

# **EDOEB empfehlung-vom-21-dezember-2023-fedpol-informationen-zur-beschaffung-von-govware-2023-12-21 vom 11. März 2015**

EDÖB, 2015-03-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-21-dezember-2023-fedpol-informationen-zur-beschaffung-von-govware-2023-12-21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-21-dezember-2023-fedpol-informationen-zur-beschaffung-von-govware-2023-12-21)

FR: EDOEB empfehlung-vom-21-dezember-2023-fedpol-informationen-zur-beschaffung-von-govware-2023-12-21 du 11 mars 2015

IT: EDOEB empfehlung-vom-21-dezember-2023-fedpol-informationen-zur-beschaffung-von-govware-2023-12-21 del 11 marzo 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Botschaft vom 3. September 2014 zum Ausbau und zum Betrieb des Verarbeitungssystems zur Fernmeldeüberwachung sowie der polizeilichen Informationssysteme des Bundes, BBl 2014 6711 (zitiert BBl 2014).

### **E. 2**

Bundesbeschluss vom 11. März 2015 zum Ausbau und zum Betrieb des Verarbeitungssystems zur Fernmeldeüberwachung sowie der polizeilichen Informationssysteme des Bundes, BBl 2015 3033.

### **E. 3**

Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, BBl 2013 2683, 2701.

### **E. 4**

Das Programm FMÜ | Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ÜPF (admin.ch), zuletzt besucht am 21. Dezember 2023.

### **E. 5**

Am 10. Mai 2023 nahm fedpol Stellung und verweigerte den Zugang vollständig. fedpol stellte in seiner Stellungnahme fest, dass vom "sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes

3/14 [...] Informationen [ausgenommen sind], die durch spezielle Bestimmungen in anderen Bundesgesetzen als geheim bezeichnet werden oder für die von solchen Gesetzen abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorgesehen werden (Art. 4 BGÖ)." Des Weiteren führte die Behörde aus, dass "die verlangten Dokumente überwiegend gemäss Informationsschutzverordnung (IschV; SR 510.411) klassifiziert sind." Auch wenn eine solche Klassifizierung für sich allein genommen die Zugangsverweigerung nicht rechtfertige, komme laut fedpol hinzu, dass "das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a [Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, aBöB] bzw. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB auf das Beschaffungsverfahren zum Programm IKT-ProgFMÜ-P4-GovWare nicht anwendbar war und ist. Beide[] stellen Geheimnisvorbehalte im Sinne von Art. 4 BGÖ dar." fedpol machte zudem geltend, dass auch bei

Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes "[d]er Schutz der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) [...] einen sehr gewichtigen Grund für die Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten dar[stellt]. Von der Bestimmung werden in erster Linie die Tätigkeit von Polizei, Zoll, Nachrichtendienst und Armee erfasst. Massgeblich ist jedoch nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgü- tern." Nach Ansicht der Behörde sei im Einzelfall zu prüfen, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die innere Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. "Als Leitlinie der Prüfung dient das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse." Der Ein- satz von GovWare sei nur dann wirksam, wenn die betroffenen Personen keine vorbeugenden Massnahmen dagegen ergreifen könnten. "Die Offenlegung der zur Verfügung stehenden Pro- dukte würde die zielkonforme Durchführung dieser gesetzlich geregelten Massnahme sowie die dafür getätigten Investitionen gefährden." Die Geheimhaltung der Information stelle laut fedpol somit den Schlüssel zum Erfolg der Massnahmen dar, womit auch Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ im vorliegenden Fall einschlägig sei. fedpol machte schliesslich geltend, "dass allfällige Produktever- träge bei einer solchen Ausgangslage zum Schutze der Interessen beider Parteien Geheimhal- tungsklauseln vorsehen. Bestehen solche Vereinbarungen, so muss der Zugang gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ verweigert werden."

#### **E. 5.1**

> Übersicht Hermes > Methodenübersicht > Projektführung.

8/14 "Projekterfahrung", "Stakeholderliste und -interessen", "Prüfprotokoll" und "Phasenbericht". In der Initialisierungsphase sind beim freihändigen Vergabeverfahren u.a. der "Projektmanagement- plan", der "Projektauftrag" und der "Projektentscheid Führung und Ausführungen" zu erstellen.

