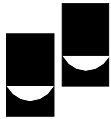


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-4221/2008
{T 1/2}

Urteil vom 28. September 2009

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz), Richter Francesco Brentani, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

Arkosol AG, c/o Zelo Verwaltungs- und Immobilien AG,
Saumhalde 5, 9102 Herisau,
vertreten durch Herrn Dr. iur. Heinrich Hempel,
Schiller Denzler Dubs Rechtsanwälte, Kasinostrasse 2,
8401 Winterthur,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

unzulässige Wettbewerbsabrede.

Sachverhalt:

A.

Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 56 vom 22. März 1999 Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) nach dem selektiven Verfahren gemäss Art. 15 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) aus und lud die vier in Bern domizilierten Unternehmen Isotech AG, Renesco AG, Betosan AG und Weiss + Appetito AG zur Offertstellung ein. Die am 3. bzw. 5. September 1999 eingereichten Angebote bewegten sich zwischen Fr. 2'222'916.- (Isotech AG) und Fr. 1'911'472.- (Weiss + Appetito AG). Da die eingegangenen Offerten beträchtlich über dem Kostenvoranschlag von Fr. 900'000.- lagen, holte das BBL bei der Batigroup AG in Zürich eine Vergleichsofferte ein. Diese belief sich auf Fr. 1'294'039.-.

Nachdem das BBL am 10. Dezember 1999 das Sekretariat der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB) über seinen Verdacht des Vorliegens einer Preisabsprache unter den vier Anbietern informiert hatte, setzte die erwähnte Stelle am folgenden Tag die Wettbewerbskommission (WEKO) davon in Kenntnis. Das Sekretariat der WEKO eröffnete am 13. Januar 2000 eine kartellrechtliche Untersuchung gegen die Isotech AG, die Renesco AG, die Betosan AG sowie die Weiss + Appetito AG.

Am 27. März 2000 brach das BBL das Submissionsverfahren ab und vergab die Betonsanierungsarbeiten am 28. März 2000 im freihändigen Verfahren an die Batigroup AG. Die entsprechenden Verfügungen wurden nicht angefochten.

Am 17. Dezember 2001 erliess die WEKO eine Verfügung, in welcher festgestellt wurde, dass die Isotech AG, die Renesco AG, die Betosan AG sowie die Weiss + Appetito AG mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der SLB eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) getroffen hätten. Auch wurde den Parteien in der erwähnten Verfügung verboten, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen

oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Art. 5 KG aufeinander abzustimmen.

Zur Begründung erwog die WEKO im Wesentlichen, es liege eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der vier Offerenten vor. Diese lasse sich durch eine Reihe von Indizien nachweisen. Es sei davon auszugehen, dass die Offerte der Batigroup AG auf identischen Ausschreibungsunterlagen beruhe. Der Einwand der anbietenden Firmen, die Batigroup AG habe die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt, stehe im Widerspruch zu den Ausführungen des BBL.

B.

Gegen diese Verfügung erhoben die Betosan AG, die Weiss + Appetito AG, die Renesco AG und die Hela AG (vormals Isotech AG) (Beschwerdeführerinnen) am 31. Januar 2002 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie stellten den Antrag, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei festzustellen, dass sie anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der SLB keine Wettbewerbsabreden getroffen hätten. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, sie hätten während des gesamten Submissionsverfahrens keinerlei Preisabsprachen irgendwelcher Art getroffen und auch das Verhalten in Bezug auf die Preisbildung nicht koordiniert. Die Indizienqualität der angeblichen Verdachtsgründe müsse verneint werden, da die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt grösstenteils nicht abgeklärt habe.

Mit Entscheid vom 22. Dezember 2004 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde gut und hob die angefochtene Verfügung der WEKO vom 17. Dezember 2001 auf. Zur Begründung führte die Rekurskommission im Wesentlichen aus, Gegenstand der am 13. Januar 2000 eröffneten Untersuchung und der am 17. Dezember 2001 verfügten Massnahmen sei "ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten" der Parteien. Wie sich aus dem klaren Wortlaut des Kartellgesetzes und der Botschaft des Bundesrates zur Änderung dieses Gesetzes ergebe, habe nach bisher geltendem Recht der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aber aktuell und konkret sein müssen; es habe keine Möglichkeit bestanden, ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn Unternehmen ihr

kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgegeben hätten. Das Aufgreifen von Vergangenheitsverhalten (sog. Vergangenheitskartellen) sei bis anhin nicht zulässig gewesen und sei eines der zentralen Ziele der Revision gewesen. Die WEKO habe nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung entfalte. Überdies hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, auch die Sachverhaltsabklärungen und die Begründung der WEKO seien in mehrfacher Hinsicht problematisch, und die Voraussetzungen für die streitige Anordnung der WEKO wären mangels ungenügender Sachverhaltsabklärung auch materiell nicht gegeben gewesen.

