

EDOEB empfehlung-vom-4-mai-2021-seco-exportgesuche-fuer-gueter-zur-internet--und-mobil-2021-05-04 vom 4. Mai 2021

EDÖB, 2021-05-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-4-mai-2021-seco-exportgesuche-fuer-gueter-zur-internet--und-mobil-2021-05-04

FR: EDOEB

empfehlung-vom-4-mai-2021-seco-exportgesuche-fuer-gueter-zur-internet--und-mobil-2021-05-04 du 4 mai 2021

IT: EDOEB

empfehlung-vom-4-mai-2021-seco-exportgesuche-fuer-gueter-zur-internet--und-mobil-2021-05-04 del 4 maggio 2021

Erwägungen

E. 1

Der Zugangsgesuchsteller (Journalist, nachfolgend Gesuchsteller) hat am 16. Februar 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO um Zugang zu einer "Tabelle der [im Jahr] 2020 bewilligten sowie abgelehnten Gesuche für Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung, wie bereits publiziert, aber zusätzlich mit Name und Adresse des Gesuchstellers [...]" ersucht.

E. 2

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) hat im Zusammenhang mit einem früheren Zugangsgesuch betreffend eine entsprechende Liste für die Jahre 2014 bis 2019, welches sich vom aktuellen Zugangsgesuch lediglich in Bezug auf den interessierenden Zeitraum unterscheidet, am 5. September 2019 eine Empfehlung¹ erlassen.

E. 3

Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung sind sogenannte Dual-Use-Güter (doppelt verwendbare Güter, da sie sowohl für militärische als auch für zivile Zwecke verwendet werden können) im Sinne von Art. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG; SR 946.202), deren Export einer Bewilligungspflicht durch das SECO unterliegt.² Das SECO veröffentlicht die Statistik der erteilten Ausfuhrbewilligungen sowie der abgelehnten Ausfuhranträge betreffend die in den Anhängen 1 und 2 der Verordnung über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollverordnung GKV; SR 946.202.1) gelisteten Güter auf seiner

¹ Empfehlung EDÖB vom 5. September 2019: SECO / Exportgesuche für Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung. ² S.a. Verordnung über die Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung (VIM; SR 946.202.3).

Website.³ Die Publikation umfasst die Geschäftsnummer, das Bestimmungsland, die Güterart, den Geschäftstyp, die Richtung, die Exportkontrollnummer und den Wert.

E. 4

Am 17. Februar 2021 nahm das SECO zum Zugangsgesuch Stellung und teilte dem Gesuchsteller mit, dass die fünf vom Zugangsgesuch betroffenen Unternehmen gemäss Art. 11 BGÖ angehört werden müssten, bevor der Zugang – wie es das SECO in Betracht ziehe – zu den gewünschten Informationen gewährt werden könne. Bis zur Klärung der Rechtslage werde der Zugang im Sinne von Art. 12 Abs. 3 BGÖ aufgeschoben.

E. 5

Mit Schreiben vom 17. Februar 2021 lud das SECO die Antragstellerin (Unternehmen) zu einer Stellungnahme gemäss Art. 11 BGÖ ein. Es wies die Antragstellerin daraufhin, dass das Zugangsgesuch in Zusammenhang mit den seit 2015 quartalsweise vom SECO auf seiner Webseite publizierten Statistiken über erteilte Einzelausfuhrbewilligungen und von abgelehnten Einzelausfuhrgesuchen im Rahmen des Güterkontrollgesetzes sowie mit der Empfehlung des Beauftragten vom 5. September 2019 stünde.⁴ In ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2021 teilte die Antragstellerin dem SECO mit, dass sie mit der beabsichtigten Zugangsgewährung zu den sie betreffenden Informationen nicht einverstanden sei. Hauptsächlich machte sie sinngemäss das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen und drohende Reputationsschäden geltend.

E. 6

Aus den vom SECO dem Beauftragten zugestellten Unterlagen geht hervor, dass sich zwei von fünf der vom Zugangsgesuch betroffenen Unternehmen zur Gewährung des Zugangs zu den verlangten Informationen nicht ablehnend geäussert haben.

