



Urteil vom 27. Februar 2020

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richter Daniel Willisegger,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

Parteien

UPC Schweiz GmbH,
Richtiplatz 5, 8304 Wallisellen,
vertreten durch Dr. iur. Jürg Borer, Rechtsanwalt,
Borer Rechtsanwälte AG,
Olgastrasse 6, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

32-0260 Eishockey im Pay-TV:
Publikation einer Zwischenverfügung.

Sachverhalt:**A.**

Mit Zwischenverfügung vom 28. März 2019 beteiligte die Vorinstanz A. _____ als Dritte ohne Parteistellung in der Untersuchung 32-0260 "Eishockey im Pay-TV".

Diese Zwischenverfügung stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28. März 2019 zu. Gleichzeitig teilte sie der Beschwerdeführerin ihre Absicht mit, die Verfügung in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu publizieren. Daher sei ihr mitzuteilen, ob die Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung eliminiert werden müssten. Ohne ihren Bericht gehe sie davon aus, dass sie mit der Veröffentlichung der Verfügung in der aktuellen Version einverstanden sei.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2019 markierte die Beschwerdeführerin Textpassagen in der Verfügung, welche ihrer Ansicht nach Geschäftsgeheimnisse enthalten. Zur Begründung hielt sie fest, diese Textpassagen könnten einen Hinweis auf den Status ihrer Verhandlungen mit A. _____ geben.

Die Vorinstanz erklärte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. Juni 2019, die von der Beschwerdeführerin zur Abdeckung beantragten Passagen stellten ihrer Ansicht nach keine Geheimnisse dar. Es sei öffentlich bekannt, dass zwischen der Beschwerdeführerin und A. _____ Verhandlungen [...] stattfänden. Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die als geheim deklarierten Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis oder die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin haben könnten. Zudem erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit mitzuteilen, ob sie an den Abdeckungsanträgen festhalte.

Mit Schreiben vom 28. Juni 2019 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Abdeckungsanträgen fest. Für den Fall, dass die Vorinstanz diese Geschäftsgeheimnisse nicht vollumfänglich akzeptiere, beantragte die Beschwerdeführerin, die Publikation der Zwischenverfügung in ihrer Gesamtheit zu unterlassen und im Verweigerungsfall eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

B.

Am 23. September 2019 verfügte die Vorinstanz die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 einschliesslich der von der Beschwerdeführerin zur Abdeckung beantragten Passagen (vgl. Dispositiv-Ziff. 1).

Zudem wurden der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten von Fr. 3917.– auferlegt (Dispositiv-Ziff. 2).

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 25. Oktober 2019 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung. Des Weiteren sei die Vorinstanz anzuweisen, die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 nicht zu publizieren. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 ausschliesslich unter Abdeckung der von ihr bezeichneten Textstellen zu publizieren. In formeller Hinsicht rügt sie die Verletzung der Begründungspflicht sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips. In materieller Hinsicht begründet die Beschwerdeführerin ihre Abdeckungsanträge damit, dass Informationen zum Stand von Verhandlungen Geschäftsgeheimnisse darstellten. Diese dürften unter keinen Umständen der Öffentlichkeit preisgegeben werden. Indem die Vorinstanz die Publikation der Zwischenverfügung angeordnet habe, habe sie Bundesrecht verletzt.

D.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die amtliche Publikation einer Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Publikation müssen – sofern die Voraussetzungen zutreffen – verfügungsweise entschieden werden (Art. 25a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021; Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, "Nikon", nicht publiziert in BGE 142 II 268).

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Publikationsverfügungen der Vorinstanz zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32; Urteile des BVer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 E. 1.1, "Bauleistungen See-Gaster"; B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 1.3.2 ff., "Luftfracht"; B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1, "Nikon"). Die

Beschwerdeführerin hat als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist durch die Publikationsverfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Die Beschwerde ist somit grundsätzlich zulässig.

