

BVGer A-592/2018 vom 23. Oktober 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-10-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-592_2018

FR: TAF A-592/2018 du 23 octobre 2018

IT: TAF A-592/2018 del 23 ottobre 2018

Regeste

Datenschutz

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. Art. 18 Abs. 3 i.V.m. Art. 39 KG). Zudem besteht bezüglich der betroffenen Sachgebiete keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids, mit welchem Angaben zu den von Abreden betroffenen Vergabeverfahren des Beschwerdegegners und demzufolge allenfalls die Beschwerdeführerin betreffende Personendaten weitergegeben werden sollen, sowohl formell wie materiell beschwert. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

E. 3

Die Beschwerdeführerin verlangt den Beizug der gesamten Verfahrensakten der WEKO-Untersuchung (...). Der rechtserhebliche Sachverhalt ist aufgrund der im Recht liegenden Akten, welche teilweise aus der genannten WEKO-Untersuchung stammen, bereits hinreichend erstellt. Das prozessuale Begehren um Aktenbeizug wird deshalb in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. Urteil des BVGer A-8067/2015 vom 8. Juni 2017 E. 3.1.2) abgewiesen.

E. 4

Mit der strittigen Einsichtsverfügung gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung und die dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnahmte Akten), als diese allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen zum Gegenstand haben, bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Vergabestelle war, sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen oder Personendaten von Dritten offengelegt werden. Zudem verband sie die Datenlieferung mit der Auflage, dass die Daten einzig für die Prüfung eines Schadens bzw. für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwendet werden dürfen. Nachdem die Einsichtsverfügung nur von der Beschwerdeführerin und nicht auch vom Kanton Aargau angefochten wurde, bleibt ausschliesslich zu prüfen, ob die (eingeschränkte) Datenbekanntgabe im soeben geschilderten Umfang zu Recht angeordnet wurde. Demnach ist nicht weiter darauf einzugehen, dass die Vorinstanz die Daten der Selbstanzeigerinnen von der Einsicht ausgenommen hat und deshalb bloss die Offenlegung eines einzigen von Absprachen betroffenen Vergabeverfahrens anordnete. Ebenso braucht nicht überprüft zu werden, ob die Datenbekanntgabe für andere Zwecke (Beantwortung von Interpellationen sowie der Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen) hätte angeordnet werden dürfen.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz für den Erlass der Einsichtsverfügung nicht zuständig gewesen sei. Sie begründet dies mit dem Devolutiveffekt. Da die Sanktionsverfügung von mehreren Unternehmen (so auch von der Beschwerdeführerin) angefochten worden sei, liege die Verfügungsgewalt über die Akten beim Bundesverwaltungsgericht, bei welchem das Verfahren im Zeitpunkt dieses Vorbringens noch hängig gewesen war. Entsprechend dürfe auch nur das Bundesverwaltungsgericht über eine allfällige Akteneinsicht befinden. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner hingegen die Vorinstanz um Einsicht angefragt habe, da diese noch im Besitz von Kopien sei, vermöge daran nichts zu ändern. Entgegen den Vorbringen der Vorinstanz könne nicht zwischen dem Thema des Zugangs zu den Verfahrensakten (Einsichtsverfahren) und dem Streitgegenstand des Kartellverfahrens (Sanktionsverfahren) differenziert werden. Vielmehr sei Ersteres eng mit der Hauptsache verknüpft, weshalb einzig die Beschwerdeinstanz darüber befinden könne.

E. 5.2

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Devolutiveffekt nur im Umfang des Streitgegenstands gelte. Im vorliegenden Verfahren sei der Streitgegenstand ein völlig anderer als im Verfahren betreffend die Sanktionsverfügung. Entsprechend habe der Devolutiveffekt aufgrund der Anfechtung der Sanktionsverfügung keinen Einfluss auf die Zuständigkeit der WEKO im Zusammenhang mit der Datenbekanntgabe im konkreten Fall.

E. 5.3

Der Beschwerdegegner bringt vor, dass sich sein Einsichtsgesuch nur auf die Verfahrensakten aus der abgeschlossenen Untersuchung der WEKO beziehe und nicht auf das noch hängige Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung.

