Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1612/2010
{T 0/2}

Urteil vom 8. Juli 2010

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

X._____,
vertreten durch
Rechtsanwälte Dr. Marcel Meinhardt und/oder Dr. Judith Bischof, Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

(...)-Wartungspreiserhöhung –
Rechtsverweigerungsbeschwerde - Vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung des Schlussberichts.

Sachverhalt:

A.
Mit Schreiben vom 27. Januar 2007 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat, Vorinstanz) eine Vorabklärung, unter anderem um festzustellen, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) vorlagen. Den Anlass zur Eröffnung der Voruntersuchung gab die von der Beschwerdeführerin geplante Erhöhung der Preise für die Wartung von ERP-Software aufgrund der Einführung eines neuen Wartungssystems ((...) Enterprise Support), welches das alte Wartungssystem ((...) Standard Support) ablösen sollte.

Mit eigener Pressemitteilung vom 14. Januar 2010 gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie allen Kunden weltweit ein innovatives und umfassendes, gestaffeltes IT-Support-Modell anbieten werde. Im Rahmen des neuen Angebots bestehe für Kunden die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Optionen (...) Enterprise Support und (...) Standard Support. Weiter kündigte die Beschwerdeführerin an, die Preisobergrenzen in Bezug auf die Supportvergütung für 2010 für bestehende (...)-Enterprise-Support-Verträge auf dem Niveau von 2009 zu belassen. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 und 3. Dezember 2009 informierte die Beschwerdeführerin das Sekretariat über diese neuen Entwicklungen.

Mit Schreiben vom 2. Februar 2010 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen Beschluss mit, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen, da keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorlägen und stellte ihr den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 zu. Im Hinblick auf dessen Veröffentlichung bat das Sekretariat die Beschwerdeführerin, ihm innert der angesetzten Frist bekanntzugeben, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2010 nahm die Beschwerdeführerin zum Schlussbericht Stellung. Sie beantragte, auf jegliche Veröffentlichung des Schlussberichts zu verzichten. Da der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse der X._____ enthalte, "die vom Amtsgeheimnis

erfasst" seien, erübrige sich eine Bekanntgabe der Geschäftsgeheimnisse.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2010 hielt das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts fest und bat die Beschwerdeführerin, ihm erneut mitzuteilen, ob die Beschlussbegründung Geschäftsgeheimnisse enthalte. Ohne ihren Gegenbericht gehe das Sekretariat davon aus, dass die Beschwerdeführerin der Veröffentlichung des vollständigen Texts zustimme.

Mit Schreiben vom 3. März 2010 erklärte die Beschwerdeführerin, sie sei weder mit dem Versand des Schlussberichts an die Interessengemeinschaft (...)Wartung noch mit einer anderweitigen Veröffentlichung einverstanden, da der Schlussbericht zahlreiche Geschäftsgeheimnisse enthalte. Für den Fall, dass das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts festhalte, beantragte die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 25a VwVG den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht zu identifizieren.

B.
Mit Eingabe vom 16. März 2010 reichte die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, gegenüber X._____ eine anfechtbare Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...)-Wartungspreiserhöhung zu erlassen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat; und

2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei verbindlich anzuweisen, gegenüber X._____ eine anfechtbare Verfügung betreffend Identifikation der Geschäftsgeheimnisse zu erlassen.

3. Eventualiter sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, über die Veröffentlichung des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...)-Wartungspreiserhöhung nach Art. 25a VwVG zu verfügen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat; und

4. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei eventualiter verbindlich anzuweisen, gegenüber X._____ eine Verfügung betreffend Veröffentlichung des Schlussberichts zu erlassen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates".

Sodann beantragt die Beschwerdeführerin den Erlass der folgenden vorsorglichen Massnahmen:

"1. Es sei dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...)-Wartungspreiserhöhung zu veröffentlichen.

2. Zur Sicherstellung der rechtlichen Interessen von X._____ sei die Untersagung der Veröffentlichung des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...)-Wartungspreiserhöhung superprovisorisch anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates".

