



Bern, 11. September 2014

## **Empfehlung**

### **gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung**

**zum Schlichtungsantrag von**

**X  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Bundesamt für Energie BFE**

#### **I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Der Antragsteller (Verein) hat mit E-Mail vom 13. Juli 2012 beim Bundesamt für Energie BFE Zugang zum Leistungsauftrag der Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW) verlangt. Im Rahmen dieses Leistungsauftrags mit dem Bund wurde die EnAW mit der Erfüllung gewisser (Vollzugs-) Aufgaben im Bereich der Energie- und CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung beauftragt. Insbesondere unterstützt sie Unternehmen bei der Ausarbeitung von Zielvereinbarungen und Verpflichtungen zur Steigerung der Energieeffizienz und Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstosses.<sup>1</sup>
2. Das BFE behandelte dieses Anliegen als Zugangsgesuch gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), leitete mit Schreiben vom 23. August 2012 bei der EnAW ein Anhörungsverfahren nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ ein und ersuchte sie, die Dokumente auf das Vorliegen von Ausnahmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse) hin zu überprüfen.
3. Mit Schreiben vom 24. September 2012 an das BFE nahm die EnAW Stellung zur allfälligen Zugangsgewährung ihrer Leistungsverträge mit der Bundesverwaltung. Sie legte dar, dass die Dokumente umfangreiche, für Konkurrenten relevante Informationen beinhalten würden, die den Wettbewerb verzerren könnten. Deshalb müssten sie für alle angeforderten Dokumente

<sup>1</sup> Jahresbericht 2010 der Energie-Agentur der Wirtschaft, S. 4:  
[http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de\\_591278425.pdf&endung=Energie-Agentur%20der%20Wirtschaft%20\(EnAW\).%20Jahresbericht%202010](http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de_591278425.pdf&endung=Energie-Agentur%20der%20Wirtschaft%20(EnAW).%20Jahresbericht%202010) (zuletzt besucht am 5. September 2014).



und deren Anhänge Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ geltend machen und die Herausgabe integral verweigern.

4. Mit Schreiben vom 26. September 2012 erwiderte das BFE, dass die umfassende Zugangsverweigerung unter allgemeinem Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht mit der Praxis des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) und des Bundesverwaltungsgerichts vereinbar sei. Es forderte die EnAW erneut auf, konkrete geheimnisrelevante Inhalte zu bezeichnen und substantiiert zu begründen, weshalb diese nicht herausgegeben werden sollen. Das BFE hielt fest, dass sie nicht bereit seien, gegenüber Dritten eine umfassende Einsichtsverweigerung zu vertreten. Sie würden sich vorbehalten, die genannten Verträge integral herauszugeben, sollte die Stellungnahme diesen Anforderungen nicht genügen.
5. Daraufhin reichte die EnAW am 5. Oktober 2012 beim BFE eine erneute Stellungnahme ein und deklarierte darin nun einzelne Ziffern und Seiten der Verträge als Geschäftsgeheimnisse und legte ihre Gründe dar. Mit E-Mail vom 11. Oktober 2012 teilte das BFE mit, dass sie die vorgenommenen Schwärzungen teilweise nach wie vor nicht nachvollziehen könnten. Um den Umfang der Zugangsgewährung definitiv festlegen zu können, vereinbarten das BFE und die EnAW, die Angelegenheit am 1. November 2012 persönlich zu besprechen.
6. Noch vor dieser Besprechung reichte die EnAW am 18. Oktober 2012 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein, mit dem Begehren, „es sei eine superprovisorische bzw. vorsorgliche Empfehlung i.S.v. Art. 14 BGÖ abzugeben.“ Als Begründung führte die EnAW an, dass sie nach dem E-Mail des BFE vom 11. Oktober 2012 befürchten müsste, dass das Amt die Dokumente gleich nach der Besprechung vom 1. November 2012 bekannt geben werde, ohne das vom Öffentlichkeitsgesetz vorgesehene Verfahren zu beachten.
7. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2012 teilte der Beauftragte der EnAW und dem BFE mit, dass er auf den Schlichtungsantrag nicht eintreten werde, da bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine abschliessende Stellungnahme des BFE in dieser Sache vorliege und daher die Voraussetzungen für die Einreichung eines Schlichtungsantrags nach Art. 13 Abs. 1 BGÖ noch nicht erfüllt seien.
8. Nach der erwähnten Sitzung zwischen dem BFE und der EnAW liess das BFE dem Antragsteller am 2. November 2012 seine Stellungnahme nach Art. 12 Abs. 4 BGÖ zukommen. Darin verwies es auf die gemäss der EnAW vorhandenen Geschäftsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sowie auf den Schutz von Personendaten, weshalb nur ein eingeschränkter Zugang zu den beiden Verträgen gewährt werden könne. Damit übernahm das BFE nun entgegen seiner ursprünglichen Haltung die Position der EnAW gemäss deren Schreiben vom 5. Oktober 2012 (vgl. Ziff. 5).
9. Daraufhin reichte der Antragsteller am 21. November 2012 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein.
10. Mit Schreiben vom 23. November 2012 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang seines Schlichtungsantrages und forderte gleichentags vom BFE die Einreichung aller relevanten Dokumente sowie einer ausführlich begründeten Stellungnahme.
11. Am 10. Dezember 2012 reichte das BFE eine Stellungnahme sowie die für das Verfahren relevanten Unterlagen, insbesondere seine Korrespondenz mit den Beteiligten und die Verträge mit EnAW, ein. Für die Begründung der Zugangseinschränkung verwies das BFE vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen im Schreiben der EnAW vom 5. Oktober 2012 (vgl. Ziff. 5). Weiter legte das BFE dar, der stattgefundene Schriftenaustausch und die Besprechung mit der EnAW vom 1. November 2012 hätten ergeben, dass die jeweiligen



