



Bern, 5. September 2019

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X. (Antragsteller)
und
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 3. Mai 2019 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim SECO um Zugang zu einer "Tabelle der seit 2014 [...] 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 (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.¹ 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 Website.² Die Publikation umfasst die Geschäftsnummer, das Bestimmungsland, die Güterart, den Geschäftstyp, die Richtung, die Exportkontrollnummer und den Wert.
2. Das SECO führte mit Schreiben vom 27. Mai 2019 bei den betroffenen Unternehmen eine Anhörung nach Art. 11 BGÖ durch. Einzelne wenige der angehörten Unternehmen nahmen keine Stellung.
3. Am 13. Juni 2019 nahm das SECO gegenüber dem Antragsteller Stellung gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ und verweigerte den Zugang zu der verlangten Tabelle vollständig. Es stützte seine Zugangsverweigerung auf das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und den Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Laut SECO erlaube die Nennung von Namen und Adressen der betroffenen Unternehmen Rückschlüsse auf deren Kunden, da diese im Bereich der Mobilfunk- und Internetüberwachung fast ausschliesslich

¹ s.a. Verordnung über die Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung; SR 946.202.3.

² https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/industrieprodukte--dual-use--und-besondere-militaerische-gueter/statistik/2015.html (zuletzt besucht am 03.09.19).



staatlich seien und damit Konkurrenten im In- und Ausland die Möglichkeit eröffne, u.a. die Systemkonfiguration und Preiskalkulation nachvollziehen zu können. Zudem sei es möglich, das zur Exportkontrollnummer passende System resp. Gerät aus dem Produkt-Portfolio der Firma zu ermitteln. Durch Kenntnis des Geräts und seiner exakten Fähigkeiten könne wiederum der Kunde in dem angegebenen Land identifiziert werden. Damit erhielten die Mitbewerber "[...] Informationen über die Ermittlung des Marktpreises bzw. Listenpreis [sic!]. Es sind folglich Rückschlüsse auf die Herstellungskosten möglich." Deshalb fielen die verlangten Informationen unter das Geschäftsgeheimnis, da deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz eine Marktverzerrung bewirken und zu einem Wettbewerbsnachteil für die betroffenen Unternehmen führen würde. Betreffend Art. 7 Abs. 2 BGÖ argumentierte das SECO, das öffentliche Interesse werde durch die bereits vorgenommene Publikation auf seiner Webseite sichergestellt. Demnach sei eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der Unternehmen durch die Veröffentlichung ihrer Namen und Adressen nicht gerechtfertigt und überdies nicht verhältnismässig, da die einzelnen Exportgesuche bereits transparent in der entsprechenden Statistik veröffentlicht seien. Schliesslich, so das SECO, stelle eine Zugangsgewährung ein Verstoss gegen die Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen den Kunden und Lieferanten dar.

4. Am 24. Juni 2019 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.
5. Mit Schreiben vom 26. Juni 2019 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das SECO dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.
6. Am 28. Juni 2019 und 2. Juli 2019 reichte das SECO die verlangten Unterlagen ein. Zur Begründung der Zugangsverweigerung verwies es auf seine Stellungnahme an den Antragsteller.
7. Am 16. Juli 2019 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, an welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, 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

9. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SECO ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. 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).



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.³ 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

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.⁴
12. Das SECO begründet seine Zugangsverweigerung u.a. mit dem Bestehen von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Gemäss dieser Ausnahmeklausel kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe der verlangten Informationen Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können.
13. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist nur auf Geschäftsinformationen anwendbar, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft wird. Als Geheimnis wird dabei jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse).⁵ Gemäss ständiger Rechtsprechung haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.⁶
14. Angaben über Kunden, Bezugs- und Absatzquellen sowie Angaben über Lieferanten können grundsätzlich Geschäftsgeheimnisse darstellen.⁷ 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.⁸ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit der betreffenden Informationen wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein. 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.⁹

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

⁵ Urteil BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015, E. 5.1.

⁶ Urteil BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017, E. 5.4.

⁷ Urteil BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018, E. 6.3.

⁸ BGE 142 II 340, E. 3.2.

⁹ Urteil BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019, E. 3.2.2; A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017, E. 6.4.3.



