



Urteil vom 7. Dezember 2020

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),
Richterin Christine Ackermann, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Öffentlichkeitsgesetz / Rechtsverweigerung.

Sachverhalt:**A.**

Am 18. September 2019 ersuchte B._____ (Beschwerdeführerin 3) die Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) um Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Untersuchung der Vorinstanz bezüglich des Projekts D._____.

B.

Im Anschluss an das Gesuch folgte ein Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin 3 und der Vorinstanz, in dessen Verlauf die Beschwerdeführerin 3 ihr Gesuch präziserte.

C.

Nachdem die Vorinstanz mehreren Personen das rechtliche Gehör bezüglich der Anonymisierung von Personennamen und der Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen gewährt hatte, bewilligte sie der Beschwerdeführerin 3 mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 und vom 16. Januar 2020 den Zugang zu 14 Dokumenten (teilweise inkl. Beilagen) bezüglich des D._____. Dabei anonymisierte sie Personendaten und schränkte den Zugang insofern ein, als ansonsten Geschäftsgeheimnisse der Parteien des D._____ und der Verfasserin eines Gutachtens hätten offenbart werden können (Schwärzung von Textstellen und Nichtgewährung des Zugangs zu gewissen Beilagen der Dokumente).

D.

Am 23. Dezember 2019 und am 27. Januar 2020 reichte die Beschwerdeführerin 3 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) Schlichtungsanträge ein, in denen sie vor allem das Ausmass der vorgenommenen Schwärzungen rügte.

E.

Der EDÖB vereinigte die beiden Schlichtungsverfahren und führte am 4. Februar 2020 eine Schlichtungssitzung durch, an der sowohl die Beschwerdeführerin 3 als auch die Vorinstanz an ihren Positionen festhielten. Eine Schlichtung kam nicht zustande.

F.

Am 4. März 2020 gab der EDÖB den Parteien die folgende Empfehlung ab:

«Die WEKO gewährt den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes, da sie bisher die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründung aufzeigte. Vorbehalten bleibt die bereits von der Antragstellerin akzeptierte Anonymisierung der Personendaten.»

G.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2020 nahm die Vorinstanz zur Empfehlung des EDÖB Stellung. Sie führte aus, sie komme der Empfehlung vollumfänglich nach, indem sie die vom EDÖB geforderte Begründung für die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen, soweit dies notwendig sei, im vorliegenden Schreiben nachliefere. Die Vorinstanz begründete in dem Schreiben alle Abdeckungen in den Dokumenten gestützt auf Geschäftsgeheimnisse, zu denen sie grundsätzlich Zugang gewährte, einzeln und liess der Beschwerdeführerin 3 die geschwärzten Dokumente zukommen. Sie führte im Weiteren aus, da die Beschwerdeführerin 3 innerhalb der gesetzlichen Frist von 10 Tagen keine Verfügung verlangt habe und sie selber nicht von der Empfehlung des EDÖB abweiche, seien die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung nicht gegeben, weshalb sie das Zugangsverfahren als abgeschlossen erachte.

H.

Am 8. Juni 2020 forderte die Beschwerdeführerin 3 die Vorinstanz auf, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Sie führte aus, der EDÖB habe in seiner Empfehlung ihren Anträgen vollumfänglich stattgegeben. Er sei zum Schluss gelangt, dass die Berufung auf Geschäftsgeheimnisse nicht im erforderlichen Ausmass begründet worden sei und habe empfohlen, dass die Vorinstanz unter Vorbehalt der bereits akzeptierten Anonymisierungen der Personendaten den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten gewähre. Da die Vorinstanz entgegen der Empfehlung des EDÖB keinen vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten gewähre, sei sie von Amtes wegen zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung verpflichtet. Die Beschwerdeführerin 3 ersuchte um eine Bestätigung bis zum 12. Juni 2020, dass die Vorinstanz innert kurzer Frist eine Verfügung erlassen werde, ansonsten sie dies als Rechtsverweigerung werten würde.

I.

In ihrem Schreiben vom 11. Juni 2020 hielt die Vorinstanz an ihrer Einschätzung fest, sie sei der Empfehlung des EDÖB vollumfänglich nachgekommen. Da die Beschwerdeführerin 3 zudem innert der gesetzlichen Frist keine Verfügung verlangt habe, seien die Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung nicht erfüllt.

J.

