

28

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. A. gegen Wettbewerbskommission
B-6850/2014 vom 30. November 2016

Datenschutz. Begriff der Verfügung. Geltungsbereich des DSG bei hängigem Verfahren. Aufschub der Auskunft über die Datenbearbeitung aufgrund einer Interessenabwägung.

Art. 5 VwVG. Art. 2 Abs. 2 Bst. c, Art. 8 und Art. 9 DSG.

1. Die an einen Gesuchsteller gerichtete Mitteilung, eine gestützt auf Art. 8 DSG beantragte Auskunft werde vorerst nicht erteilt, ist im Sinne eines Aufschubs gemäss Art. 9 Abs. 1 DSG auf eine Rechtswirkung ausgerichtet und stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar (E. 1.4).
2. Erstinstanzliche Verfahren ausgenommen, ist das DSG nicht anwendbar, soweit Personen mit Parteirechten betroffen sind (Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG). Auf Auskunftsgesuche Dritter findet das DSG auch bei hängigem Verfahren Anwendung (E. 2.2).
3. Konkrete Interessenabwägung führt zur Unzulässigkeit des Aufschubs einer beantragten Auskunft (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG; E. 5).

Protection des données. Notion de décision. Champ d'application de la LPD dans les procédures pendantes. Ajournement de la communication des renseignements concernant le traitement de données sur la base d'une pesée des intérêts en présence.

Art. 5 PA. Art. 2 al. 2 let. c, art. 8 et art. 9 LPD.

1. La communication adressée à un demandeur selon laquelle les renseignements demandés en vertu de l'art. 8 LPD ne peuvent être communiqués pour le moment produit un effet juridique au sens

d'un ajournement selon l'art. 9 al. 1 LPD et constitue une décision au sens de l'art. 5 PA (consid. 1.4).

2. A l'exception des procédures de première instance, la LPD ne s'applique pas lorsque les personnes concernées sont titulaires de droits liés à la qualité de partie (art. 2 al. 2 let. c LPD). En cas de demandes d'accès présentées par des tiers, la LPD s'applique également dans les procédures pendantes (consid. 2.2).
3. Suite à la pesée des intérêts en présence, l'ajournement de la communication de renseignements est jugé illicite (art. 9 al. 1 let. b LPD; consid. 5).

Protezione dei dati. Nozione di decisione. Campo d'applicazione della LPD nei procedimenti pendenti. Differimento della comunicazione di informazioni inerenti il trattamento di dati sulla base di una ponderazione degli interessi.

Art. 5 PA. Art. 2 cpv. 2 lett. c, art. 8 e art. 9 LPD.

1. La comunicazione indirizzata a un richiedente secondo cui le informazioni richieste in virtù dell'art. 8 LPD non possono attualmente essere fornite produce un effetto giuridico nel senso di un differimento secondo l'art. 9 cpv. 1 LPD e costituisce una decisione ai sensi dell'art. 5 PA (consid. 1.4).
2. Eccettuati i procedimenti di prima istanza, la LPD non si applica quando sono toccate persone titolari di diritti inerenti alla qualità di parte (art. 2 cpv. 2 lett. c LPD). Nel caso di domande di accesso presentate da terzi, la LPD si applica anche nei procedimenti pendenti (consid. 2.2).
3. La ponderazione degli interessi nel caso concreto porta a riconoscere che il differimento della comunicazione delle informazioni è inammissibile (art. 9 cpv. 1 lett. b LPD; consid. 5).

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 (« Sanktionsverfügung ») schloss die Wettbewerbskommission (WEKO, nachfolgend auch Vorinstanz) eine am 13. Februar 2006 eröffnete Untersuchung betreffend Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht ab. Insgesamt elf Parteien wurden wegen Beteiligung an einer unzulässigen Preisabrede mit Sanktionen in unterschiedlicher Höhe belegt und es wurden ihnen bestimmte Verhaltenswei-

