

CH_VB 150000269 vom 18. September 2013

Bundesverwaltung, 2013-09-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000269

FR: CH_VB 150000269 du 18 septembre 2013

IT: CH_VB 150000269 del 18 settembre 2013

Erwägungen

E. 1

Welche Firmen erhielten im Jahr 2011 Aufträge unter dem Titel «Beratungsaufwand»?

E. 2

Wie gross war das Volumen der einzelnen Aufträge?

E. 2.1

Beurteilung des Zugangsesuchs der Weltwoche

E. 2.1.1

Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes Das am 1. Juli 2006 in Kraft getretene Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung brachte für die Bundesverwaltung einen Wechsel vom Grundsatz der Geheimhaltung zum Öffentlichkeitsprinzip. Einer der Gründe für die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips war der Wille, damit ein zusätzliches, unmittelbares Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch die Bürgerinnen und Bürger zu schaffen¹. Das BGÖ soll insbesondere die Transparenz über die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Zu diesem Zweck trägt das BGÖ zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet (Art. 1 BGÖ). Es gilt deshalb der Grundsatz, dass amtliche Dokumente öffentlich sind; eine Geheimhaltung ist nur ausnahmsweise zulässig (Art. 6-9 BGÖ).

¹ Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, hier 1974.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 14

E. 2.1.2

Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes im Allgemeinen Die Departemente, die Bundeskanzlei und die Ämter gehören zur Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 u. 2 RVOG). Das BGÖ ist somit in persönlicher Hinsicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Anfrage will Auskunft über Beratungsaufträge; sie betrifft somit amtliche Dokumente, die grundsätzlich in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ fallen (Art. 3 u. 5 BGÖ). Zu prüfen bleibt, ob spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze anwendbar sind, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Art. 4 BGÖ). Das BGÖ nimmt dabei nicht Bezug auf die Klassifizierungsstufe «geheim» der Informationsschutzverordnung; vielmehr ist der Begriff «geheim» weit zu verstehen und

umfasst allgemein strengere spezialgesetzliche Zugangsregeln². Art. 4 BGÖ verdeutlicht damit den Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl von speziellen Geheimhaltungsnormen. Die meisten beziehen sich auf schützenswerte Informationen aus der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger; einige sind darauf ausgerichtet, wichtige öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen³. Der Vorbehalt von spezialgesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen gilt immer dann, wenn ein Gesetz bezüglich bestimmter Informationen den Kreis derjenigen, die davon Kenntnis haben dürfen, ausdrücklich beschränkt. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Gesetzesbestimmung von «Geheimhaltungspflicht» spricht oder davon, dass über bestimmte Tatsachen «Stillschweigen» zu bewahren ist bzw. dass diese «vertraulich» zu behandeln sind⁴. Keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ ist hingegen das Amtsgeheimnis⁵. Das Amtsgeheimnis ist in Art. 22 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 verankert. Aus dem Amtsgeheimnis wurde das bis zum Inkrafttreten des BGÖ geltende Prinzip der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit abgeleitet. Da mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips eine Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip stattgefunden hat, wird gemäss dem Grundsatz *lex posterior derogat legi anteriori* der Umfang des Amtsgeheimnisses seither durch das BGÖ bestimmt. Das Amtsgeheimnis umfasst deshalb nur noch diejenigen Informationen, die nach dem BGÖ nicht zugänglich sind, z.B. weil sie unter eine der in Art. 7 oder 8 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen fallen⁶. Soweit spezialgesetzliche Bestimmungen bloss in abgewandelter Form das Amtsgeheimnis zum Ausdruck bringen, sind sie ebenso wenig eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ. Ob eine Rechtsnorm als *lex specialis* Vorrang genießt, ist also oft bereits Ausdruck einer Wertung; die Vorrangregel kann nicht gleichsam mechanisch angewendet werden. Vielmehr kommt sie nur zum Tragen, wenn die Rechtsnorm aus dem Sinnzusammenhang heraus im Verhältnis zu einer anderen Rechtsnorm als Sonderregelung zu verstehen ist⁷. Ob eine spezialgesetzliche Ausnahme vom Öffentlichkeitsgesetz vorliegt, muss deshalb im Einzelfall auf dem Wege der Auslegung bestimmt werden⁸.