Die Beschwerdeführerin gibt als Grund für die Erhebung der Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht an, das Sekretariat habe ihr am 12. März 2010 telefonisch mitgeteilt, es sei nicht bereit, eine Verfügung zu erlassen und werde stattdessen die Geschäftsgeheimnisse nach eigenem Gutdünken grosszügig abdecken und den Schlussbericht an die Interessengemeinschaft (...)-Wartung zustellen und publizieren.

Zur Begründung des Hauptrechtsbegehrens führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie habe einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung, um zu klären, ob ein rechtlich geschütztes Interesse an der Identifikation der Geschäftsgeheimnisse gegeben sei. Gemäss Art. 25 KG dürften die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Um die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, seien die Wettbewerbsbehörden auf die betreffenden Unternehmen angewiesen. Sofern das Sekretariat mit der Einschätzung eines Unternehmens betreffend seine Geschäftsgeheimnisse nicht einverstanden sei, sei es gemäss Lehre verpflichtet, eine verfahrensleitende Verfügung zu erlassen. Auch das Sekretariat gehe selbst davon aus, dass die Identifikation von Geschäftsgeheimnissen im Streitfall mittels Verfügung zu erledigen sei. Dies gehe im Übrigen sowohl aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010 als auch

aus dem Merkblatt betreffend Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008 hervor.

Die Beschwerdeführerin weist weiter darauf hin, das Eventualbegehren beziehe sich auf die bevorstehende Veröffentlichung des Schlussberichts. Sie habe folglich ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über die Veröffentlichung des Schlussberichts.

Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, die Voraussetzungen für die Gutheissung des Gesuchs um (superprovisorischen) Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen seien als gegeben zu erachten.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2010 ordnete das Bundesverwaltungsgericht superprovisorisch an, bis zu seinem Entscheid über das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, "es sei dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...)-Wartungspreiserhöhung zu veröffentlichen", habe eine Publikation des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 zu unterbleiben.

D.
In seiner innert verlängerter Frist eingereichten Stellungnahme vom 29. April 2010 beantragt das Sekretariat die kostenfällige Abweisung der Beschwerde mit Bezug auf Haupt- und Eventualbegehren sowie auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen.

Vorab kritisiert das Sekretariat die Darstellung des Sachverhalts der Beschwerdeführerin. Insbesondere entspreche der von ihr in der Beschwerde wiedergegebene Inhalt des Telefonats vom 12. März 2010 nicht den Tatsachen. Es hält dafür, das Sekretariat habe weder anlässlich dieses noch anderer Telefongespräche mitgeteilt, es sei nicht willens, eine Verfügung zu erlassen.

Das Sekretariat führt an, die Aufforderung zur Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse in einem Schlussbericht stelle keine Verfügung dar, sondern entspreche einem "gesetzlichen Recht der Unternehmen" und diene einzig zu ihrem Schutz. Vorliegend habe die Beschwerde-

führerin die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse verweigert, um auf diese Weise die Publikation zu verhindern.

Das Sekretariat weist auch darauf hin, dass die Verfügung, auf deren Erlass die Beschwerdeführerin in der Beschwerde einen Anspruch zu haben glaube, nicht der Verfügung entspreche, um deren Erlass sie vor Einreichung der Beschwerde ersucht habe. In der Beschwerde beziehe sich die Beschwerdeführerin auf diejenigen Verfügungen, die mangels Eignung zwischen dem Sekretariat und den Betroffenen erlassen würden, um festzustellen, welchen Angaben der Charakter eines Geschäftsgeheimnisses zukomme. Der Erlass einer Verfügung, in welcher festgestellt werde, welche Angaben als Geschäftsgeheimnisse gälten, sei unbestritten und stelle die Vorgehensweise dar, die das Sekretariat auch im konkreten Fall getroffen hätte, falls zwischen ihm und der Beschwerdeführerin keine Einigung zu Stande gekommen wäre. Dies ergebe sich auch aus dem veröffentlichten Merkblatt Geschäftsgeheimnisse.

