
2021 IV/5

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. AG gegen Wettbewerbskommission
B-2548/2019 vom 21. September 2020

Kartellrecht. Publikation einer Stellungnahme des Sekretariats der WEKO zu einem geplanten Unternehmenszusammenschluss.

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

- 1. Zuständigkeit und Modalitäten für die Beurteilung von geplanten Unternehmenszusammenschlüssen (E. 5).**
- 2. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Publikation einer Stellungnahme des Sekretariats der WEKO zu einem auf-lagen- und bedingungslos genehmigten Vorhaben eines Unterneh-menszusammenschlusses (E. 6).**
- 3. Art. 48 Abs. 1 KG stellt eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation einer Stellungnahme zu einem auf-lagen- und be-dingungslos genehmigten Vorhaben eines Unternehmenszusam-menschlusses dar (E. 7).**

Droit des cartels. Publication d'un avis du secrétariat de la COMCO sur un projet de concentration d'entreprises.

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

- 1. Compétence et modalités relatives à l'appréciation de projets de concentration d'entreprises (consid. 5).**
- 2. Nécessité d'une base légale pour la publication d'un avis du secré-tariat de la COMCO sur un projet de concentration d'entreprises approuvé sans charges ni conditions (consid. 6).**
- 3. L'art. 48 al. 1 LCart constitue une base légale suffisante pour la publication d'un avis sur un projet de concentration d'entreprises approuvé sans charges ni conditions (consid. 7).**

Diritto dei cartelli. Pubblicazione di un parere della segreteria della COMCO su un progetto di concentrazione di imprese.

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

1. **Competenza e modalità per la valutazione di progetti di concentrazioni di imprese (consid. 5).**
2. **Necessità di una base legale per la pubblicazione di un parere della segreteria della COMCO su un progetto di concentrazione di imprese approvato senza oneri né condizioni (consid. 6).**
3. **L'art. 48 cpv. 1 LCart costituisce una base legale sufficiente per la pubblicazione di un parere su un progetto di concentrazione di imprese approvato senza oneri né condizioni (consid. 7).**

Am 20. Februar 2018 meldeten die D. AG und die A. AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) ihr Vorhaben, ihre Unternehmen zusammenzuschliessen.

In ihrer Stellungnahme vom 13. August 2018 kam die WEKO (nachfolgend auch: Vorinstanz) nach durchgeführter Prüfung des Unternehmenszusammenschlussvorhabens von D. und A. zum Schluss, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne.

Mit E-Mail vom 21. August 2018 setzte das Sekretariat der Vorinstanz (nachfolgend: Sekretariat) A. in Kenntnis, es werde die Stellungnahme vom 13. August 2018 nach erfolgter Bereinigung betreffend die Geschäftsgeheimnisse in der Reihe « Recht und Politik des Wettbewerbs » (RPW) veröffentlichen.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2018 wies A. das Sekretariat auf die fehlende Befugnis hin, die Stellungnahme vom 13. August 2018 gegen den Willen der Parteien zu publizieren. Auf die Veröffentlichung sei gänzlich zu verzichten. Falls das Sekretariat anderer Auffassung sei, bitte sie betreffend Letzteres um eine entsprechende Mitteilung beziehungsweise Begründung. Nach deren Prüfung werde sie allenfalls um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung bitten.

Nach dem Unternehmenszusammenschluss teilte die Beschwerdeführerin (X. AG) – welche eine Tochtergesellschaft von A. ist – dem Sekretariat mit Schreiben vom 31. Januar 2019 mit, dass die Stellungnahme vom 13. August 2018 ohne ihre vorgängige und ausdrückliche Zustimmung nicht veröffentlicht werden dürfe. Falls Differenzen zwischen ihr und der Vorinstanz bezüglich des zur Veröffentlichung bestimmten Textes bestehen sollten, müsse die Vorinstanz eine anfechtbare Verfügung erlassen.