Am 19. Juni 2020 erheben die Beschwerdeführerin 3 sowie A. _____ und B. _____ (Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragen, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihnen den vollständigen Zugang zu den Dokumenten entsprechend der Empfehlung des EDÖB vom 4. März 2020 zu gewähren. Eventualiter sei die Rechtsverweigerung betreffend den Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung festzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, über den Zugang zu den Dokumenten in Form einer anfechtbaren Verfügung zu befinden.

K.

Am 27. August 2020 reicht die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein. Sie beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Für den Fall, dass auf die Beschwerde eingetreten werde, stellt sie den Verfahrens Antrag, die beiden von der Offenlegung betroffenen Unternehmen seien am Verfahren als Parteien zu beteiligen.

L.

Am 25. September 2020 reichen die Beschwerdeführerinnen eine Stellungnahme ein. Sie stellen dabei neu den prozessualen Antrag, der EDÖB sei zur Stellungnahme einzuladen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. Beschwerde

1.

1.1 Die Beschwerdeführerinnen richten ihre Beschwerde in erster Linie gegen die Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 (vgl. Sachverhalt Bst. G).

1.2 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Für das Vorliegen einer Verfügung ist dabei nicht massgebend, ob sie als solche bezeichnet ist und eine Rechtsmittelbelehrung enthält oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die genannten, inhaltlichen Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Urteile des BVGer A-2823/2019 vom 1. April 2020 E. 5.1 und A-3558/2018 vom 12. März 2019 E. 1.1, je m.w.H.).

1.3 Strittig ist vorliegend, ob das Schreiben der Vorinstanz vom 19. Mai 2020, in dem diese zur Empfehlung des EDÖB Stellung nahm, ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt.

1.4 Bezüglich des Erfordernisses der Rechtswirkung als Merkmal einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ist entscheidend, ob das Handlungsziel der Behörden die Regelung, das heisst die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen ist (Urteile des BVGer A-2823/2019 vom 1. April 2020 E. 5.2 und A-3155/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 2.1, je m.w.H.).

1.5 Das Schreiben der Vorinstanz ist mit «Stellungnahme zur Empfehlung des EDÖB» betitelt und die Vorinstanz hält darin ausdrücklich fest, sie erlasse keine Verfügung. Sie führt aus, dass weder die Beschwerdeführerinnen noch die angehörten Personen eine Verfügung verlangt hätten und dass sie selber nicht von der Empfehlung des EDÖB abweiche, womit die Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung nach Art. 15 BGÖ nicht

erfüllt seien. Unabhängig davon, ob diese Aussagen materiell zutreffen, ist aufgrund dieses Inhalts des Schreibens festzuhalten, dass die Vorinstanz offensichtlich davon ausgeht, dass sie mit dem Schreiben nicht die Rechtslage gestaltet. Das «Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten» nach den Art. 10 ff. BGÖ wird gemäss Art. 15 BGÖ nicht zwingend mit einer Verfügung abgeschlossen: Wenn die Gesuchsteller keine Verfügung verlangen und die Voraussetzungen für eine Verfügung von Amtes wegen nicht vorliegen, muss die zuständige Behörde keine Verfügung erlassen, da sie davon ausgehen darf, dass die Gesuchsteller mit der Empfehlung des EDÖB einverstanden sind. Das Vorgehen der Vorinstanz, das Zugangsverfahren ohne Verfügung abzuschliessen, entspricht damit auch einem gesetzlich vorgesehenen Vorgehen. Entsprechend ist festzuhalten, dass das Handlungsziel der Vorinstanz nicht die bewusste Regelung der Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen war.

Zudem ist festzustellen, dass das Schreiben der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 materiell nicht alle Elemente enthält, die notwendig wären, um die Rechtslage bezüglich des Zugangsgesuchs der Beschwerdeführerinnen festzulegen. Dafür müsste die Stellungnahme im Zusammenhang mit den Schreiben der Vorinstanz vom 2. Dezember 2019 und vom 16. Januar 2020 gelesen werden, in denen sie unter anderem die Dokumente, zu denen der Zugang zu gewähren ist, und die Anonymisierung der Personendaten festlegte. Allerdings handelt es sich auch bei diesen Dokumenten nicht um anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sondern um Stellungnahmen im Sinne von Art. 12 BGÖ, was dagegenspricht, diese als Teil einer Verfügung anzusehen.

1.6 Insgesamt ist damit festzustellen, dass die Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 nicht auf die Gestaltung der Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen ausgerichtet ist und entsprechend keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

1.7 Da es sich bei der Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 nicht um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt, ist auf die entsprechende Beschwerde der Beschwerdeführerinnen mangels zulässigen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

II. Rechtsverweigerungsbeschwerde

2.