Das Sekretariat stellt sich auf den Standpunkt, der Vorwurf der unzulässigen Rechtsverweigerung sei haltlos. Die Beschwerdeführerin habe während den ganzen Verhandlungen versucht, Druck auf das Sekretariat auszuüben und habe die Beschwerde in einem verfrühten Stadium eingereicht, als die Verhandlungen immer noch im Gange gewesen seien und das Sekretariat seine Abklärungen noch nicht abgeschlossen habe. Die Beschwerdeführerin sei mehrmals aufgefordert worden, die Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht zu identifizieren. In ihren Schreiben vom 16. Februar und 3. März 2010 sei sie dieser Aufforderung nicht nachgekommen. In beiden Fällen habe sie die Veröffentlichung des Schlussberichts als unzulässig erachtet, weshalb sich aus ihrer Sicht eine Identifikation der Geschäftsgeheimnisse erübrige.

Gegen den Vorwurf der Rechtsverweigerung spreche auch der zeitliche Ablauf. Nachdem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. März 2010 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Aufforderung an X._____, die Identifikation der Geschäftsgeheimnisse vorzunehmen, beantragt habe, habe ihr das Sekretariat am 12. März 2010 mitgeteilt, dass es in Kürze mit ihr Kontakt aufnehmen werde, um bezüglich der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht eine Lösung zu finden. Die Beschwerdeführerin habe diesen Kontakt nicht abgewartet und

stattdessen am 16. März 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht.

Das Sekretariat begründet die Abweisung des Eventualantrags damit, die Beschwerdeführerin habe vor Beschwerdeerhebung den Erlass einer Verfügung über die Rechtmässigkeit der Publikation des Schlussberichts gar nicht beantragt. Im Übrigen stelle die Veröffentlichung bzw. Ankündigung der Veröffentlichung des Schlussberichts keine Verfügung, sondern ein Realakt dar. Daher sei eine Rechtsverweigerung auszuschliessen.

Schliesslich weist das Sekretariat darauf hin, es sei stets ausser Frage gestanden, dass eine Veröffentlichung des Schlussberichts erst nach einer Bereinigung um die Geschäftsgeheimnisse erfolgen könnte, sei es durch die Beschwerdeführerin oder – sollte diese eine Bereinigung verweigern – durch das Sekretariat. Damit würde sich das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen erübrigen.

E.
Mit Verfügung vom 4. Mai 2010 erachtet das Bundesverwaltungsgericht die bisher eingereichten Eingaben als ausreichend, um über den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu befinden. Das Bundesverwaltungsgericht informierte die Verfahrensbeteiligten über seinen Vorbehalt, allenfalls direkt über das Hauptbegehren zu befinden.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 S. 45 m. w. H.).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission nach

Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

1.2 Die Vorinstanz gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme betreffend das Sachgebiet (Art. 32 VGG) ist nicht gegeben.

1.3 Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission keine anfechtbare Verfügung hinsichtlich der Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht erlassen habe. Indem die Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung geltend macht, geht sie davon aus, dass keine anfechtbare Verfügung vorliegt. Das trifft auf den hier zu beurteilenden Fall zu.

Nach Art. 46a i. V. m. Art. 50 Abs. 2 VwVG kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung jederzeit Beschwerde geführt werden. Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4408; vgl. auch André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 5.18 mit Hinweisen).

1.4 Die Frage, ob das verweigerte oder verzögerte Verwaltungshandeln in Verfügungsform zu ergehen hat, bildet erst Gegenstand der materiellen Prüfung und braucht bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen noch nicht entschieden zu werden. Voraussetzung für das Eintreten auf eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde ist lediglich, dass der Beschwerdeführer plausibel macht, die säumige Behörde sei zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung rechtlich verpflichtet gewesen (vgl. Markus Müller, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N 7 und 9 zu Art. 46a VwVG; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N 725). Gelangt die Beschwerdeinstanz aber schon aufgrund einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass keine Pflicht zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung vorliegt, wird sie das Beschwerdeverfahren durch Nichteintretensentscheid erledigen (vgl. Müller, a. a. O., N 9 ad Art. 46a VwVG; Urteil BVGer A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3 und 4.1).

