



Abteilung II  
B-149/2017

## Urteil vom 24. Oktober 2017

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter David Aschmann,  
Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Pascal Waldvogel.

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Martin Moser und Ulrich Keusen,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Vorinstanz.

Gegenstand

Publikation der Sanktionsverfügung vom (...).

**Sachverhalt:****A.**

Am (...) eröffnete das Sekretariat der Vorinstanz eine Untersuchung betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Mit Verfügung vom (...) sanktionierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin wegen unzulässigen Preis- und Mengenabsprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG (nachfolgend: Sanktionsverfügung).

Die Beschwerdeführerin hat die Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Das Verfahren ist hängig.

**B.**

**B.a** Mit Schreiben vom 10. Mai 2016 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass sie beabsichtige, die Sanktionsverfügung zu publizieren. Sie sandte ihr eine bereinigte Version zu und setzte ihr Frist für allfällige Schwärzungsanträge an. Sie stellte in Aussicht, dass sie den Verfügungstext nach Ablauf der Frist auf ihrer Homepage veröffentlichen werde unter Abdeckung der strittigen Textpassagen. Gleichzeitig werde sie eine Verfügung erlassen zu den strittigen Punkten. Erst wenn die strittigen Punkte rechtskräftig geklärt seien, werde sie den bereinigten Text in der Reihe Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publizieren.

**B.b** Mit Eingabe vom 9. Juni 2016 antwortete die Beschwerdeführerin und beantragte den Verzicht auf die Publikation und eine Erklärung der WEKO, dass die Randziffern 2072 und 2073 der Sanktionsverfügung unzutreffend seien. Sie führte aus, die Sanktionsverfügung enthalte zahlreiche unrichtige Aussagen, unter anderem die genannten Randziffern sowie Aussagen, welche ihre Persönlichkeit und Ehre verletzen würden. Zudem sei die Verfügung in vielerlei Hinsicht fehlerhaft. Die Publikation der Verfügung würde den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. Die Verfügung weise einen pönalen Charakter auf und sei nicht rechtskräftig. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Publikation zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und zumutbar sei. Die Publikationsversion enthalte Geschäftsgeheimnisse.

**B.c** Mit Schreiben vom 4. Juli 2016 wandte sich die Vorinstanz erneut an die Beschwerdeführerin und setzte Frist für allfällige Schwärzungsanträge an.

**B.d** Mit Eingabe vom 22. August 2016 bestätigte die Beschwerdeführerin ihre Anträge und beantragte für den Fall, dass diesen nicht entsprochen werde, den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Sie wiederholte, dass die Verfügung noch Geschäftsgeheimnisse enthalte. Diese müssten vor der Publikation noch abgedeckt werden.

**C.**

**C.a** Am 24. November 2016 publizierte die Vorinstanz die Sanktionsverfügung auf ihrer Webseite.

**C.b** Mit Eingabe vom 25. November 2016 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Publikation auf der Webseite Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-7295/2016), worauf das Gericht die Vorinstanz in einer Zwischenverfügung superprovisorisch anwies, die entsprechende Publikation unverzüglich rückgängig zu machen bzw. die Sanktionsverfügung von ihrer Webseite zu entfernen und eine weitere Publikation einstweilen zu unterlassen. Die Vorinstanz entfernte die Verfügung von der Webseite.

**C.c** Mit Beschluss vom 13. Januar 2017 wurde die Beschwerde als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

**D.**

Am 21. November 2016 – eröffnet am 25. November 2016 – erliess die Vorinstanz eine Verfügung (nachfolgend: Publikationsverfügung). Sie ist unterzeichnet vom Direktor des Sekretariats der Vorinstanz und von deren Präsidenten. Die Anordnung im Dispositiv hat folgenden Wortlaut:

„1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom (...) betreffend die Untersuchung (...) wird nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung gegen die Y. \_\_\_\_\_ AG vom 21. November 2016 in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs in der Version 1 veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.

2. Bis zum Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Publikationsverfügung wird die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom (...) betreffend die (...) unter Berücksichtigung der Schwärzungsanträge der Y. \_\_\_\_\_ AG in der Version 2, die sich im Anhang zur vorliegenden Verfügung befindet, auf der Internetseite der Wettbewerbskommission und seines Sekretariats veröffentlicht.