E. 2.1.3

Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes in Bezug auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen Das BöB ist für die allgemeine Bundesverwaltung anwendbar (Art. 2 BöB). Verschiedene Aufträge sind indes vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen (Art. 3 Abs. 1 BöB; Art. 2 u. 2b VöB). Nicht anwendbar ist das BöB ausserdem auf Angebote von gewissen Anbieterinnen und Anbietern (Art. 4 BöB; Verordnung des UVEK vom 18. Juli 2002 über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.111). Schliesslich ist das BöB nur anwendbar, wenn der Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags gewisse Schwellenwerte erreicht (Art. 6 BöB). In diesen Fällen kann ein auf das BGÖ gestütztes Auskunftsbegehren somit zum Vorneherein nicht mit dem Hinweis auf das BöB verweigert werden, unabhängig davon, ob diese Bestim-

² Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 1989. ³ Vgl. Bertil Cottier, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 4 Rz. 9.

E. 2.1.4

Recht auf Zugang in personenbezogener Form? Jede Person, die amtliche Dokumente einsehen möchte, hat im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes einen subjektiven, individuellen Anspruch hierauf, welchen sie gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen kann (Art. 6 BGÖ)¹¹. Das Recht auf Einsicht amtlicher

E. 2.2

Detailfragen

E. 2.2.1

Verhältnis des Zugangsrechts nach BGÖ und den beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen (Frage 1) Während des Vergabeverfahrens muss die Bundesverwaltung bei Aufträgen, die in den Anwendungsbereich des BÖB fallen, die Angaben der Anbieterinnen und Anbieter vertraulich behandeln (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB). Für die Namen bzw. die Firma der Anbieterinnen und Anbieter besteht hingegen keine Vertraulichkeitsverpflichtung. Verboten ist mithin die Weitergabe jeglicher Informationen über Konkurrenzangebote, insbesondere die Bekanntgabe der offerierten Preise. Damit soll sichergestellt werden, dass die Anbieterinnen und Anbieter detaillierte Offerten einreichen, so dass die Zuschlagerteilung aufgrund von hinreichenden Informationen erfolgen kann; dies wäre nicht der Fall, wenn die Anbieterinnen und Anbieter befürchten müssten, ihre Offerten könnten von den Konkurrentinnen eingesehen werden. Die Vorschrift bezweckt also den Schutz des öffentlichen Interesses an Offerten, die eine taugliche Grundlage für den Zuschlagsentscheid der Bundesbehörden bilden (vgl. oben, Ziff. 2.1.3). Die beschaffungsrechtliche Vertraulichkeitsbestimmung des Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB verfolgt also einen spezifischen Schutzzweck und bringt nicht bloss in abgewandelter Form das Amtsgeheimnis zum Ausdruck. Sie ist mit anderen Worten eine *lex specialis*, die dem Öffentlichkeitsgrundsatz vorgeht (vgl. oben, Ziff. 2.1.2). Aus dem Schutzzweck wie auch aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB ist ersichtlich, dass sich der Anwendungsbereich dieser beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmung auf das Vergabeverfahren beschränkt. Nach dessen Abschluss kann sie einem Zugangsgesuch nach BGÖ nicht entgegengehalten werden.

E. 2.2.2

Privatsphärenschutz nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ (Fragen 2 und 3) Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Der Bundesrat hat diese Bestimmung dahingehend konkretisiert, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang namentlich dann vorliegen kann, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient, insbesondere aufgrund wichtiger Vorkommnisse, oder dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit; oder wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Art. 6 Abs. 2 VBGÖ). Ein überwiegendes öffentliches Interesse kann insbesondere Vorliegen, wenn es um Dokumente geht, die im Zusammenhang mit der Gewährung namhafter wirtschaftlicher Vorteile an Einzelne stehen