#### **E. 6**

Am 23. Mai 2023 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Da- tenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

#### **E. 7**

Mit Schreiben vom 24. Mai 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte gleichentags fedpol dazu auf, die betroffenen Do- kumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 8**

Mit E-Mail vom 5. Juni 2023 informierte fedpol den Beauftragten, dass "[wir] auf die Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme [verzichten] und [...] an unserer bisherigen Position fest[hal- ten]. Nach unserer Ansicht steht im vorliegenden Verfahren die Frage im Zentrum, ob spezielle Geheimnisvorbehalte im Sinne von Art. 4 BGÖ vorliegen, die die Anwendung des Öffentlichkeits- prinzipis ausschliessen. Vorliegend sind klassifizierte Akten betroffen, die im Rahmen einer Be- schaffung entstanden, welche nicht dem BÖB unterstellt war. Mithin liegen unseres Erachtens zwei Geheimnisvorbehalte [Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB; Art. 10 Abs. 4 Bst. a BÖB] vor, die dem BGÖ vorgehen."

#### **E. 9**

Am 23. Juni 2023 reichte fedpol nach erneuter Aufforderung des Beauftragten die betroffenen Dokumente beim Beauftragten ein.

#### **E. 10**

Am 15. September 2023 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Antragstellerin und fedpol auf den Verzicht der Bekanntgabe von Personendaten natürlicher Personen einigen konnten. Zudem präzisierte die Antragstellerin ihren Schlichtungsantrag auf "alle konzeptionellen Ausführungen vor der Beschaffung (insb. in den Phasen Initialisierung und Konzept)".

#### **E. 11**

Am 12. Oktober 2023 teilte fedpol der Antragstellerin mit, dass es "[v]ereinbarungsgemäss [...] sämtliche Unterlagen grundlegend neu durchgearbeitet und festgestellt [hat], dass wir Ihnen keine entsprechenden Dokumente zukommen lassen können."

4/14

#### **E. 12**

Am 25. Oktober 2023 gelangte die Antragstellerin betreffend "den Erlass einer Empfehlung durch den EDÖB" an den Beauftragten und führte aus, dass sie "keine Dokumente zur Beschaffung [verlange]".

#### **E. 13**

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und von fedpol 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

#### **E. 14**

Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei fedpol ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

#### **E. 15**

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>6</sup> 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

#### **E. 16**

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.<sup>7</sup>

#### **E. 17**

Die Antragstellerin grenzt im Schlichtungsverfahren ihren Antrag auf alle konzeptionellen Ausführungen vor der Beschaffung (insb. in den Phasen Initialisierung und Konzept) des Projekts IKT■ProgFMÜ■P4■GovWare ein. Zudem verzichtet sie auf den Zugang zu in den Dokumenten allfällig enthaltenen Personendaten. fedpol teilt der Antragstellerin nach einer erneuten Prüfung mit, dass es den Zugang zu den im Sinne des eingeschränkten Schlichtungsantrags identifizierten Dokumenten vollständig verweigert. Zu beurteilen ist demnach die Zugänglichkeit dieser im Rahmen des präzisierten Schlichtungsantrags verlangten Dokumente.

#### **E. 18**

Sinngemäß hält die Behörde an ihrer Argumentation vom 10. Mai 2023 gegenüber der Antragstellerin fest (Ziff. 5, 11). Darin weist fedpol darauf hin, dass "die verlangten Dokumente überwiegend gemäss Informationsschutzverordnung (ISchV; SR 510.411) klassifiziert sind. Gemäss der Botschaft zum BGÖ stellt die Klassifizierung eines Dokuments für die Beurteilung eines Zugangsgesuchs einen wichtigen Anhaltspunkt dar, rechtfertigt für sich alleine genommen jedoch die Verweigerung noch nicht in jedem Fall."

#### **E. 19**

Der Beauftragte äussert sich dazu wie folgt: Das Öffentlichkeitsgesetz enthält keine Kategorien interner oder klassifizierter Dokumente, welche generell nicht zugänglich wären.<sup>8</sup> fedpol ist insofern zuzustimmen, als die Tatsache, dass ein amtliches Dokument klassifiziert ist, ein gewichtiges Element in der Beurteilung eines Zugangsgesuches darstellen kann; alleine aufgrund der Klassifizierung darf der Zugang aber nicht verweigert werden.<sup>9</sup> Klassifizierungsvermerke wie "intern",

6 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 7 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 8 NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5, Rz. 8. 9 COTTIER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 4, Rz.30; HÄNER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 12, Rz.8; Urteil des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E, 5.3.1.