C.

Gegen den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004 erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) am 31. Januar 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Dabei beantragte es die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Bestätigung der Verfügung der WEKO vom 17. Dezember 2001. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu materieller Entscheidung an die Rekurskommission zurückzuweisen. Zur Begründung hielt das EVD im Wesentlichen fest, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen habe Art. 27 Abs. 1 KG in der bis 31. März 2004 gültigen Fassung falsch ausgelegt. Ihrer Auffassung könne insofern nicht gefolgt werden, als nach dieser Bestimmung nicht nur eine aktuell unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, sondern auch ein vergangener Wettbewerbsverstoss bzw. auch ein bereits eingestelltes kartellrechtswidriges Verhalten Gegenstand einer Untersuchung bilden könne. Dies ergebe sich insbesondere aus dem französischen und dem italienischen Gesetzestext.

Mit Vernehmlassung vom 18. März 2005 beantragten die Beschwerdeführerinnen (in ihrer Rolle als Beschwerdegegnerinnen im Verfahren vor Bundesgericht), auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des EVD sei nicht einzutreten; eventuell sei sie abzuweisen.

Am 3. Februar 2005 teilte die WEKO mit, sie verzichte auf die Einreichung einer Stellungnahme und schliesse sich den Anträgen und der Begründung des EVD an.

Mit Eingabe vom 1. März 2005 erklärte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ihren Verzicht auf Vernehmlassung.

Mit Urteil vom 22. August 2005 hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gut, hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück. Dabei erwog das Bundesgericht im Wesentlichen, der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen beruhe auf einer unzutreffenden, engen Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG (in der ursprünglichen Fassung), verletze dadurch Bundesrecht und sei aufzuheben. Im Weiteren hielt es fest, das EVD äussere sich in seiner Beschwerde nicht zur Frage der ungenügenden Sachverhaltsabklärung und widerspreche den diesbezüglichen Einwendungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht. Dem Antrag des EVD auf Bestätigung des Entscheids der WEKO könne daher nicht gefolgt werden. Gutzuheissen sei jedoch der Eventualantrag des EVD auf Rückweisung der Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Rekurskommission.

D.

Mit Entscheid vom 22. November 2005 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde teilweise gut, hob die Verfügung der WEKO vom 17. Dezember 2001 auf und wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Sie erwog dabei im Wesentlichen, eine Rückweisung sei im vorliegenden Fall unbedingt erforderlich, da es mangels Entscheidreife der Streitsache nicht Aufgabe der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sein könne, als Gerichtsinstantz versäumte Untersuchungshandlungen von derart grosser Tragweite nachzuholen sowie selbst vorzunehmen und – in Abweichung von der funktionalen Zuständigkeitsordnung – als Erstinstanz über die noch zu ermittelnden Besonderheiten des abgebrochenen Submissionsverfahrens, insbesondere über die noch offenen Beweisfragen, zu befinden.

E.

Durch Verfügung vom 19. November 2007, deren Dispositiv am 5. Dezember 2007 vorab verschickt und die mit Begleitschreiben vom 22. Mai 2008 eröffnet wurde, stellte die WEKO die Untersuchung Nr. 22-0236 gegen die Hela AG, die Arkosol AG (vormals Renesco AG), die Betosan AG sowie die Weiss+Appetito AG ohne Kostenfolge ein. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, bereits im Zeitpunkt des Entscheides der Rekurskommission vom 22. November 2005 sei deutlich geworden, dass eine zuverlässige Kostenschätzung während der fraglichen Submission zu keinem Zeitpunkt erstellt worden sei. Auch die erneute Untersuchung habe ge-

zeigt, dass nach zehn Jahren keiner der am Vergabeverfahren Beteiligten, auch nicht das BBL, in der Lage gewesen sei, Beweiselemente zu liefern, die es der WEKO erlaubt hätten, eine zuverlässige Kostenschätzung zu erstellen. Die dargelegte Indizienkette lege zwar eine Wettbewerbsbeschränkung nahe, aber es liessen sich nachträglich keine detaillierten und nach Leistungspositionen ausgewiesene Kostenschätzungen beweisen, welche gemäss Rekurskommission im vorliegenden Fall für den Nachweis einer Submissionsabsprache unabdingbar seien. Daher werde das Verfahren gegen die Hela AG, die Arkosol AG, die Betosan AG sowie die Weiss+Appetito AG mangels dieses Beweises eingestellt.

