

Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X
(Antragstellerin)
und
Wettbewerbskommission WEKO

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. In einer Medienmitteilung vom 13. Juni 2019¹ informierte die Wettbewerbskommission (WEKO), dass sie den Zusammenschluss von drei Logistikfirmen zum Grossterminal Gateway Basel Nord (GBN) genehmigt hatte. Die WEKO wägte Vor- und Nachteile des Zusammenschlusses, präzisierte aber dennoch, dass die Vorteile die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung von GBN im Bereich Umschlagleistungen überwiegen. In einem Presseartikel vom 29. August 2019² wurde der Entscheid kommentiert. Laut Journalist antwortete der Präsident der WEKO auf Anfrage, dass der Beschluss auf einer aufwendigen Untersuchung fusse, die in enger Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Verkehr durchgeführt worden sei.
2. Die Antragstellerin (Unternehmen) ersuchte am 18. September 2019 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) die WEKO um Zugang zu den Dokumenten, welche oben erwähnte Untersuchungen dokumentieren.
3. Durch einen Schriftenwechsel zwischen der WEKO und der Antragstellerin konnte am 25. Oktober 2019 und am 4. November 2019 der Umfang des Gesuches präzisiert werden. Betroffen sind die folgenden 15 Dokumente: 12 im Schreiben der WEKO vom 22.10.2019 aufgelistete Dokumente, Kapitel B.4.5 der Stellungnahme der WEKO vom 27.5.2019, das «Gutachten zu den Effizienzgewinnen durch ein trimodales Terminal Gateway Basel Nord» vom 15.3.2019 sowie die dazugehörigen Erläuterungen vom 17.4.2019.
4. Gleichzeitig informierte die WEKO die Antragstellerin, dass die Bearbeitungsfrist gemäss Art. 12 Abs. 2 BGÖ verlängert werden muss, da die Dokumente Geschäftsgeheimnisse und zum Teil nicht anonymisierbare Personennamen enthalten. Dazu plante sie, eine Anhörung der betroffenen Unternehmen bzw. der Parteien des Zusammenschlussverfahrens nach Art. 11 BGÖ durchzuführen.
5. In der Folge führte die WEKO bei den Parteien (A) eine erste Anhörung zu den 12 Dokumenten, welche im Schreiben der WEKO vom 22.10.2019 aufgelistet sind, durch. In Bezug auf das Gutachten vom 15.3.2019 und die dazugehörigen Erläuterungen nahmen sie eine zweite Anhörung mit der Verfasserin des Gutachtens (B) vor. A

¹ <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-75385.html>.

² « Der Mega-Hafenterminal in Basel hebt den Wettbewerb aus – trotzdem winkt die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss durch », von David Vonplon, in: Neue Zürcher Zeitung vom 29.08.2019.

reichte keinen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein, nachdem die WEKO den Zugang im Umfang ihrer Wünsche zu gewähren gedankte.

6. Am 2. Dezember 2019 nahm die WEKO zu einem grossen Teil der Dokumente gegenüber der Antragstellerin Stellung. Die WEKO gewährte einen teilweisen Zugang zu den 12 im Schreiben vom 22.10.2019 aufgelisteten Dokumenten und zum Kapitel B.4.5 ihrer Stellungnahme vom 27.5.2019. Dabei deckte sie mehrere Passagen als Geschäftsgeheimnisse von A ab. Weiter anonymisierte sie die Dokumente in Anwendung von Art. 9 BGÖ. In Bezug auf die zwei verbleibenden Dokumente (Gutachten vom 15.3.2019 und Erläuterungen dazu) informierte die WEKO die Antragstellerin, dass sie deren Zugang verschiebe, da die zweite Anhörung bei B immer noch am Laufen sei.
7. Am 23. Dezember 2019 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Schlichtungsantrag bezieht sich auf folgende in der Stellungnahme der WEKO vom 2. Dezember 2019 bezeichneten Dokumente: Act. 384, 400, 415, 464, 472, 476, 530 und Kapitel B.4.5 der Stellungnahme der WEKO vom 27.5.2019.
8. Die Antragstellerin führt aus, dass «die WEKO [...] die Argumente der Fusionspartner und sogar seine eigenen Angaben derart weitgehend [schwärzt], dass die Argumente zu den Effizienzvorteilen fast nicht mehr erkenntlich sind. Es erscheint uns geradezu so, als ob nicht Geschäftsgeheimnisse geschwärzt wurden, sondern schlicht fast alle Angaben zu den behaupteten Effizienzvorteilen.» Die Antragstellerin verlangt die Offenlegung dieser Schwärzungen, soweit nicht offensichtliche und zentrale Geschäftsgeheimnisse der angehörten Parteien betroffen sind. Sie ist zudem der Auffassung, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an die Offenlegung der Argumente zur Effizienzsteigerung besteht, weil die WEKO die Fusion gerade mit dieser Begründung genehmigt und somit den Verfassungsgrundsatz des freien Wettbewerbs eingeschränkt hat. Hingegen wären durch die Offenlegung keine oder nur geringe schützenswerte Interessen betroffen. In Bezug auf die Argumente zur Effizienzsteigerung weist sie darauf hin, dass diese keine Geschäftsgeheimnisse darstellen können, weil die Effizienzvorteile primär auf die vor- und nachgelagerten Märkte und nicht auf das Kerngeschäft von GBN beziehen. Weil Effizienzvorteile auf andere Märkten betroffen sind, würde die Offenlegung auch nicht zu wesentlichen Wettbewerbsverzerrungen führen. Und selbst wenn es zu Wettbewerbsverzerrungen käme, wäre dies nicht zu Lasten von GBN, sondern der Konkurrenten.
9. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2019 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte am 9. Januar 2020 die WEKO dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
10. Am 16. Januar 2020 reichte die WEKO dem Beauftragten die betroffenen Dokumente ein, sie verzichtete allerdings auf eine ergänzende Stellungnahme.
11. Am gleichen Tag und nach der Anhörung von B gewährte die WEKO einen eingeschränkten Zugang zum Gutachten vom 15.3.2019 und zu den dazugehörigen Erläuterungen. Dabei deckte sie mehrere Passagen ab, welche gemäss WEKO Geschäftsgeheimnisse darstellen. Weiter anonymisierte sie die Dokumente in Anwendung von Art. 9 BGÖ. Auch das Unternehmen B hatte beim Beauftragten keinen Schlichtungsantrag gestellt, nachdem die WEKO den Zugang im Umfang seiner Wünsche zu gewähren gedankte.
12. Am 27. Januar 2020 reichte die Antragstellerin einen zweiten Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Sie beklagte sich über das Ausmass der von der WEKO vorgenommenen

