

EDOEB empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-b-und-xberufs--geschaefts--2025-01-29 vom 29. Januar 2025

EDÖB, 2025-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-b-und-xberufs--geschaefts--2025-01-29

FR: EDOEB

empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-b-und-xberufs--geschaefts--2025-01-29 du 29 janvier 2025

IT: EDOEB

empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-b-und-xberufs--geschaefts--2025-01-29 del 29 gennaio 2025

Erwägungen

E. 1

Ausschreibung (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859), abrufbar unter simap.ch.

E. 2

Vor diesem Hintergrund hat die Zugangsgesuchstellerin (Journalistin) am 2. Juli 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der BK im Bereich DTI um Zugang zu den "Rahmenverträge[n] mit den fünf Public Cloud-Anbietern" ersucht.

E. 3

Am 13. Juli 2023 informierte die BK die Antragstellerin (Unternehmen) als betroffene Drittperson über den Eingang des Zugangsgesuchs und das geplante Vorgehen betreffend die Zugangsbe- arbeitung, wobei sie auch eine allfällige Eingrenzung des Zugangsgesuchs auf das Inhaltsver- zeichnis des Vertragswerks skizzierte.

E. 4

Am 18. Juli 2024 äusserte die Antragstellerin die Ansicht, dass sie das Gesuch als "generisch formuliert und nicht konkret genug" erachte. Eine Eingrenzung sei "zwingend erforderlich." Die skizzierte Eingrenzung der BK lehnte die Antragstellerin ab.

E. 5

Mit E-Mail vom 14. August 2023 teilte die BK der Antragstellerin mit, dass sie das Gesuch als "hinreichend genau formuliert" ansehe. Die Behörde ziehe in Betracht, diesem "zu entsprechen", und eröffnete die Anhörung nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ. Sie ersuchte die Antragstellerin als be- troffene Drittperson, ihr Vertragswerk hinsichtlich der Zugänglichmachung nach dem Öffentlich- keitsgesetz zu prüfen. Insbesondere "können Sie Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheim- nisse gemäss den Ausnahmebestimmungen des BGÖ (Art. 7) geltend machen." Die BK forderte die Antragstellerin auf, die ihrer Ansicht nach zu schwärzenden Passagen zu benennen und die gewünschten Einschwärzungen rechtlich zu begründen.

E. 6

Mit E-Mail vom selben Tag orientierte die BK die Gesuchstellerin darüber, dass die Bearbeitungsfrist gemäss Art. 12 Abs. 2 BGÖ verlängert wird, da "es sich bei den angefragten Dokumenten um komplexe und umfangreiche Unterlagen handelt und weil wir die Anhörung mit mehreren Vertragspartnern führen."

E. 7

Mit postalischem Schreiben vom 22. August 2023 forderte die BK die Antragstellerin erneut auf, im Rahmen einer Anhörung nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ eine Stellungnahme abzugeben, in der sie insbesondere Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse gemäss den Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes anhand konkreter Passagen aufzeigen könne. Hintergrund dieses Schreibens war das Begehren einer anderen angehörten Anbieterin, "die Aufforderung zur Stellungnahme auf postalischem Weg zugestellt zu erhalten." Die Behörde bat die Antragstellerin erneut, "die gewünschten Einschwäzungen rechtlich zu begründen."

E. 8

Mit Schreiben vom 30. August 2023 nahm die Antragstellerin gegenüber der BK Stellung zur geplanten Zugangsgewährung. In ihrer Stellungnahme äusserte sie sich zunächst zu den im Verlagswerk enthaltenen Personendaten, die "gemäss Art. 9 BGÖ zu behandeln sein werden." Für "diese Personendaten gilt im Übrigen der sich aus Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ ergebende Ausnahmetatbestand, da es sich hierbei um schützenswerte Geschäftsgeheimnisse handelt". Sie seien entsprechend zu schwärzen. Darüber hinaus "schützt und sichert" das Öffentlichkeitsgesetz "proprietäre Geschäftsgeheimnisse zwecks Aufrechterhaltung Wettbewerbsvorteilen [sic] gegenüber der Konkurrenz und dem Markt". Um die nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu schützenden Informationen zu bestimmen, verwies die Antragstellerin auf Abschnitt 19.6.1 ihres Rahmenvertrags, der den Begriff "[v]ertrauliche Informationen" definiert. Im Ergebnis seien "[s]ämtliche Informationen, die unter [diese] Definition [...] fallen, [...] als Geschäftsgeheimnisse" zu qualifizieren. Es lasse sich ein objektives Geheimhaltungsinteresse an diesen Informationen ableiten, weshalb der Zugang zu diesen entsprechend zu verweigern sei. Schliesslich äusserte die Antragstellerin keine Einwände betreffend die Zugänglichmachung der folgenden Dokumente ("mit Ausnahme der in diesen Dokumenten enthaltenen Personendaten"): ■ 100 [Antragstellerin] Cloud Service Vertrag (CSA) ■ 110 [Antragstellerin] Data Processing Agreement inkl. EU Addendum ■ 120 [Antragstellerin] Cloud EU Standard contractual clauses ■ Informationen, die sich unmittelbar aus dem Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds ergeben

3 Zuschlag zur Ausschreibung (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859), abrufbar unter simap.ch.

3/15 ■ Anhang 10 Abrufverfahren".

