

EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2021-armasuisse-kriterien-und-gewichtung-fuer-evaluat-2021-12-22 vom 22. Dezember 2021

EDÖB, 2021-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-22-dezember-2021-armasuisse-kriterien-und-gewichtung-fuer-evaluat-2021-12-22

FR: EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2021-armasuisse-kriterien-und-gewichtung-fuer-evaluat-2021-12-22 du 22 décembre 2021

IT: EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2021-armasuisse-kriterien-und-gewichtung-fuer-evaluat-2021-12-22 del 22 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Der Antragsteller (Journalist) hat am 26. August 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Rüstung armasuisse um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: – "Entscheid AHP (Analytic Hierarchy Process) als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030:

- Protokoll der Sitzung, als die Wahl auf AHP fiel
- Protokoll der Sitzungen, wo die verschiedenen Bewertungsmethoden vorgängig diskutiert wurden
- Internes und/oder externes juristisches Gutachten oder Einschätzung, dass AHP konform ist mit dem Schweizer Beschaffungsrecht
- Liste der vorhandenen Dokumente zur Wahl der AHP-Methode – Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF:
- Übersicht und Bezeichnung der mit Hilfe AHP gewichteten (Unter-)Kriterien
- Übersicht und Bezeichnung der 79 / 80 Bewertungspunkte
- Korrespondenz / Dossier-Auszüge, die an die Anbieter gingen, betreffend Kriterien, Gewichtung, Bewertungspunkte und eingesetzt Bewertungsmethodik (AHP)".

E. 2

Am 27. September 2021 nahm armasuisse Stellung und machte bezüglich der Dokumente zum Entscheid AHP als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030 lediglich allgemeine Ausführungen zu AHP als Bewertungsmethode. Betreffend die Dokumente Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF verweigerte armasuisse den Zugang vollständig und berief sich dabei auf einen ausstehenden politischen Entscheid (Art. 8 Abs. 2 BGÖ), die beschaffungsrechtliche Vertraulichkeit (Art. 8 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [aBöB]), die bei einer Offenlegung drohende Beeinträchtigung der internationalen Beziehungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ) sowie die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ).

E. 3

Am 18. Oktober 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Antragsteller brachte darin vor, dass die Dokumente betreffend die Wahl der Bewertungsmethodik resp. betreffend die Kriterien und deren Gewichtung für die Evaluation generell-abstrakte Informationen der Beschaffungsbehörde und keine spezifischen Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthielten – weder auf Anbieterseite noch seitens armasuisse. Die darin enthaltenen Informationen würden keine Rückschlüsse auf militärische oder kommerzielle schützenswerte Daten ermöglichen. Aufgrund des Transparenzgebots seien die Anbieterstaaten im Rahmen des Beschaffungsverfahrens sowohl über die Methodik der Evaluation wie auch über die Kriterien und deren Gewichtung informiert worden, weshalb die Publikation der verlangten Dokumente die Beziehung zu diesen nicht belasten könne. Schliesslich sei die Evaluation mit dem Typenentscheid des Bundesrates abgeschlossen, weswegen der Zugang zu diesen Dokumenten gewährt werden könne.

E. 4

Am 18. Oktober 2021 forderte der Beauftragte armasuisse dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.

E. 5

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages.

E. 6

Am 10. November 2021 reichte armasuisse die betroffenen Dokumente zum Einsichtsantrag Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF ein. Im Zusammenhang mit dem Einsichtsantrag Entscheid AHP (Analytic Hierarchy Process) als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030 habe armasuisse keine Dokumente.

E. 7

Am 16. November 2021 reichte armasuisse eine ergänzende Stellungnahme ein. Zusätzlich zu den bereits in der Stellungnahme an den Antragsteller geäusserten Vorbringen macht armasuisse einerseits geltend, dass die Preisgabe der verlangten Informationen auch die innere und äussere Sicherheit der Schweiz betreffe und verweist dafür auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Andererseits könne im Fall der Bekanntgabe der Informationen die freie Willensbildung des Parlaments im Hinblick auf die Verabschiedung der Armeebotschaft und diejenige der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) im Zusammenhang mit der angekündigten Untersuchung betreffend das Evaluationsverfahren für das neue Kampfflugzeug der Schweizer Armee1 beeinträchtigt werden (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ).

E. 8

Am 18. November 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die Parteien hinsichtlich der Dokumente betreffend Entscheid AHP (Analytic Hierarchy Process) als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030 eine Einigung erzielten. In diesem Umfang gilt das Schlichtungsverfahren als erledigt (Art. 13 Abs. 3 BGÖ). Hinsichtlich des

Begehrens um Zugang zu Dokumenten betreffend Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF konnten sich die Parteien nicht einigen.

E. 9

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und von armasuisse sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

1 Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates GPK-N: Neues Kampfflugzeug: GPK-N untersucht Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit des Evaluationsverfahrens, Medienmitteilung vom 16. November 2021, abrufbar unter Neues Kampfflugzeug: GPK-N untersucht Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit des Evaluationsverfahrens (parlament.ch) (zuletzt besucht am 10. Dezember 2021).

3/11

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

E. 10

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei armasuisse ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer 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. 11

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² 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. 12

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.³

E. 13

Zu beurteilen ist die Zugänglichkeit der mit dem Zugangsgesuch verlangten Dokumente betreffend die Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF (namentlich: Übersicht und Bezeichnung der mit Hilfe AHP gewichteten (Unter-)Kriterien, Übersicht und Bezeichnung der 79 / 80 Bewertungspunkte und Korrespondenz / Dossier-Auszüge, die an die Anbieter gingen, betreffend Kriterien, Gewichtung, Bewertungspunkte und eingesetzt Bewertungsmethodik (AHP)). armasuisse hat diesbezüglich die nachfolgend aufgeführten Dokumente identifiziert: – Ein Dokument mit Angabe der Kriterien und deren detaillierter Gewichtung, welches weder den Anbietenden noch der Öffentlichkeit bekannt sei [nachfolgend: Dokument A]; – Einen Auszug aus der Offertanfrage zu den Kriterien und Gewichtungen, welche den Anbietenden, nicht aber der Öffentlichkeit, bekannt sei [nachfolgend: Dokument B]. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist

demnach die Zugänglichkeit der Dokumente A und B.

E. 14

armasuisse führt in ihrer Stellungnahme an den Antragsteller aus, dass "[d]ie öffentliche Zugänglichmachung der Akten aus dem Beschaffungsverfahren [...] die internationalen Beziehungen der Schweiz zu den betroffenen Staaten Deutschland, Frankreich und USA erheblich belasten [würde], da ein laufendes Beschaffungsprojekt betroffen ist. Die Anbieterstaaten bzw. die Anbieter verlassen sich aufgrund einer gesetzlichen Vertraulichkeitsverpflichtung (Artikel 8 altBöB) ohne Vorbehalte darauf, dass ihre in den Offerten preisgegebenen Daten geschützt bleiben." Damit macht armasuisse nach Ansicht des Beauftragten sinngemäss geltend, dass Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB eine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellt und folglich die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu den verlangten Informationen nicht anwendbar sind.

2 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 3 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz 8.

4/11

E. 15

Gemäss Art. 4 BGÖ sind Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), was zur Folge hat, dass die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind.⁴ Demnach ist zunächst zu prüfen, ob die Zugänglichkeit der Dokumente A und B aufgrund einer einschlägigen beschaffungsrechtlichen Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ nach den Vorgaben des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zu beurteilen ist.

E. 16

Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unter anderem der Grundsatz zu beachten, dass der vertrauliche Charakter sämtlicher vom Anbieter oder der Anbieterin gemachten Angaben gewahrt bleibt. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Artikel 23 Absätze 2 und 3 zu erteilenden Auskünfte. Die oft als allgemeine Vertraulichkeitsbestimmung des öffentlichen Vergaberechts bezeichnete Gesetzesbestimmung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB gilt nach deren Wortlaut nur für Angaben der Anbieterinnen. Nach Ansicht des Beauftragten enthalten die vom Antragsteller verlangten Dokumente keine Angaben der Anbietenden. Vielmehr handelt es sich um Dokumente, die von armasuisse erarbeitet worden sind und ausschliesslich ihre eigenen Angaben enthalten. Folglich findet Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB nach Ansicht des Beauftragten vorliegend keine Anwendung, weswegen die Zugänglichkeit der Dokumente A und B nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen ist.

E. 17

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁵ 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.⁶

E. 18

armasuisse bringt in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten weiter vor, dass die Ausschreibungsunterlagen einen Klassifizierungsvermerk gemäss der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung, ISchV; SR 510.411) tragen. Dies sei als Indiz gegen die Zugänglichmachung zu berücksichtigen.

E. 19

Dokument A enthält den Vermerk "Confidential" und Dokument B ist mit dem Vermerk "RESTRICTED" versehen.

E. 20

Das Öffentlichkeitsgesetz enthält keine Kategorien interner Dokumente, welche generell nicht zugänglich wären.⁷ Klassifizierungsvermerke wie "intern", "vertraulich" oder "geheim" schliessen für sich allein einen Zugang daher nicht aus. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts muss sich die Geheimhaltung als solche auf eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 ff. BGÖ stützen können.⁸ Der Zugang darf daher nur beschränkt werden, soweit die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmungen erfüllt sind. Die zuständige Stelle muss bei Gesuchen um Zugang zu amtlichen Dokumenten – unabhängig von einem allfälligen Klassifizierungsvermerk –

4 Vgl. Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 7.2. 5 BGE 142 II 340 E. 2.2.
6 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1. 7 NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 8. 8 Urteil des BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 2.3.

5/11

überprüfen, ob der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist (Art. 13 Abs. 3 ISchV). Bezieht sich das Zugangsgesuch auf klassifizierte Dokumente, so richten sich die Zuständigkeit und das Vorgehen nach den Vorschriften über den Informationsschutz und die Klassifizierung (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ). Die zuständige Stelle prüft, ob das Dokument entklassifiziert werden kann. Folglich ist vorliegend bezüglich beider Dokumente zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 ff. BGÖ anwendbar ist und der Zugang dazu von armasuisse gestützt darauf vollständig oder teilweise verweigert werden kann.

E. 21

armasuisse schiebt in der Stellungnahme an den Antragsteller den Zugang zu den verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ auf. Als Grund für den Aufschub weist armasuisse darauf hin, dass der "[...] politische Prozess (Beschaffungsprojekt Air2030[...]) [...] vorliegend erst abgeschlossen [ist], wenn die Bundesversammlung über die Beschaffung eines neuen Kampfflugzeuges bzw. eines Boden-Luftverteidigungssystems endgültig entschieden hat, voraussichtlich 2022 mit der Genehmigung der

Rüstungsbotschaft. Vorbehalten bleibt das Ergebnis einer allfälligen Volksabstimmung zum Typenentscheid NKF des Bundesrats vom 30.06.2021."

E. 22

Der Antragsteller hält dem entgegen, dass der technische Prozess, die Evaluation der vier Flugzeug-Typen, mit dem Typenentscheid des Bundesrates abgeschlossen sei.

E. 23

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. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.⁹ 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. Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen denselben Schutzzweck, wobei Letzterer weiter gefasst ist und den Entscheidungsprozess umfassend schützt, ohne dass eine wesentliche Beeinträchtigung desselben nachzuweisen wäre.¹⁰ Indessen fällt ein Dokument nur dann unter Art. 8 Abs. 2 BGÖ, wenn es einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweist und für diesen zugleich von beträchtlichem materiellem Gewicht ist.¹¹ Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.¹² Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.¹³

E. 24

Im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, welcher von einer Bundesbehörde auch für bundesverwaltungsexterne Organe und Institutionen geltend gemacht werden kann, können sich nach Ansicht des Beauftragten auf die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ nur Behörden im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes für von ihnen zu fällende ausstehende Entscheide berufen. Nach Ansicht des Beauftragten gelangt die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorliegend für den von armasuisse geltend gemachten ausstehenden Entscheid der Bundesversammlung nicht zur Anwendung. Demnach rechtfertigt sich kein genereller Aufschub der Zugangsgewährung zu den betroffenen Dokumenten gestützt auf Art. 8

⁹ Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 32. ¹⁰ Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H. ¹¹ Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H. ¹² MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 30. ¹³ Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018, Ziffer 28.

6/11

Abs. 2 BGÖ. Zu prüfen bleibt, ob und inwiefern der nachgesuchte Zugang nach Art. 7 BGÖ einzuschränken ist.

E. 25

armasuisse beruft sich bei den zu beurteilenden Dokumenten auf die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a, c, d und g BGÖ. 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 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.¹⁴

E. 26

In ihrer Stellungnahme an den Beauftragten bringt armasuisse vor, dass eine Veröffentlichung der detaillierten Bewertungspunkte und ihre Gewichtungen isoliert und ohne Berücksichtigung weiterer Informationen bzw. Resultaten zu einer verzerrten Wahrnehmung der Evaluation führen könne. Diese verzerrte Wahrnehmung der Evaluation könne "[...] die freie Willensbildung des Parlaments im Hinblick auf die Verabschiedung der Armeebotschaft [...]" und diejenige der GPK-N hinsichtlich der Untersuchung des Evaluationsverfahrens beeinträchtigen. Die freie Willensbildung des Parlaments sei für armasuisse zentral, weshalb der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ verweigert werde.

E. 27

Gemäss dieser Ausnahmebestimmung kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosses Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen

Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.¹⁵

14 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E 3.4. 15 BBl 2003 2007.

7/11

Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine wesentliche Beeinträchtigung.¹⁶

E. 28

In der Stellungnahme vom 16. November 2021 macht armasuisse einzig in allgemeiner Art und ohne weitergehende Begründung geltend, dass insbesondere aufgrund der im Falle der Veröffentlichung der detaillierten Bewertungspunkte und deren Gewichtung drohenden verzerrten Wahrnehmung der Evaluation die freie Willensbildung des Parlaments resp. der GPK-N beeinträchtigt werden kann. Aus welchen Gründen die Offenlegung der Bewertungspunkte und deren Gewichtung zu einer verzerrten Wahrnehmung der Evaluation führen kann und in welcher Art und Weise die Wahrnehmung verzerrt würde, wird von armasuisse nicht weiter erläutert und ist für den Beauftragten auch nicht zu erkennen. Im Übrigen hat armasuisse bis anhin nicht dargelegt, worin genau die geltend gemachte Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung des Parlaments oder der GPK-N besteht und inwiefern diese Beeinträchtigung darüber hinaus eine wesentliche ist. Dennoch vermag der Beauftragte vorliegend nicht abschliessend auszuschliessen, dass gewisse Inhalte der Dokumente A und B bei einer Zugangsgewährung allenfalls die freie Meinungs- und Willensbildung des Parlaments resp. der GPK-N wesentlich beeinträchtigen könnte, stellt jedoch fest, dass das ernsthafte Risiko für eine wesentliche Beeinträchtigung derselben von armasuisse bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend dargelegt wurde. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ als nicht erfüllt. Die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten ist nicht widergelegt.

E. 29

armasuisse macht darüber hinaus geltend, dass bereits "[...] die Veröffentlichung der detaillierten Gewichtungen [...] dazu führen [kann], dass sensitive Informationen über die Kandidaten der Öffentlichkeit zumindest indirekt zugänglich gemacht werden." Ausserdem liessen sich aus den Ausschreibungs- und Evaluationsunterlagen detaillierte Anforderungen der Schweizer Luftwaffe an ein zentrales Waffensystem entnehmen. Es sei "[...] im Interesse der Landesverteidigung, dass diese militärischen Geheimnisse nicht publik werden." Folglich sei die Preisgabe der verlangten Informationen zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ zu verweigern.

E. 30

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 Botschaft¹⁷ 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 Rechtsprechung¹⁸ 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

16 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15. 17 BBl 2003 2009. 18 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

8/11

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 Rechtsprechung¹⁹ 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. Die Weitergabe entsprechender Informationen ist zu verhindern.

E. 31

Die Dokumente A und B enthalten die Kriterien und deren Gewichtung für die Evaluation betreffend die Beschaffung eines neuen Kampfflugzeugs. Den Dokumenten kann jedoch nicht entnommen werden, welche konkreten Anforderungen erfüllt sein müssen resp. welche Aspekte zur Beurteilung führen, ein Evaluationskriterium sei erfüllt/teilweise erfüllt/nicht erfüllt. Weiter enthalten sie keinerlei technische Einzelheiten oder sonstige Angaben zu den im Rahmen der Evaluation beurteilten Produkten der Anbietenden. Den Dokumenten lässt sich auch nicht entnehmen, wie die zu evaluierenden Produkte in Bezug auf die konkreten Kriterien beurteilt wurden. Vor diesem Hintergrund vermag Beauftragten nicht zu erkennen, wie die Offenlegung der verlangten Dokumente dazu führen könnte, dass sensitive Informationen über die Kandidaten der Öffentlichkeit auch nur indirekt zugänglich gemacht werden würden und inwiefern dadurch die innere und äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet würde. Die Ausführungen von armasuisse, wonach sich im Fall der Zugangsgewährung zu den Kriterien und deren Gewichtung die detaillierten Anforderungen der Schweizer Luftwaffe an ein zentrales Waffensystem entnehmen liessen und dass im Interesse der Landesverteidigung der Zugang zu verweigern sei, sind aufgrund des Ausgeführten und mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst.

c BGÖ als nicht erfüllt.

E. 32

armasuisse beruft sich darüber hinaus sowohl in der Stellungnahme an den Antragsteller wie auch in jener an den Beauftragten für die Zugangsverweigerung auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ. Begründet wird dies von armasuisse damit, dass die Bekanntgabe der detaillierten Bewertungspunkte zu Spekulationen darüber führen werde, "[...] wo die unterlegenen Kandidaten weniger gut abgeschnitten haben, womit in der Öffentlichkeit militärisch sensitive Diskussionen ohne fachtechnisches Fundament entstehen." Dies könne die internationalen Beziehungen der Schweiz zu den betroffenen Staaten Deutschland, Frankreich und USA erheblich belasten, da es sich um Akten aus einem laufenden Beschaffungsverfahren handle. Die Anbietenden würden sich vorbehaltlos auf die Vertraulichkeit von Art. 8 aBöB verlassen. Hinzu komme, dass die Schweiz mit allen Anbieterstaaten über Sicherheitsvereinbarungen (Staatsverträge) verfüge, welche die beidseitige Geheimhaltung sicherheitsrelevanter Informationen garantiere. armasuisse ergänzt: "Die Offenlegung der Evaluationsgrundlagen verletzt möglicherweise (staats-)vertragliche Vertraulichkeitspflichten und ist geeignet, diplomatische Verstimmungen bis hin zu Retorsionsmassnahmen auszulösen."

19 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H

9/11

E. 33

Der Antragsteller erwägt in seinem Schlichtungsantrag, dass die Bekanntgabe der verlangten Dokumente die Beziehungen zu den Anbieterstaaten Deutschland, Frankreich und USA nicht belasten könne. Diese Staaten seien aufgrund des Transparenzgebots vorgängig und im Verlauf des Beschaffungsverfahrens über die Kriterien und deren Gewichtung informiert worden.

E. 34

Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ gilt, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Dies betrifft auch Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können.²⁰ Grundsätzlich können alle Bereiche der auswärtigen Beziehungen, in denen amtliche Informationen anfallen, an deren Bekanntwerden der Bund kein Interesse hat, davon erfasst werden. So kann es sich um rechtliche, politische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder militärische (etc.) Beziehungen handeln. Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein. Die Beeinträchtigung kann sich direkt aus der Offenlegung der Information ergeben oder indirekt so aus der Verärgerung eines Staates angesichts der Veröffentlichung der Information, die ihn oder seine Staatsangehörigen betreffen.²¹ Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen.²²

E. 35

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es nach der Rechtsprechung in der Natur von Entscheiden politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts liegt, dass sie der

justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtgemäss nutzen.²³

E. 36

Wie bereits ausgeführt, gilt die in Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB festgehaltene Vertraulichkeit nicht für die vom Antragsteller verlangten Dokumente (vgl. Ziffer 16). Das von armasuisse erwähnte Vertrauen der Anbietenden in diese – vorliegend nicht anwendbare – Vertraulichkeitsbestimmung kann folglich nicht geschützt werden. Zu beachten ist weiter, dass die Hauptevaluationskriterien allgemein bekannt sind²⁴ und Dokument B gemäss Angabe von armasuisse den Anbietenden bereits zugänglich gemacht wurde. Unter Berücksichtigung der Tatsache des vom Bundesrat gefällten und entsprechend kommunizierten Entscheids zugunsten des Kampfflugzeuges des Typs F-35A ist für den Beauftragten nicht ersichtlich und von armasuisse auch nicht näher dargetan, aus welchen Gründen die Bekanntgabe der Evaluationskriterien und deren Gewichtung im Nachgang an den Typenentscheid die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz wesentlich beeinträchtigen könnte. Nicht belegt ist zudem das Vorbringen von armasuisse, wonach die

20 Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.2. 21 Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 40. 22 Urteil des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 m.H. 23 Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3. 24 Eidgenössisches Departement für Verteidigung Bevölkerungsschutz und Sport VBS: Kurzbericht Evaluation - Neues Kampfflugzeug, 2021, S. 6 (abrufbar unter www.vbs.admin.ch > Sicherheit > Armee > Air2030 > Dokumente > Kurzbericht Evaluation - Neues Kampfflugzeug [zuletzt abgerufen am 15. Dezember 2021]).

10/11

Dokumente A und B sicherheitsrelevante Informationen darstellen, zu deren Geheimhaltung sich die Schweiz im Rahmen von Staatsverträgen verpflichtet hat. So führt armasuisse selbst ausdrücklich aus, dass die Offenlegung der Evaluationsgrundlagen nur möglicherweise staatsvertragliche Vertraulichkeitspflichten verletzt.

E. 37

Insgesamt hat armasuisse bis anhin nicht hinreichend dargelegt, dass die Beeinträchtigungen der aussenpolitischen Interessen der Schweiz und/oder der internationalen Beziehungen im Falle der Offenlegung der Dokumente A und B von einer gewissen Erheblichkeit sind und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt besteht. Im Ergebnis erachtet der Beauftragte den geltend gemachten Ausnahmegrund damit als nicht im von der Rechtsprechung für den vorliegenden Sachverhalt (ausssen-)politischen Gehalts geforderten Mass begründet. Folglich vermochte armasuisse die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs nicht zu widerlegen.

E. 38

Des Weiteren bringt armasuisse in ihrer Stellungnahme an den Antragsteller wie auch in derjenigen an den Beauftragten vor, dass die Offerten der Anbietenden geschäftsgeheime Daten ihrer Produkte enthalten und verweist auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ.

E. 39

Der Antragsteller erwägt, dass die verlangten Dokumente betreffend Kriterien und Gewichtung generell-abstrakte Informationen der Beschaffungsbehörde (armasuisse) und keine spezifischen Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse – weder auf Anbieterseite, noch auf Seite von armasuisse – enthalten. Mit diesen Informationen könnten keine Rückschlüsse auf kommerzielle, schützenswerte Daten gezogen werden.

E. 40

Die Dokumente A und B enthalten keine Angaben der Anbietenden, sondern ausschliesslich die von armasuisse für die Evaluation aufgestellten Kriterien und deren Gewichtung. Für den Beauftragten ist darüber hinaus auch nicht ersichtlich, wie aufgrund der Evaluationskriterien und deren Gewichtung Rückschlüsse auf Angaben der Anbietenden möglich sein sollten. Da die verlangten Dokumente keine Daten der Anbieterinnen enthalten, können durch den Zugang zu den Dokumenten keine Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden. Ausserdem ist der pauschale Verweis von armasuisse auf das Geschäftsgeheimnis gemäss ständiger Rechtsprechung nicht genügend.²⁵ Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ kommt nach Ansicht des Beauftragten vorliegend nicht zur Anwendung.

E. 41

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: armasuisse vermag bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 4, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, c, d und g sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Folglich empfiehlt der Beauftragte armasuisse, den vollständigen Zugang zu den Dokumenten A und B zu gewähren.

E. 42

Abschliessend ist anzumerken, dass es armasuisse unbenommen ist, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. Art. 4, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, c, d und g sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen.

²⁵ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

11/11

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

E. 43

armasuisse gewährt den Zugang zu den Dokumenten A und B (vgl. Ziffer 13).

E. 44

Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei armasuisse den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 45

armasuisse erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 46

armasuisse erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 47

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 48

Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R) X. (Antragsteller)
- Einschreiben mit Rückschein (R) Bundesamt für Rüstung armasuisse Guisanplatz 1 3003 Bern

Reto Ammann André Winkler Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip Jurist
Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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