5/14 "vertraulich" oder "geheim" schliessen für sich allein einen Zugang daher nicht aus.<sup>10</sup> Gemäss Art. 13 Abs. 2 ISchV überprüft die zuständige Stelle, unabhängig von einem allfälligen Klassifizierungsvermerk, ob der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken oder zu verweigern ist.<sup>11</sup> Bezieht sich ein Zugangsgesuch auf ein klassifiziertes Dokument, muss gemäss Art. 11 Abs. 4 VBGÖ zudem geprüft werden, ob dieses entklassifiziert werden kann.<sup>12</sup> Folglich ist die Klassifizierung der nachgesuchten Unterlagen nicht präjudiziell für die Frage des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Im Übrigen ist anzumerken, dass vorliegend die ersuchten Dokumente überwiegend als "intern" klassifiziert wurden. Einzelne Dokumente wurden nicht oder als vertraulich klassifiziert.

#### **E. 20**

Die Antragstellerin legte in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 12) dar, dass sie keine "Papiere zum Programm [IKT-Prog]FMÜ-P4-GovWare verlange und keine Dokumente zur Beschaffung [...]". fedpol hielt nach erneuter Prüfung des präzisierten Schlichtungsantrags fest, dass es "sämtliche Unterlagen grundlegend neu durchgearbeitet

und festgestellt [hat], dass wir Ihnen keine entsprechenden Dokumente zukommen lassen können." Die Behörde hält somit sinngemäss an ihrer Stellungnahme vom 10. Mai 2023 gegenüber der Antragstellerin fest (Ziff. 5, 11), in der sie ausführt, dass das Beschaffungsverfahren zum Projekt IKT-ProgFMÜ-P4-GovWare gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB bzw. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB nicht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen durchgeführt wurde. Die Behörde kommt in diesem Zusammenhang zu folgendem Schluss: "Beide[] stellen Geheimnisvorbehalte im Sinne von Art. 4 BGÖ dar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-839/2022 vom 5. April 2023, E. 7.5 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1526/2022 vom 12. April 2023, E. 7.5 f.[13] [...]). Aufgrund gerade dieser jüngsten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vertritt fedpol die Haltung, dass vorliegend die spezialgesetzlichen Normen jenen des BGÖ vorgehen und der Zugang zu den beantragten Dokumenten nicht gewährt werden kann."

#### **E. 21**

Aufgrund des Einwands der Behörde muss der Beauftragte daher vorliegend zunächst die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB resp. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB im Zusammenhang mit Art. 4 BGÖ prüfen.

#### **E. 22**

Art. 4 BGÖ regelt das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und jenen bundesrechtlichen Normen, die eine Sonderregelung für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten vorsehen. Nach Bst. a sind Normen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl an Geheimhaltungsnormen.<sup>14</sup> Diese sind mitunter darauf ausgerichtet, besondere öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen. Gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten.

#### **E. 23**

Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB braucht ein Auftrag nicht nach den Bestimmungen des aBöB vergeben werden, wenn dadurch die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet sind. Derartige Aufträge können stattdessen freihändig nach Art. 36 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB; SR 172.056.11) vergeben werden.<sup>15</sup> Gemäss Botschaft zum aBöB<sup>16</sup> führt Art. 3 Abs. 2 "abschliessend diejenigen Fälle auf, in welchen es sich rechtfertigen kann, einen Auftrag nicht nach den Bestimmungen des Gesetzes zu vergeben. Die Nichtanwendung des Gesetzes muss aber sachlich gerechtfertigt sein."<sup>17</sup> Eine Ausnahmesituation zum Schutze der öffentlichen Sicherheit darf einerseits nicht ungerechtfertigt diskriminierend oder versteckt protektionistisch sein, muss andererseits aber auch

<sup>10</sup> Urteil des BGer 1C\_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 2.3. <sup>11</sup> BBl 2003 2006; BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.1. <sup>12</sup> Urteile des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.1; A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.6. <sup>13</sup> Beide Entscheide sind angefochten beim BGer. <sup>14</sup> Eine Liste ist auf der Webseite des Beauftragten einsehbar unter [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Öffentlichkeitsprinzip > Services BGÖ > Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ. <sup>15</sup> Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9.

Dezember 2014 E. 6.2.4 m.w.H. 16 Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendige Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2), BBl 1994 IV 950 (zitiert: BBl 1994 IV). 17 BBl 1994 IV 1180.