E. 5.4

Gemäss Art. 54 VwVG geht mit Einreichung der Beschwerde die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, auf die Beschwerdeinstanz über (sog. Devolutiveffekt). Mit der Beschwerdeerhebung erlangt das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz die Herrschaft über das Verfahren. Folglich darf sich grundsätzlich weder die Vorinstanz noch sonst eine Behörde mit der Angelegenheit befassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit insbesondere allein zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und anderer prozessleitender Verfügungen berufen. Der Devolutiveffekt ist jedoch - wie dies bereits Art. 54 VwVG zum Ausdruck bringt - auf den Streitgegenstand beschränkt (vgl. Urteil des BVGer A-3821/2016 vom 29. September 2016 E. 1.2.5; Regina Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 54 Rz. 6 und 11 f.; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.7).

E. 5.5

Gegenstand der Sanktionsverfügung bildete erstens die Feststellung, ob die von der Untersuchung erfassten Unternehmen mittels unzulässiger Wettbewerbsabreden auf Submissionsverfahren eingewirkt haben (Verstoss gegen das Kartellgesetz) und zweitens die Sanktionierung der fehlbaren Unternehmen. Demgegenüber befasst sich die vorliegend angefochtene Einsichtsverfügung vor allem mit der Zulässigkeit der Bekanntgabe von Personendaten (im Rahmen der informationellen Amtshilfe). Dabei war für die Vorinstanz und wird auch für das Bundesverwaltungsgericht im Einsichtsverfahren in erster Linie zu prüfen sein, ob die Daten für den Beschwerdegegner zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Folglich ist der Streitgegenstand ein gänzlich anderer. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich nicht um ein prozessuales Akteneinsichtsgesuch einer Partei handelt, sondern um ein eigenständiges Verfahren. Die vorliegende Streitigkeit wurde demnach nicht vom Devolutiveffekt des Beschwerdeverfahrens betreffend die Sanktionsverfügung erfasst. Die Vorinstanz war deshalb ohne Weiteres zum Entscheid über die Datenbekanntgabe befugt. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

E. 6

Für die Beurteilung eines Zugangsgesuchs wie das Vorliegende kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Frage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts richten sich solche Gesuche - bei gegebenen Anwendungsvoraussetzungen (nachfolgend: E. 7) - primär nach dem Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) und mangels expliziter gesetzlicher Grundlage im Sinn von Art. 17 DSG nach der allgemeinen Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG (nachfolgend: E. 8 und 9; BVGE 2016/22 E. 5 und 6). Scheitert die Amtshilfe, ist die Bekanntgabe der Daten nach Art. 8 DSG (nachfolgend: E. 10) und nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG (nachfolgend: E. 11) zu prüfen. Schliesslich ist abzuklären, ob ein Zugang nach Art. 6 des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3; nachfolgend: E. 12) oder allenfalls gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in Frage kommt

(nachfolgend: E. 13).

E. 7

Die Anrufung der datenschutzrechtlichen Anspruchsgrundlagen setzt voraus, dass das Datenschutzgesetz anwendbar ist. Dies gilt es an erster Stelle zu prüfen.

E. 7.1

Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG findet das Gesetz insbesondere keine Anwendung auf hängige Strafverfahren sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren; davon ausgenommen sind erstinstanzliche Verwaltungsverfahren.

E. 7.1.1

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, kann das kartellrechtliche Sanktionsverfahren nicht als Strafverfahren im Sinn des Datenschutzgesetzes qualifiziert werden. Vielmehr handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 und BGE 139 I 72 E. 2.2.2 und 4.4, welcher von Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter spricht). Damit hätte das Gesuch, soweit es sich allein an die WEKO richtete und auf deren Verfahrensakten bezog, ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren betroffen und wäre dem Datenschutzgesetz unterstanden.

E. 7.1.2

Im Zeitpunkt, als die Vorinstanz über den Zugang zur Sanktionsverfügung befunden hat, war die Verfügung mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich das Zugangsgesuch unter diesen Umständen noch auf ein erstinstanzliches Verfahren bezog oder aufgrund der Beschwerdeerhebung gegen die Sanktionsverfügung als verwaltungsrechtliches Verfahren hätte eingestuft werden müssen. Während im erstgenannten Fall das Gesuch ohne Weiteres nach dem Datenschutzgesetz zu beurteilen gewesen wäre, wäre es im zweiten Fall grundsätzlich von dessen Anwendungsbereich ausgenommen gewesen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch aufgrund der folgenden Ausführungen offenbleiben.

E. 7.1.3

Allein die Qualifikation eines Verfahrens als verwaltungsrechtliches Verfahren schliesst die Anwendung des Datenschutzgesetzes nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass es darüber hinaus auch als hängig im Sinn von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG erscheint. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen.

