

# **EDOEB empfehlung-vom-3-februar-2022-empa-bericht-laermmessungen-neues-kampfflugzeugaus-2022-02-03 vom 3. Februar 2022**

EDÖB, 2022-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-3-februar-2022-empa-bericht-laermmessungen-neues-kampfflugzeugaus-2022-02-03](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-3-februar-2022-empa-bericht-laermmessungen-neues-kampfflugzeugaus-2022-02-03)

FR: EDOEB empfehlung-vom-3-februar-2022-empa-bericht-laermmessungen-neues-kampfflugzeugaus-2022-02-03 du 3 février 2022

IT: EDOEB empfehlung-vom-3-februar-2022-empa-bericht-laermmessungen-neues-kampfflugzeugaus-2022-02-03 del 3 febbraio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Rahmen des Projektes «Air2030» erklärte der Bundesrat in einer Medienmitteilung vom 30. Juni 2021, dass er dem Parlament die Beschaffung von 36 Kampfflugzeugen des Typs F-35A des US-Herstellers Lockheed Martin beantragen werde.<sup>1</sup> Dabei wurde ein Kurzbericht von armasuisse veröffentlicht, in welchem unter anderem dargelegt wurde, dass während einer Flugerprobung auf den Militärflugplätzen Payerne und Meiringen im Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) Lärmessungen von vier Kandidaten durchgeführt wurden. Die Auswertung ergab, dass die «Gesamtlärmbelastung beim F-35A im gleichen Rahmen bleiben [wird] wie die heute bestehende Belastung.»<sup>2</sup>

### **E. 2**

Der Antragsteller (Journalist) hat am 14. September 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der EMPA um Zugang zum Bericht «Evaluation neues Kampfflugzeug: Messtechnische Ermittlung ...» vom 30. November 2020 ersucht.

### **E. 3**

Mit Brief vom 22. Oktober 2021 verweigerte die EMPA den Zugang zum Abschlussbericht «Evaluation neues Kampfflugzeug – Messtechnische Ermittlung akustischer Kerngrössen und Auswirkungsanalyse» vom 30. November 2021. Sie präziserte dabei, dass der Abschlussbericht im Auftrag von armasuisse erstellt worden sei, welche im Zugangsverfahren zur internen Stellungnahme eingeladen wurde. Die Zugangsverweigerung wurde mit verschiedenen Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes begründet. – Art. 8 Abs. 2 BGÖ: Das verlangte Dokument gehöre zu den Akten des Beschaffungsverfahrens von armasuisse. Der politische Prozess sei erst abgeschlossen, wenn die Bundesversammlung über die Beschaffung eines neuen Kampfflugzeuges bzw. eines Luftverteidigungssystems endgültig entschieden haben werde, voraussichtlich im 2022 mit der Genehmigung der Rüstungsbotschaft. Vorbehalten bleibe eine allfällige Volksabstimmung. – Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ: Der Zugang zum Bericht würde «die internationalen Beziehungen

1 Air2030: Bundesrat beschliesst Beschaffung von 36 Kampfflugzeugen des Typs F-35A (admin.ch). 2 Kurzbericht Evaluation Neues Kampfflugzeug (admin.ch) - Ziffer 4.2.

der Schweiz zu den betroffenen Staaten Deutschland, Frankreich und den USA erheblich belasten, da ein laufendes Beschaffungsprojekt betroffen ist. Die Anbieterstaaten bzw. die Anbieter verlassen sich aufgrund einer gesetzlichen Vertraulichkeitsverpflichtung (Art. 8 altBöB) ohne Vorbehalte darauf, dass ihre in den Offerten preisgegebenen Daten geschützt bleiben. Hinzu kommt, dass die Schweiz mit allen Anbieterstaaten über Staatsverträge verfügt, die den beidseitigen Geheimschutz sicherheitsrelevanter Informationen garantiert. [...] Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung würde einen schweren Vertrauensbruch nach sich ziehen.» – Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ: Die Anbieter unterbreiteten der armasuisse «während dem Evaluationsverfahren geschäftsgeheime Daten ihrer Produkte im Rahmen ihrer Offerten. Würden solche Daten öffentlich zugänglich, wäre ein Beschaffungs- bzw. Evaluationsverfahren nicht durchführbar.»

#### **E. 4**

Am gleichen Tag reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

#### **E. 5**

Mit E-Mail vom 26. Oktober 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die EMPA dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 6**

Am 1. und 8. November 2021 reichte die EMPA die betroffenen Dokumente ein. Sie verzichtete dabei auf die Einreichungen einer ergänzenden Stellungnahme.

#### **E. 7**

Am 11. November 2021 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten. Jedoch konnte der Schlichtungsgegenstand eingegrenzt werden, indem der Antragsteller auf die Bekanntgabe der im Abschlussbericht enthaltenen Messungen und Auswertungen betreffend die nicht ausgewählten Kampfflugzeuge verzichtete.

#### **E. 8**

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der EMPA 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. 9**

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der EMPA ein. Diese verweigerte ihm den Zugang zum verlangten Dokument. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

#### **E. 10**

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

3/7

## B. Materielle Erwägungen

### **E. 11**

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.

### **E. 12**

Der Antragsteller verzichtete in der Schlichtungssitzung auf die Bekanntgabe der im Abschlussbericht enthaltenen Messdaten und Auswertungen betreffend die drei nicht ausgewählten Kampfflugzeuge. Somit beschränkt sich der Schlichtungsgegenstand auf den Abschlussbericht der EMPA vom 30. Juni 2021 mit Einschwärzung der Messdaten und Auswertungen der drei Kampfflugzeuge Eurofighter Typhoon, F/A-18 Super Hornet und Rafale.

### **E. 13**

Die EMPA verweigerte den Zugang mit der Begründung, dass das verlangte Dokument als Entscheidungsgrundlage für die Beschaffung der neuen Kampfflugzeuge im Rahmen des Projektes Air2030 diene, welche erst abgeschlossen werde, wenn die Bundesversammlung über die Beschaffung endgültig entschieden haben werde, voraussichtlich im 2022 mit der Genehmigung der Rüstungsbotschaft (Art. 8 Abs. 2 BGÖ).

### **E. 14**

Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Es handelt sich bei dieser Bestimmung somit nicht um eine Verweigerung des Zugangs, sondern um einen Aufschub des Zugangs. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.<sup>4</sup> Damit das betreffende Dokument als Entscheidungsgrundlage gilt, muss dieses nach der Lehre einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, damit nicht über diesen Gesetzesartikel der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt wird.<sup>5</sup> Diese Auffassung wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.<sup>6</sup> Eine beliebige, sehr

lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.<sup>7</sup>

#### **E. 15**

Der Abschlussbericht wurde im Auftrag von armasuisse erstellt. Ziel dieses Berichtes war, im Rahmen des Evaluationsverfahrens für die Wahl des neuen Kampfflugzeugs einen lärmtechnischen Vergleich der Kandidaten untereinander und mit dem aktuell eingesetzten F/A-

#### **E. 18**

Schliesslich beruft sich die EMPA auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und präzisiert, dass die Bekanntgabe von geschäftsgeheimen Daten, welche die Anbieter im Rahmen ihrer Offerten unterbreiten, die Durchführbarkeit des Beschaffungs- bzw. Evaluationsverfahrens verhindern würde.

#### **E. 19**

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).<sup>12</sup>

#### **E. 20**

Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.<sup>13</sup> Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.<sup>14</sup> Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.<sup>15</sup>

12 Urteil des BGer 1C\_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3. 13 Urteil des BGer 1C\_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4. 14 Urteil des BVer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 15 SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96ff.

6/7

#### **E. 21**

Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der 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 Kenntnissnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken könnte und dazu führen würde, dass ein Wettbewerbsnachteil entstünde und damit ein Schaden zugefügt würde. Die zuständige Behörde hat ihrerseits im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf sich die Behörde nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang ist entscheidend zu berücksichtigen, dass die Verwirklichung eines Ausnahmegrunds letztlich für die Zugangsgesuchsteller/innen nachvollziehbar dargelegt werden muss.<sup>17</sup> Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>18</sup>

#### **E. 22**

Obwohl die EMPA die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ geltend gemacht hat, hat sie bis anhin unterlassen aufzuzeigen, welche der in Frage stehenden Informationen im Abschlussbericht als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen wären und die dazugehörige Begründung zu liefern, insbesondere betreffend das Vorliegen eines objektiven Geheimhaltungsinteresses. Ausserdem weist der Beauftragte darauf hin, dass die Messdaten und Auswertungen nicht vom Hersteller geliefert bzw. vom Hersteller nicht als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet wurden, sondern von der Schweiz im Rahmen der durchgeführten Lärmmessungen erhoben und von der Schweiz ausgewertet wurden. Im Prinzip handelt es sich bei geschäftsrelevanten Daten um Informationen des Geheimnisträgers. Aus diesen Gründen liegen nach Ansicht des Beauftragten keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ vor. Auch hier ist zu beachten, dass selbst wenn diese Ausnahmebestimmung zur Anwendung käme, das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden müsste.

#### **E. 23**

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte zum Ergebnis, dass keine der von der EMPA vorgebrachten Ausnahmen dem Zugang zum verlangten Abschlussbericht entgegenstehen. III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

#### **E. 24**

Die Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt gewährt den Zugang zum Abschlussbericht «Evaluation neues Kampfflugzeug – Messtechnische Ermittlung akustischer Kerngrössen und Auswirkungsanalyse» vom 30. November 2021 mit Einschwärzung der durchgeführten Messungen und Auswertungen der drei

Kampfflugzeuge Eurofighter Typhoon, F/A-18 Super Hornet und Rafale.

**E. 25**

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

16 Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2. 17 Empfehlung EDÖB vom 9. Juni 2020: Swissmedic / Protokoll Human Medicines Expert Committee (HMEC) Ziff. 30. 18 Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

7/7

**E. 26**

Die Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

**E. 27**

Die Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

**E. 28**

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

**E. 29**

Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R) X

- Einschreiben mit Rückschein (R) Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt EMPA Überlandstrasse 129 8600 Dübendorf

Adrian Lobsiger

Alessandra Prinz Eidgenössischer Datenschutz- und

Juristin Direktionsbereich Öffentlichkeitsbeauftragter

Öffentlichkeitsprinzip

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