1.2 Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptpunkt, die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 zu unterlassen, und im Eventualpunkt, die von ihr bezeichneten Textpassagen als abzudeckende Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz hält dafür, soweit die Beschwerdeführerin die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 im Grundsatz in Frage stelle, handle es sich um ein neues Begehren, welches den Streitgegenstand ausweite. Diesbezüglich sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Im Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Beschwerdebegehren, die neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen aufwerfen, sind unzulässig. In einem Rechtsmittelverfahren vor oberer Instanz kann der Streitgegenstand grundsätzlich nur eingeschränkt, jedoch nicht mehr erweitert werden (BGE 131 II 200 E. 3.2; 130 II 530 E. 2.2, mit Hinweisen). Was Streitgegenstand ist, bestimmt sich nach dem angefochtenen Entscheid und den Parteibegehren (BGE 136 II 457 E. 4.2; Urteile des BVGer B-369/2014 vom 10. Juli 2014 E. 3.1; A-5274/2011 vom 19. März 2013 E. 1.3.1).

In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz entschieden, dass die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 in der Version veröffentlicht wird, die sich im Anhang zur angefochtenen Verfügung befindet (Dispositiv-Ziffer 1). Damit hat sie einerseits über die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 als solche entschieden, und andererseits, inwiefern die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse bei der Publikation zu berücksichtigen sind. Aufgrund der Äusserungen der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 28. Juni 2019:

"Sollte deshalb das Sekretariat der Wettbewerbskommission bzw. die Wettbewerbskommission selbst die beantragte Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen nicht vollumfänglich akzeptieren, stellt meine Klientin den Antrag, die Publikation der fraglichen Verfügung in ihrer Gesamtheit zu unterlassen und im Verweigerungsfall darüber eine anfechtbare Verfügung zu erlassen."

ging klar hervor, dass sich die Beschwerdeführerin gegen die Publikation der Zwischenverfügung stemmte und sich lediglich für den Fall, dass die Zwischenverfügung veröffentlicht würde, zu den zu berücksichtigenden Geschäftsgeheimnissen äusserte. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist demnach auch die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 als solche (vgl. bereits: Urteil des BVerG B-5920/2014 E. 1.3.3, "Luftfracht").

Das Hauptbegehren, mit welchem die Beschwerdeführerin die Unterlassung der Publikation insgesamt anstrebt, ist daher zulässig.

1.3 Auf die Beschwerde ist somit sowohl im Haupt- als auch im Eventualstandpunkt einzutreten.

2.

2.1 Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Art. 48 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995, KG, SR 251). Sie sind dazu ermächtigt, aber nicht verpflichtet (Urteil B-3588/2012 E. 5.1.2, "Nikon", mit Hinweisen, u.a. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 48, Rz. 3; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK Kartellgesetz [BSK-KG], Basel 2010, Art. 48, Rz. 7). Die Veröffentlichung setzt ein genügendes Interesse an einer Entscheidung voraus (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, "Nikon"; Urteil des BVerG 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 E. 5.2, "Bauleistungen See-Gaster"). Entscheide sind unter anderem Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, "Nikon"; BVerG 2C_690/2019 E. 5.2, "Bauleistungen See-Gaster"); es ist von einem weiten Entscheidungsbegriff auszugehen (Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 5.4.2, "[...]"; SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: Zäch/Arnet/Baldi et al. [Hrsg.], DIKE-Kommentar zum KG [DIKE-KG], Zürich 2018, Art. 48, Rz. 6 ff.).

Konkretisierend hält das Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission fest, dass Endverfügungen und Ergebnisse aus Zusammenschlusskontrollverfahren publiziert werden (Art. 35 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015, GR-WEKO, SR 251.1).

Weitere Entscheide und Stellungnahmen, namentlich aus Vorabklärungen und Beratungen, werden publiziert, sofern sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind (Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO). Die Publikation erfolgt praxisgemäss in der von den Wettbewerbsbehörden herausgegebenen Entscheidungssammlung "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)" und auf der eigenen Internetseite (Urteil B-3588/2012 E. 4.1, "Nikon").

