



Bern, 2. Februar 2022

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

A. __

B. __

(angehörte Drittpersonen und Antragstellende nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ)

C. __

(angehörte Drittperson)

und

Wettbewerbskommission WEKO

und

X. __

(Zugangsgesuchsteller nach Art. 10 BGÖ)



I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Zugangsgesuchsteller (Privatperson; nachfolgend: Gesuchsteller) hat am 7. Juli 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Wettbewerbskommission WEKO unter anderem um Zugang zum "Abschlussdossier Nr. 30"¹ im Bereich Landwirtschaft ersucht.
2. Am 13. Juli 2021 nahm die WEKO zum Zugangsgesuch Stellung und teilte dem Gesuchsteller mit, dass die betroffenen Dokumente nach Einschätzung des Sekretariats sowohl Geschäftsgeheimnisse als auch Personendaten enthielten, weswegen die betroffenen Personen anzuhören und ihnen Gelegenheit für eine Stellungnahme zu bieten sei, bevor die Behörde über den Zugang entscheide (Art. 11 Abs. 1 BGÖ). Die Frist für die Stellungnahme der WEKO zum Zugangsgesuch werde um die hierfür erforderliche Dauer verlängert (Art. 12 Abs. 2 BGÖ).
3. Mit Schreiben vom 13. August 2021 lud die WEKO die betroffenen Dritten (Interessenvertreter; nachfolgend: A. __ und B. __) zu einer Stellungnahme gemäss Art. 11 BGÖ ein. Die WEKO wies A. __ und B. __ darauf hin, dass die betroffenen Dokumente nach Einschätzung der WEKO sowohl Personendaten als möglicherweise auch Geschäftsgeheimnisse enthalte. Die nach Ansicht der WEKO zu anonymisierenden Personendaten habe die WEKO in den zusammen mit dem jeweiligen Schreiben übermittelten Dokumenten rot markiert. Allerdings gehe die WEKO in Bezug auf einige Inhalte betreffend die ebenfalls betroffene Dritte (Unternehmen; nachfolgend: C. __) davon aus, dass eine Anonymisierung deren Personendaten nicht möglich sei, da es sich bereits um eine öffentlich bekannte Information handle. Die WEKO ziehe bei einer allfälligen Einwilligung von C. __ zur Bekanntgabe ihrer Personendaten gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. b DSGVO und möglicherweise gestützt auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ in Betracht, der gesuchstellenden Person Zugang zu den Dokumenten zu gewähren.
4. In den jeweiligen Stellungnahmen vom 25. August 2021 teilten A. __ und B. __ der WEKO mit, dass sie mit der beabsichtigten Zugangsgewährung zu den Dokumenten gemäss Zugangsgesuch nicht einverstanden seien. Sowohl A. __ wie auch B. __ machten vorab geltend, dass die im angefragten Dossier befindlichen Präsentationen der WEKO ausschliesslich aus dem Grund ausgehändigt worden seien, weil sich im Sitzungszimmer kein Beamer befunden hätte. A. __ und B. __ seien selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Unterlagen der Geheimhaltung unterliegen würden; deshalb seien sie nicht wieder eingesammelt worden. A. __ verlangte ausserdem, dass in jedem Fall das Logo von A. __ konsequent zu schwärzen sei.
5. Mit Schreiben vom 3. September forderte die WEKO A. __ und B. __ erneut auf, die möglicherweise im Dokument enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und zu begründen.
6. In den Stellungnahmen vom 23. September 2021 wiederholten A. __ und B. __ im Wesentlichen ihre bereits in den Stellungnahmen vom 25. August 2021 gemachten Ausführungen. Ergänzend fügten sowohl A. __ wie auch B. __ hinzu, dass die im Dokument aufgeführten Marktanteile als Geschäftsgeheimnisse resp. wegen deren Eigenschaft als Personendaten zu schwärzen seien. B. __ seinerseits verlangte bezüglich die sie betreffenden Dokumente zusätzlich zu den von der WEKO vorgesehenen Schwärzungen die Abdeckung weiterer Inhalte, da ansonsten in Verbindung mit der enthaltenen Sachinformation ohne Weiteres Rückschlüsse auf die Identität von B. __ möglich wären. An den von B. __ bezeichneten Inhalten bestünde ein objektives Geheimhaltungsinteresse, weshalb diese nicht offengelegt werden dürften. Abgesehen davon erklärten sich A. __ und B. __ mit den von der WEKO vorgenommenen Anonymisierungsvorschlägen grundsätzlich einverstanden.
7. Mit den Schreiben vom 7. Oktober 2021² lud die WEKO C. __ zu einer Stellungnahme gemäss Art. 11 BGÖ ein, damit diese sich zur beabsichtigten Zugangsgewährung zu den anonymisierten und um Geschäftsgeheimnisse bereinigten amtlichen Dokumenten äussern konnte. Die nach An-