E. 7.1.3.1

Je nach Auslegung des Begriffs der Hängigkeit schränken Lehre und Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes in zeitlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht ein (vgl. BVGE 2016/28 E. 2.2; Urs Maurer-Lambrou/Simon Kunz, in: Basler Kommentar, Datenschutz - Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK DSG/BGÖ], Art. 2 Rz. 26; Lukas Wiget/Daniel Schoch, Das Auskunftsrecht nach DSG - eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 2010, S. 999 ff., S. 1000).

E. 7.1.3.2

Hinter der Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG steht der Gedanke, dass der vom DSG bezweckte Persönlichkeitsschutz durch Spezialbestimmungen aufgrund der in den ausgenommenen Verfahren anwendbaren Prozessgesetzen bereits hinreichend gesichert

und geregelt wird (vgl. BGE 138 III 425 E. 4.3; Urteil des BGer 4A_188/2015 vom 31. August 2015 E. 3.1; David Rosenthal/Yvonne Jöhri, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008 [nachfolgend: HAKO DSG], Art. 2 Rz. 29 und 32). Käme das Datenschutzgesetz ebenfalls zur Anwendung, würden sich zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielsetzung überlagern, was zu Rechtsunsicherheiten, zu Koordinationsproblemen und schliesslich zu Verfahrensverzögerungen führen würde (Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [nachfolgend: Botschaft zum DSG], BBl 1988 II 413, S. 443). Der Ausschlussklausel kommt demnach eine Koordinationsfunktion zu, indem sie sicherstellt, dass entweder nur verfahrensrechtliche oder einzig datenschutzrechtliche Ansprüche Platz greifen (Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011 [nachfolgend: Datenschutzrecht], § 12 Rz. 29).

E. 7.1.3.3

Anders ausgedrückt geht die Ausnahmebestimmung dann von einem hängigen Verfahren aus, wenn die Geltung der einschlägigen Prozessgesetze ausgelöst wird (BGE 138 III 425 E. 4.3; Stefan Gerschwiler, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.37). Damit ist der Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes aber nicht nur in zeitlicher, sondern zugleich auch in persönlicher Hinsicht abgegrenzt. Nur in jenen Konstellationen, in denen ein Betroffener effektiv Gebrauch von den Verfahrensrechten machen kann, wird das Datenschutzgesetz zurückgedrängt und ihm die Anwendung versagt. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass einem nicht verfahrensbeteiligten Dritten das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG - trotz eines hängigen Beschwerdeverfahrens - zustehe, da er mangels Verfahrensstellung die Verfahrensrechte gerade nicht anrufen könne (BVGE 2016/28 E. 2.2; Urteil des BVGer A-6356/2016 vom 19. April 2018 E. 3.1.4). Da die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes aber nicht nur das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht beschlägt, sondern generell darüber entscheidet, ob dessen Vorschriften auch für die Bearbeitung der Daten gelten (vgl. BGE 138 III 425 E. 4.3), muss nach dem Gesagten einem nicht am Verfahren beteiligten Dritten auch die Anrufung der weiteren, vorliegend einschlägigen, datenschutzrechtlichen Anspruchsgrundlagen (Art. 19 Abs. 1 Bst. a und d DSG) zustehen.

E. 7.1.3.4

So hat denn auch das Bundesgericht die Publikation einer Sanktionsverfügung durch die WEKO - jedoch ohne eingehende Auseinandersetzung mit dessen Geltungsbereich - im Lichte des Datenschutzgesetzes geprüft, obwohl die betreffende Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und damit ein verwaltungsrechtliches Verfahren hängig war (vgl. BGE 142 II 268 E. 6).

E. 7.1.4

Zusammengefasst fiel das Zugangsgesuch - im Zeitpunkt der Einsichtsverfügung - nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG unabhängig davon, ob sich die Datenbekanntgabe nun auf das erstinstanzliche Verfahren vor der WEKO bezogen hat oder diese in einem weiteren Zusammenhang mit dem damaligen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gestanden hätte. Die Vorinstanz hat zu Recht auf die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes erkannt.

E. 7.1.5

Entsprechend schliesst auch der Umstand, dass im heutigen Zeitpunkt das Verfahren 2C_845/2018 betreffend der Sanktionsverfügung beim Bundesgericht hängig ist, die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht aus.

E. 7.2

Sodann hat die Vorinstanz die weiteren Bestimmungen zum Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 DSG geprüft und als erfüllt erachtet. Diese Erwägungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

E. 7.3

Nach dem Gesagten gelangt das Datenschutzgesetz auf das strittige Zugangsgesuch zur Anwendung.

