Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4416/2013
urh/tsm/fui

Zwischenverfügung vom 4. September 2013

In der Beschwerdesache

Parteien

X,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Daniel Lucien Bühr und lic. iur. Sugandha Kumar, LALIVE Rechtsanwälte, Löwenstrasse 2, Postfach 2779, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG in der Untersuchung […],

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz mit Schreiben vom 2. Februar 2012 gegen die Beschwerdeführerin (neben weiteren Unternehmen) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 bat das Sekretariat die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG um sämtliche Kommunikationen (Bloomberg und Thomson Reuters Chats, E-Mails) von fünf namentlich genannten Mitarbeitern der Beschwerdeführerin mit […]. Dieses Auskunftsbegehren wurde mit Schreiben vom 15. März 2013 um zwei weitere Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ergänzt.

Die Beschwerdeführerin ist diesen beiden Auskunftsbegehren nicht nachgekommen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beschwerdeführerin würde sich durch die Lieferung der angeforderten Informationen dem Risiko aussetzen, gegen den UK Data Protection Act 1998 ("DPA") zu verstossen und einen Klagegrund für Schadenersatzansprüche von Personen zu begründen, deren geschützte Interessen und Rechte verletzt würden (Schreiben vom 29. Mai 2013, Beschwerdebeilage 18).

B.
Am 1. Juli 2013 erliess die Vorinstanz handelnd durch ein Mitglied des Präsidiums (Art. 1 Abs. 1 lit. d des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996) auf Antrag des Sekretariats die angefochtene Zwischenverfügung ("Zwischenverfügung") mit folgendem Dispositiv:

> "1. Die X ist verpflichtet, dem Sekretariat bis am 16. August 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikationen einzureichen.
>
> 2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 3'490.- werden der X auferlegt.
>
> 3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
>
> 4. [Eröffnung]"

Diese Zwischenverfügung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerin gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet sei. An dieser Auskunftspflicht nach Schweizer Recht ändere der Umstand eines möglichen Verstosses gegen ausländisches Recht (insbesondere gegen den DPA) nichts. Es sei auch kein höher stehendes Recht erkennbar, welches der Auskunftspflicht entgegenstehen würde (Zwischenverfügung, Rz. 15). Die angeforderten Informationen seien für die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin und andere Unternehmen essentiell, da der Verdacht bestehe, dass Mitarbeiter von verschiedenen […] als Mittelsmänner bei den Absprachen zur Manipulation […] gedient hätten (Zwischenverfügung, Rz. 20). Schliesslich wies die Vorinstanz darauf hin, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 25 KG an das Amtsgeheimnis gebunden seien und keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürften. Es sei somit gewährleistet, dass die durch die Beschwerdeführerin eingereichten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen würden (Zwischenverfügung, Rz. 22).

Den vorsorglichen Entzug der aufschiebenden Wirkung begründete die Vorinstanz im Wesentlichen damit, die mittels koordinierter Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 (sowie das ergänzende Begehren vom 15. März 2013 in Bezug auf die Beschwerdeführerin) einverlangten Auskünfte würden für die Durchführung der Untersuchung sofort benötigt. Ohne genaueres Verständnis der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und der Rolle der Unternehmen innerhalb dieser Kartelle würden die Wettbewerbsbehörden weder den Sachverhalt abklären noch zu einer rechtlichen Beurteilung gelangen können (Zwischenverfügung, Rz. 25).

Schliesslich enthält die Zwischenverfügung in den Erwägungen (jedoch nicht im Dispositiv) einen Hinweis auf die möglichen Rechtsfolgen einer allfälligen Nichtbefolgung der Zwischenverfügung gemäss Art. 52 KG (Belastung der Beschwerdeführerin mit einem Betrag von bis zu CHF 100'000.–) und Art. 55 KG (Busse hinsichtlich natürlicher Personen bis zu CHF 20'000.–).

