

# **EDOEB empfehlung-vom-23-dezember-2013-bbl-dokumente-zu r-auswertung-bzw-statistik-des-b-2013-12-23 vom 23. Dezember 2013**

EDÖB, 2013-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-23-dezember-2013-bbl-dokumente-zur-auswertung-bzw-statistik-des-b-2013-12-23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-23-dezember-2013-bbl-dokumente-zur-auswertung-bzw-statistik-des-b-2013-12-23)

FR: EDOEB empfehlung-vom-23-dezember-2013-bbl-dokumente-zur-auswertung-bzw-statistik-des-b-2013-12-23 du 23 décembre 2013

IT: EDOEB empfehlung-vom-23-dezember-2013-bbl-dokumente-zur-auswertung-bzw-statistik-des-b-2013-12-23 del 23 dicembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Antragsteller (Journalisten) haben am 16. November 2012 beim Bundesamt für Bauten und Logistik BBL, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3), um Zugang zu „Controlling-Berichte Auswertung Statistik Beschaffungszahlen 2011 für alle Departemente“ ersucht.

### **E. 2**

Mit E-Mail vom 30. Mai 2013 nahm das BBL Stellung zum Gesuch und teilte den Antragstellern mit, dass es ihnen Kopien folgender Unterlagen zustelle: ■

„Statistik Beschaffungszahlungen der Bundesverwaltung, Hinweise zu den Auswertungen 2011“ [6 seitiges Dokument, nachfolgend: Dokument A] ■

„Auswertungen Beschaffungszahlungen nach Beschaffungskategorien, Auswertungsperiode 1.1.2011 – 31.12.2011 (auf Basis der Daten mit Stand 9.5.2012), der gesamten Bundesverwaltung, je Departement sowie für die Bundeskanzlei“ [8 Dokumente, nachfolgend: Dokumente B] ■

„Auswertungen der 40 umsatzstärksten Kreditoren (Lieferfirmen) sowie der Beschaffungskategorien je Departement und für die Bundeskanzlei, anonymisiert. Die anonymisierten Textteile sind mit nnnnnn bezeichnet und farblich hervorgehoben“ [8 Dokumente, nachfolgend: Dokumente C]

2/17

### **E. 3**

Die Anonymisierung der Auswertungen der 40 umsatzstärksten Lieferfirmen (Dokumente C) begründete das BBL unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse). Es stellte sich auf den Standpunkt, als solche Geschäftsgeheimnisse würden Informationen gelten, welche im Falle einer Bekanntgabe an Konkurrenzunternehmen zu einer Verfälschung des Wettbewerbs oder gar zu einer Gefährdung der Existenz eines Unternehmens führen könnten. Weiter wies es darauf hin, dass diese Listen bei ausbleibender Anonymisierung neben dem jeweiligen Gesamtumsatz der 40 umsatzstärksten Lieferfirmen, der Art der Leistungen und den jeweiligen Preisen auch die Namen der entsprechenden Firmen enthalten würden. Eine kombinierte

Veröffentlichung dieser Informationen könnte jedoch zu Wettbewerbsverzerrungen und zu einer Gefährdung der betroffenen Unternehmen führen, da daraus – und allenfalls auch in Verbindung mit den öffentlichen Ausschreibungsunterlagen – insbesondere für Konkurrenzunternehmen Rückschlüsse etwa über die Rabattpolitik eines bestimmten Unternehmens hergeleitet werden könnten. Um den Schutz dieser Geschäftsgeheimnisse zu gewährleisten, zugleich aber auch um den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu befolgen, komme folglich nur ein anonymisierter Zugang zu diesen Listen (Dokumente C) in Betracht.

#### **E. 4**

Am 19. Juni 2013 reichten die Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin widersprachen sie zum einen der Argumentation des BBL, wonach die Bekanntgabe der anonymisierten Firmennamen zu einer Verfälschung des Wettbewerbs oder gar zu einer Gefährdung der Existenz eines Unternehmens führen könnte, da bereits heute ein Teil der Auftragnehmer des Bundes über die Internetseite [www.simap.ch](http://www.simap.ch)<sup>1</sup> publiziert würden. Zudem müssten es sich Unternehmen, welche mit der öffentlichen Hand Geschäfte abschliessen, gefallen lassen, dass sie in der Öffentlichkeit bekannt werden. Zum anderen rügten die Antragsteller, das BBL habe nicht alle Unterkategorien aufgeführt und die Listen auf die jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen beschränkt, obwohl man „neben allen Controlling-Berichten“ auch die „vollständige Auswertung der Beschaffungszahlen ohne Einschränkungen eingefordert“ habe.

#### **E. 5**

Am 21. Juni 2013 bestätigte der Beauftragte gegenüber den Antragstellern den Eingang ihres Schlichtungsantrages. Am gleichen Tag forderte er das BBL dazu auf, ihm alle relevanten Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 6**

Nach gewährter Fristerstreckung reichte das BBL beim Beauftragten am 30. Juli 2013 eine Stellungnahme sowie die betroffenen amtlichen Dokumente ein. Zur Vorgeschichte des Gesuches führte das BBL aus, dass dieses eine aufwändige Koordination erforderte, da die Departemente unterschiedliche Auffassungen vertraten, wie mit dem Gesuch umzugehen sei bzw. inwieweit der Zugang zur Statistik Beschaffungszahlen 2011 zu gewähren sei. Schliesslich habe die Thematik auch auf Stufe Generalsekretärenkonferenz Diskussionen ausgelöst, worauf diese den Auftrag erteilte, dem Bundesrat ein Aussprachepapier vorzulegen. Dieses sei in der Folge vom EJPD und dem EFD gemeinsam erarbeitet und dem Bundesrat am 1. Mai 2013 unterbreitet worden. Nach dem entsprechenden Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013 sei eine bereinigte Antwort auf das Zugangsgesuch mit den Departementen koordiniert und eine abschliessende Antwort auf das Gesuch am 30. Mai 2013 den Antragstellern zugestellt worden. Weiter äusserte sich das BBL zur Frage der Zuständigkeit für die Herausgabe von Daten aus

<sup>1</sup> Durch den Verein [simap.ch](http://www.simap.ch) (Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Vereinsmitglieder sind die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Kantone sowie das Fürstentum Lichtenstein) elektronisch geführte Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB; SR 172.056.11).

