

EDOEB empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-cd-und-xteilnahme-am-schli-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-cd-und-xteilnahme-am-schli-2025-01-29

FR: EDOEB

empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-cd-und-xteilnahme-am-schli-2025-01-29 du 29 janvier 2025

IT: EDOEB

empfehlung-vom-29-januar-2025-bk-public-cloud-vertrag-cd-und-xteilnahme-am-schli-2025-01-29 del 29 gennaio 2025

Erwägungen

E. 1

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

2/20 sollten sodann im Rahmen eines Abrufverfahrens erfolgen. Für diese "Mini-Tender-Verfahren" wurden wiederum Kriterien und Anforderungen für die einzelnen Zuschläge definiert.² Es gingen acht Angebote ein, von denen sechs evaluiert wurden. Am 14. Juni 2021 erfolgten Zuschläge an fünf Anbieterinnen (nachfolgend: Anbieterinnen).³ Mit ihnen wurden entsprechende Rahmenverträge abgeschlossen.

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 1 (Unternehmen) als betroffene Drittperson über den Eingang des Zugangsgesuchs und das geplante Vorgehen betreffend die Zugangsbearbeitung, wobei sie auch eine allfällige Eingrenzung des Zugangsgesuchs auf das Inhaltsverzeichnis des Vertragswerks skizzierte.

E. 4

Am 3. August 2023 teilte die Antragstellerin 1 der BK mit, dass "nebst verschiedenen Bestimmungen des BGÖ auch beschaffungsrechtliche Gründe einer Offenlegung der Verträge" entgegenstehe. Eine Eingrenzung sei somit nicht möglich, da die Verträge "in ihrer Gesamtheit [...] vertraulich und gegenüber Dritten offenzulegen sind."

E. 5

Mit E-Mail vom 14. August 2023 teilte die BK der Antragstellerin 1 mit, dass sie in Betracht ziehe, dem Zugangsgesuch "zu entsprechen", und eröffnete die Anhörung nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ. Sie ersuchte die Antragstellerin als betroffene Drittperson, ihr Vertragswerk hinsichtlich der Zugänglichmachung nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu prüfen. Insbesondere "können Sie Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse

gemäss den Ausnahmebestimmungen des BGÖ (Art. 7) geltend machen." Die BK forderte die Antragstellerin 1 auf, die ihrer Ansicht nach zu schwärzen- den 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 Bearbeitungs- frist 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 Ver- tragspartnern führen."

E. 7

Mit E-Mail vom 15. August 2023 hielt die Antragstellerin 1 gegenüber der BK fest, dass die Auf- forderung zur Stellungnahme nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ ein "fristauslösendes Ereignis ist". Sie bitte daher darum, "uns die entsprechende Aufforderung formell korrekt auf dem postalischen Weg zukommen zu lassen." Zudem wies die Antragstellerin 1 darauf hin, dass "die Aufforderungen an die jeweils korrekte [...] Gesellschaft gemäss Vertrag adressiert sein müssen." Es seien zwei Ge- sellschaften (Antragstellerin 1 und Antragstellerin 2 [Unternehmen]) vom Vertrag betroffen, die entsprechend anzuhören seien, wobei "beide korrekt adressierten Aufforderungen zusammen zu- handen der Rechtsabteilung der [Antragstellerin 1]" geschickt werden könnten.

E. 8

Mit postalischem Schreiben vom 23. August 2023 forderte die BK je Antragstellerin 1 und Antrag- stellerin 2 (nachfolgend: Antragstellerinnen) auf, im Rahmen einer Anhörung nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ eine Stellungnahme abzugeben, in der sie insbesondere Berufs-, Geschäfts- und Fabrikati- onsgeheimnisse gemäss den Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes anhand kon- kreter Passagen aufzeigen können. Die Behörde bat die Antragstellerinnen erneut, "die ge- wünschten Einschwärzungen rechtlich zu begründen."

E. 9

Mit Schreiben vom 24. August 2023 nahmen die Antragstellerinnen gegenüber der BK Stellung zur geplanten Zugangsgewährung. In den beiden identischen Stellungnahmen kamen die Antrag- stellerinnen zum Schluss, dass die "Ausnahmetatbestände von Art. 7 Abs. 1 BGÖ [...] einer Ver- öffentlichung der Public Clouds Bund Verträge entgegen[stehen]." Sie machten zum einen Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse geltend, "die gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. f [recte g] BGÖ vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sind." Zum anderen habe der Bund den Antrag- stellerinnen Vertraulichkeit zugesichert, "weshalb auch Art. 7 Abs. 1 lit. h BGÖ der Offenlegung

2 BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007), abrufbar unter Abrufverfahren Public Clouds Bund (WTO 20007).pdf; Vorlage. Anbieter- neutrales Pflichtenheft für Abruf aus der WTO 20007 Public Clouds Bund, abrufbar unter Anbieterneutrales Pflichtenheft für Abruf WTO 20007, jeweils zuletzt besucht am 28.01.2025. 3 Zuschlag zur Ausschreibung (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859), abrufbar unter simap.ch.

3/20 entgegensteht". Im Übrigen habe laut den Antragstellerinnen die Herausgabe "Auswirkungen auf die Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ)". Schliesslich stünden auch die "Vertraulichkeitsvorschriften des

Beschaffungsrechts" einer Herausgabe entgegen.

E. 10

Mit Schreiben vom 17. Juni 2024 informierte die BK Antragstellerin 1 darüber, dass sie ihre Vorbringen (Ziff. 9) sowie diejenigen der übrigen vier Anbieterinnen betreffend die Zugänglichkeit der ersuchten Dokumente geprüft habe. Das gleiche Schreiben wurde auch den übrigen vier Anbieterinnen zugestellt. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung komme sie zum Schluss, dass nur in zwei "Bereichen berechnete objektive Geheimhaltungsinteressen der Anbieterinnen" bestünden: "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" erachte, "dass Konkurrenten von Vertragskonditionen der jeweiligen Anbieterinnen Rückschlüsse auf Geschäftsstrategien in Bezug auf die Preiskalkulation und Angebotslegung [Hervorhebung im Original] derart 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 1 sodann einen Schwärzungsvorschlag, in dem "kommerzielle und technische Informationen" abgedeckt wurden. Des Weiteren "sollen Personendaten und vorbestehende Vertragswerke geschwärzt werden." Über die Bekanntgabe letzterer könne die BK "nicht isoliert und eigenständig entscheiden." Antragstellerin 2 erhielt keine Information im Sinne von Art. 11 Abs. 2 BGÖ über die geplante Zugangsgewährung.