C.
Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 6. August 2013) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

> "1. Es sei die von der Beschwerdegegnerin entzogene aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 wiederherzustellen;
>
> 2. Es sei die Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 aufzuheben;
>
> 3. Eventualiter sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
>
> alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beschwerdeführerin würde durch die Zwischenverfügung einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil erleiden. Sie befürchte, mit der Lieferung der angeforderten Informationen gegen britisches Datenschutzrecht zu verstossen. Dadurch würde sie sich der Gefahr einer behördlichen Sanktionierung sowie von zivilrechtlichen Ansprüchen der Mitarbeiter und möglichen weiteren natürlichen Personen aussetzen. Die Verletzung des DPA könnte nicht mehr rückgängig gemacht werden und hätte potentiell weitgehende (finanzielle und rufschädigende) Konsequenzen für die Beschwerdeführerin. Somit habe sie ein schützenswertes Interesse an der Behandlung ihrer Beschwerde (Beschwerde, S. 8 f.).

Das Risiko eines Verstosses gegen das DPA sei nach Ansicht der Beschwerdeführerin insbesondere im Umstand zu erblicken, dass der Rechtfertigungsgrund des DPA, wonach die Bearbeitung von Daten zulässig wäre, wenn sie notwendig wäre, um eine gesetzliche Verpflichtung einzuhalten, vorliegend nicht greifen würde. Die gesetzliche Verpflichtung müsse zum einen von einer von Grossbritannien anerkannten Jurisdiktion entstammen und zum anderen gerichtlich angeordnet werden (Beschwerde, S. 15 f.).

Auch der andere an sich in Betracht fallende Rechtfertigungsgrund hinsichtlich der Wahrung berechtigter Interessen des Inhabers der Datensammlung sei vorliegend nicht anwendbar, weil hier durch die Bearbeitung die Rechte von Personen beeinträchtigt würden, über die Daten gesammelt worden seien. Diese Personen könnten in anderen Jurisdiktio-

nen potentiell strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sein (Beschwerde, S. 17 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, ihr Recht auf rechtliches Gehör sei im Wesentlichen deshalb verletzt worden, weil die Vorinstanz sich nicht eingehend mit ihren Vorbringen zum britischen Datenschutzrecht auseinander gesetzt habe (Beschwerde, S. 33 ff.).

Die Vorinstanz habe auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Einhaltung des DPA sei unter den konkreten Umständen höher zu gewichten als das öffentliche Interesse der Vorinstanz an den angeforderten umfangreichen und wenig spezifischen Informationen. Ausserdem würde es mildere Mittel geben, um die angeforderten Informationen zu erhalten wie etwa die Einvernahme der betroffenen Mitarbeiter (Beschwerde, S. 36 f.).

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor, dass ihr durch die Verletzung des DPA erheblicher Schaden an Vermögen und Reputation drohen würden. Die Vorinstanz könne einen (britischen oder einen von einer durch Grossbritannien anerkannten Jurisdiktion erlassenen) gerichtlichen Beschluss erwirken, der die Beschwerdeführerin anweisen würde, die angeforderten Informationen herauszugeben (Beschwerde, S. 28 f.). Solange ein solcher Beschluss fehle, sei das Abwarten der Klärung der rechtlichen Lage eher der Vorinstanz als der Beschwerdeführerin zuzumuten, zumal die Vorinstanz keine sachliche oder zeitliche Dringlichkeit darlege. Das Interesse der Vorinstanz an der Beschleunigung der Untersuchung sei weniger hoch zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin, einen Verstoss gegen ihre gesetzlichen Verpflichtungen in Grossbritannien zu vermeiden. Ausserdem stehe es der Vorinstanz frei, die notwendigen Auskünfte mit spezifischen, auf konkrete Sachverhaltslücken gerichtete Fragen an die Beschwerdeführerin und/oder ihre Mitarbeiter einzufordern (Beschwerde, S. 38 f.).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 7. August 2013 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung gewährt (dies bis zum definitiven Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in vorliegender Zwischenverfügung). Die Vorinstanz wurde ersucht, bis zum 19. August 2013 eine Vernehmlassung in Bezug auf den prozessualen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einzurei-

chen. Für die Vernehmlassung hinsichtlich des materiellen Antrags der Beschwerdeführerin wurde eine längere Frist gewährt.