3. Einer allfälligen Beschwerde wird in Bezug auf die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'935.- werden der X. \_\_\_\_\_ AG auferlegt.

5. (Mitteilung).“

Die Vorinstanz führte aus, auf das Begehren der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass die Randziffern 2072 und 2073 der Sanktionsverfügung unzutreffend seien, werde nicht eingetreten. Weiter habe das Bundesgericht entschieden, dass die Veröffentlichung einer Sanktionsverfügung nicht der Unschuldsvermutung widerspreche. Die Publikation von Verfügungen der WEKO liege grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Eine Einzelfallprüfung des öffentlichen Interesses erübrige sich. Der Vollständigkeit halber sei dennoch darauf hingewiesen, dass vorliegend ein grosses öffentliches Interesse an der Publikation bestehe. Die WEKO habe mit der Sanktionsverfügung vom (...) eine Grundsatzfrage zu den Bruttopreisen entschieden. Man wolle die Allgemeinheit informieren, damit sich die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer wettbewerbskonform verhalten könnten und die kantonalen Gerichte und Behörden sowie die Bundesbehörden die Praxis nachvollziehen könnten. Die Publikation sei geeignet, erforderlich und aufgrund des öffentlichen Interesses zumutbar und damit verhältnismässig. Das öffentliche Interesse überwiege das individuelle Interesse der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin habe trotz mehrfacher Aufforderung keine Anträge zur Schwärzung allfälliger Geschäftsgeheimnissen gestellt, sondern nur geschrieben, dass die Sanktionsverfügung solche enthalte. Dieses Verhalten ziele auf die Verzögerung des Verfahrens und verdiene keinen Rechtsschutz. Insgesamt sei die Publikation der Sanktionsverfügung zulässig und liege im öffentlichen Interesse.

#### **E.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 9. Januar 2017 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2016 sei aufzuheben. Eventualiter seien die Ziffern 2 bis 4 der Verfügung aufzuheben. In prozessualer Hinsicht sei die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde wiederherzustellen; der Vorinstanz sei vorsorglich zu verbieten, jegliche Veröffentlichungen, namentlich elektronische Veröffentlichungen, der nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung vorzunehmen. Schliesslich sei festzustellen, dass die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde mit der angefochtenen Verfügung willkürlich entzogen worden sei.

Die Beschwerdeführerin führte im Wesentlichen aus, die Publikation der Verfügung während des laufenden Beschwerdeverfahrens verletze neben

ihrem Persönlichkeitsrecht auch den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie die Wirtschaftsfreiheit und das Rechtsgleichheitsgebot. Die Vorinstanz unterlasse eine Interessenabwägung und prüfe im Rahmen der Verhältnismässigkeit nicht, ob ein milderes Mittel die Zwecke auch erfüllt hätte. Im konkreten Fall sei kein genügendes öffentliches Interesse ersichtlich. Die Publikation sei nicht nur unangemessen, sondern rechtswidrig. Es gebe keinen vertretbaren Grund, die Rechtskraft der Publikationsverfügung nicht abzuwarten. Gemäss Art. 34 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] könne die FINMA ihre Verfügungen nach Eintritt der Rechtskraft publizieren. Im Rahmen des rechtsgleichen Handels müsse diese Norm zur Auslegung herangezogen und die gleiche Praxis angewendet werden. Ausserdem habe die Vorinstanz das Vertrauensprinzip verletzt, indem sie in Aussicht gestellt habe, die Verfügung erst nach Rechtskraft zu veröffentlichen. Das rechtliche Gehör in Form der Begründungspflicht habe die Vorinstanz verletzt, weil sie die Sanktionsverfügung vor Eintritt der Rechtskraft publiziert habe. Bei einer Prüfung der Verhältnismässigkeit komme man zum Resultat, dass eine Veröffentlichung einer noch nicht rechtskräftigen Verfügung weder geeignet noch erforderlich noch zumutbar sei. Eine verhältnismässige Information der Wirtschaftsteilnehmer wie auch der Spezialisten sei auch ohne Publikation der nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung möglich. Die Vorinstanz schlage die Unschuldsvermutung in den Wind, indem sie objektiv und nachweislich falsche, geschäftsschädigende und ehrenrührige Passagen der Sanktionsverfügung, welche nicht rechtskräftig sei, veröffentliche. Schliesslich sei die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen worden.