¹ Bezeichnung von Fall Nr. 30 gemäss der von der WEKO erstellten und dem Gesuchsteller zugestellten Übersicht: "Marktbeobachtung betr. Marktstellung von [...]".

² Ein Schreiben betr. diejenigen Dokumente, welche sowohl A. __ und C. __ betreffen sowie ein zweites Schreiben, welches sich auf die B. __ und C. __ betreffenden Dokumente bezieht.

sicht der WEKO zu anonymisierenden Personendaten waren in den zusammen mit dem jeweiligen Schreiben übermittelten Dokumenten rot markiert. Darüber hinaus forderte die WEKO C. ___ auf, allenfalls in den Dokumenten enthaltene Geschäftsgeheimnisse von C. ___ zu bezeichnen und zu begründen.

8. In den Stellungnahmen vom 29. Oktober 2021 teilte C. ___ der WEKO mit, dass sie mit der beabsichtigten Zugangsgewährung nicht einverstanden sei. C. ___ begründete dies vorab damit, dass die im betreffenden Schreiben sowie in den Präsentationen enthaltenden Ausführungen unzutreffend seien und C. ___ nicht die Möglichkeit gehabt habe, sich zur Sache zu äussern. Darüber hinaus seien trotz den von der WEKO vorgeschlagenen Schwärzungen aufgrund der spezifischen Ausführungen eindeutige Rückschlüsse auf die Identität von C. ___ möglich, weswegen auf eine Herausgabe der Dokumente zu verzichten sei. Eventualiter sei der Aktenzugang unter der Voraussetzung zu gewähren, dass (entsprechend der zusätzlich verlangten Schwärzungen gemäss Beilage) keinerlei Rückschlüsse auf C. ___ möglich seien und sämtliche Geschäftsgeheimnisse abgedeckt würden. Subeventualiter sei der Aktenzugang - analog Art. 28 VwVG - durch eine Zusammenfassung zu gewähren.
9. In separaten Schreiben vom 10. November 2021 an A. ___ und B. ___ führte die WEKO aus, dass die in den Dokumenten enthaltenen Angaben zu den Marktanteilen als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren und folglich entsprechend den Anträgen von A. ___ und B. ___ zu anonymisieren seien. Bezüglich weiterer von A. ___ und B. ___ bezeichneter zu schwärzenden Angaben handle es sich nach Einschätzung der WEKO allesamt um Personendaten, die zu anonymisieren seien. Die WEKO erwog ausserdem, dass die ausschliesslich aufgrund fehlender Präsentationsinfrastruktur physisch erfolgte Übergabe der Präsentation an die WEKO kein Anwendungsfall der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ darstelle, da A. ___ resp. B. ___ keine ausdrückliche Zusicherung der Geheimhaltung verlangt hätten. Weitere vorliegend einschlägige Ausnahmegründe i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ oder besondere Fälle i.S.v. Art. 8 BGÖ seien für die WEKO nicht ersichtlich, weswegen die WEKO an der Gewährung des Zugangs zu den betroffenen Dokumenten in anonymisierter und geschäftsgeheimnisbereinigter Form festhalte.
10. Ebenfalls mit Schreiben vom 10. November 2021 teilte die WEKO C. ___ mit, dass es sich nach Auffassung der WEKO bei den von C. ___ bezeichneten und nach deren Ansicht zu schwärzenden Angaben "[...] allesamt um Personendaten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 BGÖ resp. um Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ [handelt], die zu anonymisieren sind." Weitere vorliegend einschlägige Ausnahmegründe i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ oder besondere Fälle i.S.v. Art. 8 BGÖ seien für die WEKO nicht ersichtlich, weswegen die WEKO an der Gewährung des Zugangs zu den betroffenen Dokumenten in anonymisierter und geschäftsgeheimnisbereinigter Form festhalte.
11. Am 2. Dezember 2021 reichten die Antragstellenden A. ___ und B. ___ einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
12. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber A. ___ und B. ___ den Eingang des jeweiligen Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die WEKO dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.
13. Am 10. Dezember 2021 reichte die WEKO die betroffenen Dokumente ein. Soweit aus diesen ersichtlich, hat die WEKO dem Gesuchsteller keine abschliessende Beurteilung gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ über die Beschränkung des Zugangs zu den von ihm verlangten Dokumenten zukommen lassen.
14. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2021 informierte der Beauftragte A. ___ und B. ___ darüber, dass angesichts der angespannten epidemiologischen Lage und aus Gründen der öffentlichen Gesundheit auf die Durchführung von Schlichtungssitzungen verzichtet werde, sie im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhielten (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]).

