



Abteilung II  
B-4714/2021

## Urteil vom 12. Februar 2024

Besetzung

Richter Christoph Errass (Vorsitz),  
Richterin Mia Fuchs, Richter David Aschmann,  
Gerichtsschreiber David Roth.

Parteien

**Unternehmen A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Patrick Krauskopf,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO,**  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung vom 23. September 2021  
in der Vorabklärung [c] betreffend Anonymisierung / Ge-  
schäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts.

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

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: Sekretariat) eröffnete am 4. September 2019 eine Vorabklärung betreffend das Unternehmen A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend auch: A.\_\_\_\_\_). Im Rahmen der besagten Vorabklärung «[c]: Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten durch A.\_\_\_\_\_» sollte ermittelt werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das A.\_\_\_\_\_ in kartellrechtswidriger Weise aus dem Monopolbereich stammende Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten, namentlich im Bereich Bau und Unterhalt von [X]-Anlagen verwendet hat. Konkret ging es um den Vorwurf, das A.\_\_\_\_\_ hätte Daten aus dem Stromnetz – und damit aus dem Monopolbereich – verwendet, um damit Werbung für ihr [X] (nachfolgend: [X])-Produkt «[B]» zu machen. Gegenstand bildete mithin, ob allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) vorliegen könnte (VI-act. 1, Kap. A.1).

**B.**

Mit Schlussbericht vom 18. August 2020 (VI-act. 1, Kap. D) (1) stellte das Sekretariat fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege, (2) beschloss, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen, (3) teilte den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit und (4) beschloss, diesen Schlussbericht zu publizieren.

**C.**

Mit Schreiben vom 8. September 2020 bzw. vom 27. November 2020 übermittelte das Sekretariat seinen Schlussbericht an das A.\_\_\_\_\_ und informierte dieses über die Publikation in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW). Das Sekretariat ersuchte das A.\_\_\_\_\_ um Mitteilung, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Publikation zu eliminieren seien (VI-act. 2 und 6).

**D.**

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2020 nahm das A.\_\_\_\_\_ Stellung. Es beantragte u.a., dass die Publikation des Schlussberichts bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die generelle Zulässigkeit der Publikation von Schlussberichten sowie bis zum rechtskräftigen Entscheid im Verfahren vor dem Bundesamt für Energie aufzuschieben sei. Andernfalls beantragte das A.\_\_\_\_\_ eine Verfügung über Realakte (Art. 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Zudem

übermittelte das A. \_\_\_\_\_ dem Sekretariat seine Version des Schlussberichts (VI-act. 5).

#### **E.**

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2020 begründete das Sekretariat gegenüber dem A. \_\_\_\_\_, weshalb es die Anträge betreffend Publikationsaufschub «nicht berücksichtigen» könne. Überdies nahm das Sekretariat zu den Bereinigungsbegehren des A. \_\_\_\_\_ Stellung und übermittelte dem A. \_\_\_\_\_ eine Publikationsversion des Schlussberichts zur erneuten Stellungnahme (VI-act. 16).

#### **F.**

Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2021 beantragte das A. \_\_\_\_\_, dass auf die Veröffentlichung des Schlussberichts zu verzichten sei, wobei das A. \_\_\_\_\_ mit einer um Geschäftsgeheimnisse zu bereinigenden Zusammenfassung im Jahresbericht einverstanden wäre. Andernfalls sei der Schlussbericht mit den Bereinigungen gemäss der Eingabe vom 6. Oktober 2020 zu publizieren (siehe Sachverhaltsbst. D). Sofern die Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: WEKO) von diesen Anträgen abweiche, sei eine anfechtbare Verfügung zu erlassen (VI-act. 23).

#### **G.**

Mit Verfügung vom 23. September 2021 betreffend «Anonymi[s]ierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts» erliess das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums folgendes Dispositiv (VI-act. 24):

- «1. Der Schlussbericht vom 18. August 2020 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von 6'325 Franken werden de[m] A. \_\_\_\_\_ auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an: [A. \_\_\_\_\_]».

#### **H.**

Mit Beschwerde vom 26. Oktober 2021 stellte das A. \_\_\_\_\_ [nachfolgend: die Beschwerdeführerin] folgende Rechtsbegehren:

- «1. Es sei die Verfügung[...] der Vorinstanz vom 23. September 2021 im Verfahren Nr. [c] betreffend Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO aufzuheben.

2. Es sei der Beschwerdegegnerin [sic] zu untersagen, den Schlussbericht vom 18. August 2020 zu publizieren.
3. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und der Schlussbericht unter Weglassung der streitigen Passagen zu publizieren.
4. Subeventualiter sei die Verfügung aufzuheben und der Schlussbericht mit einer vollen Gegendarstellung der Beschwerdeführerin zu publizieren.

- Unter Kosten[-] und Entschädigungsfolge ->

**I.**

Mit Vernehmlassung vom 2. Dezember 2021 schloss die WEKO auf Abweisung der Beschwerde, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**J.**

Im weiteren Schriftenwechsel (Replik vom 23. Februar 2022; Duplik vom 24. März 2022; Triplik vom 6. Mai 2022; Quadruplik vom 7. Juni 2022) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

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

### **1.**

#### **1.1**

Die Beschwerde vom 26. Oktober 2021 richtet sich gegen die Verfügung vom 23. September 2021 betreffend «Anonymi[s]ierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts» (VI-act. 24; nachfolgend auch: angefochtene Verfügung) und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 II 268). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die angefochtene Verfügung wurde am 27. September 2021 zugestellt, infolgedessen die Beschwerdefrist gewahrt wurde (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 f. VwVG). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **1.2**

Demzufolge ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **1.3**

Zulässige Beschwerdegründe sind die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **2.**

#### **2.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. In der angefochtenen Verfügung habe es die Vorinstanz mehrfach unterlassen, ihre Konklusionen zu begründen. So habe sie in den Rz. 33, 39, 48, 51, 56, 59, 62, 65, 67, 70, 73, 77, 79, 86, 89 und 93 einzig festgestellt, es bestünden keine Geschäftsgeheimnisse. Es sei keine Begründung angebracht worden, weshalb die Ausführungen nicht zu schwärzen seien (Beschwerde, Rz. 88 ff.; Replik, Rz. 71 f.; Triplik, Rz. 46 f.).

## **2.2**

Die WEKO hält zusammenfassend entgegen, die angefochtene Verfügung setze sich mit den wesentlichen Punkten auseinander und sei in nachvollziehbarer Weise begründet, so dass sie von der Beschwerdeführerin sachgerecht angefochten werden konnte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin sei folglich nicht verletzt worden (Vernehmlassung, Rz. 100 ff.; Duplik, Rz. 27; Quadruplik, Rz. 20 f.).

