

# **BVGer A-5988/2018 vom 24. Oktober 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5988\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5988_2018)

FR: TAF A-5988/2018 du 24 octobre 2019

IT: TAF A-5988/2018 del 24 ottobre 2019

## **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 Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. Art. 18 Abs. 3 i.V.m. Art. 39 KG). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit seinen Anträgen nicht vollständig durchgedrungen. Er ist demnach zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem in der vorinstanzlichen Verfügung geregelten Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verengen, darf jedoch grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert werden. Es ist mithin das in der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsobjekt) geregelte Rechtsverhältnis, welches den äusseren Rahmen des Streitgegenstandes bestimmt. Fragen, über welche die erstinstanzliche Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2; statt vieler Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3; Auer/Binder, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 12 Rz. 11 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.7 f. und 2.213). Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 stellte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Gesuch um Einsichtnahme, um erstens das Vergabeverfahren und dessen Kontrollmechanismen zu überprüfen, um zweitens

vergaberechtliche Sanktionen gegen die in der Sanktionsverfügung geahndeten Unternehmen zu prüfen und anzuordnen sowie um drittens allfällige zivilrechtliche Ansprüche gegen diese Unternehmen zu prüfen und durchsetzen zu können. Der Beschwerdeführer wies in seinem Gesuch ausdrücklich darauf hin, die Daten sollten ihm nur für die genannten drei Zwecke bekannt gegeben werden. Wie sich aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung ergibt, hat die Vorinstanz die Zulässigkeit der Datenbekanntgabe konkret für die im Gesuch angegebenen Anliegen geprüft und im Einzelnen darüber befunden. Über andere mögliche Anliegen für die Datenbekanntgabe hat sie nicht entschieden. Soweit der Beschwerdeführer nun in der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht Einsicht zwecks Wahrnehmung seines gesamten verfassungsrechtlichen Auftrages - namentlich auch in straf-, subventions- und steuerrechtlicher Hinsicht - verlangt, geht das Begehren über den Streitgegenstand hinaus. Darauf ist insoweit nicht einzutreten.

#### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist - unter Vorbehalt der vorstehenden Erwägung - 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. 3.1**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, die ihm auferlegte Auflage gemäss Disp.-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei nicht ausreichend begründet und damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz bestreitet eine Verletzung der Begründungspflicht. Sie habe die Gründe für den Erlass der Auflage unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dargelegt.

#### **E. 3.2**

Schriftliche Verfügungen sind gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen. Die Begründungspflicht ist ein Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieser ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert. Eine Begründung muss - im Sinne einer Minimalanforderung - in jedem Fall so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über deren Tragweite Rechenschaft geben und sie sachgerecht anfechten kann. Zudem muss der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung der Rechtsanwendung möglich sein. Es sind wenigstens kurz die Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6; BVGE 2013/46 E. 6.2.5; Kneubühler/Pedretti, Kommentar VwvG, Art. 35 Rz. 5 ff., Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 629 f.; je mit Hinweisen).

#### **E. 3.3**

In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung legt die Vorinstanz die bestehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dar und führt für den konkreten Fall aus, die Auflage gemäss Disp.-Ziff. 3 solle verhindern, dass die Daten zu kartellrechtsfremden

Zwecken verwendet werden. Mit diesen Ausführungen wurden die entscheidungswesentlichen Überlegungen zwar knapp, aber doch in nachvollziehbarer Weise dargelegt. Letztlich war der Beschwerdeführer - wie die Vorbringen in seiner Beschwerde zeigen - im Stande, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zu verneinen.

#### **E. 4.1**

In materieller Hinsicht ist zunächst die Rechtsgrundlage der informationellen Amtshilfe darzulegen, soweit diese unbestritten geblieben ist.

