

# **BVGer B-126/2019 vom 1. September 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-126\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-126_2019)

FR: TAF B-126/2019 du 1 septembre 2020

IT: TAF B-126/2019 del 1 settembre 2020

## **Regeste**

Verfahrensfragen, Publikationen, usw.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Die WEKO ist Vorinstanz i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG. Die Erfordernisse an Form und Frist (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 VwVG) sind eingehalten, der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Publikation kartellrechtlicher Sanktionsverfügungen ist ein Realakt, die Publikationsverfügung 2 vom 12. November 2018 als Verfügung über diesen Realakt im Sinne von Art. 25a VwVG ein taugliches Anfechtungsobjekt (vgl. Rückweisungsurteil E. 1.3 m.w.H.). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Publikationsverfügung i.S.v. Art. 48 VwVG gemäss ständiger Praxis zur Beschwerde legitimiert (Urteil des BVGer B-3588/2012 "Nikon AG" E. 1.1 al. 4 m.w.H.). Auf die Beschwerde ist nach alledem einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde können gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens; Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) und die Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

### **E. 1.4**

Bezüglich den Verfahrensantrag 4 kann - analog der Erwägung 2 des Rückweisungsurteils - festgehalten werden, dass dieser im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen ist. Das Bundesverwaltungsgericht veröffentlicht Entscheide grundsätzlich anonymisiert (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4) und hat die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss zu befolgen

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht klärte mit seinem Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 («Nikon AG», teilweise publiziert in BGE 142 II 268) die Rechtslage in Bezug auf die Veröffentlichung von Sanktionsentscheiden der WEKO.

### **E. 2.1.1**

Auf die Rüge der damaligen Beschwerdeführerin hin, die WEKO verletze mit der beabsichtigten Publikation das Verhältnismässigkeitsprinzip, hielt das Bundesgericht fest, die Beschwerdeführerin befinde sich in einem Verwaltungsrechtsverhältnis, das durch verschiedene Gesetze bestimmt sei, namentlich durch das Kartellgesetz (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2). Dessen Art. 48 Abs. 2 KG, gemäss welchem die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen können, sei eine Ermessensnorm (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.3; im Kontrast zu anderen Normen des Kartellgesetzes; vgl. Rückweisungsurteil, E. 3.3 al. 2). Die Handhabung des Ermessens sei eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit sei die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität. Die Frage der Angemessenheit könne sich dementsprechend nur dort stellen, wo das Recht - selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz - als Regulativ nicht mehr hinkomme. Halte sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übe ihr Ermessen unzweckmässig aus, handle sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übe sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspreche, liege Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehöre u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.3 m.w.H.; vgl. Rückweisungsurteil E. 3.5 und Urteil des BGer 2C\_690/82019 vom 11. Februar 2020 E. 5.2 Ingress und E. 5.2.1).

### **E. 2.1.2**

Das Kartellgesetz sehe die Möglichkeit der Veröffentlichung (anstelle einzig die Eröffnung gegenüber der Verfahrenspartei vorzusehen) aus einem bestimmten Grund vor. Konkret schälte das Bundesgericht drei mit der Veröffentlichung der Verfügungen der WEKO verfolgte Zwecke heraus: (1.) Rechtssicherheit und Prävention, (2.) Transparenz der Verwaltungsaktivitäten und (3.) die Information über die Praxis der Wettbewerbsbehörden (eingehend BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.5). Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der WEKO deckten sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide; «[insofern] erachtete der Gesetzgeber eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO und der Gerichte als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können (vgl. Art. 1 KG). Er nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können» (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.5.4). Das Bundesgericht erachtet dabei die Unschuldsvermutung durch eine Publikation vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung als nicht verletzt, dies ausdrücklich auch eingedenk dessen, dass das Kartellsanktionsverfahren zunächst ein Verwaltungsverfahren ist (Urteil BGer 2C\_1065/2014 «Nikon AG» E. 8, insb. E. 8.4.1 [in BGE 142 II 268 nicht publiziert]; 2C\_690/2019 E. 4.2).

### **E. 2.1.3**

Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betreffe grundsätzlich ganze Entscheide und nicht einzelne Passagen. Übe die Wettbewerbsbehörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen aus, so blieben dem Einzelnen nur die gesetzlichen Möglichkeiten um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert werde. Dabei sei insbesondere der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen (Art. 25 Abs. 4 KG; BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 4.2.6; E. 5 ausführlich zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses, vgl. zusammenfassend Rückweisungsurteil E. 3.7). Soweit Daten betroffen seien, die den Begriff des Geschäftsgeheimnisses nicht erfüllten, seien die in Art. 19 Abs. 4 Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) aufgeführten Interessen zu prüfen, also wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person (Bst. a) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften (Bst. b; BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 6.4; Rückweisungsurteil E. 3.8). Im Bereich des öffentlichen Rechts sei der Persönlichkeitsschutz eine Frage der Verwirklichung und Konkretisierung (Art. 35 BV) der Grundrechte (insb. Art. 7, 10 und 13 BV); Persönlichkeitsverletzungen seien damit nicht nach Art. 28 ZGB zu lösen, sondern über das öffentliche Recht, d.h. über die das vorliegende Verwaltungsrechtsverhältnis konstituierenden Bundeserlasse (Urteil BGer 2C\_1065/2014 «Nikon AG» E. 7.1 [in BGE 142 II 268 nicht publiziert]; 2C\_690/2019 E. 6.1).