## **2.3**

### **2.3.1**

Beim Anspruch auf rechtliches Gehör handelt sich um ein selbständiges formelles Recht, dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, unabhängig davon, ob die Verletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant ist (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 167 ff. mit Hin- und Verw.).

### **2.3.2**

Schriftliche Verfügungen sind zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Diese Bestimmung bildet darüber hinaus auch eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101; vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6 mit Verw.). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Verw.).

### **2.3.3**

Vorliegend enthalten die Rz. 28 ff. der angefochtenen Verfügung vom 23. September 2021 Erwägungen zu den Tatbestandsmerkmalen des Art. 25 Abs. 4 KG. Dieser besagt, dass die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Insbesondere werden (jeweils mit Verw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung) Geschäftsgeheimnisse definiert, Tatsachen angeführt, welche in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse aufweisen, sowie die Rechtsfolgen dargelegt. In den von der Beschwerdeführerin gerügten Rz. der angefochtenen Verfügung (siehe E. 2.1 hiavor) wird sodann

– teilweise explizit – auf die besagten Ausführungen Bezug genommen und der Geschäftsgeheimnischarakter bzw. die Publikationsfähigkeit der fraglichen Angaben gewürdigt. Hierbei handelt es sich jeweils um Stellungnahmen zu den vorgängig von der Beschwerdeführerin selbst gestellten Schwärzungsbegehren (VI-act. 5 und 23). Überdies hält die (mit Bezug auf die Qualifikation der strittigen Passagen) einleitende Rz. 37 der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass «[d]ie in der beiliegenden Publikationsversion des Schlussberichts jeweils gelb markierten Formulierungen insbesondere aus folgenden Gründen keine Geschäftsgeheimnisse dar[stellen] und [...] auch unter Berücksichtigung der Vorgaben des Datenschutzgesetzes veröffentlicht werden [können]».

Die Begründungspflicht nach Art. 35 Abs. 1 VwVG dient keinem Selbstzweck (siehe E. 2.3.2 hiervor), sondern ist namentlich auf die inhaltliche Nachvollziehbarkeit des Behördenentscheids mit Blick auf eine allfällige Anfechtung gerichtet. Es ist nicht ersichtlich, dass diesen Vorgaben vorliegend nicht entsprochen wurde. Zu jeder fraglichen Stelle wurde – wenn auch konzis – dargelegt, weshalb nach vorinstanzlicher Auffassung und entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kein Schwärzungstatbestand gegeben ist. Der Beschwerdeführerin war es denn auch unstrittig möglich, ihre abweichende Rechtsauffassung im vorliegenden Beschwerdeverfahren umfassend darzulegen.

#### **2.3.4**

Zusammenfassend genügten die strittigen Passagen der angefochtenen Verfügung in formeller Hinsicht dem Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. der Begründungspflicht.

### **3.**

#### **3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Verfügung sei von einer unzuständigen Behörde erlassen worden. Sie stellt in dieser Hinsicht überdies sinngemäss den Antrag, es sei die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums habe nicht die Kompetenz für den Erlass von Publikationsverfügungen. Art. 23 Abs. 1 KG (Aufgaben des Sekretariats) beziehe sich gemäss Wortlaut auf den Erlass von «verfahrenleitenden Verfügungen» und nicht von Endverfügungen. Eine Publikationsverfügung sei eine Endverfügung. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG erlasse die WEKO die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen

Behörde überlassen seien (Beschwerde, Rz. 10 ff.; Replik, Rz. 12 ff.; Triplik, Rz. 13 ff.).

### **3.2**

Die WEKO hält entgegen, Art. 48 Abs. 1 KG (Veröffentlichung von Entschieden) stelle die gesetzliche Grundlage für die Publikation eines Schlussberichts dar. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung – und somit auch für die Erstellung des Schlussberichts – sei gemäss Art. 26 KG allein das Sekretariat. Konsequenterweise habe die gleiche Behörde über die Publikation zu entscheiden, die bereits den zugrundeliegenden Entscheidung gefällt habe. Dies ergebe sich auch aus der in Art. 48 Abs. 1 KG gewählten Formulierung «ihre Entscheide», woraus geschlossen werden könne, dass diejenige Behörde für die Veröffentlichung zuständig sei, welche den zu veröffentlichenden Entscheidung gefällt habe. Gemäss den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 KG (Verfügungskompetenz unter Mitwirkung des Präsidiums) seien entsprechende Verfügungen zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu erlassen (Vernehmlassung, Rz. 11 ff.; Duplik, Rz. 9; Quadruplik, Rz. 9 ff.).

### **3.3**

#### **3.3.1**

Art. 18 bis 25 KG regeln die im verwaltungsrechtlichen Verwaltungsverfahren (Überschrift des 4. Kapitels des KG) beteiligten Wettbewerbsbehörden (Überschrift des 1. Abschnitts des 4. Kapitels des KG) bzw. deren Organisation und Aufgaben. Wettbewerbsbehörden sind u.a. die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.2; BVGE 2020 IV/3 E. 5.3). Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG führt das Sekretariat insbesondere die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Demgegenüber trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 1 Satz 1 KG).

#### **3.3.2**

Das Gesetz ist nach den anerkannten Auslegungsmethoden auszulegen. In semantischer Hinsicht umschreiben verfahrensleitende Verfügungen gemäss Art. 23 Abs. 1 KG Zwischenverfügungen, d.h. jene Verfügungen, welche auf die Untersuchung eines Verstosses gegen das KG gerichtete Verfahren nicht abschliessen (vgl. BRUCH/MEIER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018 [nachfolgend: KG Komm], Art. 23 N 70 f.; ODERMATT/HOLZMÜLLER, KG Komm, Art. 48 N 35, je mit Hinw.). Der

Zweck von verfahrensleitenden Verfügungen liegt darin, dem Sekretariat die erforderlichen Mittel zur Durchführung der Untersuchung beizugeben und damit seiner Aufgabe als Untersuchungsorgan gerecht zu werden; deshalb ist der Begriff der verfahrensleitenden Verfügungen zweckbezogen auf die Durchführung der Untersuchung zu beschränken (vgl. Urteil des BGer Nr. 2A.198/1997 vom 3. November 1997, veröffentlicht in: RPW 1997, 623 E. 3.c; Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 2.2). Sodann begründet Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG nach allgemeinem Verständnis eine subsidiäre Generalkompetenz der WEKO (vgl. SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021 [nachfolgend: BSK KG], Art. 18 N 38).