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2017 untersagte der damals zuständige Instruktionsrichter der Vorinstanz auch im vorliegenden Verfahren superprovisorisch die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung.

#### **G.**

Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2017 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, soweit darauf einzutreten sei.

Die Vorinstanz führte aus, die Beschwerdeführerin habe zwei Mal Gelegenheit erhalten, ihre Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu bezeichnen. Ohne dies zu begründen, habe sie darauf verzichtet. Auch auf Beschwerdeebene bezeichne sie keine Geschäftsgeheimnisse. Zudem stelle sie den Sachverhalt falsch dar, soweit sie vorbringe, die Vorinstanz

habe in Aussicht gestellt, die Sanktionsverfügung erst nach Eintritt der Rechtskraft zu publizieren. Dies gehe aus den Schriftenwechseln hervor. Das Vertrauensprinzip sei nicht verletzt. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung sei – unter Verweis auf BGE 142 II 268 – auch nicht ersichtlich. Das öffentliche Interesse an der Publikation sei geprüft worden. Die Beschwerdeführerin mache kein überwiegendes privates Interesse geltend, Art. 34 Abs. 1 FINMAG sei nicht anwendbar und die Sanktionsverfügung bilde nicht Gegenstand der Publikationsverfügung.

#### **H.**

Mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2017 stellte der damals zuständige Instruktionsrichter die aufschiebende Wirkung wieder her.

#### **I.**

Mit Replik vom 17. März 2017 brachte die Beschwerdeführerin vor, es sei schwer verständlich, dass die Vorinstanz die angefochtene Sanktionsverfügung bereits vor deren Rechtskraft und bereits vor Eröffnung der Publikationsverfügung auf der Homepage veröffentliche. Dies sei mit der Rechtsprechung, welche die Vorinstanz selbst zitiere, nicht vereinbar. Über die Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen könne erst diskutiert werden, wenn über den Grundsatz der Publikation entschieden worden sei. Die Vorinstanz habe trotz Untersuchungsmaxime und dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen keine umfassende Interessenabwägung vorgenommen. Ihre Interessen, welche nicht berücksichtigt worden seien, seien der Persönlichkeitsschutz, die Wirtschaftsfreiheit, der Schutz der Privatsphäre sowie die Unschuldsvermutung. Eine konkrete Abwägung hätte ergeben, dass eine Publikation nicht rechtmässig sei. Aus dem Nikon-Entscheid lasse sich nicht ableiten, dass keine zusätzliche Verhältnismässigkeitsprüfung zu machen sei. Weiter müsse bei einer Anwendung von Art. 48 Abs. 1 KG der klare Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 FINMAG berücksichtigt werden.

#### **J.**

Mit Duplik vom 1. Mai 2017 führte die Vorinstanz aus, bezüglich des Antrags auf Feststellung, dass die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen worden sei, bestehe kein Feststellungsinteresse, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Gemäss dem Bundesgericht müsse eine Sanktionsverfügung nicht rechtskräftig sein, damit sie publiziert werden könne. Ein Reputationsschaden werde vom Gesetzgeber in Kauf genommen. Nach wie vor habe die Beschwerdeführerin nicht angegeben, worin die Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung bestehen sollen. Dass gemeinsam

über die Publikation als solche und etwaige Geschäftsgeheimnisse entschieden werde, entspreche der Verfahrensökonomie. Das Verhalten der Beschwerdeführerin zielt nur auf eine Verzögerung des Verfahrens hin. Die Richtigkeit der Sanktionsverfügung liege ausserhalb des Streitgegenstands. Inwiefern der Schutz der Privatsphäre und die Wirtschaftsfreiheit verletzt sein sollten, substantiiere die Beschwerdeführerin nicht. Zudem würden diese Vorbringen auf eine inhaltliche Prüfung der Sanktionsverfügung abzielen. In der Publikationsverfügung sei eine Verhältnismässigkeitsprüfung durchgeführt worden. Schliesslich könne Rechtssicherheit nur durch die Publikation der genauen Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung erreicht werden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG), hat den Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist insoweit einzutreten.