2.2 Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO hat mehrere Zwecke: Erstens dient sie der Prävention und der Rechtssicherheit, indem Unternehmen ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Zweitens dient sie der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. Drittens sollen durch sie die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen und Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden (BGE 142 II 268 E. 4.2.5 ff., "Nikon").

2.3 Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

Aufgrund des Wortlauts von Art. 25 Abs. 4 KG erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse, die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zu publizieren, und dem Geschäftsgeheimnis. Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses gegeben sind, kommt der beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Diese Beurteilung hat für jede relevante Tatsache gesondert zu erfolgen. Steht fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden (BGer 2C_690/2019 E. 5.3, "Bauleistungen See-Gaster").

Regelungen über die Beachtung oder über ein Verbot der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen finden sich neben Art. 25 Abs. 4 KG auch in vielen anderen Erlassen des Bundesrechts; alle Formulierungen greifen auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurück (BGE 142 II 268 E. 5.2.1, "Nikon", mit zahlreichen Verweisen). Entsprechend diesem Begriff bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (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 (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat (BGE 142 II 268

E. 5.2.2.1, "Nikon"; 103 IV 283 E. 2b; Urteil des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2, "Marché du livre en français"; ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 48, Rz. 29; SIMON BANGERTER, BSK-KG, Art. 25 Rz. 52).

Das Geschäftsgeheimnis muss geschäftlich relevante Informationen betreffen, d.h. Informationen über Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc., welche demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis respektive auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben können (BGE 142 II 268 E. 5.2.3, "Nikon"; BGE 103 IV 283 E. 2b; BANGERTER, BSK-KG, Art. 25, Rz. 53).

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, Geschäftsstrategien, Businesspläne, Kundenlisten und -beziehungen (BGE 142 II 268 E. 5.2.4, "Nikon"; Urteil des BGer 2C_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; BANGERTER, in: BSK-KG, Art. 25, Rz. 56). Auch laufende Vertragsverhandlungen können geheimhaltungsbedürftig sein (ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], BSK Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 717, Rz. 20b; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2014.53 vom 1. Oktober 2015 E. 5.5.1).

Keine Geschäftsgeheimnisse sind der Gegenstand und die Adressaten einer kartellrechtlichen Untersuchung, da sie im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung amtlich zu publizieren sind (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG; BGE 142 II 268 E. 5.1, "Nikon"; BGer 2C_690/2019 E. 5.3, "Bauleistungen See-Gaster").

3.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt, indem sie nicht dargetan habe, welche konkreten Gründe sie im Rahmen der Ermessensausübung dazu bewogen hätten, die Publikation anzuordnen.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des von einem Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in ihrer Entscheidungsfindung

berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von welchen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2).

3.2 Im vorliegenden Fall hielt die Vorinstanz die Publikation der Verfügung als solche für unstrittig und beschränkte sich auf die Zitierung ihres Geschäftsreglements, wonach "weitere Entscheide" publiziert werden, sofern sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind (Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO). Weshalb die Verfügung vom 28. März 2019 diese Voraussetzung erfüllt, begründete sie nicht explizit. Sie ist damit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen.

Indem die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung erklärte, dass keine privaten Interessen, die gegen eine Publikation sprechen würden, ersichtlich seien, hat sie eine, wenn auch äusserst knappe, Begründung nachgeschoben. Die als nicht besonders schwer einzustufende Verletzung der Begründungspflicht kann somit als vor dem mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz ausgestatteten Bundesverwaltungsgericht als geheilt betrachtet werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

4.

Soweit die Beschwerdeführerin die Publikation der Verfügung vom 28. März 2019 in Frage stellt, macht sie geltend, sie sei unverhältnismässig und stelle einen Ermessensmissbrauch der Vorinstanz dar. Sie habe ein Interesse daran, dass die internen Informationen zum Verhandlungsablauf zwischen ihr und A. _____ nicht an die Öffentlichkeit gelangten, da sich diese Auskünfte [...] zu ihren Lasten auswirken könnten. Dagegen sei die Erkenntnis, dass A. _____ berechtigt sei, sich als Dritte am Verfahren zu beteiligen, von geringem Wert. Zudem nehme die Vorinstanz mit der Feststellung, dass [...], eine materiell-rechtliche Einschätzung vor, was unzulässig sei, da im Kartellsanktionsverfahren die Unschuldsumutung gelte.