### 3.3.3

Allerdings regelt das KG insbesondere weder in Art. 18 bis 25 (siehe E. 3.3.1 hiervor), Art. 26 (Vorabklärung) noch in Art. 48 (Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen) Verfügungen hinsichtlich der Publikation von Schlussberichten betreffend Vorabklärungen. Konsequenterweise enthält das Gesetz auch keine ausdrückliche Kompetenznorm (vgl. MEIER/BRUCH, KG Komm, Art. 18 N 67). Der Gesetzgeber des geltenden KG schwieg zur Publikation von Schlussberichten betreffend Vorabklärungen (vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9, nicht publ. in: BVGE 2020 IV/3; ODERMATT/HOLZMÜLLER, KG Komm, Art. 48 N 6) bzw. bereits zu Schlussberichten an sich (siehe E. 4.3.1 hiernach zur Zulässigkeit der Veröffentlichung). Darauf weist an anderer Stelle die Beschwerdeführerin selbst hin (Beschwerde, Rz. 23). Verfügungen über die Publikation von Schlussberichten betreffend Vorabklärungen bilden folglich insbesondere keinen Regelungsgegenstand von Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG. Denn das Gesetz ist in dieser Hinsicht unvollständig (vgl. Urteil des BVGer C-6591/2012 vom 7. Oktober 2015 E. 6.3 mit Hinw.). Letztlich kann offenbleiben, ob die gegenständlichen Publikationsverfügungen vom Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG erfasst werden. Das Sekretariat ist nämlich unbestrittenermassen zuständig für die Durchführung von Vorabklärungen (Art. 26 KG). Auch ohne ausdrückliche Kompetenzzuweisung beansprucht der Grundsatz Geltung, dass die Verwaltungsbefugnis zugleich die Verfügungsbefugnis einschliesst (vgl. BGE 141 II 262 E. 5.2.2; BVGE 2009/43 E. 1.1.4, je mit Hinw.). Verfügungen über die Publikation von Schlussberichten betreffend Vorabklärungen zeitigen im Übrigen keine materiellen Rechtswirkungen; sie stehen damit – anders als etwa Massnahmenentscheide – nicht in einer Weise dem Sachentscheid nahe, welche für die Zuständigkeit der WEKO als Entscheidungsorgan spräche (vgl. Urteil des BGer Nr. 2A.198/1997, a.a.O. mit Hinw.).

### **3.4**

Im Ergebnis wurde die angefochtene Verfügung von der zuständigen Behörde erlassen. Es ist ebenso wenig zu beanstanden und erscheint vielmehr zweckmässig, dass die Vorinstanz dabei die Erlassvorgaben von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG (siehe E. 3.3.1 hiervor) berücksichtigte. Unter diesen Umständen ist das sinngemässe Feststellungsbegehren (siehe E. 3.1 hiervor) ohne weitere Prüfung abzuweisen.

## **4.**

### **4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, Art. 48 Abs. 1 KG (Veröffentlichung von Entscheiden) stelle keine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation eines Schlussberichts dar. Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Zweck der fraglichen Norm stünden entgegen. Ein Schlussbericht sei kein publikationsfähiger Entscheid. Sowieso habe die Vorinstanz mit Bezug auf die Publikationswürdigkeit des Schlussberichts überdies eine Ermessensunterschreitung begangen. Sie ziehe die Nichtpublikation überhaupt nicht in Betracht. Rein abstrakte Gründe, welche für eine Publikation sprächen, würden nicht genügen. Es mangle an einer Interessenabwägung zwischen den involvierten Interessen, umso mehr als der Inhalt des Schlussberichts ohne Gewährung von Parteirechten zustande gekommen sei und nicht angefochten werden könne (Beschwerde, Rz. 13 ff. und 92 ff.; Replik, Rz. 20 ff. und 75 ff.; Triplik, Rz. 49 ff. und 54 Bst. c).

### **4.2**

Die WEKO führt aus, die Publikation eines Schlussberichts gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG sei entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung zulässig. Zudem habe die Vorinstanz vorliegend nicht darauf verzichtet, ihr Ermessen auszuüben. Sie berücksichtige insbesondere die Zwecke der Publikation sowie das Interesse der Öffentlichkeit. Vorliegend schaffe die Publikation erhöhte Rechtssicherheit für Fälle, in welchen Monopoldaten verwendet werden. Die privaten Interessen würden jeweils gesondert bei den zu schwärzen beantragten Stellen berücksichtigt. Von Gesetzes wegen könnten nur Geschäftsgeheimnisse und Schwärzungstatbestände gemäss Datenschutzgesetz berücksichtigt werden. Es könne nicht das entscheidende Kriterium (für oder gegen eine Publikation) sein, ob die Adressaten des Schlussberichts einverstanden seien. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei an der bewährten Praxis festzuhalten (Vernehmlassung, Rz. 106 ff.; Duplik, Rz. 28 ff.; Quadruplik, Rz. 29).

## **4.3**

### **4.3.1**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Wie gesehen, ist auch das Sekretariat eine Wettbewerbsbehörde (siehe E. 3.3.1 hiavor). Weiter übernimmt das Wort «Entscheidung» nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Bedeutung des allgemeinen Sprachgebrauchs, weshalb nicht bloss Entscheide gemeint sind, welche in einer verwaltungsrechtlichen Handlungsform ergehen. Der Begriff ist vielmehr weit zu verstehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.2 ff. mit Hinw.) und umfasst insbesondere auch Schlussberichte. Art. 48 Abs. 1 KG stellt eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV für deren Publikation dar (vgl. Urteil des BGer 2C\_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 4.6 f.; BVGE 2020 IV/3 E. 5, je mit Hinw.). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Alternativauslegung der Beschwerdeführerin zu folgen ist.

### **4.3.2**

Die Veröffentlichungswürdigkeit eines Entscheids hängt davon ab, ob sein Inhalt der Prävention und der Rechtssicherheit, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten sowie der Information anderer Behörden dient. Sofern ein genügendes Interesse besteht, ist dieser zu veröffentlichen. Dabei steht der Vorinstanz ein Ermessen zu (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 4.2.2 ff.; Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 4.5 f., je mit Hinw.). Dieses Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben. Rechtsfehlerhaft handelt die Behörde u.a. bei Unterschreitung ihres Ermessens, d.h. insbesondere, wenn sie auf die Ermessensausübung ganz oder teilweise zum Vornherein verzichtet (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 439 f. mit Hinw.). Das Bundesverwaltungsgericht wiederum beurteilt Publikationsverfügungen grundsätzlich mit voller Kognition (siehe E. 1.3 hiavor; vgl. Urteil des BVGer B-6291/2017, B-6714/2017 vom 25. Juni 2019 E. 4.2.1 mit Hinw.).