2.1 Nachdem auf die Beschwerde gegen die Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 nicht einzutreten ist, da die Stellungnahme keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt, ist die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz zu prüfen.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, soweit diese von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG vorliegt. Zudem kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung Beschwerde geführt werden (Art. 46a VwVG). Beschwerdeinstanz ist in diesem Fall diejenige Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Urteil des BGer 2C_81/2009 vom 26. Mai 2009 E. 2.1; BVGE 2008/15 E. 3.1.1).

Die WEKO zählt zu den Behörden gemäss Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Anhang 2 Ziff. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, RVOV, SR 172.010.1). Eine Ausnahme bezüglich des Sachgebiets (Art. 32 VGG) liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung von Verfügungen der Vorinstanz und entsprechend auch zum Entscheid über die vorliegende Rechtsverweigerungsbeschwerde zuständig.

2.3 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.4 Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerden richten sich gegen den Nichterlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Beschwerdelegitimation setzt voraus, dass bei der zuständigen Behörde zuvor soweit notwendig ein Begehren um Erlass einer Verfügung gestellt wurde und Anspruch darauf besteht (BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteil des BGer 1C_165/2009 vom 3. November 2009 E. 2.2; BVGE 2009/1 E. 3). Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf Art. 15 Abs. 2 BGÖ, der grundsätzlich einen Anspruch vorsieht, und sie forderten die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Juni 2020 auf, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Entsprechend ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 3 als ur-

sprüngliche Gesuchstellerin gegeben. Für die Zulässigkeit einer gemeinsam eingereichten Beschwerde reicht es aus, wenn – wie hier – zumindest eine Beteiligte legitimiert ist (vgl. Urteil des BVerfG A-1216/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.2.2 m.w.H.). Auch wenn die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 nicht legitimiert wären, stünde damit einem Eintreten auf die Beschwerde nichts entgegen, weshalb es sich erübrigt, ihre Beschwerdelegitimation zu prüfen.

2.5 Beschwerde gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung kann jederzeit geführt werden (Art. 50 Abs. 2 VwVG). Die Grenze bildet der Grundsatz von Treu und Glauben. Bietet eine bestimmte behördliche Handlung oder Äusserung objektiv begründeten Anlass für eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde, muss die Beschwerde innert angemessener Frist erhoben werden. Was angemessen ist, bemisst sich nach den konkreten Umständen, namentlich nach der dem Beschwerdeführer zumutbaren Sorgfalt. Verweigert die Behörde ausdrücklich den Erlass einer Verfügung, so ist nach diesen Grundsätzen innerhalb der gesetzlichen Frist von 30 Tagen Beschwerde zu erheben (vgl. Urteil des BVerfG 8D_3/2016 vom 1. Juni 2017 E. 4.3.2 und BVGE 2008/15 E. 3.2).

Mit Schreiben vom 11. Juni 2020 teilte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen mit, sie werde keine Verfügung erlassen, da die entsprechenden Voraussetzungen von Art. 15 BGÖ nicht erfüllt seien. Die Beschwerdeführerinnen reichten die vorliegende Rechtsverweigerungsbeschwerde am 19. Juni 2020 und damit innert 30 Tagen ein. Die Beschwerde ist damit innert angemessener Frist erhoben. Selbst wenn auf das Datum der ersten Stellungnahme der Vorinstanz im Anschluss an die Empfehlung des EDÖB, den 19. Mai 2020, als Zeitpunkt, an dem die Vorinstanz den Erlass einer Verfügung verweigerte, abzustellen wäre, wäre die Beschwerde rechtzeitig erhoben worden.

2.6 Auf die frist- und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

3.

Die Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts beschränkt sich bei Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerden auf die Frage, ob das Gebot des Rechtsschutzes in angemessener Zeit im konkreten Fall verletzt worden ist oder nicht.

4.

Das Verbot der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ergibt sich als Teilgehalt aus der allgemeinen Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV. Demnach hat jede Person vor Gerichts- und Verfahrensinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist (sogenanntes Beschleunigungsgebot).

Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen verpflichtet wäre. Selbst dort, wo nach Auffassung der Behörde eine Sachurteilsvoraussetzung fehlt, muss mittels Nichteintretensverfügung Position bezogen werden (vgl. BGE 144 II 184 E. 3.1; 130 II 521 E. 2.5).

5.

5.1 Vorliegend ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung bezüglich ihres Gesuchs um Zugang zu Dokumenten der Vorinstanz vom 18. September 2019 haben und ob die Vorinstanz eine solche verweigerte.