6/14 dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und die den Umständen entsprechend am wenigsten einschneidende Massnahme darstellen.<sup>18</sup> Zu prüfen ist, ob Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB als Spezialbestimmung nach Art. 4 BGÖ zu qualifizieren ist.

#### **E. 24**

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich betreffend den Zugang zu gewissen Beschaffungsinformationen des Bundesamts für Bauten und Logistik BBL mit dem spezialgesetzlichen Charakter von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB zu befassen.<sup>19</sup> In seinem Urteil führte es aus, dass gemäss Art. 3 Abs. 2 aBöB eine Vergabestelle einen Auftrag nicht nach den Bestimmungen des Gesetzes vergeben muss, wenn einer der dort genannten Gründe vorliegt. "In diesen Einzelfällen gilt das [a]BöB zwar grundsätzlich, und damit auch der Vertraulichkeitsgrundsatz als allgemeiner Verfahrensgrundsatz, nicht aber der 4. Abschnitt 'Vergabeverfahren', der u.a. die Pflicht enthält, den Zuschlag zu veröffentlichen. Vielmehr sind derartige Aufträge freihändig nach Art. 36 Abs. 2 Bst. a [a]VöB zu vergeben." Daraus ergebe sich, dass in diesen Konstellationen der Zuschlag ausnahmsweise geheim bleibt. Laut Bundesverwaltungsgericht ist für "diese Beschaffungen [...] somit ein spezialgesetzlicher Vorbehalt im Sinne von Art. 4 BGÖ gegeben." Zusammenfassend schloss es ohne tiefere Auseinandersetzung, dass "Beschaffungen, die sich auf einen in Art. 3 Abs. 2 [a]BöB genannten Grund stützen können und nicht nach den im [a]BöB geregelten Verfahren zu vergeben sind; diese sind geheim und daher gemäss Art. 4 BGÖ vorbehalten".<sup>20</sup>

#### **E. 25**

In der von fedpol referenzierten Rechtsprechung, die vor dem Bundesgericht angefochten wurde und dort noch hängig ist, hatte sich das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Beschaffung von Kampfflugzeugen zudem mit dem spezialgesetzlichen Charakter von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB zu befassen.<sup>21</sup> Es urteilte: "Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung führen die verschiedenen Auslegungselemente [...] zum Resultat, dass mit Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB eine spezialgesetzliche Grundlage vorliegt, die nach Art. 4 BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht. Dieses Auslegungsergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 aBöB."<sup>22</sup>

#### **E. 26**

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass laut aktueller Rechtsprechung Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB als Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ zu qualifizieren ist. Es bleibt zu klären, welche Informationen konkret als Beschaffungsunterlagen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB nach Art. 4 BGÖ vorbehalten bleiben.

#### **E. 27**

Das aBöB bezweckt die Koordination der Vergabeverfahren bei der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen sowie von Aufträgen für öffentliche Bauten (Art. 1 aBöB). Auch der Transparenz der Vergabeverfahren und dem Nichtdiskriminierungsgebot wird mit Erlass des Gesetzes Bedeutung verschafft:<sup>23</sup> Gemäss Art. 24 Abs. 2 aBöB sind Ausschreibungen und Zuschläge im Vergabeverfahren zu veröffentlichen. Ausgenommen

von dieser Pflicht sind u.a. solche Beschaffungen, die nicht nach dem 4. Abschnitt "Vergabeverfahren", der die Publikationspflicht nach Art. 24 enthält, durchgeführt werden, wie es bei den Einzelfällen in Art. 3 Abs. 2 aBöB der Fall ist.<sup>24</sup> In der dargelegten Rechtsprechung (s. Ziff. 24) wird spezifiziert, was die üblicherweise zu publizierenden Ausschreibungen und Zuschläge umfasst: "Zusammenfassend enthält das [a]BöB [...] in der Regel keine Geheimhaltungsverpflichtung, die dem BGÖ vorgeht bzw. vom Vorbehalt in Art. 4 BGÖ erfasst wird, da der berücksichtigte Anbieter, die Art und der Umfang des Auftrags und der Preis ohnehin zu publizieren sind. Davon ausgenommen sind Beschaffungen, die sich auf einen in Art. 3 Abs. 2 [a]BöB genannten Grund stützen können [...]". Daraus ergibt sich, dass die Anbietenden, die Art und der Umfang des Auftrags sowie der Preis als Teil der Beschaffungsunterlagen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB i.V.m. Art. 4 BGÖ nicht zugänglich gemacht werden dürfen.