### **4.3.3**

Entsprechend der angefochtenen Verfügung (Rz. 16) seien die Wettbewerbsbehörden bestrebt, die gesamte Praxis möglichst vollständig und umfassend zu veröffentlichen, was grundsätzlich als im Sinne einer transparenten und bürgernahen Verwaltung erscheine. Es entspreche der jahre- bzw. jahrzehntelangen Praxis des Sekretariats, Schlussberichte zu veröffentlichen, wenn die Vorabklärung eingestellt werde. Durch die Publikation werde die Rechtssicherheit erhöht, und es könnten Unternehmen unter Umständen vor möglichen Sanktionen bewahrt werden. Der vorliegende

Schlussbericht enthalte überdies neue materiell-rechtliche Erkenntnisse, insbesondere allgemeine Ausführungen zur Frage, wie die Verwendung von im Monopolbereich erlangten Daten aus kartellrechtlicher Sicht einzuordnen sei. Die Frage, ob und unter welchen Umständen es kartellrechtswidrig sein könnte, wenn ein Energieversorgungsunternehmen mit aus dem Monopolbereich erlangten Adressdaten Werbung für ein bestimmtes Produkt verschickt habe, hätten die Wettbewerbsbehörden zuvor noch nicht beurteilt. Verschiedene Seiten hätten diesbezüglich ausdrücklich ein Statement der WEKO verlangt. In diesem Zusammenhang stelle sich überdies die grundsätzliche Frage, ob die Wettbewerbsbehörden trotz der Zuständigkeit des Bundesamts für Energie im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 und Art. 29 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) derartige Fälle im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes beurteilen dürften.

Im Lichte dieser Ausführungen ist unersichtlich, dass die Vorinstanz ihr Ermessen unterschritten hätte. Insbesondere geht die Rüge fehl, die Vorinstanz habe lediglich abstrakte Gründe angeführt. Vielmehr hat sie konkret und nachvollziehbar dargelegt, weshalb der gegenständliche Schlussbericht veröffentlichungswürdig ist. Damit belies sie es entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung gerade nicht bei einem blossen Verweis auf eine durchgängige Publikationspraxis, sondern begründete die Veröffentlichungswürdigkeit im konkreten Einzelfall. Sodann ist eine Interessenabwägung im Rahmen von Art. 48 Abs. 1 KG – wie bei Art. 25 Abs. 4 KG (siehe E. 5.1.1 hiernach) – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht möglich. Der Gesetzgeber hat bereits im KG die Abwägung zwischen den relevanten öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.3; Urteile des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.3 und 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publ. in BGE 142 II 268). Wie gesehen (siehe E. 4.3.2 hiervor), macht ein genügendes (öffentliches) Interesse die Veröffentlichung erforderlich. Zugleich muss unbeachtlich bleiben, ob der Publikationsinhalt als solcher einzelfallweise strittig ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 34 ff.) besteht im Übrigen kein Anspruch auf eine «differenzierte Publikationspraxis» dahingehend, dass bloss unstrittige Passagen publiziert würden (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.6). Dies ergibt sich weder aus den bei Vorabklärungen geltenden Verfahrensregeln noch insbesondere aus der eingeschränkten Akteneinsicht gemäss Art. 26 Abs. 3 KG. Andere Gründe, weshalb die Ermessenausübung der Vorinstanz vorliegend rechtsfehlerhaft oder unzweckmässig gewesen wäre, wurden nicht geltend gemacht und sind ebenso wenig ersichtlich.

#### **4.4**

Zusammenfassend handelt es sich bei einem Schlussbericht um einen publikationsfähigen Entscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG, und die Vorinstanz hat das ihr mit Blick auf die Veröffentlichungswürdigkeit auferlegte Ermessen vorliegend rechtmässig ausgeübt.

#### **5.**

Zunächst ist zu prüfen, ob die strittigen Stellen in der Publikationsversion des Schlussberichts (nachfolgend auch: PSB) ein Geschäftsgeheimnis verletzen.

#### **5.1**

##### **5.1.1**

Nach Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Hierbei handelt sich um eine Spezialregelung mit Bezug auf Personendaten, die Geschäftsgeheimnisse betreffen. Geschäftsgeheimnisse sind unbedingt zu schützen, sofern sie nicht kartellrechtswidriges Verhalten belegen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.3). Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann allerdings durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publ. in BGE 142 II 268). Die Publikation von anderen, nicht Geschäftsgeheimnisse betreffenden Personendaten sind nach den Vorgaben von Art. 19 Abs. 4 des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992 (aDSG; AS 1993 1945), das intertemporalrechtlich noch anwendbar ist, sowie den allgemeinen Massstäben des Datenschutzrechts zu beurteilen (vgl. BGE 147 II 227 E. 4.2, 142 II 268 E. 6.4.3, je mit Hinw.).

##### **5.1.2**

Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG bilden (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse). Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen, d.h. Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen

Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 5.2.2 ff.; Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.1 f., je mit Hinw.).

## **5.2**

### **5.2.1**

Strittig sind Angaben über den Verfahrensgegenstand (d.h. das im Schlussbericht beurteilte Verhalten, Daten aus dem Monopolbereich zwecks Werbung für das [X]-Produkt «[B]» zu verwenden, siehe Sachverhaltsbst. A hiervor), den Zeitraum des zu beurteilenden Verhaltens und den relevanten Markt. Jene Angaben finden sich nach der Beschwerdeführerin in der Publikationsversion des Schlussberichts an folgenden Stellen: Titelblatt, Inhaltsverzeichnis, Rz. 1, 19, 22, 27, 29, 31, 32 ff., 44, 52 f., 63, 68, 71, 78, 80, 90, 92, 103, 112 ff., 121, 141, 145 ff., 149 ff. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die besagten Informationen würden Geschäftsgeheimnisse darstellen. Die Bekanntgabe des Verfahrensgegenstandes und des relevanten Marktes erlaube einen Rückschluss auf die Beschwerdeführerin und den Produktnamen. Die Marktabgrenzung sei für die Öffentlichkeit nicht von Interesse und zu schwärzen, um Rückschlüsse zu vereiteln. Beim Zeitraum handle es sich um ein strittiges Sachverhaltselement, welches ebenfalls Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin erlaube. Die Bekanntgabe dieser (strittigen) Informationen habe negative Auswirkungen auf ihre Reputation und damit einhergehend auf das Geschäftsergebnis, weshalb es sich um Geschäftsgeheimnisse handle (Beschwerde, Rz. 50 ff; Replik, Rz. 34 f.).