oder wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat²⁰. Für die verlangten Angaben besteht ein überwiegendes Interesse am Zugang, da die verlangten Angaben des Journalisten sich auf Verträge des Staates mit Privatpersonen beziehen (vgl. im Einzelnen oben, Ziff. 2.1.4). Des Weiteren beeinträchtigt eine Gewährung des Zugangs die Privatsphäre der Firmen nicht: Die Begriffe Schutz der Privatsphäre und Schutz der Persönlichkeit sind deckungsgleich; deren Definition lässt sich aus den Umschreibungen von Art. 13 BV und Art. 28 ZGB herleiten²¹. Eine präzise und umfassende Definition ist angesichts der Vielfältigkeit der Lebenssachverhalte indes nicht möglich²². Die Privatsphäre umfasst gemäss Art. 13 BV die Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Abs. 1) sowie den Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten, d.h. das Recht jeder Person, über die Bearbeitung ihrer Daten selbst zu bestimmen (Abs. 2, sog. informationelle Selbstbestimmung)²³. Auch Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privatlebens verankert, gewährleistet als Teilbereich den Schutz der Privatsphäre²⁴. Träger des Schutzes der Privatsphäre sind natürliche und juristische Personen, letztere aber nur so weit, als nicht Eigenschaften zur Debatte stehen, die nur natürlichen Personen zukommen; so können sich juristische Personen beispielsweise nicht auf den Schutz des Familienlebens berufen²⁵. Die Bekanntgabe der vom Journalisten geforderten Angaben betrifft jedenfalls das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit die Privatsphäre der Firmen, die natürliche oder juristische Personen sein können. Eine Beeinträchtigung der Privatsphäre liegt vor, wenn die Angaben möglicherweise zu einer Schädigung der Privatsphäre oder zu einem Nachteil für diese führen könnten. Dies bedeutet, dass das Einsichts- oder Auskunftsrecht nicht zu einer tatsächlichen Verletzung führen muss. Es genügt die Möglichkeit einer Schädigung oder eines Nachteils für die Privatsphäre, damit das Geheimhaltungsinteresse Vorrang hat. Die Beeinträchtigung muss dabei mehr darstellen als eine geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenz, die Verletzung der Privatsphäre darf nicht lediglich denkbar oder entfernt möglich sein²⁶.

E. 2.2.3

Vorgehen bei der Zugänglichmachung (Frage 4) Die Behörden sind verpflichtet, die Öffentlichkeit von sich aus rechtzeitig und umfassend über ihre Tätigkeit – Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren – zu informieren; vorbehalten bleiben überwiegende öffentliche oder private Interessen (Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG). Die Behörden sind somit zu einer aktiven Information gegenüber den Medien verpflichtet²⁷. Wie wir gesehen haben, stehen der Bekanntgabe der vom Journalisten gewünschten Auskünfte keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegen (vgl. Ziff. 2.1.4 u. 2.2.2). Angesichts der offenbar schweren Verstösse gegen das Vergaberecht in der Eidgenössischen Steuerverwaltung wäre von den Informationsbeauftragten der Departemente zu prüfen, ob die Bundesverwaltung die vom Journalisten gewünschten Auskünfte nicht generell aktiv der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen sollte, beispielsweise auf einer laufend aktualisierten Website (vgl. Art. 18 u. 19 VBGÖ). In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass die Empfehlung der BK vom 1. Juni 2012 (Ziff.10), die Anfrage des Journalisten formlos als Medienanfrage zu behandeln, rechtlich korrekt ist. Die passive Information wird demgegenüber vom BGÖ geregelt. Wenn eine summarische Prüfung der Rechtslage ergibt, dass eine Gewährung des Zugangs zu Dokumenten mit Personendaten nicht in Betracht kommt, kann die Behörde auf die Anhörung der betreffenden Personen verzichten. Betrifft ein Gesuch Dokumente, die Personendaten enthalten, und zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht, so

konsultiert sie die betroffene Person und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme innert zehn Tagen (Art. 11 Abs. 1 BGÖ)²⁸. Die Konsultationspflicht ist indes nach einer Ansicht der Lehre nicht absolut²⁹. In der Botschaft des Bundesrates heisst es im Kapitel, in dem der Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten generell behandelt wird, eine Anhörung habe zu erfolgen, soweit dies möglich sei³⁰. Hingegen wird an der spezifisch Art. 11 BGÖ gewidmeten Stelle der Botschaft keine Ausnahme von der Anhörungspflicht erwähnt³¹. Die genannte Lehrmeinung bezieht sich auf die erstgenannte Stelle in der Botschaft; die zweite Stelle erwähnt sie nicht. Auch im Gesetzestext hat die postulierte Ausnahme nicht Niederschlag gefunden. Nach der Rechtsprechung darf die Auslegung vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift oder aus dem Zusammenhang mit anderen Normen ergeben. Entscheidend ist danach nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist³². Es kann sein, dass der Wortlaut unklar oder nur scheinbar klar ist, oder dass es zweifelhaft ist, ob der an sich klare Wortlaut auch den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Daher müssen stets auch die anderen Auslegungsmethoden angewendet werden und es ist schlussendlich abzuwägen, welche Methode den Sinn der Norm am besten aufdeckt³³. Des Weiteren ist die Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenfüllung fließend³⁴. Die Gesetzeslücke wird nach neuerer Auffassung definiert als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die vom Richter behoben werden darf. Das Bundesgericht stellte in einem älteren Entscheid darauf ab, ob die gesetzliche Regelung nach den dem Gesetze zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden müsse; in einem neueren Entscheid ging es davon aus, dass eine Lücke vorliege, wenn die teleologische Reduktion des