E. 8

Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dürfen Bundesorgane Personendaten selbst dann bekannt geben, wenn keine Rechtsgrundlage im Sinn von Art. 17 DSG besteht, sofern die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben unentbehrlich sind. Diese Ausnahme soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts ihres Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (vgl. BVGE 2016/22 E. 6.2; Jennifer Ehrensperger, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 21).

E. 9

An erster Stelle ist die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

E. 9.1.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Damit stehe weder fest, ob der Beschwerdegegner von unzulässigen Abreden betroffen war, noch sei eine Beteiligung der Beschwerdeführerin daran erwiesen. Solange dieser Beweis nicht erbracht sei, könne aufgrund des Prinzips "in dubio pro reo" keine Sanktion ausgesprochen werden. Folglich sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Akten für die Prüfung und Geltendmachung von allfälligen Schadenersatzforderungen unentbehrlich seien. Demnach sei kein Zugang zu gewähren.

E. 9.1.2

Die Vorinstanz hält dagegen, dass der Zugang zu den Verfahrensakten einer Untersuchung nicht von der Rechtskraft der Sanktionsverfügung abhängig sei. Dasselbe gelte auch für die Publikation ihrer Sanktionsverfügungen, welche das Bundesgericht trotz fehlender Rechtskraft erlaubt habe. Zudem sei der Zivilrichter bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen nicht an die Beurteilung der WEKO in der Sanktionsverfügung gebunden, weshalb deren Rechtskraft nicht massgeblich sei.

E. 9.1.3

Der Beschwerdegegner wendet ein, dass das Prinzip "in dubio pro reo" bzw. die Unschuldsvermutung nicht einer Datenbekanntgabe entgegenstehe. Ohnehin sei unklar, ob diese überhaupt im vorliegenden Verwaltungsverfahren anwendbar seien. Schliesslich wolle die Beschwerdeführerin offensichtlich verhindern, dass er noch vor Ablauf der Verjährungsfrist Schadenersatzansprüche abklären könne. Es handle sich um eine reine

Verzögerungstaktik, die keinen Rechtsschutz verdiene.

E. 9.2

Im vorliegenden Fall war im Zeitpunkt als die Vorinstanz die Datenbekanntgabe anordnete die Sanktionsverfügung noch nicht rechtskräftig. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz unter diesen Umständen überhaupt in der Lage war, die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

E. 9.2.1

Die Daten erscheinen dann als unentbehrlich, wenn die gesetzliche Aufgabe ohne die Daten überhaupt nicht erfüllt werden kann. Im Umkehrschluss hat das Bundesverwaltungsgericht daraus abgeleitet, dass die Bekanntgabe von Daten dann nicht unentbehrlich sei, wenn die gesetzliche Aufgabe offensichtlich nicht mehr erfüllt werden könne (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3.4.1). Demnach setzt die Datenbekanntgabe voraus, dass die angefragte Behörde grundsätzlich prüft, ob die Daten für den beabsichtigten Zweck überhaupt nutzbar gemacht werden können. Damit wird ausgeschlossen, dass Daten auf Vorrat geliefert werden, deren zweckmässige Verwendung noch nicht einmal feststeht. Dies folgt insbesondere aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, das bei sämtlichen Formen der Datenbearbeitung zu beachten ist (Art. 4 Abs. 2 DSG; vgl. David Rosenthal, in: HAKO DSG, Art. 4 Rz. 20).

E. 9.2.2

Muss nun aber aus datenschutzrechtlicher Sicht im Grundsatz eine Prüfung der zweckmässigen Verwendungen der Daten erfolgen, schliesst dies eine Datenbekanntgabe solange aus, als die Sanktionsverfügung nicht rechtskräftig ist. Denn erst nach Eintritt der Rechtskraft kann beurteilt werden, ob die Daten für den geltend gemachten Zweck überhaupt eingesetzt werden können. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch einer Datenbekanntgabe bislang erst in Fällen stattgegeben, in denen die Sanktionsverfügung rechtskräftig war (vgl. Urteil des BVGer A-6320/2014 vom 23. August 2016 E. 3 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22]).

E. 9.2.3

Insoweit unterscheidet sich die Ausgangslage bei der Datenbekanntgabe deutlich von jener der Publikation einer Sanktionsverfügung durch die WEKO. Während bei Letzterer vor allem die Aspekte der Transparenz und der Prävention sowie der Rechtssicherheit im Vordergrund stehen und dabei explizit in Kauf genommen wird, dass die publizierten Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensschritt auch aufgehoben oder korrigiert werden können (vgl. Urteil des BGER 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 4.2.5.4), dient die allfällige Datenbekanntgabe im konkreten Fall einzig der Prüfung sowie der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und damit der Einleitung eines Verfahrens gegenüber den Adressaten der Sanktionsverfügung.