5.2 Mit dem BGÖ führte der Bund das Öffentlichkeitsprinzip und damit den Grundsatz der «Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt» ein. Das BGÖ soll die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Zu diesem Zweck trägt es zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet (Art. 1 BGÖ). Jede Person hat das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Das BGÖ stellt mithin eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf (BGE 142 II 340 E. 2.2). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird namentlich eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können (Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ).

5.3 Das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten ist an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Die Behörde, an die ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Art. 10 BGÖ gerichtet wurde, nimmt so rasch als mög-

lich Stellung, in jedem Fall aber innert 20 Tagen nach Eingang des Gesuchs, wobei die Frist unter gewissen Umständen verlängert werden kann (Art. 12 BGÖ).

5.4 Wird einer Person der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, kann sie innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde einen Schlichtungsantrag beim EDÖB stellen (Art. 13 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGÖ).

5.5 Kommt keine Schlichtung zustande, so gibt der EDÖB innert 30 Tagen nach Empfang des Schlichtungsantrages den am Schlichtungsverfahren Beteiligten eine schriftliche Empfehlung ab (Art. 14 BGÖ).

5.6 Der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin kann innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt der Empfehlung des EDÖB den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). Zudem erlässt die zuständige Behörde eine Verfügung, wenn sie in Abweichung von der Empfehlung des EDÖB das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will (Art. 15 Abs. 2 Bst. a BGÖ). Die Verfügung ist innert 20 Tagen nach Empfang der Empfehlung oder nach Eingang des Gesuches zu erlassen.

6.

6.1 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass sie in ihrer Stellungnahme vom 19. Mai 2020 nicht von der Empfehlung des EDÖB abgewichen sei. Sie habe lediglich, wie von diesem gefordert, die Begründung dafür nachgeliefert, wieso an verschiedenen Stellen in den betroffenen Dokumenten Geschäftsgeheimnisse zu schwärzen seien. Da die Beschwerdeführerinnen keine Verfügung verlangt hätten, und sie selber nicht von der Empfehlung des EDÖB abgewichen sei, sei sie nicht verpflichtet, eine Verfügung zu erlassen. Wenn sich die Beschwerdeführerinnen nun nachträglich und nach Ablauf der Frist anders entschieden hätten, und mit dem vom EDÖB empfohlenen Vorgehen doch nicht einverstanden seien, verdiene dies keinen Rechtsschutz.

Die Vorinstanz führt zudem aus, der EDÖB habe in seiner Empfehlung ausgeführt, dass sie den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren habe. Die Formulierung «nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes» beziehe sich gemäss den Erwägungen in der Empfehlung darauf, dass Geschäftsgeheimnisse, soweit die Vorinstanz diese genügend begründe, abgedeckt

werden könnten. Der EDÖB habe damit keine vollumfängliche und uneingeschränkte Offenlegung empfohlen. Ein Vergleich mit Empfehlungen des EDÖB in früheren Verfahren zeige, dass dieser, wenn er den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten empfehle, dies explizit festhalte. Es sei aus der Praxis des EDÖB allgemein bekannt, dass ein Empfehlungsdispositiv, das den vollständigen Zugang mit Einschränkungen statuiere, nicht bedeute, dass der EDÖB empfehle, den vollständigen Zugang ohne jegliche Einschränkungen zu gewähren.

6.2 Die Beschwerdeführerinnen stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, der EDÖB habe unter dem von ihnen akzeptierten Vorbehalt der Anonymisierung von Personendaten den vollständigen Zugang zu den ersuchten Informationen empfohlen. Die Vorinstanz habe jedoch nur einen eingeschränkten Zugang zu den betroffenen Dokumenten gewährt, weshalb sie zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung verpflichtet gewesen wäre. Sie selber hätten aufgrund der Empfehlung des EDÖB keinen Anlass dazu gehabt, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, weil dieser die vollständige Offenlegung der betroffenen Dokumente empfohlen und damit ihrem Gesuch um vollständigen Informationszugang entsprochen habe. Da die Vorinstanz sie vor ihrer Stellungnahme vom 19. Mai 2020 nicht angehört habe, hätten sie keine Kenntnis davon gehabt, dass sie von der Empfehlung des EDÖB abzuweichen gedenke. Die Beschwerdeführerinnen führen weiter aus, die Behörde habe bei bestehendem Streit um ein Zugangsgesuch in jedem Fall zu verfügen, da die Rechtssuchenden nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens in jedem Fall ins ordentliche Verwaltungsverfahren gelangen können müssten. Es könne nicht sein, dass die Behörde 20 Tage Zeit habe, um den Inhalt der Empfehlung des EDÖB hoheitlich festzulegen, die Gesuchstellerin jedoch innert der kürzeren Frist von 10 Tagen eine Verfügung verlangen müsse, also bevor sie erkennen könne, dass sie zu einer von der Behörde abweichenden Interpretation der Empfehlung gekommen sei. Im Übrigen habe sie nicht nach Ablauf der Frist von 10 Tagen ihre Meinung geändert, sondern die Vorinstanz messe der Empfehlung des EDÖB eine unzutreffende Bedeutung zu.