### **5.2.2**

Der Verfahrensgegenstand und der relevante Markt stellen keine Geschäftsgeheimnisse dar. Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin vermag ebenso wenig darzulegen, weshalb deren Veröffentlichung Auswirkungen auf ihre Wettbewerbsfähigkeit haben könnte (siehe E. 5.1.2 hiervor). Die fraglichen Informationen weisen keinen (aktuellen oder potenziellen) wirtschaftlichen Wert auf (vgl. Art. 39 Abs. 2 Bst. b des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte an geistigem Eigentum [TRIPS, SR 0.632.20 Anhang 1C], wo ein Marktwert als Schutzvoraussetzung

gefordert wird; MARKUS FRICK, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Kommentar Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013, Art. 6 N 33 mit Verw.). Sie beeinträchtigen damit von vornherein nicht die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.3 mit Verw.). Dasselbe gilt vorliegend für den Zeitraum des zu beurteilenden Verhaltens, selbst wenn ein Dritter dadurch nachvollziehen kann, dass die Beschwerdeführerin Mitte des letzten Jahrzehnts mit ihrem Produkt auf den Markt getreten ist. In diesem Zusammenhang beschränkt sich die Beschwerdeführerin denn auch nur darauf, dass mit «negativer Presse» und einem Vertrauensverlust ihrer Kunden zu rechnen sei, infolgedessen ihre Reputation leiden würde. Wie die WEKO in zutreffender Weise ausführt (Vernehmlassung, Rz. 27), stellen rufschädigende Informationen über ein Unternehmen für sich alleine keine Geschäftsgeheimnisse dar. Vielmehr müsste die reputationsschädigende Angabe selbst eine wirtschaftlich sensible Information mit kaufmännischem oder betriebswirtschaftlichem Charakter darstellen, deren Preisgabe den Konkurrenten des betroffenen Unternehmens einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte und sich dies negativ auf das Geschäftsergebnis auswirkt. Informationen, deren Veröffentlichung dazu führen könnte, dass bisherige Kundinnen und Kunden wegen negativer Presseberichterstattung ihre Produkte künftig bei einem Konkurrenzanbieter beziehen, fallen nicht unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2.2, nicht publ. in BGE 142 II 268). Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob überdies das Kriterium der relativen Unbekanntheit (siehe E. 5.1.2 hiavor) erfüllt wäre.

### 5.3

**5.3.1** Sodann stört sich die Beschwerdeführerin am Beschrieb des [X]-Produkts «[B]» in Rz. 29, 30, 71, 101 und 103 PSB. Die genaue Umschreibung der angebotenen Produkte und Dienstleistungen sowie deren Kombination würden ihre Produktstrategie offenlegen. Dies führe dazu, dass Konkurrenten der Beschwerdeführerin Einsicht in deren Strategie erhalten und somit einerseits auf diese reagieren und andererseits aus dieser lernen und Vorteile für die eigene Strategie ableiten könnten. Konkurrenten würden einen Wettbewerbsvorteil erhalten, und das Geschäftsergebnis der Beschwerdeführerin würde darunter leiden. Es handle sich vorliegend also um ein Geschäftsgeheimnis. Es habe keinen Einfluss auf den Geschäftsgeheimnischarakter des Produktbeschriebs, dass es andere Anbieter auf dem Markt mit ähnlichen Produkten gebe (Beschwerde, Rz. 56 f.; Replik, Rz. 39).

### **5.3.2**

Die WEKO hält zutreffend entgegen, dass es sich bei der zur Veröffentlichung vorgesehenen Produktbeschreibung um kein Geschäftsgeheimnis handelt (Vernehmlassung, Rz. 60 ff.): Die Umschreibung ist einerseits allgemein und vage gehalten, andererseits sind die fraglichen Informationen allgemein zugänglich. Deshalb kann deren Veröffentlichung weder einen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin haben noch sind sie relativ unbekannt (siehe E. 5.1.2 hiavor).

## **5.4**

### **5.4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Informationen zu den Inhalten von Werbeschreiben in Rz. 31 ff., 44, 53, 121 und 147 PSB seien nicht zu veröffentlichen. Die Sachverhaltselemente in Rz. 31 ff. seien strittig und nicht rechtskräftig beurteilt. Bei den Informationen in Rz. 44 handle es sich um strittige Elemente, die derzeit von einem Gericht zu beurteilen seien. Insbesondere seien auch die Anzahl der Adressen und die Information in Rz. 121 ein Geschäftsgeheimnis; daher habe deren Bekanntgabe einen Einfluss auf das Geschäftsgeheimnis der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 58 f.; Replik, Rz. 40 f.).

### **5.4.2**

Die Werbemethoden waren unbestrittenermassen den Konkurrenten der Beschwerdeführerin bekannt. Insofern sind sie öffentlich und stellen kein Geheimnis dar. Die Beschwerdeführerin vermag zudem auch nicht darzulegen, weshalb die allgemeinen Angaben zu den Werbeschreiben geschäftlich relevante Informationen im Sinne von Geschäftsgeheimnissen sein sollten. Dasselbe gilt für die Anzahl der Adressen und die Information in Rz. 121 PSB. Abgesehen davon begründet die «Strittigkeit» gewisser Angaben wie gesehen keinen grundsätzlichen Anspruch auf Nicht-Publikation (siehe E. 4.3.3 in fine hiavor).

## **5.5**

**5.5.1** Gemäss der Beschwerdeführerin stellen sodann die Angaben über Daten- und Adresslieferungen sowie die maximale Anzahl versendeter Werbeschreiben in Rz. 41, 45 ff., 52 f., 55 ff., 121, 147 PSB Geschäftsgeheimnisse dar (Beschwerde, Rz. 60 f.; Replik, Rz. 42 f.).

### **5.5.2**

Die genannten Lieferangaben sind unbestrittenermassen allgemein zugänglich, weshalb es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt. Zudem

werden die Anzahl der jeweils eingekauften Adressen sowie der dafür bezahlte Preis in der Publikationsversion des Schlussberichts überhaupt nicht genannt. Sodann hat es keinen ersichtlichen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin, wenn vorliegend veröffentlicht wird, dass Adressdaten zu Werbezwecken eingekauft und angereichert werden können. Ebenso wenig kommt der maximalen Anzahl versendeter Werbeschreiben die Qualität eines Geschäftsgeheimnisses zu, auch zumal es sich hierbei um eine von der Vorinstanz berechnete Schätzgrösse und keine interne Angabe der Beschwerdeführerin handelt.

## **5.6**

**5.6.1** Nach Auffassung der Beschwerdeführerin stellen die Informationen betreffend Anreicherung und Bereinigung von Adressen in Rz. 51 PSB strittige Sachverhaltselemente dar, die auf das Geschäftsgeheimnis der Beschwerdeführerin einen Einfluss haben. Die Datenmigration von «SAP» auf «kVASy» betreffe die interne Organisation eines Unternehmens, an welcher in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehe. Es handle sich also um Geschäftsgeheimnisse, die nicht publiziert werden dürften (Beschwerde, Rz. 62 f.; Replik, Rz. 44 f.).