Positionen nur mit grossem zeitlichen Aufwand in Übereinstimmung zu bringen gewesen wären. Sie hätten das Interesse an einer sofortigen Herausgabe der geschwärzten Unterlagen als höher eingestuft als das Interesse an einer späteren, allenfalls umfassenderen Herausgabe der Verträge und deshalb die von der EnAW geforderten Schwärzungen schlussendlich akzeptiert.

12. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte das BFE am 12. Februar 2013 eine ergänzende Stellungnahme ein und präziserte seine Position, wonach es ohne zeitliche Dringlichkeit nicht von seiner ursprünglichen Haltung abgewichen wäre und die Einsicht möglichst umfassend gewährt hätte. Es legte jedoch nicht genauer dar, welche Inhalte allenfalls abgedeckt werden müssten und weshalb. Weiter hielt das BFE fest, es hätte die EnAW anlässlich der Sitzung vom 1. November 2012 darauf hingewiesen, dass es gegenüber dem Beauftragten die inhaltliche Argumentation der Zugangsverweigerung nicht stützen werde.
13. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten 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**

14. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.
15. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>2</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.
16. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BFE eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
17. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.<sup>3</sup>
18. Kommt keine Einigung zu Stande 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>2</sup> BBI 2003 2023.

<sup>3</sup> BBI 2003 2024.



## B. Materielle Erwägungen

19. 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. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).<sup>4</sup>
20. Das BFE hat dem Beauftragten folgende Dokumente zugestellt:
- Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001, ohne die darin erwähnten Anhänge (zit. Rahmenvertrag)
  - Rahmenvertrag 2004 – 2007 (Zusatz zu Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001) vom 15. März 2004 (zit. Zusatzvertrag 2004 – 2007)
  - Zusatz zu Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001 für die Periode 2008 – 2012 vom 18. Mai 2008, inkl. Anhänge (zit. Zusatzvertrag 2008 – 2012)
  - Vertrag über Betrieb und Unterhalt Monitoringsystem EnAW 2008 – 2012 vom 18. Juli 2008, inkl. Anhänge (zit. Monitoringvertrag)
21. Gemäss BFE fallen nach Art. 23 BGÖ nur der Zusatzvertrag 2008 – 2012 sowie der Monitoringvertrag in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Aus diesem Grund wurde die EnAW auch nur bezüglich dieser beiden Verträge angehört. Demgegenüber argumentiert das BFE, dass der Rahmenvertrag aufgrund des Datums der Unterzeichnung (2. Juli 2001) nicht öffentlich zugänglich sei. Zum Zusatzvertrag 2004 – 2007 hat es sich nicht geäussert.
22. Der Übergangsbestimmung von Art. 23 BGÖ zufolge ist das Öffentlichkeitsgesetz nur auf amtliche Dokumente anwendbar, die nach seinem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden. Ist die Behörde Autorin des Dokuments, so ist das Erstellungs- bzw. das Aktualisierungsdatum<sup>5</sup> entscheidend. Hat die Behörde das Dokument als Hauptadressatin erhalten, so ist das Datum des Empfangs massgebend.<sup>6</sup>
23. Der Rahmenvertrag wurde vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erstellt (Datum der Unterzeichnung 2. Juli 2001). Wie der Name bereits suggeriert, bildet dieser Rahmenvertrag die Grundlage für weitere, später erstellte Verträge zwischen den beiden Parteien. Der Monitoringvertrag sowie der Zusatzvertrag 2008 – 2012, die beide im Jahr 2008 erstellt worden sind und somit unbestrittenermassen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, verweisen beide auf den Rahmenvertrag als Vertragsgrundlage und –basis. Der Zusatzvertrag 2008 – 2012 hält zudem einleitend fest, der Rahmenvertrag werde verlängert und mit diesem Zusatzvertrag ergänzt, und die Bestimmungen des Rahmenvertrages würden unverändert ihre Gültigkeit