dem sog. Beschaffungscontrolling. Das BBL erhalte die entsprechenden Informationen des Beschaffungswesens von den jeweiligen Verwaltungseinheiten und nehme keine Kontrolle dieser Daten vor. Kontrollorgan sei „letzten Endes die EFK“. Das BBL selbst nehme einzig eine „Veredelung“ der Daten vor, indem es sie auswerte und so z.B. zu Statistiken aggregiere. Gestützt auf diese Statistiken würden unter Federführung des BBL zudem Handlungsempfehlungen und Massnahmen erarbeitet, welche sich an die Departemente richteten und die dem Bundesrat vorgelegt würden. Für das BBL sei mit Blick auf die Frage der Zuständigkeit zur Herausgabe von Daten aus dem Beschaffungscontrolling der Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013 massgebend. Zur Begründung der (teilweisen) Zugangsverweigerung verwies das BBL auf die beigelegten Dokumente gemäss Auflistung und der langen Vorgeschichte des vorliegenden Schlichtungsverfahrens und erklärte damit sowohl das erwähnte Aussprachepapier sowie den entsprechenden Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013 zu integralen Bestandteilen seiner Begründung der Zugangsbeschränkung. Schliesslich äusserte sich das BBL dahingehend, dass „die zuständige Behörde [...] den Zugang zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller betreffend die Beschaffungen durch ein Bundesorgan erst gewähren [sollte], nachdem sich das Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht. Falls das Bundesorgan beschliesst, die Massnahmen umzusetzen, sollte die zuständige Behörde das Recht auf Zugang für die Zeit, die für deren Umsetzung erforderlich ist, aufschieben“.

#### **E. 7**

In einem weiteren Schreiben vom 12. Juli 2013 teilten die Antragsteller dem Beauftragten mit, sie hätten sich am 9. Juli 2013 bei der Medienstelle des BBL erkundigt, ob zu den Auswertungen der Beschaffungszahlen 2011, welche ihnen bereits anonymisiert vorliegen würden, irgendwelche Berichte, Aktennotizen etc. bestünden, welche sich auf die Statistikzahlen beziehen und Erkenntnisse daraus ableiteten. Entsprechende Unterlagen habe man eigentlich bereits im Zugangsgesuch vom 16. November 2012 (vgl. Ziffer 1) herausverlangt, jedoch nicht erhalten. In der Zwischenzeit habe das BBL auf ausdrückliche Nachfrage hin schriftlich bestätigt, dass in den Reportingsets neben einem Begleitschreiben auch je ein Bericht über „Auffälligkeiten in den Auswertungen pro Departement“ enthalten sei. Weiter habe das BBL auch auf einen Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013 in dieser Sache hingewiesen, welcher die restriktive Herausgabe von Informationen im Zusammenhang mit Beschaffungen vorsehe. So habe der Bundesrat u.a. entschieden, dass die zuständige Behörde den Zugang zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller erst gewähren solle, „nachdem sich das Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht“. Sollte das Bundesorgan die Empfehlungen umsetzen wollen, so sei das Recht auf Zugang zu entsprechenden Informationen für die Dauer, die für eine Umsetzung erforderlich ist, aufzuschieben. Darüber hinaus habe der Bundesrat entschieden, dass die jeweilige Behörde [und nicht das BBL] Dateneigner dieser Dokumente bleibe. Die Antragsteller führten weiter aus, dass sie das BBL daraufhin gebeten hätten abzuklären, welche Dokumente trotz dieses Bundesratsbeschlusses zugänglich gemacht werden könnten. Da es sich um Vorgänge aus dem Jahr 2011 handle, könne zumindest angenommen werden, dass die vorgesehenen Aufschübe des Zugangs zwischenzeitlich hinfällig geworden seien. Dazu sei das BBL jedoch nicht bereit gewesen. Besonders stossend daran sei, dass das BBL die Existenz

dieser Dokumente – trotz expliziter Nachfrage – bis dahin verschwiegen habe und sich nunmehr weigere abzuklären, ob die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umgesetzt wurden und ein Aufschub des Zugangs folglich entfalle. Schliesslich wiesen die Antragsteller darauf hin, dass sie im Zuge der Behandlung ihres Zugangsgesuches erfahren hätten, dass im Vorfeld des erwähnten Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 verschiedene Gutachten und Stellungnahmen im Zusammenhang mit ihrem

4/17

Zugangsgesuch verfasst worden seien. Sie legten ihrem Schreiben daher folgende Dokumente bei: ■

„Das Gutachten des BJ vom 05.07.2012, ‚Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate‘ ■

Auszug aus dem Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013 ‘Accès en vertu de la loi sur la transparence à des documents officiels concernant le controlling des achats de l’administration fédérale‘ ■

Aktennotiz: Bekanntgabe von Namen aus Beschaffungsstatistiken ■

Mailverkehr des BBL in der Sache mit uns“

#### **E. 8**

Auf Einladung des Beauftragten reichte das BBL am 18. Dezember 2013 eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin verwies es erneut auf die bereits eingereichten Unterlagen, insbesondere auf das Aussprachepapier des Bundesrates vom 23. April 2013 sowie den entsprechenden Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013. Weiter verwies das BBL auf seine Begründung der teilweisen Zugangsverweigerung in seiner Stellungnahme an die Antragsteller vom 30. Mai 2013 (vgl. Ziffer 2 f.), ergänzend mit dem Hinweis auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

#### **E. 9**

Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

#### **E. 10**

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig. 2 Berechtig, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

#### **E. 11**

Die Antragsteller haben ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BBL eingereicht und eine teilweise ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren sind sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.

#### **E. 12**

Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.<sup>3</sup>

#### **E. 13**

Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche  
2 BBl 2003 2023. 3 BBl 2003 2024.

5/17

Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben. B. Materielle Erwägungen

#### **E. 14**

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. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).

#### **E. 15**

Vorab gilt es festzuhalten, welche Dokumente vorliegend Verfahrensgegenstand bilden und demnach durch den Beauftragten zu beurteilen sind. Das Dokument A und die Dokumente B (vgl. Ziffer 2) wurden den Antragstellern ohne Einschränkungen zugänglich gemacht. Der Beauftragte hält folglich fest, dass das BBL dem Recht auf Zugang zu den Dokumenten A und B vollständig nachgekommen ist. Auf diese Dokumente ist im Folgenden nicht mehr einzugehen. Was die Dokumente C (vgl. Ziffer 2) anbelangt hält der Beauftragte fest, dass das BBL den Zugang zu diesen in zweierlei Hinsicht beschränkt hat. Einerseits wurden den Antragstellern bloss die Beschaffungszahlen hinsichtlich der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen jedes Departements und der Bundeskanzlei offen gelegt, andererseits wurden die entsprechenden Firmennamen in den acht Listen anonymisiert. Der Beauftragte hat betreffend die Dokumente C folglich zu prüfen, ob das BBL durch die Anonymisierung der Firmennamen als auch durch die Beschränkung der acht Listen auf die jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei das

Öffentlichkeitsgesetz korrekt angewendet hat.

#### **E. 16**

Im Rahmen der folgenden Prüfung äussert sich der Beauftragte zunächst zur Begründung der teilweisen Zugangsverweigerung durch das BBL gegenüber den Antragstellern in seiner Stellungnahme vom 30. Mai 2013 unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g (vgl. Ziffer 2 f.). Im Anschluss daran gilt es die Lösungsvorschläge des Aussprachepapiers vom 23. April 2013 und des entsprechenden Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 zu prüfen (Ziffer 33). Schliesslich rügten die Antragsteller in ihrem Schreiben vom 12. Juli 2013 (vgl. Ziffer 7), dass sich zwischenzeitlich herausgestellt habe, dass das BBL über weitere in diesem Zusammenhang erstellte Dokumente verfüge, deren Existenz jedoch bis anhin verschwiegen worden sei (Ziffer 47). Geschäftsgeheimnisse

#### **E. 17**

In seiner Stellungnahme an die Antragsteller vom 30. Mai 2013 (vgl. Ziffer 2) begründete das BBL seine Zugangsbeschränkung mit Berufung auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen). Demnach sei die kombinierte Veröffentlichung von Namen der 40 Unternehmen mit den höchsten Umsatzzahlen, deren

6/17

Gesamtumsatz, der Art der Leistungen und der jeweiligen Preise als Information zu qualifizieren, welche zu Wettbewerbsverzerrungen und zu einer Gefährdung der betroffenen Unternehmen führen könne. Mit diesen Informationen und unter Beizug allenfalls weiterer Angaben – z.B. aus öffentlichen Ausschreibungsunterlagen – könnten Konkurrenzunternehmen auch weitere Informationen herleiten wie etwa über die Rabattpolitik des betroffenen Unternehmens. Auch dabei handle es sich um Informationen, welche unter den Schutz von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ fallen würden. Um diesen Schutz gewährleisten zu können, gleichwohl aber auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zur Anwendung zu bringen, seien die verlangten Auswertungslisten zu anonymisieren.

#### **E. 18**

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Nach der Botschaft darf das Öffentlichkeitsprinzip nicht dazu führen, dass solche Geheimnisse ausserhalb der Verwaltung stehender Dritter offenbart werden müssen.<sup>4</sup> Fraglich ist, welche Unternehmensinformationen als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis einzustufen sind. In der Schweizerischen Gesetzgebung werden die Begriffe „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis“ nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche sich im Wesentlichen anhand von Art. 162 StGB<sup>5</sup> und Art. 6 UWG<sup>6</sup> herausgebildet hat, gelten „alle Tatsachen als Geheimnisse, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, wobei der Geheimnisherr an ihnen ein berechtigtes Interesse haben muss und sie tatsächlich geheim halten will“.<sup>7</sup> Nicht die Tatsachen an und für sich bilden das Geheimnis, sondern das Wissen des betreffenden Geheimnisherrn um sie. Ein Geheimnis liegt somit dann vor, wenn kumulativ folgende drei Voraussetzungen gegeben sind: Die fraglichen Tatsachen sind relativ unbekannt, der Geheimnisherr hat ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und es besteht ein Geheimniswille.<sup>8</sup>

#### **E. 19**

Ein Geheimnis muss, damit ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, nach dem Gegenstand beschränkt sein und eine geschäftlich relevante Information betreffen. Als Geschäftsgeheimnisse kommen alle jene Tatsachen in Betracht, welche in irgendeiner Weise für die Organisation und die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens von Bedeutung sind.<sup>9</sup> Das Geschäftsgeheimnis betrifft Innen- sowie Aussenverhältnisse des Unternehmens, die für Konkurrenten wissenswert sind. Das Geschäftsgeheimnis hat folglich kaufmännische und betriebswirtschaftliche Tatsachen zum Gegenstand.<sup>10</sup> Beispiele für Geschäftsgeheimnisse sind etwa Absatzmöglichkeiten, Preis- und Rabattpolitik, Kalkulationen, Informationen zur allgemeinen Geschäftslage sowie künftige geschäftliche Absichten, Plan zur Lancierung eines Produktes, Fehlschlag eines Projektes etc.<sup>11</sup>

## **E. 20**

Das erste Merkmal des Geheimnisses bedingt eine Tatsache, die relativ unbekannt ist, was gegeben ist, wenn diese nur einem engen Personenkreis geläufig ist.<sup>12</sup> Nach der

4 BBl 2003 2011 f. 5 Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0 6 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241. 7 BGE 80 IV 22 E. 2.a; 103 IV 283 E. 2.b; 109 Ib 47 E. 5.c; 118 Ib 547 E. 5. 8 BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art.162 N 11. 9 CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Art.6 N 34. 10 RAMON MABILLARD, in: Peter Jung / Philipp Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 6 N 16. 11 Vgl. BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 34; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 16. 12 BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art.162 N 12.

7/17

Rechtsprechung des Bundesgerichts geht der Geheimnischarakter einer Tatsache verloren, sobald sie offenkundig wird oder allgemein zugänglich ist.<sup>13</sup> Das zweite Merkmal des Geheimnisses besteht darin, dass die Nichtzugänglichkeit der betreffenden Information vom Geheimnisherrn gewollt ist. Der Geheimhaltungswille muss durch den Geheimnisherrn ausdrücklich bekundet oder aus den Umständen durch konkludentes Verhalten erkenntlich sein.<sup>14</sup> Er kann sich jedoch nur auf jene Tatsachen beziehen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Das dritte Merkmal des Geheimnisses ist erfüllt, wenn für die Geheimhaltung der Tatsachen ein objektiv berechtigtes Interesse nachgewiesen werden kann. Im Öffentlichkeitsgesetz richtet sich das öffentliche Interesse wie im Lauterkeitsrecht auf die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und damit auf die Unternehmenstätigkeit. Ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse wird nur dann bejaht, wenn die geheim zu haltenden Informationen das Ergebnis wirtschaftlicher Vorgänge beeinflussen können. Das Geheimnis muss für das einzelne Unternehmen (d.h. nicht für einen Wirtschaftszweig) von wirtschaftlichem Wert und von Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit sein.<sup>15</sup> Geheim sind nur wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würden, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird.<sup>16</sup> Von einem berechtigten Interesse kann dann nicht gesprochen werden, wenn diese Interessen im Widerspruch mit der Rechtsordnung stehen.<sup>17</sup>

## **E. 21**

Bei der Beurteilung der vorliegend vom BBL zugänglich gemachten anonymisierten Listen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei (Dokumente C) gilt es zu berücksichtigen, dass diese folgende Informationen (Spalten) beinhalten: ■

Identifikationsnummer des berücksichtigten Unternehmens (anonymisiert) inkl. Identifikationsnummer der jeweiligen Beschaffungskategorie (z.B. Nahrungsmittel und Getränke, Publikationen und Drucksachen, allg. Beratungsdienstleistungen etc.), ■

Name des berücksichtigten Unternehmens (anonymisiert) inkl. Bezeichnung der jeweiligen Beschaffungskategorien, ■

Gesamtsummen nach berücksichtigten Unternehmen und jeweiligen Beschaffungskategorien aufgeteilt auf die einzelnen Ämter über das ganze Jahr hinweg, ■

Gesamtsummen nach berücksichtigten Unternehmen und jeweiligen Beschaffungskategorien des jeweiligen Departements über das ganze Jahr hinweg. Da bis auf die jeweiligen Namen und Identifikationsnummern der berücksichtigten Unternehmen alle weiteren in den Listen enthaltenen Informationen durch das BBL offengelegt wurden, beschränkt sich die Prüfung der Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ vorliegend auf die Frage, ob die bereits zugänglich gemachten Informationen in Kombination mit den jeweiligen Firmennamen als schützenswertes Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind.

## E. 22

Die in den Listen aufgeführten Informationen sind recht allgemeiner Natur und erlauben bloss einen rudimentären Überblick darüber, welche 40 umsatzstärksten Unternehmen jeweils für

13 BGE 80 IV 22; 88 II 319; ausführlich dazu BSK-StGB II, MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art. 162 N 12; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 6 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 9 ff. 14 BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 16 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 12. 15 BGE 109 Ib 47 E. 5.c; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., Art. 6 N 25 ff.; MABILLARD, a.a.O., Art. 6 N 11. 16 BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, RZ 41. 17 FRIEDRICH SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, München 2009, § 6 RZ 50.

8/17

welches Departement bzw. welches Amt im Jahr 2011 welche grobe(n) Leistung(en) erbracht und welches Entgelt sie dafür erhalten haben. Weshalb bzw. inwiefern dadurch Wettbewerbsverzerrungen zu erwarten sind, wurde vom BBL weder konkret begründet noch ist eine entsprechende Gefahr für den Beauftragten tatsächlich nachvollziehbar. Vielmehr beschränkte sich das BBL auf den pauschalen Hinweis, durch eine kombinierte Veröffentlichung der Informationen inkl. der Unternehmensnamen seien – allenfalls unter Bezug weiterer Informationen z.B. aus öffentlichen Ausschreibungsunterlagen – Rückschlüsse etwa auf die Rabattpolitik der betroffenen Unternehmen möglich. Eine detaillierte Darlegung bzw. erst recht der entsprechende Beweis<sup>18</sup> über das Vorhandensein eines entsprechenden Schadensrisikos<sup>19</sup> blieb das BBL jedoch schuldig. Der Beauftragte ruft in Erinnerung, dass der Eintritt eines solchen Schadens nicht lediglich denkbar bzw. entfernt möglich sein darf, sondern vielmehr „nach dem üblichen Lauf der Dinge“ eintreten muss und dies mit hoher Wahrscheinlichkeit.<sup>20</sup>

## **E. 23**

Weiter ist in Bezug auf die Zugänglichkeit der in den acht Listen enthaltenen Informationen – insbesondere den Namen der berücksichtigten Unternehmen – zu beachten, dass das Öffentlichkeitsgesetz in Art. 4 einen Vorbehalt von Spezialbestimmungen anderer Bundesgesetze vorsieht, soweit diese bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen und damit spezifische Öffentlichkeitsregelungen begründen (Bst. b). Spezielle Zugangsnormen i.S.v. Art. 4 Bst. b BGÖ können neben personen- oder sachbezogenen Vorrechten u.a. auch etwa die vorbehaltlose Zugänglichkeit bestimmter Informationen vorsehen, was zur Folge hat, dass die Behörde in einem solchen Fall keinen der Ausnahmegründe des Öffentlichkeitsgesetzes (insbesondere jene in Art. 7 ff. BGÖ) mehr anwenden darf.<sup>21</sup>

## **E. 24**

In die Kategorie der sachbezogenen Vorrechte – zugleich aber auch in jene der vorbehaltlosen Zugänglichkeit – fällt die für den vorliegenden Fall relevante Regelung in Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1), wonach „Ausschreibung und Zuschlag [...] immer zu veröffentlichen [sind]“ [Hervorhebung durch den Beauftragten]. Dazu enthält Art. 28 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) folgende präzisierenden Angaben darüber, welche Informationen genau unter den „Zuschlag“ i.S. der gesetzlichen Bestimmung in Art. 24 Abs. 2 BöB fallen: Art. 28 Bekanntmachung des Zuschlags Die Auftraggeberin veröffentlicht den Zuschlag, namentlich auch denjenigen im freihändigen Verfahren, spätestens 30 Tage nach dessen Erteilung mit den folgenden Angaben: a. Art des Vergabeverfahrens; b. Art und Umfang der bestellten Leistung; c. Name und Adresse der Auftraggeberin; d. Datum des Zuschlags; e. Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters oder der berücksichtigten Anbieterin;

18 Vgl. BVGE 2011/52, E. 6; BVGer A-3269/2010 (= A-3443/2010) vom 18. Oktober 2010, E. 3.1; BBl 2003 2002. 19 Vgl zum Begriff des Schadensrisikos BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 4 ff. 20 BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 4; STEPHAN C. BRUNNER, Interessenabwägung im Vordergrund, *digma* 4/2004, S. 163. 21 BERTIL COTTIER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar zum BGÖ*, Art. 4, RZ 13.

9/17

f. Preis des berücksichtigten Angebotes; ausnahmsweise kann sie stattdessen den tiefsten und den höchsten Preis der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote angeben. Nach dieser Bestimmung ist u.a. der Name des berücksichtigten Anbieters zu publizieren und damit für jedermann zugänglich zu machen, oder anders gesagt, ist die Offenlegung der Namen von berücksichtigten Anbietern im Rahmen von Beschaffungsgeschäften, welche unter das BöB fallen, gesetzlich vorgeschrieben. Der Umstand, dass es sich dabei bloss um eine Verordnungsbestimmung handelt, obgleich Art. 4 BGÖ von speziellen Bestimmungen anderer Bundesgesetze spricht, ist deshalb unproblematisch, weil die Verordnungsbestimmung von Art.