E. 3

Falls ja: Kann davon ausgegangen werden, dass für die verlangten Angaben generell eine Ausnahme im Sinn von BGÖ Art. 7 Abs. 2, 2. Teilsatz, vorliegt?

E. 4

Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Version vom 5. Juli 2012 (noch nicht publiziert), Ziff. 3.1.2; Version vom 25. Februar 2010, Ziff. 3.2 (abrufbar unter www.bj.admin.ch > Dokumentation > Zugang zu amtlichen Dokumenten (letztes Dokument unter «Dokumentation zur Umsetzung»).

E. 5

Cottier, Art. 4 Rz. 12.

E. 6

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 1990.

E. 7

Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 220.

E. 8

Cottier, Art. 4 Rz. 10.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 15

mung als *lex specialis* zum Öffentlichkeitsprinzip des BGÖ angesehen wird oder nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob andere spezielle Gesetzesbestimmungen eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip zulassen. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt keine spezialgesetzliche Ausnahme vom Öffentlichkeitsgesetz vor (Art. 4 BGÖ). Für die übrigen Aufträge, die in den Anwendungsbereich des BöB fallen, ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, ob der vergaberechtliche Grundsatz der Vertraulichkeit (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB) dem Öffentlichkeitsprinzip gemäss BGÖ als *lex specialis* vorgeht. Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB bestimmt, dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unter anderem der Grundsatz zu beachten ist, dass die Auftraggeberin den vertraulichen Charakter sämtlicher vom Anbieter oder von der Anbieterin gemachten Angaben zu wahren hat. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Art. 23 Abs. 2 u.3 BöB zu erteilenden Auskünfte. Der Zuschlag ist immer zu veröffentlichen (Art. 24 Abs. 1 BöB), ebenso Wettbewerbsergebnisse (Art. 57 VöB). Nach Art. 23 Abs. 2 u.3 BöB muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern insbesondere den Namen der berücksichtigten Anbieterin oder des berücksichtigten Anbieters bekanntgeben, es sei denn, die Erteilung dieser Auskunft verstiesse gegen Bundesrecht, verletze öffentliche Interessen, beeinträchtige berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieterinnen und Anbieter oder verletze den lautereren Wettbewerb zwischen ihnen. Nach dem vergaberechtlichen Grundsatz der Vertraulichkeit haben die Auftraggeberinnen und Auftraggeber während des Vergabeverfahrens die Angaben der Anbieterinnen und Anbieter vertraulich zu behandeln. Die Vertraulichkeit gilt somit nur für die Phase der Vergabe. Auch sind die Namen der Anbieterinnen und Anbieter aufgrund des BöB nicht vertraulich zu behandeln; vielmehr sind die Angaben der Anbieterinnen und Anbieter während des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln. Dadurch soll verhindert werden, dass die Anbieterinnen und Anbieter den Auftraggeberinnen sachdienliche Informationen vorenthalten aus Angst, dass diese von ihren Konkurrenten schädigend verwendet werden könnten. Bei der Durchführung von Offertverhandlungen ist diese Angst besonders begründet, denn die Auftraggeberin hat unter Umständen ein aktuelles Interesse, Angebotsteile verschiedener Anbieterinnen zu mischen (sog. «Cherry-Picking» oder «Best-of-Best-Lösungen»). Ein solches Vorgehen kann im konkreten Vergabeverfahren zwar zu optimalen Verhandlungsergebnissen führen; langfristig schadet es aber dem Wettbewerb, denn für die Anbieterinnen ist es in der Regel nicht interessant, aufwendige Offerten zu erstellen und ihr Know-how preiszugeben, wenn sie damit rechnen müssen, dass unter Umständen ihre Konkurrenz davon profitiert, sie hingegen leer ausgehen⁹. Das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) verbietet daher den Auftraggeberinnen, im Rahmen von Verhandlungen vertrauliche Informationen an bestimmte Anbieter weiterzugeben mit dem Ziel, deren Angebote auf das Niveau anderer Anbieter zu heben (Art. XIV Ziff. 3). Das BöB geht noch einen Schritt weiter, indem es die Weitergabe jeglicher Informationen über Konkurrenzangebote untersagt (Art. 20 Abs. 2 BöB; Art. 26 Abs. 5 VöB), mithin also auch die Bekanntgabe des Preises von Konkurrenzofferten¹⁰. Aus dem Wortlaut wie auch aus dem Zweck von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB ergibt sich somit, dass diese Bestimmung