E. 9.3.1

Das Bestehen einer datenschutzrechtlichen Prüfpflicht über den Einsatz der Daten und deren zweckmässige Verwendung steht jedoch im Widerspruch zum bundesgerichtlich anerkannten Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht erwog, dass eine rechtssuchende Person auch ausserhalb eines Verfahrens ein besonderes, schützenswertes Interesse an der Akteneinsicht habe, wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren, wie ein Entschädigungs-, Rehabilitations- oder Revisionsprozess, sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden könne. In diesem Zeitpunkt

sei es grundsätzlich nicht Sache der Behörden, anstelle des Betroffenen über den allenfalls einzuschlagenden Prozessweg und die Erfolgchancen zu befinden und die Akteneinsicht von einem bestimmten Verfahren abhängig zu machen (vgl. BGE 129 I 249 E. 5.2).

E. 9.3.2

Würde das Kriterium der Unentbehrlichkeit strikt im Sinn der Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht von Art. 29 Abs. 2 BV ausgelegt, hätte dies die vollständige Abkehr von der besagten Prüfpflicht zur Folge. Dies würde jedoch den Prinzipien des Datenschutzgesetzes zuwiderlaufen und zu einer deutlichen Lockerung der Anforderungen bei einer Datenbekanntgabe führen, obwohl diese im Rahmen einer Ausnahmebestimmung erfolgt. Dies wäre nicht zulässig. Letztlich ist das Datenschutzgesetz trotz des Widerspruchs zum verfassungsmässigen Akteneinsichtsrecht vom Bundesverwaltungsgericht anzuwenden (sog. Anwendungsgebot von Bundesgesetzen: Art. 190 BV; BGE 138 II 440 E. 4; Urteil des BGer 1C_598/2016 vom 2. März 2018 E. 3 [zur Publikation vorgesehen], Yvo Hangartner/Martin E. Looser, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: St. Galler BV-Kommentar], Art. 190 Rz. 6 f.).

E. 9.4

Nach dem Gesagten ist an der grundsätzlichen Prüfpflicht festzuhalten. Zu deren Umfang ist damit jedoch noch nichts gesagt. Indem dieser auf ein vertretbares Minimum beschränkt wird, kann die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zumindest teilweise verfassungskonform ausgelegt werden (vgl. Hangartner/Looser, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 190 Rz. 31; Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 29 Rz. 6).

E. 9.4.1

Demnach gilt es sicherzustellen, dass das Kriterium der Unentbehrlichkeit nicht ohne Not zu einer vorweggenommenen Prüfung des verfolgten Zwecks führt. In diesem Sinn hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits einmal geäußert. Es hat in einem Verfahren, in dem die Daten unter anderem für die Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen nachgesucht wurden, erwogen, dass im Rahmen des Amtshilfeverfahrens die Zulässigkeit der beabsichtigten Verwendung der Daten nicht abschliessend zu prüfen sei; darüber habe letztlich die Vergabestelle in ihrem Verfahren zu befinden. Entsprechend seien die Daten grundsätzlich zu liefern, es sei denn, es würde von vornherein feststehen, dass keine vergaberechtliche Sanktion angeordnet werden könne und es insofern offensichtlich an der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe mangle (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3.4.1).

E. 9.4.2

Dies lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen, wo die Daten zur Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatz nachgefragt werden. Entsprechend soll die Beurteilung der Unentbehrlichkeit nicht zu einer vorweggenommenen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer Schadenersatzforderung führen. Dies ist primär Sache der Partei und letztlich des angerufenen Zivilgerichts.

E. 9.4.3

Zu prüfen bleibt, wann die Schwelle überschritten wird und das Vorliegen einer Anspruchsvoraussetzung derart unwahrscheinlich erscheint, dass dies im Amtshilfeverfahren zu berücksichtigen und eine Datenbekanntgabe zu untersagen ist.