E. 11

Am 9. Juli 2024 reichten die Antragstellerinnen 1 und 2 durch ihre gemeinsame Rechtsvertretung einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Die Rechtsvertretung nahm in ihrem Schlichtungsantrag auf das Schreiben der BK vom 17. Juni 2024 an die Antragstellerin 1 Bezug. Es "entzieht sich unserer Kenntnis, ob ein analoges Schreiben auch der [Antragstellerin 2] zugestellt wurde." Sie gehe jedoch davon aus, weshalb der Schlichtungsantrag im Namen beider Antragstellerinnen erfolge. Die Rechtsvertretung führte aus, dass "der Schwärzungsentwurf die anwendbaren Ausnahmebestimmungen des BGÖ nicht genügend berücksichtigt". Auch fehle es an einer konkreten Auseinandersetzung mit den in den Schreiben vom 24. August 2024 vorgebrachten Argumenten der Antragstellerinnen; das Schreiben vom 17. Juni 2024 (Ziff. 10) sei "scheinbar an weitere Parteien [Anbieterinnen]" gerichtet. Schliesslich ersuchte die Rechtsvertretung der Antragstellerinnen um Aussetzung einer allfälligen "Veröffentlichung der Verträge der weiteren Anbieterinnen der Public Clouds Bund Verträge [...], bis alle Schlichtungsverfahren in dieser Angelegenheit durchgeführt worden sind."

E. 12

Mit Schreiben vom 10. Juli 2024 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Rechtsvertretung der Antragstellerinnen den Eingang des Schlichtungsantrages.

E. 13

Mit E-Mail vom 11. Juli 2024 forderte der Beauftragte die BK dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 14

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

E. 15

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. Der Beauftragte bat die BK insbesondere dazu Stellung zu nehmen, inwiefern sie alle von den Antragstellerinnen vorgebrachten Ausnahme- und Spezialbestimmungen geprüft hat und ob sie die Stellungnahme vom 17. Juni 2024 beiden Antragstellerinnen zugestellt hat.

E. 16

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

4/20

E. 17

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. 10) auf "anbieterspezifische Begründungen" verzichtet habe. Vielmehr enthalte der Schwärzungsvorschlag eine "zusammenfassende Begründung." Diese sei mit identischem Inhalt an alle angehörten Anbieterinnen versandt worden. 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. 18

Am 30. August 2024 reichten die Antragstellerinnen dem Beauftragten über ihre Rechtsvertretung eine gemeinsame ergänzende Stellungnahme sowie Schwärzungsvorschläge ein. In der Hauptsache verlangten die Antragstellerinnen über die von der BK vorgesehene Abdeckungen hinausgehende Schwärzungen, "um zu gewährleisten, dass mit der Veröffentlichung der Rahmenverträge kein Schadensrisiko für unsere Mandantinnen entsteht." Die Antragstellerinnen schlagen denn Schwärzungen vor, bei denen "es sich eindeutigerweise um Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse [handelt], die gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. f [recte g] BGÖ vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sind". Zudem habe der Bund die "Vertraulichkeit der Public Clouds Bund Verträge [...] zugesichert" (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Sodann machen sie die Beeinträchtigung zielkonformer Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ) geltend und erklären, dass "die Verträge spezifisch auf die Bedürfnisse des Bundes zugeschnitten [sind] und [...] somit von den üblichen vertraglichen Vereinbarungen abgewichen [wurde]." Abschliessend verweisen die Antragstellerinnen auf die "Vertraulichkeitsvorschriften des Beschaffungsrechts" sowie "die vertraglichen Vertraulichkeitsverpflichtungen". Die Antragstellerinnen resümieren, dass kein Raum für eine Interessenabwägung bestehe, sondern entscheidend sei, "dass nach wie vor eine

gewisse Wahrscheinlichkeit eines Schadensrisikos besteht."

E. 19

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen 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. 20

Die Antragstellerinnen wurden nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Drittpersonen nahmen sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und sind 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. 21

Die Antragstellerinnen gehören derselben Unternehmung an, die beide vom Zugang des vorliegend ersuchten Vertragswerks betroffen sind. Die BK behandelte den zugrundeliegenden Sachverhalt und die Anhörung gemeinsam, indem sie auf Ersuchen der Antragstellerinnen diese mit identischem Schreiben an die Rechtsabteilung der Antragstellerin 1 anhörte (Ziff. 5, 8). Die Antragstellerinnen stellten der BK sodann zwei identische Stellungnahmen zu (Ziff. 9) und reichten im Anschluss durch ihre gemeinsam beauftragte Rechtsvertretung einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein (Ziff. 11). Es rechtfertigt sich, die beiden Schlichtungsverfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.

E. 22

In ihrem gemeinsamen Schlichtungsantrag ersuchen die Antragstellerinnen den Beauftragten (Ziff. 11) um Aussetzung einer "allfälligen Veröffentlichung der Verträge der weiteren Anbieterinnen der Public Clouds Bund Verträge". Alternativ solle der Beauftragte die BK "um eine solche Aussetzung ersuchen, bis alle Schlichtungsverfahren in dieser Angelegenheit durchgeführt worden sind." Damit werde nach Ansicht der Antragstellerinnen sichergestellt, dass "keine Entscheidungen vorab genommen werden und eine abgestimmte Lösung gefunden werden kann."

5/20

E. 23

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 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. 24

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. 25

Zwischenfazit: Der Beauftragte entspricht dem Ersuchen der Antragstellerinnen (Ziff. 22) nicht.

E. 26

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. 27

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. 28

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 Antragstellerinnen äusserten sich sodann zu ihrem Vertragswerk und verlangte diverse

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. 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.

6/20 Schwärzungen. Die BK kam diesen Forderungen nur teilweise nach, woraufhin die Antragstellerinnen einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichte (Ziff. 11).

E. 29

Den Antragstellerinnen wurde im Rahmen der Anhörung dasselbe Vertragswerk übermittelt, da beide "Gesellschaften vom Vertrag betroffen" sind (Ziff. 8). Diese äusserten sich sodann in zwei identischen Stellungnahmen zu ihrem (gemeinsamen) Vertragswerk und teilten mit, dass sie mit einer Veröffentlichung einer Inhaltsliste der Vertragsbestandteile sowie der gesamten oder teilweisen Veröffentlichung der Verträge und allfällig damit zusammenhängenden Dokumenten und Informationen nicht einverstanden seien. Die BK kam diesen Forderungen nur teilweise nach, woraufhin die Antragstellerinnen einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichten (Ziff. 11).

E. 30

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 Gesuchstellerin vollumfänglich an ihrem Zugangsbegehren festhält.

E. 31

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

E. 32

Die Antragstellerinnen machen sowohl gegenüber der BK (Ziff. 9) als auch in ihrer gemeinsamen Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) "beschaffungsrechtliche Vertraulichkeitsbestimmungen" gegen die Zugangsgewährung ihres Vertragswerks geltend. Es stehe einerseits Art. 11 Bst. e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) i.V.m. Art. 4 BGÖ der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes entgegen. Andererseits halte auch Art. 51 Abs. 4 BöB fest, "dass keine Informationen bekannt gemacht werden dürfen, die die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Anbieterinnen beeinträchtigen oder den lautereren Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen gefährden würden." Zu diesen Vorbringen der Antragstellerinnen äusserte sich die BK weder im Anhörungs- noch im Schlichtungsverfahren.

E. 33

Art. 4 BGÖ regelt das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und jenen bundesrechtlichen Normen, die eine Sonderregelung für den Zugang zu

Verwaltungsdokumenten vorsehen. Nach Bst. a sind Normen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl an Geheimhaltungsnormen. Einige sind darauf ausgerichtet, wichtige öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen. Gemäss Bst. b BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten.¹⁰

E. 34

Es ist zunächst zu prüfen, ob die Zugänglichkeit des Vertragswerks der Antragstellerinnen aufgrund einer einschlägigen beschaffungsrechtlichen Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ nach den Vorgaben des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zu beurteilen ist.

E. 35

Die verlangten Dokumente betreffen ein Vergabeverfahren, bei dem die Ausschreibung am 7. Dezember 2021 bzw. die im entsprechenden Vergabeverfahren erteilten Zuschläge am 24. Juni 2021 auf simap.ch publiziert wurden. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 62 BÖB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherrigem Recht zu Ende geführt. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1) trat am 1. Januar 2021 in Kraft (Art. 63 Abs. 2 BÖB). Für das vorliegend erwähnte Vergabeverfahren kam somit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBÖB) sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (aVÖB) zur Anwendung.¹³

E. 36

Dementsprechend sind für das erwähnte Vergabeverfahren für die von den Antragstellerinnen geltend gemachte vergaberechtliche Vertraulichkeit die altrechtlichen Regelungen von Art. 8

10 Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 7.2; Urteil des BVGer A-4708/2022 vom 29. Februar 2024 E. 3.2. 11 Ausschreibung (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859) (Fn. 1). 12 Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3). 13 S. dazu schon Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 1.1.

7/20 Abs. 1 Bst. d aBÖB bzw. Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBÖB zu beachten und – entgegen des Vorbringens der Antragstellerinnen – nicht die Bestimmungen von Art. 11 Bst. e BÖB bzw. Art. 51 Abs. 4 BÖB.

E. 37

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBÖB ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unter anderem der Grundsatz zu beachten, dass der vertrauliche Charakter sämtlicher vom Anbieter im Rahmen des Vergabeverfahrens gemachten Angaben gewährt bleibt. Vorbehalten sind die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Art. 23 Absätze 2 und 3 aBÖB zu erteilenden Auskünfte.¹⁴ Die im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vorgeschriebene Vertraulichkeit gilt jedoch – unter Vorbehalt spezieller Ausnahmegründe, die vorliegend nicht geltend gemacht werden – nur während des Vergabeverfahrens. Dadurch sollen mögliche Verzerrungen bis zum Vergabeentscheid verhindert werden. Nach diesem Zeitpunkt gilt die

Vertraulichkeit grundsätzlich nur noch in beschränktem Umfang, was dem ausdrücklichen Gesetzeszweck entspricht, das Vergabeverfahren im Wesentlichen transparent zu gestalten.¹⁵

E. 38

Zum Zeitpunkt der Einreichung des Zugangsgesuchs war das Vergabeverfahren bereits seit mehreren Jahren abgeschlossen; die nötigen Entscheidungen waren gefällt und die einzelnen Zuschlagsempfängerinnen wurden auf simap.ch publiziert. Damit können sich die Antragstellerinnen nach Ansicht des Beauftragten nicht auf Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB berufen.

E. 39

In Bezug auf die Prüfung des Vorbringens der Antragstellerinnen zur Anwendung von Art. 51 Abs. 4 Bst. b und c BöB ist ebenfalls auf die altrechtliche Bestimmung in Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBöB abzustellen. In einem Vergabeverfahren nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen sind Zuschlagsverfügungen nach Art. 23 Abs. 1 aBöB summarisch zu begründen.¹⁶ Einem nicht berücksichtigten Anbieter bzw. einer nicht berücksichtigten Anbieterin sind auf Gesuch gewisse Informationen bekannt zu geben, um diese in die Lage zu versetzen, eine substantiierte Beschwerde einreichen zu können.¹⁷ Dabei kann es sich um Angaben zum Vergabeverfahren, zum Namen des berücksichtigten Anbieters, zum Preis oder zu wesentlichen Gründen für die Nichtberücksichtigung handeln (Art. 23 Abs. 2 aBöB). Diese Auskünfte können auch mündlich erteilt werden; sie sind nicht an konkrete Dokumente geknüpft.¹⁸ Die Grenze dieser Auskünfte bildet u.a. Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBöB, wonach eine Auftraggeberin die Informationen nach Art. 23 Abs. 2 aBöB nicht liefern muss, wenn dadurch berechnigte wirtschaftliche Interessen der Anbieter und Anbieterinnen beeinträchtigt oder der laudere Wettbewerb zwischen ihnen verletzt würden.¹⁹

E. 40

Die Antragstellerinnen haben keinen Konnex zwischen Art. 23 aBöB und dem Öffentlichkeitsgesetz aufzeigen können – und ein solcher ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich.²⁰ Während sich Art. 23 Abs. 2 und 3 aBöB an nicht berücksichtigte Anbieterinnen und Anbieter richten, die gewisse abschliessend aufgeführt Informationen – auch mündlich – erhalten können müssen, um sie zu einem allfälligen Rechtsbehelf zu ermächtigen, statuiert das Öffentlichkeitsgesetz ein "Jedermannsrecht" auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, dies mit dem Zweck der Förderung der Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung. Sodann bleibt offen, ob das vorliegend angebehrte Vertragswerk überhaupt Informationen enthält, die einerseits im direkten Zusammenhang mit den in Art. 23 Abs. 2 aBöB aufgelisteten Informationen stehen (z.B. Art. 23 Abs. 2 Bst. d aBöB) und andererseits noch nicht bekannt sind (z.B. Art. 23 Abs. 2 Bst. a, b und e aBöB). Abgesehen davon ist die Frist für einen Rechtsbehelf längstens abgelaufen, womit anzuzweifeln ist, dass die Bestimmung vorliegend überhaupt noch zur Anwendung gelangt. Nach Ansicht des Beauftragten liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBöB vor.

E. 41

Es ist schliesslich zu bemerken, dass im Vertragswerk explizit geregelt wird, dass die Vergabestelle auf Gesuch Dritten Zugang zu diesem zu gewähren hat, wenn die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes erfüllt sind. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf

die Anhörung nach

14 Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.1. 15 Urteil des BVGer A-1460/2022 vom 4. Juli 2024 E. 8.5. m.w.N.; Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.1 f. 16 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1243 ff. 17 Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 950, 1194. 18 Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2; Urteil des BVGer B-5213/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2. 19 Urteil des BVGer B-5213/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2. 20 S. allgemein zu diesem Thema BURRI, Das Öffentlichkeitsprinzip bei Vergabeverfahren, medialex 01/24, DOI: <https://doi.org/10.52480/ml.24.02>.

8/20 Art. 11 BGÖ sowie die Möglichkeit des Schlichtungsverfahrens hingewiesen. Damit mussten die Antragstellerinnen davon ausgehen, dass das Vertragswerk grundsätzlich vom Öffentlichkeitsprinzip erfasst ist.

E. 42

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten bestehen vorliegend keine spezialrechtlichen Vorbehalte nach Art. 4 BGÖ. Das Öffentlichkeitsgesetz ist anwendbar. Die Zugänglichkeit des Vertragswerks der Antragstellerinnen ist nach dessen Vorgaben zu beurteilen.

E. 43

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.²¹ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über deren Inhalt zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten 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.²²

E. 44

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

Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde.²³ Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶

E. 45

Die Antragstellerinnen berufen sich in ihren identischen Stellungnahmen an die BK (Ziff. 9) sowie in ihrer gemeinsamen ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Die Public Clouds Bund Verträge würden "spezifisch auf die Bedürfnisse des Bundes zugeschnitten." Insbesondere "Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln" sowie "die Nutzung von bundseitiger Software für die Datenübermittlung" seien individuell vereinbart worden; von standardmässigen Vereinbarungen sei abgewichen worden. Die Nennung der "bundseitigen Software" könne "zu Risiken für den Bund führen". Zudem spreche "eine solche, möglicherweise komplexe, Kausalkette zwischen der Offenlegung der Datenschutz-, Geheimhaltungs-

21 BGE 142 II 340 E. 2.2. 22 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.w.N. 23 BBl 2003 2006. 24 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. 25 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. 26 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4.

9/20 und Sicherheitsklauseln und der Beeinträchtigung der Massnahme" nicht gegen die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Daher seien zwei Zusatzvereinbarungen sowie die Ziffern 10–16 des Vertragswerks der Antragstellerinnen abzudecken. Zu diesen Vorbringen der Antragstellerinnen äusserte sich die BK weder im Anhörungs- noch im Schlichtungsverfahren.

E. 46

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht."²⁷ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende

Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein²⁸ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden.

E. 47

Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zielt auf öffentliche Interessen und schützt keine privaten Interessen. Die Wahrung öffentlicher Interessen muss gemäss Rechtsprechung²⁹ durch eine Behörde geltend gemacht werden. Private sind hingegen nicht legitimiert, sich anstelle der Behörde auf diese Ausnahmebestimmung zu berufen. Die BK hat vorliegend nicht geltend gemacht, dass durch die Offenlegung des Vertragswerks der Antragstellerinnen eine konkrete behördliche Massnahme beeinträchtigt würde. Abgesehen davon ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich, auf welche (behördliche) Massnahmen sich die Bekanntgabe der "Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln" bzw. der zwei Zusatzvereinbarungen konkret auswirken soll.

E. 48

Zwischenfazit: Die Antragstellerinnen sind nicht legitimiert, sich auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu berufen, da diese auf öffentliche Interessen abzielt und keine privaten Interessen schützt. Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht zur Anwendung.

E. 49

Die BK informiert die Antragstellerinnen im Anhörungsverfahren mit Verweis auf die "Praxis des EDÖB und der Gerichte" über die geplante Schwärzung einzelner Passagen, die ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien (Ziff. 10). Sie komme zum Schluss, dass nur im Bereich der "Preiskonzessionen, 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 bestehen. Die Behörde halte es "bei Standardangeboten für nicht plausibel", dass "Konkurrenten von Vertragsbedingungen 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. 50

Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 43), Ziff. 8.1.

13/20 Standardangebot abweichender Leistungen" erlauben. Eine negative Einflussnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit sei, so die Behörde, nicht erkennbar. 65. Gemäss den Antragstellerinnen lassen die Informationen in den "Benchmark-Klauseln", namentlich Angaben "über Vertragspartner, Wert und Inhalt von Vertragsleistungen", hingegen Rückschlüsse auf "die Preisgestaltung oder die Ausgestaltung spezifischer, vom Standardangebot abweichender Leistungen" sowie auf "wettbewerbsrechtliche Aspekte, wie die Geschäftsstrategien, Umsätze und Kundenlisten" zu. Darüber hinaus würde Konkurrenzunternehmen mit der Offenlegung dieser Informationen Einblicke "in bisher nicht bekannte, aktuelle und früherer Vertragsbeziehungen" gewährt, was sie ermächtigen könnte, diese Informationen zu ihren Gunsten zu verwenden, wie bspw. durch Konkurrenzangebote. Gleichzeitig seien die Antragstellerinnen jedoch mit der

"Veröffentlichung von standardmässigen Klauseln [...], die ohnehin öffentlich zugänglich sind", einverstanden. 66. Benchmark-Vertragsinhalte dienen dem Vergleich von Leistungen verschiedener Anbieterinnen für einen Auftrag. Weder die BK noch die Antragstellerinnen benennen konkret, welche Vertragsbestandteile konkret den "Benchmark-Klauseln" zuzuordnen sind bzw. welche Informationen in diesen Klauseln bereits bekannt sind. Es ist naheliegend, dass es sich dabei vorliegend vor allem um die im Anforderungskatalog aufgeführten Eignungskriterien bzw. die Angaben zu deren Erfüllung handelt, die "vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots erfüllt und nachgewiesen werden" müssen.⁵¹ Sie dürften bei den einzelnen Anbieterinnen entsprechend ähnlich ausgestaltet sein. 67. Nach Ansicht des Beauftragten sind diverse Vertragsinhalte bereits bekannt (Ziff. 60 f.). Die Antragstellerinnen vermochten in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) nicht aufzuzeigen, welche Inhalte über diese bereits öffentlich bekannten Informationen hinausgehen, und inwiefern ein objektives Geheimhaltungsinteresse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ an diesen besteht.⁵² Darüber hinaus konnten die Antragstellerinnen nicht aufzeigen, welchen Nachteil sie genau durch die Bekanntgabe von – allenfalls noch nicht bekannten – Informationen in den Benchmark-Vertragsinhalten erleiden. Die von den Antragstellerinnen erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zu den "Benchmark-Klauseln" erweist sich daher bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die Beschaffung abgeschlossen ist und die Rahmenverträge (befristet) abgeschlossen wurden. Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Ausführungen in Ziffer 56 f. 68. Betreffend die von der BK vorgeschlagenen Schwärzungen ist darauf hinzuweisen, dass für den Beauftragten auch hier nicht zweifelsfrei erkennbar ist, inwiefern es sich dabei vollständig um noch unbekannte Inhalte handelt. 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.⁵³ Sofern die (wenigen) weiteren abgedeckten Inhalte nicht bekannt sind, hat die BK nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte dargetan, dass der Zugang zu den ersuchten Informationen zu einem Nachteil der betroffenen Drittpersonen führt oder eine Marktverzerrung bezwecken könnte. 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 jedoch nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Überlegung die BK zum Schluss gekommen ist, dass die Antragstellerinnen im Falle deren

51 Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 43), Ziff. 4.2, 4.3; Zuschlag zur Ausschreibung (20007) (Fn. 3). 52 Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 43), 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. 45), 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). 53 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.

14/20 Offenlegung einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden hätte, der ihr einen gewichtigen und ernsthaften Schaden zufügen würde. Demzufolge ist nach Ansicht des Beauftragten der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses an den Benchmark-Vertragsinhalten bisher nicht (vollständig) erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht zur Anwendung gelangt. Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln 69. Die BK führt gegenüber den Antragstellerinnen aus (Ziff. 10), dass die Bekanntgabe von Vertragsinhalten in Bezug auf die "Informationssicherheit, den Datenschutz oder den Geheimnisschutz" nicht zu "wesentlichen Wettbewerbsnachteilen" führen könne, dies zum einen, da hinsichtlich der Informationssicherheit die technische und nicht die vertragliche Ausgestaltung für ihren Markterfolg wesentlich sei. Vorliegend seien keine "technischen Ausgestaltungen einer Schutzmassnahme oder die konkrete Organisation der Sicherheitsarchitektur" erkennbar, sofern es sich um Standardvertragszusätze handle. Zum anderen würden technische Abweichungen von den Standardservices im Vertragswerk der Antragstellerinnen geschwärzt. Sodann widerspiegeln "Konzeptionen bezüglich Informationssicherheit wie auch Datenschutz und Geheimnisrecht, wie sie in den Standardvertragszusätzen [...] dokumentiert sind, eine generelle Best Practice [Hervorhebung im Original]", um den Behörden die "Einhaltung ihrer gesetzlichen Pflichten" zu ermöglichen. Die Anbieterinnen würden in Verhandlungen mit Behörden darauf aufmerksam machen, dass "sie für Behörden Standardvertragszusätze" anbieten, was denn auch im Markt bekannt sei, ebenso wie – in Grundzügen – deren Inhalte. Zudem sei zu beachten, dass die "gesetzlichen Anforderungen an die Informationssicherheit, den Datenschutz und die Wahrung des Amtsgeheimnisses für Behörden generell gelten." Zudem seien die Eignungs- und Zuschlagskriterien für alle Anbieterinnen gleich. Die BK kam zum Schluss, dass (einzelne) technische Spezifikationen in Ziffer 16 des Vertrags zu schwärzen seien. Der Zugang sei im Übrigen zu gewähren. 70. In ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) erläutern die Antragstellerinnen, dass in ihrem "Geschäftszweig" Vertraulichkeit essenziell sei. Es handle sich vorliegend um Vertragszusätze, die von den "üblichen Vertragsvereinbarungen" abweichen. Es seien "individualisierte Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln" vereinbart worden. Diese Informationen stünden darüber hinaus im Zusammenhang mit dem "DPA" sowie den Zusatzvereinbarungen, die ebenfalls zu schwärzen seien. Die Antragstellerinnen machen insbesondere geltend, dass die "Veröffentlichung" dieser Zusätze "mit dem erheblichen Risiko von Kundenverlusten verbunden" sei, da anderen Kundinnen und Kunden "derartige Zugeständnisse" nicht gewährt würden. Die Verhandlungsposition der Antragstellerinnen werde damit geschwächt. Zudem bestünden Risiken in Bezug auf die Datensicherheit; andere Kunden könnten bei der Kenntnis über abweichende Klauseln das Vertrauen in die Standardklauseln verlieren. Schliesslich könnte eine Gefährdung "potenziell nationale[r] Sicherheitsinteressen" bestehen. 71. Zunächst ist zu bemerken, dass die von den Antragstellerinnen befürchtete Gefährdung "potenziell nationale[r] Sicherheitsinteressen" keine Geschäftsinformation darstellt, die ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sein kann. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis nur um ein privates Interesse handeln kann, haben die Antragstellerinnen auch nicht dargetan, inwiefern die BK selber ein solches Risiko sieht. Die BK hat jedenfalls keine entsprechenden Ausführungen

gemacht. 72. Laut Ausschreibung werden fünf "Provider" von Public Cloud Services gesucht. Der Servicekatalog der Anbieterinnen soll neueste Technologien u.a. im Bereich Blockchain oder Big Data sowie ausgereifte Services für Cyber Defence, Computing und Network im Sinne der Charakteristiken gemäss der NIST Definition für Cloud Computing umfassen, die in kurzer Zeit bereitgestellt werden können müssen.⁵⁴ Diese weitgefaste Ausschreibung resultiert aus der "Grösse und Wachstumsdynamik des Cloud-Marktes" und daher, dass "die Public Cloud Service Provider ihre Servicekataloge stetig weiterentwickeln und die Bundesverwaltung so von rascher Innovation profitieren kann."⁵⁵ Es ist bei der Fülle an erwarteten Services der Anbieterinnen davon auszugehen, dass sich auch die Informationssicherheits- und Datenschutzerfordernungen bei einzelnen

54 Ausschreibung (20007) 608 Public Clouds Bund (Projekt-ID 204859) (Fn. 1); Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 43), Ziff. 3.2. 55 Pflichtenheft (20007) 608 Public Clouds Bund (Fn. 43), Ziff. 3.1.

15/20 Abrufen von Bundesstellen unterscheiden können.⁵⁶ So ist denn auch die Risikobeurteilung (Datenschutz, Informationssicherheit, zugehörige organisatorische- und technische Massnahmen) als Bewertungskriterium im Abrufverfahren vorgesehen.⁵⁷ Es ist angesichts der grossen Entwicklung der Public Cloud Services in den letzten Jahren nicht erkennbar, inwiefern im Rahmenvertrag enthaltenen Informationen weiterhin aktuell sind. Für den Beauftragten ist somit weder offenkundig, dass diese Vertragsinhalte so spezifisch auf die einzelnen Gegenstände der Ausschreibung zugeschnitten sind, dass ihre Bekanntgabe eine wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten könnte, noch, dass diese weiterhin den aktuellen Gegebenheiten entsprechen. 73. Die Antragstellerinnen konnten sodann die Aussage der BK nicht widerlegen, dass es sich bei den Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln um Standardvertragszusätze für Behörden handle, die dem Markt (zumindest teilweise) bekannt sind. Sie führen vielmehr in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) selber aus, dass "die Konzessionen bezüglich Informationssicherheit, Datenschutz und Geheimnisrecht im Markt bekannt sind". 74. Die BK brachte für die von ihr vorgesehenen Schwärzungen von "technische[n] Abweichungen von den Standardservices" ebenfalls keine Begründung vor, inwiefern an diesen Informationen ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Für den Beauftragten ist bis anhin nicht ersichtlich, auf welche Weise die Bekanntgabe dieser Informationen zu Wettbewerbsverzerrungen oder Verlusten von Wettbewerbsvorteilen der Antragstellerinnen führen könnten. 75. Nach Ansicht des Beauftragten erweist sich die von den Antragstellerinnen bzw. der BK erfolgten Einschätzungen des Schadensrisikos zu den Datenschutz-, Geheimhaltungs- und Sicherheitsklauseln bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Verschiedene Vertragsbestandteile 76. Gemäss den Antragstellerinnen sind verschiedene Vertragsbestandteile ("inklusive Titel") im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ abzudecken. In ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) führt ihre Rechtsvertretung zum objektiven Geheimhaltungsinteresse zu verschiedenen Vertragsbestandteilen zusammengefasst Folgendes aus: Zum einen lasse die Bekanntgabe der ersuchten Informationen Rückschlüsse auf "Aspekte wie die Geschäftsstrategie und die Konditionen der Zusammenarbeit" sowie auf die "Ausgestaltung spezifischer, vom Standardangebot abweichender Leistungen" zu. Zum anderen verwiesen die abzudeckenden Vertragsbestandteile auf "vorbestehende Verträge", die laut BK vollständig

geschwärzt werden sollen. Die Schwärzung dieser Vertragsbestandteile sei "notwendig, weil sichergestellt wird, dass die geschäftlich relevanten Informationen [der "vorbestehenden Verträge"] nicht indirekt offengelegt werden." Schliesslich gebe die Bekanntgabe von Ziffer 4 "Einblicke in aktuelle Vertragsbeziehungen". Die BK sieht ihrerseits ebenfalls kleinere Schwärzungen dieser Vertragsbestandteile vor. 77. Weder die Antragstellerinnen noch die BK vermochten aufzuzeigen, welchen (wirtschaftlichen) Nachteil die Antragstellerinnen durch die Bekanntgabe dieser Informationen konkret erleiden könnten. Es ist für den Beauftragten insbesondere nicht verständlich, inwiefern durch eine "indirekte" Offenlegung zu einer Bekanntgabe schützenswerter Geschäftsgeheimnisse führen kann. Auch bleibt unklar, worin eine Wettbewerbsverzerrung konkret liegen soll. Sodann haben die Antragstellerinnen nicht hinreichend dargetan, dass die vereinbarten Klauseln von den "Standardverträgen" abweichen. Die von den Antragstellerinnen erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zu verschiedenen Vertragsbestandteilen erweist sich daher bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die Beschaffung abgeschlossen ist und die Rahmenverträge befristet abgeschlossen wurden. Im Übrigen weist der Beauftragte auf seine Ausführungen in Ziffer 56 f.

56 Urteil des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 5.4.4. 57 Urteil des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 5.4.4; BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007) (Fn. 2); Anbieterneutrale Pflichtenheft für Abruf aus der WTO 20007 Public Clouds Bund (Fn. 2).

16/20 Anhänge 24.1, 24.2 78. Die Antragstellerinnen sind in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 18) der Ansicht, dass die Anhänge 24.1 und 24.2 ihres Rahmenvertrages und demnach auch deren blosser Erwähnung an anderen Stellen des Vertrags zu schwärzen seien. Im Wesentlichen bringen die Antragstellerinnen vor, dass die Bekanntgabe der im Anhang enthaltenen Vertragsinhalte "zu wesentlichen Wettbewerbsnachteilen führen könne." Auch "allgemein gehaltene Vertragsinhalte" könnten Wettbewerber durch "Kombination verschiedener öffentlich zugänglicher Informationen" Rückschlüsse auf "die technischen Massnahmen und die Organisationsstruktur eines Unternehmens" ermöglichen. Es seien somit erhebliche Sicherheitsrisiken zu erwarten, wenn "jegliche Details" über die Klauseln in den Anhängen zugänglich gemacht würden. Dies führe denn "mit gewisser Wahrscheinlichkeit" zu einem "Reputationsschaden", da die "Offenlegung von internen Sicherheitsmassnahmen [...] das Vertrauen von Kunden und Partnern beeinträchtigen [kann]". Zwar seien "die Konzessionen bezüglich Informationssicherheit, Datenschutz und Geheimnisrecht im Markt bekannt". Allerdings enthielten die Anhänge 24.1 und 24.2 "spezifische Anpassungen und Optimierungen", die den Bedürfnissen des Bundes Rechnung trügen. Eine Bekanntgabe könnte die "Verhandlungsposition" gegenüber anderen Kunden schwächen. 79. Hingegen hält die BK fest, dass an den "in die Vertragswerke integrierten Standardvertragszusätzen kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse" bestehe, da keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit zu erwarten seien. Insgesamt könnten sämtliche "öffentlich verfügbaren oder für gewisse Branchen oder für Behörden standardmässig zur Verfügung stehende Vertragsbestandteile oder Vertragszusätze" zugänglich gemacht werden. 80. Die Antragstellerinnen haben im Schlichtungsverfahren keine konkreten Ausführungen zum

Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen in den Anhängen 24.1 und 24.2 gemacht. Sie konnten nicht darlegen, dass die Bekanntgabe mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Kundenverlust führen könnte und sie somit einen Wettbewerbsnachteil erleiden könnten, dies insbesondere, wenn es sich bei den beiden Anhängen um "standardmässig" verwendete Vertragszusätze für Behörden handelt, die dem Markt bekannt sind. Dies bestreiten die Antragstellerinnen auch nicht, wenn sie anmerken, dass die Konzessionen bezüglich Informationssicherheit, Datenschutz und Geheimnisrecht im Markt bekannt sind. Die Aussage, dass in den Anhängen "spezifische Anpassungen und Optimierungen" vorgenommen wurden, die die Antragstellerinnen "von ihren Wettbewerbern unterscheidet und daher vertraulich bleiben müssen", wurde nicht näher belegt. Es ist für den Beauftragten somit nicht erkennbar, worin genau die Wettbewerbsverzerrung bestehen soll. Demzufolge ist nach Ansicht des Beauftragten der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Anhang 24.3, Ziff. 5 81. In Anhang 24.3 (Abrufverfahren) verlangen die Antragstellerinnen die Abdeckung von "Ziffer 5", da diese Informationen enthalte, die Rückschlüsse auf vom Standardangebot abweichende Leistungen zulasse. Die Bekanntgabe der "Sonderdienstleistung" könne Auswirkungen "auf das Geschäftsergebnis" haben, da diese "mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu Kundenverlusten" führen bzw. die "Verhandlungsposition" schwächen könne. 82. Im Rahmen des Abrufverfahrens werden ein anbieterneutrales Pflichtenheft und ein Kriterienkatalog erstellt.⁵⁸ Ein Angebotsteam füllt dieses Pflichtenheft für alle fünf Anbieterinnen aus, basierend auf öffentlich zugänglichen Informationen. Vorliegend haben die Antragstellerinnen nicht erläutert, und es ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich, inwiefern Anhang 24.3 Ziffer 5 Informationen enthält, die über bereits öffentlich zugänglichen Informationen hinausgehen. Demzufolge ist nach Ansicht des Beauftragten der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam. Formblatt 83. Gemäss den Antragstellerinnen lasse das "Formblatt" Rückschlüsse auf "diverse geheimzuhaltende Abweichungsbestimmungen in der Zusatzvereinbarung" zu.

58 BK, Abrufverfahren. Public Clouds Bund (WTO 20007) (Fn. 2).

17/20 84. Für den Beauftragten sind im Formblatt keine "Abweichungsbestimmungen" zu den Vertragsinhalten erkennbar. Demzufolge ist nach Ansicht des Beauftragten der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. 85. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die BK in ihrer Stellungnahme an alle Anbieterinnen (Ziff. 10) in Bezug auf "Preiskonzessionen; insb. Anhang Preise und Discounts" ("Kommerzielles") sowie "Technische Abweichungen von den Standardservices; insb. Anhang Technische Anforderungen" ("Technisches") ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse anerkennt. Die einzelnen ihrer Ansicht nach abzudeckenden Passagen hat sie kategorienweise mithilfe von Farbkodizes im Vertragswerk der Antragstellerinnen gekennzeichnet. Insgesamt ist zu bemerken, dass die BK zwar bei deutlich weniger Passagen des vorliegenden Vertragswerks ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse annimmt als die Antragstellerinnen. 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.⁵⁹ 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 allerdings nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Überlegung die BK zum Schluss gekommen ist, dass die Antragstellerinnen 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 Geheimhaltungsinteresse. 86. Zwischenfazit: Die Antragstellerinnen beschränken sich in ihren Ausführungen betreffend die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ auf allgemeine und pauschale Verweise zum Geschäftsgeheimnis, womit sie das objektive Geheimhaltungsinteresse nicht substantiiert darlegen. Auch die BK äussert sich bei den von ihr vorgesehenen Einschwätzungen nur allgemein zum Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen bzw. insbesondere zur Ablehnung der von den Anbieterinnen geforderten Schwärzungen. In Bezug auf in den Dokumenten enthaltene Informationen zu Preiskalkulationen und Rabatten besteht vorliegend ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse, womit 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 Antragstellerinnen Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalten. 87. Die Antragstellerinnen bringen gegenüber der BK (Ziff. 9) sowie gegenüber dem Beauftragten (Ziff. 18) die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ vor. Sie hätten "ihre Experten aufgeben und dem Bund wichtige Hintergrundinformationen, die streng geheim sind", zur Verfügung gestellt. Diese "Hintergrundinformationen" fänden sich nun in "den diversen Ziffern der Zusatzvereinbarung. Diese vertraglich vereinbarte Vertraulichkeit wird durch eine Veröffentlichung der Zusatzvereinbarung verletzt". Die BK hat sich zu diesem Vorbringen weder im Anhörungs- noch im Schlichtungsverfahren geäussert. 88. 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 Rechtsprechung⁶⁰ Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson,