#### **E. 4.2**

Für die Beurteilung des Einsichtsgesuchs des Beschwerdeführers kommen mehrere Rechtsgrundlagen in Frage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts richten sich solche Gesuche - bei gegebenen Anwendungsvoraussetzungen - primär nach dem Datenschutzgesetz, genauer gesagt nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG (BVGE 2016/22 E. 5 ff.; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 7 ff., A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 6 ff. und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 5 ff. [teils noch nicht rechtskräftig]). Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ist die Bekanntgabe von Personendaten ohne rechtliche Grundlage im Sinne von Art. 17 DSG möglich, wenn die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Der Gesetzgeber hat damit eine spezifische Norm geschaffen, welche den verfassungsmässigen Grundsatz der gegenseitigen Amtshilfe von Art. 44 BV zumindest für die informationelle Amtshilfe einer Bundesbehörde konkretisiert. Die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts des Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (BVGE 2016/22 nicht publ. E. 5 und E. 6.2 mit Hinweisen; vgl. Jennifer Ehrensperger, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 19 DSG Rz. 21 [nachfolgend: Basler Kommentar DSG/BGÖ]).

#### **E. 4.3**

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zunächst den Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 2 i.V.m. Art. 3 DSG geprüft und als vorliegend erfüllt erachtet (vgl. BVGE 2016/22 E. 6.1 mit Hinweisen). Hinsichtlich der Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bejahte die Vorinstanz sodann, dass ein Ersuchen im Einzelfall vorliegt. So beziehe sich das Gesuch des Beschwerdeführers auf die Akten eines bestimmten vorinstanzlichen Verfahrens, womit im Gesuch selbst der Kreis der betreffenden Personendaten klar umrissen werde. Auch seien im Gesuch spezifische Zwecke angegeben, wozu die Daten benötigt würden (vgl. BVGE 2016/22 E. 7 mit Hinweisen). Des Weiteren seien die drei im Gesuch genannten Anliegen - Überprüfung des Vergabeverfahrens und dessen Kontrollmechanismen, Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen sowie Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche - als gesetzliche Aufgaben zu qualifizieren (vgl. BVGE 2016/22 E. 9 mit Hinweisen). Schliesslich seien die Daten zur Erfüllung der vom Beschwerdeführer angeführten gesetzlichen Aufgaben im nachfolgenden Umfang unentbehrlich: Die Unentbehrlichkeit für das erste Anliegen des Beschwerdeführers sei zu verneinen, da die

kantonalen Vergabeabläufe und Kontrollmechanismen schon aufgrund der Angaben in der publizierten Sanktionsverfügung überprüft werden könnten (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.2 mit Hinweisen). Hinsichtlich des zweiten Anliegens des Beschwerdeführers erwog die Vorinstanz, ein Auftragsentzug oder eine Vertragsauflösung gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG GR, BR 803.300) komme vorliegend nicht in Betracht, da die Projekte zwischenzeitlich ausgeführt worden seien. Um eine Konventionalstrafe oder den Ausschluss bei künftigen Beschaffungen prüfen zu können (Art. 32 Abs. 1 Bst. b und c SubG GR), bedürfe der Beschwerdeführer hingegen Einsicht in die Verfahrensakten, soweit es um Einzelprojekte gehe, bei denen er die zuständige Beschaffungsstelle gewesen sei (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3 mit Hinweisen). Für das dritte Anliegen des Beschwerdeführers sei eine Einsichtnahme ebenfalls unentbehrlich, soweit es um Einzelprojekte gehe, bei denen der Kanton die zuständige Beschaffungsstelle gewesen sei (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.4 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4**

Diese vorinstanzlichen Erwägungen stehen in Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtsprechung und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Es ist somit zu Recht unbestritten geblieben, dass im genannten Umfange die Voraussetzungen für die Gewährung der informationellen Amtshilfe nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG grundsätzlich erfüllt sind.