E. 9.4.3.1

Hierzu ist auf das Verhältnis des verwaltungs- und des zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahrens abzustellen. Zwar handelt es sich dabei um voneinander unabhängige Verfahren. Dennoch geht die herrschende Lehrmeinung dahin, dass ein Zivilrichter letztlich an eine Entscheidung der WEKO gebunden sei (Jean-Marc Reymond, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, Rem. art. 12 ss LCart, Rz. 38 und 41 ff. mit weiteren Hinweisen) oder dieser zumindest faktisch eine derart grosse Wirkung auf ein anschliessendes Zivilverfahren entfalte, dass - eine sorgfältige Prozessführung vorausgesetzt - nur wenige Umstände denkbar seien, die zu einem anderen Entscheid des Zivilgerichts führen können (vgl. Reto Jacobs/Gion Giger, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.] *Basler Kommentar Kartellgesetz*, 2010 [nachfolgend: BSK KG], vor Art. 12-17, Rz. 21-24; noch weiter gehen: Anne-Catherine Hahn, in: *Kartellgesetz, Stämpfli Handkommentar*, 2007, Art. 12 Rz. 7 und Yvo Hangartner, *Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren*, AJP 2006, S. 43 ff., S. 44 und 47-49).

E. 9.4.3.2

Die Frage der Bindungswirkung wurde - soweit ersichtlich - bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht gerichtlich beurteilt. Selbst wenn diese zu verneinen wäre und der Argumentation der Vorinstanz gefolgt würde, bestünde im Falle eines allfälligen Schadenersatzprozesses dennoch ein enger Konnex zwischen den beiden Verfahren. Denn auf der einen Seite wird im Zivilverfahren für den Schadenersatzanspruch gemäss Art. 41 Abs. 1 OR die Verletzung einer sog. Schutznorm vorausgesetzt, da reine Vermögensschäden geltend gemacht werden. Auf der anderen Seite wird eine solche gerade in einem Verstoß gegen Art. 5 KG erblickt, auf dessen Feststellung das Verwaltungsverfahren gerichtet ist (Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, 4. Aufl. 2013, Art. 41 Rz. 17 und 38b; Jacobs/Giger, in: BSK KG, Art. 12 Rz. 128 ff).

E. 9.4.3.3

Sollte somit das verwaltungsrechtliche Verfahren zum Ergebnis führen, dass kein Kartellrechtsverstoß vorliegt, dürfte nach dem Gesagten ein abschlägiger Entscheid eines Zivilgerichts schon weitgehend vorweggenommen sein, da es in diesem Fall voraussichtlich an der Verletzung einer Vermögensschutznorm bzw. an einer Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch mangelt.

E. 9.4.4

Damit ist zugleich die Schwelle definiert, ab welcher bereits im Rahmen des Amtshilfeverfahrens eine zweckmässige Verwendung der Daten (zur Geltendmachung von Schadenersatz) mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden kann. Folglich ist im Verfahren betreffend die Datenbekanntgabe vorerst der Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung abzuwarten ist, da erst dann ein Kartellrechtsverstoß mit Sicherheit feststeht.

E. 9.5

Zusammengefasst erscheint die Rechtskraft der Sanktionsverfügung (oder eines an deren Stelle tretenden Urteils) als notwendige Bedingung, um überhaupt das Kriterium der Unentbehrlichkeit prüfen zu können. Sodann ist erforderlich, dass zumindest ein

Kartellrechtsverstoss festgestellt wurde, anderenfalls die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs als derart unwahrscheinlich erscheint, dass bereits im Amtshilfeverfahren eine zweckmässige Verwendung der Daten mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden kann. Sind diese Bedingungen erfüllt, ist insoweit von der Unentbehrlichkeit der Daten auszugehen und diese sind - vorbehältlich der weiteren Anspruchsvoraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO - zu liefern. Denn es ist nicht an der mit dem Amtshilfeverfahren betrauten Behörde, das Vorliegen eines Schadenersatzanspruchs abschliessend zu prüfen.

E. 9.6

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz noch vor dem Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung bzw. eines an deren Stelle tretenden Urteils über die Datenbekanntgabe befunden. Folglich hat sie die Datenbekanntgabe verfrüht angeordnet; sie hätte zunächst den Eintritt der Rechtskraft abwarten müssen.

E. 9.7

Da in der Folge auch das die Beschwerdeführerin betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht (Verfahren 2C_845/2018) angefochten wurde, ist das Kartellverfahren immer noch hängig. Damit ist eine zentrale Voraussetzung für die Datenbekanntgabe nach wie vor nicht erfüllt.