E. 7

Mit Schreiben vom 3. März 2021 teilte das SECO der Antragstellerin mit, es habe ihre Begründungen für die Nichtveröffentlichung geprüft und sei zum Schluss gekommen, dass diese im Lichte der Rechtsprechung und der Praxis des Beauftragten für die Geltendmachung der Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g und Abs. 2 BGÖ kaum ausreichen würde. Vor diesem Hintergrund ziehe das SECO in Betracht, den Zugang zu den gewünschten Informationen zu gewähren. Dabei verwies das SECO auf die Empfehlung des Beauftragten vom 5. September 2019, die es seinem Schreiben beigelegt hatte.

E. 8

Am 22. März 2021 reichte die Antragstellerin beim Beauftragen einen Schlichtungsantrag ein. Hauptsächlich machte sie das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen sowie drohende Reputationsschäden geltend. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin wird in den Erwägungen eingegangen (siehe insb. Ziffer 18, 25 und 35).

E. 9

Am 23. März 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages.

E. 10

Nach Ablauf der gesetzlichen Frist für die Einreichung eines Schlichtungsantrages (Art. 13 Abs. 2 BGÖ) orientierte der Beauftragte das SECO über den eingegangenen

Schlichtungsantrag und forderte es dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 11

Mit Schreiben vom 30. März 2021 reichte das SECO die Verfahrensakten ein, verzichtete jedoch auf eine ergänzende Stellungnahme. Aus der zu den Verfahrensakten gehörenden Stellungnahme des SECO an die Antragstellerin ist erkennbar, dass es die Gewährung des Zugangs zu den verlangten Informationen weiterhin in Betracht zieht.

3 <<https://www.seco.admin.ch/>> unter Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Exportkontrollen und Sanktionen > Industrieprodukte (Dual-Use) und besondere militärische Güter (Licensing) > Statistik (besucht am 22. April 2021). 4 Siehe dazu FN 1.

3/11

E. 12

Am 13. April 2021 informierte der Beauftragte die Antragstellerin über die Eröffnung des Schlichtungsverfahrens. Die Antragstellerin wurde zudem darüber informiert, dass aus Gründen der öffentlichen Gesundheit (Corona-Virus) keine Schlichtungsverhandlung stattfindet und das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt werde.

E. 13

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des SECO 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. 14

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. 15

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁵ 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. 16

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.⁶

E. 17

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

betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁷

E. 18

Das SECO zieht die Zugangsgewährung in Betracht, weil nach seiner Einschätzung aufgrund der Begründungen der Antragstellerin die Voraussetzungen für das Vorliegen der Ausnahmen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Geschäftsgeheimnissen) oder Art. 7 Abs. 2 BGÖ (Schutz der Privatsphäre) nicht gegeben sind (siehe Ziffer 7). Andere Ausnahmegründe bringt das SECO weder im Zugangs- noch im Schlichtungsverfahren vor.

5 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 6 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz 8. 7 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

4/11

E. 19

Die Antragstellerin macht vorab geltend, dass die vom Gesuchsteller verlangten Informationen vor dem Hintergrund der bereits vom SECO quartalsweise publizierten bewilligten und abgelehnten Einzelausfuhrgesuchen im Rahmen des Güterkontrollgesetzes keinen zusätzlichen Informationswert mit Bezug auf den vom Öffentlichkeitsgesetz verfolgten Zweck gemäss Art. 1 BGÖ hätten. Aus diesem Grund sei das Zugangsgesuch vom Gesetzeszweck des Öffentlichkeitsgesetzes nicht gedeckt.

E. 20

Das Öffentlichkeitsgesetz soll die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Zu diesem Zweck trägt es zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet (Art. 1 BGÖ). Demnach soll es Transparenz schaffen, "damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst dem Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren gefördert sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden. Der Öffentlichkeitsgrundsatz bildet überdies eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsfindungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden."⁸ Mit dem vorliegend Zugangsgesuch wird Zugang zu einer "Tabelle der [im Jahr] 2020 bewilligten sowie abgelehnten Gesuche für Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung, wie bereits publiziert, aber zusätzlich mit Name und Adresse des Gesuchstellers [...]" ersucht. Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung sind sogenannte Dual-Use-Güter, deren Export einer Bewilligungspflicht durch das SECO unterliegt.⁹ Die Bewilligungsabhängigkeit des Exportes und das damit einhergehende Verwaltungsermessen bergen Risiken mit Blick auf die Rechtmässigkeit des Vollzugs. Um diesbezüglichen Verdachtsmomenten oder Spekulationen entgegenzuwirken, liegt es