Einschwärzungen und führte im Wesentlichen die gleichen Argumente des ersten Schlichtungsantrags aus.

13. Der Beauftragte vereinigte die beiden Schlichtungsverfahren und lud die Antragstellerin und die Behörde für den 4. Februar 2020 zu einer Schlichtungssitzung ein. An der Sitzung erklärte sich die Antragstellerin bereit, auf die Bekanntgabe der Personennamen zu verzichten. In Bezug auf die vorgenommenen Einschwärzungen hielt die WEKO an ihrer Position fest.
14. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin 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

15. Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der WEKO ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung beider Schlichtungsanträge berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die beiden Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
16. 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

17. 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
18. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Dokumente Act. 384, 400, 415, 464, 472, 476, 530 und Kapitel B.4.5 der Stellungnahme der WEKO vom 27.5.2019 (gemäss Stellungnahme der WEKO vom 2. Dezember 2019) sowie das «Gutachten zu den Effizienzgewinnen durch ein trimodales Terminal Gateway Basel Nord» vom 15.3.2019 samt dazugehörige Erläuterungen vom 17.4.2019. Insgesamt handelt es sich um etwa 160 Seiten.
19. Da sich die Antragstellerin an der Schlichtungssitzung bereit erklärt hat, auf die Bekanntgabe der Personennamen zu verzichten, bleibt zu prüfen, ob die WEKO die übrigen durchgeführten Einschwärzungen zu Recht als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ qualifiziert hat.
20. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sieht vor, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Diese Bestimmung ist gemäss

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.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

ständiger Praxis nur auf Geschäftsinformationen anwendbar, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken kann bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft wird. Als Geheimnis wird dabei jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse).⁵ 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.⁶ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁷ Schliesslich ist das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.

21. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um schützenswerte Geschäftsinformationen handelt. 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.⁸
22. Vorliegend hat die WEKO in den etwa 160 Seiten verschiedene Passagen und zum Teil ganze Absätze abgedeckt. Es liegt an ihr, das Vorliegen dieser Geschäftsgeheimnisse zu begründen. In ihrem Schreiben vom 16. Januar 2020 an den Beauftragten wie auch an der Schlichtungssitzung verzichtete die WEKO indessen auf eine Begründung. Insbesondere zeigte sie das objektive Geheimhaltungsinteresse nicht auf. Nur der subjektive Geheimhaltungswillen von A ist aus den Akten ersichtlich. Darüber hinaus gibt der Beauftragte Folgendes zu bedenken: Angesichts der Aussagen der WEKO, wonach der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung des GBN bei Umschlagleistungen führen und den Wettbewerb beseitigen wird⁹, hat der Beauftragte erhebliche Zweifel daran, ob für die betroffenen Parteien noch Raum bleibt, um sich auf das Geschäftsgeheimnis, resp. Wettbewerbsnachteile abzustützen. Für den Beauftragten ist der Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in folgedessen bis anhin nicht hinreichend plausibel gemacht worden. Wenn nach der erfolgten Prüfung durch die WEKO tatsächlich begründete Geschäftsgeheimnisse ersichtlich sein sollten, hätte sie bei deren Abdeckung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

⁵ Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 5.1.

⁶ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

⁷ BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

⁸ Urteil des BVGer A-6-2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.1.

⁹ <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-75385.html>.

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

23. 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.
24. Die Antragstellerin und die betroffenen Dritten A und B können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der WEKO 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).
25. Die WEKO erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
26. Die WEKO erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
27. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin sowie der angehörten Dritten A und B anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
28. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Wettbewerbskommission WEKO
Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
A
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
B
29. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - per B-Post
Bundesamt für Verkehr
Sektion Recht
3003 Bern