**1.2** Soweit die Beschwerdeführerin die Feststellung beantragt, dass die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen habe, stellt sie ein unzulässiges Begehren. Wird die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen, so haftet für den daraus entstandenen Schaden die Körperschaft, in deren Namen die Behörde verfügt hat (Art. 55 Abs. 4 VwVG). Diese Rechtsnorm statuiert einen besonderen Staatshaftungstatbestand für einen Schaden (vgl. HANSJÖRG SEILER in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz 162 zu Art. 55). Mit anderen Worten besteht die Möglichkeit eines Leistungsbegehrens. Ein Feststellungsbegehren ist aufgrund der Subsidiarität solcher Begehren unzulässig. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

#### **2.**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

**3.**

Die Beschwerdeführerin erwähnt verschiedene Rechtsgehalte (Devolutiv-effekt, Vertrauensgrundsatz, Rechtsgleichheit, Persönlichkeitsrecht und Wirtschaftsfreiheit), ohne auch nur ansatzweise eine Rechtsverletzung darzulegen. So beruft sie sich auf den Devolutiveffekt der Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung, die nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, weshalb der Devolutiveffekt nicht zur Diskussion gestellt werden kann. Sodann bezieht sie sich unter Berufung auf den Vertrauensgrundsatz auf das tatsächliche Verwaltungshandeln der Vorinstanz. Dieses war Gegenstand im Beschwerdeverfahren B-7295/2016, das durch den Erlass der Publikationsverfügung gegenstandslos geworden ist, weshalb das Vorbringen hier nicht zu hören ist. Soweit sie das Rechtsgleichheitsgebot über Art. 34 Abs. 1 FINMAG ins Spiel bringen will, verkennt sie den Anwendungsbereich der Rechtsnorm, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Schliesslich bringt sie einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und die Wirtschaftsfreiheit im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vor. Dass und inwiefern diese Rechtspositionen verletzt sein könnten, legt sie mit keinem Wort dar und ist auch nicht ersichtlich.

**4.****4.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Gehörsverletzung.**

Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört unter anderem das Recht der Betroffenen, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E. 2.2).

Die Rüge wird nicht näher begründet. Die Beschwerdeführerin bezieht sich offenbar auf das tatsächliche Verwaltungshandeln, wenn sie ausführt, dass die Verfügung einfach aufgeschaltet worden sei. Insoweit fehlt es am Bezug zum Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (E. 3). Dass und inwieweit der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren betreffend Erlass einer Publikationsverfügung verletzt sein soll, substantiiert sie mit keinem Wort und ist auch nicht ersichtlich.

#### **4.2** Die Beschwerdeführerin rügt die Unschuldsvermutung als verletzt.

Gemäss Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Den gleichen Gehalt hat die Unschuldsvermutung nach der EMRK (Art. 6 Ziff. 2 EMRK). Danach gilt jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig. Diese Rechtsnorm hat aber einen anderen Anwendungsbereich. Eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liegt vor, wenn entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (so genannte Engel-Kriterien, zurückgehend auf das Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22).

Das Bundesgericht führte im Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2014 E. 8 (nicht publizierte Erwägung des Nikon-Urteils) aus, die Publikation der Sanktionsverfügung vor Rechtskraft verletze die Unschuldsvermutung nicht. Art. 6 Abs. 2 EMRK verbiete den staatlichen Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. Dies gelte umso mehr, als es sich hier lediglich um einen strafrechtsähnlichen Fall handle. Das Interesse der Beschwerdeführerin, dass nicht über deren Handeln informiert werde, verdiene weniger Schutz als die gewichtigen Interessen der Öffentlichkeit (vgl. dazu unten E. 5.4).

Die Beschwerdeführerin substantiiert nicht, inwieweit die Unschuldsvermutung im vorliegenden Fall verletzt sein soll. Solches lässt sich im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch nicht annehmen.