E.
Innert nicht erstreckter Frist liess sich die Vorinstanz zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 20. August 2013) vernehmen und stellte folgende Anträge:

> "4. Die Wettbewerbsbehörden beantragen:
>
> 4.1 Es sei der prozessuale Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.
>
> 4.2 Es sei der Beschwerdeführerin eine Nachfrist zur Einreichung der mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikation anzusetzen.
>
> Eventualiter:
>
> 4.3 Es sei der prozessuale Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, aber es sei der Beschwerdeführerin zu gestatten, dem Sekretariat der WEKO innert einer Nachfrist die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikationen in einer Version einzureichen, in welcher alle Namen juristischer Personen und natürlicher Personen ausser denjenigen der Mitarbeiter [sieben namentliche genannte Mitarbeiter der Beschwerdeführerin] anonymisiert sind.
>
> – unter Kostenfolge –"

Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung und deren Begründung fest (Vernehmlassung, Rz. 3). Zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bringt die Vorinstanz vor, die Untersuchung gestalte sich komplex und bedinge die Analyse einer ausserordentlich grossen Datenmenge (Vernehmlassung, Rz. 27). Ohne die von der Beschwerdeführerin angeforderten Informationen müssten bei definitiver Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wesentliche Sachverhaltsabklärungen ruhen (Vernehmlassung, Rz. 44).

F.
Mit Verfügung vom 20. August 2013 wurde ein Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. August 2013 der Beschwerdeführerin zur freigestellten Stellungnahme (insbesondere betreffend den Eventualan-

trag der Vorinstanz) bis zum 26. August 2013 zugestellt. Die Beschwerdeführerin reichte ihre diesbezügliche Stellungnahme mit Schreiben vom 26. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 27. August 2013) ein. Darin beantragte sie, die Anträge der Beschwerdeführerin seien – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin – abzuweisen. Dies begründete sie im Wesentlichen damit, die Voraussetzungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung seien nicht gegeben. Insbesondere brachte die Beschwerdeführerin vor, es liege keine zeitliche Dringlichkeit vor, da die Vorinstanz aufgrund der ihr vorliegenden grossen Datenmenge nicht unmittelbar auf die angeforderten Daten der Beschwerdeführerin angewiesen sei (Stellungnahme, S. 5 f.). Hinsichtlich des Eventualantrags der Vorinstanz erläuterte die Beschwerdeführerin, dass die partielle Anonymisierung von Personendaten für sie keine rechtlich zulässige Option unter dem DPA darstelle. Sie sei als Inhaberin einer Datensammlung gehalten, sämtliche Personendaten in Übereinstimmung mit dem DPA zu bearbeiten. Die von der Vorinstanz eingeforderten Dokumente würde die Kommunikation zwischen Mitarbeitern der Beschwerdeführerin und anderen natürlichen Personen enthalten. Wenn die Bekanntgabe von Personendaten unter dem DPA nicht erlaubt sei, so dürfe sie auch keine teilweise anonymisierten Personendaten bekannt geben (Stellungnahme, S. 7 f.).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6, E. 1, m.w.H.).

1.1.
Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die angefochtene Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013, welche die Beschwerdeführerin zur Lieferung von Informationen verpflichtet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 1.2; B-5436/2011 vom 5. März 2012, E. 1.3). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 lit. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor-

liegt. Funktional ist gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 3 VwVG grundsätzlich der Instruktionsrichter zuständig, über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

1.2.
Die angefochtene selbständig eröffnete Zwischenverfügung betrifft ein Auskunftsbegehren nach Art. 40 KG gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG gegen sie. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann nach den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 VwVG vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung ist anfechtbar, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG).

1.2.1.
Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde wäre nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Untersuchungsverfahren vor der Vorinstanz bzw. deren Sekretariat herbeizuführen, da es vorliegend einzig um die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG und nicht etwa um die Anwendbarkeit des KG auf die Beschwerdeführerin oder um die rechtliche Qualifikation des untersuchten Verhaltens geht.

1.2.2.
Der geltend gemachte, nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; eine Beeinträchtigung der schutzwürdigen tatsächlichen namentlich wirtschaftlichen Interessen genügt. Ein wirtschaftlicher Nachteil genügt indessen nicht, wenn es dem Betroffenen ausschliesslich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 1.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3924/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.2; A-3043/2011 vom 15. März 2012, E. 1.2.3; B-7038/2009 vom 20. November 2009, E. 1.3; jeweils mit weiteren Hinweisen). Die beschwerdeführende Partei hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 137 III 324, E. 1.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2012 vom 11. Juni 2013, E. 1.3; B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 1.5.2).