Ob die Beschwerdeführerin – wie sie in ihren Ausführungen behauptet – plausibel machen konnte, dass die Vorinstanz bezüglich der Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet gewesen wäre, eine verfahrensleitende Verfügung zu erlassen, kann vorliegend offen bleiben. Ausschlaggebend erscheint jedoch, dass die Verfügungen, auf deren Erlass die Beschwerdeführerin einen Anspruch geltend macht, Besonderheiten des kartellverwaltungsrechtlichen (Vor-)Verfahrens tangieren, welche sich in dieser Form zum ersten Mal in einem Beschwerdeverfahren stellen. Die in diesem Zusammenhang stehenden Fragen erfordern eine eingehende Auseinandersetzung und sind für eine summarische Beurteilung weniger geeignet. Unter diesen Umständen erscheint es gerechtfertigt, den Anspruch auf Erlass einer Verfügung und das unrechtmässige Verweigern der Verfügung im materiellen Teil zu behandeln (vgl. E. 2 ff.).

1.5 Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Gesagten zuständig für die Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die Vorinstanz. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenüglich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

Streitgegenstand der Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde kann lediglich die Verzögerung bzw. Verweigerung der anbegehrten Verfügung, nicht jedoch deren materielle Aspekte sein (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, N 30 zu Art. 54 VwVG). Der Entscheid in einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsstreitigkeit hat feststellenden Charakter: Die angerufene Instanz stellt lediglich fest, ob das Verfahren zu Unrecht gar nicht oder verzögert behandelt wurde (MARKUS MÜLLER, a. a. O., N 14 zu Art. 46a VwVG). Heisst das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gut, so weist es die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine andere Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand herzustellen, gibt es nicht; insbesondere darf das Gericht nicht anstelle der das Recht verweigernden Behörde entscheiden, da dadurch der Instanzenzug ver-

kürzt und allenfalls weitere Rechte der am Verfahren Beteiligten verletzt würden (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, a. a. O., N 36 zu Art. 46a VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 5.25).

3.
Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass die Rechtssuchenden vorgängig ein Begehren um Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt haben und ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 5.20; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a. a. O., N 13 zu Art. 46a; MÜLLER, a. a. O., N 7-9 zu Art. 46a). Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person, Organisation oder Behörde nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a. a. O., N 13 zu Art. 46a; Urteil des BVGer A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3; KÖLZ/HÄNER, a. a. O., N 723).

Diese Fragen sind im Zusammenhang mit den Besonderheiten des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens der Vorabklärung zu prüfen.

4.
Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 und 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat der Weko. Der Vorabklärung kommt eine Triage-Funktion zu: damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 23. November 1994, BBl 1995 468 ff., insbesondere S. 602). Das Sekretariat kann bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. zum Ganzen BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, N 1-13; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 145; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern

2005, N 973 ff.; JOACHIM FRICK in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Bern 2007, N 1-3 zu Art. 26 KG).

Mit Bezug auf den Abschluss der Vorabklärung sind drei Ergebnisse möglich: entweder wird das Verfahren eingestellt, weil keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen bzw. weil die Anhaltspunkte nachträglich wegfallen, indem das Sekretariat mit den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Lösung findet, oder es kommt zur Eröffnung einer Untersuchung, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sind (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 114 zu Art. 26 KG; THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel-Genf-München 2005, N 12.28; BGE 135 II 60 E. 3.1.2). Für die Vorabklärung ist kein Verfahrensabschluss mit Verfügung vorgesehen, sondern lediglich ein Schlussbericht, welcher keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ist (ZIRLICK/TALMANN, a. a. O., N 4, 44 ff., 70, 125 zu Art. 26 KG m. w. H.).

Gemäss Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG keine Anwendung (REKO WEF, RPW 2004/2 E. 1.2.3; gleicher Meinung auch PAUL RICHLI, in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, SIWR V/2, S. 424; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 144; ZÄCH, a. a. O., N 975; JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, N 10 ff. zu Art. 26 KG). Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt, das sich für eine vollumfängliche Anwendung des VwVG erst im Untersuchungsverfahren ausspricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtssprechung sollen für die Verfahrensschritte auf dem Weg zur Untersuchung nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten (BGE 135 II 60 E. 3.1.3).

Im Rahmen der Vorabklärung kann das Sekretariat grundsätzlich keine verbindlichen Anordnungen im Sinne von End- und Zwischenverfügungen erlassen. Ausgenommen sind verfahrensleitende Verfügungen betreffend die Auskunfts- bzw. Editionspflicht, die im Rahmen der Vorabklärungen direkt gestützt auf Art. 40 KG erlassen werden (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 44 ff. zu Art. 26 KG).