#### **E. 2.1.4**

Das Bundesverwaltungsgericht wie auch das Bundesgericht stützen ihre Praxis zur Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen der WEKO auf dieses Leiturteil (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-149/2017 vom 24. Oktober 2017 und des Bundesgerichts 2C\_994/2017 vom 26. Juni 2019 «Bringhen AG»; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7768/2016 vom 24. Oktober 2017 «Bauhandel»; B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_690/2019; B-6547/2014 vom 25. April 2017, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_499/2017 vom 29. Januar 2018).

#### **E. 2.2.1**

Das die Beschwerdeführerin betreffende Rückweisungsurteil ergänzt diese Rechtsprechung insbesondere um Aspekte der Rechtsprechung zum Grundsatz der Justizöffentlichkeit respektive des Verkündungsgebots (als deren Teilgehalt); dies namentlich, um anhand der diesen Rechtsprechungslinien zu entnehmenden Gesichtspunkte den Umfang einer Veröffentlichung und den Stellenwert möglicher Alternativformen zu klären (Rückweisungsurteil E. 3.4). Diese Erwägungen bilden mit der Rechtsprechung «Nikon AG» eine Einheit (vgl. etwa Rückweisungsurteil, E. 3.4.6).

#### **E. 2.2.2**

Gegenüber dem Urteil des Bundesgerichts «Nikon AG» strich das Bundesverwaltungsgericht im Rückweisungsurteil das zusätzlich zu berücksichtigende Interesse am Funktionieren des Instituts der Bonusregelung hervor und verwies im gleichen Zug auf das Bestreben der Vorinstanz zum «schonungsvollen Umgang mit den [...] freiwillig offengelegten Informationen und Unterlagen» der Selbstanzeigerinnen (vgl. Rückweisungsurteil E. 3.9, E. 5.5 Abs. 2).

#### **E. 2.2.3**

Die damaligen Beschwerdeführerinnen machten als zu berücksichtigende Interessen, die einer Publikation der Sanktionsverfügung entgegenstünden, im Wesentlichen den Schutz

vor Zivilklagen im Ausland geltend. Davon ausgehend analysierte das Bundesverwaltungsgericht - unter ausdrücklichem Vorbehalt, dass deren materielle Prüfung nicht Gegenstand jenes Verfahrens sei - die Sanktionsverfügung. Darauf kann im Einzelnen verwiesen werden (Rückweisungsurteil, E. 5.2).

#### **E. 2.2.3.1**

Als zentral erweist sich die Würdigung der massgeblichen Rechtsquellen durch die Vorinstanz in der Koordination des Kartellgesetzes, des EU-Luftverkehrsabkommens und bilateraler Abkommen mit Nicht-EU-Ländern, aber auch mit EU-Ländern bis zum Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens respektive bis zum EU-Beitritt. Die Vorinstanz war zum Schluss gekommen, dass die Schweiz mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens im Bereich des Luftverkehrs in die EU teilintegriert sei, mit der Folge einerseits, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Verhaltensweisen mit Bezug auf Strecken mit der EU der Europäischen Kommission obliege, andererseits, dass die Schweiz sich verpflichtet habe, für Strecken mit Drittstaaten die Wettbewerbsregeln des EU-Luftverkehrsabkommens zu übernehmen (bei gleichzeitiger, aber nachrangiger Geltung des Kartellgesetzes). Im Geltungsbereich von Abkommen mit Drittstaaten und mit EU-Staaten vor dem EU-Beitritt, welche die Möglichkeit zur Tarifkoordination vorsähen, seien Preisabsprachen zulässig. Nach alledem erachtete sich die Vorinstanz für die Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten bezüglich Strecken zwischen der Schweiz einerseits, den Vereinigten Staaten von Amerika, Singapur, der Tschechischen Republik (bis zum 30. April 2004), Pakistan und Vietnam als zuständig. Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 seien zwar überprüfbar, aber ohne Folge für das Dispositiv (Rückweisungsurteil E. 5.2.1 m.w.H.).