1.2.3.
Vorliegend macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie würde gegen britisches Datenschutzrecht verstossen, falls sie die von der Vorinstanz verlangten Informationen herausgeben würde. Durch einen solchen Rechtsverstoss drohe ihr in Grossbritannien eine Sanktionierung. Da offenbar eine gewisse Unklarheit in Bezug auf die Vereinbarkeit der Informationslieferung gestützt auf die angefochtene Zwischenverfügung und dem DPA besteht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gefahr einer behördlichen Sanktionierung in Grossbritannien besteht. Diese – allenfalls auch theoretische – Gefahr kann einen Nachteil für die Beschwerdeführerin bedeuten. Auch die Vorinstanz schliesst ein solches Risiko offenbar nicht rundweg aus. Neben Reputationsrisiken sind insbesondere wirtschaftliche Nachteile zu berücksichtigen, die aus einer Verfahrenseröffnung bzw. einer Sanktionierung eines Verstosses gegen den DPA resultieren könnten. Würde sich die Beschwerdeführerin auch dann noch weigern, die angeforderten Informationen herauszugeben, wenn die Zwischenverfügung durchsetzbar wird, würden ihr ebenfalls Nachteile erwachsen, weil dann die schweizerischen Behörden die Weigerung allenfalls sanktionieren könnten. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass ein Unternehmen, dass sich auf das Aussageverweigerungsrecht nach Art. 16 und 17 VwVG berufen darf, durch ein Auskunftsbegehren in der Regel einen faktischen Nachteil in einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG erleiden könnte.

1.2.4.
Die Beschwerdeführerin hat somit dargetan, dass die Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann.

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und die Vertreter haben sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

Im Rahmen der Prüfung der Eintrittsvoraussetzungen kann hingegen offenbleiben, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Verstosses gegen britisches Recht ist bzw. ob sich der Nachteil besonders schwerwiegend auf die Beschwerdeführerin auswirkt.

2.
Die Beschwerde hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Hat die angefochtene Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung

einer allfälligen Beschwerde entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz kann ihrerseits die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wobei über ein entsprechendes Begehren ohne Verzug zu entscheiden ist (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Die Voraussetzungen für den Entzug und die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung wie auch für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sind grundsätzlich dieselben (XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, Rz. 116 ff.; REGINA KIENER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich 2008, N 14 zu Art. 55). Weil vorliegend im summarischen Verfahren über die aufschiebende Wirkung entschieden wird, genügt die Glaubhaftmachung der Tatsachen (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1081).

2.1.

Die aufschiebende Wirkung soll gewährleisten, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Der Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung setzt einen Nachteil des Verfügungsadressaten voraus, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Schliesslich ist im Rahmen einer Interessensabwägung zu prüfen, ob die Gründe für eine sofortige Vollstreckbarkeit wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Dabei ist abzuwägen, wem der durch den Schwebezustand verursachte Nachteil am ehesten zugemutet werden kann. Hierfür sind die Schwere der drohenden Nachteile wie auch die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens zu würdigen (BGE 130 II 149, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 9C.958/2012 vom 20. Dezember 2012, E. E. 2.2; Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 21. Januar 2004, publiziert in: RPW 2004/1, S. 198 ff.; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 73 f.; BAUMBERGER, a.a.O., Rz. 428 ff.; HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, N 94 zu Art. 55; KIENER, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 55).

2.2.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Zwischenverfügung der Vorinstanz der

Beweissicherung im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG dient. Beweissicherungsmassnahmen sind grundsätzlich dringlich, weil sie erforderlich sind, um die Untersuchung voranzutreiben. Die Beweissicherung soll ferner die Beweise "sicherstellen", um somit zu verhindern, dass mögliche Beweise zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erhältlich sind. Damit hatte die Vorinstanz einen überzeugenden Grund, um die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Ausserdem wurden die angeforderten Informationen in den beiden Schreiben betreffend Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und vom 15. März 2013 konkret beschrieben und es erscheint glaubhaft, dass diese Informationen für das Untersuchungsverfahren des Sekretariats erforderlich sind. Zudem wird von der Beschwerdeführerin offenbar auch nichts verlangt, was sie nicht auch tun könnte. So legte die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 14. Januar 2013 ihr Konzept für die Bearbeitung des ersten Auskunftsbegehrens vom 14. Dezember 2012 dar (Beschwerdebeilage 5).