### **5.6.2**

Es liegt kein Geschäftsgeheimnis vor. Wie gesehen – siehe E. 4.3.3 in fine –, begründet die «Strittigkeit» gewisser Angaben keinen grundsätzlichen Anspruch auf Nicht-Publikation. Abgesehen davon ist es unersichtlich und die Beschwerdeführerin legt auch nicht dar, inwiefern die Veröffentlichung der fraglichen Informationen über eine im Mai 2016 erfolgte Anreicherung und Bereinigung von Adressen ihre Wettbewerbsfähigkeit beeinflussen könnte.

## **5.7**

**5.7.1** Zudem vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, dass die Angaben zu den geschätzten Kosten für den Einkauf der aus dem Monopolbereich verwendeten Adressen in Rz. 59 f. PSB Geschäftsgeheimnisse darstellen würden. Die basierend auf späteren Adressdatenlieferungen ermittelten Kosten würden Bezugs- und Absatzquellen darstellen und demzufolge kaufmännischen Charakter haben (Beschwerde, Rz. 64 f.; Replik, Rz. 46 f.).

### **5.7.2**

Es liegen keine Geschäftsgeheimnisse vor. Die fragliche Angabe ist das Ergebnis einer Multiplikation der geschätzten Anzahl maximal versendeter

Werbeschreiben mit dem durchschnittlichen Preis pro Adresse. Der Multiplikator stellt wie gesehen kein Geschäftsgeheimnis dar (siehe E. 5.5.2 hiervor); der Multiplikand ist unstrittig nicht zu schwärzen. Abgesehen davon legt die Beschwerdeführerin auch nicht dar, dass die Publikation der fraglichen Angaben einen Einfluss auf ihre Wettbewerbsfähigkeit haben könnte.

## **5.8**

**5.8.1** Gemäss der Beschwerdeführerin bilden die Informationen über Werbemassnahmen für das Produkt «[B]» sowie auch die Örtlichkeiten in Rz. 61 ff. PSB Teile der Geschäftsstrategie und des Businessplans. Es bestehe ein objektives Geheimhaltungsinteresse an diesen Angaben. Selbst wenn einzelne Marketingmaterialien im Internet abrufbar wären, würde dies keine Rückschlüsse auf die Strategie der Beschwerdeführerin erlauben (Beschwerde, Rz. 66 f.; Replik, Rz. 48 f.).

### **5.8.2**

Die angefochtene Verfügung hält in zutreffender Weise fest, dass lediglich allgemeine Angaben über die vor Jahren getroffenen Werbemassnahmen für ein nicht namentlich bezeichnetes [X]-Produkt, welches von der Beschwerdeführerin seit Juni 2020 nicht mehr im Markt angeboten wird, zumindest heute keinen Einfluss mehr auf ihre Geschäftsergebnis haben kann. Im Übrigen wurden die konkreten Kosten der einzelnen Werbemassnahmen und die Gesamtkosten sowie Hinweise auf Örtlichkeiten geschwärzt. Es ist unersichtlich und die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, dass die verbleibenden Angaben Auswirkungen auf ihre Wettbewerbsfähigkeit haben könnten.

## **5.9**

**5.9.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Angaben über die Einstellung der Geschäftstätigkeit in Rz. 73 und 150 PSB seien nicht entscheidrelevant gewesen. Strategische Entscheide seien schützenswerte Informationen, welche die langfristige Überlebensfähigkeit und Gewinnmaximierung zum Ziel hätten. Deshalb hätten sie Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis, und es obliege allein dem Unternehmen, ob und wie diese Entscheide öffentlich kommuniziert würden (Beschwerde, Rz. 70 f.; Replik, Rz. 52 f.).

### **5.9.2**

Die fraglichen Angaben stellen unbestrittenermassen keine Geschäftsgeheimnisse dar, weil sie allgemein zugänglich sind. Es ist im Übrigen nicht erkennbar, wie (potenzielle) Konkurrenten dadurch einen Wettbewerbs-

vorteil erhalten sollten. Zudem betreffen sie die Verhaltenswirkungen auf das Wettbewerbsumfeld, welche im Rahmen einer Vorabklärung hinsichtlich Marktmachtmissbrauch sehr wohl bedeutsam sind.

## **5.10**

**5.10.1** Nach beschwerdeführerischer Auffassung lassen die Angaben zur Marktabgrenzung in Rz. 99 ff. und 108 ff. PSB auf die Beschwerdeführerin und insbesondere auf das Produkt schliessen. Dies lasse Rückschlüsse auf die Produktstrategie zu und stelle deswegen ein Geschäftsgeheimnis dar. Zudem sei «die Marktabgrenzung des Sekretariats nicht neu, sondern verweis[e] auf die bisherige Praxis, weshalb die Geheimhaltungsinteressen der [Beschwerdeführerin] vorliegend höher zu gewichten [seien] als das Interesse der Öffentlichkeit an einer wiederholten Marktabgrenzung». Die Marktabgrenzung habe einen direkten Bezug zur auf dem betroffenen Markt tätigen Beschwerdeführerin; sie habe zudem einen Einfluss auf den Geschäftsgang der Beschwerdeführerin, denn von der Marktabgrenzung hänge unter anderem ab, ob sie marktbeherrschend sei und ihr deshalb ein «Verhaltenskorsett» gemäss Art. 7 KG auferlegt werde. Zudem lasse die Marktabgrenzung Rückschlüsse auf die Produktstrategie zu und stelle deswegen ein Geschäftsgeheimnis dar (Beschwerde, Rz. 72 f.; Replik, Rz. 55 f.).

## **5.10.2**

Rz. 99 ff. und 108 ff. PSB enthalten allgemeine Erwägungen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung mit Bezug auf die Installation von [X]-Anlagen. Inwiefern diese allgemeinen Ausführungen ein Geschäftsgeheimnis verletzen, ist nicht ersichtlich, zumal sie nicht die konkrete Markstellung bzw. Marktmacht der Beschwerdeführerin betreffen.

## **5.11**

**5.11.1** Die Beschwerdeführerin lässt zudem ausführen, die Angaben in Rz. 110 und 147 PSB über das Gebiet, in welchem das [X]-Produkt «[B]» angeboten würde, betreffen Informationen aus dem Businessplan. Da ersichtlich sei, welche Zielgruppe mit «[B]» habe erreicht werden sollen, könne auf die Produkt- und Marketingstrategie geschlossen werden. Beides seien Strategien, welche auf den Unternehmenserfolg abzielen würden und somit einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis hätten. Diese Informationen würden daher Geschäftsgeheimnisse darstellen (Beschwerde, Rz. 74 f.; Replik, Rz. 57 f.; Triplik, Rz. 32 ff.).