<sup>4</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, Rz 8.

<sup>5</sup> Urteil des BVerfG A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 3; Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 2.2.4.

<sup>6</sup> SIMONE FÜZESSÉRY MINELLI, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 23, Rz 11 f.



behalten, sofern sie in diesem Vertragsdokument nicht neu oder ergänzend geregelt würden. Damit wird der Rahmenvertrag von 2001 nachträglich geändert bzw. aktualisiert und in den Zusatzvertrag von 2008 eingebunden. Dadurch entstand im Jahr 2008 ein neues amtliches Dokument, welches trotz seiner ursprünglichen Erstellung im Jahr 2001 in den zeitlichen Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt.<sup>7</sup> Dies gilt umso mehr, als dass der Rahmenvertrag, der Zusatzvertrag 2008 – 2012 und der Monitoringvertrag eine Einheit bilden und gesamthaft den „Leistungsauftrag“ mit der EnAW darstellen.<sup>8</sup>

24. *Der Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001 unterliegt als Bestandteil des Zusatzvertrages 2008 – 2012 und als Basis für den Monitoringvertrag ebenfalls dem Öffentlichkeitsgesetz. Die nachfolgenden Erwägungen betreffend Zugang gelten demnach genauso für diesen Rahmenvertrag.*
25. Zur Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf den Zusatzvertrag 2004 – 2007 (Vorgänger des Zusatzvertrages 2008 – 2012) hat sich das BFE nicht geäußert. Unterzeichnungsdatum und damit Erstellungszeitpunkt des Vertrages ist der 15. März 2004. Zudem ergänzt er weder den späteren Zusatzvertrag 2008 – 2012 noch wird in diesem auf den vorherigen Zusatzvertrag verwiesen. Der Zusatzvertrag 2004 – 2007 erfährt somit keine spätere Aktualisierung unter der Geltung des Öffentlichkeitsgesetzes. Damit fällt das Dokument nach Art. 23 BGÖ nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.
26. *Der Zusatzvertrag 2004 – 2007 vom 15. März 2004 fällt nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes und ist demnach nicht Gegenstand dieser Empfehlung.*
27. Art. 6 Abs. 1 BGÖ begründet eine Vermutung auf freien Zugang zu allen Informationen in amtlichen Dokumenten, unter Vorbehalt der in den Art. 7–9 BGÖ bezeichneten Fälle. Dieser Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungsprinzip zum Öffentlichkeitsprinzip, der mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes eingeführt wurde, bringt auch eine Beweislastumkehr mit sich. Demnach trägt die Behörde die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Gelingt es ihr nicht, diesen Beweis zu erbringen, so ist grundsätzlich zugunsten des Zugangs zu entscheiden.<sup>9</sup> Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts kann der Zugang zu einem amtlichen Dokument nur verweigert werden, wenn die Behörde beweist, dass eine Ausnahmebestimmung des Öffentlichkeitsgesetzes zum Tragen kommt.<sup>10</sup>
28. Die EnAW beruft sich bezüglich den vorliegenden Vertragsdokumenten auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Diese Bestimmung ist nicht auf alle Geschäftsinformationen anwendbar, über die die Verwaltung verfügt, sondern nur auf wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird.<sup>11</sup> Damit eine Unternehmensinformation ein schützenswertes Geheimnis darstellt, müssen kumulativ folgende vier Voraussetzungen

<sup>7</sup> BSK BGÖ, RETO STEIGER, Art. 23 N 10 f.

<sup>8</sup> Vgl. [EDÖB Empfehlung vom 19. Mai 2014: BFM / Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte](#), Ziff. II. B. 30.