15. Mit Schreiben vom 11. Januar 2022 nahmen A. ___ und B. ___ Stellung und verlangten erneut, auf die Offenlegung sämtlicher vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente sei zu verzichten. Darin brachten A. ___ und B. ___ jeweils insbesondere vor, dass sie im Falle der Herausgabe der Dokumente Repressionen anderer marktmächtiger Marktteilnehmer befürchten müssten. Begründend fügten A. ___ und B. ___ hinzu, dass für die ebenfalls angehörte C. ___ trotz der von der WEKO vorgenommenen Schwärzungen direkt klar gewesen sei, wer Absender resp. Verfasser der entsprechenden Dokumente sei und C. ___ mit einem Telefon-Anruf an A. ___ und B. ___ reagierte. "Es ist somit klar, dass die Privatsphäre der Mitglieder von [B. ___] und [A. ___] aufgrund einer Zugangsgewährung direkt und schwer beeinträchtigt würden." Im Übrigen verwiesen A. ___ und B. ___ auf die Ausführungen in den Stellungnahmen an die WEKO.
16. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellenden und der WEKO sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

17. Die Antragstellenden A. ___ und B. ___ wurden nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahmen sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und sind somit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
18. Die Schlichtungsanträge von A. ___ und B. ___ betreffen dasselbe Zugangsgesuch. Die vom Zugangsgesuch erfassten Dokumente betreffen teilweise sowohl A. ___ und B. ___ wie auch C. ___ resp. können nicht eindeutig nur einer der Antragstellenden Parteien zugeordnet werden. Folglich rechtfertigt es sich, die Schlichtungsverfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.
19. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

20. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁴
21. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist die Zugänglichkeit der mit dem Zugangsgesuch vom 7. Juli 2021 verlangten amtlichen Dokumente betreffend das Abschlussdossier Nr. 30 der WEKO im Bereich Landwirtschaft. Die WEKO hat diesbezüglich die nachfolgend aufgeführten Dokumente identifiziert:
 - Eine schriftliche Anfrage von B. ___ um ein beratendes Gespräch von A. ___ und B. ___ mit der WEKO;
 - Eine 6-seitige Präsentation von A. ___;
 - Eine 14-seitige Präsentation von B. ___ inkl. vier beigelegten Zeitungsartikeln;
 - Ein Schreiben der WEKO betreffend die Bestätigung des Gesprächstermins;
 - Einen E-Mail-Austausch zwischen der WEKO und B. ___ im Nachgang zum Besprechungstermin und
 - je eine Visitenkarte von A. ___ und B. ___ vertretenden Personen.

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist demnach die Zugänglichkeit der hiervor aufgeführten Dokumente, welche nebst den Personendaten von A. __, B. __ und C. __ auch solche von weiteren natürlichen und juristischen Personen enthalten.

22. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁵ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.⁶ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewährleisten.⁷
23. In ihren Stellungnahmen vom 23. September 2021 gegenüber der WEKO bringen A. __ und B. __ vor, dass die in den Präsentationen aufgeführten Marktanteile Geschäftsgeheimnisse darstellten und darum zu schwärzen seien. Zur Begründung ergänzen sie: "Die Marktanteile sind nicht offenkundig und dürfen nicht öffentlich zugänglich sein."
24. Die WEKO führt in ihrem Schreiben vom 10. November 2021 an A. __ aus, dass es sich bei den Marktanteilen "[...] um Tatsachen handelt, die nicht öffentlich bekannt sind, [A. __] über einen subjektiven Geheimhaltungswillen verfügt und ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht, da diese Angaben einen wirtschaftlichen Wert für [A. __] haben, sind die Marktanteile als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren und dementsprechend zu schwärzen." Im Schreiben der WEKO vom 10. November 2021 an B. __ finden sich sinngemässe Ausführungen.
25. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff „Geschäftsgeheimnis“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).⁸
26. Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.⁹ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.¹⁰ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann

⁵ BGE 142 II 340 E. 2.2.

⁶ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

⁷ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

⁸ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3.

⁹ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

¹⁰ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.¹¹

27. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.¹² Gemäss ständiger Rechtsprechung genügt ein pauschaler Verweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht, vielmehr haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.¹³ Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde hat im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.¹⁴ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁵ Dabei ist auch das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.¹⁶
28. Soweit sich A. __ und B. __ darauf berufen, dass die Marktanteile nicht offenkundig seien und diese nicht öffentlich zugänglich sein dürften, so lassen sich daraus alleine keine Geschäftsgeheimnisse ableiten. Dadurch wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille kundgetan, welcher vorliegend allerdings unbestritten ist. Darüber hinaus ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben und die Voraussetzung der relativen Unbekanntheit erfüllt ist.
29. Die Vorbringen von A. __ und B. __ in den Stellungnahmen an die WEKO im Zugangsgesuchverfahren sind lediglich allgemeiner Natur und enthalten keinerlei Ausführungen, inwiefern die Bekanntgabe der in den Dokumenten enthaltenen Marktanteile den Konkurrenten von A. __ und B. __ einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zu erwarten ist. Die WEKO beschränkt sich in den Schreiben an A. __ und B. __ auf die Feststellung, dass diese Angaben für A. __ und B. __ einen wirtschaftlichen Wert hätten und folglich ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehe. Allerdings ist den Ausführungen der WEKO nicht zu entnehmen, worin dieser wirtschaftliche Wert besteht und inwiefern die Offenlegung der in den Dokumenten aufgeführten Angaben zu den Marktanteilen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis von A. __ resp. B. __ haben könnte. Im Ergebnis haben bisher weder A. __ noch B. __ noch die WEKO mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der in den Dokumenten aufgeführten Angaben zu den Marktanteilen den Konkurrenten von A. __ und/oder B. __ einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zu erwarten ist. Es fehlt daher am Nachweis des ernsthaften Schadensrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse.
30. Zur Voraussetzung der relativen Unbekanntheit ist anzumerken, dass sowohl A. __ als auch B. __ Angaben zu Jahresumsätzen resp. -produktionen auf ihrer Website ausweisen. In Kombination mit den entsprechenden vom Bundesamt für Statistik BFS publizierten Angaben kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Annäherung an die Marktanteile von A. __ und B. __ ohnehin möglich ist. Die relative Unbekanntheit der Marktanteile von A. __ und B. __ ist nach Ansicht des Beauftragten zumindest fraglich.
31. Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten haben bis anhin weder die WEKO noch A. __ oder B. __ das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in Bezug auf die vom Zugangsgesuch erfassten Dokumente hinreichend dargelegt, weswegen die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten nicht widergelegt ist.

¹¹ SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff.

¹² Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.3.2.

¹³ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

¹⁴ Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2 (frz.).