### 5.11.2

Die strittigen Angaben betreffen ein Produkt, welches die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen bis Juni 2020 angeboten hatte. Mit der WEKO ist festzuhalten, dass Informationen zu Produktname, Zielgruppe, Preise etc. aus dem Businessplan spätestens mit der Lancierung des Produkts öffentlich bekannt gemacht oder doch zumindest leicht feststellbar und damit öffentlich zugänglich wurden (vgl. PATRICK SUTTER, KG Komm, Art. 25 N 22 und 60). Damit bildeten sie mindestens ab diesem Zeitpunkt nicht Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG (siehe E. 5.1.2 hiervor). Nicht sämtliche Inhalte eines Businessplans sind automatisch Geschäftsgeheimnisse. Dass sie noch fortauern würden und die Veröffentlichung dieser Informationen heute noch einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Beschwerdeführerin haben könnten, ist nicht ersichtlich, und die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich auch keine Argumente vor. Die angefochtene Verfügung ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

### 5.12

Hinsichtlich der Ausführungen zum Kausalzusammenhang in Rz. 148 f. PSB bringt die Beschwerdeführerin vor, diese seien nicht allgemeiner Natur, sondern würden sich individuell-konkret auf ihren Fall beziehen. Nicht nur sei daher der Verfahrensgegenstand ersichtlich, sondern es würden sich Hinweise auf das Produkt, den Zeitraum und das betroffene Unternehmen ergeben. Alle diese Informationen würden Geschäftsgeheimnisse darstellen (Beschwerde, Rz. 81 f.; Replik, Rz. 64 f.).

Rz. 148 f. PSB enthalten Ausführungen dazu, ob Werbeschreiben überhaupt kausal für den Kaufentscheid einer [X]-Anlage sein können. Mit Bezug auf die strittigen Hinweise ist auf das Obgenannte zu verweisen: Angaben zu Verfahrensgegenstand, Produkt und Zeitraum stellen vorliegend keine Geschäftsgeheimnisse dar (siehe E. 5.2.2 und 5.3.2 hiervor).

### 5.13

Die übrigen von der Beschwerdeführerin angeführten Stellen in der Publikationsversion des Schlussberichts enthalten – wie weitgehend bereits gesehen – ebenso wenig Geschäftsgeheimnisse nach Art. 25 Abs. 4 KG. Es betrifft dies insbesondere die Angaben zur Zuständigkeit der Vorinstanz in Rz. 86 PSB (Beschwerde, Rz. 55), die Aussagen der Anzeigerin hinsichtlich einer marktmächtigen Position der Beschwerdeführerin in Rz. 64 bis 72 PSB (Beschwerde, Rz. 68 f.; Replik, Rz. 50 f.; Triplik, Rz. 30 f.), die in Rz. 125 f. PSB enthaltenen Aussagen (Beschwerde, Rz. 76 f.; Replik,

Rz. 59 ff.; Triplik, Rz. 36 ff.), die Ausführungen im Kontext von Art. 10 Abs. 2 StromVG in Rz. 134 PSB (Beschwerde, Rz. 78), die allgemeinen Ausführungen zur Verwendung von Adressdaten in Rz. 145 f. PSB (Beschwerde, Rz. 79 f.) und zur Wettbewerbsverfälschung in Rz. 150 f. PSB (Beschwerde, Rz. 83 f.; Replik, Rz. 64 f.). Deren Publikation ist nicht zu be-  
anstanden. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, dass gewisse Angaben nicht zu veröffentlichen seien, weil sie für die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts nicht erforderlich seien, begründet dies keine geheimhaltungswürdigen Angaben (vgl. Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 5.4.7). Deshalb ist nicht weiter darauf einzugehen.

## **6.**

Entscheidungen, die sich an die Vorgaben von Art. 25 Abs. 4 KG halten, dürfen unter Vorbehalt der anwendbaren Datenschutzbestimmungen veröffentlicht werden. Es ist deshalb nunmehr zu prüfen, ob die strittigen Stellen das aDSG verletzen (siehe E. 5.1.1 hiavor).

### **6.1**

Das aDSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen (vgl. aber Art. 2 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020 [DSG, SR. 235.1]) durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. b aDSG), worunter auch das Sekretariat der WEKO fällt; dieses ist verantwortliches Organ im Sinne von Art. 16 Abs. 1 aDSG. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben und dieses wiederum das Veröffentlichen (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 6.2; Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.2.2).

### **6.2**

#### **6.2.1**

Die Bekanntgabe von Personendaten muss sich generell auf eine gesetzliche Grundlage stützen sowie sich grundsätzlich immer an einer Interessen- bzw. Güterabwägung orientieren (siehe E. 5.1.1 hiavor zur bereichsspezifischen Ausnahme betreffend Geschäftsgeheimnisse; Art. 36 BV, Art. 4, Art. 19 Abs. 1 und Abs. 4 aDSG, siehe auch Art. 6, Art. 36 Abs. 1 f. und Abs. 6 DSG; vgl. CLAUDIA MUND, in: Baeriswyl/Pärli/Blonski [Hrsg.], Handkommentar Datenschutzgesetz [DSG], Bern 2023, Art. 36 N 7 ff. und N 32). Das Bundesorgan lehnt die Bekanntgabe ab, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungsinteressen oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (vgl. Urteil des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.2.4).

### 6.2.2

Art. 48 Abs. 1 KG begründet eine hinreichende Grundlage für die Publikation von Schlussberichten (siehe E. 4.3.1 hiervor) und zugleich der darin enthaltenen Personendaten bei Vorliegen eines überwiegenden Publikationsinteresses (vgl. BGE 142 II 268 E. 6 mit Hinw.). Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 4 aDSG aufgeführten Interessen für Daten, die keine Geschäftsgeheimnisse betreffen, gegen eine Veröffentlichung sprechen.

### 6.3

Die Beschwerdeführerin macht als private Interessen namentlich einen Reputationsverlust geltend. Sie bringt vor, die Publikation des Schlussberichts gemäss der angefochtenen Verfügung hätte für sie einen Reputationsschaden zur Folge, welcher sich in sinkenden Verkaufszahlen und letztlich einem geschmäleren Geschäftsgewinn niederschlagen würde. So anerkenne auch die «heute herrschende neuere Lehre und Rechtsprechung» bezüglich des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG, SR 0.221.211.1), dass dem durch eine Pflichtverletzung enttäuschten Vertragspartner nicht nur am Vermögen, sondern insbesondere auch an der Reputation Schäden zugefügt werden könnten. Reputationsschäden könnten nicht bloss am Unternehmenserfolg mittels des EBITDA (d.h. des Gewinns vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und auf immateriellen Vermögensgegenständen) gemessen werden. Die reputations-schädigenden Informationen des Schlussberichts seien bislang nicht öffentlich bekannt. Der Reputationsschaden bestehe für die Beschwerdeführerin darin, dass über ihr «IT-Versehen» auf unverhältnismässige Art bzw. überhaupt informiert werde. Rufschädigend seien die in Rz. 52, 54, 61 und 77 der Beschwerde angeführten Textstellen der angefochtenen Verfügung. Ein Geschäftsgeheimnis sei aber nicht mit einer rufschädigenden Information gleichzusetzen. Die Gefahr einer Rufschädigung sei nicht gebannt, wenn allfällige Geschäftsgeheimnisse abgedeckt seien (Beschwerde, Rz. 40 ff.; Replik, Rz. 26 ff.; Triplik, Rz. 18 f.).