## **E. 28**

Der Beauftragte hält fest, dass soweit sich die in den Dokumenten C aufgeführten Gesamtumsätze hinsichtlich der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei aus Beschaffungsaufträgen zusammensetzen, welche die beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte erreichen und demnach unter das BöB fallen, die Offenlegung der Namen der berücksichtigten Anbieter gemäss Art. 24 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 28 VöB gesetzlich vorgeschrieben ist. Die Geheimhaltungsverpflichtung von Angaben der AnbieterInnen während des Vergabeverfahrens gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB steht vorliegend einem Zugang nicht entgegen, da das Vergabeverfahren längst abgeschlossen ist. Im Ergebnis hält eine konsequente Anonymisierung der Namen der 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei vor den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und insbesondere vor den gesetzlichen Regelungen des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht stand, verstösst mithin sogar gegen Bundesrecht.

#### **E. 29**

Weiter stellt sich die Frage, wie es sich mit der Zugänglichkeit von Informationen aus Beschaffungsstatistiken verhält, welche aus einzelnen Beschaffungsaufträgen herrühren, welche die gesetzlichen Schwellenwerte des Beschaffungsrechts nicht erreichen und demnach ausserhalb des Anwendungsbereiches des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen liegen. Für all jene Fälle können die Art. 24 Abs. 2 BöB und Art. 28 VöB von vornherein nicht als Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 Bst. b BGÖ gelten, welche den Zugang zu bestimmten Informationen vorbehaltlos vorsehen, da das BöB und die VöB hier gar nicht erst zur Anwendung gelangen.

#### **E. 30**

Der Zugang zu entsprechenden Beschaffungsinformationen beurteilt sich in diesen Fällen – mangels Vorhandensein weiterer einschlägiger Spezialbestimmungen anderer Bundesgesetze

25 Bundesamt für Justiz, Gutachten über die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate, 5. Juli 2012, S. 14 f. (VPB 2013.2, S. 9 ff.).

11/17

– einzig nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Auch hierbei dürfte sich vermutlich einzig die Frage stellen, ob eine kombinierte Veröffentlichung von Informationen aus Beschaffungsstatistiken ausserhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts, insbesondere Gesamtumsätze hinsichtlich bestimmter Beschaffungskategorien und Namen von berücksichtigten Anbietern, allenfalls grundsätzlich eine Gefährdung von schützenswerten Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zur Folge haben könnte und der Zugang zu entsprechenden Informationen demzufolge zu beschränken bzw. zu verweigern wäre. Dies mag in einem bestimmten Einzelfall zwar denkbar sein, kann nach Ansicht des Beauftragten aber nicht als Grundsatz statuiert werden, da ein entsprechendes Schadensrisiko nicht bloss denkbar bzw. entfernt möglich sein darf (vgl. oben Ziffer 22). Zudem würde damit ein Grossteil von Informationen aus Beschaffungsstatistiken mit Bezug zu einzelnen Beschaffungsaufträgen unterhalb der Schwellenwerte dem voraussetzungslosen Recht auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass eine entsprechende Praxis einen unbegründbaren Wertungswiderspruch mit sich bringen würde, wenn der Gesetzgeber die Offenlegung der

Namen der berücksichtigten Anbieter inkl. Leistungsinhalt und Preis in Bezug auf Beschaffungsgeschäfte oberhalb der beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte gesetzlich vorschreibt, exakt dieselbe Kombination von Informationen in Fällen von Beschaffungsgeschäften unterhalb der Schwellenwerte hingegen ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis darstellen würde und der Zugang dazu verweigert bzw. eingeschränkt werden müsste.

### **E. 31**

Der Beauftragte hält fest, dass in Bezug auf die Zugänglichkeit von Informationen aus Beschaffungsstatistiken mit Bezug zu Aufträgen unterhalb der beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte keine Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ ersichtlich sind. Mit Blick auf den Ausnahmekatalog in Art. 7 Abs. 1 BGÖ fällt ein grundsätzlicher Entzug einer Kombination aus Beschaffungsinformationen inkl. der Namen der berücksichtigten Anbieter im Rahmen von Beschaffungen unterhalb der gesetzlichen Schwellenwerte unter Hinweis auf schützenswerte Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ausser Betracht (vgl. Ziffer 17-22).

### **E. 32**

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Die Anonymisierung der Namen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei in den entsprechenden Listen aus den Beschaffungsstatistiken des Jahres 2011 (Dokumente C) hält vor den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes (insbesondere Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) nicht stand und verstösst im Rahmen des Anwendungsbereiches des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und der dazugehörigen Verordnung gegen Bundesrecht. Aussprachepapier vom 23. April 2013 und Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 2013

### **E. 33**

In seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 30. Juli 2013 verwies das BBL für die Zugangsbeschränkung integral auf die dokumentierte Vorgeschichte des vorliegenden Verfahrens, insbesondere auf ein durch die Generalsekretärenkonferenz in Auftrag gegebenes Aussprachepapier zum vorliegend zu beurteilenden Fall, welches dem Bundesrat am 1. Mai 2013 vorgelegt wurde, sowie auf den entsprechenden Bundesratsbeschluss ebenfalls vom 1. Mai 2013. Eine gekürzte Fassung des Aussprachepapiers wurde am 18. September 2013 in der „Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB“ 26 veröffentlicht. Es enthält die gemeinsamen

26 VPB 2013.3, S. 22 ff. (Accès en vertu de la loi sur la transparence à des documents officiels concernant le controlling des achats de l'administration fédérale).

12/17

Schlussfolgerungen des Bundesamtes für Justiz BJ und des BBL über den Zugang zu Dokumenten betreffend das sogenannte Beschaffungscontrolling. Weiter behandelt es die Frage der Koordination der Behandlung von entsprechenden Zugangsgesuchen gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz und schlägt dem Bundesrat im Wesentlichen folgende Lösungen vor, welche dieser mit seinem Beschluss vom 1. Mai 2013 übernommen hat: a) „Amtliche Dokumente, in denen die Kreditoren eines Bundesorgans gemäss ihrer Umsatzstärke aufgelistet sind, und die Personendaten enthalten, anhand welcher die betreffenden Unternehmen identifiziert werden können, sollten von der zuständigen Behörde

anonymisiert werden, bevor sie eingesehen [gemeint ist wohl: zugänglich gemacht] werden“ [nachfolgend: Vorschlag A]. b) „Die zuständige Behörde sollte den Zugang zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller betreffend die Beschaffungen durch ein Bundesorgan erst gewähren, nachdem sich das Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht. Falls das Bundesorgan beschliesst, die Massnahmen umzusetzen, sollte die zuständige Behörde das Recht auf Zugang für die Zeit, die für deren Umsetzung erforderlich ist, aufschieben“ [nachfolgend: Vorschlag B]. c) Die Behandlung von Zugangsgesuchen zu Dokumenten aus dem Beschaffungscontrolling, welche das BBL mittels ihm vom zuständigen Departement oder der Bundeskanzlei weitergegebenen Angaben erstellt hat, fällt weiterhin in die Zuständigkeit des Departements oder der Bundeskanzlei, welche die ursprünglichen Angaben erfasst hat. Dies gilt ebenso für Dokumente des BBL, welche Empfehlungen der Controller enthalten [nachfolgend: Vorschlag C].

#### **E. 34**

Was den Vorschlag A (Anonymisierung) anbelangt, gilt es zunächst zu prüfen, ob eine Anonymisierung der Firmennamen in den Listen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei einerseits überhaupt möglich und wenn ja, auch erforderlich ist. Art. 9 Abs. 1 BGÖ zufolge sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht ist dabei nicht als absolute, sondern bloss als relative Pflicht zu verstehen.<sup>27</sup> Das bedeutet, dass eine Anonymisierung nicht in jedem Falle zwingend vorzunehmen ist, in dem sie theoretisch bzw. technisch zu bewerkstelligen wäre, sondern die Verpflichtung dazu sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles richtet und insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung tragen muss.<sup>28</sup> Eine Anonymisierung fällt von vornherein ausser Betracht, wenn sich ein Zugangsgesuch auf Dokumente bezieht, welche bestimmte, namentlich genannte Personen betreffen.<sup>29</sup> Ebenso wenig ist eine Anonymisierung möglich, wenn die antragstellende Person gerade die Offenlegung von Personendaten Dritter verlangt, welche ihr noch nicht bekannt sind.

#### **E. 35**

In bestimmten Fällen kann die Vornahme einer Anonymisierung sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen<sup>30</sup> und demnach unzulässig sein. Dies wäre namentlich dann der Fall, wenn die Privatsphäre der betroffenen Person durch die Bekanntgabe ihrer Personendaten gar nicht beeinträchtigt würde und die Pflicht zur

<sup>27</sup> Vgl. dazu insb. EDÖB Empfehlung vom 12.11.2012, EFK/Prüfbericht Immobilien, Ziff. 40; siehe zur Anonymisierungspflicht auch FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 20ff. <sup>28</sup> Vgl. dazu EDÖB Empfehlung vom 12.11.2012, EFK/Prüfbericht Immobilien, Ziff. 40. <sup>29</sup> FLÜCKIGER, a.a.O., RZ 22; BBI 2003 2016. <sup>30</sup> STEPHAN C. BRUNNER / ALEXANDRE FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4. Oktober 2010, RZ 13.

13/17

Anonymisierung daher von vornherein entfielen.<sup>31</sup>

#### **E. 36**

Im vorliegenden Fall verlangen die Antragsteller gerade die Offenlegung der Namen der berücksichtigten Unternehmen im Rahmen der öffentlichen Beschaffungen der Departemente und der Bundeskanzlei des Jahres 2011. Eine Anonymisierung ist daher von vornherein nicht möglich. Darüber hinaus ist der Beauftragte der Ansicht, dass eine Anonymisierung der Firmennamen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei ohnehin gar nicht notwendig ist, da eine Offenlegung der entsprechenden Firmennamen mit Blick auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ in keiner Weise die Privatsphäre der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt, soweit diese überhaupt ein grundrechtlich geschützter Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre zusteht. Schliesslich ist eine Anonymisierung der Firmennamen in den entsprechenden Listen nach Ansicht des Beauftragten sogar als unzulässige Beschränkung des Rechts auf Zugang zu qualifizieren, da das öffentliche Beschaffungsrecht in Art. 24 Abs. 2 BöB sowie Art. 28 VöB gerade die Publikation der Firmennamen der berücksichtigten Unternehmen vorsieht (vgl. oben Ziffer 23 ff.). Der Vollständigkeit halber weist der Beauftragte schliesslich darauf hin, dass die Frage nach der Zulässigkeit der Anonymisierung der Firmennamen auch ohne die einschlägigen Spezialbestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts und selbst im Falle der Möglichkeit und Erforderlichkeit einer Anonymisierung in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ zum Ergebnis führen würde, dass die entsprechenden Namen offenzulegen sind. Die Öffentlichkeitsverordnung sieht die Offenlegung von Personendaten explizit vor, sofern die (natürliche oder juristische) Person, um deren Namen es sich handelt, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen. Von genau dieser Konstellation ist in vorliegendem Fall auszugehen, was umso mehr gilt, da es sich vorliegend gerade um die Listen mit den 40 umsatzstärksten Lieferfirmen handelt, welche folglich die finanziell bedeutendsten Beschaffungsaufträge erhielten.

#### **E. 37**

Der Beauftragte hält fest, dass die Haltung des Aussprachepapiers vom 23. April 2013 sowie des Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 hinsichtlich der Anonymisierung der Firmennamen in den Listen mit den jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei (Vorschlag A) mit den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und des öffentlichen Beschaffungsrechts sowie insbesondere mit der ständigen Empfehlungspraxis nicht vereinbar ist. Die Firmennamen sind folglich durch das BBL gegenüber den Antragstellern offenzulegen.

#### **E. 38**

Im Zusammenhang mit den Dokumenten C stellt sich nach der Frage der Zulässigkeit einer Anonymisierung der Firmennamen der Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei weiter die Frage, ob die Beschränkung auf die jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen zu Recht erfolgt ist. Aus rechtlicher Sicht ist diese Beschränkung des Zugangs vermutlich kaum begründbar. Weder haben sich die Antragsteller in ihrem Zugangsgesuch auf die ersten 40 Lieferfirmen der jeweiligen „Rangliste“ beschränkt, noch ist die Beschränkung mit Blick auf die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes bzw. des öffentlichen Beschaffungsrechts gerechtfertigt. Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten bzw. auf Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente. Dabei gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ als amtliche Dokumente auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten

Informationen erstellt werden können. Selbst wenn dem BBL folglich also bloss die bereits an die Antragsteller ausgehändigten Listen der jeweils 40

31 DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 19 Abs. 1bis, RZ 48, Zürich 2008; Bundesamt für Justiz, Gutachten über die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate, 5. Juli 2012, S. 7 ff. (VPB 2013.2, S. 9 ff.).

14/17

umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei als amtliche Dokumente vorliegen würden (wobei diese wie oben ausgeführt nicht anonymisiert werden dürften), so ist davon auszugehen, dass das BBL mindestens noch über die entsprechenden Informationen über die Beschaffungszahlen des Jahres 2011 verfügt, welche jene berücksichtigten Unternehmen betreffen, die ab Platz 41 in der jeweiligen „Rangliste“ sind. Analog der bereits an die Antragsteller ausgehändigten Listen dürfte es auch hinsichtlich der Lieferfirmen unterhalb der jeweils ersten 40 Plätze ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich sein, entsprechende Listen zu erstellen, sofern diese nicht ohnehin bereits bestehen. Die Beschränkung auf die umsatzstärksten 40 Lieferfirmen ist folglich nicht zulässig.

#### **E. 39**

Der Beauftragte hält fest, dass sich die Beschränkung der Listen mit den meistberücksichtigten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei auf die jeweils 40 umsatzstärksten Unternehmen jeder Rechtsgrundlage entbehrt und demzufolge unzulässig ist.

#### **E. 40**

Nach obigen Ausführungen zur Zulässigkeit der Anonymisierung der Dokumente C sowie deren Beschränkung auf die jeweils 40 umsatzstärksten Unternehmen im Rahmen der öffentlichen Beschaffungen der Departemente und der Bundeskanzlei des Jahres 2011 sind auch die beiden weiteren Lösungsvorschläge des bereits erwähnten Aussprachepapiers (vgl. Ziffer 33 Bst. b und c) und des entsprechenden Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 zu diskutieren und anhand der gesetzlichen Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes sowie der Öffentlichkeitsverordnung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen.

#### **E. 41**

Gemäss Vorschlag B des Aussprachepapiers und des Bundesratsbeschlusses (vgl. Ziffer 33 Bst. b) sollte die zuständige Behörde den Zugang zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller betreffend die Beschaffungen durch ein Bundesorgan erst gewähren, nachdem sich das Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht. Falls das Bundesorgan beschliesst, die Massnahmen umzusetzen, sollte die zuständige Behörde das Recht auf Zugang für die Zeit, die für deren Umsetzung erforderlich ist, aufschieben. Dieser Lösungsvorschlag bezieht sich auf amtliche Dokumente mit dem Titel „Auffälligkeiten in den Auswertungen der Baschaffungszahlungen 2011“ für jedes Departement und die Bundeskanzlei, welche den Antragstellern bislang noch nicht zugänglich gemacht wurden, dem Beauftragten jedoch vorliegen.

#### **E. 42**

Im Hinblick auf die erste Aussage, wonach eine Zugangsgewährung zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller erst in Betracht zu ziehen sei, wenn sich das betroffene Bundesorgan entschieden hat, ob es die entsprechenden Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht, beschränkt sich der Beauftragte auf den Hinweis, dass diese besondere Ausgangslage, nämlich das Ersuchen um Zugang zu Dokumenten, welche als Entscheidungsgrundlage für einen noch ausstehenden behördlichen Entscheid gelten, bereits in Art. 8 Abs. 2 BGÖ als „besonderer Fall“ geregelt ist. Nach dieser Bestimmung dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie Grundlage darstellen, getroffen ist. Die entsprechende Aussage des Aussprachepapiers und des Bundesratsbeschlusses wiederholt somit bloss eine gesetzliche Bestimmung des Öffentlichkeitsgesetzes und ist insofern nicht zu beanstanden. Immerhin stellt sich die Frage, ob diese administrativen Entscheide der betroffenen Bundesorgane, nämlich ob die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umgesetzt werden sollen oder nicht, vermutlich längst gefallen sind, handelt es sich doch um Ergebnisse aus dem Beschaffungscontrolling des Jahres 2011. Soweit diese Entscheide bereits gefallen sind, hat das BBL alle entsprechenden Dokumente mit den Empfehlungen der Beschaffungscontrollern – unter Vorbehalt allfälliger Ausnahmestimmungen den Öffentlichkeitsgesetzes – an die Gesuchsteller herauszugeben.

15/17

#### **E. 43**

Was die zweite Aussage des Vorschlages B des Aussprachepapiers und des Bundesratsbeschlusses anbelangt, wonach es das Recht auf Zugang für die Zeit, die für die Umsetzung der empfohlenen Massnahmen erforderlich ist, aufzuschieben gilt, geht der Beauftragte davon aus, dass der Bundesrat seinem Vorschlag einen Anwendungsfall der Ausnahmestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) zugrunde legte. Die Ausnahmestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ist nach Ansicht des Beauftragten allerdings mit grosser Zurückhaltung anzuwenden. Informationen über konkrete behördliche Massnahmen dürfen dem Recht auf Zugang nur dann entzogen werden, wenn deren Bekanntwerden die vorgesehenen Massnahmen ernsthaft behindern oder gefährden, oder anders formuliert, nur wenn die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen gleichsam den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellt.<sup>32</sup> Die in diesem Zusammenhang zu beurteilenden Dokumente sind bloss ganz grob abgefasste Übersichten über gewisse Beschaffungskategorien in Bezug auf bestimmte Ämter eines Departements und damit zusammenhängende ganz allgemein formulierte Empfehlungen für die Zukunft. Die Handlungsempfehlungen der Beschaffungscontroller weisen wenig spezifischen inhaltlichen Charakter auf und sind für viele verschiedene Beschaffungskategorien mit Blick auf verschiedene Verwaltungseinheiten inhaltlich sogar deckungsgleich. Demnach ist für den Beauftragten nicht nachvollziehbar, inwiefern durch eine Offenlegung dieser Übersichten die mit den Empfehlungen angesprochenen Massnahmen in irgend einer Art erschwert oder gar verunmöglicht werden könnten. Dazu kommt, dass die Handlungsempfehlungen der Beschaffungscontroller im Anschluss an das Controlling 2011 vermutlich bereits umgesetzt worden sind, sofern die betroffenen Verwaltungseinheiten die Empfehlungen überhaupt umzusetzen bereit waren. Daher rechtfertigt sich ein Aufschub des Zugangs zu diesen Dokumenten mittlerweile ohnehin nicht mehr.

#### **E. 44**

Der Beauftragte hält in Bezug auf den Lösungsvorschlag B des Aussprachepapiers und des entsprechenden Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 fest, dass sich ein Aufschub des Zugangs zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem sich das betroffene Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht, grundsätzlich mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ rechtfertigen lässt. Soweit diese Entscheide jedoch bereits getroffen wurden, sind die entsprechenden Dokumente mit den Empfehlungen zugänglich zu machen. Was den zeitlichen Aufschub bis zu jenem Zeitpunkt anbelangt, bis die zu treffende Massnahme umgesetzt ist, vertritt der Beauftragte hingegen die Ansicht, dass die vorliegend zur Diskussion stehenden Inhalte der Dokumente „Auffälligkeiten in den Auswertungen der Beschaffungszahlungen 2011“ nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ fallen.

#### **E. 45**

Schliesslich gilt es den Lösungsvorschlag C (vgl. Ziffer 33 Bst. c) des Aussprachepapiers und des entsprechenden Bundesratsbeschlusses vom 1. Mai 2013 kurz zu beleuchten und im Hinblick auf den vorliegenden Fall auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Nach der vorgeschlagenen Lösung betreffend die Zuständigkeit soll die Behandlung von Zugangsgesuchen zu Dokumenten aus dem Beschaffungscontrolling, welche das BBL mittels ihm vom zuständigen Departement oder der Bundeskanzlei weitergegebenen Angaben erstellt hat, weiterhin in die Zuständigkeit des Departements oder der Bundeskanzlei fallen, welche die ursprünglichen Angaben erfasst hat. Dies soll ebenso für Dokumente des BBL gelten, welche Empfehlungen der Controller enthalten. Zunächst regelt das Öffentlichkeitsgesetz in Art. 10 Abs. 1 die Zuständigkeit für ein

32 BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 23 f.; vgl. zum Ganzen EDÖB Empfehlung vom 17.9.2013, BAZL / Monitoring Nachtflugverkehr am Flughafen Zürich, Ziffer 28 ff. m.w.H.

16/17

Zugangsgesuch dahingehend, dass ein solches an jene Behörde zu richten ist, die das verlangte Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Erstellerin der Dokumente ist vorliegend das BBL. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Departemente und die Bundeskanzlei ihre jeweiligen Beschaffungszahlen des Jahres 2011 als Ausgangsdatenmaterial dem BBL zur Auswertung zugestellt haben. Selbst wenn dabei davon auszugehen ist, dass das BBL bloss noch eine „Veredelung“ der entsprechenden Daten der Departemente und der Bundeskanzlei vorgenommen hat (vgl. Ziffer 6), bleibt es – entgegen dem Lösungsvorschlag C – die Erstellerin der jeweiligen Dokumente C i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGÖ und ist für die Bearbeitung des entsprechenden Zugangsgesuches zuständig. Dasselbe gilt auch in Bezug auf jene Dokumente, welche Empfehlungen der Controller enthalten und den Antragstellern bis anhin noch nicht zugänglich gemacht wurden. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die entsprechenden Handlungsempfehlungen und Massnahmen unter der Federführung des BBL erarbeitet werden, wie das BBL selbst erklärt (vgl. Ziffer 6). Für solche Fälle, namentlich wenn es sich um mehrere involvierte Behörden bzw. verschiedenen Dokumente des gleichen Geschäfts handelt, weist die Öffentlichkeitsverordnung in Art. 11 Abs. 1 und 2 die Zuständigkeit für die Bearbeitung eines entsprechenden Zugangsgesuchs der federführenden Behörde – und damit vorliegend dem BBL – zu.

#### **E. 46**

Der Beauftragte hält in Bezug auf den Vorschlag C fest, dass dieser für den vorliegenden Fall keine Anwendung finden kann, da er eine den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes – insbesondere Art. 10 Abs. 1 BGÖ – widersprechende Lösung vorschlägt, indem er die Zuständigkeit für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen entgegen dem gesetzlichen Wortlaut jener Behörde zuweist, welche das zur Erstellung des jeweiligen Dokuments benötigte Zahlenmaterial im Zusammenhang mit dem Beschaffungscontrolling ursprünglich erfasst hat. Weitere Dokumente

#### **E. 47**

Abschliessend hat sich der Beauftragte noch zur Frage zu äussern, ob in vorliegendem Fall Hinweise über weitere bislang den Antragstellern noch nicht zugänglich gemachte bzw. ihnen gegenüber nicht angesprochene Dokumente bestehen und wie mit solchen – sofern sie denn bestehen – weiter zu verfahren ist. Bereits erwähnt wurden die Dokumente mit dem Titel „Auffälligkeiten in den Auswertungen pro Departement“ (vgl. Ziffer 7 und 41). Auch diese sind nach Einschätzung des Beauftragten als amtliche Dokumente zu qualifizieren und unterliegen – soweit keine Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes zur Anwendung gelangen – dem Recht auf Zugang. Auch alle weiteren, allenfalls vorhandenen Dokumente im Zusammenhang mit dem Beschaffungscontrolling über die Departemente und die Bundeskanzlei des Jahres 2011 sind den Antragstellern nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich zu machen. Im Übrigen müssen die Dokumente grundsätzlich so zugänglich gemacht werden, wie sie der Behörde vorliegen, ohne dass dabei einzelne Inhalte, Spalten, Kategorien etc – ohne dies anschliessend kenntlich zu machen – entfernt werden dürfen. Für den Beauftragten steht daher fest, dass sofern in den Originaldokumenten allenfalls weitere Unterkategorien vorhanden sind, welche – wie es die Antragsteller rügen (vgl. Ziffer 4 und 7) – bisher zumindest ihnen gegenüber nicht aufgeführt wurden, auch diese offenzulegen sind.

17/17

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

#### **E. 48**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik gewährt den Zugang zu den 8 Listen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei in nicht anonymisierter Form sowie ohne Beschränkung auf die ersten 40 Plätze der „Rangliste“.

#### **E. 49**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik gewährt den Zugang zu allen weiteren allenfalls vorhandenen amtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit dem Beschaffungscontrolling des Jahres 2011 nach Massgabe des Zugangsgesuches der Antragsteller vom 16. November 2012 und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes.

#### **E. 50**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 48 und 49 den Zugang nicht gewähren will. 51. Das Bundesamt für Bauten und Logistik erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 52. Die Antragsteller können innerhalb von 10 Tagen

nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Bauten und Logistik den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 53. Gegen die Verfügung können die Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ). 54. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar still. 55. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 56. Die Empfehlung wird eröffnet: - X

- Bundesamt für Bauten und Logistik BBL Fellerstrasse 21 3003 Bern

Hanspeter Thür

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