sen untersagt. Die WEKO orientierte die Öffentlichkeit mittels einer Medienmitteilung und eines « Presserohstoffes » am 10. Januar 2014 über die Sanktionsverfügung. Mehrere Parteien haben die Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Die Frage, ob respektive in welcher Form die WEKO die Sanktionsverfügung publizieren darf, ist Gegenstand einer eigenständigen Verfügung vom 8. September 2014 (« Publikationsverfügung » mit einer teils anonymisierten respektive geschwärzten Fassung der Sanktionsverfügung [« Publikationsversion »] im Anhang). Auch diese wurde von mehreren Parteien mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist in der Luftfrachtbranche tätig, war aber nicht Partei in der genannten Untersuchung. Sie gelangte mit Schreiben vom 19. September 2014 an die WEKO und ersuchte sie im Hinblick auf die erwartete Publikation der Sanktionsverfügung um die Bestätigung, dass die Sanktionsverfügung sie, die Beschwerdeführerin, nicht erwähne respektive keine direkten oder indirekten Hinweise auf sie enthalte und sie auch nicht auf andere Weise bei einer Lektüre der Verfügung mit dem untersuchten Verhalten in Bezug gebracht werden könne. Allfällige Hinweise und Andeutungen auf die Beschwerdeführerin seien in einer Publikationsversion zu löschen und diese vorgängig der Veröffentlichung der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme vorzulegen.

Das Sekretariat der WEKO teilte mit Schreiben vom 23. September 2014 mit, die gewünschten Bestätigungen könne man nicht abgeben. Es sei fraglich, ob der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Offenlegung der Verfügung vor Publikation zustehe. Die Frage der Publikation sei strittig und nicht rechtskräftig geklärt, weshalb es « zurzeit » nicht möglich sei, die Publikationsversion zugänglich zu machen.

Die Beschwerdeführerin wandte sich am 17. Oktober 2014 wiederum an die WEKO. Sie machte geltend, sie habe Grund zur Annahme, die Sanktionsverfügung enthalte direkte oder indirekte Bezüge oder Hinweise auf die Beschwerdeführerin und damit Daten, welche sie, die Beschwerdeführerin, betreffen oder vom Inhalt der Verfügung insgesamt erkennbar machen. Unter Berufung auf Art. 8 DSG (SR 235.1) verlangte die Beschwerdeführerin « Auskunft über die Art der von der Weko über ihr Unternehmen bearbeiteten Personendaten und über den Zweck dieser Bearbeitung. Soweit die Weko Personendaten über [die Beschwerdeführerin]

zum Zweck beziehungsweise als Teil der Begründung der Verfügung bearbeitet, verlangt [die Beschwerdeführerin] hiermit gestützt auf Art. 8 DSG, dass die Weko [ihr] vor der Publikation der Verfügung eine Kopie derjenigen Teile der Verfügung zustellt, die auf [die Beschwerdeführerin] oder auf Aktivitäten [der Beschwerdeführerin] Bezug nehmen. » Die Beschwerdeführerin stellte weiter klar, dass ihr nur am Zugang zu den eigenen, in der Verfügung vermutlich enthaltenen Personendaten gelegen sei und sie akzeptieren würde, wenn Teile, welche Geschäftsgeheimnisse der vom Verfahren Betroffenen enthielten, unkenntlich gemacht würden. Für den Fall, dass die WEKO die Einsichtnahme verweigern wolle, wurde um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ersucht.

Das Sekretariat der WEKO antwortete darauf mit Einschreibebrief vom 22. Oktober 2014. Nach einem Résumé des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 17. Oktober 2014 hält es fest:

« Nach wie vor ist die Frage der Publikation der genannten Verfügung strittig und noch nicht rechtskräftig geklärt. Dabei sind sowohl die Publikation an sich als auch deren Umfang bestritten. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 und 2 DSG in Verbindung mit Art. 25 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) ist es daher zurzeit nicht möglich, Ihnen die genannte Verfügung in irgendeiner Form zugänglich zu machen. »

Die Beschwerdeführerin erhob Beschwerde gegen diese von ihr als Verfügung qualifizierte Mitteilung. Sie stellte im Wesentlichen die Rechtsbegehren, die Verfügung vom 22. Oktober 2014 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihr, der Beschwerdeführerin, alle Personendaten bekannt zu geben, die über sie in den Akten der Vorinstanz mit Bezug auf die Sanktionsverfügung vorhanden sind, namentlich ihr alle Personaldaten über sie offenzulegen, welche die Vorinstanz in der Sanktionsverfügung bearbeite.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, hebt die Verfügung vom 22. Oktober 2014 auf und weist die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern

keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

1.2–1.3 (...)