#### **E. 5**

Gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG hat das Bundesorgan eine grundsätzlich zulässige Datenbekanntgabe abzulehnen, einzuschränken oder mit Auflagen zu verbinden, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person (Bst. a) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (Bst. b; vgl. zum Ganzen Ehrensperger, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 19 DSG Rz. 60 ff., Claudia Mund, in: Baeriswyl/ Pärli [Hrsg.], Handkommentar Datenschutzgesetz, Art. 19 Rz. 34 ff., Yvonne Jöhri, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 19 Rz. 93 ff., je mit Hinweisen). Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 DSG ist nachfolgend strittig und zu prüfen, ob die Vorinstanz die Verwendung der bekanntzugebenden Daten mittels Auflage einschränken (vgl. nachfolgend E. 6) sowie das Gesuch des Beschwerdeführers um Einsicht in die Daten der Selbstanzeigerinnen abweisen durfte (vgl. nachfolgend E. 7). Soweit die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers im Übrigen teilweise gutgeheissen hat, ist die Verfügung unangefochten geblieben.

#### **E. 6.1**

In einem ersten Schritt ist zu klären, ob im Rahmen der informationellen Amtshilfe die Auflage zulässig ist, demnach der Beschwerdeführer die ersuchten Daten einzig zur Prüfung und Anordnung von vergaberechtlichen Sanktionen sowie zur Prüfung eines Schadens zu seinen Lasten bzw. zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwenden darf und ihm die Weitergabe der Daten an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken ausdrücklich untersagt wird.

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer rügt, es mangle an einer gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung der Datenverwendung. Die Bestimmung von Art. 25 Abs. 2 KG könne nicht als spezialgesetzliche Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 19 Abs. 2 Bst. b DSG

verstanden werden. Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 KG beziehe sich gemäss Lehre nur auf die zweckgebundene Verwertung der Kenntnisse durch die Vorinstanz selbst und nicht auf die Datenweitergabe an andere Behörden. Andernfalls wäre Art. 25 Abs. 2 KG redundant, denn bei Art. 19 DSG handle es sich um den einzig möglichen Anwendungsfall einer Datenweitergabe durch die Vorinstanz im Rahmen der Amtshilfe. Die verfügte Auflage erweise sich überdies auch als unverhältnismässig, da sie verhindere, dass der beschwerdeführende Kanton seine gesetzlichen und verfassungsmässigen Aufgaben umfassend wahrnehmen könne. Wesentliche öffentliche Interessen oder schutzwürdige Privatinteressen, die den Erlass der Auflage zu rechtfertigen vermögen, seien nicht ersichtlich. Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, Art. 19 Abs. 4 DSG sehe ausdrücklich vor, die Datenbekanntgabe mit Auflagen zu verbinden, wenn gesetzliche Geheimhaltungsgründe es verlangen würden. Eine solche Geheimhaltungspflicht enthalte Art. 25 Abs. 2 KG. Die Zweckidentität resp. -kompatibilität der Datenverwendung müsse in jedem Fall sichergestellt werden und diesbezüglich bestehe kein Raum für eine Interessenabwägung.

### **E. 6.3**

Mit einer Auflage wird der Verfügungsadressat zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Auflagen gehören zu den Nebenbestimmungen einer Verfügung. Nebenbestimmungen konkretisieren die mit einer Verfügung festgelegten Rechte und Pflichten; sie regeln die Modalitäten einer Verfügung. Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen. Nebenbestimmungen brauchen jedoch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein, sondern die Zulässigkeit kann sich vielmehr auch aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Zusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Auflagen zu begünstigenden Verfügungen sind insbesondere dann zulässig, wenn die zugestandenen Rechte im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen verweigert werden könnten. Unzulässig sind hingegen alle Nebenbestimmungen, die sachfremd oder unverhältnismässig sind (vgl. BGE 131 I 166 E. 4.4; Urteil des BVGer A-6841/2016 vom 6. März 2018 E. 9.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 906 ff., Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 90 ff.).