¹⁵ Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

¹⁶ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

32. A. ___ und B. ___ machen in ihren Stellungnahmen vom 25. August 2021 sowie in den ergänzenden Stellungnahmen an den Beauftragten weiter geltend, dass die im angefragten Dossier befindlichen Präsentationen der WEKO ausschliesslich aus dem Grund ausgehändigt worden seien, weil sich im Sitzungszimmer kein Beamer befunden hätte. A. ___ und B. ___ seien selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Unterlagen der Geheimhaltung unterliegen würden.
33. Die WEKO bringt dazu vor, dass die aufgrund fehlender Präsentationsinfrastruktur physisch erfolgte Übergabe der Präsentation an die WEKO kein Anwendungsfall der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ darstelle, da weder A. ___ noch B. ___ eine ausdrückliche Zusicherung der Geheimhaltung verlangt hätten.
34. Die Ausnahmeregelung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ findet Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson mitgeteilt worden sein. Zudem müssen die Informationen der Behörde freiwillig, d.h. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Behörde die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben.¹⁷
35. Vorliegend erblickt der Beauftragte in den von A. ___ oder B. ___ eingereichten Unterlagen keine Hinweise darauf, dass diese von der WEKO ausdrücklich die Zusicherung der Vertraulichkeit verlangt haben. Nach Ansicht des Beauftragten ist folglich bereits das Kriterium der ausdrücklich verlangten Zusicherung der Vertraulichkeit nicht erfüllt, weswegen die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ – in Übereinstimmung mit der Einschätzung der WEKO – vorliegend nicht zur Anwendung gelangt.
36. Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten vermögen A. ___ und B. ___ weder im Zugangsgesuchs- noch im Schlichtungsverfahren das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ hinreichend darzulegen. Die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten ist somit nicht widergelegt.
37. In den Stellungnahmen vom 23. September 2021 gegenüber der WEKO betonten A. ___ und B. ___, dass sie mit der Herausgabe der Dokumente nicht einverstanden seien. Sofern die WEKO gleichwohl an der Zugangsgewährung festhalte, seien sie mit den von der WEKO vorgeschlagenen Anonymisierungen der Personendaten grundsätzlich einverstanden. Darüber hinaus verlangen A. ___ und B. ___ jedoch zusätzlich zu den von der WEKO vorgesehenen Schwärzungen die Abdeckung weiterer Inhalte, da ansonsten in Verbindung mit der enthaltenen Sachinformation ohne Weiteres Rückschlüsse auf die Identität von A. ___ und B. ___ möglich wären. In ihren ergänzenden Stellungnahmen vom 11. Januar 2022 an den Beauftragten bringen A. ___ und B. ___ jeweils insbesondere vor, dass sie im Falle der Herausgabe der Dokumente Repressionen anderer marktmächtiger Marktteilnehmer befürchten müssten. Begründend fügen A. ___ und B. ___ hinzu, dass für die ebenfalls angehörte C. ___ trotz der von der WEKO vorgenommenen Schwärzungen direkt klar gewesen sei, wer Absender resp. Verfasser der entsprechenden Dokumente sei und C. ___ mit einem Telefon-Anruf an A. ___ und B. ___ reagierte. "Es ist somit klar, dass die Privatsphäre der Mitglieder von [B. ___] und [A. ___] aufgrund einer Zugangsgewährung direkt und schwer beeinträchtigt würden." Aus diesen Gründen sei auf die Offenlegung sämtlicher vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente zu verzichten.
38. Schliesslich bringt die WEKO in den abschliessenden Stellungnahmen vom 10. November 2021 an A. ___ und B. ___ vor, dass es sich bei den von A. ___ und B. ___ zusätzlich zu den bereits von der WEKO vorgeschlagenen Anonymisierungen bezeichneten zu schwärzenden Angaben nach Einschätzung der WEKO allesamt um Personendaten handle, die zu anonymisieren seien. Ebenfalls mit Schreiben vom 10. November 2021 teilte die WEKO C. ___ mit, dass es sich nach Auffassung der WEKO bei den von C. ___ bezeichneten und nach deren Ansicht zu schwärzenden Angaben "[...] allesamt um Personendaten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 BGÖ resp. um Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ [handelt], die zu anonymisieren sind." Im Ergebnis halte die WEKO an der Gewährung des Zugangs zu den betroffenen Dokumenten in anonymisierter und geschäftsgeheimnisbereinigter Form fest.