jedenfalls über das Vergabeverfahren hinaus keine vorbehaltene Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellt und damit im vorliegenden Fall keine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip rechtfertigt. Dieses Ergebnis entspricht auch den Zielen, die der Bund mit dem BöB erreichen will: Das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen transparent gestalten, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern stärken, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern sowie die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbietern gewährleisten (Art. 1 BöB). Es dient diesen Zielen, wenn die Bundesverwaltung nach einer Vergabe darüber informieren kann, welchen natürlichen und juristischen Personen sie welche Aufträge für welche Projekte erteilt hat.

E. 9

Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 169.

E. 10

Leuthold, Rz. 170.

E. 11

BGE 133 II 209, S. 212 E. 2.1, m. w. Hinw.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 16

Dokumente ist aber nicht schrankenlos. Art. 7 BGÖ sieht in einer abschliessenden Aufzählung Ausnahmen vom uneingeschränkten Zugang zu amtlichen Dokumenten vor.¹² Art. 8 BGÖ zählt besondere Fälle auf, in welchen kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten besteht. Die BK hat in ihrer Empfehlung vom 1. Juni 2012 festgehalten, dass keinerlei Hinweise auf Ausnahmen nach Art. 7 oder besondere Fälle nach Art. 8 bestehen. Der Gutachtensauftrag verlangt auch keine tatsächliche oder rechtliche Vertiefung dieses Punktes. Es wird im Folgenden deshalb davon ausgegangen, dass keine Ausnahmen bestehen, wie beispielsweise etwa Aufträge, die sicherheitsrelevant sein könnten und deshalb vertraulich zu behandeln wäre (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Wenn und soweit – entgegen unserer Annahme – solche Ausnahmen bestehen, etwa, um ein weiteres Beispiel zu nennen, durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten Informationen erschlossen oder generiert werden können, welche Geschäftsgeheimnisse offenbaren (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ), ist der Zugang im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 7 BGÖ einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss BGÖ ist im Einzelfall nachvollziehbar zu begründen.¹³ Näher zu prüfen ist hingegen, wie es sich mit der Vorschrift von Art. 9 Abs. 1 BGÖ verhält, wonach amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind. Der im Öffentlichkeitsgesetz verwendete Begriff «Personendaten» deckt sich mit der Definition in Art. 3 des Datenschutzgesetzes (DSG)¹⁴. Als Personendaten gelten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person beziehen (Art. 3 Bst. a u. Art. 2 Abs. 1 DSG). Die vom Journalisten geforderten Angaben beziehen sich auf Firmen, d.h. auf bestimmbare natürliche und juristische Personen und damit auf amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten. Art. 9 Abs. 1 BGÖ hält den Grundsatz fest, dass Personendaten aus amtlichen Dokumenten durch Anonymisierung zu entfernen sind, bevor