sowohl im Interesse der Öffentlichkeit wie auch der Verwaltung, dass so transparent wie möglich über die erteilten Bewilligungen informiert wird. Mittels eines Zugangsgesuchs kann ein Antragsteller, stellvertretend für die Bevölkerung, die Bewilligungspraxis der zuständigen Behörde überprüfen. Das Zugangsgesuch ist damit von der Zwecksetzung des Öffentlichkeitsgesetzes abgedeckt.

E. 21

Die Antragstellerin ist mit der beabsichtigten Gewährung des Zugangs zu den verlangten Informationen nicht einverstanden. Hauptsächlich beruft sie sich auf den Schutz des Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Soweit sich die Antragstellerin auf Vertraulichkeitsvereinbarungen stützt, ist festzuhalten, dass dieses Argument allfällige Geschäftsgeheimnisse betrifft, die im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ geprüft werden.¹⁰ Soweit die Antragstellerin einen Imageschaden im Falle einer Verletzung der Geheimhaltungsklausel befürchtet, wird dies nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1 bis Bst. b des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) berücksichtigt.¹¹

E. 22

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ 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

8 Urteil des BVGer A-1096/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3 mit Hinweisen. 9 Siehe Ziffer 3. 10 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.5.1. 11 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.8.

5/11

Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).¹²

E. 23

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.¹³ 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.¹⁴ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.¹⁵ 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.¹⁶

E. 24

Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um schützenswerte Geschäftsinformationen handelt. Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde hat 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 die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.¹⁷

E. 25

In ihrem Schlichtungsantrag vom 22. März 2021 begründet die Antragstellerin gegenüber dem Beauftragten gemäss eigenen Angaben summarisch, dass mit der Offenlegung der Namen der jeweiligen Ausführgesuchsteller bekanntgegeben würde, welcher Gesuchsteller wieviel Umsatz mit welchen Mobilfunküberwachungsgeräten in welchen Bestimmungsländern macht. Im Zusammenhang mit der Angabe der betreffenden Zeitperiode und aufgrund der Detailliertheit der Kategorisierungen erlaubten die Informationen eine präzise Analyse der Geschäftstätigkeit der Unternehmen. Zudem würden das Produktionsvolumen eines Unternehmens sichtbar und es liesse sich ableiten, welche Gesamtumsätze erwirtschaftet werden. Die Antragstellerin wendet weiter ein, dass die Konkurrenz der hier betroffenen Unternehmen grossmehrheitlich oder sogar ausschliesslich Unternehmen im Ausland seien. Die Bekanntgabe der verlangten

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 BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4. 14 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 15 SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff. 16 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2; A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.3. 17 Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2.

6/11

Informationen bewirke "bloss, dass sich diese Konkurrenz mit ihrem Wissensvorsprung beim Kunden in direkter Konkurrenz mit einem Schweizer Anbieter besser positionieren kann". Damit verschaffe die Schweiz ihrer ausländischen Konkurrenz einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Sie erklärt weiter, dass die Kenntnis der Konkurrenz darüber, in welchem Land und in welcher Zeitperiode die Antragstellerin für die von den Kunden regelmässig vorgenommenen Ausschreibungen den Zuschlag erhalten habe, geeignet sei, Rückschlüsse zu ziehen und daraus abzuleiten, welchen Preis bei der Ausschreibung

offeriert worden sei. Dabei handle es sich um Informationen, die das Geschäft der Antragstellerin im Verhältnis zu ihren (ausländischen) Konkurrenten in direkter Weise benachteilige. Im Ergebnis müsse der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ verweigert werden.

E. 26

Soweit sich die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme an das SECO auf Vertraulichkeitsvereinbarungen mit ihren Vertragspartnern beruft, so lassen sich daraus alleine keine Geschäftsgeheimnisse ableiten. Durch solche Vereinbarungen wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille der Unternehmen kundgetan, welcher vorliegend allerdings unbestritten ist. Darüber hinaus ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben und die Voraussetzung der relativen Unbekanntheit erfüllt ist.¹⁸ Bis anhin wurde dies von der Antragstellerin nicht hinreichend dargelegt. Allfällige Dokumente, welche dies belegen, wären der Behörde nachzureichen (siehe nachfolgend Ziffer 43).

E. 27

Eine Information ist relativ unbekannt, wenn sie bloss einem bestimmbar und begrenzten Personenkreis vertraut ist. Dabei wird darauf abgestellt, ob der Geheimnisherr die faktische oder rechtliche Möglichkeit hat, die Verbreitung der Information zu unterbinden oder zu steuern. Es ist schwer nachvollziehbar, wie ein Unternehmen seine Rolle als Exporteur und seine Produktpalette geheim halten will, zumal die Antragstellerin mit ihren Produkten auf dem Markt auftritt und öffentlich – einzelne Anbieter auch im Internet – potentiellen Kunden anbietet. Einerseits zeichnet sich der Markt für die vom Zugangsgesuch betroffenen, spezifischen und hochentwickelten Güter durch eine relativ geringe Anzahl von Anbieterinnen aus. Andererseits sind der Verkauf und der Export von Dual-Use-Gütern rechtlich klar reglementiert. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit Kriegsmaterialexporten festgehalten, dass die "Namen der Unternehmen, die Rüstungsgüter aus der Schweiz exportieren, [...] den interessierten Kreisen bereits weitestgehend bekannt sein oder – namentlich über das Internet – leicht zu eruieren sein [dürften]."¹⁹ Dasselbe darf – insbesondere aufgrund der bereits zugänglich gemachten, dem Zugangsgesuch bis auf den Zeitraum entsprechenden Liste für die Jahre 2014 bis 2019 – auch für den vorliegend interessierenden Bereich der Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung angenommen werden. Das Kriterium der relativen Unbekanntheit ist nach Ansicht des Beauftragten von der Antragstellerin nicht überzeugend dargelegt worden, weshalb der Name des Unternehmens und die Kategorien der Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung nicht als Geschäftsgeheimnisse gelten können.²⁰

E. 28

Bei Angaben über Kunden, Bezugs- und Absatzquellen sowie Angaben über Lieferanten eines Unternehmens kann es sich grundsätzlich um ein Geschäftsgeheimnis handeln.²¹ Sie gelten allerdings erst dann als Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, wenn deren Offenlegung sich negativ auf das Geschäftsergebnis des betroffenen Unternehmens auswirken könnte.²² Vorliegend ersuchte der Gesuchsteller allerdings nicht um Zugang zur

¹⁸ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.5.1. ¹⁹ Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7.4, vom BGer mit Urteil 1C_222/2018 vom 21. März 2019 bestätigt. ²⁰ Vgl. dazu auch Empfehlung EDÖB vom 11. August 2016: SECO /

Kriegsmaterialexporteure, Ziffer 35. 21 Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 6.3. 22 BGE 142 II 340 E. 3.2.

7/11

konkreten Kundenliste eines Unternehmens. Hierzu ist anzumerken, dass den vom SECO veröffentlichten Statistiken ohnehin entnommen werden kann, in welches Land für welchen Betrag die Ausfuhr von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung einer bestimmten Kategorie aus der Schweiz bewilligt wurde. Allein aus den publizierten Tabellen können Konkurrenten bereits heute ablesen, welche Exportregionen für die einzelnen Kategorien von Mobilfunk- und Internetüberwachungsgüter ins Gewicht fallen. Letzteren ist es damit bereits heute möglich, die staatlichen Bezüger von Mobilfunk- und Internetüberwachung in diesen Regionen zu kontaktieren und mit eigenen Produkten zu bewerben.²³ Durch die vom Gesuchsteller gewünschte Liste wird lediglich zusätzlich bekannt, welche bewilligten oder abgelehnten Gesuche für den Export von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung welchem Unternehmen zuzuordnen sind.

E. 29

Weiter ist fraglich, ob die Zuordnung der bewilligten oder abgelehnten Gesuche für den Export von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung zu einem konkreten Unternehmen und damit auch der Anteil an der Gesamtsumme der bewilligten Exporte ein Geschäftsgeheimnis darstellt. Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass die Kombination der verschiedenen Informationen Rückschlüsse auf die Preiskalkulation, das Produktionsvolumen und die Gesamtumsätze eines Unternehmens ermögliche. Mit diesem Wissensvorsprung könne sich die Konkurrenz beim Kunden in direkter Konkurrenz mit einem Schweizer Anbieter besser positionieren, womit der Antragstellerin im Verhältnis zu ihren (ausländischen) Konkurrenten in direkter Weise benachteiligt sei.

E. 30

Hierzu ist anzumerken, dass es sich bei dieser Liste der bewilligten oder abgelehnten Gesuche nicht um eine Auflistung der tatsächlich getätigten Exporte handelt, sondern lediglich um diejenigen Positionen, zu deren Export die Antragstellerin berechtigt ist, d.h. über eine entsprechende Bewilligung verfügt resp. nicht berechtigt ist, da die Bewilligung verweigert wurde. Hinzu kommt, dass in den Statistiken Geschäfte mehrfach aufgeführt sein können, "da Bewilligungen gemäss GKV nur zwei Jahre gültig sind und nach einer einmaligen Verlängerung von 2 Jahren neu erteilt werden müssen (Neuausstellung)"²⁴. Dementsprechend kann nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen den publizierten resp. verlangten Zahlen und den tatsächlichen Exporten gewisse Differenzen bestehen. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, ob und inwiefern die Übereinstimmung zwischen den bewilligten Exporten und dem Wert der tatsächlich exportierten Güter derart genau ist, dass aufgrund der verlangten Liste Rückschlüsse auf die Preiskalkulation möglich wären. Damit in Bezug auf ein spezifisches Land ersichtlich werden könnte, welches konkrete Produkt zu welchem Preis es aus der Schweiz importierte d.h. Rückschlüsse auf die Preisgestaltung der Antragstellerin generell oder in Bezug auf einen konkreten Kunden gemacht werden könnten, wäre zudem erforderlich, dass die Produktpalette (inklusive technischer Angaben, Produktversionen und (Richt-)Preisen) öffentlich bekannt gemacht würde. Dies ist vorliegend – soweit für den Beauftragten ersichtlich – nicht der Fall. Somit hat die Antragstellerin nicht nachvollziehbar dargelegt, inwiefern die Zugangsgewährung zur verlangten Liste Rückschlüsse auf die Preiskalkulation ermöglicht, die über das

hinausgehen, was allein gestützt auf die vom SECO veröffentlichten Daten ohnehin bereits möglich ist.

E. 31

Weiter hat die Antragstellerin vorgebracht, dass aus der Kombination der verschiedenen Informationen Rückschlüsse auf das Produktionsvolumen und die Gesamtumsätze eines Unternehmens gezogen werden können, ohne dies jedoch zu begründen oder zu belegen.

23 Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 7.2. 24

<<https://www.seco.admin.ch/>> unter Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Exportkontrollen und Sanktionen > Industrieprodukte (Dual-Use) und besondere militärische Güter (Licensing) > Statistik (besucht am 23. April 2021).

8/11

Darüber hinaus hat die Antragstellerin nicht näher dargelegt, in welcher Form sich daraus für die Konkurrenz ein wesentlicher Vorteil resp. für sie ein wesentlicher Nachteil ergeben könnte.

E. 32

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass dieser internationale Markt nicht mit einem offenen Markt gleichzusetzen ist. Er ist vielmehr stark reguliert und auch von politischen Interessen geprägt. Die Geschäftsbeziehungen sind somit behördlich kontrolliert und die Rahmenbedingungen von Exportland zu Exportland resp. Importland zu Importland verschieden. In einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes²⁵ wurde in diesem Zusammenhang festgehalten: „Wirtschaftlich interessant sind sodann nicht primär die Namen der einzelnen Kunden, sondern die Geschäftsbeziehungen, das heisst die Kenntnisse über die Voraussetzungen, die einen Kunden an ein Unternehmen binden, etwa Informationen über spezifische Bedürfnisse, Beziehungen, Gepflogenheiten sowie interne Zuständigkeiten und Abläufe. [Es ist] zudem davon auszugehen, dass die vom Beschwerdeführer verlangten Informationen – wenn überhaupt – nur Rückschlüsse darauf zuliessen, welche Länder welche konkreten [...] importieren, wohingegen bereits öffentlich bekannt ist, welche Kategorien [...] sie aus der Schweiz einführen.“ Es ist nach Ansicht des Beauftragten somit nicht hinreichend erstellt, wonach das blosses Wissen über die Zuordnung der bewilligten oder abgelehnten Gesuche für den Export von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung zu einem konkreten Unternehmen und damit auch der Anteil an der Gesamtsumme der bewilligten Exporte der Konkurrenz betroffener Unternehmen Wettbewerbsvorteile verschaffen könnte, die mit einem ernsthaften Schadensrisiko verbunden wären. Letztlich ist entscheidend, ob konkret ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Informationen (objektives Geheimhaltungsinteresse), mithin ein ernsthaftes Schadensrisiko, besteht.

E. 33

Da die Geschäftsbedingungen behördlich kontrolliert und die Rahmenbedingungen von Exportland zu Exportland resp. von Importland zu Importland verschieden sind und dieses Geschäftsfeld eine komplexe Materie darstellt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine erhöhte Begründungsdichte zu verlangen.²⁶ Die Antragstellerin konnte bis anhin weder in ihrem Schreiben an das SECO noch im Schlichtungsantrag an den Beauftragten mit der von der Rechtsprechung geforderten

Begründungsdichte überzeugend darlegen, inwiefern die Bekanntgabe der strittigen Informationen ihren Konkurrenten einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zu erwarten ist. Es fehlt daher am ernsthaften Schadensrisiko und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse.

E. 34

Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass die mit dem Zugangsgesuch verlangten Informationen Geschäftsgeheimnisse enthalten können, stellt aber fest, dass die Antragstellerin bis anhin das geforderte Schadensrisiko resp. die damit verbundene Marktverzerrung nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte nachvollziehbar dargelegt hat. Nebst der Voraussetzung der relativen Unbekanntheit fehlt es mangels eines konkreten und ernsthaften Schadenpotentials damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als nicht erfüllt.

E. 35

In Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 BGÖ macht die Antragstellerin in ihrem Schlichtungsantrag geltend, dass das Zugangsgesuch die Entanonymisierung eines bereits anonymisierten Dokuments (statistische Angaben auf der Homepage des SECO, vgl. Fussnote 24) verlange. Das widerspreche dem Grundsatz von Art. 9 Abs. 1 BGÖ, welcher ausdrücklich die Anonymisierung vorsehe. Im Ergebnis sei das Zugangsgesuch gesetzeswidrig und folglich abzuweisen.

25 Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 6.3. 26 Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3.

9/11

E. 36

Amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, sind nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Eine Anonymisierung der Personendaten der betroffenen Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ fällt vorliegend ausser Betracht, da der Gesuchsteller explizit die Offenlegung dieser Personendaten verlangt.²⁷ Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, sind nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Gemäss Art. 19 Abs. 1 bis DSG dürfen Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des Begriffes „amtliches Dokument“ nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ.²⁸ In Bezug auf die zweite Voraussetzung muss eine Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Privatinteressen der betroffenen Unternehmen und dem öffentlichen Interesse am Zugang der Daten vorgenommen werden.

E. 37

Die Gewichtung der privaten Interessen hat anhand der betroffenen Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie möglicher Konsequenzen einer Bekanntgabe zu erfolgen. Die Namen der Unternehmen sind keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile im Sinne von Art. 3 Bst. c und d DSG. Ausserdem sind diese

Unternehmen den interessierten Kreisen, wie bereits oben erwähnt (siehe Ziffer 27), vermutlich bereits bekannt, da es nur wenige Unternehmen gibt, die Internet- und Mobilfunküberwachungsgüter exportieren. In Bezug auf die Stellung der betroffenen Personen ist zu erwähnen, dass es sich bei den betroffenen Unternehmen um juristische Personen handelt, bei welchen die Schutzbedürftigkeit von Personendaten naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.²⁹

E. 38

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss als Konsequenz der Bekanntgabe der Personendaten eine ernsthafte Schädigung der Privatsphäre mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten. Dabei hat die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung gewichtig zu sein; sie muss zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Beeinträchtigung oder Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen, weil ansonsten der mit dem Öffentlichkeitsgesetz vollzogene Paradigmenwechsel ausgehöhlt würde.³⁰

E. 39

Aufgrund der Sachlage ist nicht erkennbar und von der Antragstellerin auch nicht substantiiert, inwieweit die Bekanntgabe der verlangten Tabelle eine ernsthafte Schädigung ihrer Persönlichkeit verursachen könnte. Soweit von Seiten der Antragstellerin eine Verletzung der Privatsphäre durch Imageschäden geltend gemacht wird, wurde diese nicht hinreichend nachgewiesen und ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich.

E. 40

Hinsichtlich der öffentlichen Interessen ist zu beachten, dass dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung bereits per se Gewicht zu kommt. Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient der Transparenz der Verwaltung, soll das Vertrauen der Bevölkerung in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern und stellt ein zusätzliches, unmittelbares Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch die Bürgerinnen und Bürger dar (Art. 1 BGÖ).³¹ Dass der

27 Vgl. BGE 144 II 91 E. 4.3 mit Hinweisen. 28 Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 7.1.1. 29 Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2; A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.2.3. 30 Urteil des BGER 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.4. 31 BBl 2003 1973 f.; Urteil des BVGer A-1592/2014 vom 22. Januar 2015 E. 5.

10/11

Export von Dual-Use-Gütern in politisch umstrittene Länder nicht unumstritten ist, zeigt sich an der aktuellen Medienberichterstattung³², den parlamentarischen Eingaben³³ sowie der Diskussion über die Verlängerung der Güterkontrollverordnung.³⁴ Es kann daher von einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ ausgegangen werden, mithin von einem gewichtigen öffentlichen Interesse an den nachgefragten Informationen.³⁵

E. 41

Die Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ bzw. Art. 19 Abs. 1 bis Bst. b DSGVO ergibt, dass an der Bekanntgabe der streitgegenständlichen Daten ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

E. 42

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Aufgrund der bis anhin nicht hinreichenden Begründung für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen resp. der Verletzung der Privatsphäre der Antragstellerin greift die gesetzliche Vermutung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten (Art. 6 BGÖ). Andere Ausnahmerebestimmungen wurden weder von der Antragstellerin noch vom SECO geltend gemacht. Das SECO gewährt somit den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten.

E. 43

Abschliessend ist anzumerken, dass es der Antragstellerin unbenommen ist, im Rahmen des allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens die Wirksamkeit des angerufenen Ausnahmegrundes von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ oder anderer Ausnahmen mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen bzw. darzulegen, inwiefern durch die Offenlegung der vorliegend interessierenden Informationen die Privatsphäre des Unternehmens beeinträchtigt werden kann (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 44

Das Staatssekretariat für Wirtschaft gewährt den Zugang zur verlangten Tabelle.

E. 45

Die Antragstellerin und der Zugangsgesuchsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Staatssekretariat für Wirtschaft 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).

E. 46

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

E. 47

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

32 "Gut getarnt ist halb gewonnen", WOZ Nr. 07/2021 vom 18. Februar 2021; "Repression mithilfe von Schweizer Überwachungsgeräten?" SRF-Unzipped vom 7. Juni 2020, abrufbar unter <<https://www.bilderundfreunde.ch/unzipped/heikle-geschfte-heikle-abnehmer>> (besucht am 23. April 2021). 33 Interpellation Seiler Graf vom 11. März 2021: "Intransparente Generalausfuhrbewilligungen für Rüstungsgüter" (21.3174); Motion Glättli vom 22. März 2019: "Einführung einer Meldepflicht für den Export von Gütern, die der Waffenproduktion dienen" (19.3337); Anfrage Nussbaumer vom 20. September 2017: "Kontrolle der Ausfuhr von Technologien zur digitalen Überwachung" (17.1060). 34 Medienmitteilung des Bundesrats vom 17. April 2019: Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung; <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20180060>> (besucht am 23. April 2021). 35 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E.

8.4.4 f.; A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7.2 f.

11/11

E. 48

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellerin und des Gesuchstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 49

Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R) teilweise anonymisiert X., vertreten durch A. (Antragstellerin)
- Einschreiben mit Rückschein (R) Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Holzikofenweg 26 3003 Bern
- Einschreiben mit Rückschein (R) teilweise anonymisiert Y. (Gesuchsteller)

Reto Ammann

André Winkler

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