7.

7.1 Die vorliegend relevante Ziff. 23 im Dispositiv der Empfehlung des EDÖB lautet:

«Die WEKO gewährt den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes, da sie bisher die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründung aufzeigte. Vorbehalten bleibt die bereits von der Antragstellerin akzeptierte Anonymisierung der Personendaten.»

7.2 Die Parteien interpretieren die Empfehlung des EDÖB unterschiedlich. Nach Ansicht der Vorinstanz empfahl der EDÖB, den Zugang zu den betroffenen Dokumenten unter Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen, soweit diese begründet sind, zu gewähren. Demgegenüber verstehen die Beschwerdeführerinnen die Empfehlung des EDÖB so, dass die Vorinstanz den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten zu gewähren habe, da sie die Geschäftsgeheimnisse nicht genügend begründen konnte; sie sehen die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen durch die Vorinstanz entsprechend als Abweichung von der Empfehlung des EDÖB an.

7.3

7.3.1 Vorab ist zu klären, nach welchen Grundsätzen die Empfehlung des EDÖB auszulegen ist. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (vgl. z.B. bezüglich der Auslegung von Gesetzesbestimmungen: BGE 131 II 697 E. 4.1). Darüber hinaus erscheint es angezeigt, zur Auslegung der Empfehlung die Grundsätze heranzuziehen, die das Bundesgericht zur Auslegung von Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG aufgestellt hat. Empfehlungen des EDÖB legen zwar im Gegensatz zu Verfügungen keine Rechte und Pflichten hoheitlich fest. Dennoch stellen auch sie eine einseitige, behördliche Aussage zu den Rechten und Pflichten von einzelnen Personen dar, weshalb die analoge Anwendung sachgerecht erscheint.

7.3.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Verfügungen nicht nur aufgrund ihres Wortlautes auszulegen, sondern es ist nach ihrem rechtlichen Gehalt zu fragen. Zur Auslegung ist soweit notwendig der ganze Inhalt der Verfügung heranzuziehen, ergibt sich doch die Tragweite des Dispositivs oft erst aus dem Beizug der Erwägungen. Zudem verlangt das Vertrauensprinzip, dass einer Verfügung jener Sinn beigemessen wird, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt der Entgegennahme bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste (BGE 132 V 74 E. 2; 121 III 474 E. 4a; 115 II 415 E. 3a; vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 273). Diese Grundsätze sind zur Auslegung der Empfehlung des EDÖB analog heranzuziehen.

7.4

7.4.1 Der tatsächliche rechtliche Gehalt der Empfehlung des EDÖB ergibt sich aus dem Wortlaut von Ziff. 23 nicht ohne Weiteres. Der Formulierung kann nicht entnommen werden, ob der EDÖB der Vorinstanz empfiehlt, den

vollständigen Zugang zu gewähren, da sie die Geschäftsgeheimnisse nicht genügend begründet hat, oder ob er der Vorinstanz empfiehlt, den Zugang nur insoweit zu gewähren, als sie nicht in der Lage ist, eine Begründung für die Geschäftsgeheimnisse nachzuliefern.

7.4.2 Im Zuge einer grammatikalischen Auslegung spricht vorab der Umstand, dass der EDÖB ausdrücklich einen «vollständigen» Zugang empfiehlt, die Vollständigkeit des Zugangs damit betont, dafür, dass er keine Einschränkungen durch Abdeckungen empfiehlt. Der zweite Teilsatz («da sie [die Vorinstanz] bisher die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründung aufzeigte») zeigt zudem, dass der EDÖB der Meinung war, dass die von der Vorinstanz verlangten Abdeckungen aus Gründen von Geschäftsgeheimnissen zum Zeitpunkt des Erlasses der Empfehlung nicht genügend begründet und damit nicht gerechtfertigt waren. Formuliert ist der Teilsatz als Begründung für den ersten Teilsatz («da»). Als Begründung ergibt dieser zweite Teilsatz jedoch nur Sinn, wenn im ersten Teilsatz der vollständige Zugang ohne Einschränkungen empfohlen wird, was entsprechend für dieses Auslegungsergebnis spricht. Schliesslich spricht auch der zweite Satz («Vorbehalten bleibt die bereits von der Antragstellerin akzeptierte Anonymisierung der Personendaten.») für dieses Auslegungsergebnis, da er einen ausdrücklichen Vorbehalt zum «vollständigen Zugang» anbringt, wohingegen die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen nicht als Vorbehalt formuliert wird.