⁵⁹ 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. ⁶⁰ 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.

18/20 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 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. 51 ff).⁶¹ Die Vereinbarung der Vertraulichkeit allein erfüllt den Tatbestand nicht. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten steht nicht zur Disposition informationspflichtiger Behörden und Dritter.⁶² 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.⁶³ 89. Die Antragstellerinnen machen allgemein geltend, dass sie dem Bund gewisse "wichtige Hintergrundinformationen" zur Verfügung gestellt haben, dies im Ausschreibungsverfahren sowie im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit dem Ziel den Zuschlag zu erhalten bzw. einen Vertragsabschluss erzielen zu können. Dies legt nach Ansicht des Beauftragten bereits nahe, dass die Antragstellerinnen 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. Darüber hinaus haben die Antragstellerinnen die Passagen nicht bezeichnet, welche "Hintergrundinformationen" konkret betreffen würden und auf welche Art und Weise sie in den ersuchten Dokumenten Eingang gefunden hätten. Die Antragstellerinnen haben zudem keinen Nachweis erbracht, wonach die BK ihr die Geheimhaltung für diese Informationen zugesichert hat und sie diese Zusicherung auf ausdrückliches Verlangen erteilt hat. 90. Sofern sich die Antragstellerinnen 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 (s. Ziff. 41). 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. 91. Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zur Anwendung. 92. In Bezug auf die Erklärung der BK an die Antragstellerinnen, dass sie "vorbestehende Verträge", die der Bund mit diesen unterhält, ebenso wenig wie Bezüge im Rahmenvertrag auf diese Verträge offenlegt, da sie über eine "Veröffentlichung dieser Inhalte nicht isoliert und eigenständig entscheiden [kann]", ist für den Beauftragten nicht ersichtlich, auf welche gesetzliche Grundlage sich diese Zugangsverweigerung stützt bzw. ob die BK den Zugang zu diesen Informationen überhaupt nach dem Öffentlichkeitsgesetz geprüft hat. Auch ist nicht offenkundig, ob die Gesuchstellerin an "vorbestehenden Verträgen" überhaupt Interesse hat. 93. Zwischenfazit: Die BK hat bis anhin nicht dargetan, weshalb der Zugang zu den "vorbestehenden Verträgen" nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu verweigern ist. 94. Betreffend die Abdeckung von Personendaten sieht die BK die Schwärzung der Personendaten von Mitarbeitenden der Antragstellerinnen vor. Sie begründet die Schwärzungen nicht näher (Ziff. 10). 95. Es hätte an der BK gelegen, abzuklären, ob die Gesuchstellerin ein Interesse an diesen Informationen hat. Unter Beachtung der Verfahrensökonomie erachtet es der Beauftragte jedoch als gerechtfertigt und zielführend,

wenn die BK die Personendaten der Mitarbeitenden der Antragstellerinnen in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ abdeckt.

61 TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: *sui-generis* 2019, S. 215-226 N 12 ff. und N 27. 62 BJ/EDÖB, Häufig gestellte Fragen zur Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung, 5.2. 63 Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2024, § 3 Rz 323 f.

19/20 96. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Nach Ansicht des Beauftragten bestehen keine spezialrechtlichen Vorbehalte nach Art. 4 BGÖ. Die Zugänglichkeit des Vertragswerks der Antragstellerinnen ist nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen (Ziff. 34–42). - Die Antragstellerinnen sind nicht legitimiert, sich auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu berufen, da diese auf öffentliche Interessen abzielt und keine privaten Interessen schützt. Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht zur Anwendung (Ziff. 47–48). - In Bezug auf in den Dokumenten enthaltene Informationen zu Preiskalkulationen und Rabatten besteht vorliegend ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, womit deren Abdeckung gerechtfertigt ist. In Bezug auf alle darüberhinausgehenden Schwärzungen haben weder die Antragstellerin noch die BK bis anhin mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte dargetan, dass Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zur Anwendung gelangt (Ziff. 60–85). - Nach Ansicht des Beauftragten kommt Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zur Anwendung (Ziff. 89–91). - Die BK hat bis anhin nicht dargetan, weshalb der Zugang den "vorbestehenden Verträgen" nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu verweigern sei (Ziff. 92–93) - Die BK kann an der Abdeckung der Personendaten der Mitarbeitenden der Antragstellerinnen festhalten (Ziff. 95). 97. Abschliessend ist anzumerken, dass es der BK und den Antragstellerinnen 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. Immerhin ist es Aufgabe der Fachbehörde, sich mit strittigen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen.⁶⁴

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

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

20/20 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 98. Die Bundeskanzlei gewährt den Zugang zum Vertragswerk der Antragstellerinnen gemäss den obenstehenden Erwägungen (Ziff. 96). 99. Die Zugangsgesuchstellerin und die angehörten Dritten 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). 100. Die Bundeskanzlei erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 101. 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). 102. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerinnen sowie der Zugangsgesuchstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 103. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein

(R)

C.__ (Antragstellerin 1) (teilweise anonymisiert) D.__ (Antragstellerin 2) (teilweise anonymisiert) Vertreten durch: N.__ - Einschreiben mit Rückschein (R)

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

Adrian Lobsiger

Lena Hehemann Der Beauftragte

Juristin Direktionsbereich

Öffentlichkeitsprinzip

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