Aufgrund der Natur der Vorabklärung als informellen Verfahrensrechts haben die Verfahrensadressaten und Beteiligten in der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Ihnen ist der Schlussbericht grundsätzlich nicht zugänglich. Ausnahmsweise erfolgt eine Zustellung, wenn das Sekretariat den Schlussbericht im RPW (Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden) publizieren will und zuvor die Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen sind (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 130 ad Art. 26 KG m. w. H.). In der Praxis erfolgt eine Publikation des Schlussberichts offenbar, wenn das Sekretariat zum Schluss kommt, für die Eröffnung einer Untersuchung lägen keine Anhaltspunkte vor und die Voruntersuchung eingestellt wird; indessen werde oft auf eine Publikation des Schlussberichts verzichtet, wenn dieser keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthalte oder wenn eine Untersuchung zu eröffnen sei (vgl. THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, a. a. O., N 12.29 f.).

Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung sowie die Veröffentlichung des Schlussberichts stellen nach dem Gesagten grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Eröffnung bzw. Nichteröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG (BGE 135 II 60 E. 3.1.2; GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a. a. O., N 12.47). Gegen diese Verwaltungstätigkeiten steht kein Rechtsmittel offen. In diesem Zusammenhang bleibt ebenfalls kein Raum für eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde. Für die Betroffenen besteht die Möglichkeit, Aufsichtsbeschwerde an die Weko zu ergreifen (vgl. zum Ganzen BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 125, 130, 132, 135 f. ad Art. 26 KG; STEFAN BILGER, a. a. O., S. 155; BGE 135 II 67 E. 3.1.2). Gemäss Praxis ist die Verwaltungsbeschwerde auch nicht gegen die Publikation bzw. Nichtpublikation von Entscheiden und deren Ankündigung oder gegen Pressemitteilungen der Wettbewerbsbehörden möglich, da in diesen Fällen kein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt (BVGer Urteil B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2; BVGer Urteil B-360/2008 vom 10. Juni 2010 E. 2; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 123 ad Art. 27 KG).

5.

Das Bundesverwaltungsgericht kann die Gutheissung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde verfügen, wenn es zur

Erkenntnis gelangt, dass die Beschwerdeführerin zuvor beim Sekretariat der Weko ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt hat und ein Anspruch auf deren Erlass besteht, sei es weil die angerufene Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, sei es weil die Beschwerdeführerin Parteistellung gemäss Art. 6 i. V. m. 48 Abs. 1 VwVG beanspruchen kann (vgl. vorne E. 3). Das ist nachfolgend zu prüfen.

6.
Mit Bezug auf das Hauptbegehren macht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde geltend, sie habe einen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht. Sie geht davon aus, das Sekretariat sei aufgrund von Art. 25 KG verpflichtet gewesen, eine entsprechende Verfügung zu erlassen, sofern es mit der Einschätzung eines Unternehmens hinsichtlich seiner Geschäftsgeheimnisse nicht einverstanden sei. Sowohl aus dem Merkblatt betreffend Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008 als auch aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010 könne abgeleitet werden, dass die Geschäftsgeheimnisse im Rahmen einer anfechtbaren Verfügung zu bezeichnen seien.

Allerdings hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. März 2010 beim Sekretariat den Erlass einer anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 25a VwVG betreffend die Aufforderung an sie zur Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht beantragt.

Wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zutreffend zum Ausdruck bringt, stimmt die Verfügung, deren Erlass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Vorinstanz beantragte, nicht mit der Verfügung überein, um deren Erlass sie im Hauptbegehren des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ersucht (eine Verfügung im Rahmen von Art. 25 KG betreffend Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht). Inhaltlich macht es einen Unterschied, ob die Aufforderung zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen oder ein Entscheid über den Geheimnischarakter von Geschäftsdaten verlangt wird. Im Hinblick auf die Frage der Rechtsverweigerung erweist sich dieser Unterschied als rechtserheblich.

6.1 Da die Beschwerdeführerin vorgängig beim Sekretariat kein Gesuch um Erlass einer Verfügung gestützt auf Art. 25 KG gestellt hat,

muss davon ausgegangen werden, dass eine Voraussetzung für die Bejahung einer Rechtsverweigerung fehlt.