7.4.3 Auch in den Erwägungen äussert sich der EDÖB insgesamt kritisch zur Frage, ob die von der Vorinstanz gemachten Abdeckungen mit Geschäftsgeheimnissen zu rechtfertigen seien. Er stellt aufgrund der möglichen zukünftigen Wettbewerbsbeschränkungen in Frage, ob sich die Parteien überhaupt auf das Geschäftsgeheimnis abstützen können. Zudem hält er fest, dass der Ausnahmegrund der Wettbewerbsnachteile «bis anhin» nicht hinreichend plausibel gemacht worden sei, und schliesst mit der Aussage, dass, wenn nach der erfolgten Prüfung durch die Vorinstanz tatsächlich begründete Geschäftsgeheimnisse ersichtlich sein sollten, die Vorinstanz bei deren Abdeckung (zusätzlich) den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hätte. Bezeichnend erscheint diesbezüglich insbesondere die Verwendung des Konjunktivs («ersichtlich sein sollten», «hätten sie»). Der EDÖB hält damit zwar die Möglichkeit offen, dass die Vorinstanz nachträglich solche Einschränkungen genügend begründen könnte, gleichzeitig hält er jedoch fest, dass dies zum Zeitpunkt der Empfehlung nicht der Fall sei. Dies lässt darauf schliessen, dass der EDÖB den

vollständigen Zugang empfiehlt, die Möglichkeit einer genügenden Begründung jedoch offenlässt, was dann jedoch als Abweichen von der Empfehlung anzusehen wäre. Dies erscheint vorliegend umso mehr sachgemäss, als die Vorinstanz jegliche Einschränkungen des Zugangsrecht neu begründen muss, und von den Beschwerdeführerinnen nicht erwartet werden kann, dass sie diese Einschränkungen ihres Einsichtsrechts hinnimmt, ohne die Begründung der Vorinstanz zu kennen.

7.4.4 Die Vorinstanz macht geltend, der EDÖB habe mit der Formulierung «nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes» ausgedrückt, dass er empfehle, den Zugang insofern nicht zu gewähren, als sie dafür eine Begründung nachliefern könne. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass der EDÖB in der Empfehlung nicht ausdrücklich festhält, er empfehle Abdeckungen soweit Geschäftsgeheimnisse tatsächlich vorlägen. Auch der Beizug der Erwägungen ändert daran nichts, äussert sich der EDÖB doch darin erstens wie dargelegt grundsätzlich kritisch gegenüber Einschränkungen und lässt er zweitens die Möglichkeit von Einschränkungen lediglich als Formulierung im Konjunktiv offen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich die Formulierung nicht konkret auf Einschränkungen aufgrund von Geschäftsgeheimnissen beschränkt, wie dies in früheren Empfehlungen der Fall war (vgl. z.B. Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 Ziff. D). Wird der Einschub «nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes» wirklich als Einschränkung des Zugangs verstanden, wie die Vorinstanz dies vertritt, würde dies die Empfehlung des EDÖB faktisch jeglichen Inhalts entleeren. Die Empfehlung würde sich dann nämlich auf die Aussage beschränken, die Vorinstanz müsse sich an das BGÖ halten. Aufgabe des EDÖB ist es jedoch, konkret zu empfehlen, was seines Erachtens dem Öffentlichkeitsgesetz entspricht. Würde der genannte Zusatz wie von der Vorinstanz verstanden, würde der EDÖB jedoch faktisch darauf verzichten, eine Empfehlung abzugeben. Davon ist nicht auszugehen und davon mussten respektive durften die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz auch nicht ausgehen. Naheliegender erscheint es damit, dass es sich bei dieser Formulierung um eine Floskel handelt, mit der der EDÖB in allgemeiner Weise darauf verweist, dass der Zugang unter der Herrschaft des BGÖ steht.