#### **E. 2.2.3.2**

Dem internationalen Charakter des betreffenden Marktes und folglich auch der beurteilten Verhaltensweisen entsprechend stellte die Vorinstanz indessen in der Sachverhaltsdarstellung und der initialen rechtlichen Würdigung ein Netzwerk von Absprachen und Kontakten dar, ohne dass die letztlich sanktions- und massnahmerelevanten Strecken isoliert dargestellt worden wären. Für die Redaktion der Sanktionsverfügung beanstandete dies das Bundesverwaltungsgericht nicht; ausgehend von der These, die letztlich sanktionierten Abreden über eine Teilmenge des Marktes seien in den Gesamtmarkt eingebettet, habe sie dies auch so darzustellen (Rückweisungsurteil E. 5.2.4). Indessen resultierte mit der relativ ungefilterten Publikationsversion 1 eine Schilderung von als international gesehen widerrechtlich geschildertem Verhalten, obwohl die Beschwerdeführerin nur für eine Teilmenge des geschilderten Verhaltens sanktioniert wurden. Die Persönlichkeitsrechte waren damit durch eine Darstellung betroffen, welche mit dem Dispositiv nicht vollständig korrespondierte. Dabei erschienen die Feststellungen zu den sanktionierten Abreden mit den darüber hinausgehenden untrennbar verknüpft (Rückweisungsurteil, E. 5.3.4, im Detail E. 5.3.3). Für den Bereich der Luftverkehrsbeziehungen mit Staaten der Europäischen Union befand das Gericht, eine Information der Öffentlichkeit über die Erwägungen der WEKO, weshalb sie sich für diese als nicht zuständig erachte, gehöre zwar zu den wesentlichen Fragen des Entscheides, über die zu informieren geboten sei - indes fehle es an der gebotenen Zurückhaltung, wenn sich die WEKO trotz fehlender Zuständigkeit über die Kartellrechtswidrigkeit der geschilderten Verhaltensweisen ausspreche (Rückweisungsurteil E. 5.4). Bei der Gewichtung zivilprozessualer Risiken sei die internationale Tragweite des Sachverhaltes zu beachten. So

sei etwa nicht zwingend zu erwarten, dass ein ausländisches Gericht einen rechtskräftigen Entscheid abwarte oder die Frage nach der Rangfolge der anzuwendenden Rechtsnormen gleich beantworte wie die Vorinstanz. Zudem seien dem schweizerischen Zivilprozessrecht fremde Instrumente zu beachten; die zuordenbare Schilderung eines Sachverhaltes (insbesondere unter Bezugnahme auf Selbstanzeigerinnen) könne einem potentiellen Kläger insinuierten, dass allfällige Belege hierzu gerade bei den Selbstanzeigerinnen aufzufinden wären. Diese Risiken wären für den sanktionierten Bereich zu gewärtigen, für die überschüssenden Feststellungen sei diese Belastung indessen erheblich und im Interesse der Beschwerdeführerinnen zu gewichten. Als öffentliches Interesse formulierte das Gericht schliesslich den Schutz des Institutes der Selbstanzeige, zumal die Berechenbarkeit von Prozessrisiken als schützenswerter Aspekt bei der Entschlussfassung über eine Selbstanzeige gelte (Rückweisungsurteil E. 5.5).

#### **E. 2.2.3.3**

In der Summe hielten die mit der Publikation verbundenen Beeinträchtigungen dem Gebot der Verhältnismässigkeit nicht stand. Zwar stünde die Eignung der Publikation zur Zweckerreichung ausser Frage, die Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Beschwerdeführerinnen zum einen und der Schutz des Instituts der Selbstanzeige zum Andern stünden aber in keinem vernünftigen Verhältnis zur Zweckerreichung. Auch handle es sich - gemessen am Eingriff in die Interessen der betroffenen Partei - nicht um die mildest mögliche Massnahme (Rückweisungsurteil E. 6.1).

#### **E. 2.2.3.4**

Folglich untersagte das Gericht die Publikation in der damals vorliegenden Fassung der Publikationsversion 1 und ordnete eine Modifikation dahingehend an, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht mit einer Darstellung konfrontiert sehen dürften, welche sie bezüglich anderer Strecken als den fünf sanktionierten Streckenpaaren in zuordenbarer Weise mit kartellrechtlich verpönten Verhaltensweisen in Bezug bringe. Neben Geschäftsgeheimnissen im engen Sinne bestehe somit ein weiterer Schwärzungstatbestand bezüglich Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Festlegungen, welche zum Entschliessdispositiv nicht beitragen, eigentlicher obiter dicta also (Rückweisungsurteil E. 6.2). Mit Blick auf die Verwobenheit der Sachverhaltsfeststellungen und Würdigung derjenigen Parteien, welche zu publizieren nicht problematisch ist mit jenen, für die das eben doch gilt, aber auch die Überlegung, dass bezüglich allgemeiner und verallgemeinerungsfähiger Abschnitte die Verfügung der Öffentlichkeit wo immer möglich im Originalwortlaut zur Verfügung zu stellen ist, regte das Gericht die Erstellung einer Publikationsversion in einer Kombinationsform an, in der integral zu publizierende Passagen im Originalwortlaut zu veröffentlichen wären, während Abschnitte, deren Veröffentlichung die Beschwerdeführerinnen nicht zu dulden hätten, für die Belange der Publikation zu kürzen, zu paraphrasieren oder - soweit für die Verständlichkeit nicht von Belang - wegzulassen seien. Das Bundesverwaltungsgericht gab einen nicht abschliessenden Abriss der in seinen Augen unproblematischen und der zu modifizierenden Abschnitte vor (Rückweisungsurteil E. 6.3 f.). Mit dieser Vorgabe wies das Gericht die Sache an die Vorinstanz zurück (Rückweisungsurteil E. 8, Dispositiv-Ziffer 1).

#### **E. 2.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist - gleich wie die Vorinstanz - an das eigene Rückweisungsurteil gebunden; dies gilt namentlich für das Dispositiv und die in diesem als

Handlungsanweisung verwiesenen Erwägungen. Es könnte von seinem Rückweisungsurteil nur ausnahmsweise abweichen, wenn sich daraus ein in höchstem Masse stossendes Ergebnis ergeben würde (Weissenberger/Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 28 zu Art. 61 VwVG), eigentliche Revisionsgründe bleiben vorbehalten (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1158); nicht ausreichend, auf das Rückweisungsurteil zurückzukommen, sind einfache Rechtsfehler (Urteil des BGer 6B\_971/2018 vom 7. November 2019 E. 1.3 m.w.H.). Dies gilt unbenommen dessen, dass es sich beim Rückweisungsurteil um einen Zwischenentscheid handelt, der - gänzlich fehlenden Handlungsspielraum der Vorinstanz vorbehalten - nicht vor Bundesgericht anfechtbar ist; das Prinzip der Bindung an den Rückweisungsentscheid gründet nämlich - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht im Rechtsinstitut der Rechtskraft, sondern folgt aus der Hierarchie der Instanzen und der Einheit des Verfahrens (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O.; vgl. zum Ganzen auch Camprubi, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 8 zu Art. 61 VwVG).

#### **E. 2.4**

Zu prüfen bleibt somit, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Publikationsverfügung 2 ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat (vgl. dazu Rückweisungsurteil E. 3.5) und sich insbesondere an das Gebot der Verhältnismässigkeit gehalten hat (Rückweisungsurteil E. 3.6).

#### **E. 3**

Mit dieser Ausgangslage ist zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz was folgt zu erwägen.

##### **E. 3.1**

Die Grundsatzfrage, ob die Sanktionsverfügung zu publizieren sei, brauchte die Vorinstanz in der Publikationsverfügung 2 nicht mehr aufzuwerfen. Sie hatte sich in der Publikationsverfügung 1 (Abschn. C.2.1 Rz. 20 ff.) dazu ausgesprochen und das Bundesverwaltungsgericht erachtete eine Publikation an sich als zulässig (Rückweisungsurteil E. 4). Es hielt zwar fest, die Vorinstanz «kann» die Verfügung veröffentlichen (a.a.O. E. 4.4 Satz 1). Mit der Rückweisung zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen gab das Gericht der Vorinstanz aber klare Anweisungen im Hinblick auf die Erstellung einer modifizierten Publikationsversion (a.a.O. E. 6.2 ff.). Es ist somit nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz die Grundsatzfrage der Publikation nicht erneut stellte, sondern als beantwortet voraussetzte, mag das Rückweisungsurteil auch so gelesen werden können, dass das Ermessen hinsichtlich der Publikation an sich neu eröffnet sein könnte.

##### **E. 3.2**

Zum Begehren auf vollständige Anonymisierung fällt Folgendes in Betracht:

###### **E. 3.2.1**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Identität von Untersuchungs- und Verfügungsadressaten bei der Publikation einer Sanktionsverfügung offengelegt werden; es handelt sich nicht um ein Geschäftsgeheimnis (BGE 142 II 268 «Nikon AG» E. 5.1, 6.4.3; Urteil des BGer 2C\_1065/2014 «Nikon AG» E. 8.4.1, in BGE 142 II 268 nicht publiziert). Mit Blick auf die Nachvollziehbarkeit des Untersuchungsablaufs für die Öffentlichkeit hat

das Bundesgericht dabei auch die Identität von Unternehmen als nicht geheimhaltungswürdig bezeichnet, bezüglich derer die Untersuchung ohne weitere Folgen eingestellt wurde (Urteil des BGer 2C\_1065/2014 «Nikon AG» E. 5.3.5.1, in BGE 142 II 268 nicht publiziert). Es besteht folglich im Grundsatz weder ein Anspruch einer Verfahrenspartei auf eine Anonymisierung ihrer selbst noch auf eine Vollanonymisierung aller Verfahrensparteien. Die Vorinstanz hat in Ausübung des ihr zustehenden Ermessens entschieden, die Namen der Selbstanzeigerinnen in der Publikationsversion zu schwärzen - dies zu deren Schutz und dem des Instituts der Selbstanzeige. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar darauf hingewiesen, dass einzelne Anonymisierungen in der Publikationsversion 1 allzu einfach durchschaubar seien (Rückweisungsurteil, E. 5.3.2 Abs. 1 und 2), war sich aber ebenso bewusst, dass eine Anonymisierung im Erfahrungsfall nicht so vollständig sein kann, dass Lesern mit Hintergrundwissen einzelne Rückschlüsse nicht möglich sein könnten (a.a.O. Abs. 3). Eine vollständige Anonymisierung lehnte es mit Blick auf das Anliegen der - ohnehin bereits prekären - Verständlichkeit ab (Rückweisungsurteil, E. 6.3).

### **E. 3.2.2**

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, sie sei aufgrund ihrer Bedeutung im Feld der Selbstanzeigerinnen übermässig exponiert. Zumal gleichzeitig aus den Schwärzungen der Selbstanzeigerinnen hervorgehe, welche Angaben von solchen stammen müssten, erhelle für einen möglichen Zivilkläger, dass solche Angaben bei der Beschwerdeführerin auffindbar sein müssten. Nach Auffassung des Gerichts lässt sich aufgrund des Presserohstoffes selbst in paralleler Lektüre mit der Publikationsversion 2 nicht erkennen, welche Informationen von welchen der immerhin sechs Selbstanzeigerinnen (von insgesamt zwölf Parteien) stammen. Der Stellenwert der Beschwerdeführerin als Selbstanzeigerin ergibt sich aus dem Presserohstoff nicht in der von ihr selbst dargetanen Weise. Die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Passagen (Beschwerde Rz. 46) lassen nur zum Teil auf das von der Beschwerdeführerin dargelegte Gewicht der Selbstanzeigen überhaupt schliessen (vgl. etwa die Aufzählung in Publikationsversion 2 Rz. 578), geschweige denn auf eine Zuordenbarkeit der Herkunft der Information an die Beschwerdeführerin selbst.

### **E. 3.2.3**

Die Beschwerdeführerin rügt allgemeiner auch eine Ungleichbehandlung unter den Verfahrensparteien, also der Selbstanzeigerinnen gegenüber den anderen Parteien.

#### **E. 3.2.3.1**

Der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (statt Vieler BGE 140 I 201 E. 6.5.1; 135 V 361 E. 5.4.1).

#### **E. 3.2.3.2**

Die unterschiedliche Behandlung der Parteien in der Anonymisierungsfrage, abhängig davon, ob sie selber eine Selbstanzeige erstattet haben oder nicht, beruht auf dem Anliegen, die Selbstanzeige als Institut durch gewisse Anreize zu schützen und zu fördern (vgl. vorne,

E. 2.2.2 resp. Rückweisungsurteil, E. 2.8). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem nicht die Beschwerdeführerin betreffenden Urteil über die Publikationsverfügung 1 erwogen, potentielle Selbstanzeiger seien Akteure des Wirtschaftslebens. Bei ihnen stehe das Motiv der Berechenbarkeit der Folgen einer Selbstanzeige und folglich einer Untersuchung im Vordergrund, sowohl was die Sanktionierung, angehe, aber auch in Bezug auf das Risiko möglicher Schadenersatzprozesse. Unternehmungen hätten nur dann ein Interesse, freiwillig und vorab Informationen preiszugeben, wenn das daraus erwachsende Risiko zumindest nicht höher ist, als es aufgrund von Informationen wäre, welche in einem Untersuchungsverfahren ohne Selbstanzeige zutage träten. Das Gericht befand folglich, es beruhe auf einer vernünftig begründbaren Unterscheidung, den Selbstanzeigerinnen ein höheres Mass an Diskretion zu gewähren (Urteil des BVGer B-5920/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 4.3.2.1 i.V.m. E. 2.8). Auf diese Beurteilung zurückzukommen, besteht kein Anlass. Das folgt formal daraus, dass das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich an die eigene Beurteilung gebunden ist, ist doch die Publikationsversion 2 ebenso sehr die Umsetzung des die Beschwerdeführerin betreffenden Rückweisungsurteils wie auch des Urteils im Parallelverfahren B-5920/2014. Materiell ist mit Bezug auf die Argumentation der Beschwerdeführerin zu bemerken, dass die unterschiedliche Behandlung zum einen der Förderung der Selbstanzeige als Institut dient und zum anderen den Effekt kompensiert, dass mögliche Kläger allfällige Informationen vornehmlich bei Selbstanzeigerinnen vermuten, eine direkte Zuordenbarkeit in ihrem Fall mithin virulenter ist. Entgegen dem Schluss der Beschwerdeführerin versteht sich dies als Vorzugsbehandlung und geht es gerade darum, eine Prangerwirkung zu Lasten der exponierten Selbstanzeigerinnen zu vermeiden.

#### **E. 3.2.4**

Darüber hinaus macht die Beschwerde geltend, die Beschwerdeführerin sei mit den Parteien in den Verfahren «Elektro-Installationsbetriebe Bern» (RPW 2009 196 ff.), «Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau» (RPW 2013 524 ff.) und «Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» (RPW 2013 524 ff.) gleich zu behandeln, in denen die Publikation in weitestgehend die Selbstanzeigerinnen schonender Weise erfolgt sei.

##### **E. 3.2.4.1**

Der allgemeine Rechtsgleichheitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 BV) verpflichtet die Behörden, gleiche Sachverhalte mit identischen relevanten Tatsachen gleich zu beurteilen, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung (vorne, E. 3.2.3.1; BGE 136 I 345 E. 5 m.w.H.).

##### **E. 3.2.4.2**

Die Beschwerdeführerin fordert mit Verweis auf die zitierten Entscheide eine Vollanonymisierung der vorliegenden Publikationsversion. In den genannten Entscheiden nahm die Vorinstanz eine solche indessen gerade nicht vor. Die jeweils gewählte Form der Falldarstellung mag zwar eine weitgehende Berücksichtigung der Interessen der Selbstanzeigerinnen bewirken; ob dies aber der vorrangige Zweck war, ist jedenfalls für die Publikationen in den Angelegenheiten «Elektro-Installationsbetriebe Bern» und «Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» fraglich, zumal die Vorinstanz selbst auf prozessökonomische Zielsetzungen und die stereotypischen Vorgehensmuster verweist (vgl. RPW 2009/3 S. 205 f. Rz. 62 und FN 65, S. 208 Rz. 79; RPW 2013/4 S. 569 f., Rz 220 mit FN 475 und Bemerkung vor Rz. 223-242). Eine gewisse Stereotypie ist auch der

Fallschilderung im Fall «Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau» eigen, in der sich die Vorinstanz zu einer weitgehenden Anonymisierung (inkl. der Auftraggeber) entschlossen hat (vgl. RPW 2012/2 S. 289 ff. Rz. 110 ff.). Alle drei von der Beschwerdeführerin genannten Fälle sind Submissionsabreden und die fraglichen Fallschilderungen betreffen Einzelprojekte mit (wären sie nicht anonymisiert) klar zuordenbaren Auftraggebern, mit entsprechend erhöhtem Prozessrisiko für jeden einzelnen Fall - wären den Auftraggebern die im Submissionsverfahren beteiligten Parteien doch bekannt und eine Anonymisierung nur der Selbstanzeigerinnen ohne Weiteres durchschaubar. Davon kann im vorliegenden Fall nicht die Rede sein, die Kundenseite kommt in der Sanktionsverfügung und der Publikationsversion 2 nicht namentlich vor. Die drei von der Beschwerdeführerin genannten Fälle sind in anderen Worten mit dem vorliegenden nur bedingt vergleichbar. Dass alle vier sich namhaft auf Selbstanzeigen stützen - was das einzige augenfällig verbindende Merkmal ist - ist keine hinlängliche Gemeinsamkeit, die eine exakt gleiche Vorgehensweise zum Schutz der Selbstanzeigerinnen respektive der Selbstanzeige geböte.

### **E. 3.2.5**

Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen, weiterhin nur die Selbstanzeigerinnen (die immerhin die Hälfte des Felds der Parteien ausmachen) zu anonymisieren liegt - gesehen im Zusammenhang mit der Umsetzung der weiteren Vorgaben des Rückweisungsurteils - im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens.

### **E. 3.3**

Primat der Veröffentlichung ist diejenige im integralen Originalwortlaut. Abweichungen davon - bei aller Selbstverständlichkeit, dass sie zwingend zu prüfen sind - verstehen sich als Abstriche hiervon (Rückweisungsurteil, E. 3.4.4, 6.3 Abs. 2). Bei gegebener Zulässigkeit der Publikation an sich (soeben, E. 3.1) hat die Vorinstanz damit nicht für jede Passage einzeln zu fragen, ob sich die Publikation rechtfertigt. Sie hat vielmehr von der Publikation auszugehen und sich zu fragen, ob sich allenfalls die Abdeckung aufdrängt, sei es, weil es sich um ein Geschäftsgeheimnis handle, weil es dem überwiegenden Interesse am Schutz der Bonusregelung diene oder weil es sich aus den Anordnungen des Rückweisungsurteils ergibt.

### **E. 3.4**

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Darlegungen zur Gesamtabrede und der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung seien zur Einzelanalyse redundant, letztere begründe (wenn auch in der Sache bestritten) das Dispositiv hinlänglich und erstere seien damit entbehrlich, übergeht sie diesen Ausgangspunkt. Das Konzept der Gesamtabrede und der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung ist (wenn auch alternativer) Teil der Begründung und folglich auch Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens in der Hauptsache. Auch dieser Teil ist damit im Licht der Publikationsinteressen grundsätzlich zu veröffentlichen, gibt er doch die Rechtsauffassung der Vorinstanz wieder und legt Zeugnis davon ab, wie die Vorinstanz Recht anwendet. Ob sie dies bundesrechtswidrig tut - so die Auffassung der Beschwerdeführerin -, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden (Rückweisungsurteil E. 5.1); die Tatsache alleine, dass die Beschwerdeführerin die Bundesrechtswidrigkeit im Rechtsmittelverfahren rügt und offen ist, ob dieser Begründungsstrang Bestand haben wird, steht einer Publikation nicht entgegen (vgl. Rückweisungsurteil, E. 3.4.6). Dies gilt neben dem Konzept der Gesamtabrede und der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung auch, wo die Beschwerdeführerin die

Beteiligung an einzelnen Abreden auf den fraglichen fünf Strecken bestreitet.

### **E. 3.5**

Die Frage, wie die Vorinstanz Recht anwendet, beschlägt nicht nur das materielle, sondern auch das formelle Recht. Es ist nicht nur von öffentlichem Interesse, was die Vorinstanz entscheidet, sondern auch, wie sie das tut. Teilaspekt davon ist der Umgang mit dem rechtlichen Gehör. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer nicht abschliessenden Aufzählung von überwiegend unproblematischen Passagen (bei gegebener Beachtung der Vorgaben gemäss E. 2.2.3.4 hiervor) auch solche aufgeführt, die sich mit den Stellungnahmen der Parteien und der Erwidern der Vorinstanz dazu befasste, aber hinzugefügt «evtl. ganz ohne» (Rückweisungsurteil E. 6.4). Diese Passagen erachtete das Gericht mithin als generell nicht problematisch, stellte aber dem pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz anheim, auf diese allenfalls zu verzichten, namentlich mit Blick auf die Länge und Lesbarkeit der Publikationsversion. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sie diese Passagen in der Publikationsversion belässt und so der Öffentlichkeit gegenüber offenlegt, wie sie die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs durch die Parteien sicherstellt und die vorgebrachten Argumenten erwidert.

### **E. 3.6**

Der vorliegend durch die Vorinstanz beurteilte Sachverhalt ist seiner Natur nach ein internationaler. Dies ergibt sich aus der Eigenart des untersuchten Marktes und der Grösse des stark in terrestrische Transportverbindungen eingebundenen Binnenstaates Schweiz in diesem einerseits, aus den in anderen Jurisdiktionen geführten Parallelverfahren andererseits - dasjenige der Europäischen Kommission stützte sich nach Einschätzung der Beschwerdeführerin selbst auf mutmasslich mit jenen im schweizerischen Verfahren «deckungsgleichen» Selbstanzeigen (Beschwerde, Rz. 133). Hinsichtlich der durch die Vorinstanz letztlich sanktionierten fünf Streckenpaare haben die Parteien - und damit auch die Beschwerdeführerin - von vornherein hinzunehmen, dass sie mit den fraglichen Absprachen in Bezug gesetzt werden können. Bezüglich der Strecken, für die sich die Vorinstanz infolge der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nicht zuständig erklärte, und jenen, für welche die Vorinstanz gestützt auf die jeweils einschlägigen Luftverkehrsabkommen Absprachen als zulässig ansah, hat das Bundesverwaltungsgericht - entgegen der offenbaren Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht als unzulässig erachtet, diese überhaupt als gegeben darzustellen. Die Beschwerdeführerin fordert im Resultat, die Publikationsversion so zu gestalten, dass Absprachen nur betreffend Strecken zwischen der Schweiz einerseits, den Vereinigten Staaten, Vietnam, Pakistan, Singapur und der Tschechischen Republik (mit Ende aber am 30. April 2004) und Frankreich (mit Ende aber genau vor Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens respektive des sanktionsrelevanten Zeitraums) überhaupt abgeschlossen worden wären. Damit würde ein Sachverhalt fingiert, der nicht dem dem Entscheid vorausgesetzten Geschehen entspricht und auch nicht überzeugend glaubwürdig vermittelt werden kann. Dies folgt aus der Ausgangslage, die sich mit der Eigenart des in Frage stehenden Marktes, den in anderen Jurisdiktionen geführten Parallelverfahren und der scheinbaren Beliebigkeit dieser Strecken ergibt. Dem entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht eine Modifikation dahingehend angeordnet, dass die Beschwerdeführerinnen aufgrund des publizierten Textes nicht mit globalen respektive jedenfalls die fünf sanktionierenden Strecken überschüssenden Absprachen direkt respektive in zuordenbarer Weise in Bezug gesetzt werden könnten (Rückweisungsurteil E. 6.2 und 6.4 Abs. 2). Die Publikationsversion soll in anderen Worten

nicht vorschützen, es habe nur diese fünf Strecken betreffende Kontakte, Gespräche und allenfalls Absprachen gegeben, sondern sie hat sicherzustellen, dass eine konkrete Partei nicht mit einer ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Vorinstanz einer als illegal deklarierten Absprache direkt in Bezug gebracht werden kann. Bei allem Gewicht, das dem Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige zukommt (vgl. Rückweisungsurteil E. 3.9, 5.5) hat dieses Bestreben je nach anwendbarer Zivilprozessordnung respektive je nach dem für das jeweils fragliche zivilprozessuale Instrument zur Anwendung gelangenden Beweismass Grenzen. Das ist in letzter Konsequenz nicht zu vermeiden. Es ist nicht möglich, jedes potentielle und in der Sache womöglich nicht gerechtfertigte Prozessrisiko in jeder denkbaren Jurisdiktion zu antizipieren; es obliegt letztlich den Prozessparteien im jeweiligen Prozess, ihre Argumente (wie die fehlende Rechtskraft, die mangelnde Zuständigkeit oder die abweichende Beurteilung durch die Europäische Kommission) vorzubringen.

### **E. 3.7**

Die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der Europäischen Kommission arbeiten voneinander unabhängig, aufgrund ähnlicher, aber doch nicht gleicher, Grundlagen. Ihr Handeln verpflichtet sie gegenseitig nicht, es ist untereinander von (durchaus wichtigem) rechtsvergleichendem Interesse, aber nicht verbindlich (vgl. Rückweisungsurteil E. 3.10). Für die Frage der Ausgestaltung der Publikationsversion ist damit weder von bestimmender Bedeutung, wie die Europäische Kommission in der parallelen Untersuchung in der Sache entschieden hat (respektive, dass sie anders als die Vorinstanz entschieden hätte), noch, aufgrund welcher Erwägungen sie diese in welcher Art veröffentlicht. Nicht einsichtig ist in diesem Zusammenhang, welchen Schluss die Beschwerdeführerin daraus ziehen will, dass die Europäische Kommission zu den durch die Vorinstanz beurteilten Strecken keine Angaben veröffentlicht (Beschwerde, Abschn. 11.2, Rz. 142 ff.), verhält sie sich so doch komplementär zum Publikationsverhalten der Vorinstanz, wie es das Rückweisungsurteil anordnete. Ob und inwieweit die Art ihrer Publikation mit der gebotenen Rücksichtnahme gegenüber den Interessen anderer Wettbewerbsbehörden in Einklang zu bringen ist, hat sodann die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens zu entscheiden. Die Beschwerdeführerin wird in diesem Verfahren mit dieser Frage nicht in ihren Interessen berührt, weshalb sich hier die Frage einer Rechtsverletzung, gerade im Sinne einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, nicht stellt.