18 Urteil des BVGer B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.6. 19 Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 6.2.4 m.w.H. 20 Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 6.3. 21 Urteil des BVGer A-839/2022 vom 5. April 2023 E. 7.5 mit Verweis auf E. 6.2.4; Urteil des BVGer A-1526/2022 vom 12. April 2023 E. 7.5 mit Verweis auf E. 6.2.4. 22 Urteil des BVGer A-839/2022 vom 5. April 2023 E. 7.6, Urteil des BVGer A-1526/2022 vom 12. April 2023 E. 7.6 m.w.H. 23 BBl 1994 IV 1175 und 1195. 24 Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 6.2.4.

7/14

## **E. 28**

Auch in der jüngeren Rechtsprechung (s. Ziff. 25) befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit denjenigen Beschaffungsunterlagen, die nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sein sollen.<sup>25</sup> Dabei kam das Gericht mit Verweis auf den hohen Stellenwert der Vertraulichkeit der Informationen bei sogenannten Sicherheitsbeschaffungen nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB zum Schluss, dass "ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der gesamten [Her- vorhebung im Original] Ausschreibungsunterlagen sowie der Anbieterangaben und des Evaluationsberichts sowie dazugehörigen Dokumenten [vorliegt]".<sup>26</sup> Diese Dokumente umfassen auch die Konkretisierung der Subkriterien und die Bewertungsmatrix, womit auch diese als Beschaffungsunterlagen gelten, obwohl sie keine Angaben der Anbietenden enthalten. Das Bundesverwaltungsgericht legt einen weiten Auslegungsmassstab an, wenn es darum geht, Unterlagen einer Beschaffung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB zu bestimmen. Im Sinne dieser (vor dem Bundesgericht hängigen) Rechtsprechung reicht bereits eine gewisse inhaltliche Nähe von Dokumenten zur betroffenen (Sicherheits-)Beschaffung aus, um diese als Beschaffungsunterlagen zu qualifizieren. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt sodann explizit auf die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB Bezug. Dementsprechend wird bei der Durchführung von Sicherheitsbeschaffungen nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB und von Beschaffungen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB ein vergleichbares Interesse an der Geheimhaltung der – weit auszulegenden – Beschaffungsunterlagen attestiert.<sup>27</sup> Somit ist die weite Auslegung auch bei der Bestimmung der Beschaffungsunterlagen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB zu berücksichtigen. Es bleibt zu klären, ob die vorliegend verlangten Dokumente Beschaffungsunterlagen darstellen.

## **E. 29**

Die Antragstellerin führt in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 12) aus, dass sie "Pa- piere zum Programm [IKT-Prog]FMÜ-P4-GovWare verlange und keine Dokumente zur Beschaf- fung".

### **E. 30**

fedpol reichte dem Beauftragten unter anderem folgende Dokumente konzeptioneller Natur in den Phasen Initialisierung und Konzept ein: Projektmanagementplan, Phasenbericht "Konzept", Sys- temarchitektur und -anforderungen sowie Projektauftrag. Die von der Antragstellerin verlangte "Studie PRIO1" sei laut fedpol nicht gesondert erstellt worden; vielmehr seien im Rahmen einer Studie üblicherweise angestellte Überlegungen in den anderen ersuchten Dokumenten enthalten. Die Behörde hat bis anhin den Zugang zu diesen Dokumenten integral ohne Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Dokumente für das (abgeschlossene) Vergabeverfahren verweigert.

### **E. 31**

Die Beschaffungen im Rahmen des Programmes FMÜ werden mithilfe der Projektmanagement- methode der Bundesverwaltung für Projekte im Bereich der Informatik, der Entwicklung von Dienstleistungen und Produkten sowie der Anpassung der Geschäftsorganisation (HERMES) durchgeführt.<sup>28</sup> Den Rahmen eines Projekts, das nach HERMES umgesetzt wird, bilden sog- nannte Szenarien, die wiederum mithilfe eines Phasenmodells in vier Projektphasen gegliedert werden: Initialisierung, Konzept, Realisierung und Einführung. Diesen Phasen werden sodann Module zugeordnet.<sup>29</sup> Ein Modul enthält thematisch zugehörige Aufgaben, Ergebnisse und Rollen je nach Projektphase und Szenario. Ein Modul kann mehreren Projektphasen zugeordnet werden.

### **E. 32**

Das Modul "Beschaffung" ist in der Phase "Konzept" anzusiedeln. Laut Webseite von HERMES bezieht sich dieses Modul allerdings ausschliesslich auf Beschaffungen mit offenem oder selekti- vem Verfahren und öffentlicher Publikation. Alle anderen Fälle von Beschaffungen, namentlich freihändige Vergabeverfahren wie beim Projekt IKT-ProgFMÜ-P4-GovWare, werden über das Mo- dul "Projektführung" abgewickelt.<sup>30</sup> Das Modul "Projektführung" in der Phase "Konzept" gilt dem- nach als abgeschlossen, wenn folgende Dokumente erstellt und verabschiedet wurden: "Projekt- managementplan", "Arbeitsauftrag", "Offertenanfrage", "Evaluationsbericht", "Vereinbarung",

<sup>25</sup> Urteil des BVGer A-839/2022 vom 5. April 2023; Urteil des BVGer A-1526/2022 vom 12. April 2023. <sup>26</sup> Urteil des BVGer A-839/2022 vom 5. April 2023 E. 7.4.4; Urteil des BVGer A-1526/2022 vom 12. April 2023 E. 7.4.4. <sup>27</sup> Laut Bundesverwaltungsgericht ist die hier vorgenommene Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB in Einklang mit der Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB; Urteil des BVGer A-839/2022 vom 5. April 2023 E. 7.6, Urteil des BVGer A-1526/2022 vom 12. April 2023 E. 7.6. <sup>28</sup> EFK, Prüfung des IKT-Schlüsselprojekts Fernmeldeüberwachung vom 15. Oktober 2018, abrufbar unter: Prüfung des IKT-Schlüsselprojekts Fernmeldeüberwachung (admin.ch), zuletzt besucht am 21. Dezember 2023. <sup>29</sup> Hermes.admin.ch > Projektmanagement 5.1 > Übersicht Hermes > Methodenübersicht. <sup>30</sup> Hermes.admin.ch > Projektmanagement 5.1 > Übersicht Hermes > Methodenübersicht > Beschaffung; Hermes.admin.ch > Projektmanagement

### **E. 33**

Nach Ansicht des Beauftragten enthalten die von der Antragstellerin verlangten Dokumente keine Angaben allfälliger Anbietenden. Vielmehr handelt es sich um Dokumente, die von fedpol erarbeitet worden sind und dessen eigene Angaben enthalten. Gleichwohl enthalten die Dokumente Ausführungen dazu, in welchem Umfang durch wen und für wen beschafft werden soll, und stellen die Grundlagen für die Wahl der Verfahrensart dar. Zudem definieren insbesondere Systemarchitektur und -anforderungen die von den Anbietenden zu erfüllenden Anforderungen an das zu beschaffende Produkt. Diese Informationen fliessen auch in den Entscheid betreffend die in Frage kommenden Anbietenden sowie die Einsatzmöglichkeiten des zu beschaffenden Produkts ein: Die Anforderungen grenzen mittelbar den Adressatenkreis der Ausschreibung ein, zumal nur eine begrenzte Anzahl an Unternehmen die zu beschaffende Leistung überhaupt anbietet. Hinsichtlich der Erklärungen zu den HERMES-Modulen sowie des von der Rechtsprechung postulierten hohen Stellenwerts der Vertraulichkeit und des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Geheimhaltung von Informationen bei derartigen Beschaffungen<sup>31</sup> erscheint eine gewisse inhaltliche Nähe zwischen den ersuchten Dokumenten und dem Vergabeverfahren möglich. Folglich kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass es sich bei den ersuchten Dokumenten mitunter um Beschaffungsunterlagen handelt.

#### **E. 34**

Der Beauftragte weist jedoch darauf hin, dass die ersuchten Dokumente entsprechend den Dokumentenvorlagen auf der HERMES-Plattform erstellt wurden und somit sowohl die Gliederungen als auch die in den Dokumenten thematisierten Aspekte zumindest im Ansatz bekannt sein dürfen. Im Übrigen lassen sich weitere (öffentliche) Informationen zu den verschiedenen Beschaffungen im Rahmen des Programmes FMÜ aus der Botschaft,<sup>32</sup> der Webseite des Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ÜPF<sup>33</sup> sowie aus mehreren Berichten der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Prüfung des IKT-Schlüsselprojekts Fernmeldeüberwachung<sup>34</sup> entnehmen. In diesem Zusammenhang fehlt es seitens fedpol an Erklärungen, weshalb im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips gegebenenfalls kein eingeschränkter Zugang gewährt werden kann.<sup>35</sup> Schliesslich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass "[...] mit der Schaffung des BGÖ die Öffentlichkeit der Verwaltungstätigkeit die Regel darstellt; spezialgesetzliche Bestimmungen sind nicht leichthin so auszulegen, dass damit der Grundsatz der Transparenz des Verwaltungshandelns ausgehöhlt wird."<sup>36</sup>

#### **E. 35**

Mit Blick auf die Rechtsprechung kann der Beauftragte eine Verweigerung des Zugangs aufgrund von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB nicht offensichtlich ausschliessen. Diesbezüglich hat die zuständige Fachbehörde zu beurteilen,<sup>37</sup> inwiefern alle in den ersuchten Dokumenten enthaltenen Informationen als Beschaffungsunterlagen zu verstehen sind und damit tatsächlich von der Ausnahmebestimmung in Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB erfasst sind.

#### **E. 36**

BGE 146 II 265 E. 5.3.

#### **E. 37**

Vgl. Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

#### **E. 38**

Zwischenfazit: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche gemäss der aktuellen Rechtsprechung in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB fallen, wird in Anwendung von Art. 4 (Bst. a) BGÖ spezialgesetzlich geregelt, weshalb die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind. Für den Beauftragten ist vorliegend nicht offensichtlich auszuschliessen, dass die von der Antragstellerin ersuchten Dokumente vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sind. fedpol hat als Fachbehörde indes bis anhin nicht hinreichend dargelegt, dass unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips alle in den ersuchten Dokumenten enthaltene Informationen tatsächlich Beschaffungsunterlagen darstellen.

#### **E. 39**

Sofern die ersuchten Dokumente keine nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB geschützten Informationen enthalten, ist die Zugänglichkeit der ersuchten Dokumente nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen.

#### **E. 40**

fedpol führt in seiner Stellungnahme an die Antragstellerin aus, dass der Zugang zu den verlangten Dokumenten und Informationen aufgrund der Ausnahmebestimmungen in Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ vollständig zu verweigern sei, sofern das Öffentlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangt. Zudem müsse bei Bestehen allfälliger Vertraulichkeitsabreden mit Anbietenden der Zugang gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ verweigert werden.

#### **E. 41**

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>40</sup> Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über deren Inhalt zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>41</sup>

#### **E. 42**

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem

39 BBl 2017 1907. 40 BGE 142 II 340 E. 2.2. 41 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

10/14 üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.<sup>42</sup> Liegt ein Ausnahmestandard nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.<sup>43</sup>

#### **E. 43**

fedpol macht nach allgemeinen Erklärungen zum Einsatz von GovWare geltend, dass "[w]ie alle polizeitaktischen Massnahmen [...] auch GovWare nur wirksam [ist], solange die betroffenen Personen keine vorbeugenden Massnahmen dagegen ergreifen können. Das wäre aber möglich, wenn Stärken und Schwächen von eingesetzten GovWare-Produkten analysiert werden können oder die Einsatzmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden nachvollziehbar werden. Die Offenlegung der zur Verfügung stehenden Produkte würde daher die zielkonforme Durchführung dieser gesetzlich geregelten Massnahme sowie die dafür getätigten Investitionen gefährden." Die Geheimhaltung stelle entsprechend den Schlüssel zum Erfolg dar, weshalb der Zugang nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu verweigern sei.

#### **E. 44**

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahmen beeinträchtigt zu werden droht."<sup>44</sup> Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein<sup>45</sup> und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.<sup>46</sup> Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.<sup>47</sup> Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

#### **E. 45**

BGE 144 II 77 E. 4.3.

**E. 46**

Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1.

**E. 47**

fedpol macht gegenüber der Antragstellerin des Weiteren geltend, dass "[d]er Schutz der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) [...] einen sehr gewichtigen Grund für die Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten dar[stellt]." Laut fedpol ist "[i]m Einzelfall [...] zu prüfen, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die innere Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Als Leitlinie dient das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse." Im Übrigen macht fedpol allgemeine Ausführungen über den Einsatz zu GovWare ohne weiter zu erläutern, inwiefern die Bekanntgabe der ersuchten Dokumente die innere und äussere Sicherheit der Schweiz gefährden könnte.

**E. 48**

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft<sup>49</sup> zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde. Dabei ist nach der Rechtsprechung<sup>50</sup> nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen wie auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung<sup>51</sup> selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Als Leitlinie der Prüfung dient dabei das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse.

**E. 49**

BB1 2003 2009.

**E. 50**

Nach Ansicht des Beauftragten hat fedpol somit bislang nicht hinreichend dargetan, dass aus der Bekanntgabe der verlangten Dokumente eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz resultiert. Der Beauftragte kann indes nicht ausschliessen, dass einzelne in den verlangten Dokumenten enthaltenen Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen könnten. Ist das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ nicht offensichtlich, so hat die angefragte Behörde grundsätzlich für jedes Dokument bzw. jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern beabsichtigt, darzulegen, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ als erfüllt ansieht.<sup>52</sup> Die betroffenen Informationen sind somit von fedpol als Fachbehörde<sup>54</sup> zu identifizieren und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) zu schwärzen.<sup>55</sup> 51. Zwischenfazit: Da fedpol als beweisbelastete Behörde die Anwendung des Ausnahmetatbestandes bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte belegt hat, erachtet der Beauftragte die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ als nicht nachgewiesen. Hingegen kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass die ersuchten Dokumente entsprechende Informationen enthalten könnten. Diese sind von fedpol zu identifizieren und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) zu schwärzen. 52. Zum Vorbringen von fedpol zur Ausnahmebestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, die eine Verweigerung des Zugangs erlaubt, wenn Informationen vermittelt werden könnten, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat, äussert sich der Beauftragte wie folgt: fedpol bezieht sich in seiner Stellungnahme (s. Ziff. 5) auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, sofern "allfällige Produkteverträge" vom Zugangsgesuch betroffen sind. Die Antragstellerin grenzte ihren Schlichtungsantrag dahingehend ein, dass sie ausschliesslich konzeptionelle Dokumente im Vorgang zur tatsächlichen Beschaffung ersucht. Aus dieser Eingrenzung ergibt sich, dass sie gerade keine Verträge oder Vereinbarungen mit Drittpersonen oder Anbietenden der zu beschaffenden Produkte herausverlangt. Somit erübrigt sich eine Prüfung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ. 53. Zwischenfazit: Das Vorliegen des Ausnahmegrunds nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ ist nach Ansicht des Beauftragten zu verneinen. 54. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche im Sinne der aktuellen Rechtsprechung in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB im hiervor erwähnten Sinne (s. Ziff. 38) fallen, wird in Anwendung von Art. 4 Bst. a BGÖ spezialgesetzlich geregelt, weshalb die Be-

52 Urteil des BGer 1C\_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3. 53 Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.3 m.w.H. 54 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 9.2, 10.2 55 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 9.2, 10.2.

13/14 stimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind. Mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes kann fedpol unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips an seiner Zugangsverweigerung festhalten. - fedpol vermochte bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. - fedpol hat bis anhin nicht hinreichend dargetan, dass die Bekanntgabe der ersuchten Dokumente die innere oder äussere Sicherheit i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ beeinträchtigen könnte. Hingegen kann der Beauftragte nicht

ausschliessen, dass diese Dokumente entsprechende Informationen enthalten könnten. Diese sind von fedpol zu identifizieren und zu schwärzen. - fedpol hat bis anhin nicht dargetan, inwiefern der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ zur Anwendung gelangt. 55. Abschliessend ist anzumerken, dass es fedpol unbenommen bleibt, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen.

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

14/14 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 56. Das Bundesamt für Polizei kann mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes an seiner Zugangsverweigerung im hiervor dargelegten Sinne (vgl. Ziff. 54) festhalten. 57. Soweit die in den verlangten Dokumenten enthaltenen Informationen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips fallen, identifiziert das Bundesamt für Polizei diejenigen Informationen, die vom Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ erfasst sind, und schwärzt diese ggf. unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips. 58. Das Bundesamt für Polizei gewährt den Zugang zu den übrigen Inhalten der ersuchten amtlichen Dokumente. 59. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Polizei 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 ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 60. Das Bundesamt für Polizei erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 61. Das Bundesamt für Polizei erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 62. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 63. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X.\_\_(Antragstellerin)

- Einschreiben mit Rückschein (R)

Bundesamt für Polizei fedpol Guisanplatz 1A 3003 Bern

Reto Ammann Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip  
Lena Hehemann Juristin  
Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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