E. 9.8

Insoweit ist von einem Gesuchsteller im Amtshilfeverfahren hinzunehmen, dass vorerst der Ausgang des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens abzuwarten ist. Daran vermag vorliegend auch der Umstand nichts zu ändern, dass bezüglich einer allfälligen Schadenersatzforderung der Eintritt der Verjährung droht. Denn entgegen der langen Dauer der Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sollten kartellrechtliche Verfahren in der Regel nicht derart viel Zeit in Anspruch nehmen, dass der Beschwerdegegner aufgrund des Eintritts der absoluten Verjährung um die Beurteilung allfälliger Ansprüche gebracht wird, noch bevor er überhaupt Kenntnis vom potentiellen Schädiger und vom potentiellen Schaden erhält. Andernfalls stünde ihm - mangels Parteistellung im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren - zumindest die Möglichkeit einer Aufsichtsanzeige offen.

E. 9.9

Nachdem im konkreten Fall bereits die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit nicht erfüllt ist, kann die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen von vornherein unterbleiben. Die Daten können nicht auf dem Wege der Amtshilfe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO bekannt gegeben werden.

E. 10.1

Der Beschwerdegegner stützt sein Gesuch im Weiteren auf Art. 8 Abs. 1 DSGVO. Diese Bestimmung gewährt insbesondere juristischen Personen ein voraussetzungsloses Auskunftsrecht (statt vieler: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht, in: Datenschutzrecht, § 11 Rz. 21). Darunter fallen grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Körperschaften wie der Kanton Aargau (vgl. Art. 52 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Ob öffentlich-rechtliche Körperschaften aber - wie die Vorinstanz darlegt - die Anrufung der genannten Bestimmung aufgrund deren Sinn und Zwecks versagt ist, wurde bislang noch nicht gerichtlich geklärt (für die Anwendbarkeit auf

öffentlich-rechtliche Körperschaften: Ralph Gramigna/Urs Maurer-Lambrou, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 8 Rz. 4 f). Wie es sich damit verhält, kann aber aufgrund der folgenden Ausführungen offen bleiben.

E. 10.2

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a DSG hat der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person unter anderem alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten mitzuteilen. Er kann aber die Auskunft verweigern, soweit es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG; Urteil des BGer 1C_541/2014 vom 13. August 2015 E. 2.5). Insbesondere gilt es sicherzustellen, dass bei der Auskunftserteilung keine unrechtmässige Bekanntgabe von Daten Dritter stattfindet (Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 28. Februar 1997 E. II 2, in: VPB 62.55; Michael Widmer, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015 [nachfolgend: Datenschutzrecht], Rz. 5.47; Gramigna/Maurer-Lambrou, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 21).

E. 10.3

In den offenzulegenden Passagen der Sanktionsverfügung wird der Beschwerdegegner namentlich genannt. Mithin sind Personendaten des Beschwerdegegners betroffen. Zugleich enthalten die Erwägungen und die Akten vor allem aber Angaben zu den im damaligen Vergabeverfahren involvierten Unternehmungen und damit Personendaten Dritter. Folglich würde die Auskunftserteilung deren Schutzinteressen tangieren. Zwar steht dieser Umstand einer Mitteilung nicht grundsätzlich entgegen, da diese auch unter Schwärzung der betreffenden Personendaten (Firma und allfällige weitere Angaben) erfolgen kann. Weil der Beschwerdegegner als Vergabestelle aber über sämtliche Offerten samt weiteren Unterlagen verfügt, können die Interessen der betroffenen Unternehmen trotz Schwärzung ihrer Personendaten nicht gewahrt werden, da er ohnehin darauf schliessen könnte. In dieser Konstellation ist eine Güterabwägung vorzunehmen. Es gilt das Interesse des Auskunftsberechtigten gegen das Interesse der betroffenen Drittpersonen abzuwägen (Urteil des BVer A-2318/2013 vom 23. Januar 2015 E. 8.1.3 und A-6603/2013 vom 1. Oktober 2014 E. 5.2.2 und 6.4; vgl. zum Ganzen: Gramigna/Maurer-Lambrou, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 8, 9 und 21).

E. 10.4

Oben wurde bereits festgehalten, dass die Verwendung der Daten zu dem vom Beschwerdegegner verfolgten Zweck der Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erst geprüft werden kann, wenn die Sanktionsverfügung rechtskräftig und ein Kartellrechtsverstoss erstellt ist (E. 9.5). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Mithin sind die Daten für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nicht unentbehrlich. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse, dass ihre Personendaten nicht offengelegt werden, zumal diese eine administrative Verfolgung betreffen und als besonders schützenswert zu qualifizieren sind (Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG; BGE 142 II 268 E. 6.1). Mithin sprechen überwiegende Interessen Dritter gegen eine Datenbekanntgabe (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG). Das Gesuch ist insoweit von vornherein abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob sich der Beschwerdegegner überhaupt auf Art. 8 DSG berufen kann.