### 6.4

Reputation bedeutet den Ruf der Beschwerdeführerin. Dieser wird durch deren Geschäftsgebaren bestimmt, welches sich in geschäftlich relevanten Informationen äussert, mithin Informationen, die einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen und somit Teil des Geschäftsgeheimnisses bilden, was bereits im Rahmen von Art. 25 Abs. 4 KG als datenschutzrechtlicher Spezialregelung geprüft wurde (siehe E. 5

hiervor; vgl. Urteile des BGer 2C\_874/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 6.3.2.2 und 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Daran vermag der Verweis auf das CISG (siehe E. 6.3 hiervor) nichts zu ändern, auch zumal vorliegend keine Vertragsverletzung zur Diskussion steht.

## **6.5**

Die Beschwerdeführerin macht keine anderen privaten Interessen geltend. Allerdings bestehen gewichtige, im öffentlichen Interesse liegende Publikationsziele des Schlussberichts einer Vorabklärung, nämlich Prävention und Rechtsicherheit für die Öffentlichkeit (insbesondere der Marktteilnehmer), Transparenz der Verwaltungsaktivitäten (insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung), Befriedigung von Informationsbedürfnissen sowie Information von kantonalen Behörden und Bundesbehörden, private (Reputations-)Interessen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3 mit Verw., nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-4139/2015 vom 16. April 2021 E. 6.5.2). Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen, wenn sie vorliegend das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung verneint. Die Beschwerdeführerin macht sodann keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen geltend, und solche sind auch nicht ersichtlich. Die Veröffentlichung der strittigen Textstellen ist mit Blick auf das aDSG demnach rechtmässig.

## **7.**

### **7.1**

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Subeventualantrag auf Publikation des Schlussberichts mit einer «vollen» Gegendarstellung wie folgt: Es müsse mindestens klaggestellt werden, dass die strittigen Passagen tatsächlich strittig seien. Dies könne etwa dadurch gewährleistet werden, dass der betroffenen Partei analog zum Recht auf Gegendarstellung nach Art. 28g des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) ein Gegendarstellungsrecht in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) eingeräumt werde. Insgesamt hätten der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren «nicht genügend Rechte zur Verfügung» gestanden. Das Bundesverwaltungsgericht habe bei der Anordnung von Massnahmen keinen *numerus clausus* zu befolgen; die analoge Handhabung des Gegendarstellungsrechts sei vorliegend gerade deshalb geboten, weil es im öffentlichen Recht keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gebe (Beschwerde, Rz. 87; Replik, Rz. 66 ff.; Triplik, Rz. 41 ff.).

## 7.2

Die WEKO bringt zusammenfassend vor, dass ein Gegendarstellungsrecht in der RPW nicht vorgesehen sei und auch zu weit führen würde. Es sei keine Gesetzeslücke erkennbar, die Raum für eine analoge Anwendung des im ZGB vorgesehenen Gegendarstellungsrechts bieten würde. Es wäre der Zivilrechtsweg einzuschlagen (Vernehmlassung, Rz. 98 f.; Duplik, Rz. 25 f.; Quadruplik, Rz. 23 ff.).

## 7.3

### 7.3.1

Das Gegendarstellungsrecht nach Art. 28g ff. ZGB ist ein Instrument des Schutzes der Persönlichkeit gegen Verletzungen nach Art. 28 ff. ZGB und steht neben den anderen, in Art. 28a ff. ZGB vorgesehenen Rechtsbehelfen (vgl. ANDREA BÜCHLER, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], ZGB Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 28g N 1). Allerdings wurzelt der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz nicht im privatrechtlichen, weshalb letzterer im öffentlichen Recht nicht anwendbar ist. Vielmehr stellt der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz eine Konkretisierung und Verwirklichung (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV) der Grundrechte (insb. Art. 7, 10 und 13 BV) dar. Der Persönlichkeitsschutz ist deshalb über das öffentliche Recht, d.h. hier über die das vorliegende Verwaltungsrechtsverhältnis konstituierende Bundeserlasse zu gewährleisten (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.1, nicht publ. in BGE 142 II 268).

### 7.3.2

Weder das KG noch andere anwendbare Erlasse sehen ein Recht auf Gegendarstellung bei der Publikation von Schlussberichten vor. Entgegen der Beschwerdeführerin ist hierin keine Gesetzesunvollständigkeit zu erblicken. Nach der gesetzgeberischen Wertung ist ein Schlussbericht zu veröffentlichen, sofern ein hinreichendes Interesse besteht (siehe E. 4.3.1 f. hiavor). Diesfalls stellen der Geschäftsgeheimnisschutz nach Art. 25 Abs. 4 KG sowie das Recht auf Datenschutz einschliesslich der besonderen Vorgaben für Bundesorgane (siehe E. 5.1 hiavor) das vorgesehene Korrektiv zum Schutz der Persönlichkeit dar. Zudem unterstehen Vorabklärungen (zumindest analog) dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. CARLA BEURET, KG Komm, Art. 26 N 15 mit Hinw.). Die Beschwerdeführerin konnte im Vorabklärungsverfahren denn auch mehrfach Stellung nehmen (VI-act. 1 Rz. 5 ff.). Diese Konstellation ist insofern nicht mit jenen vergleichbar, welche das zivilrechtliche Gegendarstellungsrecht zu regeln sucht. Überdies konnte die Beschwerdeführerin im gegenständlichen Publikationsverfahren die ihr gesetzmässig zustehenden Rechte (soweit zu

beurteilen und ersichtlich) uneingeschränkt ausüben. Weitergehende (Beteiligten-)Rechte sind nicht vorgesehen. Damit besteht vorliegend keine Grundlage für die Einräumung eines Gegendarstellungsrechts. Die Beschwerdeführerin verkennt den Gegenstand des Publikationsverfahrens, wenn sie darin die Möglichkeit erblickt, Einfluss auf den Inhalt des Schlussberichts bzw. dessen unmittelbare Rezeption nehmen zu können.

### **7.3.3**

Damit erweist sich auch der Antrag auf Gegendarstellung in der RPW als unbegründet.

### **8.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Die Beschwerdeführerin ist als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG) und hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem einbezahlten Kostenvorschuss in derselben Höhe entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Errass

David Roth

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 14. Februar 2024

Zustellung erfolgt an:

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