1.4 Vom Ausnahmefall der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) abgesehen, werden im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüft, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Das Vorliegen einer Verfügung als Anfechtungsobjekt ist Sachurteilsvoraussetzung (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.1 und 2.6; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N. 5; Art. 31 VGG; Art. 44 VwVG).

Vorliegend ist umstritten, ob es sich bei der Mitteilung vom 22. Oktober 2014 um eine Verfügung handle, also, ob ein Anfechtungsobjekt vorliege.

1.4.1 Art. 5 Abs. 1 VwVG definiert die Verfügung als Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und (Bst. a.) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, (Bst. b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten oder Pflichten oder (Bst. c) die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand hat.

Lehre und Rechtsprechung umschreiben die Verfügung als individuellen, an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (so HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 849 und 851 m.w.H.; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.3; statt Vieler: BGE 139 V 143 E. 1.2; 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3, je m.w.H.). Als konkrete Prüfkriterien gelten folglich folgende fünf Elemente: (1.) hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde, (2.) individuell-konkrete Anordnung, (3.) Anwendung von (Bundes-)Verwaltungsrecht, (4.) auf Rechtswirkung ausgerichtete Anordnung und (5.) Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 855 ff.; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 19).

Massgeblich ist ein materieller, nicht ein formeller Verfügungsbegriff. Es bestehen zwar Erwartungen an die Form einer Verfügung (Art. 35 VwVG), doch sind diese nicht Voraussetzung des Verfügungsbegriffs, sondern dessen Folge. Ist eine behördliche Mitteilung materiell als Verfügung zu qualifizieren, so sind Formmängel – soweit nicht geradezu von einer nichtigen Verfügung auszugehen ist – nach Art. 38 VwVG zu würdigen, ändern aber am Verfügungscharakter nichts (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 871 f.; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 131–133).

1.4.2 Die Mitteilung vom 22. Oktober 2014 erfolgte durch die WEKO (resp. deren Sekretariat) als verantwortliches Organ im Sinne von Art. 16 Abs. 1 DSGVO (E. 3) gegenüber einer antragstellenden Privatperson und spricht sich über das von ihr unabhängig vom Einverständnis der Privatperson beabsichtigte Vorgehen bezüglich dieses Antrages aus – sie erfolgte folglich einseitig und hoheitlich (dazu im Detail: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 855–859; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 21–44). Die Mitteilung betrifft einen individuellen Adressaten (die Beschwerdeführerin) sowie einen konkreten Einzelfall (die Frage der Bearbeitung von Personendaten der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz resp. das Einsichtsrecht in die bearbeiteten Daten), sie ist individuell-konkret (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 860–863; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 45–72). Die Mitteilung beantwortet einen auf Bundesverwaltungsrecht (Art. 8 DSGVO) gestützten Antrag und spricht sich darüber aus, Bundesverwaltungsrecht anwenden zu wollen (zum Kriterium der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 864 f.; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 73–93). Die ersten drei vorstehend (E. 1.4.1) genannten Kriterien sind somit klarerweise erfüllt. Keine selbstständige Bedeutung hat neben dem in der folgenden Ziffer zu klärenden Kriterium der Rechtswirkung jenes der Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit; dies umso mehr, als die vorliegende Mitteilung ihrem Inhalt nach nicht zwangsweise vollstreckbar ist (UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 128–130).