### **5.**

**5.1** Gemäss Art. 48 KG (Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen) können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen (Abs. 1). Die Gerichte stellen dem Sekretariat die Urteile, die in Anwendung dieses Gesetzes gefällt werden, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen (Abs. 2).

**5.2** Das Bundesgericht hat Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden in BGE 142 II 268 näher bestimmt. Die Entscheide, die im Sinne der genannten Bestimmung veröffentlicht werden können, sind unter anderem, wie hier, Sanktionsverfügungen nach

Art. 49a Abs. 1 KG. Sofern ein genügendes Interesse an der Veröffentlichung besteht, sind die Entscheide zu veröffentlichen (BGE 142 II 268 E. 4.2.2).

**5.3** Die Veröffentlichung von Entscheiden wird dem Ermessen der Wettbewerbsbehörden anheimgestellt. Die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit ist definiert als die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum oder als Zweckmässigkeit bzw. Opportunität. Die Frage der Angemessenheit stellt sich nur dort, wo das Recht – selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz – als Regulativ nicht mehr hinkommt. Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört eine unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 E. 4.2.3).

**5.4** Die Bestimmung von Art. 48 Abs. 1 KG weicht vom allgemeinen Grundsatz der Nichtveröffentlichung ab, indem sie vorsieht, dass die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden nicht nur den Parteien eröffnet werden, sondern auch veröffentlicht werden können (BGE 142 II 268 E. 4.2.4).

Der Grund dafür, dass die Veröffentlichung der Verfügungen erfolgen kann (und bei genügendem Interesse erfolgen soll), liegt in den damit verfolgten Zwecken des Kartellgesetzes (BGE 142 II 268 E. 4.2.5):

- Prävention und Rechtssicherheit: Die Entscheide haben Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmen, die sich daran orientieren können sollen (E. 4.2.5.1).
- Transparenz der Verwaltungsaktivitäten: Die Öffentlichkeit soll sich über die Rechtsanwendung und Rechtsortentwicklung ein Bild machen können und die Möglichkeit erhalten, den bei der Untersuchungseröffnung erhobene Vorwurf mit dem begründeten Resultat abzugleichen (E. 4.2.5.2).
- Information über die Praxis der Wettbewerbsbehörden: Adressaten der Praxisinformation sind insbesondere die weiteren das Kartellrecht anwendenden Behörden (E. 4.2.5.3).

Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Verfügungen der Wettbewerbsbehörden decken sich im Wesentlichen mit Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide. Die Parallelität wird als notwendig erachtet, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können. Dabei wird in Kauf genommen, dass publizierte Verfügungen in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können (BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4).

**5.5** Der Gegenstand der Veröffentlichung betrifft nur ganze Entscheide, nicht einzelnen Passagen. Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben dem Einzelnen nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird, wozu der Schutz des Geschäftsgeheimnisses gehört (BGE 142 II 268 E. 4.2.6).

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Publikation sei nicht nur unangemessen, sondern rechtswidrig, weil kein öffentliches Interesse an der Publikation vor Eintritt der Rechtskraft bestehe.

**6.1.1** Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG ergibt ("kann"), wird den Wettbewerbsbehörden beim Entscheid über die Veröffentlichung als solche ein Ermessen eingeräumt. Das Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben; pflichtwidrig erfolgt die Ermessensausübung, wenn die Veröffentlichung von der gesetzlichen Ordnung des Kartellgesetzes nicht gedeckt ist oder sonst wie Recht verletzt. Rechtsverletzende Formen sind Unterschreitung, Überschreitung und Missbrauch des Ermessens. Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn die Behörde von vornherein verzichtet, das ihr zustehende Ermessen auszuüben. Eine Ermessenüberschreitung besteht, wenn sie Anordnungen trifft, die durch den Ermessensspielraum nicht gedeckt sind. Ein Ermessensmissbrauch ist anzunehmen, wenn sie sich von sachfremden Überlegungen bei der Ermessensausübung leiten lässt. Die rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens unterscheidet sich von der Unangemessenheit, die vorliegt, wenn die Anordnung zwar unzweckmässig ausfällt, aber nicht zweckwidrig ist (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 430 ff. m.w.H.).

**6.1.2** Wohl trifft zu, dass nicht jede Veröffentlichung einer Verfügung der Wettbewerbsbehörde mit dem Zweck der kartellrechtlichen Gesetzesbestimmung übereinstimmt. Insoweit sind Veröffentlichungen nicht generell durch die gesetzliche Ordnung gedeckt. Die Behörde hat ihren Entscheid im Einzelfall zu begründen. Im hier zu beurteilenden Fall hat die Vorinstanz ihr Ermessen aber angemessen ausgeübt und in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Zwecken begründet, weshalb ein genügendes Interesse an der Veröffentlichung besteht. So führt sie in der angefochtenen Verfügung aus, dass mit der Sanktionsverfügung eine Grundsatzfrage zu den Bruttopreisen entschieden worden sei und es zu diesem Thema keine höchstrichterliche Rechtsprechung gebe. Sie habe ihren Standpunkt im Verfahren ausführlich dargelegt und wolle die Allgemeinheit informieren, damit sich die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer wettbewerbskonform verhalten könnten. Auch die kantonalen Gerichte und Behörden sowie die Bundesbehörden sollen die Praxis schnellstmöglich nachvollziehen können. Daraus ergebe sich ein grosses öffentliches Interesse an der Veröffentlichung der Sanktionsverfügung. Diese Erwägungen sind durch die mit der Veröffentlichung verfolgten Zwecke gedeckt. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid im Rahmen der kartellgesetzlichen Ordnung mit der präventiven Orientierung, dem Öffentlichkeitsgrundsatz und der Informationsfunktion für Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden. Sie hat das ihr zustehende Ermessen angemessen ausgeübt.

**6.1.3** Aus dem Hinweis auf Art. 34 Abs. 1 FINMAG kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Rechtsnorm ist nicht anwendbar. Massgebend ist die gesetzliche Ordnung des Kartellgesetzes.

**6.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Publikationsverfügung sei unverhältnismässig.

**6.2.1** Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass das Handeln einer Behörde mit Blick auf den angestrebten Zweck geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Die Zumutbarkeit ist eine Zweck / Mittel-Relation. Sie besteht, wenn nach vergleichender Abwägung das öffentliche Interesse das entgegenstehende private Interesse überwiegt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 514 ff. m.w.H.).

**6.2.2** Das Bundesgericht hält in BGE 142 II 268 fest, dass die Verfügungen zu veröffentlichen sind, sofern ein genügendes Interesse besteht (E. 4.2.2).

Der Entscheid über die Veröffentlichung wird als Ermessen, die Handhabung dieses Ermessens als Frage der Angemessenheit qualifiziert; die Frage der Angemessenheit stellt sich nur dort, wo das Recht – selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz – als Regulativ nicht mehr hinkommt (E. 4.2.3). Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben dem Einzelnen dementsprechend nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird (E. 4.2.6). Die unverhältnismässige (aber nicht die bloss unangemessene) Ausübung des Ermessens gehört zur rechtsverletzenden Form des Ermessensmissbrauchs (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 N 18).

**6.2.3** Die Vorinstanz hat ihr Ermessen in Übereinstimmung mit der kartellgesetzlichen Ordnung insgesamt angemessen ausgeübt (oben E. 5.1). Die Verhältnismässigkeitsprüfung, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Veröffentlichung ist vorliegend geeignet, erforderlich und zumutbar. Sie ist zur Zweckerreichung geeignet, weil die Veröffentlichung im Sinne einer Warnpraxis das Wettbewerbsverhalten beeinflusst, das Verwaltungshandeln öffentlich macht sowie die Behörden über die Entscheidung informiert. Das vorliegende Beschwerdeverfahren hat nur die Publikationsverfügung zum Gegenstand, nicht den Inhalt der Sanktionsverfügung. Dass diese nicht rechtskräftig ist, ändert nichts daran, dass ihre Veröffentlichung geeignet ist, die Unternehmen und die weiteren Adressatenkreise zu informieren. Dabei nimmt das Gesetz in Kauf, dass die Sanktionsverfügung in einem späteren Verfahrensschritt geändert oder aufgehoben werden kann (BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4 a.E.). Die Veröffentlichung ist sodann erforderlich. Entgegen der Beschwerdeführerin sind die Veröffentlichungszwecke durch die Medienmitteilungen und den Presserohstoff nicht erreicht. Der Zweck, die Verwaltungsbehörden zu informieren, lässt sich über Medienberichte überhaupt nicht erreichen, denn das fachkundige Publikum ist darauf angewiesen, die Verfügung als Ganzes zur Kenntnis nehmen zu können. Die Beschwerdeführerin kann deshalb aus den Beweismitteln (Medienmitteilung und Presserohstoff vom [...]) nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Veröffentlichung ist schliesslich zumutbar. Das öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführerin, einen allfälligen Reputationsschaden zu vermeiden. Dem Privatinteresse wird ausreichend Rechnung getragen dadurch, dass für jedermann ersichtlich ist, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Würde man die Zumutbarkeit wegen der damit