E. 11.1

Ferner käme grundsätzlich eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO in Frage. Diese Bestimmung erlaubt einem Bundesorgan die Bekanntgabe von Personendaten trotz fehlender Rechtsgrundlage, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren.

E. 11.2

Nach der Lehre ist diese Bestimmung - analog zur Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO - restriktiv auszulegen. Verlangt wird, dass die von der Datenbekanntgabe betroffene Person in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise Angaben über sich selber verweigert. Sie zielt damit primär auf Fälle ab, in denen die Bekanntgabe verweigert wird, um einer Rechtspflicht, wie der Zahlung von Alimenten oder Sozialversicherungsbeiträgen, entgehen zu können. Dabei obliegt es dem Empfänger der Daten, das rechtsmissbräuchliche Verhalten der betroffenen Person glaubhaft zu machen (Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, S. 470; Claudia Leonie Wasmer, in: Datenschutzrecht, Rz. 3.167; Yvonne Jöhri, in: HAKO DSGVO, Art. 19 Rz. 29, Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011, § 12 Rz. 90; Jennifer Ehrensperger, in: BSK DSGVO/BGÖ, Art. 19 Rz. 31).

E. 11.3

Im konkreten Fall ist weder ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in rechtsmissbräuchlicher Weise vereiteln würde noch wird solches vom Beschwerdegegner geltend und erst recht nicht glaubhaft gemacht. Eine Datenbekanntgabe kann folglich auch nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSGVO erfolgen.

E. 12

Im Übrigen entfällt eine Zugangsgewährung nach Art. 6 Abs. 1 des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3), da mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO eine spezielle Zugangsvorschrift besteht, welche gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ gegenüber dem Öffentlichkeitsgesetz Vorrang genießt (vgl. A-6320/2014 E. 4.3 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22]).

E. 13

Wie oben dargelegt (E. 9.3), besteht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV für eine ausserhalb eines Verfahrens stehende Person ein verfassungsmässiger Anspruch auf Akteneinsicht. Dieser Bestimmung kommt die Funktion eines Minimalstandards zu, deren Anrufung nur nötig ist, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt oder sich diese als ungenügend erweist (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.2; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rz. 5). Mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO besteht eine speziellere Bestimmung, die den Anspruch auf Datenbekanntgabe für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konkret regelt. Entsprechend genießt die datenschutzrechtliche Amtshilfebestimmung Vorrang. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Bestimmung - trotz der versuchten verfassungskonformen Auslegung (oben E. 9.4) - im Vergleich zum Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV restriktiver ist. Für die rechtsanwendenden Behörden sind die Bundesgesetze massgebend und damit anzuwenden (Art. 190 BV). Es kann deshalb nicht angehen, dass über die Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BV das restriktiver ausgestaltete Datenschutzgesetz umgangen wird. Folglich ist ein allfälliger Zugang zu den strittigen Akten nicht gesondert nach Art. 29 Abs. 2 BV zu prüfen.

E. 14

Schliesslich sind keine anderweitigen Anspruchsgrundlagen ersichtlich, welche eine Offenlegung der Daten erlauben würden. Demnach sind die Daten dem Beschwerdegegner nicht bekanntzugeben. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Verfügung aufzuheben.

E. 15

Aufgrund des Verfahrensausgangs ist die mit der Zwischenverfügung vom 15. Februar 2018 während der Dauer des Beschwerdeverfahrens angeordnete Anonymisierung der Beschwerdeführerin aufrechtzuerhalten. Die Identität der Beschwerdeführerin wird dem Beschwerdegegner deshalb nicht mitgeteilt.

E. 16

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

E. 16.1

Trotz des abgewiesenen Prozessbegehrens um den Beizug der Akten aus dem Kartellverfahren gilt die Beschwerdeführerin insgesamt als vollständig obsiegende Partei.

E. 16.2

Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG); auf deren Erhebung wird jedoch ausnahmsweise verzichtet (Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- ist ihr zurückzuerstatten.

E. 16.3

Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Mangels Kostennote ist die Höhe der Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen. In Anbetracht der Komplexität, des mutmasslichen Arbeitsaufwands und der Synergieeffekte wegen des Parallelverfahrens A-590/2018 hält das Bundesverwaltungsgericht eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 5'000.- für angemessen (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Sie ist der Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

E. 17

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Datenschutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) bekannt zu geben.

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