1.4.3 Die Vorinstanz bestreitet, dass die Mitteilung auf die Erzielung einer Rechtswirkung ausgerichtet sei.

Das Handeln der Behörde erzeugt Rechtswirkung, wenn es einen der in Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG (s. E. 1.4.1 Abs. 1) aufgeführten Inhalte zum Gegenstand hat und so bewusst ein Rechtsverhältnis regelt respektive die Rechtsstellung des Betroffenen gestaltet (UHLMANN, a.a.O., Art. 5 N. 94 und 98). Um dies zu beurteilen, sind Gesuch und Antwort kurz in das fragliche Rechtsgebiet einzuordnen.

1.4.3.1 Das Datenschutzgesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG, « betroffene Personen » nach Art. 3 Bst. b DSG). Sein Geltungsbereich erstreckt sich auf die Bearbeitung von Daten durch Private und durch Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Es trifft neben allgemeinen Datenschutzbestimmungen, welche für beide Arten von Datenbearbeitenden gelten (Art. 3–11a DSG), auch spezifische Regelungen für die Datenbearbeitung durch Private einerseits (Art. 12–15 DSG), durch Bundesorgane andererseits (Art. 16–25^{bis} DSG). Es stehen den betroffenen Personen Rechte zu, welche für beide Kategorien von Bearbeitenden gelten, aber auch differenzierte, je nach Art des Bearbeitenden. Zur ersten Gruppe gehört insbesondere das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG (samt seiner Einschränkungen gem. Art. 9 DSG). Im besonderen Fall der Datenbearbeitung durch Bundesorgane kommt dem Auskunftsrecht insbesondere die Funktion zu, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, die weitergehenden Rechte gemäss Art. 25 DSG überhaupt wahrnehmen zu können (so WALDMANN/BICKEL, in: *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, 2011, § 12 N. 139; allgemeiner: MICHAEL WIDMER, in: *Datenschutzrecht*, 2015, Rz. 5.2).

Die Modalitäten des Auskunftsrechts gestalten sich bei Privatpersonen wie auch Bundesorganen im Grundsatz analog (Art. 1 f. i.V.m. Art. 13 VDSG [SR 235.11]). Die betroffene Person hat ein schriftliches Gesuch an den Datenbearbeiter zu stellen, in welchem in der Regel kein schutzwürdiges Interesse ausgewiesen werden muss (zu den Ausnahmen vgl. EPINEY/FAS-NACHT, in: *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, a.a.O., § 11 N. 33; WIDMER, a.a.O., Rz. 5.7). Der Inhaber der Datensammlung hat die beantragte Einsicht im Umfang von Art. 8 Abs. 1 und 2 DSG grundsätzlich zu erteilen. Er kann unter den Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 (und im Falle von Bundesorganen auch Abs. 2) DSG die Auskunft « verweigern, einschränken oder aufschieben » (alle drei Arten verstehen sich als « Einschränkung » im Sinne eines Oberbegriffs; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, 3. Aufl. 2014, Art. 9 DSG N. 10, nachfolgend: BSK DSG/BGÖ). Die Einschränkung ist zu begründen (Art. 9 Abs. 5 DSG). Die Auskunft oder der begründete Entscheid über die Einschränkung hat innert 30 Tagen zu erfolgen; kann die Auskunft nicht innert 30 Tagen erteilt werden (also im Fall des Aufschubs, vgl. GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 DSG N. 47), ist der Gesuchsteller zu benachrichtigen und es ist ihm mitzuteilen, innert welcher Frist die Auskunft erteilt wird (Art. 1 Abs. 4 VDSG). Der Entscheid eines Bundesorgans über die Verweigerung, Einschränkung

oder den Aufschub der Auskunft erfolgt in Verfügungsform und ist anfechtbar (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 149 und 188; WIDMER, a.a.O., Rz. 5.43; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 DSG N. 63).

1.4.3.2 Die Beschwerdeführerin stellte am 17. Oktober 2014 ein unmissverständliches Auskunftsgesuch im Sinne von Art. 8 DSG. In ihrer Antwort vom 22. Oktober 2014 teilte die Vorinstanz mit, es sei « zurzeit » nicht möglich, die Auskunft zu erteilen (« Ihnen die genannte Verfügung in irgendeiner Form zugänglich zu machen »). Sinngemäss ist dem Schreiben zu entnehmen, dass die Auskunftserteilung (oder aber ein Entscheid über allfällige inhaltliche Einschränkungen) vom rechtskräftigen Ausgang der Beschwerdeverfahren gegen die Publikationsverfügung abhängig sei. Damit teilte die Vorinstanz – und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf Art. 9 Abs. 1 und 2 DSG – nichts anderes als einen Aufschub der Auskunftserteilung mit. Dabei handelt es sich um eine gesetzlich vorgesehene Form der Einschränkung, das heisst das Rechtsverhältnis wird in einer der gesetzlich vorgesehenen Formen geregelt. In diesem Sinne wird eine Rechtswirkung erzielt.

Aus der geschilderten gesetzlichen Ordnung ergibt sich zudem, dass auch die in Form eines Aufschubs erklärte Einschränkung innert einer (hier klar eingehaltenen) Frist von 30 Tagen begründet mitzuteilen, das heisst zu entscheiden, ist. Einen formlosen Aufschub (etwa in Form eines « Verwaltungsschreibens ») lässt die in diesem Punkt lückenlose Regelung nicht zu.

1.4.4 Die Mitteilung der Vorinstanz erfüllt zusammengefasst alle Strukturmerkmale einer Verfügung. Es liegt somit ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.

1.5 Auf die Beschwerde ist folglich einzutreten.

2. Die Anrufung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG bedingt die Anwendbarkeit des DSG (GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 N. 21 DSG). Vorausgesetzt ist hierfür – soweit hier von Interesse – das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG), sofern keine Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 DSG vorliegt.

2.1 Als Bundesorgan verstehen sich Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Personen, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 3 Bst. h DSG). Das trifft auf die WEKO als mit dem Vollzug des Kartellgesetzes betraute Behördenkommission ohne Weiteres

zu (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 13 f. mit Fn. 25). Ebenso liegt auf der Hand, dass die WEKO respektive deren Sekretariat im Rahmen ihrer Untersuchungstätigkeit Angaben zu Unternehmen – und damit Personen – erhebt, erfasst und bearbeitet, also Personendaten bearbeitet (Art. 3 Bst. a und e DSG; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 18; GABOR P. BLECHTA, in: BSK DSG/BGÖ, a.a.O., Art. 3 DSG N. 3 ff. und 71 ff.).

2.2 Die Vorinstanz beruft sich – wenn auch in anderem Zusammenhang – auf die rechtshängigen Beschwerden gegen die Publikationsverfügung. Folglich ist zu klären, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 2 Bst. d DSG greift, gemäss welchem das DSG unter anderem keine Anwendung findet auf hängige verwaltungsrechtliche Verfahren (mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren).

Hintergrund dieser Ausnahmebestimmung ist, dass der Persönlichkeitsschutz durch die Spezialbestimmungen der entsprechenden Verfahren hinreichend gesichert und geregelt ist; es sollen sich nicht zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielrichtung überlagern (BGE 138 III 425 E. 4.3). Voraussetzung für das Greifen der Ausnahmebestimmung ist, dass der Schutz des Verfahrensgesetzes gleichwertig demjenigen des DSG sei (MAURER-LAMBROU/KUNZ, in: BSK DSG/BGÖ, a.a.O., Art. 2 DSG N. 27; a.M. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 29, jedoch mit der Konzession, dass der datenschutzrechtliche Persönlichkeitsschutz [nur] dann hintansteht, wenn die verfahrensrechtlichen Mitwirkungs- und Informationsrechte greifen [§ 12 N. 31]). Das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG und die Akteneinsichtsrechte des VwVG sind voneinander unabhängige Ansprüche, die hinsichtlich Voraussetzungen und Umfang nicht deckungsgleich sind, also je ihren eigenen Anwendungsbereich haben, sodass sie innerhalb ihres jeweiligen Geltungsbereichs unabhängig voneinander geltend gemacht werden können (WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 26 N. 24 f.; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 DSG N. 2; vgl. BGE 123 II 534 E. 2.e). Wesentliche Unterschiede der beiden Institute sind die Anspruchsträgerschaft und der Umfang der Einsicht: Auf das Akteneinsichtsrecht kann sich berufen, wer einen durchsetzbaren Anspruch auf Verfahrensteilnahme als Partei hat und es erstreckt sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten in der Sache der betreffenden Partei (WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 26 N. 48, 58 und 60); das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG demgegenüber steht grundsätzlich jeder Person zu, soweit es um die Frage geht, ob Daten bearbeitet werden (Art. 8 Abs. 1 DSG), respektive jeder betroffenen Person (d.h. jeder Person, über die Daten bearbeitet werden, Art. 3 Bst. b DSG).

bezüglich einer Auskunft über die konkret bearbeiteten Daten (Art. 8 Abs. 2 DSG), es erstreckt sich aber ausschliesslich auf die eigenen Personendaten (WIDMER, a.a.O., Rz. 5.8 f.; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 139).

Die Ausnahmebestimmung des Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG erfordert von ihrem Zweck her die Hängigkeit eines Verfahrens « in dem Sinn ..., dass die Geltung der einschlägigen Verfahrensvorschriften ausgelöst wird » (BGE 138 III 425 E. 4.3; STEFAN GERSCHWILER, in: Datenschutzrecht, a.a.O., Rz. 3.37). Angesichts der nicht deckungsgleichen Geltungsbereiche muss dies nicht nur – wie im zitierten Bundesgerichtsentscheid – in zeitlicher Hinsicht gelten, sondern auch in persönlicher: Zumal nicht verfahrensbeteiligte Dritte die entsprechenden Verfahrensrechte gerade nicht anrufen können, muss ihnen die Berufung auf das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht auch bezüglich ihrer Personendaten möglich sein, welche im Zusammenhang mit einem Verfahren bearbeitet werden, das seinerseits beim Bundesverwaltungsgericht hängig ist.

2.3 Zusammengefasst bearbeitet die Vorinstanz als Bundesorgan Personendaten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 DSG, ohne dass eine Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 DSG vorläge. Das DSG ist folglich anwendbar.

3. Das Auskunftsrecht bezieht sich auf Daten, die in einer Datensammlung enthalten sind. Unter diesem Begriff versteht sich jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 Bst. g DSG); der Begriff der Datensammlung ist zwar enger als der der Datenbearbeitung (WIDMER, a.a.O., Rz. 5.5; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 DSG N. 25), durch seine Offenheit und den technologischen Fortschritt indessen gleichwohl konturlos geworden (GERSCHWILER, a.a.O., Rz. 3.56; BLECHTA, a.a.O., Art. 3 DSG N. 80 f.). Im Falle der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, ihre Geschäftsdatenbank erfülle diesen Begriff – sie ist entsprechend gemäss Art. 11a Abs. 2 DSG ins Register der Datensammlungen eingetragen (Registernummer 201300053, < www.datareg.admin.ch >, abgerufen am 11.10.2016). [...]

4. Die Beschwerdeführerin kann – zumal die Modalitäten zur Geltendmachung des Auskunftsrechts (vgl. E. 1.4.3.1) eingehalten sind – somit bei der Vorinstanz ein Gesuch um Auskunft stellen und hat, vorbehältlich gültiger Einschränkung, Anspruch auf die Auskunft, ob Daten über sie bearbeitet werden und, bejahendenfalls, auf Mitteilung aller über sie in der Datensammlung vorhandenen Personendaten, einschliesslich der

verfügbaren Angaben über deren Herkunft, des Zwecks und der Rechtsgrundlagen der Bearbeitung sowie der Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger (Art. 8 Abs. 1 und 2 DSG).

5. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz die Auskunft zu Recht einschränkte.

5.1 Nach Art. 9 Abs. 1 DSG kann der Inhaber der Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben (auch im Sinne eines Oberbegriffs als « Einschränkung » zusammengefasst, GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 9 DSG N. 10), soweit ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht (vgl. Bst. a) oder es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (vgl. Bst. b); ein Bundesorgan als Inhaber der Datensammlung kann die Auskunft einschränken, soweit es wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erforderlich ist (vgl. Bst. a) oder die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens infrage stellt (vgl. Bst. b). Der Inhaber der Datensammlung muss den Grund der Einschränkung angeben, er ist auch beweispflichtig (Art. 9 Abs. 5 DSG; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 9 DSG N. 11 und 13; WIDMER, a.a.O., Rz. 5.43 f.).

Die Einschränkung des Auskunftsrechts erfordert eine Abwägung der Interessen im konkreten Einzelfall. Die gebotene Interessenabwägung kann dazu führen, dass der um Auskunft Ersuchende seine Interessen darlegen muss, obschon das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG grundsätzlich, (vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchs) ohne Nachweis eines Interesses, geltend gemacht werden kann (vgl. BGE 138 III 425 E. 5.4; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 8 DSG N. 39 und 42, Art. 9 DSG N. 9). In Betracht fällt der Anspruch der betroffenen Person einerseits, die entgegengesetzten Interessen des Inhabers der Datensammlung andererseits; zu berücksichtigen ist auch die unterstützende und ergänzende Funktion des Auskunftsrechts in Bezug auf die Persönlichkeits- und Grundrechte. Je schützenswerter die Personendaten sind und je grösser das Interesse des Auskunftsberechtigten an der Auskunft ist, umso überwiegender müssen die Interessen an der Einschränkung zu Tage treten. Die Auskunft darf nur soweit beschränkt werden, als dies unerlässlich ist, das heisst, es ist die am wenigsten einschränkende Lösung zu wählen. Die Einschränkungsgründe gemäss Art. 9 DSG sind abschliessend und restriktiv auszulegen (GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 9 DSG N. 8 f. und 14 f.; WIDMER, a.a.O., Rz. 5.41 f.; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 11 N. 47).

5.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich in der Schilderung ihrer Interessen auf den Zweck des Auskunftsrechts als Institut zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, das den betroffenen Personen die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung und die Durchsetzung ihrer Ansprüche ermöglichen solle. Sie müsse davon ausgehen, in der Sanktionsverfügung erwähnt zu sein. Das Auskunftsrecht ermögliche ihr zu kontrollieren, ob die Grundsätze der Datenverarbeitung gemäss Art. 4 DSG eingehalten seien, insbesondere ob sie über die Bearbeitung nicht hätte informiert werden sollen. Weiter müsse ihr möglich sein, abzuklären, ob sie in der Verfügung in reputationsschädigender Weise im Umfeld kartellrechtswidrigen Verhaltens dargestellt sei, um gegebenenfalls eine Weitergabe unterbinden zu können. Schliesslich habe sie ein besonderes Interesse an der Auskunftserteilung über Zweck und Rechtsgrundlage der Bearbeitung ihrer Personendaten; sie sei überzeugt, es bestehe keine Notwendigkeit, sie in der Sanktionsverfügung zu erwähnen.

Die Vorinstanz hatte sich in der angefochtenen Verfügung darauf berufen, die Frage der Publikation der Sanktionsverfügung sei noch nicht rechtskräftig entschieden, wobei die Publikation an sich wie auch deren Umfang bestritten sei. Art. 9 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 KG (SR 251) verböten, die Verfügung zugänglich zu machen. In ihrer Vernehmlassung vom 17. August 2016 stellt die Vorinstanz klar, dass sie ihren Entscheid nicht als Verweigerung, sondern als Aufschub verstanden wissen wolle. Offensichtlich gehe es der Beschwerdeführerin vorab um Einsicht in die Sanktionsverfügung (und nicht der Akten an sich). Indessen sei deren Publikation – und damit auch die Frage der Einsichtnahme Dritter – angefochten und noch nicht rechtskräftig entschieden. Der Aufschub erfolge in Nachachtung der aufschiebenden Wirkung.

5.3 Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen erscheinen als gewichtig. Die Beschwerdeführerin hat ein berechtigtes Interesse daran, kontrollieren zu können, ob ihre Personendaten bearbeitet wurden und, wenn ja, ob dies den Grundsätzen des Art. 4 DSG genüge. Ebenso muss sie sich Rechenschaft darüber ablegen können, gegebenenfalls weitere Rechtsbehelfe, insbesondere jene des Art. 25 DSG, zu ergreifen. All das setzt die Wahrnehmung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG voraus; dabei handelt es sich um eine typische und legitime Zielrichtung, mit der dieses Auskunftsrecht wahrgenommen wird. Daran ändert nichts, dass das konkrete Auskunftsinteresse der Beschwerdeführerin wohl primär auf die Sanktionsverfügung (und nicht die Verfahrensakten) geht.

Die Vorinstanz macht als überwiegendes Interesse den Schutz des Instituts der aufschiebenden Wirkung geltend. Den in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Verweis auf Art. 25 Abs. 1 KG scheint sie nicht (mehr) so verstanden wissen zu wollen, dass sie sich im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. a DSG auf das Amtsgeheimnis beruft. Dies zu Recht: Soweit die betroffene Person einzig und allein Auskunft über die eigenen Personendaten verlangt, entbindet sie den Datenbearbeiter damit auch vom Amtsgeheimnis, soweit dieses ihren Schutz bezweckt (vgl. GRAMIGNA/MAURER-LAMBEROU, a.a.O., Art. 9 DSG N. 18 f.; DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 9 N. 8). Auch kann – nachdem die Untersuchung abgeschlossen ist – ein das Verfahren schützender Zweck der Anrufung des Amtsgeheimnisses (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG) ausgeschlossen werden.

Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels bewirkt, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt. Es bleibt der rechtliche und tatsächliche Zustand vor deren Erlass bestehen, die angefochtene Verfügung ist in ihrer Wirksamkeit und Vollstreckung gehemmt (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 55 N. 8 ff.; KIENER/RÜTSCH/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1319 ff.). Die Publikationsverfügung hat zum Gegenstand, dass die WEKO die Sanktionsverfügung publizieren darf, insbesondere in der von ihr vorgesehenen Publikationsversion. Als « Publizieren » versteht sich im gegebenen Kontext die Veröffentlichung auf der Website der WEKO (< <https://www.weko.admin.ch/> >), wie sie regelmässig unter der Rubrik « Aktuelles »/« Letzte Entscheide » erfolgt, und in der von der WEKO herausgegebenen RPW, die ebenso voraussetzungslos für jedermann auf der Website der WEKO (in der Rubrik « Dokumentation ») zugänglich ist. Mit der aufschiebenden Wirkung ist die Frage einer solchen Publikation in der Schwebe. Eine Bekanntgabe der Verfügung an Dritte mit höherer Zugangshürde ist nicht Gegenstand der Publikationsverfügung (und der anschliessenden Beschwerdeverfahren), ebenso wenig eine Sperre der Auskunft Dritter über ihre eigenen Personendaten. Über diese Fragen wird denn auch in den Beschwerdeverfahren nicht entschieden werden. Aus der aufschiebenden Wirkung in den Verfahren betreffend die Publikationsverfügung folgt damit nichts für die Frage der Auskunft gemäss Art. 8 DSG.

Als berechtigtes Interesse, das gegen eine Auskunft sprechen könnte, fallen vorliegend einzig Geheimhaltungsinteressen der von der Untersuchung betroffenen Unternehmungen in Betracht. Die Frage, wie diesen gerecht

werden kann, stellt sich nach Rechtskraft der Entscheide über die Publikationsverfügung gleichermassen wie bereits jetzt. Um diesen Interessen gerecht zu werden, ist ein Aufschub der Auskunft somit kein geeignetes Mittel. Es ist das das Auskunftsrecht am wenigsten einschränkende Vorgehen zu wählen. Die Frage, wie den Interessen weiterer Beteiligter begegnet werden kann – ob mit einer inhaltlichen Einschränkung oder mit der Gestaltung der Auskunft (insb. auch bezüglich der Angaben gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b DSG) und auch, ob diese im Verfahren sich vernehmen lassen müssen –, ist damit unmittelbar, ohne weiteren Aufschub, zu klären.

5.4 Die Einschränkung der Auskunft in der gewählten Form des Aufschubes ist folglich aufzuheben.