7.4.5 Damit sprechen einige Elemente der Auslegung für die Interpretation der Empfehlung, wie sie die Beschwerdeführerinnen vertreten, nämlich, dass die Empfehlung lautet, keine Abdeckungen vorzunehmen, da die Einschränkungen aufgrund des Geschäftsgeheimnisses nicht genügend begründet sind.

7.4.6 Zu berücksichtigen ist schliesslich, wie die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz die Empfehlung in guten Treuen verstehen durften respektive mussten.

Die Interpretation der Beschwerdeführerinnen ist wie gezeigt nachvollziehbar und wird durch verschiedene Auslegungselemente gestützt. Dass die Beschwerdeführerinnen die Empfehlung des EDÖB im Kontext mit früheren Empfehlungen in anderen Verfahren hätten interpretieren müssen – wie die Vorinstanz geltend macht –, kann von ihnen nicht verlangt werden. Zudem liegen keine Hinweise dafür vor, dass sich die Beschwerdeführerinnen in rechtsmissbräuchlicher Weise auf ein unterschiedliches Verständnis der Empfehlung berufen würden, um die 10-Tages-Frist nachträglich zu umgehen.

Zu den Umständen, die vorliegend bei der Auslegung nach Treu und Glauben zu beachten sind, gehören die gemäss BGÖ auf die Empfehlung des EDÖB folgenden Verfahrensschritte. Nach Art. 15 Abs. 1 BGÖ hat der Gesuchsteller nach Erhalt der Empfehlung 10 Tage Zeit, von der zuständigen Behörde eine Verfügung zu verlangen. Die zuständige Behörde ihrerseits muss von Amtes wegen eine Verfügung erlassen, wenn sie zum Nachteil des Gesuchstellers von der Empfehlung des EDÖB abweichen will, wofür sie 20 Tage Zeit hat. Dem Gesuchsteller obliegt es damit, eine Verfügung zu verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, S. 2025). Ist der Gesuchsteller hingegen mit der Empfehlung einverstanden, kann er davon ausgehen, dass die Behörde entweder der Empfehlung folgen wird oder er gegen ein Abweichen ein Rechtsmittel wird ergreifen können (vgl. ISABELLE HÄNER, Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Art. 15 N 6). Der Gesuchsteller muss damit jedoch gegebenenfalls eine Verfügung verlangen, bevor die zuständige Behörde ihre Interpretation der Empfehlung festlegt und mitteilt. Dadurch besteht die Gefahr, dass der Gesuchsteller erst nach Ablauf der 10-Tages-Frist erkennt, dass er von einem anderen Verständnis der Empfehlung ausgeht als die Behörde.

Aufgrund dieses Verfahrensablaufs ist es möglich, dass – wie vorliegend – die zuständige Behörde das Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem BGÖ ohne Verfügung beenden kann, ohne dass der Gesuchsteller entweder mit der Empfehlung einverstanden ist oder sich gerichtlich dagegen wehren kann. Ein solches Ergebnis entspricht jedoch

nicht dem Zweck des BGÖ, das gerade zum Ziel hat, Gesuchstellern rechtlich durchsetzbar Zugangsrechte zu verschaffen, um die Transparenz der Verwaltung zu fördern. Die zuständige Behörde trägt – obwohl sie im Schlichtungsverfahren eine Parteirolle einnimmt – als hoheitlich auftretende Behörde, die insbesondere an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden ist, Verantwortung für den rechtsstaatlichen Ablauf des Verfahrens um Zugang zu amtlichen Dokumenten. Entsprechend hat sie eine Empfehlung des EDÖB nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass die (Verfahrens-)Rechte der Gesuchsteller möglichst gewahrt bleiben. Vorliegend ist der tatsächliche Gehalt der Empfehlung des EDÖB wie gezeigt nicht ohne Weiteres klar. Der Vorinstanz muss zudem klar gewesen sein oder es hätte ihr zumindest klar sein müssen, dass die Beschwerdeführerinnen nach Erlass der Empfehlung kaum plötzlich auf den vollständigen Zugang zu den Dokumenten verzichten würden, weshalb es für sie erkennbar war, dass die Beschwerdeführerinnen von einer anderen Interpretation der Empfehlung ausgehen könnten.

Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz vorliegend entweder den Beschwerdeführerinnen das rechtliche Gehör zu ihrem Verständnis der Empfehlung gewähren oder direkt verfügen müssen.