F.

Gegen diese Einstellungsverfügung erhob die Arkosol AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 23. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass in der Untersuchung Nr. 22-0236 (Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)) gegen die Hela AG [...], Arkosol AG [...], Betosan AG [...] sowie Weiss + Appetito AG [...] entgegen der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2001 [recte: 17. Dezember 2001] ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht erstellt wurde;
2. es sei
 - a) festzustellen, dass die Begründung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 persönlichkeitsverletzend ist;
 - b) der Beschwerdegegnerin zu untersagen, die Begründung der Verfügung vom 19. November 2008 [recte 2007] zu veröffentlichen oder anderweitig Dritten bekanntzugeben;
 - c) die Beschwerdegegnerin anzuweisen, in den Akten der Untersuchung Nr. 22-0236 einen gut erkennbaren Vermerk anzubringen, dass die Begründung der Verfügung vom 19. November 2007 persönlichkeitsverletzend ist; und
 - d) die Beschwerdegegnerin anzuweisen, eine Kopie des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts zuvorderst ins Aktendossier der Untersuchung Nr. 22-0236 einzuordnen;
3. der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei nach Eintritt der Rechtskraft in der Zeitschrift RPW zu veröffentlichen;
4. eventuell zu Begehren 1 bis 3 sei die Sache zum Erlass einer Feststellungsverfügung und zum Verfassen einer neuen, nicht persönlichkeitsverletzenden Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

5. es seien die vollständigen Akten in Untersuchung Nr. 22-0236 beizuziehen;

6. es sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen fest, eine Einstellung von Untersuchungen oder Verfahren sei in Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) nicht als zulässiger Gegenstand einer Verfügung vorgesehen. Eine Einstellung von Untersuchungen sei insbesondere aus dem Strafrecht bekannt und dort auch ausführlich geregelt. Das Verfahren der WEKO habe grosse Ähnlichkeit mit dem Strafverfahren, und die im neuen Kartellrecht vorgesehenen Sanktionen hätten durchaus pönalen Charakter. Auch wenn dies in Art. 5 VwVG nicht ausdrücklich vorgesehen sei, sei vor diesem Hintergrund eine Einstellung einer Untersuchung nicht zu beanstanden, falls erste vorläufige Abklärungen ergäben, dass sich weitere Untersuchungshandlungen nicht rechtfertigten. In der Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin sowie die übrigen Anbieter habe die WEKO jedoch umfassende Abklärungen getätigt; von einer bloss vorläufigen Untersuchung könne deshalb keine Rede sein. Unter diesen Umständen rechtfertige es sich nicht mehr, eine Einstellungsverfügung zu erlassen. Nach Durchführung einer vollständigen Untersuchung handle die WEKO – nach strafrechtlicher Terminologie – als urteilende Instanz. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Anbieter hätten Anspruch auf einen vollständigen Freispruch, bzw. – in der verwaltungsrechtlichen Terminologie – auf die Feststellung, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede nicht erstellt sei. Dies entspreche dem ordnungsmässigen Abschluss eines Verfahrens mittels Verfügung gemäss Art. 5 VwVG.

Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Persönlichkeitsverletzung geltend. Die WEKO werfe ihr und den übrigen Anbietern ein rechtswidriges Verhalten vor, das sich nicht beweisen lasse. Über Seiten hinweg liste sie in ihrer Begründung völlig unnötige und zum Teil falsche oder zumindest irreführende Indizien auf, die angeblich für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede sprächen. Sie habe mit ihrer Begründung alles getan, um durchblicken zu lassen, dass ihrer Auffassung nach eine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen worden sei. Mit ihrer Begründung werfe die WEKO der Beschwerdeführerin und den übrigen Anbietern somit nach wie vor ein kartellrechtswidriges Verhalten vor. Hinzu komme, dass die im angefochtenen Entscheid geknüpfte Indizienkette nicht geeignet sei, eine un-

zulässige Wettbewerbsbeschränkung "nahezulegen". Zu diesem Schluss könne die WEKO unter anderem nur deshalb kommen, weil sie den Sachverhalt zum Teil entgegen den bindenden Vorgaben der Rekurskommission in deren Entscheiden vom 22. Dezember 2004 und 22. November 2005 würdige. Teils beruhe die Würdigung auch auf unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhaltsannahmen. Darüber hinaus seien Einwendungen der Beschwerdeführerin und der übrigen Anbieter nicht berücksichtigt worden. Einzelne Ausführungen der WEKO erschienen bereits für sich allein genommen persönlichkeitsverletzend, andere aufgrund des Gesamtzusammenhangs. Insgesamt führten sie dazu, dass die Behauptung, die Indizienkette lege einen Wettbewerbsverstoss nahe, unbegründet, falsch und damit ebenfalls persönlichkeitsverletzend sei.

G.

Durch Zwischenverfügung vom 24. Juni 2008 ordnete das Bundesverwaltungsgericht superprovisorisch an, bis zu seinem Entscheid über das Rechtsbegehren "es sei der Beschwerdegegnerin zu untersagen, die Begründung der Verfügung vom 19. November 2007 zu veröffentlichen oder anderweitig Dritten bekanntzugeben" (Ziff. 2 lit. b der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin) habe eine Publikation der Begründung der angefochtenen Verfügung vom 19. November 2007 oder eine anderweitige Bekanntgabe an Dritte zu unterbleiben.

H.

Mit Schreiben vom 8. Juli 2008 gab das Bundesverwaltungsgericht den übrigen Empfängern der angefochtenen Verfügung Kenntnis vom Beschwerdeverfahren.

I.

In einer vom Bundesverwaltungsgericht zu Ziff. 2 der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin angeforderten Stellungnahme vom 9. Juli 2008 hielt die WEKO – ohne jedoch den Standpunkt der Beschwerdeführerin anzuerkennen – fest, dass bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde keine Veröffentlichung und auch keine Bekanntgabe der Verfügung an Dritte erfolgen werde. Die Beschwerde betreffend Ziff. 2 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Am 16. Juli 2008 stellte das Bundesverwaltungsgericht in einer Zwischenverfügung fest, die Vorinstanz habe mit Stellungnahme vom 9. Juli 2008 zugesichert, dass bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde keine Veröffentlichung und auch keine Bekanntgabe der Verfügung vom 19. November 2007 an Dritte erfolgen werde.

J.

In ihrer Stellungnahme vom 18. August 2008 beantragt die WEKO, dass auf die Beschwerde bzw. die Rechtsbegehren nicht einzutreten sei oder dass sie, sollte dennoch darauf eingetreten werden, abzuweisen seien. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Rechtsbegehren beträfen nichts, wogegen sich die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht mit einer Beschwerde wehren könnte. Beantragt werde lediglich, dass die Verfügung nicht zu publizieren sei, sowie dass die Aktenordnung geändert werden müsse. Die Parteien seien durch das Dispositiv der Verfügung nicht beschwert. Ihre Vorbringen seien nicht Gegenstand dieses Dispositivs. Auf diese Rechtsbegehren sei nicht einzutreten. Inhaltlich beantrage die Beschwerdeführerin in Ziff. 2a der Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung persönlichkeitsverletzend sei. Die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht seien aber keine Behörden, die sich mit zivilrechtlichen Tatbeständen, namentlich mit der Anwendung von Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), zu befassen hätten. Sie wendeten das KG und das diesem übergeordnete Recht an. Daher könne das Bundesverwaltungsgericht zwar die kartellrechtliche Verwaltungstätigkeit der WEKO gerichtlich prüfen, nicht aber die allfällige Verletzung von ZGB-Tatbeständen.

K.

Am 13. November 2008 erkundigte sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Vorinstanz schriftlich nach der Behandlung eines Gesuchs vom 16. Juni 2008, mit welchem die Beschwerdeführerin der WEKO das Rechtsbegehren gestellt hatte, die Publikation der Einstellungsverfügung vom 19. November 2007 sei zu unterlassen, und es sei eine entsprechende Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG zu erlassen.

In ihrem Antwortschreiben vom 17. November 2008 führte die WEKO nur aus, sie habe beschlossen, bis zur rechtskräftigen Erledigung der beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerde auf die Publikation der strittigen Einstellungsverfügung zu verzichten. Dies habe sie am 9. Juli 2008 dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mitgeteilt.

L.

Weitere Ausführungen der Parteien werden, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen dargestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Angefochten wird im vorliegenden Fall eine ausdrücklich als solche bezeichnete Verfügung der WEKO vom 19. November 2007, mit welcher die unter anderem gegen die Beschwerdeführerin gerichtete Untersuchung Nr. 22-0236 eingestellt wurde. Weder das KG noch das VwVG äussert sich zur Frage, ob die Einstellung eines Verfahrens eine Verfügung ist. Es entspricht jedoch Praxis und Lehre, dass die Einstellung einer kartellrechtlichen Untersuchung in Verfügungsform zu erfolgen hat (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 361, PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.): Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2004, N. 12.86, mit Hinweisen, PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5, Teilbd. 2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 434 (unter Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit), ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N. 998, je mit Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 2A.88/2007 vom 7. August 2007 E. 3.2 und den vorangegangenen Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. Dezember 2006 E. 1.1 und 1.2). Ein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 31 VGG liegt damit vor.

2.

Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

3.

Zunächst sind die Beweis- bzw. Verfahrensanträge in Ziff. 5 und 6 der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zu behandeln.

3.1 Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 5 beantragt die Beschwerdeführerin, es seien die vollständigen Akten der Untersuchung Nr. 22-0236

beizuziehen. Da dem Bundesverwaltungsgericht ohnehin alle vorinstanzlichen Akten zur Verfügung stehen, ist auf diesen Antrag nicht weiter einzugehen.

3.2 In ihrem Rechtsbegehren Ziff. 6 verlangt die Beschwerdeführerin, es sei ihr Gelegenheit zu geben, zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Nach Art. 57 Abs. 2 VwVG ist es der Beschwerdeinstanz anheimgestellt, ob sie zu einem weiteren Schriftenwechsel einladen will. Ein solcher war im vorliegenden Fall jedoch nicht nötig.

4.

Da sich die weiteren Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zum Teil nicht nur auf das Dispositiv, sondern auch auf die Begründung der angefochtenen Verfügung beziehen, ist vorab das Anfechtungsobjekt der Beschwerde einzugrenzen.

4.1 Anfechtungsgegenstand ist das Dispositiv der Verfügung (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 128). Grundsätzlich kann nur gegen dieses Beschwerde geführt werden (Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen FB/2003-15 vom 22. Dezember 2003 E. 1.2, mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.9, mit Hinweisen); die Begründung einer Verfügung ist in der Regel nicht anfechtbar (BGE 131 II 587 E. 4.2.1 und differenzierend für Rückweisungsentscheide BGE 120 V 233 E. 1a). Verfügungscharakter muss aber nicht alles haben, was formell im Dispositiv steht, während umgekehrt Teile der Begründung zum Dispositiv gehören können (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 2.9).

4.2 Das Dispositiv der Verfügung der WEKO vom 19. November 2007 besteht aus drei Ziffern. Ziff. 1 bestimmt, dass die Untersuchung Nr. 22-0236 gegen die Hela AG, die Arkosol AG, die Betosan AG sowie die Weiss+Appetito AG ohne Kostenfolge eingestellt werde. Ziff. 2 enthält die Rechtsmittelbelehrung, und Ziff. 3 nennt die Adressaten, denen die Verfügung zu eröffnen ist.

4.3 Zu prüfen bleibt, ob die angefochtene Verfügung ausserhalb ihres als solches bezeichneten Dispositivs Bestimmungen enthält, welche materiell ebenfalls zum Dispositiv gehören und damit einer Anfechtung zugänglich sind. In Frage kämen dafür Teile der Erwägungen, die ge-

messen an den Kriterien des Art. 5 VwVG Verfügungscharakter aufweisen. Dabei müsste es sich um einzelfallbezogene Anordnungen der WEKO handeln, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und insbesondere die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG) oder die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfangs von Rechten oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG) zum Gegenstand haben. Derartige Anordnungen lassen sich den Erwägungen der Einstellungsverfügung vom 19. November 2007 jedoch nicht entnehmen.

4.4 Demnach beschränkt sich das Anfechtungsobjekt im vorliegenden Fall auf das Dispositiv der Verfügung der WEKO vom 19. November 2007.

5.

Die Rechtsbegehren Ziff. 2 a) und 2 c) der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung persönlichkeitsverletzend sei bzw. es sei ein entsprechender Vermerk in den Akten der Untersuchung Nr. 22-0236 anzubringen, sprengen den Rahmen des Anfechtungsobjekts, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Gleiches gilt für das Eventualbegehren Ziff. 4 der Beschwerdeführerin, soweit sie darin eine Rückweisung an die Vorinstanz "zum Verfassen einer neuen, nicht persönlichkeitsverletzenden Begründung" beantragt.

6.

Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2 b) beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der WEKO (bzw. deren Sekretariat) zu untersagen, die Begründung der Verfügung vom 19. November 2007 zu veröffentlichen oder anderweitig Dritten bekanntzugeben.

6.1 Die Verfügung der WEKO vom 19. November 2007 wurde der Beschwerdeführerin mit Begleitschreiben des Sekretariats der WEKO vom 22. Mai 2008 eröffnet. Darin erklärte das Sekretariat seine Absicht, den Verfügungstext "baldmöglichst" im Publikationsorgan "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu veröffentlichen.

6.2 Die Publikation einer Verfügung ist ein Realakt und als solcher kein Anfechtungsobjekt (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg): Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 N. 40 und derselbe, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschan-

nen (Hrsg.): Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 313 ff., S. 322 ff.). Ebenso wenig fällt die Ankündigung einer Veröffentlichung, wie sie das Sekretariat der WEKO in seinem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2008 vornahm, unter den Begriff der Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Insbesondere hat weder die Publikation noch deren schriftliche Ankündigung eine Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand. Demnach könnte die Ankündigung der Publikation im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch dann nicht überprüft werden, wenn man argumentierte, das Begleitschreiben sei – ungeachtet der Tatsache, dass es nicht von der WEKO, sondern von ihrem Sekretariat verfasst wurde – Teil der angefochtenen Verfügung.

6.3 Auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 b) der Beschwerdeführerin kann daher ebenfalls nicht eingetreten werden, weil kein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt.

7.

Unter Ziff. 3 ihrer Rechtsbegehren beantragt die Beschwerdeführerin, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei nach Eintritt der Rechtskraft in der Zeitschrift "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)" zu veröffentlichen. Zur Begründung bringt sie vor, es seien "sämtliche Anordnungen zu treffen, die notwendig sind, um die Persönlichkeitsverletzung zu korrigieren und eine Verbreitung der persönlichkeitsverletzenden Äusserungen zu unterbinden".

Inhaltlich bezieht sich dieses Rechtsbegehren wiederum auf die Begründung der Verfügung der WEKO vom 19. November 2007 und damit nicht auf das Anfechtungsobjekt. Der Antrag stösst ins Leere, da die Frage einer Persönlichkeitsverletzung durch diese Begründung im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu erörtern ist. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 3 der Beschwerdeführerin ist demzufolge ebenso wenig einzutreten.

8.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Als Adressatin der angefochtenen Verfügung erfüllt die Beschwerdeführerin die in lit. a genannte Vor-

aussetzung der Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz (sog. formelle Beschwer, BGE 133 II 181 E. 3.2, mit Hinweisen). Das in Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG erwähnte "Berührtsein" ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 191 E. 4.3.1, mit Hinweisen). Geprüft werden muss deshalb unter dem Aspekt der Beschwerdelegitimation, ob sich die Beschwerdeführerin auf ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Dispositivs der angefochtenen Verfügung berufen kann.

8.1 Die Beschwerdeführerin hält dazu fest, der Abschluss des Verfahrens sei nicht bloss Ergebnis einer vorläufigen, sondern einer vollständigen, sich über Jahre hinziehenden Untersuchung sowie verschiedener Rechtsmittelentscheide. Deshalb könne es nicht genügen, die Untersuchung mit einer blossen Verfahrenseinstellung zu beenden. Vielmehr habe sie einen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung, aus der unmissverständlich hervorgehe, dass ihr eine unzulässige Wettbewerbsabrede nicht habe nachgewiesen werden können. Das Feststellungsinteresse sei umso mehr zu bejahen, als die WEKO in ihrem ersten Entscheid vom 17. Dezember 2001 einen Kartellrechtsverstoss festgestellt und ihren noch nicht rechtskräftigen Entscheid publiziert sowie den Medien mitgeteilt habe.

8.2 Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde der Verfügungsadressatin verschaffen würde oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1).