Schliesslich ist kein milderes Mittel ersichtlich, um die angestrebte Beweissicherung zu gewährleisten. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, anstatt der Lieferung der physischen Dokumente könnten ihre Mitarbeiter einvernommen werden. Die Einvernahme ist jedoch nicht vergleichbar mit physischen Beweismittel über Korrespondenz, die Jahre zurückliegt, und kann daher nicht als milderes Mittel für denselben Zweck angesehen werden.

2.3.
Wie bereits erörtert wurde, legt die Beschwerdeführerin einen drohenden Nachteil dar (vgl. E. 1.2.3 und 1.2.4). Für die Interessensabwägung ist erforderlich, die Schwere des Nachteils und die Wahrscheinlichkeit abzuschätzen, mit welcher der drohende Nachteil effektiv eintritt.

2.3.1.
Das britische Datenschutzrecht, auf welches sich die Beschwerdeführerin für die Glaubhaftmachung eines drohenden Nachteils stützt, kann im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens nicht vollständig ermittelt werden. Immerhin reichte die Beschwerdeführerin den DPA (Beschwerdebeilage 6) und diesbezügliche Leitlinien (Beschwerdebeilage 9) ein und übersetzte die ihr relevant erscheinenden Passagen in ihrer Beschwerdeschrift. Ausserdem legte die Beschwerdeführerin zwei E-Mails des britischen Datenschutzbeauftragen ihrer Beschwerde bei, der auf

spezifische Fragen der britischen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin antwortete (Beschwerdebeilagen 7 und 16). Hinsichtlich der E-Mails des Datenschutzbeauftragen ist festzustellen, dass diese ohne Kenntnis der konkreten Sachlage und auf abstrakte Fragen hin verfasst wurden. Zum Beispiel wurde die Vorinstanz als "regulatory authority" betitelt und die Schweiz als "overseas jurisdiction" bezeichnet (Beschwerdebeilage 16, S. 2). Verschwiegen wurde, dass die Vorinstanz eine verwaltungsunabhängige Behörde ist, die an das Amtsgeheimnis gebunden ist und keine Akteneinsicht in Geschäftsgeheimnisse gewährt (Zwischenverfügung, Rz 22).

2.3.2.
Nach der Beschwerdeführerin fallen zwei Rechtfertigungsgründe für die Lieferung der datenschutzrechtlich geschützten Informationen in Betracht. Zum einen ist demnach Art. 35 Abs. 1 DPA von Interesse: "Personal data are exempt from the non-disclosure provisions where the disclosure is required by or under any enactment, by any rule of law or by the order of a court". Die Beschwerdeführerin übersetzt diese Bestimmung wie folgt: "Die Bearbeitung ist notwendig, um eine nicht-vertragliche rechtliche Verpflichtung des Inhabers der Datensammlung einzuhalten" (Beschwerde, S. 15). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin fallen unter diese Bestimmung ausschliesslich britische behördliche Beschlüsse, die Regeln des Common Law und die gerichtlichen Anordnungen einer von Grossbritannien anerkannten Rechtsordnung, worunter Zwischenverfügungen der Vorinstanz nicht fallen würden (Beschwerde, S. 16).

Ob das DPA überhaupt anwendbar ist und die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin korrekt ist, kann offen gelassen werden. Selbst wenn auf die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin abgestellt würde, wäre davon auszugehen, dass aus britischer Sicht die vorliegende Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts eine gerichtliche Anordnung gemäss Art. 35 Abs. 1 DPA darstellte. Zumal die Verpflichtung zur Lieferung der Informationen auch im Dispositiv des vorliegend zu treffenden Zwischenentscheides ausdrücklich genannt wird. Ausserdem sind keine Gründe ersichtlich, warum die schweizerische Rechtsordnung von Grossbritannien nicht anerkannt würde. Daher wäre ein Rechtfertigungsgrund für die angeforderte Lieferung der Informationen spätestens mit vorliegender Zwischenverfügung gegeben.