7.5 Insgesamt ist damit festzustellen, dass die Empfehlung des EDÖB so zu verstehen war, dass er der Vorinstanz empfiehlt, den Beschwerdeführerinnen den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten zu gewähren, da sie die Abdeckungen aufgrund des Geschäftsgeheimnisses nicht rechtsgenügend begründet hatte (und unter Vorbehalt der von den Beschwerdeführerinnen akzeptierten Anonymisierung von Personendaten). Die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen ist damit als Abweichen von der Empfehlung anzusehen. Entsprechend war die Vorinstanz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 BGÖ verpflichtet, eine Verfügung zu erlassen, wenn sie Geschäftsgeheimnisse abdecken und damit das Recht der Beschwerdeführerinnen auf Zugang zu den betroffenen Dokumenten einschränken wollte.

8.

8.1 Damit ist zu prüfen, ob die Vorinstanz ihrer Verpflichtung, von Amtes wegen eine Verfügung zu erlassen, nachgekommen ist.

8.2 Die Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 stellt wie dargelegt (E. 1.6) keine Verfügung dar.

8.3 Die Beschwerdeführerin 3 forderte die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Juni 2020 auf, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, was die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2020 ablehnte. Die Stellungnahme vom 11. Juni 2020, in der die Vorinstanz erneut ausführte, die Voraussetzungen für eine Verfügung seien nicht gegeben, weshalb sie keine Verfügung erlassen müsse, stellt mangels Rechtswirkung (vgl. E. 1.4 f.) ebenfalls keine Verfügung (Nichteintretensverfügung) dar.

8.4 Die Vorinstanz hat damit entgegen ihrer aus Art. 15 Abs. 2 BGÖ folgenden Verpflichtung keine Verfügung erlassen, womit sie eine Rechtsverweigerung beging. Ob sie verpflichtet gewesen wäre, als Reaktion auf das (verspätete) Gesuch um Erlass einer Verfügung vom 8. Juni 2020 einen Nichteintretensentscheid in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, kann damit offenbleiben. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen ist entsprechend gutzuheissen.

8.5 Heisst das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gut, weist es die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine andere Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand herzustellen, gibt es grundsätzlich nicht; insbesondere darf das Gericht – unter Vorbehalt von speziellen Konstellationen – nicht anstelle der das Recht verweigernden Behörde entscheiden, würden dadurch doch der Instanzenzug verkürzt und allenfalls weitere Rechte der Verfahrensbeteiligten verletzt (BVGE 2008/15 E. 3.1.2 und 2009/1 E. 4.2).

Da keine solche spezielle Konstellation vorliegt, ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz anzuweisen, den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten zu gewähren, abzuweisen. Jedoch ist die Vorinstanz aufzufordern, den Beschwerdeführerinnen ohne Verzug – und jedenfalls innert 20 Tagen ab Erhalt dieses Urteils (vgl. Art. 15 Abs. 3 BGÖ) – entweder den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten zu gewähren (unter Vorbehalt der von den Beschwerdeführerinnen akzeptierten Anonymisierung von Personendaten) oder in Abweichung von der Empfehlung des EDÖB das Recht auf Zugang der Beschwerdeführerinnen mittels einer anfechtbaren Verfügung einzuschränken.

8.6 Da für die Erledigung der Rechtsverweigerungsbeschwerde damit keine materielle Auseinandersetzung mit der Frage des Zugangs zu den betroffenen amtlichen Dokumenten notwendig ist, sind die Anträge der Vor-

instanz um Beiladung der beiden von der Offenlegung betroffenen Unternehmen abzuweisen, ebenso der Antrag der Beschwerdeführerinnen, den EDÖB zu einer Stellungnahme einzuladen.

9.

9.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Der Ausgang des vorliegenden Verfahrens ist als vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführerinnen zu werten, weshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– ist den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Die Vorinstanz trägt als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten.

9.2 Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung ist zu verzichten, da nicht davon auszugehen ist, dass den nicht vertretenen Beschwerdeführerinnen aus der Einreichung der Beschwerde verhältnismässig hohe Kosten erwachsen sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG) und die Vorinstanz keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde gegen die Stellungnahme der Vorinstanz vom 19. Mai 2020 wird nicht eingetreten.

2.

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird gutgeheissen. Die Vorinstanz wird angewiesen, den Beschwerdeführerinnen ohne Verzug entweder den vollständigen Zugang zu den betroffenen Dokumenten zu gewähren (unter Vorbehalt der von den Beschwerdeführerinnen akzeptierten Anonymisierung von Personendaten) oder in Abweichung von der Empfehlung des EDÖB das Recht auf Zugang mittels einer anfechtbaren Verfügung einzuschränken.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- den EDÖB z.K.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Tobias Grasdorf

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: