER, a.a.O., S. 155, je m.H.).

Davon zu unterscheiden ist die Publikation des Schlussberichts in der RPW, welche wie erwähnt tatsächliches Verwaltungshandeln ist ([...]). Als Realakt stellt die Publikation als solche zwar gleichermassen keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Es besteht jedoch – im Unterschied zu den vorerwähnten früheren Verfahrensschritten – Anspruch auf Rechtsschutz im Sinn von Art. 25a VwVG, falls – wie vorliegend – die Veröffentlichung im Streit liegt ([...]).

In casu ist darum folgerichtig nicht die Publikation als solche, sondern die Verfügung vom 20. Juni 2016 angefochten, mit welcher über die Veröffentlichung des Schlussberichts in der RPW entschieden wurde ([...]). Verfügungen haben zwar bloss zwischen den Parteien direkte Wirkung. Insofern würde daher eine Eröffnung nur an die Parteien genügen. Das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht sieht deshalb Veröffentlichungen von Verfügungen einzig dann vor, wenn eine Eröffnung an die Parteien nicht möglich oder deren ausdrückliche Bezeichnung besonders schwierig ist (vgl. Art. 36 VwVG; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.4). Eine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Nichtveröffentlichung ist aber auch dann möglich, wenn ein entsprechendes Spezialgesetz im formellen Sinn, wie beispielsweise das KG, dies aus einem besonderen Grund vorsieht (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.4).

Der vorliegend strittige Schlussbericht ist nicht nur Gegenstand, sondern auch Anhang der angefochtenen Verfügung und damit deren Bestandteil. Er kann somit dann veröffentlicht werden, wenn eine gesetzliche Spezialnorm besteht, welche seiner Publikation zugrunde gelegt werden kann.

3.6 Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung in Bezug auf die Anordnung, dass der Schlussbericht zu veröffentlichen sei, auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage stützen kann.

4.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Diese Verfassungsnorm statuiert somit den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akte auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen, letzterer, dass sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtssetzende die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-4685/2013 vom 25. Februar 2014 E. 10.1; vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, Art. 5 N. 8; BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 18 ff.). So hat das für den Rechtsstaat zentrale Legalitätsprinzip zum Zweck, die gesamte staatliche Tätigkeit an Normen zu binden, die für alle gelten. Diese Bindung an Rechtssätze, die vor ihrem Inkrafttreten zu publizieren sind, dient der Rechtssicherheit. Staatliches Handeln wird dadurch voraussehbar und der Einzelne kann sich danach richten (zum Ganzen: HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 171).

4.2 Die Wettbewerbsbehörden können im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 20; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 368; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 1 und 24). Eine gesetzliche Grundlage ist unbestrittenermassen insbesondere für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung erforderlich.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass für die Publikation des Schlussberichts keine Rechtsgrundlage in Art. 48 KG bestehe ([...]). Dies wird von der WEKO bestritten. Sie beruft sich auf Art. 48 KG ([...]).

5.2 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an

Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 137 V 434 E. 3.2 m.H.).

5.3 Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, das heisst unter anderem die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. etwa ODERMATT/HOLZMÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 48 N. 5; TERCIER/MARTENET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 48 N. 13), ihre Entscheide veröffentlichen. Sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 N. 22 f.; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.2).

5.4 Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG – wie auch der französische Wortlaut nahelegt – unter anderem Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG, so etwa Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, wo es um eine solche Sanktionsverfügung ging). Das Bundesgericht lässt offen, welche anderen Verwaltungsakte der Wettbewerbsbehörden ebenfalls als Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten sind. Insbesondere kann dem Urteil des Bundesgerichts 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 (teilweise veröffentlicht in BGE 142 II 268) – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht unmittelbar entnommen werden, ob Schlussberichte, die einen bloss formlosen Verwaltungsakt darstellen (vgl. E. 3.2 f.), ebenfalls unter den Entscheidbegriff fallen oder nicht.

5.4.1 Ein Schlussbericht des Sekretariats ist wie erwähnt keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG (E. 3.2). Ferner geht, soweit ersichtlich, weder aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch aus der Lehre unmittelbar hervor, dass es sich bei Schlussberichten des Sekretariats um Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Nachfolgend ist deshalb vertieft zu prüfen, ob Schlussberichte in Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen als Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG qualifiziert werden können oder nicht.

5.4.2 Der französische Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG, auf welchen sich das Bundesgericht in BGE 142 II 268 E. 4.2.2 beruft, spricht von « décisions » und der italienische von « decisioni ». Es ist im Folgenden zu prüfen, was unter diesem Begriff « Entscheide » genau zu verstehen ist.

Art. 30 KG handelt vom « Entscheid » beziehungsweise, gemäss dem französischen / italienischen Gesetzeswortlaut, von der « décision » / « decisione ». Art. 30 KG ist Teil des 2. Abschn. des 4. Kap. des KG (« verwaltungsrechtliches Verfahren »), der von der « Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen » handelt (Art. 26–31 KG). Mit einem Schlussbericht wird eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG abgeschlossen (E. 3.2). Diese ist Teil des Untersuchungsverfahrens, von welchem dieser Gesetzesabschnitt handelt. Es fragt sich folglich, ob Schlussberichte Entscheide im Sinn von Art. 30 KG sind.

Nach Art. 30 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Abs. 1). Dabei können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die WEKO kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Abs. 2). Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, kann die WEKO auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern (Abs. 3).

Ein Schlussbericht beinhaltet indessen weder einen Massnahmenentscheid der WEKO noch die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung, womit Schlussberichte keine Entscheide im Sinn von Art. 30 KG sein können. Ein weiteres Indiz hierfür ist, dass das Entscheidungsrecht allein der WEKO zusteht, wenn man dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG folgt. Das Sekretariat, welches die Schlussberichte verfasst, verfügt lediglich über ein Antragsrecht.

Mit Bezug auf Art. 48 Abs. 1 KG weisen ODERMATT/HOLZMÜLLER darauf hin, dass aus der Praxis der damaligen Kartellkommission unter dem alten KG (AS 1986 874 [KG-85]), auch Schlussberichte von Vorabklärungen zu publizieren und dem Stillschweigen des Gesetzgebers dazu in der Botschaft zum KG-95 abgeleitet werden könne, dass auch Schlussberichte von Vorabklärungen unter die « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG fallen würden. Hätte der Gesetzgeber von diesem System der umfassenden Publikation der Ergebnisse der Behörden abweichen wollen, hätte er dies – so ODERMATT/HOLZMÜLLER weiter – wohl explizit festgehalten

(ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 6). Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich dieser Lehrmeinung an (vgl. Urteil B-1612/2010 E. 6.3.1 und 7, worin es jedoch um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ging, wobei sich das BVGer – entgegen der Ansicht von ODERMATT/HOLZMÜLLER in Fn. 23 – nicht explizit zur Rechtmässigkeit der Publikation eines Schlussberichts geäussert hat). Entsprechend ist für den weiteren Verlauf der Prüfung festzuhalten, dass Art. 48 Abs. 1 KG von einem weiten Entscheidbegriff ausgeht.

5.4.3 Nach dem Gesagten ist die Publikation des Schlussberichts in Art. 48 Abs. 1 KG nicht explizit gesetzlich geregelt. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung ist, wie soeben gesehen und festgehalten, dennoch von einem weiten Entscheidbegriff auszugehen.

5.5 Als Nächstes ist daher in historischer Auslegung zu prüfen, ob aus den Materialien des KG hervorgeht, dass Schlussberichte des Sekretariats publiziert werden können.

5.5.1 Laut der Botschaft des Bundesrats zum Gesetzesentwurf von Art. 48 KG (KG E) sind die Wettbewerbsbehörden ermächtigt, aber nicht verpflichtet, ihre Entscheide zu veröffentlichen (BBl 1995 468, 618). Was hierbei als Entscheid zu gelten hat, wird in der Botschaft nicht erläutert.

5.5.2 Der Vorabklärung kommt laut der Botschaft (BBl 1995 468, 602 f.) bloss ein informeller Charakter zu. Das Sekretariat hat allerdings einen Entscheid zur Eröffnung einer Untersuchung zu treffen (BBl 1995 468, 603). Diese Eröffnung wird gemäss Art. 28 KG E publiziert (BBl 1995 468, 603): Das Sekretariat gibt die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt (Art. 28 Abs. 1 KG E). Weitere Entscheide des Sekretariats sind in der Botschaft des Bundesrats und dem KG-Entwurf nicht vorgesehen.

5.5.3 Laut der Botschaft (BBl 1995 468, 601 f.) liegt die Entscheidungsfindung bei der WEKO. Diese hat formelle Entscheidungen gemäss Art. 30 KG E zu treffen (BBl 1995 468, 602). Die Entscheidungsfindung ist entsprechend von formellem Charakter. Dabei entscheidet die WEKO mittels Verfügung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und über die zu treffenden Massnahmen (BBl 1995 468, 604). In gleicher Weise entscheidet die WEKO auch über die Genehmigung einer vom Sekretariat mit den Beteiligten erzielten einvernehmlichen Regelung (BBl 1995 468, 604 f.), und zwar ebenfalls mittels Verfügung (BBl 1995 468, 604).

Das Sekretariat kann lediglich einen Antrag an die WEKO zum Entscheid stellen (BBl 1995 468, 604; vgl. auch 605). In diesem Sinn wird dem Sekretariat überdies in Art. 30 Abs. 3 KG E die Möglichkeit eingeräumt, bei der WEKO den Widerruf oder die Änderung einer früheren Entscheidung zu beantragen. Bei den früheren Entscheidungen (Art. 30 Abs. 3 KG E) handelt es sich um rechtskräftige Verfügungen der WEKO (vgl. BBl 1995 468, 605).

5.5.4 Als weitere Möglichkeit eines Entscheids sieht die Botschaft (BBl 1995 468, 606) einen Entscheid des Bundesrats auf ausnahmsweise Zulassung oder auf Nichtzulassung der Wettbewerbsbeschränkung vor. Das diesbezügliche Verfahren wird in Art. 31 KG E geregelt (BBl 1995 468, 605).

5.5.5 Hingegen äussert sich die Botschaft zum KG-95 nicht zur Praxis der (damaligen) Kartellkommission, unter dem KG-85 auch Schlussberichte von Vorabklärungen zu publizieren. Dies spricht dafür, dass Art. 48 Abs. 1 KG von einem weiten Entscheidbegriff ausgeht, worauf bereits hingewiesen wurde (E. 5.4.2). Eine weite Auslegung ergibt sich auch aus dem Gesamtsystem von Art. 48 in Verbindung mit Art. 49 KG, wonach die WEKO über ihre Tätigkeit breit informieren soll (BBl 1995 468, 618 f.). So gesehen ist auch Art. 48 KG nach dem gesetzgeberischen Konzept im Zweifel extensiv auszulegen (vgl. TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 N. 10). Art. 48 KG ist insoweit eine besondere Form der Orientierung der Öffentlichkeit (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 3 i.V.m. Art. 49 N. 10).

5.6 Somit fehlt es vorliegend rein nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG zwar an einer unmittelbaren gesetzlichen Grundlage für die Publikation von Schlussberichten des Sekretariats. Bereits unter Berücksichtigung der historischen Auslegung hat sich indes gezeigt, dass von einem weiten Entscheidbegriff in Art. 48 Abs. 1 KG auszugehen ist.

5.7 Nachfolgend bleibt zu prüfen, inwiefern mittels teleologischer Auslegung von Art. 48 KG, welche auf Zweck und Ziel der Rechtsnorm abstellt (vgl. ANDREAS KLEY, Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts, Anwaltsrevue 3/2001 S. 17), eine gesetzliche Grundlage für diese Publikation bejaht werden kann.

5.7.1 Art. 48 KG, welcher die Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen regelt, sieht keine Veröffentlichungspflicht, sondern nur die Möglichkeit zur Veröffentlichung vor: Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Abs. 1) und das Sekretariat kann die ihm

zugestellten Gerichtsurteile periodisch veröffentlichen (Abs. 2). Art. 48 KG normiert insofern eine Abweichung vom Grundsatz der Nichtveröffentlichung (vgl. Art. 36 VwVG; BGE 142 II 268 E. 4.2.4). Es handelt sich bei den Regelungen des Art. 48 KG um Kann-Vorschriften. Das bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden und/oder das Sekretariat unter Umständen auch auf entsprechende Veröffentlichungen verzichten können (vgl. E. 5.3).

5.7.2 Es stellt sich zunächst die Frage, ob es sich beim Sekretariat auch allein für sich betrachtet um eine Wettbewerbsbehörde im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Diese Frage wird sowohl vom Bundesgericht als auch von der Lehre bejaht (vgl. E. 5.3 m.H., wobei aus BGE 142 II 268 E. 4.2.2 nicht klar hervorgeht, ob das Sekretariat auch für sich allein als Wettbewerbsbehörde gilt). Nach ODERMATT/HOLZMÜLLER können zu den Wettbewerbsbehörden im Sinn des KG alle Behörden gezählt werden, die das KG anwenden, wozu neben der WEKO namentlich auch das Sekretariat gezählt werden kann (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 5, welche diesbezüglich auf die im KG-95 neu gewählte Formulierung der « Wettbewerbsbehörden », statt bis anhin « Kartellkommission » hinweisen. Dies sei möglicherweise darauf zurückzuführen, dass damit die Praxis ins Gesetz genommen werden sollte, wonach auch die Ergebnisse der Vorabklärungen des Sekretariats publiziert werden, zumal in den Jahresberichten der Kartellkommission jeweils ausführlich über die vom Sekretariat durchgeführten Vorabklärungen berichtet worden sei [siehe auch Fn. 14]; vgl. auch TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 N. 11 und 19 sowie NYDEGGER/NADIG, BSK-KG, a.a.O., Art. 48 N. 6, die sich allesamt für eine weite Begriffsauslegung aussprechen).

Ob eine Untersuchung eröffnet wird oder nicht, entscheidet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG, 1. Satz). Wird dagegen auf die Eröffnung verzichtet, setzt dies nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts implizit ein entsprechendes Einvernehmen zwischen dem Sekretariat und der WEKO voraus, zumal Letztere das Sekretariat in jedem Fall mit der Untersuchungseröffnung beauftragen kann (Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 KG a maiore minus).

Damit handelt es sich hierbei faktisch um einen zumindest einvernehmlichen Entscheid des Sekretariats und des WEKO-Präsidiums. Kommt hinzu, dass im Rahmen der angefochtenen Verfügung ohnehin das Sekretariat zusammen mit dem WEKO-Präsidium über die Veröffentlichung des

Schlussberichts entschieden hat. Dieser bildet als Anhang einen integrierenden Bestandteil der angefochtenen Verfügung. Die WEKO ist unbestrittenermassen eine Wettbewerbsbehörde im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG. Somit liegt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts sowohl mit dem Schlussbericht als auch mit der angefochtenen Verfügung ein Entscheid der Wettbewerbsbehörden im Sinn der vorerwähnten Gesetzesnorm vor. Insofern ist vorliegend gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG eine Veröffentlichung des im Streit liegenden Schlussberichts grundsätzlich möglich.

5.7.3 Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob der Schlussbericht des Sekretariats unter die « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG fällt.

Die Veröffentlichung von « Entscheiden der Wettbewerbsbehörden » dient zunächst der Prävention und Rechtssicherheit (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1 in fine, m.H.). Das bedeutet, dass nicht nur die Interessen der betroffenen Unternehmen am Unterlassen der Publikation des Schlussberichts, sondern auch diejenigen der anderen Unternehmen an der Möglichkeit, sich in Bezug auf die Praxis der WEKO und des Sekretariats zu orientieren, zu berücksichtigen sind. Die Veröffentlichung verfolgt laut Bundesgericht im Wesentlichen drei Zwecke (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1–4.2.5.3 m.H.; vgl. zu den Zwecken auch ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 14 ff.; TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 N. 7 ff.):

Sie dient *erstens* der Prävention und der Rechtssicherheit: Es geht hier darum, die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden der Öffentlichkeit und namentlich den Unternehmern zur Kenntnis zu bringen (u.a. quasi als Warnung), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Das ist – so das Bundesgericht weiter – zum einen insbesondere wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und zum anderen auch angesichts der – aufgrund der zu beantwortenden komplexen Fragen – langen Verfahrensdauer besonders angezeigt.

Zweitens dient sie auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung: Insofern trägt das KG – zusammen mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) und dem DSG (SR 235.1) – dazu bei, den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen mit dem Ziel, die demokratische Legitimation der öffentlichen Institutionen und das Vertrauen der Bürger in diese zu stärken sowie die Kontrolle der Verwaltung zu verbessern. Es geht mithin auch darum, das Publikum über das Ergebnis einer (Vor-)Untersuchung zu informieren und insbesondere auch jene Fälle

öffentlich bekannt zu machen, in denen entschieden wurde, dass nicht genügend Anhaltspunkte zur Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung vorliegen.

Drittens sollen mit der Veröffentlichung die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen sowie Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden. Mit anderen Worten geht es darum, dass die Wettbewerbsbehörden ihre Praxis nicht nur für sich und die Unternehmer publizieren, sondern auch für die verschiedenen kantonalen oder Bundesbehörden für die zivilrechtlichen Verfahren (vgl. Art. 12 KG) oder für Verwaltungsverfahren (z.B. Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]).

Sinn und Zweck der Veröffentlichung decken sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4 m.H.).

5.7.4 Es kann demgemäss festgehalten werden, dass der Schlussbericht des Sekretariats in teleologischer Auslegung insofern als ein Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten ist, als er den soeben in E. 5.7.3 genannten Zwecken und namentlich der Rechtssicherheit sowie der Praxisfestlegung dient.

5.8 Nach dem Gesagten stellt Art. 48 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall – im Lichte einer historischen Auslegung (E. 5.5) unter Berücksichtigung einer systematischen Gesamtbetrachtung von Art. 48 und 49 KG sowie in teleologischer Auslegung (E. 5.7) – eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung dar.