E. 9

Mit Schreiben vom 17. Juni 2024 informierte die BK die Antragstellerin darüber, dass sie ihre Vorbringen (Ziff. 8) sowie diejenigen der übrigen vier Anbieterinnen betreffend die Zugänglichmachung der ersuchten Dokumente geprüft habe. Das gleiche Schreiben wurde auch den übrigen vier Anbieterinnen zugestellt. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung komme die BK zum Schluss, dass nur in zwei "Bereichen berechnete objektive Geheimhaltungsinteressen der Anbieterinnen"

beständen: "Preiskonkzessionen; insb. Anhang Preise und Discounts" sowie "Technische Abweichungen von den Standardservices; insb. Anhang Technische Anforderungen." Darüber hinaus handle es sich vorliegend um "Standardangebote", bei denen es die BK nicht für "plausibel" erachtet, "dass Konkurrenten von Vertragskonditionen der jeweiligen Anbieterin derartige Rückschlüsse auf Geschäftsstrategien in Bezug auf die Preiskalkulation und Angebotslegung [Hervorhebung im Original] ziehen können, dass Konkurrenten sie bei weiteren Ausschreibungen gezielt unterbieten könnten." Zudem seien die "Benchmark-Vertragsinhalte" der einzelnen Verträge allgemein gehalten und "nicht Anbieter-spezifisch" ausgestaltet. Die Behörde übermittelte der Antragstellerin sodann einen Schwärzungsvorschlag, in dem "kommerzielle und technische Informationen" abgedeckt wurden. Des Weiteren "sollen Personendaten und vorbestehende Vertragswerke geschwärzt werden."

E. 10

Am 4. Juli 2024 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin hielt sie fest, dass sie mit dem geplanten Zugang "der Behörde bis auf die in unserem Schreiben vom 30. August 2023 genannten Dokumente [Ziff. 8] nicht einverstanden" ist. Ergänzend erklärte sie sich mit der Bekanntgabe von "sonstigen öffentlich bekannten Informationen" einverstanden.

E. 11

Mit Schreiben vom 5. Juli 2024 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die BK dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 12

Am 12. Juli 2024 reichte die BK die betroffenen Dokumente ein. Sie verzichtete auf die Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme.

E. 13

Am 30. Juli 2024 teilte der Beauftragte der BK mit, dass das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt wird, und räumte ihr erneut die Möglichkeit zu einer ergänzenden Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) ein.

E. 14

Mit Schreiben vom 31. Juli 2024 informierte der Beauftragte die Antragstellerin darüber, dass das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt wird, und räumte ihr ebenfalls die Möglichkeit zu einer ergänzenden Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 2 VBGÖ ein.

E. 15

Am 28. August 2024 teilte die BK dem Beauftragten mit, dass sie "Vorgehensweise, Raster der Schwärzung und konkrete einzelne Schwärzungspassagen" bereits "hinreichend geprüft und begründet" habe. Sie ergänzte lediglich, dass sie in ihrer Stellungnahme vom 17. Juni 2024 (Ziff. 9) auf "anbieterspezifische Begründungen" verzichtet habe. Vielmehr enthalte der Schwärzungsvorschlag eine "zusammenfassende Begründung." Diese sei mit identischem Inhalt an alle angehörten Anbieterinnen versandt worden. Darüber hinaus wies sie darauf hin, dass die Antragstellerin "zusammen mit der Einreichung des

Schlichtungsbegehrens [...] im Hinblick auf eine mögliche Verständigung weitere geringfügige Schwärzungen vorgeschlagen" habe. Die BK habe diese Vorschläge geprüft und sei mit ihnen einverstanden. Zudem forderte sie den Beauftragten auf, "im Rahmen der Schlichtungen die Frage zu klären, ob mit der Zugänglichmachung des Vertrages einer Anbieterin ein schützenswertes Interesse einer anderen Anbieterin verletzt werden kann."

E. 16

Mit Schreiben vom 12. September 2024 reichte die Antragstellerin dem Beauftragten in erstreckter Frist eine Stellungnahme ein. Darin machte sie einleitend allgemeine Ausführungen zu den Anforderungen an Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Demnach könnten Unternehmensinformationen Geschäftsgeheimnisse sein, wenn vier Bedingungen "kumulativ erfüllt sind": Es handelt sich um Informationen mit Bezug zum Unternehmen; die Information ist relativ unbekannt; es besteht ein Geheimhaltungswille (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und es liegt ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse vor. Für die geforderten Abdeckungen sei "einzig das berechnigte objektive Geheimhaltungsinteresse" streitig. Ein solches sei, so

4/15 die Antragstellerin, einerseits zu bejahen, da die "Offenlegung [...] insbesondere auch die Beziehung von [der Antragstellerin] zu [ihren] Kunden beeinträchtigen [könnte]", dies vor allem, wenn die Kunden "bemerken, dass sie nicht die gleichen vorteilhaften Bedingungen" erhalten. Andererseits begründe der Umstand, dass die Konkurrenz einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Bekanntgabe der Informationen ableiten könnte, ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse. Dementsprechend seien alle Klauseln im Rahmenvertrag, die vom "Standardangebot" der Antragstellerin abweichen bzw. die unter die Definition von "[v]ertraulichen Informationen" in Vertragsabschnitt 19.6.1 fallen (Ziff. 8), zu schwärzen. Zudem machte die Antragstellerin Ausführungen zur Anonymisierung von "personenbezogenen Daten" nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sowie zur Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 Abs. 2 BGÖ, wobei die beiden letzteren Bestimmungen auch zur Anwendung gelangen sollen, wenn "das Unternehmen [...] in seinen Geschäftstätigkeiten nachteilig beeinflusst würde und wenn es überwiegende Interessen nachweisen kann, die gegen die Veröffentlichung der Daten sprechen." Zudem brachte die Antragstellerin mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ vor, dass es ausnahmsweise zulässig sein kann, Geheimhaltungsklauseln in privatrechtlichen Verträgen zu vereinbaren. Zusammenfassend kommt die Antragstellerin aufgrund der obigen Ausführungen zum Ergebnis, dass folgende Dokumente bzw. Inhalte offengelegt werden können: ■ "10 Anhang Abrufverfahren ■ 30 Anhang Datenschutz ■ 80 Anhang Vertraulichkeit der Daten ■ 100 [Antragstellerin] Cloud Service Vertrag (CSA) ■ 110 [Antragstellerin] Data Processing Agreement inkl. EU Addendum ■ 120 [Antragstellerin] Cloud EU Standard contractual clauses ■ Informationen, die sich unmittelbar aus dem Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds ergeben ■ Abschnitt 1 [...], Abschnitt 2 mit Anhang 1 [...], Abschnitt 3 [...], Abschnitt 6 [...], Abschnitt 7 [...], Abschnitt 11 [...], Abschnitt 19.2 [...], Abschnitt 19.6.6 [...], Abschnitt 20 [...], Abschnitte 21.1 und 21.2 [...], Abschnitt 23 [...] des Rahmenvertrags für die Erbringung von Leistungen im Informatikbereich – (20007) 608 Public Clouds Bund." Bei "sämtliche[n] sonstigen vertraulichen Informationen" sei der Zugang zu verweigern.

E. 17

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und der BK sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen. II Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

E. 18

Die Antragstellerin wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahm sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und ist somit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). 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. 19

Die BK fordert den Beauftragten auf, "im Rahmen der Schlichtungen die Frage zu klären, ob mit der Zugänglichmachung des Vertrages einer Anbieterin ein schützenswertes Interesse einer anderen Anbieterin verletzt werden kann."

E. 20

Vorab ist festzuhalten, dass der Beauftragte eine Schlichtungstätigkeit ausübt. Inhalt des Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten.⁴ Das Schlichtungsverfahren entspricht einem Mediationsverfahren, das mit einer Empfehlung an die Beteiligten des Verfahrens endet, sofern sie sich nicht einigen können.⁵ Die Empfehlung stellt einen unverbindlichen staatlichen Akt dar und entfaltet keine unmittelbare rechtliche Wirkung; ihre Rechtsnatur ist bloss mittelbar.⁶ Sind

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz. 17. ⁵ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.2; GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz. 7 ff. ⁶ GUY ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 14, Rz 8.

5/15 die Beteiligten des Verfahrens mit der Empfehlung nicht einverstanden, können sie von der Behörde eine Verfügung verlangen (Art. 15 BGÖ), die beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 16 BGÖ). Aus dem Gesagten ergibt sich zum einen, dass der Beauftragte keine Weisungsbefugnis gegenüber der gesuchbearbeitenden Behörde hat. Zum anderen kann sich der Beauftragte ausschliesslich zur Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Bearbeitung eines Zugangsgesuchs zu konkreten Dokumenten äussern, die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sind.

E. 21

Darüber hinaus wurden alle fünf Anbieterinnen als betroffene Drittpersonen nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ betreffend den von der BK erwogenen Zugang der jeweils individuellen Vertragswerke angehört und im Anschluss über die Möglichkeit orientiert, einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einzureichen, wenn sie mit der geplanten Zugangsgewährung der Behörde nicht einverstanden sein sollten (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Zwei Anbieterinnen haben im Anschluss an die Anhörung keinen Schlichtungsantrag beim Beauftragten eingereicht und damit keinen Einspruch gegen den Zugang vorgebracht. Nach Kenntnis des Beauftragten sind diese Dokumente bis anhin nicht zugänglich gemacht worden, obwohl die beiden angehörten Anbieterinnen auf ein Schlichtungsverfahren verzichteten und keine Schritte gegen die von der BK beabsichtigte

teilweise Zugangsgewährung zu ihren Vertragswerken ergriffen haben. Wie dargelegt kann sich der Beauftragte ausschliesslich zu Dokumenten äussern, die Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens sind. Die Vertragswerke dieser beiden Anbieterinnen sind in Ermangelung eines Schlichtungsantrags nicht Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens.

E. 22

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁷ 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. 23

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁸ Das heisst einerseits, dass der Beauftragte prüft, ob die Art und Weise der Bearbeitung des Zugangsgesuchs rechtmässig ist und die zuständige Behörde das Gesetz korrekt angewandt hat. Andererseits muss der Beauftragte im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung beurteilen, ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt ist.⁹

E. 24

Vorliegend ersucht die Gesuchstellerin um Zugang zu den "Rahmenverträge[n] mit den fünf Public Cloud-Anbietern". Die BK hörte im Rahmen der Zugangsbearbeitung alle fünf Anbieterinnen als betroffene Drittpersonen an (Ziff. 5), wobei sie jede Anbieterin aufforderte, ihr individuelles Vertragswerk insbesondere auf das Vorliegen von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen zu prüfen, diese zu benennen und die "gewünschten Einschwäzungen rechtlich zu begründen". Die Antragstellerin äusserte sich sodann zu ihrem Vertragswerk und verlangte diverse Schwäzungen. Die BK kam diesen Forderungen nur teilweise nach, woraufhin die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichte (Ziff. 10).

E. 25

Zeitgleich mit der Einreichung des Schlichtungsantrags schlug die Antragstellerin der BK einen "Dialog" vor, "um das parallel beim EDÖB eingereichte Schlichtungsgesuch ggf. zurückziehen zu können." Sie übermittelte der BK eine Liste von "in jedem Fall" zu schwäzenden Inhalten des Vertragswerks; es handelt sich dabei um Abschnitt 4.2 d) und Abschnitt 7.4 des Rahmenvertrags, sowie einzelne Abschnitte von zwei weiteren Anhängen betreffend Kontrollen und Sicherheit. Im Übrigen "gelten [...] die sich aus unserem Schreiben vom 30. August 2023 ergebenden Standpunkte."

⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. ⁸ GUY ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 8. ⁹ BJ, Erläuterungen VBGÖ, 15.

6/15

E. 26

In der ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 16) fordert die Antragstellerin wei- tergehende Abdeckungen im Vergleich zu diesem "Dialog". So verlangt sie zusätzliche Schwär- zungen in den folgenden Abschnitten des Rahmenvertrags: Abschnitte 4, 5, 8, 10, 12–19.1, 19.3– 19.6.5, 19.7–19.8, 22. Gleichzeitig äussert die Antragstellerin ihre Bereitschaft, diverse Doku- mente und Inhalte offenzulegen.

E. 27

Die BK hat die Gesuchstellerin nicht über die geplanten Beschränkungen des Zugangs informiert (Art. 12 Abs. 4 BGÖ). Diese konnte sich somit bis anhin kein Bild über die von der BK akzeptierten Schwärzungen – bspw. anhand von einzelnen Kategorien der Schwärzungen – machen und auch keinen allfälligen Schlichtungsantrag einreichen. Demnach ist davon auszugehen, dass die Ge- suchstellerin vollumfänglich an ihrem Zugangsbegehren festhält.

E. 28

Aus verfahrensökonomischen Gründen äussert sich der Beauftragte somit nachfolgend zu allen von der BK akzeptierten bzw. von der Antragstellerin im Schlichtungsverfahren verlangten Schwärzungen.

E. 29

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetz- liche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.¹⁰ Die betroffene Be- hörde 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 oder Daten juristischer Personen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹¹

E. 30

Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ fol- gende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Be- reich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz ver- ankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungs- risiko 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 Abs. 1 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde.¹² Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen pri- vaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede

geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.¹³ Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹⁴ Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹⁵

10 BGE 142 II 340 E. 2.2. 11 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.w.N. 12 BBl 2003 2006. 13 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. 14 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. 15 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4.

7/15

E. 31

Die BK informiert die Antragstellerin in einem Schreiben, das an alle fünf Anbieterinnen adressiert ist, zum Abschluss des Anhörungsverfahrens mit Verweis auf die "Praxis des EDÖB und der Gerichte" über die geplante Schwärzung einzelner Passagen, die ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu qualifizieren seien (Ziff. 9). Sie komme zum Schluss, dass nur im Bereich der "Preiskonkzessionen, insb. Anhang Preise und Discounts" sowie bei "Technischen Abweichungen von den Standardservices, insb. Anhang Technische Anforderungen" berechnete objektive Geheimhaltungsinteressen der Anbieterinnen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ bestünden. Die Behörde halte es "bei Standardangeboten für nicht plausibel", dass "Konkurrenten von Vertragskonditionen der jeweiligen Anbieterin Rückschlüsse auf Geschäftsstrategien in Bezug auf die Preiskalkulation und Angebotslegung" ziehen können. Mithilfe von Farbkodizes für "Kommerzielles" und "Technische Informationen" hebt die BK die einzelnen als Geschäftsgeheimnisse angesehenen Informationen im Schwärzungsvorschlag hervor.

E. 32

Die Antragstellerin gibt in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 16) zunächst Lehre und Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wieder. Sodann subsumiert sie, dass es sich bei den ersuchten Dokumenten um Informationen handle, die in Beziehung zum Unternehmen stünden, relativ unbekannt seien, und an diesen ein Geheimhaltungswille bestehe. Strittig sei vorliegend hingegen das Bestehen eines berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresses. Sie führt aus, dass zwar "bestimmte Vertragsbedingungen nicht direkt mit der Preisgestaltung oder Ausschreibung zusammenhängen". Deren Offenlegung könne allerdings "Auswirkungen auf zukünftige Wettbewerbsangebote" haben, indem die Konkurrenz diese Informationen nutzen könnte, um ihre Angebote anzupassen, was wiederum die Position der Antragstellerin "bei zukünftigen Ausschreibungen massiv schwächen würde." Im Wesentlichen sei zu befürchten, dass Konkurrenzunternehmen ihre Strategien anpassen und optimieren und damit die Antragstellerin u.a. unterbieten könnten. Darüber hinaus könne die Beziehung zu ihren Kundinnen beeinträchtigt und ihr Ruf geschädigt werden. Zudem verweist die Antragstellerin auf die Definition der "[v]ertraulichen

Informationen" in Abschnitt 19.6.1 des Rahmenvertrags. Die von dieser Definition erfassten Informationen seien ebenfalls nicht zugänglich zu machen.

E. 33

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff "Geschäftsgeheimnis" ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).¹⁶

E. 34

Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen.¹⁷ Nach einem Teil der Lehre ist der Preis als Resultat der Preiskalkulation von der Kalkulation an sich zu unterscheiden: "Die Preiskalkulation ist ein Vorgang und der Preis ist das Resultat dieses Vorgangs."¹⁸

E. 35

Entscheidend ist, ob der Zugang zu diesen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben kann, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.¹⁹ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare

¹⁶ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3. ¹⁷ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4. ¹⁸ TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: *sui-generis* 2019, S. 215-226 N 24 ff. ¹⁹ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

8/15 oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein (Schadensrisiko).²⁰ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur

Rechtsordnung stehen.²¹

E. 36

In gleicher Weise zu behandeln sind die Fabrikationsgeheimnisse. Sie betreffen insbesondere die technische Seite einer Produktion, also das Wissen, welches eine Anleitung zum technischen Handeln enthält, d.h. Kenntnisse, welche bei der Herstellung von Produkten verwendet werden und am veräusserten Produkt nicht erkennbar und somit geheimnisfähig sind. Dazu gehören beispielsweise Informationen über Fabrikations-, Produktions- oder Konstruktionsverfahren und -anleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungs- und Konstruktionspläne oder Bezugsquellen.²²

E. 37

Sind Geschäftsgeheimnisse nicht offensichtlich, ist eine Begründung für jedes Dokument bzw. jede Passage erforderlich, wobei auch Kategorien gebildet werden können. Dabei ist so vorzugehen, dass ohne grossen Aufwand nachvollzogen werden kann, welche Begründung für welche Passage pro Dokument gilt. Sofern die Materie komplex ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes²³ eine erhöhte Begründungsdichte zu verlangen.

E. 38

Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um wesentliche Informationen handelt, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerungen bewirken könnte und dazu führen würde, dass ein Wettbewerbsnachteil entstünde und damit ein Schaden zugefügt würde. Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde hat im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht; vielmehr ist konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.²⁴ Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.²⁵ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.²⁶ Schliesslich ist das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.²⁷

E. 39

Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, dass der Zugang zu allen Vertragsinhalten, die nicht ihren Standardangeboten entspricht, zu verweigern sei. Die BK hätte ihrer Ansicht nach einen Abgleich zwischen dem Standardangebot und dem Rahmenvertrag vornehmen sollen, um alle abweichenden Inhalte zu eruieren und den Zugang zu diesen zu verweigern. Die Antragstellerin hat dem Beauftragten keinen Schwärzungsvorschlag übermittelt. Aus der ergänzenden Stellungnahme geht lediglich durch das Ausschlussverfahren hervor, welche Abschnitte des Vertragswerks zu schwärzen seien, wobei die Antragstellerin nicht weiter ausführt, ob diese gesamthaft zu schwärzen seien oder in Anwendung des Verhältnismässigkeitsgebots ein Teilzugang zu diesen gewährt werden könnte.

E. 40

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass u.a. die Ausschreibungsunterlagen und Zuschläge,²⁸ das Pflichtenheft²⁹, ergänzende Informationen zum Abrufverfahren³⁰ und zur Nutzung von Public-

20 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 4. 21 Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2024, § 6 Rz 96 ff. 22 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4. 23 Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3 und 5; Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.2. 24 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4. 25 Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2; Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3 und 5; Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.2. 26 Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8. 27 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 28 Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3). 29 Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund, abrufbar unter 20007-Pflichtenheft.pdf (zuletzt besucht am 28.01.2025). 30 BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007) (Fn. 2); Anbieterneutrales Pflichtenheft für Abruf aus der WTO 20007 Public Clouds Bund (Fn. 2).

9/15 Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung³¹ sowie ein Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur "Prüfung der Umsetzung der Cloud Strategie"³² öffentlich zugänglich sind. Darüber hinaus wurden im Vergabeverfahren teilweise explizit Nachweise für bestimmte Kriterien aus öffentlich zugänglichen Quellen verlangt, die mithin Eingang in die jeweiligen Vertragswerke gefunden haben.

E. 41

Sodann ist zu bemerken, dass es sich beim vorliegenden Vertragswerk um einen Rahmenvertrag handelt, bei dem nicht alle (technischen) Leistungsmodalitäten zum Ausschreibungs- bzw. Vergabezeitpunkt detailliert geklärt sind bzw. sein müssen.³³ Somit sind noch Anpassungen der Modalitäten im Abrufverfahren denkbar, solange bei der Vergabe von auf dem Rahmenvertrag beruhenden Aufträgen keine substantziellen Änderungen der Bedingungen dieses Vertrags vorgenommen werden.³⁴ Die BK hat entsprechende Kriterien für die konkreten "Abrufe" einzelner Bezugsstellen im Abrufverfahren³⁵ festgelegt (z.B. Preise, technische Anforderungen und Migrationskosten, Konformität und Risikobeurteilungen).

E. 42

Nach Ansicht des Beauftragten sind diverse Vertragsinhalte bereits bekannt (Ziff. 40 f.). Auch die Antragstellerin äussert sich dahingehend, dass u.a. "sonstige öffentlich bekannte Informationen" aus ihrem Vertragswerk zugänglich gemacht werden können, wobei sie jedoch nicht benennt, um welche konkreten Passagen es sich dabei ihrer Ansicht nach handelt. Sodann macht die Antragstellerin gegenüber dem Beauftragten (Ziff. 16) verschiedene Schwärzungen geltend. Sie führt aus, dass "die Existenz bestimmter Standardvertragsklauseln und ihr allgemeiner Zweck auf dem Markt bekannt sind, aber die spezifischen Details und die Art und Weise, wie diese Klauseln [...] umgesetzt werden", erheblich variieren könnten. Die ersuchten Informationen enthielten Informationen über "interne Strategien, Abläufe oder geschützte[] Prozesse." Die Antragstellerin hat weder benannt, um welche Angaben es sich dabei konkret handelt und inwiefern diese nicht

bereits bekannt sind,³⁶ noch hat sie dargetan, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ an diesen besteht. Ihre pauschalen Ausführungen, wonach "[j]ede materielle Abweichung von dem [Standardvertrag der Antragstellerin] im Rahmenvertrag [...] als Nicht-Standard-Abweichung betrachtet [wird]", die "individuell verhandelt und angepasst worden [ist]" und daher nicht zugänglich zu machen sei, erfüllt die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ jedenfalls nicht. Auch das allgemeine Vorbringen, dass Wettbewerber bei Bekanntgabe verschiedener Vertragsinhalte ihre künftigen Angebote anpassen, indem sie die Taktik der Antragstellerin "kopieren und replizieren" oder ihr Angebot "optimieren" könnten, womit die Antragstellerin bei zukünftigen Ausschreibungen "massiv" geschwächt würde, vermag kein konkretes objektives Geheimhaltungsinteresse zu begründen, zumal die Antragstellerin auch nicht dargetan hat, dass das vorliegend (abgeschlossene) Ausschreibungsverfahren in vergleichbarer Art und Weise erneut durchgeführt werden könnte. Schliesslich überzeugt die (abstrakte) Sorge der Antragstellerin vor einem allfälligen Kundenverlust, sobald diese bemerken, "dass sie nicht die gleichen vorteilhaften Bedingungen" haben, nicht, um daraus ein konkretes Schadensrisiko i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ abzuleiten. Dies gilt insbesondere, als es sich vorliegend um ein Vertragswerk handelt, das im Anschluss an eine bereits abgeschlossene öffentliche Beschaffung mit der Schweizer Eidgenossenschaft vereinbart wurde, was kaum mit einer "gewöhnlichen Geschäftsbeziehung" vergleichbar sein dürfte. Die von der Antragstellerin erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos erweist sich daher für die von ihr geforderten Schwärzungen bisher als nicht stichhaltig begründet. Schliesslich fällt ins Gewicht, dass es sich vorliegend um

31 BK, Rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung, 31.08.2022, abrufbar unter [Rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten](#) (zuletzt besucht am 28.01.2025). 32 Eidgenössische Finanzkontrolle EFK, Audit de la mise en œuvre de la stratégie cloud, 11. April 2024. 33 Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3); Urteil des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 5.4.3. 34 S. dazu mit weiteren Nachweisen Urteil des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 5.4.3; zum Abrufverfahren siehe: BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007) (Fn. 2). 35 BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007) (Fn. 2). 36 S. u.a. Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 29), Ziff. 4.2, 4.3, 8.1; Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3); BK, Rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung (Fn. 31), S. 11; s. dazu auch BK, FAQ zum Bericht rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung, Ziff. 5.1: "Dabei wurde unter anderen mit allen fünf Anbietern verbindlich vereinbart, dass Schweizer Recht anwendbar und der Gerichtsstand Schweiz vorzusehen ist." Abrufbar unter: [FAQ Bericht rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten](#) (zuletzt besucht am 28.01.2025).

10/15 Rahmenverträge handelt, die als Resultat einer (öffentlichen) Ausschreibung abgeschlossen wurden und bei denen zu erwarten ist, dass sie in hohem Masse deckungsgleich sind.³⁷ Im Ergebnis führt die Argumentation der Antragstellerin zu einem "kollektiven Geschäftsgeheimnis" aller Anbieterinnen, was nicht dem Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entspricht.

Die BK anerkennt in ihrer Stellungnahme an alle Anbieterinnen (Ziff. 9) in Bezug auf "Preiskon- zessionen; insb. Anhang Preise und Discounts" ("Kommerzielles") sowie "Technische Abweichun- gen von den Standardservices; insb. Anhang Technische Anforderungen" ("Technisches") ein be- rechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse. Die einzelnen ihrer Ansicht nach abzudeckenden Passagen hat sie kategorienweise mithilfe von Farbkodizes im Vertragswerk der Antragstellerin gekennzeichnet. Insgesamt ist zu bemerken, dass die BK zwar bei deutlich weniger Passagen des vorliegenden Vertragswerks ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse annimmt als die Antragstellerin. Allerdings begründet die BK die einzelnen vorgesehenen Abdeckungen nicht näher. In ihren Ausführungen geht sie stattdessen vor allem darauf ein, weshalb sie alle weiteren Schwärzungsbegehren der Antragstellerin ablehnt. Soweit das Vertragswerk konkrete Angaben zur Preiskalkulation bzw. Rabatte enthält und sich diese Informationen nicht bereits als Vorgabe aus der (öffentlichen) Ausschreibung ergeben, ist der Beauftragte der Ansicht, dass an diesen in der Regel ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse besteht, weshalb auch die von der BK vorgesehenen Schwärzungen gerechtfertigt erscheinen.³⁸ Der Beauftragte kann gestützt auf die vorliegenden Unterlagen zwar nicht ausschliessen, dass weitere in den verlangten Dokumenten enthaltene Informationen, die die BK abdecken will, ebenfalls Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten (z.B. technische Aspekte). Es ist bei diesen vorgesehenen Abdeckungen aller- dings nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Überlegung die BK zum Schluss gekommen ist, dass die Antragstellerin im Falle deren Offenlegung einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden hätte, der ihr einen gewichtigen und ernsthaften Schaden zufügen würde. Schliesslich deckt die BK auch Informationen ab, die in den Ausschreibungsunterlagen (z.B. 2.6 der Ausschreibung) publiziert wurden. An diesen Angaben erkennt der Beauftragte kein berechtigtes objektives Geheimhal- tungsinteresse.

E. 44

Zwischenfazit: Die Antragstellerin beschränkt sich in ihren Ausführungen betreffend die Anwend- barkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ auf allgemeine und pauschale Verweise zum Geschäftsge- heimnis, womit sie das objektive Geheimhaltungsinteresse nicht substantiiert darlegt. Auch die BK äussert sich bei den von ihr vorgesehenen Einschwärzungen nur allgemein zum Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen bzw. insbesondere zur Ablehnung der von den Anbieterinnen geforder- ten Schwärzungen. In Bezug auf in den Dokumenten enthaltene Informationen zu Preiskalkulati- onen und Rabatten besteht vorliegend ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse, wo- mit eine Abdeckung gerechtfertigt ist. In Bezug auf alle darüberhinausgehenden Schwärzungen hat die BK jedoch bislang nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte dargetan, dass die von ihr vorgesehenen Abdeckungen im Vertragswerk der Antragstellerin Ge- schäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalten.

E. 45

Die Antragstellerin macht gegenüber dem Beauftragten (Ziff. 16) sinngemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ geltend. Die BK hat sich zu diesem Vorbringen weder im Anhörungs- noch im Schlich- tungsverfahren geäussert.

E. 46

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten dann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Diese Ausnahmeregelung findet gemäss Rechtsprechung³⁹ Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson, nicht aber von einer Behörde mitgeteilt worden sein. Sodann müssen die betreffenden Informationen von sich aus, das heisst nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Verwaltung die Zusicherung der Vertraulichkeit

37 Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 29), Ziff. 4.2, 4.3, 8.1; Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3); BK, Rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public-Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung (Fn. 31), S. 11; s. dazu auch BK, FAQ zum Bericht rechtlicher Rahmen für die Nutzung von Public Cloud-Diensten in der Bundesverwaltung, Ziff. 5.1: "Dabei wurde unter anderen mit allen fünf Anbietern verbindlich vereinbart, dass Schweizer Recht anwendbar und der Gerichtsstand Schweiz vorzusehen ist." (Fn. 36). 38 BGE 142 II 268 E. 5.2.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 6.1.2; Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.2. 39 Urteil des BGer 1C_500/2020 vom 11. März 2021 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 7.3.