¹⁷ Urteil des BVGer A-7847/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.3.4.

39. Die zu beurteilenden amtlichen Dokumente enthalten Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes, weshalb es zum Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen Art. 7 Abs. 2 BGÖ zu beachten gilt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten *nach Möglichkeit* zu anonymisieren. Daher gilt die Anonymisierungspflicht nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.¹⁸ Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.¹⁹ Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein.
40. Vorliegend legen weder A. __ noch B. __ in ihren Stellungnahmen im Zugangs- resp. Schlichtungsverfahren hinreichend dar, dass und aus welchen Gründen ihre Privatsphäre im Falle der Offenlegung der Personendaten beeinträchtigt wird. Soweit A. __ und B. __ geltend machen, dass sie im Falle der Herausgabe der Dokumente Repressionen anderer marktmächtiger Marktteilnehmer befürchten müssten, wird dieses Vorbringen weder von A. __ noch von B. __ eingehender dargelegt und konkret begründet. Auch der von A. __ und B. __ geschilderte Telefonanruf von C. __ mag daran nichts zu ändern, zumal aus den Unterlagen der WEKO hervorgeht, dass zwischen B. __ und C. __ ein Treffen vereinbart wurde, an welchem zumindest über gewisse im Zusammenhang mit in den Dokumenten erwähnten Aspekte diskutiert werden sollte. Darüber hinaus lässt sich der Stellungnahme von B. __ vom 23. September 2021 an die WEKO entnehmen, dass diesbezüglich konstruktive Gespräche zwischen B. __ und C. __ stattgefunden hätten. Betreffend die vom Zugangsgesuch ebenfalls umfassten Zeitungsartikel ist anzumerken, dass diese vollständig publiziert resp. öffentlich zugänglich sind, weswegen nach Ansicht des Beauftragten eine Beeinträchtigung der Privatsphäre im Falle der Zugänglichmachung dieser Inhalte nicht mehr möglich ist. Schliesslich gilt es zu beachten, dass die Schutzbedürftigkeit von Personendaten bei juristischen Personen gemäss Rechtsprechung naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.²⁰
41. Die WEKO hat im Zugangsgesuchsverfahren nicht dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der Informationen die Privatsphäre der betroffenen Drittpersonen beeinträchtigt. Die von A. __, B. __ oder C. __ geforderten teilweise umfangreichen Anonymisierungen hat die WEKO weitgehend pauschal übernommen resp. gutgeheissen, ohne konkret aufzuzeigen, dass es sich im konkreten Einzelfall bei allen Abdeckungen überhaupt um Personendaten handelt resp. dass diese im Falle der Offenlegung überhaupt geeignet sind, die Privatsphäre zu beeinträchtigen. Vorliegend ist sodann nicht zu übersehen, dass sich die WEKO auf eine allgemeine und pauschale Gesamtbeurteilung beschränkt. So hält die WEKO beispielsweise im Schreiben vom 10. November 2021 an C. __ fest, dass es sich nach Auffassung der WEKO bei den von C. __ bezeichneten und nach deren Ansicht – weil diese Angaben Rückschlüsse auf die Identität von C. __ ermöglichen – zu schwärzenden Angaben "[...] allesamt um Personendaten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 BGÖ resp. um Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ [handelt], die zu anonymisieren sind." Die von den Antragstellenden bzw. von C. __ verlangten und von der WEKO gutgeheissenen Anonymisierungsbegehren betreffen dabei auch Aspekte, bei welchen es sich lediglich um allgemeine Begriffe handelt. Einen Bezug auf eine bestimmte oder bestimmbare Person (vgl. Art. 3 Bst. a DSGVO) wird weder von den Antragstellenden noch von der WEKO dargelegt und ein solcher ist für den Beauftragten auch nicht in jedem Fall ersichtlich. Die über weite Teile pauschale Begründung der WEKO, wonach es sich bei den von A. __, B. __ und C. __ bezeichneten Angaben um zu anonymisierende Personendaten handle, hält damit der dem Öffentlichkeitsgesetz für eine Zugangsbeschränkung zugrundeliegenden Beweislast der Behörde nicht Stand.
42. Damit haben bis anhin weder A. __, B. __ und C. __ noch die WEKO hinreichend substantiiert dargelegt, dass es sich bei den im Rahmen der Zugangsgewährung vorgesehenen Schwärzungen in jedem Fall um Personendaten handelt beziehungsweise dass im Falle der Offenlegung der

¹⁸ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.1.