### **E. 6.4**

Gemäss Bst. b von Art. 19 Abs. 4 DSG lehnt das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Das Datenschutzgesetz entbindet folglich das angefragte Bundesorgan nicht vom Amtsgeheimnis oder anderen speziellen Geheimhaltungspflichten. Vielmehr muss im Einzelfall mittels Gesetzesauslegung geprüft werden, ob eine spezialgesetzliche Regelung die Geheimhaltungspflicht aufhebt und ob eine datenschutzrechtliche Bestimmung einer Datenbekanntgabe entgegensteht (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.1; Ehrensperger, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 19 DSG Rz. 66 mit Hinweisen). Das Kartellrecht regelt das Amtsgeheimnis in Art. 25 KG. Die Bestimmung sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren (Abs. 1). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten (Abs. 2). Ferner erlaubt die Bestimmung den Wettbewerbsbehörden, diejenigen Daten an den Preisüberwacher weiterzugeben, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (Abs. 3). In Abs. 4 von Art. 25 KG wird das Verbot

statuiert, in den Veröffentlichungen Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2016/22 eine umfassende Auslegung von Art. 25 KG vorgenommen, um zu klären, ob diese Bestimmung eine Schranke für die Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG bildet. Gemäss der Rechtsprechung führt die Auslegung zum Ergebnis, dass Art. 25 KG die amtshilfeweise Datenbekanntgabe einschränkt, aber nicht vollständig ausschliesst. Eine Weitergabe ist nach Art. 25 Abs. 2 KG dann zulässig, wenn die Daten an ein (potentielles) Kartellopferte geliefert werden, von der Bekanntgabe keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind und die Daten ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwendet werden. Die zweckentsprechende Verwertung der Daten ist mit der Anordnung einer Auflage sicherzustellen (BVGE 2016/22 E. 11 mit Hinweisen).

### **E. 6.5**

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers besteht für die angefochtene Auflage, welche die Datenverwendung beschränkt, eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Für die Auslegung von Art. 25 Abs. 2 KG kann auf die bestehende Rechtsprechung verwiesen werden. Wie in BVGE 2016/22 E. 11 im Einzelnen aufgezeigt, ergibt sich aus der Auslegung der spezialgesetzlichen Bestimmung von Art. 25 Abs. 2 KG, dass die Daten nur zu kartellrechtlichen Zwecken weitergegeben werden dürfen. Vorliegend besteht auch keine Veranlassung, diese Rechtsprechung in Frage zu stellen. Mit der Vorinstanz ist einig zu gehen, dass die vom Beschwerdeführer angeführte Lehrmeinung von Sutter nichts an der angefochtenen Verfügung zu ändern vermöge. Selbst wenn der Lehrmeinung von Sutter zu folgen wäre, dass Art. 25 Abs. 2 KG nur die Verwertung der Daten durch die Vorinstanz selbst und nicht die durch andere Behörden regle, bliebe die Verwendung der Daten gesetzlich beschränkt. Der Grundsatz der Zweckidentität resp. -kompatibilität ergäbe sich diesfalls - auch nach der Ansicht von Sutter - aus den Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG (vgl. Patrick Sutter, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Dike Kommentar, 2018, Art. 25 Rz. 45 f. [nachfolgend: Dike Kommentar KG]). So oder anders könnte sich die vom Beschwerdeführer bestrittene Einschränkung auf eine ausreichende Rechtsgrundlage stützen. Was die Auflage selbst betrifft, sieht der Gesetzeswortlaut von Art. 19 Abs. 4 DSG sodann ausdrücklich vor, dass das Bundesorgan die Datenbekanntgabe mit Auflagen verknüpft, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht demnach keinen Grund von der bestehenden Rechtsprechung abzuweichen. In Übereinstimmung mit BVGE 2016/22 ist daran festzuhalten, dass Art. 25 Abs. 2 KG eine gesetzliche Schranke für die Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. b bildet und auch für die Anordnung der Auflage eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.

### **E. 6.6**

Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist auch keine fehlerhafte Interessenabwägung hinsichtlich der strittigen Auflage erkennbar. Die von der Vorinstanz erlassene Auflage ist weder als sachfremd noch als unverhältnismässig zu erachten. Denn die engen gesetzlichen Vorgaben, die für die vorliegende Datenbekanntgabe im Rahmen der Amtshilfe zu beachten sind, würden weitgehend ihren Sinn und Zweck verlieren, sollte der Beschwerdeführer die erhaltenen Daten für die Wahrnehmung beliebiger öffentlicher Aufgaben verwenden dürfen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung gleichzeitig auch der Wahrung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze, insbesondere

dem Grundsatz der Zweckbindung, dient (vgl. Art. 4 Abs. 3 DSG; Art. 2 Abs. 1 des Kantonalen Datenschutzgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Juni 2001 [KDSG GR, BR 171.100]). Angesichts der engen gesetzlichen Vorgaben ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer durch die verfügte Auflage in der Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben übermässig eingeschränkt würde. Der Klarheit halber sei an dieser Stelle nochmals angemerkt, dass vorliegend mangels Streitgegenstand nicht geklärt zu werden braucht, ob die informationelle Amtshilfe auch zur Wahrnehmung anderer öffentlicher Aufgaben - namentlich in straf-, subventions- und steuerrechtlicher Hinsicht - gewährt werden könnte, sollte im Einzelfall darum ersucht werden (vgl. vorstehend E. 1.3).

#### **E. 6.7**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist demnach zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 25 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG - wie von der Vorinstanz zutreffend erkannt - nur eine eingeschränkte Datenbekanntgabe unter Auflage zulässt. In casu wurden die gesetzlichen Vorgaben von der Vorinstanz korrekt angewendet. So zählt der Beschwerdeführer als kantonale Vergabestelle zu den potentiellen Kartellopfen (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.2). Des Weiteren beabsichtigte die Vorinstanz, vor einer allfälligen Datenbekanntgabe die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Beschwerdegegnerinnen zu schwärzen und diese dem Beschwerdeführer somit in keinem Fall bekannt zu geben (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.3). Die im Gesuch genannten und hier relevanten Zwecke für die Datenbekanntgabe, nämlich die Prüfung und Durchsetzung allfälliger zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche sowie vergaberechtlicher Sanktionen, stimmen nach der Rechtsprechung mit den kartellrechtlichen Zwecken im Sinne von Art. 1 KG überein (vgl. BVGE 2016/22 E. 11.5.1). Schliesslich ist - wie aufgezeigt - der Erlass der Auflage nicht zu beanstanden.

#### **E. 7.1**

In einem zweiten Schritt bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen der informationellen Amtshilfe das Gesuch des Beschwerdeführers um Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen abweisen durfte.

#### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, zur Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben sei er auf die Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen angewiesen, da diese Daten möglicherweise mehr als die Hälfte aller aussagekräftigen Akten ausmachen würden. Vorliegend fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die Abweisung seines Gesuchs. Der Sanktionserlass für die Selbstanzeigerinnen nach Art. 49a Abs. 2 KG sei ein rein verwaltungsrechtlicher Anreiz zur Kooperation. Als Ausnahmebestimmung sei die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG eng auszulegen und dürfe nicht auf die Frage der Datenbekanntgabe ausgeweitet werden. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, den Selbstanzeigerinnen zusätzlichen Schutz vor vergaberechtlichen Sanktionen der öffentlichen Hand oder vor Zivilklagen zulasten von Geschädigten zu bieten. Die vorinstanzliche Interessenabwägung führe zudem zu einem verfehlten Ergebnis. Der haushälterische Umgang mit Staatsgeldern sowie die Wahrung der Kantonsverfassung liege im öffentlichen Interesse. Es sei nicht gerechtfertigt, die Bonusregelung derart attraktiv auszugestalten, dass er als Kanton seinen Pflichten faktisch nicht mehr nachkommen könne, zumal auch nicht empirisch belegt sei, dass eine Datenbekanntgabe die verwaltungsrechtliche Bonusregelung tatsächlich gefährde. Die Vorinstanz bleibt

demgegenüber in der Vernehmlassung bei ihrer Ansicht, dem Beschwerdeführer seien die Daten der Selbstanzeigerinnen nicht bekanntzugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG zu erhalten. Die Selbstanzeigerinnen hätten gegenüber der Vorinstanz umfassend kooperiert, weshalb ihnen im Falle einer Datenbekanntgabe an den Beschwerdeführer eine überproportionale Inanspruchnahme drohe. Ob eine Selbstanzeige eingereicht werde, hänge nicht nur von der zu erwartenden Sanktionshöhe, sondern von sämtlichen damit verbundenen Vor- und Nachteilen ab. Werde dem Gesuch des Beschwerdeführers stattgegeben, sei zu erwarten, dass Unternehmen sich zukünftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige entscheiden würden. Ausreichende Anreize, um mit der Vorinstanz zu kooperieren, würden wegfallen. Mit Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO bestehe eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Datenbekanntgabe. Im Rahmen der Interessenabwägung sei das über den konkreten Fall hinausreichende öffentliche Interesse, auch künftig erfolgreich Kartellrechtsverstösse verfolgen zu können, als überwiegend zu erachten. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten öffentlichen Interessen seien primär kurzfristiger sowie finanzieller Natur. Die Abweisung des Gesuchs führe nicht zu einer Privilegierung der Selbstanzeigerinnen, sondern es werde einzig verhindert, dass diese in nachfolgenden zivil- oder vergaberechtlichen Verfahren faktisch schlechter gestellt würden als die übrigen Parteien. Die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG werde nicht auf andere Rechtsgebiete ausgeweitet. Die vorgenommene Wertung stimme mit der Rechtslage in der Europäischen Union überein, wonach Selbstanzeigen absolut geschützt würden und nicht bekanntzugeben seien.

### **E. 7.3**

Gemäss Art. 49a Abs. 2 KG kann gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung oder Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, d.h. eine Selbstanzeige einreicht, auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden (sog. Bonusregelung). Zur Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG heisst es in der Botschaft des Bundesrates, für austrittswillige Kartellmitglieder entstehe damit ein Anreiz zur Meldung des Kartells. Mit dem Anreiz werde die gegenseitige Loyalität und Solidarität der Kartellmitglieder geschwächt. Gegenseitiges Misstrauen und ein "Wettbewerb um den Kooperationsbonus" würden den Aufbau oder die Aufrechterhaltung harter Kartelle erschweren und so einen präventiven Beitrag zur Kartellbekämpfung leisten. Die Kooperation eines Kartellmitglieds erleichtere zudem die Arbeit der Wettbewerbsbehörde massgeblich. Einerseits könne sie dazu beitragen, dass Kartelle, die sonst unaufgedeckt geblieben wären, ans Tageslicht kommen. Andererseits werde auch die Sachverhaltsermittlung wesentlich erleichtert, indem andernfalls schwer zugängliche Informationen aus erster Hand flössen. Im Ausland habe sich diese Vorgehensweise bewährt (Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, S. 2038). Die Einführung der Bonusregelung war in den parlamentarischen Beratungen umstritten, der Gesetzesentwurf von Art. 49a Abs. 2 KG wurde letztlich aber unverändert übernommen (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] N 2002 1453 ff., AB S 2003 333 ff.; Tagmann/Zirlick, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2010, Art. 49a Rz. 2 mit Hinweisen). Die gesetzlichen Vorgaben von Art. 49a Abs. 2 KG werden in der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) weiter ausgeführt. Die Bonusregelung hat eine grosse praktische Bedeutung erlangt (vgl. Patrick L. Krauskopf, Dike Kommentar KG, Art. 49a Rz. 68 mit Hinweisen).

#### **E. 7.4**

Nach Bst. a von Art. 19 Abs. 4 DSG lehnt das Bundesorgan die Datenbekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Eine derartige Interessenabwägung hat zu erfolgen, wenn die Datenbekanntgabe - wie vorliegend - im Ermessen des Bundesorganes liegt und hierzu keine Verpflichtung besteht. Die Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnisse ist dabei im hier zu beurteilenden Zusammenhang von vornherein untersagt und von der geforderten Interessenabwägung ausgenommen (BVGE 2016/22 E. 12.1 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht liess es in seiner bisherigen Rechtsprechung offen, wie es sich mit der Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen nach Abschluss des Verfahrens im Rahmen der informationellen Amtshilfe verhält (BVGE 2016/22 E. 12.4.3; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 4, A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 4 und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 3 [teils noch nicht rechtskräftig]). In anderen Zusammenhängen hatte das Bundesverwaltungsgericht sich indes bereits verschiedentlich mit der Wahrung des Instituts der Selbstanzeige zu befassen. So erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass die vorinstanzliche Publikationsversion der Sanktionsverfügung insbesondere auch dem Aspekt des Schutzes der Selbstanzeige gerecht werden müsse (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.8, E. 5.5 und E. 8 mit Hinweisen). Im Verfahren B-807/2012 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass kein Anspruch auf Herausgabe von Kopien der Selbstanzeigen nach Art. 26 ff. VwVG bei den gegebenen Umständen bestehe. Es liege im öffentlichen Interesse, die Wirksamkeit der Bonusregelung als Instrument des Wettbewerbsrechts durch eine gewisse Geheimhaltung zu unterstützen (Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20. Februar 2014, bestätigt mit Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.4.6 mit Hinweisen).

#### **E. 7.5**

Soweit der Beschwerdeführer in der vorliegenden Beschwerde geltend macht, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, um eine Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen im Rahmen der informationellen Amtshilfe abzulehnen, ist ihm nicht zu folgen. Auch zwischen den Verfahrensbeteiligten ist im Grunde unbestritten geblieben, dass die Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG keinerlei Regelung zur ersuchten Datenbekanntgabe enthält. Folglich ist auch nicht über eine eigentliche Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 49a Abs. 2 KG zu befinden, wie dies vom Beschwerdeführer gerügt wird. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt sich aber aus der fehlenden spezialgesetzlichen Regelung nicht die Schlussfolgerung ziehen, die Einschränkung der Datenbekanntgabe könne sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Die allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmung von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG bietet eine genügende Rechtsgrundlage, um das Gesuch um informationelle Amtshilfe gegebenenfalls abzuweisen. Bei dieser rechtlichen Ausgangslage ist auf die kartellrechtliche Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG nachfolgend nur, aber immerhin insoweit einzugehen, als sie für die datenschutzrechtliche Interessenabwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG von Bedeutung ist.

#### **E. 7.6**

Im Folgenden gilt es, eine Abwägung der betroffenen Interessen gestützt auf Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG vorzunehmen. Für die Bekanntgabe der Daten der Selbstanzeigerinnen sprechen vorliegend vor allem verschiedene öffentliche Interessen des Kantons. Sollte der

Beschwerdeführer durch die in der Sanktionsverfügung dargestellten Absprachen der Selbstanzeigerinnen geschädigt worden sein, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Geltendmachung von zivilrechtlichen Ersatzforderungen sowie an der Durchsetzung von vergaberechtlichen Sanktionen. Der haushälterische Umgang mit Steuergeldern liegt im öffentlichen Interesse genauso wie die Einhaltung des kantonalen Vergaberechts. Die vom Beschwerdeführer angestrebte Datenverwendung könnte ausserdem allgemein eine generalpräventive Wirkung auf zukünftige Submissionsabsprachen entfalten, was ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt. Diesen öffentlichen Interessen kommt unbestrittenermassen ein erhebliches Gewicht zu. Den genannten öffentlichen Interessen an der Datenbekanntgabe steht das gegenläufige, aber ebenfalls erhebliche öffentliche Interesse gegenüber, von den Daten der Selbstanzeigerinnen möglichst wenig preiszugeben, um die Wirksamkeit der Bonusregelung zu erhalten. Um in den Genuss der Sanktionsbefreiung nach Art. 49a Abs. 2 KG zu gelangen, mussten die Selbstanzeigerinnen umfassend mit der Vorinstanz im Verfahren kooperieren. Würden diese Daten im Rahmen der Amtshilfe nun dem Beschwerdeführer bekanntgegeben werden, wären die Selbstanzeigerinnen einem ungleich höheren Risiko ausgesetzt, vergaberechtlich oder zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, als die übrigen an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen. Wie die fachkundige Vorinstanz nachvollziehbar begründet, erscheint es - auch ohne empirischen Nachweis - plausibel, dass Unternehmen sich zukünftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige entscheiden würden, sollten sie eine faktische Benachteiligung in späteren vergabe- oder zivilrechtlichen Verfahren aufgrund der Datenbekanntgabe erwarten. Die ersuchte Datenbekanntgabe könnte daher das gesetzgeberische Ziel einer wirksamen Bonusregelung in Frage stellen. Wenn Wettbewerbsverstösse regelmässig unaufgeklärt bleiben, könnte dies den faktischen Geltungsanspruch des kartellrechtlichen Sanktionssystems erschüttern (vgl. Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 668 mit Hinweisen). Das aufgezeigte öffentliche Interesse an der Einschränkung der Datenbekanntgabe wäre auch dann als erheblich zu erachten, wenn der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG Ausnahmecharakter zukäme und eng auszulegen wäre, wie der Beschwerdeführer argumentiert. Denn auch im Falle einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung bestünde ein öffentliches Interesse an der Wirksamkeit des Gesetzes. Im Rahmen der eigentlichen Interessenabwägung ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass das öffentliche Interesse an einer wirksamen Bonusregelung als grundsätzlich überwiegend zu betrachten ist, weil es im Dienste der Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen steht. Kommen solche Verstösse erst gar nicht ans Licht, könnten auch keine Schadenersatzforderungen oder vergaberechtlichen Sanktionen seitens des Beschwerdeführers ins Auge gefasst werden. Zu beachten ist hierbei, dass die hier strittige Datenbekanntgabe in einem unmittelbaren, engen Konnex zum abgeschlossenen Kartellverfahren steht. Aufgrund dessen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Bonusregelung Vorrang einräumt und die Daten der Selbstanzeigerinnen privilegiert behandelt. Die von der Vorinstanz vorgenommene Wertung liegt auch in der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

#### **E. 7.7**

Im Ergebnis ist somit im Rahmen der informationellen Amtshilfe das öffentliche Interesse an einer wirksamen Bonusregelung höher zu gewichten als diejenigen öffentlichen Interessen, die der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch um Datenbekanntgabe

wahrzunehmen beabsichtigt. Für die Daten der Selbstanzeigerinnen lässt sich zusammenfassend festhalten, dass vorliegend wesentliche öffentliche Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG einer Bekanntgabe an den Beschwerdeführer entgegenstehen. Angesichts der erkannten wesentlichen öffentlichen Interessen braucht an dieser Stelle nicht mehr weiter darauf eingegangen zu werden, ob die Datenbekanntgabe allenfalls auch aufgrund von wesentlichen privaten Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG einzuschränken wäre.

#### **E. 8**

Schliesslich sind keine anderweitigen Rechtsgrundlagen ersichtlich, die eine weitergehende Offenlegung der Daten erlauben würden. So lässt sich das Gesuch des Beschwerdeführers unbestrittenermassen weder auf das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) noch auf den verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf Akteneinsicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV stützen (vgl. BVGE 2016/22 nicht publ. E. 4.3 und E. 5; Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 13 f., A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 12 f. und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 11 f. [teils noch nicht rechtskräftig]; je mit Hinweisen).

#### **E. 9**

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 10.1**

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (vgl. Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Aufgrund des Verfahrensausgangs gilt der Beschwerdeführer als unterliegend. Da es sich hier um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse handelt, hat er die auf Fr. 3'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (vgl. BGE 139 II 404 E. 12.3; vgl. auch Urteile des BVGer A-590/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 17.2, A-592/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 16.1 und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 15.1 [teils noch nicht rechtskräftig]). Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 10.2**

Dem Beschwerdeführer steht als unterliegende Partei keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben die Beschwerdegegnerinnen, die sich am Verfahren nicht beteiligt haben, sowie die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

#### **E. 11**

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. (Das Dispositiv befindet sich auf der folgenden Seite.)

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