11/15 auf ausdrückliches Verlangen des Informanten hin erteilt haben. Nach einem Teil der Lehre kann nach dem Öffentlichkeitsgesetz die zugesicherte Vertraulichkeit nicht als Geschäftsgeheimnis gelten, da allein der Inhalt der fraglichen Information dafür massgebend ist, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Dieser ist nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu prüfen (s. Ziff. 33 ff.).⁴⁰ Die Vereinbarung der Vertraulichkeit allein erfüllt den Tatbestand nicht. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten steht nicht zur Disposition informationspflichtiger Behörden und Dritter.⁴¹ Vielmehr muss zur getroffenen Vereinbarung ein objektives Geheimhaltungsinteresse hinzutreten, da ansonsten das Öffentlichkeitsprinzip seines Sinnes entleert würde. Vertraulichkeitsabreden dienen in erster Linie dem Schutz von Informationen Dritter, auf welche die Behörde für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe angewiesen ist, wie etwa bei der Korruptionsbekämpfung.⁴²

E. 47

Die Antragstellerin stellt in ihrer Stellungnahme die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ dar. Zudem verweist sie beispielhaft auf einzelne Unterschiede zwischen ihrem Standardangebot und dem Rahmenvertrag. Dabei führt sie aus, dass sie bestimmte Auflagen der "BK akzeptieren musste[]", um den Zuschlag zu erhalten bzw. einen Vertragsabschluss erzielen zu können. Dies legt nach Ansicht des Beauftragten bereits nahe, dass die Antragstellerin die Informationen nicht freiwillig i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ an die BK hat übermitteln können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie die in der Ausschreibung vorgegebenen Informationen bei der Behörde einreichte, um überhaupt am (öffentlichen) Ausschreibungsverfahren teilnehmen zu können. Die Antragstellerin hat zudem keinen Nachweis erbracht, wonach die BK ihr die Geheimhaltung für diese Informationen zugesichert hat und sie diese Zusicherung auf ausdrückliches Verlangen erteilt hat.

E. 48

Sofern sich die Antragstellerin auf eine vertraglich vereinbarte Vertraulichkeit stützt, ist zu betonen, dass das Öffentlichkeitsprinzip nicht durch vertragliche Vereinbarungen ausgehebelt werden kann. Ausserdem wird in den Vertragsunterlagen explizit auf das Öffentlichkeitsgesetz und seine Anwendbarkeit hingewiesen. Der Beauftragte ist nicht der Ansicht, dass die im Rahmen des Vergabeverfahrens sowie der Vertragsverhandlungen eingereichten Informationen der BK freiwillig i.S.d. Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ mitgeteilt wurden.

E. 49

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zur Anwendung.

E. 50

BGE 144 II 77 E. 5.6. 51 S. dazu das Urteil des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 betreffend die Anfechtung der Zuschläge im vorliegenden Ausschreibungsverfahren. 52 BJ, Erläuterungen VBGÖ, 7. 53 Public-Cloud-Dienste - Bund schliesst Verträge für Cloud-Dienste ab - News - SRF; Public Cloud: Der Bund hat Verträge mit Hyperscalern unterzeichnet; Alibaba und Amazon: Bund setzt auf ausländische Cloud-Dienste; Bundesdaten in der Cloud: gefährliche Abhängigkeit vom Ausland?; Heikles Beschaffungsverfahren - Beschwerde verzögert 100-Millionen-Cloud-Auftrag des Bundes | Tages-Anzeiger; Ein Update zur Public Cloud – und zur Medienkonzentration – Republik.

14/15 ■ Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zur Anwendung (Ziff. 48–49). ■ Der Zugang zu "personenbezogenen Daten" ist im Sinne der Ausführungen in den Ziffern 55–60 zu gewähren. 62. Abschliessend ist anzumerken, dass es der BK und der Antragstellerin unbenommen ist, im Rahmen des allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens die Wirksamkeit des angerufenen Ausnahmegrunds von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen bzw. darzulegen, inwiefern durch die Offenlegung der vorliegend interessierenden Informationen die Privatsphäre des Unternehmens beeinträchtigt werden könnte (Art. 7 Abs. 2 BGÖ; Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Immerhin ist es Aufgabe der Fachbehörde, sich mit strittigen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen.⁵⁴

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

⁵⁴ Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

15/15 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 63. Die Bundeskanzlei gewährt den Zugang zum Vertragswerk der Antragstellerin gemäss den obenstehenden Erwägungen (Ziff. 61). 64. Die Gesuchstellerin und die angehörte Dritte können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Bundeskanzlei den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 65. Die Bundeskanzlei erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 66. Die Bundeskanzlei erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 67. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum

Schutz der Personendaten der am Schlichtungsver- fahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin sowie der Zugangsgesuchstellerin anonymi- siert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
68. Die Empfehlung wird eröffnet: ■ B.__ (Antragstellerin) (teilweise anonymisiert) ■
Einschreiben mit Rückschein (R)

Schweizerische Bundeskanzlei Bundeshaus West 3003 Bern ■ Einschreiben (R) mit
Rückschein X.__ (Zugangsgesuchstellerin) (teilweise anonymisiert)

Adrian Lobsiger Der Beauftragte

Lena Hehemann Juristin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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