8.3 Das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Interesse an der Feststellung des fehlenden Nachweises einer wettbewerbswidrigen Abrede ist mit Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bereits gewahrt. Die Einstellung der Untersuchung bringt nämlich implizite zum Ausdruck, dass kein Verstoss gegen kartellrechtliche Bestimmungen nachgewiesen werden konnte (vgl. BILGER, a.a.O., S. 361; ZÄCH, a.a.O., N. 998). Ein darüber hinausgehendes schutzwürdiges Interesse an einem von der Beschwerdeführerin so bezeichneten "vollständigen Freispruch" fehlt (vgl. BILGER, a.a.O., S. 362, wonach im schweizerischen Kartellrecht weder Bedarf für noch Anspruch auf eine

ausdrückliche Zulässigkeitsentscheidung besteht; zur Zulässigkeit von Einstellungsverfügungen vgl. auch BENOÎT CARRON, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.): Droit de la concurrence, Commentaire, Genf/Basel/München 2002, Art. 30 KG N. 10 und 16, KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., N. 12.86, mit Hinweisen, RICHLI, a.a.O., S. 434 und 438, ZÄCH, a.a.O., N. 998, sowie das Urteil des Bundesgerichts 2A.88/2007 vom 7. August 2007 E. 3.2 und den diesem vorangegangenen Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. Dezember 2006 E. 1.1 und 1.2; siehe ferner die Gebührenregelung in Art. 53a Abs. 3 KG, welche die "Einstellung der Verfahren" ausdrücklich erwähnt).

8.4 Auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerdeführerin sowie auf ihr Eventualbegehren Ziff. 4 – soweit darin die Rückweisung an die Vorinstanz zum Erlass einer Feststellungsverfügung beantragt wird – kann deshalb nicht eingetreten werden.

9.

9.1 In ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2 d) verlangt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei anzuweisen, eine Kopie des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts zuvorderst in das Aktendossier der Untersuchung Nr. 22-0236 einzuordnen.

9.2 Die Vorinstanz führt dazu aus, dieses Rechtsbegehren stehe im Widerspruch zu den Vorgaben des Schweizerischen Bundesarchivs (BAR), dessen Weisungen über die Anbietepflicht und die Ablieferung von Unterlagen sich auf das Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA, SR 152.1) sowie auf die Verordnung vom 8. September 1999 zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung, VBGA, SR 152.11) stützten. Gemäss Art. 7 Abs. 1 der Weisungen des BAR müssten die Unterlagen in chronologisch auf- oder absteigender Folge geordnet werden.

9.3 Ein schutzwürdiges Interesse, eine ganz bestimmte Einordnung des vorliegenden Urteils im Dossier der WEKO durchzusetzen, ist nicht ersichtlich. Es genügt, wenn dieses Dossier vollständig ist und entsprechend den gesetzlichen Vorgaben geführt wird. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 d) der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht einzutreten ist, sei es, weil sie den Rahmen des Anfechtungsobjekts sprengen, sei es, weil ein schutzwürdiges Anfechtungsinteresse und damit die Beschwerdelegitimation fehlt. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich auch, auf den Eventualantrag der Beschwerdeführerin in Ziff. 4 ihrer Rechtsbegehren einzugehen, soweit darin die Rückweisung an die Vorinstanz zum Verfassen einer neuen Begründung beantragt wird.

11.

Die durch Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2008 festgestellte Zusicherung der WEKO, bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde werde keine Veröffentlichung und auch keine Bekanntgabe der angefochtenen Verfügung vom 19. November 2007 erfolgen, fällt mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides dahin.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin an die WEKO vom 16. Juni 2008 mit dem Rechtsbegehren, die Publikation der Einstellungsverfügung vom 19. November 2007 sei zu unterlassen und es sei gestützt auf Art. 25a VwVG entsprechend zu verfügen, wurde von der WEKO noch nicht behandelt, was sich aus deren Schreiben an das Bundesverwaltungsgericht vom 17. November 2008 ergibt.

12.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– zu verrechnen. Für die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2008 werden keine Kosten erhoben.

13.

Eine Parteientschädigung wird bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde);
- Dritte, alle vertreten durch Fürsprecher Ernst Schär, Rosat, Schär & Partner, Dufourstrasse 18, Postfach, 3000 Bern 6 (auszugsweise):
 - Hela AG
 - Betosan AG
 - Weiss+Appetito AG.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd

Urs Küpfer

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 6. Oktober 2009