6.2 Selbst wenn die Beschwerdeführerin auch vor dem Bundesverwaltungsgericht den Erlass einer Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, gemäss Art. 25a VwVG beantragt hätte, so wäre ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung wohl zu verneinen. Denn im Verfahren der Vorabklärung sind die Bestimmungen des VwVG, wie bereits erwähnt, grundsätzlich nicht anwendbar, womit es der Beschwerdeführerin auch an der Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG mangeln würde (vgl. zur Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung vorne E. 4).

Im Übrigen kann man sich fragen, ob im Rahmen der Vorabklärung der Erlass einer Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen gestützt auf Art. 25a VwVG überhaupt beantragt werden kann, zumal bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Vorabklärung lediglich ein aufsichtsrechtliches Verfahren zur Verfügung steht (vgl. vorne E. 4 i. f.).

Die Vorinstanz kann die Beschwerdeführerin als Teilnehmerin an einer Voruntersuchung nicht verpflichten, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Inhaltlich könnte das Anliegen der Vorinstanz lediglich als Einladung zur Bezeichnung allfälliger Geschäftsgeheimnisse verstanden werden. Eine ausbleibende Antwort der Teilnehmerin entbindet die Vorinstanz nicht von der Beachtung von Art. 25 Abs. 4 KG, soweit sie an einer Publikation festhält und hat für die Beschwerdeführerin als potentielle Geheimnisträgerin auch keine direkten Folgen. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Verfügungskompetenz ergäbe nur Sinn, wenn sie damit den ihr mit Art. 25 Abs. 4 KG auferlegten Verantwortungsbereich einschränken könnte. Hierfür ist jedoch keine gesetzliche Grundlage ersichtlich. Ob und inwiefern der Umstand einer ausbleibenden Antwort im Rahmen der Beurteilung einer effektiv erfolgten Geheimnisverletzung zu werten wäre, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Aus der fehlenden Verfügungsbefugnis ist auf den fehlenden Anspruch auf Erlass einer entsprechenden Verfügung (Aufforderung zur Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht) zu schliessen.

6.3 Selbst unter der Hypothese, dass ein vorgängiger Antrag um Erlass einer Verfügung im Sinne von Art. 25 KG vorliegen würde – was

vorliegend effektiv nicht zutrifft – sowie unter der Annahme, dass die Einhaltung dieser Bestimmungen im Hinblick auf die Publikation des Schlussberichts nicht durch die Aufsichtsbehörde, sondern vom Bundesverwaltungsgericht überprüft würde, könnte die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

6.3.1 Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Dieser Bestimmung hat das Sekretariat auch im Rahmen der Vorabklärung, insbesondere mit Blick auf die in Aussicht gestellte Publikation des Schlussberichts, Rechnung zu tragen.

Gemäss Lehre und Praxis ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden vor der Publikation von Schlussberichten, Verfügungen und Pressemitteilungen den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit einräumen, die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Die Unternehmen werden aufgefordert, jeweils die für die Publikation bestimmten Informationen bekanntzumachen, welche sie als Geschäftsgeheimnisse erachten. In der Regel dürften sich die Wettbewerbsbehörden an die deklarierten Geschäftsgeheimnisse halten. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass diese mit der Einschätzung der Unternehmen nicht einverstanden sind oder Uneinigkeit über die geeignete Umschreibung eines Geschäftsgeheimnisses besteht. In diesem Fall versuchen die Wettbewerbsbehörden mit den Unternehmen eine gemeinsame Lösung zu finden. Kann keine Einigung erzielt werden, mag es zutreffen, dass die Wettbewerbsbehörden betreffend die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen eine verfahrensleitende Verfügung erlassen (vgl. zum Ganzen Simon Bangerter in: Amstutz/Reinert [Hrsg.] Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, N 62 ff. zu Art. 25 KG; Urs Zenhäusern in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Bern 2007, N 17 zu Art. 25 KG; Merkblatt Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerbskommission Stand: 30. April 2008). Ob sie hierzu verpflichtet sind, kann – wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht – offen bleiben.

6.3.2 Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin trotz zwei ausdrücklicher Anfragen der Vorinstanz (Schreiben vom 2. und 23. Februar 2010), allfällige im Schlussbericht enthaltene Geschäftsgeheimnisse als solche zu bezeichnen, jeweils primär Einwände

gegen eine Veröffentlichung des Schlussberichts vorbrachte. In ihrem Antwortschreiben vom 16. Februar 2010 verwies sie zur Begründung bloss undifferenziert auf den Umstand, dass der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte. Dasselbe Argument führte die Beschwerdeführerin ebenfalls in ihrem Schreiben vom 3. März 2010 an, in welchem sie zum ersten Mal den Antrag auf Erlass einer Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, nur für den Fall stellte, dass das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts festhalten wolle. In beiden Fällen unterliess sie es jedoch, diejenigen Passagen des Schlussberichts genauer zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse zu betrachten wären.

Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zweimal (am 2. und 23. Februar 2010) die Gelegenheit einräumte, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, ging sie korrekt, d. h. entsprechend den in der zitierten Lehre und im Merkblatt geschilderten Modalitäten, vor. Ihr Verhalten kann ohne weiteres als Indiz gewertet werden, dass die Vorinstanz eine gemeinsame Lösung anstreben wollte. Mit ihrem pauschalen (zweimal vorgebrachten) Hinweis, wonach im Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalten seien, weshalb dieser nicht veröffentlicht werden dürfe, signalisierte die Beschwerdeführerin, dass im zur Publikation vorgesehenen Schlussbericht zwar Geschäftsgeheimnisse vorhanden sind, verweigerte aber gleichzeitig mit der gleichen Begründung ihre Kooperation zu ihrer Bezeichnung. Diese Vorgehensweise lässt den Schluss zu, dass die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen wollte und es ihr hauptsächlich darum ging, die Publikation des Schlussberichts zu verhindern.

6.3.3 In Anlehnung an die zitierte Lehre und Praxis (vorne E. 6.3.1) drängt sich der Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse nicht schon dann auf, wenn die Wettbewerbsbehörde die Betroffenen auffordert, die Geschäftsgeheimnisse in einem Schlussbericht zu bezeichnen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsbehörde mit der Einschätzung und Umschreibung der Geschäftsgeheimnisse durch die involvierten Unternehmen nicht einverstanden ist und zu keiner Einigung zwischen den Parteien kommt. Dieses Prozedere ergibt sich im Übrigen auch aus dem Merkblatt Geschäftsgeheimnisse der Weko und aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010, auf welche die

Beschwerdeführerin selber verweist (Beilage 9 der Beschwerde). Gemäss dieser Mitteilung des Sekretariats betreffend Publikation einer Verfügung in der RPW klärt das Sekretariat allfällige Differenzen hinsichtlich der Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen mit den betroffenen Parteien, falls notwendig im Rahmen einer Verfügung. Erst nach definitiver Klärung folge die Publikation des endgültig bereinigten Textes.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, dass – selbst unter der Annahme, dass die Wettbewerbsbehörden Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse mittels Verfügung zu entscheiden hätten – die Bereinigung der Differenzen bei der Definition der Geschäftsgeheimnisse durch die Wettbewerbsbehörden ein entsprechendes vorgängiges Tätigwerden der betroffenen Beteiligten voraussetzen würde. Es wäre mit anderen Worten Sache der Beteiligten, den Wettbewerbsbehörden die Informationen bezüglich der Geschäftsgeheimnisse vorab zu liefern.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin dem Sekretariat nicht vorgängig mitgeteilt, welche konkreten Informationen des Schlussberichts ihrer Meinung nach als Geschäftsgeheimnisse einzustufen wären, obwohl sie vom Sekretariat zweimal ausdrücklich eingeladen worden ist. In diesem Stadium des Verfahrens, als Verhandlungen noch im Gange waren, um die Geschäftsgeheimnisse zu definieren, könnte die Beschwerdeführerin noch nicht mit dem Erlass einer anfechtbaren Verfügung rechnen. Ein diesbezüglicher Antrag wäre als verfrüht und eine entsprechende Verfügung nicht möglich gewesen, da sich die Beschwerdeführerin bis anhin weigerte, die hierzu nötige Mitwirkung zu leisten. Ebenso wenig wäre die Vorinstanz in dieser Verfahrensphase und nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet, in Verfügungsform zu handeln.

Schliesslich bleibt noch anzufügen, dass die Vorinstanz in den Vorakten und in ihrer Stellungnahme glaubwürdig ihre Bereitschaft zum Ausdruck bringt, die Hand zu einer gemeinsamen Lösung hinsichtlich der Identifikation der Geschäftsgeheimnisse zu bieten. Es kann offen bleiben, was die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin mit Telefonat vom 12. März 2010, dessen Inhalt umstritten ist, abgesprochen haben. Tatsache ist, dass die Vorinstanz am 2. und 23. Februar 2010 das Verfahren zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in die Wege geleitet hatte. Die Einreichung der

vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde bereits am 16. März 2010 (kaum 30 Tagen nach dem letzten Schreiben des Sekretariats) erfolgte nach dem Gesagten ohnehin zu früh und ohne entsprechende Anspruchsgrundlage.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass – selbst unter der doppelten Hypothese, dass die Beschwerdeführerin vorgängig bei der Vorinstanz einen Antrag auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG gestellt hätte sowie dass die Vorinstanz Differenzen in Bezug auf die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich mit Verfügung zu entscheiden hätte – ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung noch nicht besteht bzw. ohnehin zu verneinen gewesen wäre.

6.3.1 Die im Hauptbegehren verlangte Feststellung der formellen Rechtsverweigerung und die damit einhergehende Anweisung an das Sekretariat, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, erweisen sich daher als unbegründet.

7.
Im Rahmen des Eventualbegehrens verlangt die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, über die Veröffentlichung des Schlussberichts zu verfügen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe einen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Veröffentlichung des Schlussberichts.

Vorab ist auch hier festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin während des Verfahrens vor der Vorinstanz und vor Beschwerdeeinreichung keinen konkreten Antrag auf Erlass einer Verfügung betreffend die Publikation des Schlussberichts gestellt hat, weshalb eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Rechtsverweigerung bereits von vornherein fehlt.

Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen solchen Antrag gestellt hätte, wäre ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung aber höchst fraglich. Denn die an der Voruntersuchung Beteiligten haben weder ein generalisiertes Recht, die Publikation des Schlussberichts zu verlangen, noch ein solches, sie zu verhindern (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 132 ad Art. 26 KG). Gleiches dürfte selbstverständlich für

die blosse Ankündigung der Publikation des Schlussberichts gelten. Dies auch in Anlehnung an die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach weder die Publikation der Untersuchung noch deren schriftliche Ankündigung unter den Begriff der Verfügung gemäss Art. 5 VwVG fallen und damit kein gültiges Anfechtungsobjekt bilden (vgl. BVGer Urteil B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2). Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, können Handlungen (Eröffnung, Durchführung und Abschluss der Vorabklärung sowie Publikation des Schlussberichts) oder Unterlassungen des Sekretariats im Rahmen der Vorabklärung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. In diesen Fällen besteht nur die Möglichkeit, eine Aufsichtsbeschwerde an die Weko einzureichen. Eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde ist ausgeschlossen (vgl. vorne E. 4 i. f.).

Nach dem Gesagten erweist sich das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ebenfalls als unbegründet.

8.
Als Hauptergebnis ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine unzulässige Rechtsverweigerung nicht gegeben sind. Insbesondere deckt sich die Verfügung, deren Erlass die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren beantragt, inhaltlich nicht mit jener, um deren Erlass die Beschwerdeführerin noch vor der Vorinstanz ersuchte. Auf der anderen Seite bestand bis zum heutigen Zeitpunkt kein Rechtsanspruch auf Erlass der Verfügung, deren unrechtmässige Verweigerung die Beschwerdeführerin heute festgestellt haben will.

9.
Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde mit ihrem Haupt- und Eventualbegehren als unbegründet abzuweisen.

Der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen verhält sich akzessorisch zum Hauptentscheid. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Aktenlage direkt über das Haupt- und Eventualbegehren hat befinden können, wird das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos und die superprovisorische Anordnung, die Veröffentlichung des Schlussberichts habe bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen zu unterbleiben, fällt ebenfalls dahin (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 3.18).

10.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu verrechnen.

11.
Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0218; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani Corrado Bergomi

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 14. Juli 2010