2.3.3.
Ferner ist nach Auffassung der Beschwerdeführerin ein weiterer mögli-

chen Rechtfertigungsgrund relevant. Anhang 2 Abs. 6 Ziff. 1 des DPA sieht vor: "The processing is necessary for the purposes of legitimate interests pursued by the data controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where the processing is unwarranted in any particular case by reason of prejudice to the rights and freedoms or legitimate interests of the data subject". Die Beschwerdeführerin übersetzt diese Bestimmung wie folgt: "Die Bearbeitung ist erforderlich zur Wahrung berechtigter Interessen des Inhabers der Datensammlung oder Dritter, denen die Daten bekanntgegeben werden, sofern die Bearbeitung nicht die Rechte und die Freiheit oder die berechtigten Interessen des Datensubjekts gefährdet" (Beschwerde, S. 17). Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei allen in den Auskunftsbegehren der Vorinstanz genannten Mitarbeiter sei eine Gefährdung der berechtigten Interessen gegeben, da diese Personen im Rahmen von Untersuchungen in anderen Jurisdiktionen potentiell strafrechtlicher Verfolgung und an ihrem Wohnsitzstaat zum Beispiel der Auslieferung in Drittstaaten ausgesetzt sein könnten (Beschwerde, S. 17).

Wiederum kann offen bleiben, ob dieser Rechtfertigungsgrund nach britischem Datenschutzrecht überhaupt erforderlich wäre. Selbst wenn auf diesen Rechtfertigungsgrund abgestellt würde, wäre jedoch nicht ersichtlich, warum die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin oder Dritte durch die angeforderte Lieferung der Informationen in anderen Jurisdiktionen potentiell strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt werden sollten. Erstens unterliegt die Vorinstanz dem Amtsgeheimnis. Zweitens steht es der Beschwerdeführerin frei, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Drittens könnte die Beschwerdeführerin vor einer allfälligen Publikation von identifizierenden Informationen im Endentscheid der Vorinstanz eine weitere anfechtbare Zwischenverfügung verlangen. Auch nach Art. 8 Abs. 4 des am 17. Mai 2013 unterzeichneten (jedoch noch nicht ratifizierten und somit auch nicht in Kraft getretenen) Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts dürfen die nach dem Abkommen erörterten oder übermittelten Informationen nicht für die Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden. Die Beschwerdeführerin erklärt dementsprechend nicht, wie genau sich das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ihrer Mitarbeiter oder Dritter mit der Lieferung der angeforderten Informationen erhöhen würde.

2.3.4.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Beschwerdeführerin diskutierten Rechtfertigungsgründe im Rahmen des summarischen Verfahrens mit einiger Wahrscheinlichkeit gegeben sein dürften. Auch wenn ein Risiko eines Verstosses gegen den DPA nicht ausgeschlossen werden kann und die sich stellenden Rechtsfragen diesbezüglich nicht umfassend geklärt werden können, ist vorliegend davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit eines Verstosses eher gering sein dürften. Bei diesem Ergebnis braucht der von der Vorinstanz vorgebrachte Art. 35 Abs. 2 DPA nicht näher geprüft zu werden.

Da die Schwere des Nachteils in einem drohenden Strafverfahren und allenfalls zivilrechtlichen Ansprüchen Dritter besteht, ist der Nachteil als nicht unerheblich zu qualifizieren. Die Schwere des Nachteils lässt auch eine nur geringe Wahrscheinlichkeit eines Verstosses gegen den DPA nicht als vernachlässigbar erscheinen. Somit ist glaubhaft, dass sie bei sofortiger Vollstreckbarkeit der Zwischenverfügung einen nicht unerheblichen Nachteil erleiden würde.

2.4.
Die dargelegten Interessen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz sind gegen einander abzuwägen. Der Nachteil der Vorinstanz hinsichtlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung würde darin bestehen, dass sie mit der Beweissicherung bzw. -analyse länger zuwarten müsste. Zwar wurde das Risiko, dass die zu sicherenden Beweismittel zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erhältlich sein könnten, nicht geltend gemacht. Doch ist dieses Risiko nie ganz auszuschliessen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Durchsetzung der angefochtenen Zwischenverfügung gewisse praktische Probleme aufwerfen könnte, was die Untersuchung der Wettbewerbsbehörden weiter verzögern könnte. Auch dies spricht eher dafür, dass die Zwischenverfügung schnellstmöglich zumindest rechtlich vollstreckbar sein sollte. Dasselbe gilt für die relativ lange Dauer zwischen der ersten Aufforderung betreffend die Lieferung von Informationen am 14. Dezember 2012 und der Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013. Die zu Anfang zu Recht als kooperativ erscheinende Verfahrensführung des Sekretariats verzögerte die Lieferung der Informationen zwar im Ergebnis. Umso mehr gilt es nun die Untersuchung rasch voranzubringen.

Der Nachteil der Beschwerdeführerin ist zwar aufgrund eines möglichen Verstosses gegen den DPA nicht unerheblich. Er ist aber weniger stark zu

gewichten als das öffentliche Interesse an einer raschen Untersuchung. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich der drohende Verstoss gegen das DPA tatsächlich verwirklicht, ist als eher gering zu bewerten. Die Wahrscheinlichkeit erscheint auch unter Berücksichtigung der Schwere der Sanktionierung eines allfälligen Verstossen als so gering, dass sie keinen genügenden Grund darzustellen vermag, um die Untersuchung des Sekretariats weiter zu verzögern. Somit erscheint das Interesse der Vorinstanz an einer sofortigen Vollstreckbarkeit wichtiger als dasjenige der Beschwerdeführerin an einem entsprechenden Aufschub.

3.

Der Eventualantrag der Vorinstanz hinsichtlich partieller Anonymisierung muss nicht geprüft werden, da sie mit ihrem Hauptantrag durchdringt. Die Beschwerdeführerin stellte weder im Rahmen ihrer Beschwerde noch in der Stellungnahme vom 26. August 2013 einen Eventualantrag mit entsprechendem Inhalt. Für sie wird das Risiko eines Rechtsverstosses gegen britisches Datenschutzrecht offenbar nicht vermindert, indem die angeforderten Unterlagen nur teilweise anonymisiert würden. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung einer Änderung des Dispositivs hinsichtlich einer Anordnung zur teilweisen Anonymisierung.

4.

Die vorliegende Zwischenverfügung hebt Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 7. August 2013 (superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) auf bzw. entzieht dieser Ziff. 1 ihre Wirksamkeit, weil die aufschiebende Wirkung nur bis zum definitiven Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gewährt wurde. Ohne gegenteilige Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts würde somit Ziff. 1 der angefochten Zwischenverfügung mit Eröffnung der vorliegenden Zwischenverfügung vollstreckbar. Da die in Ziff. 1 der angefochten Zwischenverfügung festgelegt Frist (16. August 2013) bereits abgelaufen ist, wäre es nicht sachgerecht, es der Vorinstanz zu überlassen, eine neue Frist anzusetzen. Infolge der sofortigen Vollstreckbarkeit von Ziff. 1 der angefochten Zwischenverfügung und dem entsprechenden Antrag der Vorinstanz folgend ist diese somit hinsichtlich einer neuen Frist anzupassen.

Als neue Frist für die Lieferung der angeforderten Informationen erscheinen 20 Tage als angemessen. Zwar machte die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 14. Januar 2013 geltend, es sei schwierig, verlässlich vorherzusagen, wie viel Zeit die erforderliche Datenaufbereitung in Anspruch nehmen werde (Beschwerdebeilage 5, S. 7). Doch hatte die Be-

schwerdeführerin seit dem 14. Dezember 2012 bzw. dem 15. März 2013 genügend Zeit, die nötigen Massnahmen zu treffen. Zudem musste sie spätestens mit Eröffnung der angefochtenen Zwischenverfügung damit rechnen, dass sie zur Lieferung der angeforderten Informationen gezwungen wird. Daher erscheint die Frist von 20 Tagen als zumutbar.

5.
Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Entscheid über die materiellen Anträge der Beschwerdeführerin entschieden. Eine Parteientschädigung fällt mit Blick auf das Ergebnis der vorliegenden Zwischenverfügung ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Ziff. 1 der angefochtenen Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013 wird wie folgt neu gefasst: "Die X ist verpflichtet, dem Sekretariat bis zum 25. September 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikation einzureichen."

3.
Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. August 2013 wird der Vorinstanz zur Kenntnis zugestellt.

4.
Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Hauptsachenentscheid entschieden.

5.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Einschreiben)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben; Beilage: gemäss Ziff. 3 vorstehend)

Der Instruktionsrichter: Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech Michael Tschudin

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 4. September 2013