### **E. 3.8**

Mit der Beschwerdeführerin ist festzustellen, dass die überarbeitete Publikationsversion 2 gegenüber der Vorgängerversion deutlich umgearbeitet wurde. Es wurden nicht nur umfangmässig, sondern auch inhaltlich spürbare Kürzungen (bspw. Publikationsversion 2 Rz. 8 ff., 204 ff., 218 ff., 506 ff., etc.), damit zum Teil verquickte Paraphrasierungen (bspw. Rz. 216 f., 502, 1209, etc.) und Einengungen auf die fünf gegenständlichen Streckenpaare (bspw. Rz. 208, 213 etc.) vorgenommen. Die Vorinstanz hat mit diesen Eingriffen in den Text die Vorgaben des Rückweisungsurteils umgesetzt. Es liegt - wie gesagt - in der Natur der Sache, dass die (mutmasslichen) Kontakte und Gespräche unter den Parteien über den begrenzten Rahmen der fünf fraglichen Streckenpaare hinausgehen, dieser Eindruck lässt sich weder durch eine weitere Einengung der geschilderten Kontakte, noch durch einen (ohnehin nicht opportunen; vorstehend, E.3.4) Verzicht auf eine Darstellung des Konzepts der Gesamtabrede vermeiden (soeben, E. 3.6).

### **E. 3.9**

Das Rückweisungsurteil beanstandete insbesondere Passagen, die nicht sanktions- oder massnahmerelevant sind respektive keinen direkten Bezug zum Dispositiv haben. Ist ein solcher aber gegeben, ist die Publikation im Grundsatz geboten. Das trifft - wie die Beschwerdeführerin selber einräumt - insbesondere die von der Beschwerdeführerin als «Behelf» oder «Kochbuch» zuhanden der möglichen Zivilkläger beanstandeten Passagen über die Wettbewerbswirkungen in der Einzelprüfung (Publikationsversion 2, Abschn. B.3.4.4. f., aber auch Rz. 1391-1396 und 1399 f.; vgl. Beschwerde Abschn. 8.7, Rz. 108 ff.). Diese sind auf die untersuchungsgegenständlichen Strecken zugeschnitten; Eingriffe in den Originaltext, insbesondere im (ohnehin weitgehend auf öffentlichen Quellen abgestützten) Datenmaterial der Randziffern 1418 ff. schützen die Interessen der Selbstanzeigerinnen. Dass die in diesem Teil der Sanktionsverfügung (und damit der Publikationsversion) vorgenommenen Analysen sich auf die vorherigen Feststellungen abstützen (und diese damit «perpetuieren»), ergibt sich aus dem Aufbau der Begründung. Dasselbe gilt es zum Abschnitt über die Bemessung der Sanktion zu sagen, der sich selbstverständlich auf die vorangegangenen Erwägungen abstützt.

### **E. 3.10**

Die Vorinstanz nahm in Abschn. B.3.9.2.8 der Publikationsverfügung 2 eine (teils gruppierte) Einzelprüfung von einzelnen Passagen der Publikationsverfügung vor, die sich keiner der grösseren Themenkreise gemäss der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zuordnen liessen. Die Beschwerdeführerin verweist in der Beschwerde im Wesentlichen auf die bisherigen Ausführungen, diese Textstellen würden die übermässige Inbezugsetzung zu die sanktionsrelevanten fünf Strecken überschüssenden Darstellungen ergänzen und ein übermässiges Prozessrisiko für die Beschwerdeführerin darstellen (Abschn. 8.10, Rz. 117 ff.). In einer Einzelprüfung der in dieser Passage behandelten Textstellen (soweit die Vorinstanz die Streichungsbegehren nicht guthiess und die Beschwerdeführerin an den jeweiligen Begehren überhaupt festhält; vgl. Beschwerde Rz. 121) ist unter Verweis auf die vorstehenden Erwägungen festzustellen, dass die Beurteilungen der Vorinstanz jeweils zutreffend sind. Die Abweisungen dieser Begehren erscheinen als korrekt.

### **E. 3.11**

Das Dispositiv schliesslich nimmt in der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Ziffer 1 keinen Bezug auf einen geographischen Raum. Es enthält hier zwar keine Einschränkung auf die fraglichen fünf Strecken, ist aber nicht deskriptiv auf die Vergangenheit, sondern normativ auf die Zukunft gerichtet (anders Ziffer 2, die auf die Erwägungen verweist).

### **E. 3.12**

Insgesamt hat die Vorinstanz mit der Publikationsversion 2 die Vorgaben des Rückweisungsurteils korrekt, insbesondere unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, umgesetzt.

### **E. 4**

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

### **E. 5.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten - bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen - in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Spruchgebühr ist auf Fr. 1'500.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 5.2**

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.