¹⁹ FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, Rz 13 f.

²⁰ Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2; A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.2.3.

Informationen eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der betroffenen Dritten resultiert. Im Ergebnis sind A. __, B. __ und C. __ resp. die WEKO nach Ansicht des Beauftragten der Begründungspflicht hinsichtlich der vorgenommenen Schwärzungen nicht hinreichend nachgekommen, weswegen die Vermutung des freien Zugangs zu den betreffenden amtlichen Dokumenten nicht widerlegt ist. Der Beauftragte vermag vorliegend nicht abschliessend auszuschliessen, dass im Falle der Offenlegung der Personendaten die Privatsphäre von A. __, B. __, C. __ oder weiteren in den Präsentationen aufgeführten Dritten beeinträchtigt würde, stellt jedoch fest, dass die Beeinträchtigung deren Privatsphäre bis anhin nicht hinreichend dargelegt und begründet wurde. Im Ergebnis empfiehlt der Beauftragte der WEKO gestützt auf das hiervor Ausgeführte, den vollständigen Zugang zu den Dokumenten gemäss Zugangsgesuch zu gewähren.

43. Soweit A. __ und B. __ in ihren ergänzenden Stellungnahmen an den Beauftragten geltend machen, dass sie grundsätzlich gegen die Gewährung des Zugangs seien resp. sich für die vollständige Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten aussprechen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Begehren – abgesehen vom hiervor Ausgeführten – nicht hinreichend begründet und entsprechend einschlägige Ausnahmebestimmungen nach dem Öffentlichkeitsgesetz auch nicht ersichtlich sind.
44. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Die Antragstellenden A. __ und B. __ wie auch die WEKO vermögen – soweit sie sich darauf berufen – bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g und h BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Weiter haben weder A. __, B. __ und C. __ noch die WEKO hinreichend substantiiert dargelegt, dass es sich bei den im Rahmen der Zugangsgewährung vorgesehenen Schwärzungen in jedem Fall um Personendaten handelt beziehungsweise dass im Falle der Offenlegung der Informationen eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der betroffenen Dritten resultiert. Folglich sind die vorgenommenen Schwärzungen bis anhin nicht hinreichend begründet, weswegen die Vermutung des freien Zugangs zu den betreffenden amtlichen Dokumenten nicht widerlegt ist. Andere Ausnahmebestimmungen werden im Schlichtungsverfahren weder von A. __ noch von B. __ und auch von der WEKO nicht geltend gemacht. Die WEKO gewährt somit den vollständigen Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten.*
45. *Abschliessend ist anzumerken, dass es A. __, B. __, C. __ und der WEKO unbenommen ist, im Rahmen des allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens die Wirksamkeit der angerufenen Ausnahmegründe von Art. 7 Abs. 1 Bst. g und h mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen bzw. darzulegen, inwiefern durch die Offenlegung der vorliegend interessierenden Informationen die Privatsphäre von A. __, B. __, C. __ beeinträchtigt wird und die Personendaten gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ zu anonymisieren sind.*

III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

46. Die Wettbewerbskommission gewährt den vollständigen Zugang zu den Dokumenten gemäss Zugangsgesuch.
47. Die Antragstellenden, die angehörte Drittperson und der Zugangsgesuchsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Wettbewerbskommission den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
48. Die Wettbewerbskommission erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
49. Die Wettbewerbskommission erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

50. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellenden, der angehörteten Drittperson sowie des Zugangsgesuchstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
51. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
A. __ (angehörte Drittperson und antragstellende Person)

 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
B. __ (angehörte Drittperson und antragstellende Person)

 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
C. __ (angehörte Drittperson)

 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Wettbewerbskommission WEKO
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
X. __ (Zugangsgesuchsteller)

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip