

EDOEB empfehlung-vom-21-mai-2021-schweizer-armee-beschaffungsdossier-hygienemaskensach-2021-05-21 vom 21. Mai 2021

EDÖB, 2021-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-21-mai-2021-schweizer-armee-beschaffungsdossier-hygienemaskensach-2021-05-21

FR: EDOEB empfehlung-vom-21-mai-2021-schweizer-armee-beschaffungsdossier-hygienemaskensach-2021-05-21 du 21 mai 2021

IT: EDOEB empfehlung-vom-21-mai-2021-schweizer-armee-beschaffungsdossier-hygienemaskensach-2021-05-21 del 21 maggio 2021

Erwägungen

E. 1

Die Antragstellerin A (Journalistin) hat am 7. Dezember 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Schweizer Armee um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht (nachfolgend: Zugangsgesuch Nr. 1): – "[...] Einsicht in die Beschaffungsdossiers aller Masken, die das VBS von der [Z. AG] bezogen hat. Laut Beschaffungsbericht sind dies: – Atemschutzmaske TE YIN FFP2, ohne Ventil zu Fr. 8.90 – Atemschutzmaske TE YIN FFP2, ohne Ventil zu Fr. 9.90 – Atemschutzmaske TE YIN FFP2, ohne Ventil zu Fr. 8.50 – Atemschutzmaske TE YIN FFP2, ohne Ventil zu Fr. 9.50 – OP-Maske TYP II, 90X180MM blau, zum Binden zu Rp. 89 • alle Offerten • Evaluationspapier zum Lieferanten (wieso dieser Lieferant?)

2/22

• Evaluationspapier zu den Produkten (wieso diese Masken?) • Schriftliche Begründung, falls Evaluationspapiere fehlen • den begründeten Zuschlagsentscheid • die Bestellung mit allen Spezifikationen bezüglich Qualität und Quantität • Kaufvertrag / Vereinbarung zu den Anzahlungen / Lieferetappen • Korrespondenz zwischen VBS/[Z. AG] • Sämtliche Prüfberichte und Kontrollen (mitgelieferte und diejenigen des VBS) • Sämtliche Zertifikate • Konformitätserklärungen der Hersteller (Declaration of Conformity)"

E. 2

Am 24. Januar 2021 hat Antragsteller B (Journalist) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der Schweizer Armee "die Offerte der [Z. AG] und den Kaufvertrag zwischen der [Z. AG] und der Armeepothek [...], die der Lieferung der 700'000 CHEMIPHARMA-Masken zu Grunde liegen", verlangt (nachfolgend: Zugangsgesuch Nr. 2).

E. 3

Am 8. Januar 2021 nahm der Armeestab der Schweizer Armee ASTAB zum Zugangsgesuch Nr. 1 und am 25. Januar 2021 zum Zugangsgesuch Nr. 2 Stellung und teilte der Antragstellerin A resp. dem Antragsteller B mit, dass der ASTAB abklären müsse, ob und inwieweit die von ihnen verlangten Dokumente zum Gegenstand eines laufenden Strafverfahrens gehörten und folglich gemäss Art. 3 BGÖ in Verbindung mit dem einschlägigen Verfahrensrecht nicht zugänglich gemacht werden dürften. Zudem müssten

die betroffenen natürlichen und juristischen Personen gemäss Art. 11 BGÖ angehört werden, bevor der Zugang zu den gewünschten Informationen gewährt werden könne. Folglich werde die Frist zur Herausgabe der verlangten Dokumente vorderhand gestützt auf Art. 12 Abs. 2 und 3 BGÖ mindestens um 20 Tage verlängert bzw. der Zugang bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben.

E. 4

Mit Schreiben vom 18. Januar 2021 lud der ASTAB die betroffene Dritte (Unternehmen; nachfolgend: Z. AG) zu einer Stellungnahme betreffend Zugangsgesuch Nr. 1 gemäss Art. 11 BGÖ ein. Er wies die Z. AG darauf hin, dass nach Einschätzung des ASTAB keine Ausnahmetatbestände gemäss Art. 7 BGÖ vorliegen würden und er beabsichtige, den Zugang zu den betroffenen Dokumenten unter Schwärzung der Personennamen gemäss Art. 9 BGÖ zu gewähren. Zusammen mit dem Schreiben übermittelte der ASTAB der Z. AG die bei ihm vorhandenen Dokumente in Bezug auf das Beschaffungsprojekt mit den vorgeschlagenen Schwärzungen der Personennamen.

E. 5

In ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2021 teilte die Z. AG dem ASTAB mit, dass sie mit der beabsichtigten Zugangsgewährung zu den Dokumenten gemäss Zugangsgesuch Nr. 1 nicht einverstanden sei. Sie machte vorab geltend, dass die Dokumente aufgrund deren Relevanz für laufende Verhandlungen nicht zugänglich zu machen seien (Art. 8 Abs. 4 BGÖ). Weiter sei der Zugang zu den Dokumenten zu verweigern, weil diese zumindest teilweise Gegenstand einer internen Untersuchung seien und Grundlage für einen ausstehenden administrativen Entscheid darstellen würden (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Die Z. AG führte weiter aus, dass durch die Zugangsgewährung Geschäftsgeheimnisse offenbart würden (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und dass die Dokumente Informationen darstellen würden, die dem ASTAB freiwillig und auf vertraulicher Basis mitgeteilt worden seien (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Ausserdem sei aufgrund bevorstehender Rechtsstreitigkeiten der Vorrang der zivilprozessualen Editionsrechte zu beachten (Art. 4 Bst. b BGÖ) und zum Schutz der Personendaten sei – da eine Anonymisierung nicht ausreiche – der Zugang vollumfänglich zu verweigern (Art. 9 BGÖ).

E. 6

Mit E-Mail vom 23. Februar 2021 teilte der ASTAB der Antragstellerin A (betr. Zugangsgesuch Nr. 1) und dem Antragsteller B (betr. Zugangsgesuch Nr. 2) mit, er komme unter

3/22

Berücksichtigung der Stellungnahme der Z. AG zum Schluss, dass der Zugang zu den verlangten Dokumenten zum gegenwärtigen Zeitpunkt verweigert werde. Der ASTAB brachte vor, dass die Dokumente eine spezifische juristische Person (Z. AG) betreffen, weswegen eine Anonymisierung gemäss Art. 9 BGÖ nicht möglich sei. Da die Z. AG mit der Herausgabe nicht einverstanden sei, werde der Zugang bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben (Art. 12 Abs. 3 BGÖ). Weiter führte der ASTAB aus, die Vorsteherin des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS habe die Aufarbeitung der Maskenbeschaffung durch die interne Revision des VBS in Auftrag gegeben. Davon betroffen sei auch ein Angebot der Z. AG gegenüber der Eidgenossenschaft. Beim Beschaffungsdossier handle es sich somit um Dokumente über

Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen, die gemäss Art. 8 Abs. 4 BGÖ vom Öffentlichkeitsprinzip ausgeschlossen seien. Zudem bestehe nach Auffassung des ASTAB die Möglichkeit, "dass durch die Bekanntgabe des Beschaffungsdossiers während des laufenden internen Revisionsprozesses die Chefin VBS unter allzu starken Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ)." Zudem stellten diese Dokumente Grundlage für den von der Departementsvorsteherin nach Abschluss des internen Revisionsverfahrens zu treffenden politischen oder administrativen Entscheidung dar, weswegen der Zugang gegenwärtig auch gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ zu verweigern sei. Schliesslich machte der ASTAB geltend, dass die Dokumente im Maskenbeschaffungsverfahren mit grosser Wahrscheinlichkeit Gegenstand eines allfälligen Strafverfahrens gegen die Z. AG würden, weswegen das Öffentlichkeitsgesetz auf diese Dokumente nicht anwendbar wäre (Art. 3 BGÖ).

E. 7

Die Antragstellerin A und der Antragsteller B reichten in der Folge am 26. Februar 2021 respektive am 1. März 2021 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) je einen Schlichtungsantrag ein.

E. 8

Mit E-Mail vom 2. März 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin A (betr. Zugangsgesuch Nr. 1) und dem Antragsteller B (betr. Zugangsgesuch Nr. 2) den Eingang ihrer Schlichtungsanträge und forderte gleichentags den ASTAB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.

E. 9

Auf Antrag der Antragstellerin A und des Antragstellers B sistierte der Beauftragte die jeweiligen Schlichtungsverfahren im Zeitraum vom 10. März 2021 bis und mit 6. April 2021.

E. 10

Am 2. Februar 2021 hat ein Zugangsgesuchsteller (Rechtsanwalt; nachfolgend: Gesuchsteller) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der Schweizer Armee um Zugang zu "den Zertifikaten für die gemäss [T]amedia tatsächlich an die AAPot gelieferten Typen CHEMIPHARMA, NAISIAN KN95, PINYUE KN95, YUENFONG KN95, GUANHUA KN95 sowie ANGTAI KN95 FFP2" (nachfolgend: Zugangsgesuch Nr. 3) ersucht.

E. 11

Am 17. Februar 2021 hat die Antragstellerin C (Rechtsanwältin) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der Logistikkbasis der Armee LBA respektive der Armeepothek um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht (nachfolgend: Zugangsgesuch Nr. 4): – "Sämtliche Korrespondenz mit der [Z. AG]; – Vertrag zwischen [Z. AG] und der Schweizer Armeepothek; – Alle weiteren Unterlagen und Daten in Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung zwischen der [Z. AG] und der Schweizer Armeepothek, insbesondere betreffend Preisfestlegung."

E. 12

Am 5. März 2021 hat der Antragsteller B gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der Schweizer Armee ein weiteres Zugangsgesuch (nachfolgend: Zugangsgesuch Nr. 5) eingereicht, mit welchem er um Zugang zu den "Dokumente[n] der drei Maskentypen, die nun in Ordnung sind", ersuchte. Aus der dem Zugangsgesuch vorausgegangenen Korrespondenz

4/22

zwischen dem Antragsteller B und der Schweizer Armee geht hervor, dass es sich bei den "drei Maskentypen, die nun in Ordnung sind" um die Typen Hygienemasken GUARDI, YUENFONG und SWORD handelt.

E. 13

Am 2. Februar 2021, 8. März 2021 und 25. März 2021 nahm der ASTAB jeweils zu den Zugangsgesuchen Nr. 3, 4 und 5 Stellung und teilte dem Gesuchsteller, der Antragstellerin C sowie dem Antragsteller B mit, dass die betroffene juristische Person gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört werden müsse, bevor der Zugang zu den gewünschten Informationen gewährt werden könne. Folglich werde der Zugang zu den verlangten Dokumenten bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben (Art. 12 Abs. 3 BGÖ).

E. 14

Mit Schreiben vom 4. März 2021 lud der ASTAB die Z. AG zu einer Stellungnahme zum Zugangsgesuch Nr. 3 gemäss Art. 11 BGÖ ein.

E. 15

In ihren Stellungnahmen vom 15. März 2021 (betr. Zugangsgesuch Nr. 3), vom 29. März 2021 (betr. Zugangsgesuch Nr. 4) und vom 6. April 2021 (betr. Zugangsgesuch Nr. 5) teilte die Z. AG dem ASTAB mit, dass sie mit der beabsichtigten Zugangsgewährung nicht einverstanden sei. Sie berief sich dabei im Wesentlichen auf dieselben Gründe wie in ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2021 (siehe Ziffer 5). In ihren Stellungnahmen zu den Zugangsgesuchen Nr. 4 und 5 machte sie neu zusätzlich geltend, dass der Zugang aufgrund eines laufenden Strafverfahrens und ausserdem wegen bevorstehenden zivilrechtlichen Streitigkeiten zu verweigern sei und verwies dafür auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 und Art. 4 Bst. b BGÖ.

E. 16

Mit Schreiben vom 17. März 2021 resp. 19. März 2021 teilte der ASTAB der Z. AG mit, dass aufgrund des Abschlusses des Vergleichs zwischen der Z. AG und dem VBS vom 5. März 2021 betreffend Maskenaustausch in Bezug auf die Zugangsgesuche Nr. 1-5 nach seiner Einschätzung keine Hinderungsgründe nach Art. 3 und 7 BGÖ mehr vorliegen würden. Der ASTAB ergänzte, es handle "sich nicht um amtliche Dokumente aus laufenden Zivil- oder Strafverfahren. Die blossе Wahrscheinlichkeit, dass die Dokumente irgendeinmal Gegenstand von vorerwähnten Verfahren werden könnten, genügt im Sinne von Art. 3 BGÖ nicht, dass das BGÖ nicht anwendbar wäre." Für den ASTAB sei – insbesondere, da eine Konkretisierung seitens der Z. AG fehle – auch nicht ersichtlich, inwiefern durch die Herausgabe der Dokumente Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden sollten. Vor diesem Hintergrund ziehe der ASTAB in Betracht, den Zugang zu den gewünschten Informationen unter Schwärzung sämtlicher Personendaten zu gewähren.

E. 17

Mit Schreiben vom 1. April 2021 resp. vom 6. April 2021 teilte der ASTAB dem Gesuchsteller (betr. Zugangsgesuch Nr. 3) und der Antragstellerin C (betr. Zugangsgesuch Nr. 4) resp. dem Antragsteller B (betr. Zugangsgesuch Nr. 5) mit, die Z. AG sei mit der Herausgabe der Dokumente nicht einverstanden, weswegen der Zugang bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben werde (Art. 12 Abs. 3 BGÖ).

E. 18

Am 16. März 2021 resp. 17. März 2021 reichte der ASTAB beim Beauftragten die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme (hinsichtlich der Schlichtungsverfahren zu den Zugangsgesuchen Nr. 1 und 2) ein. Der ASTAB führte darin aus, dass er zuerst habe abklären wollen, "ob die verlangten Dokumente Gegenstand eines laufenden Strafverfahrens werden und die Dokumente gemäss Art. 3 BGÖ deshalb nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Unsere Abklärung beim zuständigen Staatsanwalt des Kantons Zürich hat dann ergeben, dass aus strafrechtlicher Sicht nichts gegen eine Herausgabe spricht." Weiter wies der ASTAB auf Folgendes hin: Aufgrund von laufenden Verhandlungen und der Nichtzustimmung der Z. AG habe man mit Schreiben vom 23. Februar 2021 der Antragstellerin A und dem Antragsteller B mitgeteilt, "dass wir zurzeit keine Dokumente in Bezug auf das Beschaffungsdossier [...] herausgeben [...]. [...] Die Schweizer Armee [hat] sich in der Zwischenzeit mit [der Z. AG]

5/22

geeinigt und einen Vergleich abgeschlossen [...]. Aufgrund der Änderung der Sachlage wären wir deshalb mit einer Herausgabe der Dokumente des Beschaffungsdossiers mit [der Z. AG] einverstanden. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass alle Personendaten in allen Dokumenten geschwärzt werden, so wie wir dies der [Z. AG] am 18. Januar 2021 vorgeschlagen haben". Da die Z. AG mit der Herausgabe nicht einverstanden sei, sei der Zugang bis zur Klärung der Rechtslage gemäss Art. 12 Abs. 3 BGÖ aufzuschieben.

E. 19

Am 9. April 2021 reichte die Z. AG beim Beauftragten jeweils einen Schlichtungsantrag betreffend die Zugangsgesuche Nr. 1-5 ein, deren Eingang der Beauftragte mit Schreiben vom 12. April 2021 bestätigte. In der im Zusammenhang mit den Schlichtungsanträgen eingereichten Begründung machte sie hauptsächlich geltend, dass sämtliche von den Zugangsgesuchen betroffenen Unterlagen Gegenstand eines hängigen Strafverfahrens seien, weswegen der Zugang zu den amtlichen Dokumenten vollumfänglich zu verweigern sei respektive diese nicht vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst würden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Eventualiter sei der Zugang zu den verlangten Dokumenten nach Auffassung der Z. AG auch gestützt auf Art. 4 Bst. b, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, g und h, Art. 8 Abs. 2 und 4 sowie Art. 9 BGÖ vollumfänglich zu verweigern. Auf die weiteren Ausführungen der Z. AG in den Schlichtungsanträgen und in den diese ergänzenden Stellungnahmen vom

E. 22

April 2021 wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen (siehe insb. Ziffer 33 f., 43, 46, 48, 56, 60, 64 und 70). 20. Mit E-Mail vom 9. April 2021 forderte der Beauftragte den ASTAB dazu auf, die von den Schlichtungsanträgen der Z. AG betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen. Der

Beauftragte bat den ASTAB, sich spezifisch zu dessen im Schreiben vom 17. März 2021 festgehaltenen Einschätzung zu äussern (siehe Ziffer 16), wonach es sich bei den vorliegend interessierenden Dokumenten nicht um amtliche Dokumente aus laufenden Zivil- oder Strafverfahren handle und folglich das Öffentlichkeitsgesetz auf sie Anwendung finde. 21. Am 21. April 2021 reichte der ASTAB im Zusammenhang mit den Schlichtungsanträgen der Z. AG die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme ein. In seiner Stellungnahme beschränkte sich der ASTAB darauf, festzuhalten, dass er weiterhin und "speziell" im Zusammenhang mit den die Schlichtungsanträge der Z. AG betreffenden Dokumenten der Ansicht sei, dass es sich bei den vorliegend interessierenden Dokumenten nicht um amtliche Dokumente aus laufenden Zivil- oder Strafverfahren handle und folglich das Öffentlichkeitsgesetz auf sie Anwendung finde. Mit E-Mail vom 22. April 2021 ergänzte der ASTAB seine Stellungnahme und betonte insbesondere, dass er "nach dem Abschluss des Vergleichs mit [der Z. AG] keine Hinderungsgründe mehr [sieht], die verlangten Beschaffungsunterlagen nicht herauszugeben. Wir sind somit mit der Herausgabe der Beschaffungsunterlagen unter der Bedingung einverstanden, dass alle Personendaten geschwärzt werden." Der ASTAB reichte dem Beauftragten am 16./17. März 2021 (vgl. Ziffer 18) und am 21. April 2021 die Dokumente im Zusammenhang mit den Zugangsgesuchen resp. den Schlichtungsanträgen der Antragstellenden sowie den Schlichtungsanträgen der Z. AG ein. Da sich die Zugangsgesuche in beträchtlichem Umfang überschneiden und mit Ausnahme von Zugangsgesuch Nr. 3 jeweils zwei Schlichtungsanträge je Zugangsgesuch eingereicht wurden, reichte der ASTAB identische Dokumente teilweise mehrfach ein. Aus diesem Grund und aufgrund des erheblichen Umfangs der eingereichten Dokumente beschränkt sich die nachfolgende Auflistung grundsätzlich auf die Darstellung der Kategorien der vom ASTAB eingereichten Dokumente: – E-Mail-Korrespondenz zwischen der Armeepothek und der Z. AG im Zeitraum

6/22

E. 27

Die Z. AG wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahm sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und ist somit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

E. 28

Sämtliche Schlichtungsanträge betreffen die Zugangsgesuche Nr. 1-5, welche allesamt den Zugang zu Unterlagen im Zusammenhang mit der Maskenbeschaffung des VBS bei der Z. AG zum Gegenstand haben. Die Z. AG macht in ihren Schlichtungsanträgen zu den Zugangsgesuchen jeweils dieselben Ausnahmebestimmungen mit derselben Begründung geltend. Der ASTAB bezieht sich in seiner Argumentation ebenfalls auf sämtliche im

7/22

entsprechenden Zeitpunkt relevanten Zugangsgesuche resp. Schlichtungsanträge und er reichte beim Beauftragten abschliessende Stellungnahmen ein, die für alle Schlichtungsverfahren zu berücksichtigen sind. Deshalb rechtfertigt es sich, diese neun Schlichtungsverfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.

E. 29

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ 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. 30

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.²

E. 31

Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sind die amtlichen Dokumente des gesamten Beschaffungsdossiers bezüglich der Beschaffung von Hygienemasken durch das VBS bei der Z. AG im durch die Zugangsgesuche Nr. 1-5 definierten Umfang. Die nachfolgenden Erwägungen gelten für sämtliche Dokumente des Beschaffungsdossiers und sind somit für alle Zugangsgesuche im auf sie jeweils zutreffenden Umfang zu beachten. Nicht zum Schlichtungsgegenstand gehören sämtliche Dokumente und Informationen, die der ASTAB resp. das VBS bereits publiziert hat und dementsprechend allgemein bekannt oder zumindest einsehbar sind. Der Anspruch auf Zugang zu diesen in einem Publikationsorgan oder auf einer Internetseite des Bundes veröffentlichten Dokumenten gilt als erfüllt (Art. 6 Abs. 3 BGÖ).

E. 32

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft 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 bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.³

E. 33

Die Z. AG ist mit der beabsichtigten Gewährung des Zugangs zu den verlangten Informationen nicht einverstanden. Vorab macht sie in den Stellungnahmen zu den Zugangsgesuchen Nr. 4 und 5, in sämtlichen von ihr eingereichten Schlichtungsanträgen sowie in ihren ergänzenden Stellungnahmen vom 22. April 2021 geltend, bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich sei derzeit ein Strafverfahren gegen Unbekannt betreffend die Maskenbeschaffungen des VBS bei der Z. AG rechtshängig und alle in den Zugangsgesuchen genannten Unterlagen (insb. alle Verträge und die gesamte Korrespondenz) seien Gegenstand dieses Strafverfahrens. Diese Akten seien zurzeit versiegelt und es laufe ein Entsiegelungsverfahren beim Zwangsmassnahmengericht des Bezirkes Zürich. Das Zwangsmassnahmengericht habe im

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003),

BBl 2003 2024. 2 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 3 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

8/22

Entsiegelungsverfahren zu entscheiden, ob der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich der Zugang zu ebendiesen Dokumenten zu gewähren sei. "[Die Z. AG] und weitere Betroffene haben bis zum 19. April 2021 Frist, um ihre Stellungnahme zu den aus ihrer Sicht unrechtmässigen Verfahrensschritten der Staatsanwaltschaft III einzureichen. Es ist zu erwarten, dass sowohl das Entsiegelungsverfahren wie auch das Strafverfahren, welches wie erwähnt genau die [von den Antragstellenden und vom Gesuchsteller] geforderten Dokumente und Masken zum Gegenstand hat, noch viele Monate andauern wird. Sowohl das Entsiegelungsverfahren wie auch das Strafverfahren würden unterlaufen bzw. torpediert, wenn im jetzigen Zeitpunkt die [...] verlangten Unterlagen über das BGÖ an die Öffentlichkeit gelangten."

E. 34

Die Z. AG bringt weiter vor, dass der ASTAB – soweit er sich für die beabsichtigte Zugangsgewährung auf das Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2021 stütze – eine unzutreffende Auffassung vertrete (vgl. die Ausführungen des ASTAB betreffend das erwähnte Bundesgerichtsurteil in Ziffer 37). Ausserdem beziehe sich dieser Entscheid auf die Auslegung einer interkantonalen Norm und nicht auf das Öffentlichkeitsgesetz, weswegen die Auffassung des Bundesgerichts für das Öffentlichkeitsgesetz ohnehin nicht unbeschadet übernommen werden könne und mit den im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Grundsätzen auch nicht vereinbar erscheine. Zu Art. 3 BGÖ sei festzuhalten, dass sowohl der Wortlaut der Gesetzesbestimmung wie auch die Formulierung in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz klar sei. Folglich seien nach "richtiger Auffassung sämtliche Dokumente, welche sich in den Verfahrensakten einer Strafuntersuchung finden, unabhängig von ihrer Nähe zum Streitgegenstand vom Grundsatz der Transparenz ausgenommen." Andernfalls bestünde stets die Gefahr, dass durch die Veröffentlichung wichtiger Beweismittel ein Strafverfahren der Gang der Untersuchungen der Strafbehörden beeinträchtigt würde.

E. 35

Die Z. AG kommt zu folgender Einschätzung: "Da die Dokumente und Unterlagen, in welche [die Antragstellerin, die Antragsteller und der Gesuchsteller] Einsicht verlang[en], Bestandteil eines laufenden Strafverfahrens bilden, was von der Staatsanwaltschaft III ohne weiteres bestätigt werden kann, ist jegliche Einsicht in dieselben zu verweigern. Der Zugang zu diesen Dokumenten bzw. die strafprozessualen Einsichts- und Beweissicherungsvorschriften richten sich einzig und allein nach den Bestimmungen der StPO[5]. Für eine Offenlegung dieser Akten gestützt auf das BGÖ bleibt zumindest solange, wie das Strafverfahren betreffend diese Unterlagen andauert, kein Raum." Das Zugangsgesuch sei folglich bereits gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ vollumfänglich abzuweisen.

E. 36

Der ASTAB hingegen führt in seinen Stellungnahmen vom 21. April 2021 zu den Schlichtungsanträgen der Z. AG an den Beauftragten aus, die durch ihn vorgenommene

"Abklärung beim zuständigen Staatsanwalt des Kantons Zürich hat dann ergeben, dass aus strafrechtlicher Sicht nichts gegen eine Herausgabe spricht [...]". Darüber hinaus bestätigte der ASTAB explizit seine bereits im Schreiben vom 17. März 2021 an die Z. AG geäußerte Einschätzung, dass es sich bei den fraglichen Dokumenten nicht um amtliche Dokumente aus laufenden Zivil- oder Strafverfahren handle. "Die blosse Wahrscheinlichkeit, dass die Dokumente irgendeinmal Gegenstand von vorerwähnten Verfahren werden könnten, genügt im Sinne von Art. 3 BGÖ nicht, dass das BGÖ nicht anwendbar wäre."

E. 37

In seiner Stellungnahme vom 22. April 2021 an den Beauftragten ergänzt der ASTAB: "In Bezug auf das laufende Strafverfahren gegen [die Z. AG] ist festzuhalten, dass gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2021 (BGE 1C.367/2020) zwischen Dokumenten, die

4 Urteil des BGer 1C_367/2020 vom 12. Januar 2021. 5 Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

9/22

ausserhalb eines Gerichtsverfahrens (und auch nicht explizit mit Blick auf ein solches) erstellt wurden, einerseits und Dokumenten, die ausdrücklich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens angeordnet wurden (z.B. ein Schriftwechsel oder ein von der Justizbehörde in Auftrag gegebenes Gutachten) andererseits zu unterscheiden sei. Nur für letztere gilt der Grundsatz der Transparenz nicht; die anderen Dokumente bleiben aufgrund des Transparenzprinzips zugänglich [...]. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um Dokumente, die im Rahmen des Strafverfahrens angeordnet wurden." Zusammenfassend sei der ASTAB der Ansicht, dass es sich bei den Beschaffungsunterlagen nicht um Dokumente des Strafverfahrens handle, so dass das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar sei. Nach dem erfolgten Abschluss des Vergleichs mit der Z. AG sehe der ASTAB keine Hinderungsgründe mehr, die verlangten Beschaffungsunterlagen herauszugeben. Er sei somit mit der Herausgabe der Beschaffungsunterlagen unter der Bedingung einverstanden, dass alle Personendaten geschwärzt würden.

E. 38

Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Strafverfahren. Der Zugang zu Dokumenten, die Teil der Verfahrensakten eines Strafverfahrens sind, wird in den entsprechenden Verfahrensgesetzen geregelt.⁶ Nach überwiegender Ansicht ist bereits das polizeiliche Ermittlungsverfahren unter den Begriff des "Strafverfahrens" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zu subsumieren.⁷ Allerdings können nicht alle Informationen und Dokumente, welche einen Bezug zum Streitgegenstand eines Verfahrens aufweisen, als Dokumente eines Verfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ qualifiziert werden. Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz sind Dokumente, die zwar in einem weiteren Zusammenhang mit einem solchen Verfahren stehen, aber keinen Eingang in die Verfahrensakten im engeren Sinn finden, grundsätzlich nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich.⁸ Das Bundesgericht hat im Rahmen der Anwendung von Art. 69 Abs. 2 der Convention intercantonale du 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les Cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT- June; RS/NE 150.30) über die Merkmale eines Dokuments, das als Dokument im Sinne von Art. 69 Abs. 2 CPDT und Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ definiert werden kann, ebenso festgehalten: "Les termes «ayant

trait» (art. 69 al. 2 CPDT-JUNE) et «concernant» (art. 3 al. 1 LTrans) se comprennent ainsi comme visant des documents qui concernent précisément la procédure au sens strict (actes qui émanent des autorités judiciaires ou de poursuite ou qui ont été ordonnés par elles) et non ceux qui peuvent se trouver dans le dossier de procédure au sens large".⁹

E. 39

Soweit für den Beauftragten ersichtlich, wird sowohl vom ASTAB wie auch von der Z. AG nicht bestritten, dass es sich bei sämtlichen verlangten Dokumenten um amtliche Dokumente handelt (Art. 5 BGÖ). Zu klären ist, ob die Dokumente im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ Strafverfahren betreffen. Die Z. AG macht ein laufendes Strafverfahren geltend, belegt indessen im Schlichtungsverfahren aber nicht, dass ein solches tatsächlich eröffnet worden ist. Sie vermochte bisher auch nicht aufzuzeigen, ob überhaupt und inwieweit welche der betroffenen Dokumente in einem engeren Sinn im Zusammenhang mit einem konkreten hängigen Strafverfahren gemäss dem oben erwähnten Urteil stehen. Sofern die Ausführungen der Z. AG, wonach alle in den Zugangsgesuchen genannten Unterlagen Gegenstand dieses Strafverfahrens und zurzeit versiegelt seien, zutreffend sein sollte, gilt es festzuhalten, dass die Z. AG dieses Vorbringen nicht mit einem entsprechenden Nachweis belegt hat. Zudem kann der Auffassung der Z. AG, wonach sämtliche Dokumente, welche sich in den Verfahrensakten einer Strafuntersuchung befinden, unabhängig von ihrer Nähe zum Streitgegenstand vom

6 BBl 2003 1989. 7 Urteil des BVGer A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.3.4.1 mit Hinweisen. 8 BBl 2003 2008. 9 Urteil des BGer 1C_367/2020 vom 12. Januar 2021 E. 3.4.

10/22

Grundsatz der Transparenz ausgenommen sind, mit Blick auf die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz und das hiervor erläuterte Urteil des Bundesgerichts nicht zugestimmt werden (vgl. Ziffer 38).

E. 40

Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass die mit den Zugangsgesuchen verlangten Informationen ein hängiges Strafverfahren betreffen können, stellt aber fest, dass die Z. AG dies respektive den für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ erforderlichen engen Zusammenhang zu einem hängigen (Straf-)Verfahren entsprechend des hiervor Ausgeführten (siehe Ziffer 38) bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte nachvollziehbar dargelegt hat. Ein entsprechender Nachweis wäre von der Z. AG im allenfalls nachfolgenden Verfügungsverfahren zu erbringen.

E. 41

Zwischenfazit: Zusammenfassend ist für den Beauftragten im Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens nicht hinreichend dargetan, dass es sich bei den strittigen Dokumenten um Dokumente eines hängigen Strafverfahrens handelt resp. die Anforderungen des Bundesgerichts für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ für alle oder einzelne Dokumente erfüllt sind.

E. 42

Aufgrund der Sachlage empfiehlt der Beauftragte dem ASTAB abzuklären, ob im Zeitpunkt der Zugangsgewährung ein Strafverfahren hängig ist und welche der verlangten Dokumente Teil davon sind. Soweit ein derartiger Zusammenhang nicht gegeben ist, ist der Zugang

unter Beachtung der nachfolgenden Ausführungen und nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes grundsätzlich zu gewähren.

E. 43

Die Z. AG bringt darüber hinaus vor, aufgrund der Falschberichterstattung in den Medien habe sie den Redaktionen verschiedener Printmedien Abmahnungsschreiben zukommen lassen und ihnen rechtliche Schritte angedroht. Infolgedessen sei es "möglich, dass diese Streitigkeiten vor den Gerichten ausgetragen werden müssen. Für zivilrechtliche Streitigkeiten bestehen aber für die Parteien die prozessualen Editionsrechte, welche allfälligen Rechten gestützt auf das BGÖ oder auf das Datenschutzrecht vorgehen." Die zivilprozessualen Editionsrechte würden als spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes vorgehen.

E. 44

Soweit die Z. AG geltend macht, das Öffentlichkeitsgesetz sei für Dokumente betreffend zivilrechtlicher Streitigkeiten nicht anwendbar, ist dies im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ zu berücksichtigen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Zivilverfahren. Diese Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich betrifft hängige Verfahren. Die Z. AG selbst spricht lediglich von möglichen zukünftigen Rechtsstreitigkeiten. Sie macht weder geltend, dass aktuell zivilrechtliche Verfahren hängig sind, noch erbringt sie entsprechende Nachweise. Die Z. AG hat somit nicht hinreichend dargelegt, dass und inwiefern ein laufendes Zivilverfahren aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ einer Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes entgegensteht.

E. 45

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis eines engen Zusammenhangs zu einem hängigen Verfahren gemäss Bundesgericht entsprechend den Ausführungen in Ziffer 38 hiervor für sämtliche Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereichs gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ zu beachten ist.

E. 46

Die Z. AG macht weiter geltend, die Gewährung des Zugangs zu den verlangten Dokumenten sei gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ zu verweigern. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer dem Öffentlichkeitsgesetz

11/22

unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann (Bst. a) oder wenn die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde (Bst. b).

E. 47

Der ASTAB macht die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ in seiner Stellungnahme vom 23. Februar 2021 an die Antragstellerin A und den Antragsteller B ebenfalls geltend (siehe Ziffer 6). Allerdings kommt er nach Abschluss der

Vergleichsverhandlungen mit der Z. AG zum Schluss, dass aufgrund der damit einhergehenden Änderung der Sachlage keine der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 BGÖ mehr einschlägig ist (vgl. Stellungnahmen vom 16. März 2021 an den Beauftragten und Schreiben vom 17. März 2021 an die Z. AG; Ziffer 16 und 18). Folglich beruft sich im Schlichtungsverfahren lediglich die Z. AG auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ. Gemäss Bundesverwaltungsgericht dienen diese beiden Ausnahmetatbestände dem Schutz der Verwaltung respektive der Verwaltungstätigkeit und können nicht von betroffenen Dritten anstelle der Verwaltung geltend gemacht werden.¹⁰ Im Ergebnis sind die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ nach Ansicht des Beauftragten vorliegend nicht anwendbar.

E. 48

Die Z. AG macht sowohl in ihren Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung (siehe Ziffer 5) gegenüber dem ASTAB wie auch in ihren Schlichtungsanträgen geltend, dass in den von den Zugangsgesuchen umfassten Dokumenten Geschäftsgeheimnisse enthalten seien, die im Falle der Herausgabe offenbart würden. So ermöglichten insbesondere die verlangte Korrespondenz und die angeforderten Zertifikate Rückschlüsse auf Beschaffungswege und -modalitäten der Z. AG. Ausserdem handle es generell um geschäftliche Unterlagen, welche nicht allgemein zugänglich seien.

E. 49

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff „Geschäftsgeheimnis“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).¹¹

E. 50

Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.¹² Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund

¹⁰ Urteil des BVGer A-2564/2018 vom 5. August 2020 E. 6. ¹¹ Urteil des BGer

1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3. ¹² Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar

2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

12/22

der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.¹³ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.¹⁴ 51. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um wesentliche Informationen handelt, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken könnte und dazu führen würde, dass ein Wettbewerbsnachteil entstünde und damit ein Schaden zugefügt würde.¹⁵ Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde hat im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.¹⁶ In diesem Zusammenhang ist entscheidend zu berücksichtigen, dass die Verwirklichung eines Ausnahmegrunds letztlich für die Zugangsgesuchsteller nachvollziehbar dargelegt werden muss.¹⁷ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁸ Letztlich ist das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.¹⁹ 52. Soweit sich die Z. AG darauf beruft, dass es sich bei verlangten Dokumenten "ganz generell um geschäftliche Unterlagen, welche nicht allgemein zugänglich sind", handelt, so lassen sich daraus alleine keine Geschäftsgeheimnisse ableiten. Dadurch wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille kundgetan, welcher vorliegend allerdings unbestritten ist. Darüber hinaus ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben und die Voraussetzung der relativen Unbekanntheit erfüllt ist. 53. Bei Angaben über Kunden, Bezugs- und Absatzquellen sowie Angaben über Lieferanten eines Unternehmens kann es sich grundsätzlich um ein Geschäftsgeheimnis handeln.²⁰ Sie gelten allerdings erst dann als Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, wenn deren Offenlegung sich negativ auf das Geschäftsergebnis des betroffenen Unternehmens auswirken könnte.²¹ 54. Die Vorbringen der Z. AG sind lediglich allgemeiner Natur und die geltend gemachten Argumente nicht ausreichend begründet. So legt sie nicht dar, inwiefern durch die Herausgabe der Dokumente Rückschlüsse auf Beschaffungswege und -modalitäten möglich sein sollen. Aus der Korrespondenz ist zwar für einzelne bestimmte Lieferungen ersichtlich, aus welchen

13 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 14 SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff. 15 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4 16 Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2 (frz.). 17 Empfehlung EDÖB vom 9. Juni 2020: Swissmedic / Protokoll Human Medicines Expert Committee (HMEC) Ziffer 30. 18 Urteil des BVGer

A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8. 19 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 20 Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 6.3. 21 BGE 142 II 340 E. 3.2.

13/22

Ländern die Masken importiert würden. Hinzu kommen Angaben aus den "Test reports", den Konformitätserklärungen und den Zertifikaten, aus denen Rückschlüsse auf den Hersteller möglich sind. Inwiefern diese Angaben für sich allein geeignet sein sollen, Rückschlüsse auf Beschaffungswege und -modalitäten zu ermöglichen, wird von der Z. AG nicht näher ausgeführt. Dabei ist zu beachten, dass die Information, von welchem Hersteller die Z. AG bestimmte Produkte bezogen hat, nicht mit Kenntnissen über Beschaffungswege und -modalitäten gleichzusetzen ist. Die Z. AG zeigt zudem nicht auf, inwiefern sich die Offenlegung dieser Information negativ auf ihr Geschäftsergebnis und damit auf ihre Wettbewerbsfähigkeit auswirken könnte. Hierzu ist anzumerken, dass auch der ASTAB nicht davon ausgeht, dass im Fall der Herausgabe der Unterlagen Geschäftsgeheimnisse der Z. AG offenbart werden (siehe Ziffer 16). 55. Die Z. AG hat bisher weder in ihren Stellungnahmen an den ASTAB noch in den Schlichtungsanträgen an den Beauftragten mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte überzeugend dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der strittigen Informationen ihren Konkurrenten einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil der Z. AG zu erwarten ist. Es fehlt daher am Nachweis des ernsthaften Schadensrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als nicht erfüllt. 56. Die Z. AG macht weiter geltend, durch die Offenlegung der verlangten Dokumente würden Informationen vermittelt, die sie dem ASTAB freiwillig mitgeteilt und deren Geheimhaltung der ASTAB zugesichert habe. Sie habe dem VBS "die Masken im März 2020 auf freiwilliger und vertraulicher Basis angeboten". Die Offertstellung sei ohne gesetzliche oder vertragliche Pflicht erfolgt und die Verhandlungen zwischen den Parteien seien immer auf vertraulicher Basis geführt worden. 57. Die Ausnahmeregelung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ findet Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson mitgeteilt worden sein. Zudem müssen die Informationen der Behörde freiwillig, d.h. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Behörde die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben.²² 58. Die verlangten Dokumente respektive die darin enthaltenen Informationen beziehen sich allesamt auf die Vertragsbeziehungen zwischen der Z. AG und der Armeeapotheke bzw. dem ASTAB und die daraus resultierenden Vertragsabschlüsse und Vertragsvollzugshandlungen. Bei Verträgen zwischen dem Staat und Privaten fehlt es bereits an einer der verlangten Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, nämlich an der freiwillig mitgeteilten Information.²³ Der ASTAB hat sich denn auch zu keiner Zeit auf diese Ausnahmebestimmung berufen. 59. Nach Ansicht des Beauftragten ist bereits das Kriterium der Freiwilligkeit nicht erfüllt, weswegen die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ keine Anwendung findet. 60. Weiter bringt die Z. AG unter Berufung auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ vor, die von den Zugangsgesuchen betroffenen Dokumente seien Gegenstand der laufenden internen Untersuchung des VBS und damit zusammenhängende "administrative Entscheide [werden]

22 Urteil des BVGer A-7847/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.3.4. 23 Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 5.2.2.

14/22

frühestens nach Abschluss der internen Untersuchung getroffen. Aus diesem Grund ist eine Offenlegung der verlangten Unterlagen, welche Gegenstand der internen Untersuchung bilden, zum jetzigen Zeitpunkt gesetzlich nicht zulässig und auch nicht opportun". Das Zugangsgesuch sei "auch aus diesem Grund vollständig abzuweisen [...]" 61. Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Es handelt sich in Fällen von Art. 8 Abs. 2 BGÖ somit nicht um eine Verweigerung des Zugangs, sondern um einen Aufschub. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.²⁴ Damit ein Dokument als Entscheidungsgrundlage gilt, muss dieses nach der Lehre einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, damit nicht über diesen Gesetzesartikel der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt wird.²⁵ Diese Auffassung wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.²⁶ Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.²⁷ Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.²⁸ 62. Soweit sich die Z. AG auf die laufende interne Untersuchung des VBS bezieht, kann dieses Argument nicht mehr gehört werden, da die interne Untersuchung abgeschlossen und der daraus resultierende Bericht vom VBS am 22. April 2021 publiziert wurde.²⁹ Weitere ausstehende politische oder administrative Entscheide wurden weder von der Z. AG noch vom ASTAB geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. 63. Ein mit den von den Zugangsgesuchen Nr. 1-5 erfassten Dokumenten in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang stehender, noch nicht gefällter politischer oder administrativer Entscheid wird weder von der Z. AG noch vom ASTAB dargelegt und ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Es handelt sich vorliegend nach Ansicht des Beauftragten nicht um einen besonderen Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGÖ, weswegen diese Bestimmung nicht zur Anwendung gelangt. 64. In ihren Stellungnahmen zu den Zugangsgesuchen sowie in sämtlichen von ihr eingereichten Schlichtungsanträgen führt die Z. AG weiter aus, sämtliche verlangten Dokumente seien Gegenstand des am 5. März 2021 zwischen dem VBS und der Z. AG abgeschlossenen Vertrags respektive des noch offenen Vollzugs dieses Vertrags. Gegenstand dieses Vertrags sei die Rücknahme sämtlicher von der Z. AG gelieferten und nicht verwendeten FFP2- und KN95-Masken und der Ersatz durch frische FFP2-Masken mit längerem Verfallsdatum. "Dieser Vertrag ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vollständig vollzogen und es finden im Rahmen des Vollzugs allenfalls weitere Verhandlungen und Absprachen zwischen den Parteien statt. Es

24 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 32; Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4. 25 Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.7.1.3; vgl. A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1. 26 Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4. 27 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 30. 28 Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018 Ziffer 28. 29 Prüfbericht «Beschaffung von Schutzmasken» vom 24. März 2021, publiziert am 22. April 2021, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start.html>> unter > Dokumentation > Medienmitteilungen > Prüfbericht zur Beschaffung von Schutzmasken: Chefin VBS ordnet Massnahmen an (zuletzt besucht am 7. Mai 2021).

15/22

ist zu erwarten, dass diese Tätigkeiten erst in einigen Monaten abgeschlossen werden können. [...] Gerade weil die angebehrten Unterlagen Lieferungen betreffen, welche Gegenstand des noch offenen Vertragsvollzugs und der ausstehenden Ersatzlieferungen samt deren Prüfung durch das VBS bilden, sind sie für weitere Verhandlungen und Absprachen ohne Zweifel relevant. Auch aus diesem Grund ist der Zugang zu den verlangten Unterlagen zu verweigern." 65. Der ASTAB hingegen bringt in seinen Stellungnahmen an den Beauftragten vom 16. März 2021 und 21. April 2021 sowie in den Schreiben an die Z. AG vom 17. März 2021 vor, dass sich aufgrund des mit der Z. AG abgeschlossenen Vergleichs (Vertrag vom 5. März 2021) die Sachlage derart geändert habe, dass er mit der Herausgabe der Dokumente (unter dem Vorbehalt der Anonymisierung der Personennamen) einverstanden sei. 66. Nach Art. 8 Abs. 4 BGÖ sind amtliche Dokumente über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen in keinem Fall zugänglich. Der Grund für eine solche Ausnahme erklärt sich dadurch, dass keine Verhandlung wirkungsvoll geführt werden kann, wenn eine Partei von Anfang an dazu gezwungen würde, ihre Karten auf den Tisch zu legen. Es soll der verhandelnden Behörde der nötige Verhandlungsspielraum eingeräumt und es sollen der anderen Partei nicht bereits – über das Zugangsrecht – die Verhandlungsinhalte, die Nebenumstände und die Verhandlungsspielräume enthüllt werden. Gemäss Botschaft des Bundesrates müssen die künftigen Verhandlungen indessen in einer kurzen oder doch zumindest absehbaren Frist bevorstehen. Eine bloss vage Möglichkeit, dass eine Information irgendwann einmal innerhalb eines Verhandlungsprozesses relevant sein könnte, kann ihre Geheimhaltung nicht rechtfertigen.³⁰ Die Klarstellung verdeutlicht, dass das Gesetz – und der Grundsatz des Zugangsrechts – aufgrund dieser Bestimmung nicht seines Inhalts entleert werden darf, zumal sehr streng genommen, jede Information eines Tages eine Position in einer (künftigen, hypothetischen) Verhandlung begründen könnte, weshalb sich eine restriktive Auslegung rechtfertigt.³¹ 67. Soweit sich die Zugangsgesuche Nr. 1-5 auf Verträge respektive damit zusammenhängende Unterlagen beziehen, handelt es sich – soweit ersichtlich – um Verträge, die abgeschlossen und abgewickelt sind. Dies gilt ebenfalls für den von der Z. AG erwähnten Vertrag vom 5. März 2021.³² Dementsprechend muss der Beauftragte der Argumentation der Z. AG zunächst entgegenhalten, dass die Bestimmung von Art. 8 Abs. 4 BGÖ gemäss Rechtsprechung³³ auf abgeschlossene Verträge – wie dies vorliegend der Fall ist – keine Anwendung findet. Die Z. AG argumentiert zwar, dass die Dokumente im Rahmen des Vertragsvollzugs noch relevant seien, legt indessen allerdings nicht dar, und es ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich, inwiefern die von den Zugangsgesuchen Nr. 1-5 betroffenen Dokumente für

gegebenenfalls stattfindende Nachverhandlungen von Relevanz sein könnten und in welchem Zeitraum mit diesen Nachverhandlungen zu rechnen ist. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist aufgrund der Medienmitteilung der Schweizer Armee vom 8. März 2021, welcher zu entnehmen ist, dass "[d]er Austausch [...] bis Anfang April 2021 vollzogen [wird]", vielmehr davon auszugehen, dass dieser Vertragsvollzug abgeschlossen ist. Abgesehen davon wurde der hiervor genannte Vertrag im Internet publiziert und dessen Inhalt ist allgemein bekannt oder zumindest einsehbar.³⁴

30 BBl 2003 2015. 31 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Abs. 4, Rz 45 ff. 32 "[Z. AG] tauscht Masken aus", Medienmitteilung der Schweizer Armee vom 8. März 2021, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start.html>> unter Dokumentation > Medienmitteilungen > [Z. AG] tauscht Masken aus (zuletzt besucht am 7. Mai 2021). 33 Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4. 34 Siehe Fussnote 32.

16/22

68. Im Zusammenhang mit den von den Zugangsgesuchen Nr. 1-5 erfassten Dokumenten wird von der Z. AG weder hinreichend dargelegt noch ist für den Beauftragten ersichtlich, ob und inwiefern es sich dabei um Dokumente über Positionen in laufenden und künftigen Verhandlungen (Art. 8 Abs. 4 BGÖ) handelt. Es handelt sich vorliegend nicht um einen besonderen Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 4 BGÖ, weswegen diese Bestimmung nicht zur Anwendung gelangt. 69. Zwischenfazit: Zusammenfassend vermag die Z. AG nach Ansicht des Beauftragten das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a, Art. 4 Bst. b, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, g und h sowie Art. 8 Abs. 2 und 4 BGÖ bis anhin nicht hinreichend darzulegen. Die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten ist somit nicht widergelegt. 70. Schliesslich bringt die Z. AG vor, die von den Zugangsgesuchen Nr. 1-5 betroffenen Dokumente enthielten zahlreiche Personendaten. Dabei sei es für einen Journalisten auch mit gewissen Anonymisierungen ohne weiteres möglich herauszufinden, welche Personen seitens der Z. AG im Geschäftsverkehr mit dem VBS involviert gewesen seien. Die unfaire Medienkampagne gegen die Z. AG in den vergangenen Wochen hätte auch zu illegalen Übergriffen auf Vertreter der Z. AG geführt. Insgesamt kommt die Z. AG zum Schluss, dass "[e]in Schutz dieser Personendaten [...] nur möglich [ist], wenn die Herausgabe der Dokumente generell verweigert wird. Die blosser Anonymisierung von Dokumenten genügt hier nicht." 71. Im Schreiben vom 17. März 2021 an die Z. AG schreibt der ASTAB Folgendes: "Selbst wenn es einem Journalisten möglich wäre, die Personennamen herauszufinden, ist an dieser Stelle festzuhalten, dass es sich um nicht besonders schützenswerte Personendaten [...] handelt, so dass nicht damit zu rechnen ist, dass das Herausfinden der Personennamen die Privatsphären der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt." Der ASTAB führt in seinen Stellungnahmen vom 16. und 17. März 2021 an den Beauftragten aus, dass er mit der Herausgabe der Dokumente einverstanden ist, jedoch "nur unter der Bedingung, dass alle Personendaten in allen Dokumenten geschwärzt werden". Aus den vom ASTAB dem Beauftragten eingereichten Dokumenten und den entsprechenden Schwärzungsvorschlägen ist allerdings zu entnehmen, dass der ASTAB nicht sämtliche Personendaten abdecken möchte, sondern lediglich die aufgeführten Namen und Kontaktangaben sämtlicher erwähnter natürlicher Personen. 72. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Daher gilt die Anonymisierungspflicht nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.³⁵ Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.³⁶ Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Verlangt ein Gesuchsteller explizit Zugang zu Personendaten, so ist der Zugang gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) zu beurteilen. ⁷³. Relevant ist vorliegend Art. 19 Abs. 1bis DSG. Demnach dürfen Bundesorgane im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen (aktive Information) oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (passive Information) Personendaten auch dann bekannt geben, wenn damit eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der betroffenen Person verbunden ist. Dies

³⁵ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.1. ³⁶ FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, Rz 13 f.

17/22

unter der Voraussetzung, dass erstens die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und zweitens an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des amtlichen Dokuments nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.³⁷ Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der betroffenen Person am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Zugang zum amtlichen Dokument (und den darin enthaltenen Personendaten).³⁸ ⁷⁴. Die Gewichtung der privaten Interessen hat insbesondere anhand der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Personen sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen.³⁹ Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellte und privaten Dritten. Verwaltungsangestellte können im Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Funktion ihren Privatsphärenschutz nicht im gleichen Masse geltend machen wie private Dritte. Es ist jedoch auch innerhalb der Verwaltungsangestellten zwischen höheren Führungspersonen und hierarchisch nachrangigem Behördenpersonal zu unterscheiden. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich unter Umständen auch die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten gefallen lassen. Hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte müssen sich zumindest gefallen lassen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Unabhängig von der Stellung der Person dürfen Personendaten nur bekannt gegeben werden, wenn dies keine überwiegenden Nachteile für den Betroffenen zur Folge hat.⁴⁰ ⁷⁵. Auf der anderen Seite ist das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten zu berücksichtigen. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ) können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.⁴¹ Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse aufgrund wichtiger Vorkommnisse dient (Bst. a), wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit (Bst. b), 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 (Bst. c). 76. Betrifft das Zugangsgesuch Personendaten, muss die Behörde grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ bei den betroffenen Personen durchführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf von einer vorgängigen Anhörung abgesehen werden, wenn die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfällt, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu anderen Ergebnissen führen. Zudem muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem übergrossen Aufwand verbunden wäre oder weil sie

37 BVGE 2011/52 E. 7.1.1. 38 Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7. 39 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3. 40 Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1; A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.2. 41 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

18/22

mit dem Grundzweck des Öffentlichkeitsgesetzes, Transparenz über die Verwaltungstätigkeit zu verschaffen, in einen unauflösbaren Konflikt geraten würde.⁴² 77. Die verlangten amtlichen Dokumente enthalten drei Kategorien von Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a DSGVO, welche nachstehend behandelt werden. 78. Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung: Die verlangten Dokumente enthalten unter anderem Angaben und Namen von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung. Der ASTAB ist mit der Herausgabe der Dokumente einverstanden, jedoch nur unter der Bedingung, dass insbesondere alle Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung in allen Dokumenten geschwärzt werden. In seinen Stellungnahmen an den Beauftragten macht der ASTAB keine Ausführungen zu möglichen Beeinträchtigungen der Privatsphäre dieser Personen. Vielmehr hält er im Schreiben vom 17. März 2021 an die Z. AG in Bezug auf sämtliche Personendaten fest, "dass nicht damit zu rechnen ist, dass das Herausfinden der Personennamen die Privatsphären der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt" (siehe Ziffer 71). 79. Die Antragstellerin A und der Antragsteller B sind nach eigenen Angaben nicht an den Namen von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung interessiert (E-Mail vom 26. April 2021 resp. vom 8. April 2021 an den Beauftragten). Ob die Antragstellerin C oder der Gesuchsteller ein konkretes Interesse an den Namen dieser Personen haben, ist aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich. 80. Es gilt festzuhalten, dass der ASTAB bis anhin eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der in den Dokumenten aufgeführten Bundesangestellten nicht hinreichend dargelegt hat. Zudem ist es am ASTAB abzuklären, ob und inwieweit die Antragstellerin C und der Gesuchsteller an den Personennamen der Verwaltungsangestellten interessiert sind. Dementsprechend empfiehlt der Beauftragte im Umfang der Zugangsbegehren die Bekanntgabe der Personendaten von Bundesangestellten entsprechend der Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung (Ziffer 72-76). Der ASTAB prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind. 81. Personendaten von weiteren natürlichen Personen: Die verlangten Dokumente beinhalten zudem die Namen und weitere Angaben von Vertretern der Z. AG sowie von weiteren Unternehmen (insb. Maskenhersteller, Materialprüf- resp. Zertifizierungsorganisationen und Logistikunternehmen). Aus den Stellungnahmen des ASTAB an den Beauftragten und aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die

vom ASTAB beabsichtige Gewährung des Zugangs auch diesbezüglich unter dem Vorbehalt steht, dass sämtliche Personendaten von erwähnten natürlichen Personen in allen Dokumenten geschwärzt werden. Allerdings macht der ASTAB in seinen Stellungnahmen an den Beauftragten keine Ausführungen zu möglichen Beeinträchtigungen der Privatsphäre dieser Personen. Vielmehr hält er im Schreiben vom 17. März 2021 an die Z. AG fest, "dass nicht damit zu rechnen ist, dass das Herausfinden der Personennamen die Privatsphären der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt" (siehe Ziffer 71). 82. Die Z. AG legt ebenfalls nicht dar, inwiefern die Zugangsgewährung zu einer Beeinträchtigung der Privatsphäre seiner Angestellten führen würde; allein die Kenntnis darüber, wer von der Z. AG am Geschäft mit dem VBS beteiligt gewesen ist, ist für sich allein betrachtet nicht ohne Weiteres als Beeinträchtigung der Privatsphäre zu beurteilen. Soweit die Z. AG angibt, dass die unfaire Medienkampagne zu illegalen Übergriffen auf Vertreter des Unternehmens geführt hat, ist noch nicht hinreichend dargetan, dass und inwiefern diese Übergriffe in einem

42 Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.3.

19/22

Zusammenhang mit der Herausgabe der vorliegend interessierenden Dokumente stehen. Darüber hinaus ist hierzu anzumerken, dass sich Vertreter der Z. AG in den Medien bereits verschiedentlich zu den hier in Frage stehenden Informationen geäußert haben. 83. Die Antragstellerin A und der Antragsteller B sind nach eigenen Angaben nicht an den Namen von Mitarbeitenden der Z. AG interessiert. Was den Zugang zu Personendaten weiterer erwähnter natürlicher Personen betrifft, sei dies vom konkreten Einzelfall abhängig (E-Mail vom 26. April 2021 resp. vom 8. April 2021 an den Beauftragten). Ob die Antragstellerin C oder der Gesuchsteller ein konkretes Interesse an den Namen und weiteren Angaben dieser Personen haben, ist aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich. 84. Gestützt auf die herausverlangten Dokumente und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Verfahrensökonomie sowie der Rechtsprechung erachtet es der Beauftragte zum gegenwärtigen Zeitpunkt als gerechtfertigt und zielführender, dass der ASTAB die Personendaten dieser natürlichen Personen gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ abdeckt. 85. Personendaten von juristischen Personen: In den verlangten Dokumenten finden sich verschiedentlich Firmenbezeichnungen und weitere auf die entsprechenden Firmen bezogene Informationen. 86. Dazu zu zählen sind insbesondere Angaben (Namen, Kontaktangaben) zu Maskenherstellern, zu Materialprüf- resp. Zertifizierungsorganisationen sowie zu beteiligten Logistikunternehmen. Der ASTAB hat, soweit ersichtlich, die erwähnten juristischen Personen nicht angehört, geht in seinen Stellungnahmen vom 17. März 2021 an die Z. AG aber nicht von einer Beeinträchtigung der Privatsphäre der Betroffenen aus. Vorliegend ist davon auszugehen, dass bei der Prüfung des öffentlichen Interesses die Tatbestände von Art. 6 Abs. 2 Bst. a und c VBGÖ erfüllt sind, mithin also ein bedeutendes öffentliches Interesse am Zugang besteht. Auf der Seite der privaten Interessen gilt es dabei zu beachten, dass die Schutzbedürftigkeit von Personendaten bei juristischen Personen gemäss Rechtsprechung naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.⁴³ Der ASTAB hat im Schlichtungsverfahren nicht dargelegt, inwiefern durch die Bekanntgabe der Informationen die privaten Interessen dieser juristischen Personen beeinträchtigt werden könnten. Nach Ansicht des Beauftragten ist eine Beeinträchtigung der Privatsphäre nicht mehr möglich ist, soweit die Angaben bereits publiziert resp. öffentlich zugänglich sind. Aufgrund dieser Sachlage empfiehlt der

Beauftragte dem ASTAB, in Bezug auf diese Personendaten an der Zugangsgewährung festzuhalten. Der ASTAB prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind. 87. Hinsichtlich der Angaben zur Z. AG geht aus den Stellungnahmen des ASTAB sinngemäss hervor, dass er für die beabsichtigte Zugangsgewährung nicht vorsieht, den Firmennamen und weitere Angaben zur Z. AG abzudecken. Weitergehende Begründungen oder eine diesbezügliche vorläufige Interessenabwägung werden nicht vorgebracht. Die Z. AG äussert sich dahingehend, dass der Schutz der Personendaten nur im Falle der generellen Zugangsverweigerung gewährleistet werden könne, begründet dieses Vorbringen jedoch nicht konkret. 88. Die Antragstellenden und der Gesuchsteller interessieren sich gemäss ihren jeweiligen Zugangsgesuchen ausdrücklich für Informationen, die konkret die Z. AG betreffen. Eine Anonymisierung der Z. AG (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) fällt somit ausser Betracht, weshalb die Frage der Bekanntgabe nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ) resp. diesbezüglich eine Interessenabwägung durchzuführen ist (siehe Ziffer 73 ff.).

43 Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2; A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.2.3.

20/22

89. Hinsichtlich der öffentlichen Interessen ist zu beachten, dass dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung bereits per se Gewicht zu kommt.⁴⁴ Weiter zeigt sich an der aktuellen Medienberichterstattung⁴⁵ und den parlamentarischen Eingaben⁴⁶, dass in Bezug auf die Maskenbeschaffung durch das VBS ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Schliesslich ist auch die Tatsache, dass das VBS die Maskenbeschaffung durch die interne Revision überprüfen liess und der entsprechende Bericht publiziert wurde, ein starkes Indiz für ein gewichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Damit ist dargetan, dass aufgrund wichtiger Vorkommnisse ein besonderes Informationsinteressen der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ besteht. Darüber hinaus hat die Z. AG der Armeeapotheke erhebliche Mengen an Schutzmasken verkauft und steht damit in einer rechtlichen Beziehung zum VBS resp. zur Armeeapotheke. Aus dieser Beziehung sind der Z. AG bedeutende finanzielle Vorteile erwachsen. Infolgedessen ergeben sich auch dadurch erhebliche öffentliche Interessen an der Zugangsgewährung (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). 90. Bei der Prüfung des privaten Interesses ist Folgendes beachtlich: Der Name eines Unternehmens zählt nicht zur Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSGVO, deren Geheimhaltung ein höheres Gewicht zukommt. Weiter ist die Z. AG eine juristische Person, bei welcher konkret wie auch generell die Schutzbedürftigkeit von Personendaten gemäss Rechtsprechung naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.⁴⁷ 91. Nicht jede Bekanntgabe von Personendaten führt zu einer Beeinträchtigung der Privatsphäre. Geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen reichen nicht aus, um ein überwiegendes privates Interesse geltend zu machen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss als Konsequenz der Bekanntgabe der Personendaten eine ernsthafte Schädigung der Privatsphäre mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten. Dabei hat die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung gewichtig zu sein; sie muss zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Beeinträchtigung oder Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen, weil ansonsten der mit dem Öffentlichkeitsgesetz vollzogene Paradigmenwechsel ausgehöhlt würde.⁴⁸ 92. Die von der Z. AG geäusserten Vorbringen sind lediglich allgemeiner Art und vermögen nicht konkret und hinreichend darzulegen,

welche privaten Interessen einer Zugangsgewährung entgegenstehen würden. Im Ergebnis hat die Z. AG bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufgezeigt, dass die Offenlegung der sie betreffenden Personendaten zu einer ernsthaften Beeinträchtigung ihrer Privatsphäre führen würde, die darüber hinaus mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten würde. Darüber hinaus ist hierzu anzumerken, dass sich Vertreter der Z. AG in den Medien bereits verschiedentlich zu den hier in Frage stehenden Informationen geäußert haben. 93. Infolgedessen ergibt die Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ bzw. Art. 19 Abs. 1 bis DSGVO und Art. 6 Abs. 1 Bst. a und c VBGÖ nach Ansicht des Beauftragten, dass vorliegend die öffentlichen Interessen an der Zugangsgewährung die privaten Interessen der Z. AG an der

44 BBl 2003 1973 f.; Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.4.4. 45 "Wende im Corona-Maskendebakel – [Z. AG] nimmt 1,4 Millionen fragwürdige Masken zurück", Tagesanzeiger vom 8. März 2021; "Masken-Bericht des VBS löst zwiespältige Reaktionen aus" Bericht des SRF vom 22. April 2021. 46 Frage Roth "Schliesst die Vereinbarung der Logistikbasis der Armee (ALB) mit [der Z. AG] eine Klage auf Schadenersatz aus oder nicht?" vom 10. März 2021 (21.7322); Postulat Roth " Beanspruchung von Ausnahmeklauseln im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen auf ein Minimum beschränken vom 17. März 2021 (21.3247). 47 Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.6.2; A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2; A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.2.3. 48 Urteil des BVerfG 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.4.

21/22

Geheimhaltung überwiegen. Demzufolge empfiehlt der Beauftragte dem ASTAB, gestützt auf Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1 bis DSGVO den Zugang zu den Personendaten der Z. AG zu gewähren. 94. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Weder der ASTAB noch die Z. AG vermögen bis anhin das Vorliegen von Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a, Art. 4 Bst. b, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, g und h sowie Art. 8 Abs. 2 und 4 BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte überzeugend darzulegen bzw. aufzuzeigen, inwiefern durch die Offenlegung der vorliegend interessierenden Informationen die Privatsphäre der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung, der betroffenen juristischen Personen oder die Privatsphäre der Z. AG ernsthaft beeinträchtigt werden kann (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Hinsichtlich der Personendaten der betroffenen natürlichen Personen, die nicht zu den Mitarbeitenden der Bundesverwaltung gehören, erachtet es der Beauftragte gestützt auf die herausverlangten Dokumente und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Verfahrensökonomie zum gegenwärtigen Zeitpunkt als gerechtfertigt und zielführender, dass der ASTAB die Personendaten dieser natürlichen Personen gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ abdeckt. 95. Abschliessend ist anzumerken, dass es der Z. AG unbenommen ist, im Rahmen des allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens die Wirksamkeit der angerufenen Ausnahmegründe von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, g und h sowie Art. 8 Abs. 2 und 4 BGÖ mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen bzw. darzulegen, inwiefern durch die Offenlegung der vorliegend interessierenden Informationen die Privatsphäre der Z. AG ernsthaft beeinträchtigt werden kann (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). III. Aufgrund dieser Erwägungen

empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 96. Der Armeestab der Schweizer Armee klärt im Sinne der Ausführungen in Ziffer 38 und 42 ab, ob ein Strafverfahren hängig ist und welche der gemäss den Zugangsgesuchen Nr. 1-5 verlangten amtlichen Dokumente Teil davon sind. 97. Der Armeestab der Schweizer Armee gewährt – soweit es sich nicht um Dokumente eines Strafverfahrens im Sinne von Ziffer 96 hiervor handelt – im jeweiligen Umfang der Zugangsbegehren den vollständigen Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten unter Beachtung des Folgenden: – Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung: Bekanntgabe der Personendaten entsprechend den Erwägungen in Ziffer 80; – Personendaten von weiteren natürlichen Personen: Abdeckung der Personendaten entsprechend den Erwägungen in Ziffer 84; – Personendaten von weiteren juristischen Personen: Bekanntgabe der Personendaten entsprechend den Erwägungen in Ziffer 86; – Personendaten der Z. AG: Bekanntgabe der Personendaten entsprechend den Erwägungen in Ziffer 93. 98. Die Antragstellenden A, B und C, der Gesuchsteller sowie die Z. AG können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Armeestab der Schweizer Armee den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren

22/22

(Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 99. Der Armeestab der Schweizer Armee erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 100. Der Armeestab der Schweizer Armee erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 101. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellenden A, B und C, des Gesuchstellers sowie der Z. AG anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 102. Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert Z. AG
- Einschreiben mit Rückschein (R) Armeestab der Schweizer Armee ASTAB
Papiermühlestrasse 20 3003 Bern
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert A. (Antragstellerin)
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert B. (Antragsteller)
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert C. (Antragstellerin)
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert D. (Gesuchsteller)

Reto Ammann

André Winkler

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