verbundenen Publizität verneinen, wären Publikationsverfügungen überhaupt nicht mehr möglich, was mit dem Kartellgesetz unvereinbar wäre. Ob der Verhältnismässigkeitsgrundsatz die Ermessensausübung in Bezug auf die Veröffentlichung als solche überhaupt zu regulieren vermag, kann offen bleiben, weil sie vorliegend verhältnismässig ist.

**6.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, erst nachdem über die Publikation im Grundsatz entschieden worden sei, könne über die Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen allenfalls diskutiert werden.

**6.3.1** Die Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin erstmals mit Schreiben vom 10. Mai 2016 darauf aufmerksam, dass sie beabsichtige, die Sanktionsverfügung vom (...) zu publizieren. Das Schreiben enthält einen Hyperlink. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Beschwerdeführerin die zur Publikation vorgesehene Version, die vom Sekretariat der WEKO bereits um die Geschäftsgeheimnisse bereinigt worden sei, unter diesem Hyperlink konsultieren könne. Die Vorinstanz gab ihr die Möglichkeit, allfällige Schwärzungsanträge zu stellen. Die Beschwerdeführerin teilte der Vorinstanz mit Schreiben vom 9. Juni 2016 mit, die zur Publikation vorgesehene Version der Sanktionsverfügung enthalte noch Geschäftsgeheimnisse, ohne jedoch solche zu bezeichnen. Mit Schreiben vom 4. Juli 2016 gab die Vorinstanz ihr erneut Gelegenheit, Schwärzungsanträge zu stellen. Mit Eingabe vom 22. August 2016 wiederholte die Beschwerdeführerin, dass die Publikationsversion noch Geschäftsgeheimnisse aufweise und zuerst über die Publikation als solches entschieden werden müsse.

**6.3.2** Die Beschwerdeführerin trifft keine Pflicht, an der Bezeichnung allfälliger Geschäftsgeheimnisse mitzuwirken. Weder hat sie das vorinstanzliche Verfahren durch ein Begehren eingeleitet noch darin selbständige Begehren gestellt (Art. 13 Abs. 1 VwVG). Entgegen ihrer Auffassung ist der Verfahrensökonomie keineswegs zuträglich, wenn über die Publikation als solche und über die strittigen Publikationspassagen in zwei verschiedenen Verfügungen entschieden werden müsste. Ob das Verhalten auf eine Verzögerung des Verfahrens abzielt, kann letztlich offen bleiben. Denn der allgemeine Vorbehalt, die Verfügung sei nicht um alle Geschäftsgeheimnisse bereinigt, ist jedenfalls nicht geeignet, das Verfahren aufzuhalten. Die Beschwerdeführerin hat das Recht, an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken. Dieses Recht ist verzichtbar. Wer trotz mehrfacher Aufforderung keine Anträge stellt und keine Geschäftsgeheimnisse näher bezeichnet, bringt zum Ausdruck, dass er keine rechtserheblichen Vorbringen mehr tätigen will. Das gilt unabhängig davon, ob der Geheimnisherr die Tatsachen nicht

geheim halten will, kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat oder sich im Verfahren nicht mehr einbringen will.

**7.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**8.**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Der Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, auch nicht für prozessuale Zwischenschritte, zumal sie vollständig unterliegt (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Willisegger

Pascal Waldvogel

**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: 26. Oktober 2017