Am 8. April 2019 verfügte die Vorinstanz, dass ihre Stellungnahme vom 13. August 2018 in der der Verfügung angehängten Form publiziert werde. Die Verfahrenskosten von Fr. 20 062.50 würden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Das Sekretariat stellte der Beschwerdeführerin die vorerwähnte Verfügung mit Schreiben vom 25. April 2019 zu. In diesem Begleitschreiben teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf Art. 48 Abs. 1 KG (SR 251) mit, sie beabsichtige, die Publikationsverfügung in der RPW zu publizieren.

Gegen die Verfügung vom 8. April 2019 reichte die Beschwerdeführerin am 27. Mai 2019 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht ein. Die Beschwerdeführerin beantragte namentlich, der Vorinstanz sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu untersagen, die Stellungnahme vom 13. August 2018 zu publizieren und/oder Dritten zugänglich zu machen.

Die Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wurde. Die angefochtene Publikationsverfügung vom 8. April 2019 wurde insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung der Stellungnahme der WEKO vom 13. August 2018 in der Version vorsah, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befand. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wurde ebenfalls aufgehoben. Der Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 2C_874/2020 vom 19. Oktober 2021 bestätigt.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die WEKO einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Bst. a) und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Bst. b).

5.2 Laut Art. 33 Abs. 3 KG führt die WEKO die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlussvorhabens innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände daran gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind. Nach Art. 34 Satz 2 KG

gilt, wenn die WEKO innerhalb der vorerwähnten, in Art. 33 Abs. 3 KG genannten Frist keine Entscheidung trifft, der Zusammenschluss als zugelassen, es sei denn, die WEKO stelle mit einer Verfügung fest, bei der Prüfung durch besagte Umstände gehindert worden zu sein.

5.3 Mit der Stellungnahme vom 13. August 2018 wurde die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens D./A. abgeschlossen und festgestellt, dass der Unternehmenszusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden könne. Vorliegend ist unstrittig, dass die Vorinstanz für den Erlass dieser Stellungnahme zuständig gewesen ist. Gemäss deren Rubrum wurde Letztere in der Besetzung von sieben Mitgliedern der Vorinstanz unter dem Vorsitz von deren Präsidenten beschlossen. Es handelt sich somit um einen Beschluss der Vorinstanz, welcher gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG *e contrario* erfolgt ist.

Streitig und zunächst zu prüfen ist vorliegend, ob die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Veröffentlichung dieser Stellungnahme angeordnet hat.

6.

6.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Diese Verfassungsnorm statuiert somit den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akte auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen, Letzterer, dass sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtsetzende Organe die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (zum Ganzen: Urteile des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.1 und B-4685/2013 vom 25. Februar 2014 E. 10.1; vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 5 N. 8; BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 18 ff.). So hat das für den Rechtsstaat zentrale Legalitätsprinzip zum Zweck, die gesamte staatliche Tätigkeit an Normen zu binden, die für alle gelten. Diese Bindung an Rechtssätze, die vor ihrem Inkrafttreten zu publizieren sind, dient der Rechtssicherheit. Staatliches Handeln wird dadurch voraussehbar und der Einzelne kann sich danach richten (zum Ganzen: HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 171; Urteil B-5117/2016 E. 4.1).

6.2 Die Wettbewerbsbehörden können im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (Urteile des BVGer B-5117/2016 E. 4.2 und B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 20; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 379; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 1 und 24). Eine gesetzliche Grundlage ist unbestrittenermassen insbesondere für die Publikation einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher befunden wird, dass ein solcher Zusammenschluss ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, erforderlich.

7.

7.1 Die Vorinstanz begründet die Publikation der streitgegenständlichen Stellungnahme mit Art. 48 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 35 des Geschäftsreglements WEKO vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO, SR 251.1), die sie als ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Publikation erachtet ([...]). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass für die Publikation eine Rechtsgrundlage in Art. 48 KG bestehe ([...]). Art. 48 Abs. 1 KG normiert die Publikation von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden, dessen Abs. 2 diejenige von Gerichtsurteilen.

Demzufolge ist nachstehend zu prüfen, ob Art. 48 Abs. 1 KG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung einer Stellungnahme im Rahmen des Abschlusses eines Prüfungsverfahrens eines Unternehmenszusammenschlusses darstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn diese Gesetzesbestimmung dahingehend ausgelegt werden kann.

7.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Rechtsnorm, wobei bei Erlassen des Bundesrechts die Fassungen in den drei Amtssprachen gleichwertig sind. Der Wortlaut (bzw. die grammatikalische Auslegung) ist jedoch nicht allein massgebend. Von ihm kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus dem Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung), der Entstehungsgeschichte beziehungsweise dem Willen des Gesetzgebers (historische Auslegung) und/oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematische Auslegung) ergeben (statt vieler: BGE 140 II 80 E. 2.5.3 und BVGE 2015/21 E. 5.2.1, je m.w.H.; ausführlich zu den

einzelnen Methoden: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 60 ff.). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (statt vieler: BGE 131 II 13 E. 7.1 m.w.H.). Es sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 175 ff.). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung am ehesten entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3; BVGE 2007/41 E. 4.2; zum Ganzen statt vieler: Urteile des BVGer A–5205/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 1.5 und B–3706/2014 vom 28. November 2017 E. 2.1.2.1, je m.w.H.).

7.3 Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, das heisst unter anderem die Vorinstanz und ihr Sekretariat (vgl. etwa Urteil B–5117/2016 E. 5.7.2; ODERMATT/HOLZMÜLLER, in: KG-Kommentar, 2018, Art. 48 N. 5; TERCIER/MARTENET, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 48 KG N. 13), ihre Entscheide veröffentlichen. Sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N. 22 f.; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.2; Urteil B–5117/2016 E. 5.3).

7.4 Was die grammatikalische Auslegung anbelangt, sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG – wie auch der französische Wortlaut nahelege – unter anderem Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG, so etwa Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, wo es um eine solche Sanktionsverfügung ging). Das Bundesgericht lässt offen, welche anderen Verwaltungsakte der Wettbewerbsbehörden ebenfalls als Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten sind (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.2; zum Ganzen: Urteil B–5117/2016 E. 5.4).

7.4.1 Der französische Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG, auf welchen sich das Bundesgericht in BGE 142 II 268 E. 4.2.2 beruft, spricht von « décisions » und der italienische von « decisioni ». Aus diesen Begriffen lässt sich nicht ableiten, dass es sich bei einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher festgestellt wird, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, um einen « Entscheid » im Sinn dieser Gesetzesbestimmung handelt.

7.4.2 Soweit ersichtlich, geht weder aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch aus der Lehre unmittelbar hervor, dass es sich bei solchen Stellungnahmen um « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Nachfolgend ist deshalb vertieft zu prüfen, ob solche Stellungnahmen allenfalls in weiterer Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen als « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG qualifiziert werden können oder nicht.

7.5 Dabei ist zunächst in systematischer Auslegung zu prüfen, was unter diesem Begriff « Entscheide » im Zusammenhang mit den streitbetreffenden Stellungnahmen genau zu verstehen ist.

7.5.1 Art. 30 KG, der ausdrücklich vom « Entscheid » beziehungsweise, gemäss dem französischen / italienischen Gesetzeswortlaut, von der « décision » / « decisione » handelt, betrifft die Entscheide über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen einer « Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen », die in Art. 26–31 KG geregelt sind (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Mit einer Stellungnahme, in welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben geprüft und mit welcher festgestellt wird, dass dieses ohne Einschränkungen und Auflagen vollzogen werden kann, wird jedoch die Beurteilung eines Zusammenschlusses gemäss Art. 10 KG abgeschlossen. Dieser Art. 10 KG ist Teil des für Unternehmenszusammenschlüsse geltenden materiellen Rechts, das in Art. 9–11 KG normiert wird. Das Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist in Art. 32–38 KG geregelt. Art. 26–31 KG gelangen bei diesen Zusammenschlüssen nicht zur Anwendung. Somit können die Stellungnahmen, die im Lauf dieser Prüfung ergehen, keine « Entscheide » im Sinn von Art. 30 KG sein.

7.5.2 Abgesehen von Art. 30 Abs. 1 KG findet sich im KG keine weitere definitorische Festlegung des Begriffs « Entscheid ».

7.5.3 In den Art. 32 ff. KG ist allerdings mehrmals davon die Rede, dass die WEKO darüber « entscheidet », ob nach Meldung eines Unternehmenszusammenschlusses eine Prüfung durchzuführen ist (Art. 32 Abs. 1 KG) beziehungsweise ob zu Beginn der Prüfung der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann (Art. 33 Abs. 2 KG). Ferner gilt nach Art. 34 Satz 2 KG ein Unternehmenszusammenschluss grundsätzlich als zugelassen, wenn die WEKO innerhalb der in Art. 33 Abs. 3 KG genannten Frist keine « Entscheidung » trifft (E. 5.2).

Folgt man diesem Wortlaut, gelten hier auch Zulassungen durch Unbedenklichkeitserklärung oder auflagen- und bedingungslos genehmigte Unternehmenszusammenschlüsse als « Entscheidung » der Vorinstanz. Ob es sich hierbei um « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt, geht aus Art. 34 Satz 2 KG zwar nicht hervor. Nach Ansicht von ODERMATT/HOLZMÜLLER spricht die Verwendung des Verbs « entscheiden » aber dafür, dass auch die Ergebnisse von Zusammenschlusskontrollen unter Art. 48 Abs. 1 KG fallen (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 7 f.). TERCIER/MARTENET sprechen sich zumindest nicht ausdrücklich gegen eine solche Veröffentlichungspraxis aus (TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N. 16).

7.5.4 In einer Gesamtbetrachtung der systematischen Auslegung spricht das eben in E. 7.5.3 Gesagte eher dafür, dass es sich bei den streitbetreffenden Stellungnahmen um « Entscheide » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.6 Als Nächstes ist in historischer Auslegung zu prüfen, ob aus den Materialien des KG hervorgeht, dass es sich bei einer Stellungnahme, mit welcher ein Unternehmenszusammenschlussvorhaben auflagen- und bedingungslos genehmigt wird, um einen « Entscheid » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.6.1 Laut der Botschaft zum Gesetzesentwurf von Art. 48 KG (dieser Entwurf findet sich in: BBl 1995 I 638 ff., nachfolgend: KG E) sind die Wettbewerbsbehörden ermächtigt, ihre Entscheide zu veröffentlichen (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 618). Was hierbei als Entscheid zu gelten hat, wird in der Botschaft nicht erläutert (zum Ganzen: Urteil B-5117/2016 E. 5.5.1).

7.6.2 Gemäss Botschaft fällt die Vorinstanz über einen genehmigungspflichtigen Zusammenschluss eine ausdrückliche oder fingierte Entscheidung (vgl. BBl 1995 I 468, 609 f.). Was die letztere Entscheidungsweise anbelangt, weist die Botschaft darauf hin, dass der Zusammenschluss gemäss Art. 34 KG E als genehmigt gilt, falls die WEKO innerhalb der Fristen von Art. 32 Abs. 1 oder Art. 33 Abs. 3 KG E keine Entscheidung trifft (BBl 1995 I 468, 610 Fn. 212). In diesem Sinn spricht die Botschaft von (Genehmigungs-)Entscheiden der Vorinstanz (vgl. BBl 1995 I 468, 584, 610 und 613). Für die Publikation einer im Fusionskontrollverfahren

ergangenen Entscheidung der Wettbewerbsbehörden bestehe ein Regelungsbedarf (BBl 1995 I 468, 607). Ob es sich um Entscheidungen im formellen Sinn handelt, geht aus der Botschaft nicht hervor. Art. 33 Abs. 4 KG E, welcher von einem Entscheid in Form einer formellen Verfügung ausging, wurde im Gesetzgebungsprozess gestrichen (vgl. PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 33 N. 3 Fn. 2; BORER/KOSTKA, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, Art. 33 N. 3). Weitere Entscheide der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen sind in der Botschaft des Bundesrats und dem KG-Entwurf nicht vorgesehen.

7.6.3 Die historische Auslegung lässt damit offen, ob es sich bei einer Stellungnahme, mit welcher die Vorinstanz einen Unternehmenszusammenschluss auflagen- und bedingungslos genehmigt, um einen « Entscheid » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt.

7.7 Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob mittels teleologischer Auslegung von Art. 48 KG, welche auf Zweck und Ziel der Rechtsnorm abstellt (vgl. ANDREAS KLEY, Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts, Anwaltsrevue 3/2001 S. 17), behauptet werden kann, dass die fragliche Stellungnahme ein « Entscheid » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG ist.

7.7.1 Die Veröffentlichung von « Entscheiden der Wettbewerbsbehörden » verfolgt laut Bundesgericht im Wesentlichen drei Zwecke (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1–4.2.5.3 m.H.; zu den Zwecken auch: ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 N. 14 ff.; TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N. 7 ff.; zum Ganzen ferner: Urteil B–5117/2016 E. 5.7.3):

Sie dient *erstens* der Prävention und der Rechtssicherheit: So haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, Verfügungen und Entscheide der Öffentlichkeit und namentlich den Unternehmern zur Kenntnis zu bringen (u.a. quasi als Warnung), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen insbesondere wegen einer geringen Anzahl höchstrichterlicher Entscheide und zum anderen auch angesichts einer – aufgrund der zu beantwortenden komplexen Fragen – langen Verfahrensdauer besonders angezeigt. Bei einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben geht es zwar individuell-konkret allein um die beteiligten Unternehmen. Jedoch dient bereits die allgemein-abstrakte Pflicht zur Meldung solcher Vorhaben (Art. 9 KG) der Prävention und der Rechtssicherheit. Denn gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG

kann die WEKO den Zusammenschluss – wie hiervor erwähnt (E. 5.1) – untersagen oder ihn unter bestimmten Voraussetzungen mit Bedingungen und Auflagen zulassen. Die publizierte Beurteilungspraxis von Zusammenschlüssen durch die WEKO kann von den Unternehmern konsultiert werden und schafft so Rechtssicherheit für andere zusammenschlusswillige Unternehmen. Letztere können aufgrund dieser Kenntnis leichter abschätzen, ob ein von ihnen selbst geplanter Zusammenschluss voraussichtlich zugelassen wird oder nicht. Insoweit ist davon auszugehen, dass es die Unternehmen interessieren dürfte, wie die Vorinstanz die Prüfung solcher Zusammenschlussvorhaben im Einzelfall vornimmt.

Zweitens dient sie auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung: Insofern trägt das KG – zusammen mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) und dem DSG (SR 235.1) – dazu bei, den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen mit dem Ziel, die demokratische Legitimation der öffentlichen Institutionen und das Vertrauen der Bürger in diese zu stärken sowie die Kontrolle der Verwaltung zu verbessern. Es geht also mithin auch darum, das Publikum über das Ergebnis der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlussvorhabens zu informieren und namentlich auch jene Fälle öffentlich bekannt zu machen, in denen entschieden wurde, dass ein solcher Zusammenschluss auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde. Dieser Teilzweck könnte möglicherweise zwar auch mit einer Veröffentlichung allein der Namen der beteiligten Unternehmen und des Prüfungsergebnisses mit einer kurzen summarischen Begründung erreicht werden. Jedoch hätte dies wohl nicht die gleiche Wirkung. Zudem könnte hierbei nicht nachvollzogen werden, welche Aspekte und materiellen Befunde für das Prüfungsergebnis ausschlaggebend waren. Gerade wenn sich – wie vorliegend – die Frage stellt, ob die Parteien, die einen solchen Zusammenschluss planen, marktbeherrschend sind und ob eine allfällige marktbeherrschende Stellung im konkret zu beurteilenden Fall wirksamen Wettbewerb zu beseitigen vermag, enthält die Stellungnahme der Vorinstanz diesbezüglich aufschlussreiche Ausführungen. Die allfällige Annahme einer marktbeherrschenden Stellung durch die Vorinstanz im Rahmen ihrer Stellungnahme kann dabei für die Zusammenschlussparteien selbstredend keine präjudizielle Wirkung entfalten.

Drittens sollen mit der Veröffentlichung die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen Behörden sowie Bundesbehörden über

die Praxis der Spezialisten informiert werden. Bei allfälligen künftigen zivilrechtlichen Ansprüchen aus Wettbewerbsbehinderungen nach Massgabe von Art. 12 in Verbindung mit Art. 7 KG oder im Rahmen anderer künftiger Verwaltungsverfahren (z.B. nach dem Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]) betreffend die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist nicht auszuschliessen, dass die dannzumal zuständigen Behörden ein Bedürfnis haben könnten, die Stellungnahme der WEKO zum Unternehmenszusammenschlussvorhaben konsultativ beizuziehen. Dies auch – beziehungsweise im Interesse der betroffenen Unternehmen – gerade wenn das Zusammenschlussvorhaben auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde.

Damit decken sich Sinn und Zweck der Veröffentlichung von vorinstanzlichen Stellungnahmen zu einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben, selbst wenn es auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde, weitgehend mit der Intension hinsichtlich der Publikation formeller Verfügungen der Vorinstanz und weiterer vorinstanzlicher Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG wie etwa Schlussberichte einer Vorabklärung.

7.7.2 Es kann demgemäss festgehalten werden, dass die streitbetreffene Stellungnahme in teleologischer Auslegung (dazu E. 7.7.1) als ein « Entscheid » im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG betrachtet werden kann.

7.8 Nach dem Gesagten stellt Art. 48 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall – im Licht einer systematischen (E. 7.5) und teleologischen Auslegung (E. 7.7) – eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation einer Stellungnahme zu einem Unternehmenszusammenschlussvorhaben, welches auflagen- und bedingungslos genehmigt wurde, dar.

Demnach kann in casu offenbleiben, ob es sich bei der strittigen Stellungnahme allenfalls um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG handelt.

8.

Darüber hinaus kann vorliegend auch offenbleiben, ob die hier strittige Stellungnahme auch gestützt auf anderweitige Rechtsgrundlagen wie namentlich Art. 49 KG, welcher entsprechende Informations- beziehungsweise Berichterstattungspflichten normiert, Art. 22 f. der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) oder Art. 35 GR-WEKO rechtmässig publiziert werden könnte. Nur am Rande sei hier bemerkt, dass es sich bei Verordnungen wie beispielsweise der VKU und bei Reglementen wie dem GR-WEKO nicht um Gesetze im formellen Sinn, das heisst um einen vom

Parlament erlassenen Rechtsakt handelt (vgl. Urteil B-5117/2016 E. 6; BREMER/STEBLER, Der Verfügungsantrag im Kartellverwaltungsverfahren: Die Schranken der Informationstätigkeit der Wettbewerbsbehörden, sic! 2017 S. 349 f.). Solche Normierungen dürften als gesetzliche Grundlage für die hier fragliche Publikation schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht ausreichen (vgl. [...]).