15. Soweit sich die betroffenen Unternehmen auf Geheimhaltungsvereinbarungen mit ihren Vertragspartnern berufen, so lassen sich daraus alleine keine Geschäftsgeheimnisse ableiten. Durch solche Vereinbarungen wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille der Unternehmen kundgetan¹⁰, welcher vorliegend aber unbestritten ist. Fraglich bleiben somit die relative Unbekanntheit der Information und das objektives Geheimhaltungsinteresse.
16. 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. Einerseits zeichnet sich der Markt für die vom Zugangsgesuch betroffenen, spezifischen und hochentwickelten Güter durch eine relativ geringe Anzahl von Anbieterinnen aus. Andererseits ist der Verkauf und der Export von Dual-Use Gütern rechtlich klar reglementiert. Die meisten der verlangten Informationen dürften den in diesem Bereich auftretenden Akteuren zudem bereits bekannt sein, treten doch die Unternehmen mit ihren Produkten als Anbieterinnen auf dem Markt auf und bewerben ihre Produkte und deren Vorzüge, einzelne Anbieter auch im Internet. Das Kriterium der relativen Unbekanntheit ist nach Ansicht des Beauftragten daher weder vom SECO noch von den Dritten überzeugend dargelegt worden.
17. Hinsichtlich der Voraussetzung des objektiven Geheimhaltungsinteresses vertritt die Behörde die Ansicht, dass die Kombination der verschiedenen Informationen Rückschlüsse auf die Preiskalkulation, die Systemkonfiguration, den Kundenstamm und auf die Herstellungskosten ermöglicht. Die Ausführungen des SECO und der angehörten Unternehmen beschränken sich auf allgemeine Aussagen zu möglichen Wettbewerbsverzerrungen, ohne jedoch konkret und im Detail aufzuzeigen, welche wirtschaftlichen Beeinträchtigungen die betroffenen Unternehmen durch eine Zugangsgewährung zu erwarten hätten. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die vom Antragsteller verlangten Informationen in vereinzelt Fällen Rückschlüsse auf die Kundenländer erlauben sollten, bleibt offen, welcher Nachteil daraus resultieren sollte. Allein aus den publizierten Tabellen pro Kalenderjahr 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.¹¹
18. Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass die mit dem Zugangsgesuch verlangten Informationen Geschäftsgeheimnisse enthalten können, stellt aber fest, dass bis anhin weder das SECO noch die betroffenen Unternehmen das geforderte Schadensrisiko resp. die damit verbundene Marktverzerrung mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte nachvollziehbar dargelegt haben. 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.
19. In Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 BGÖ erachtet das SECO eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der Unternehmen als nicht gerechtfertigt und nicht verhältnismässig, da es statistische Angaben zu jeder einzelnen Ausfuhrbewilligung oder Ausfuhrablehnung betreffend Mobilfunk- und Internetüberwachungsgüter bereits auf seiner Webseite publiziert (keine Nennung der Bewilligungsgesuchsteller, s. dazu Ziff. 1),
20. Eine Anonymisierung der Personendaten der betroffenen Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ fällt vorliegend ausser Betracht, da der Antragsteller explizit die Offenlegung dieser

¹⁰ Urteil BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017, E. 5.5.1.

¹¹ Urteil BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015, E. 7.2.



Personendaten verlangt. 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.¹² 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.

21. 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 besondere schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile im Sinne von Art. 3 Bst. c und d DSG. Ausserdem sind diese Unternehmen den interessierten Kreisen, wie bereits oben erwähnt, 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.¹³
22. 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.¹⁴
Aufgrund der Sachlage ist nicht erkennbar, inwieweit die Bekanntgabe der verlangten Tabelle eine ernsthafte Schädigung der Persönlichkeit der Unternehmen verursachen könnte. Soweit von Seiten des SECO resp. der angehörten Dritten weitere Verletzungen der Privatsphäre geltend gemacht werden, wurden diese nicht hinreichend nachgewiesen und sind für den Beauftragten auch nicht ersichtlich.
23. 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).¹⁵
Dass der Export von Dual-Use Gütern in politisch umstrittene Länder nicht unumstritten ist, zeigt sich an der aktuellen Medienberichterstattung, den parlamentarischen Eingaben¹⁶ sowie der

¹² Urteil BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 7.1.1.

¹³ Urteile BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016, E. 9.6.2, und A-3829/2015 vom 26.11.2015, E. 8.2.3.

¹⁴ Urteil BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016, E. 3.4.

¹⁵ BBl 2003 1973f.; Urteil BVGer A-1592/2014 vom 22. Januar 2015, E. 5.

¹⁶ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20171060> (zuletzt besucht am 03.09.19); <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20141050> (zuletzt besucht am 03.09.19).



Diskussion über die Verlängerung der Güterkontrollverordnung.¹⁷ 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.¹⁸

24. Die Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ bzw. Art. 19 Abs. 1bis Bst. b DSGVO ergibt, dass an der Bekanntgabe der streitgegenständlichen Daten ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.
25. 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 betroffenen Dritten greift die gesetzliche Vermutung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten (Art. 6 BGÖ). Das SECO gewährt somit den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten.

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

26. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO gewährt den Zugang zur verlangten Tabelle.
27. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO 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).
28. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
29. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
30. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
31. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - **Einschreiben mit Rückschein (R)**
X.
 - **Einschreiben mit Rückschein (R)**
Staatssekretariat für Wirtschaft
3003 Bern

Reto Ammann

¹⁷ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74725.html> (zuletzt besucht am 03.09.19); <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180060> (zuletzt besucht am 03.09.19).

¹⁸ Urteile BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017, E.8.4.4f., und A-6108/2016 vom 28. März 2018, E. 7.2 f.