sie zugänglich gemacht werden. Dies kann beispielsweise durch Einschwärzen von Angaben, die einen Rückschluss auf bestimmte Personen zulassen, geschehen¹⁵. Die Behörde muss zwar Dokumente so weit wie möglich anonymisieren, ist dazu aber nicht in allen Fällen ausnahmslos verpflichtet, auch wenn die Anonymisierung technisch möglich wäre: Auch wenn ein Dokument anonymisiert werden kann, muss es nur «so weit wie möglich» anonymisiert werden. Die genaue Tragweite der Verpflichtung richtet sich nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip, das Art. 9 BGÖ konkretisiert¹⁶. Ist eine Anonymisierung unverhältnismässig, hat die Behörde Zugang zum nicht anonymisierten Dokument zu gewähren. Die Botschaft und die Lehre nennt als Beispiel für Fälle, in denen eine Anonymisierung nicht möglich und deshalb vom Grundsatz abzuweichen ist, ein Zugangsgesuch, das sich auf ein Dokument bezieht, das eine bestimmte, von der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller bezeichnete Person betrifft, also gerade die Offenlegung von Personendaten verlangt, oder den Fall, dass die Anonymisierung einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde¹⁷. Die Pflicht zur Anonymisierung entfällt des Weiteren bei spezialgesetzlichen Ausnahmen, die eine Bekanntgabe vorsehen. Dies ist z.B. der Fall, wenn die betroffene Person der Bekanntgabe zugestimmt hat oder die Daten allgemein zugänglich gemacht hat (Art. 19 Abs. 1 DSG) oder wenn es sich bei den fraglichen Daten um Namen, Vornamen, Adresse und Geburtsdatum einer Person handelt (Art. 19 Abs. 2 DSG)¹⁸. Vorliegend will der Journalist wissen, welche Firmen im Jahr 2011 Aufträge unter dem Titel «Bera- tungsaufwand» erhielten. Das Gesuch bezieht sich somit auf Dokumente, die bestimmbare natürliche und juristische Personen betreffen; es verlangt gerade die Offenlegung von Personendaten. Eine Anonymisierung ist deshalb nicht möglich. Wenn ein amtliches Dokument – wie im vorliegenden Fall – nicht anonymisiert werden kann, kommt Art. 19 DSG zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Nach Art. 19 Abs. 1 bis DSG dürfen Bundesorgane im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das BGÖ Personendaten bekanntgeben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit

E. 12

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2006.

E. 13

Auf Wunsch des Bundesamtes für Bauten und Logistik eingefügte Präzisierung vom 17. August 2012.

E. 14

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2016; Alexandre Flückiger, in Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 9 Rz. 6.

E. 15

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2016.

E. 16

Flückiger, Art. 9 Rz. 20 ff.

E. 17

BVerwGE A 3192/2010 vom 17. Juni 2011, E. 6.1; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2016; Flückiger, Art. 9 Rz. 22 u. 24; Yvonne Jöhri, in: Handkommentar DSG, Zürich

2008, Art. 19 Abs. 1bis N 36.

E. 18

Flückiger, Art. 9 Rz. 23.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 17

der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Ein überwiegendes öffentliches Interesse ist namentlich denkbar, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient, insbesondere aufgrund wichtiger Vorkommnisse (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. a Öffentlichkeitsverordnung) oder wenn es um Dokumente geht, die im Zusammenhang mit der Gewährung namhafter wirtschaftlicher Vorteile an Einzelne stehen, z.B. wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat. Unproblematisch ist zudem eine Publikation, bei welcher es nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls unwahrscheinlich ist, dass sie die Privatsphäre der betroffenen Person beeinträchtigt. Die Publikation der Namen von Dritten, denen die Durchführung bestimmter Aufträge übertragen wurde, wird von der Lehre im Übrigen generell als unproblematisch angesehen¹⁹. Der Journalist wünscht die Nennung der Firmen, die vom Bund Aufträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erhalten haben, also Personendaten, die im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen. Die Anfrage ist des Weiteren zu einem Zeitpunkt hängig, in dem der langjährige Direktor der Steuerverwaltung zurückgetreten ist, weil eine Administrativuntersuchung in seinem Amt schwerwiegende, bewusste und über längere Zeit erfolgte Verstösse gegen das Beschaffungsrecht festgestellt hat. Aufgrund dieser Vorkommnisse besteht zweifellos ein besonderes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, dem das Gesuch des Journalisten dient. Es geht des Weiteren um Verträge, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat. Die Publikation von Firmennamen ist schliesslich zudem nach der genannten Ansicht der Lehre generell als unproblematisch einzustufen. Überwiegende private Interessen von Firmen gegen eine Bekanntgabe sind nicht ersichtlich (vgl. a. Ziff. 2.1.4, 1. Abschnitt); die Bundesverwaltung als Auftraggeberin ausweisen zu können stellt im Gegenteil eine gute Referenz dar. Es ist unwahrscheinlich, dass eine Bekanntgabe die Privatsphäre der betroffenen Personen beeinträchtigt. Bei diesem Ergebnis der Interessenabwägung können die Firmen namentlich bekanntgegeben werden. Mit anderen Worten besteht gemäss dem BGÖ ein Anspruch zu den von der Weltwoche verlangten Angaben in personenbezogener Form. Das Ergebnis der Interessenabwägung entspricht auch dem Zweck des BöB und des BGÖ, die Transparenz des Verwaltungshandelns sicherzustellen (Art. 1 BöB, Art. 1 BGÖ).

E. 19

BVerwGE A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 7.1.1.; Jöhri, Art. 19 Abs. 1bis N 47, 48 u. 55, m. Hinw.; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2013; vgl. a. Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Version vom 5. Juli 2012 (noch nicht publiziert), Ziff. 3.2.3; Version vom 25. Februar 2010, Ziff. 3.3 (abrufbar unter www.bj.admin.ch > Dokumentation > Zugang zu amtlichen Dokumenten (letztes Dokument unter «Dokumentation zur Umsetzung»).

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 18

Auch ohne die Spezialbestimmung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB würde man im Übrigen zum gleichen Ergebnis gelangen, denn auch nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist.

E. 20

BVerwGE A-3609/2010 vom 17. Februar 2011, E. 4.2.; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2013.

E. 21

Bertil Cottier/Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 7 Rz. 65.

E. 22

Stephan Breitenmoser, in St. Galler Kommentar BV (2. Aufl. 2008), Art. 13 Rz. 9.

E. 23

Breitenmoser, Art. 13 Rz. 39; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2013.

E. 24

Cottier/Schweizer/Widmer, Art. 7 Rz. 62.

E. 25

Pascal Mahon, in Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, Art.13 Rz. 4; Cottier/Schweizer/ Widmer, Art. 7 Rz. 69.

E. 26

Cottier/Schweizer/Widmer, Art. 7 Rz. 58.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 19

Die vom Journalisten geforderten Angaben – welche Firmen erhielten in welchem Umfang Aufträge für welche Projekte – scheinen kaum geeignet zu sein, die Privatsphäre zu beeinträchtigen. Es ist in der Tat schwer vorstellbar, dass die Bekanntgabe, dass sie für bestimmte Projekte der Bundesbehörden Aufträge ausgeführt hat, zu einem Nachteil führen könnte. Im Gegenteil dürfte dies für eine Firma eine willkommene Werbung darstellen (vgl. Ziff. 2.1.4, zweitletzter Abschnitt).

E. 27

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2021.

E. 28

Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Version vom 5. Juli 2012 (noch nicht publiziert), Ziff. 7.2.4.

E. 29

Alexandre Flückiger, in Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art.11 Rz. 11.

E. 30

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2017.

E. 31

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2022.

E. 32

BGE 131 II 217, S. 221 E. 2.3, EJPD.

E. 33

BGE 124 II 193, S. 199 E. 5a, Eidg. Steuerverwaltung; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 80.

E. 34

Häfelin/Haller/Keller, Rz. 138.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 20

Wortsinns ergebe, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehre, mithin eine verdeckte – aber echte – Lücke aufweise, die im Prozess der richterlichen Rechtsschöpfung zu schliessen sei³⁵. Vorliegend ergibt sich aus der Botschaft, dass Ausnahmen von der Anhörung jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossen werden sollten. Aus systematischer Sicht kann mit der genannten Lehrmeinung geltend gemacht werden, dass eine Anhörung nur obligatorisch sein müsste, wenn der Zugang von der Zustimmung der betroffenen Dritten abhängen würde, was nicht der Fall ist. In teleologischer Hinsicht ist der Zweck des BGÖ zu berücksichtigen, die Transparenz zu fördern und die Information der Öffentlichkeit zu gewährleisten; insbesondere soll nach Möglichkeit auf die zeitliche Dringlichkeit der Medienberichterstattung Rücksicht genommen werden (Art. 1 BGÖ; Art. 9 VBGÖ). Das Verfahren würde unverhältnismässig in die Länge gezogen oder unverhältnismässig aufwendig werden, wenn eine grosse Zahl von Personen im gleichen Zusammenhang angehört werden müsste. Eine Lockerung der Anhörungspflicht kann deshalb in einzelnen Fällen gerechtfertigt sein. Die Behörde kann von der Konsultationspflicht etwa entbunden werden, wenn die Bestimmung aller betroffenen Personen unverhältnismässigen Aufwand verursacht oder wenn eine Anhörung nicht möglich ist, weil eine Person verschollen ist oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ausfindig gemacht werden könnte³⁶. Eine Ausnahme scheint des Weiteren gerechtfertigt, wenn wie im vorliegenden Fall aufgrund der in der Steuerverwaltung aufgedeckten Missstände ein besonderes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, das nicht genügend beförderlich befriedigt werden könnte, wenn alle betroffenen Personen angehört werden müssten, oder wenn ein Zugangsgesuch auch formlos als Medienanfrage behandelt werden könnte oder die Behörde aktiv informieren könnte. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass einer Bekanntgabe der vom Journalisten gewünschten Angaben keine überwiegenden privaten Interessen der betroffenen Personen gegenüberstehen (vgl. Ziff.