4.1 Die Frage der Publikation als solche, d.h. ob die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 zu veröffentlichen ist, liegt im Ermessen der Vorinstanz. Übt sie ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung

dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 E. 4.2.3, "Nikon").

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedeutet, dass das Handeln einer Behörde mit Blick auf den angestrebten Zweck geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. (BGE 140 I 2 E. 9.2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514 ff. mit Hinweisen).

4.2 Nach der von der Beschwerdeführerin angerufenen Unschuldsvermutung gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig (Art. 32 Abs. 1 BV [SR 101]; Art. 6 Ziff. 2 EMRK [SR 0.101]). Die Unschuldsvermutung gilt nicht nur in Strafverfahren, sondern grundsätzlich auch in (kartellrechtlichen) Verwaltungssanktionsverfahren (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, "Publigruppe"; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau").

Die Publikation einer noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung der WEKO verstösst nicht gegen die Unschuldsvermutung. Diese Normen hindern die Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche und strafrechtsähnliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren (vgl. etwa Urteile 2C_690/2019 E. 4.2, "Bauleistungen See-Gaster" und 2C_1065/2014 E. 8.3, "Nikon", nicht publ. in: BGE 142 II 268).

Dies gilt umso mehr bei einer Zwischenverfügung, in welcher wie im vorliegenden Fall lediglich über die Beteiligung von Dritten am Untersuchungsverfahren entschieden wird (Art. 43 KG). In der entsprechenden Zwischenverfügung von 28. März 2019 hat die Vorinstanz Folgendes ausgeführt:

Rz. 23: [...]

Das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbeschränkung ist eine Voraussetzung für die Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG), deren Gegenstand und Adressaten durch das Sekretariat öffentlich zu bekannt machen sind (Art. 28 KG). Ob diese Untersuchung in einer einvernehmlichen Regelung (Art. 29 KG), in einer Einstellungsverfügung oder in einer Verfügung über Massnahmen (Art. 30 KG) endet, hängt namentlich davon ab, ob ein Gesetzesverstoss festgestellt worden ist (vgl. ROLF H.

WEBER / STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 3.167 ff.). Insofern sagt der Hinweis, dass [...], noch nichts über einen allfälligen Wettbewerbsverstoss aus. Somit könnte der Vorinstanz bei einer Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 keine Vorverurteilung der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden. Mithin ist kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung ersichtlich.

4.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Erkenntnis, unter welchen Umständen Dritte (wie im vorliegenden Fall A. _____) berechtigt sind, sich an einem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren zu beteiligen (Art. 43 KG), namentlich für Unternehmen von Interesse, welche eine derartige Beteiligung in Betracht ziehen, um die Erfolgsaussichten eines entsprechenden Gesuchs abschätzen zu können. Gleichzeitig wird die Anwendung von Art. 43 KG für die Allgemeinheit und andere Behörden transparent gemacht. Damit ist die Veröffentlichung zur Zweckerreichung (vgl. vorne E. 2.2) geeignet und erforderlich. Die Veröffentlichung ist schliesslich zumutbar.

Das von der Beschwerdeführerin genannte Argument (befürchtete Nachteile in zukünftigen Vertragsverhandlungen im Falle einer Veröffentlichung) stellt keinen Grund dar, der gegen eine Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 per se – allenfalls unter Schwärzung von geheim zu haltenden Textpassagen – spricht. Private Interessen, die es gebieten, von einer Veröffentlichung abzusehen, sind somit keine ersichtlich.

4.4 Insofern kann der Vorinstanz kein Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden, indem sie entschieden hat, dass die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 grundsätzlich zu veröffentlichen ist. Die Beschwerde ist entsprechend im Hauptpunkt abzuweisen.

5.

5.1 Im Eventualpunkt beantragt die Beschwerdeführerin die Publikation der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 ausschliesslich unter Abdeckung folgender Passagen:

Rz. 3: [...]

Rz. 4: [...]

Rz. 5: [...]

Rz. 9: [...]

Rz. 10: [...]

Rz. 11: [...]

Rz. 14: [...]

Rz. 16: [...]

Rz. 18: [...]

Rz. 23: [...]

Rz. 24: [...]

Rz. 25: [...]

Rz. 26: [...]

Rz. 27: [...]

Die Beschwerdeführerin begründet diese Abdeckungsanträge damit, dass die Passagen detaillierte Informationen zum Verhandlungsablauf – mithin Zeitraum, Ablauf und Ergebnis der Verhandlungen – zwischen ihr und A. _____ enthielten. Diese seien weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsachen. Insbesondere seien sie nicht durch den Artikel der Online-Zeitung "Cash" der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden. Sie habe auch den Willen, diese Informationen geheim zu halten, sei sie doch dazu mit A. _____ eine Vertraulichkeitsvereinbarung eingegangen. Ihr Geheimhaltungswille sei auch berechtigt, da der Öffentlichkeit der Eindruck vermittelt werde, dass [...], was nicht zutrefte. Diese Informationen hätten direkten Einfluss auf die Verhandlungen betreffend dieselben Rechte mit anderen Interessenten, da sie ihre Verhandlungsposition namentlich in Bezug auf die Preise schwächen könnten. Entsprechend hätten die Informationen einen wirtschaftlichen Wert.

Die Vorinstanz hält dagegen, die angefochtene Verfügung gebe keine konkreten Daten wieder, wann tatsächlich Verhandlungsrunden stattgefunden hätten. Es seien zwar Rückschlüsse möglich, zu welchem Zeitpunkt die Verhandlungen zumindest noch andauert hätten. Es sei aber nicht ersichtlich, inwiefern der Zeitpunkt und die Dauer der Verhandlungen Auswirkungen auf ihr Geschäftsergebnis haben könnten. Zudem habe A. _____ den Umstand, dass [...], nicht als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

5.1.1 Was die Vertragsverhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und A._____ betrifft, ergibt sich aus deren Vertraulichkeitsvereinbarung vom 12. September 2017 ein Geheimhaltungswille. Denn darin haben sich die Parteien gegenseitig verpflichtet, ohne Einwilligung der anderen Partei keine Informationen über Diskussionen und Verhandlungen über [...] zu offenbaren (Beschwerdebeilage 11, Ziff. 8 i.V.m. Ziff. 1.1).

5.1.2 Weiter ist zu prüfen, ob trotz des festgestellten Geheimhaltungswillens Informationen zu den Verhandlungen an die Öffentlichkeit gelangt respektive allgemein zugänglich sind. In einem Artikel der online-Zeitung "Cash" [...] (Beschwerdebeilage 10) wurde Folgendes festgehalten:

"[...]".

Aufgrund dieses Zeitungsartikels ist der Umstand, dass zwischen der Beschwerdeführerin und A._____ Verhandlungen im Zusammenhang mit [...] stattfanden, bereits bekannt. Den Zitaten, welche diesen Umstand zum Thema haben (namentlich Rz. 3, 9 und 26 der Zwischenverfügung vom 28. März 2019), fehlt es daher an der relativen Unbekanntheit.

5.1.3 Schliesslich ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin auch ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) betreffend die übrigen von ihr markierten Textpassagen hat.

Einigen Textpassagen ist zu entnehmen, dass A._____ und letztlich auch die Vorinstanz von [...] ausgehen (Rz. 11, 24 und 25 der Zwischenverfügung vom 28. März 2019). Dies trifft aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht zu, was sie bereits vor der Vorinstanz kundgetan hat. Auch diese gegenteilige Ansicht über den Erfolg der Verhandlungen ist in der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 festgehalten (Rz. 14). Insofern geht aus der Zwischenverfügung hervor, dass sich die Vorinstanz, A._____ und die Beschwerdeführerin über den Stand der Verhandlungen uneinig sind, nicht aber, welches der tatsächliche Verhandlungsstatus ist.

Selbst wenn der tatsächliche Verhandlungsstatus aus der Zwischenverfügung herausgelesen werden könnte, könnte der Beschwerdeführerin kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an den entsprechenden Passagen (Rz. 11, 14, 24 und 25) zugestanden werden. Denn sie macht geltend, das Wissen eines Interessenten um den Verhandlungsstatus hätte Auswirkungen auf dessen Zahlungsbereitschaft und entsprechend einen wirtschaftlichen Wert. Mit anderen Worten argumentiert sie, dass ihr im Fall der Ge-

heimnisverletzung ein Vermögensschaden entstehen würde. Ein Vermögensschaden begründet indessen noch nicht per se ein objektives Geheimhaltungsinteresse, da er auch bei Verletzung ökonomischer Individualinteressen entstehen kann, die nicht im Interesse des funktionsfähigen Wettbewerbs liegen (RAMON MABILLARD, in: Jung/Spitz [Hrsg.], SHK-UWG, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 6, Rz. 11; vgl. auch: BANGERTER, BSK-KG, Art. 25, Rz. 54). Im vorliegenden Fall würden lediglich derartige ökonomische Individualinteressen verletzt.

Fraglich ist zudem, ob ein berechtigtes Interesse besteht, die Dauer von Verhandlungen geheim zu halten. Aus Rz. 25 der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 ergibt sich, dass [...] war. In Rz. 11 wird konkretisiert, dass die Verhandlungen [...] lang gedauert haben. Wie häufig sich die Verhandlungspartner in dieser Zeit zu Sitzungen getroffen oder anderweitig kontaktiert haben, wird weder in diesen noch in anderen Passagen erwähnt. Ohne diese Information können andere potentielle Vertragspartner nicht abschätzen, wie intensiv die Verhandlungen geführt wurden. Ohnehin ist nicht ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert, inwiefern das Wissen allfälliger zukünftiger Verhandlungspartner über die [...] Verhandlungsdauer Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis respektive die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin hätte. Im Falle der Offenlegung der Passagen in Rz. 11 und 25 würde demnach, wenn überhaupt, bloss ökonomische Individualinteressen verletzt, die kein objektives Geheimhaltungsinteresse begründen können.

Bei den Passagen in Rz. 4, 5, 10, 16 und 18 geht es generell, ohne direkten Bezug zu den Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und A._____, um den Entscheid, ob die Voraussetzungen von Art. 43 KG bei A._____ erfüllt sind. Mithin sind keine geschäftlich relevanten Informationen erkennbar, weshalb ein objektives Geheimhaltungsinteresse zu verneinen ist.

Die Rz. 23, 25, 26 und 27 enthalten Hinweise auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen. Da mit diesen Hinweisen weder eine Vorverurteilung der Beschwerdeführerin einhergeht (vgl. vorangehende E. 4.3) noch geschäftsrelevante Informationen offengelegt werden, fehlt es auch bei diesen Passagen an einem objektiven Geheimhaltungsinteresse.

5.1.4 Insgesamt ist festzustellen, dass an den von der Beschwerdeführerin markierten Passagen der Zwischenverfügung vom 28. März 2019 kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (mehr) besteht. Namentlich enthält

die Verfügung entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine detaillierten Informationen zum Verhandlungsablauf zwischen der Beschwerdeführerin und A._____.

5.2 Somit erweist sich die Beschwerde auch im Eventualstandpunkt als unbegründet und ist abzuweisen. Die Vorinstanz ist somit berechtigt, die Zwischenverfügung vom 28. März 2019 in der Version zu veröffentlichen, die sich im Anhang der angefochtenen Publikationsverfügung befindet.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.– festgesetzt.

Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und zu ihrer Bezahlung der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0260; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Kathrin Bigler Schoch

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: 3. März 2020