2.1.4 u. 2.2.2). Der mit der Anfrage aller betroffenen Firmen verursachte Aufwand erscheint vor diesem Hintergrund als unverhältnismässig. Die Anfrage des Journalisten kann deshalb unseres Erachtens auch ohne Anhörung der Firmen beantwortet werden. Die Anfrage sollte möglichst zügig beantwortet werden, um den Bedürfnissen der Medien entgegenzukommen (Art. 9 VBGÖ). Es besteht nach BGÖ nur ein Anspruch auf Einsicht in Dokumente oder Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente, nicht auf die Lieferung aufbereiteter Informationen (Art. 6 BGÖ). Das BGÖ hat nicht das Ziel, die Behörden zu Dokumentalisten zu machen, die für den Gesuchsteller eine detaillierte Dokumentation zu einem bestimmten Thema zusammentragen³⁷. Die Dokumente können vor Ort eingesehen werden, oder es können auch Kopien angefordert werden (Art. 6 Abs. 2 BGÖ). Ist ein Dokument in einem Publikationsorgan oder im Internet öffentlich zugänglich, genügt die Angabe der Fundstelle (Art. 6 Abs. 3 BGÖ)³⁸. Für den Zugang zu amtlichen Dokumenten werden in der Regel Gebühren erhoben; die Behörden verfügen aber über einen Ermessensspielraum. Da die Bundesbehörden eine Informationspflicht haben (Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 RVOG; vgl. Ziff. 2.2.3, 1. Abschnitt), ist eine besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der Medien gerechtfertigt (Art. 10 Abs. 4 Bst. a BGÖ). So kann eine Behörde auf die Gebührenerhebung verzichten, wenn die Arbeit der Medien einem überwiegenden öffentlichen Interesse in einer Demokratie entspricht³⁹. Bei der vorliegenden Anfrage des Journalisten ist dies der Fall, so dass unseres Erachtens auf die Erhebung von Gebühren verzichtet werden kann.

E. 35

BGE 102 Ib 224, 225 f.; 128 I 34, 42; Häfelin/Haller/Keller, Rz. 142.

E. 36

Flückiger, Art. 11 Rz.11.

E. 37

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2020.

E. 38

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2003-2004.

E. 39

Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, hier 2020 f.; Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Version vom 5. Juli 2012 (noch nicht publiziert), Ziff. 8.2.6; Version vom 25. Februar 2010, Ziff. 7.2 (abrufbar unter www.bj.admin.ch > Dokumentation > Zugang zu amtlichen Dokumenten (letztes Dokument unter «Dokumentation zur Umsetzung»); Empfehlung der BK vom 1. Juni 2012, Ziff. 6.

Gutachten

EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 18. September 2013 21

3 Fazit Es ergibt sich, dass dem Zugangsgesuch des Journalisten zügig zu entsprechen ist. Die Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer müssen nicht angehört werden. Nach der geltenden Praxis werden keine Gebühren erhoben. Eine Pflicht zur Aufbereitung bestehender amtlicher Dokumente besteht nicht. Es ist aber zu prüfen, ob die Öffentlichkeit

über die von der Weltwoche gewünschten Angaben nicht aktiv informiert werden sollte.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2013.2 - Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate; Gutachtensauftrag In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2013 Année Anno Band - Volume Volume Seite 9-21 Page Pagina Ref. No 150 000 269 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.