<sup>9</sup> [EDÖB Empfehlung vom 28. Februar 2014: ENSI / Emissionsdaten Mühleberg und Leibstadt sowie ANPA-Betriebsreglement des ENSI](#), Ziff. II. B. 34; [EDÖB Empfehlung vom 28. Januar 2013: armasuisse / Dokumente im Zusammenhang mit einem geplanten Grundstücksverkauf](#), Ziff. II. B. 15.

<sup>10</sup> Urteil des BVGer A-3269/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 3.1.

<sup>11</sup> BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, Rz 41.



vorliegen: Es besteht eine Beziehung der Information zum Unternehmen, die Information ist relativ unbekannt, der Geheimnisherr hat einen Geheimhaltungswillen (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und es liegt ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vor (objektives Geheimhaltungsinteresse).<sup>12</sup> Allgemein hängt die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 BGÖ einerseits davon ab, dass die Beeinträchtigung im Fall einer Offenlegung von einer gewissen Erheblichkeit sein muss, und andererseits, dass ein ernsthaftes Risiko bezüglich des Eintritts besteht, mithin der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge und mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt und nicht bloss denk- bzw. vorstellbar ist. Im Zweifelsfall ist es angebracht, sich für den Zugang zu entscheiden.<sup>13</sup>

29. In ihrer ersten Stellungnahme qualifizierte die EnAW die Verträge gesamthaft als Geschäftsgeheimnis und demnach nicht zugänglich (vgl. Ziff. 3), da die Dokumente beispielsweise Kalkulationsgrundlagen, Leistungsziele, Absatzmöglichkeiten, relevante Finanzzahlen und technische Umsetzungsdetails enthalten würden. Erst als das BFE diese Position als unhaltbar und im Hinblick auf Praxis und Rechtsprechung als unzulässig bezeichnete, reichte die EnAW eine differenziertere Stellungnahme ein (vgl. Ziff. 4 und 5). Sie deklarierte im Zusatzvertrag 2008 – 2012 sowie im Monitoringvertrag zahlreiche Abschnitte und teilweise ganze Seiten als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Bei den von ihr geschwärzten Stellen handelt es sich in erster Linie um vereinbarte Aufgaben, Pflichten und Leistungsziele der EnAW sowie um die Höhe der finanziellen Abgeltungen durch den Bund. Zusammenfassend begründet die EnAW das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen damit, dass die abgedeckten Aufgaben, Pflichten und Ziele konkret auf den Umfang ihrer Geschäftstätigkeit hinweisen und damit Rückschlüsse auf die finanzielle Seite der vertraglichen Zusammenarbeit mit dem BFE erlauben würden. Es handle sich somit um typische Beispiele für Geschäftsgeheimnisse, welche für die Konkurrenz wissenswert seien und Einfluss auf den Wettbewerb hätten.
30. Grundsätzlich ist es empfehlenswert, dass die Behörde im Rahmen eines Zugangsverfahrens mit dem betroffenen Unternehmen in Kontakt tritt und dieses auffordert, in den nachgefragten Dokumenten die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Die Behörde darf sich aber anschliessend nicht auf die Angaben des Unternehmens verlassen, sondern muss vielmehr eigenständig feststellen, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Analog der Stellungnahme nach Art. 11 Abs. 2 BGÖ muss sie dem angehörten Unternehmen ihre eigene Einschätzung zu den vom Unternehmen bezeichneten Geschäftsgeheimnissen darlegen. Es kann daher durchaus sein, dass diese sich von jener des angehörten Unternehmens unterscheidet. Daraus ergibt sich, dass sich die Behörde weder in ihren Stellungnahmen an die am Gesuchverfahren Beteiligten noch in jener an den Beauftragten darauf beschränken darf, bloss auf die Stellungnahme des angehörten Unternehmens zu verweisen.<sup>14</sup>
31. Im Anschluss an die Anhörung der EnAW hat das BFE gegenüber den verschiedenen Beteiligten unterschiedliche Positionen vertreten. Obwohl das BFE die von der EnAW vorgenommenen Schwärzungen teilweise als nicht nachvollziehbar bezeichnete, hat es gegenüber dem Zugangsgesuchsteller dennoch vollumfänglich die Position der EnAW vertreten (vgl. Ziff. 8). Gleichwohl soll das BFE der EnAW anlässlich der gemeinsamen Besprechung

<sup>12</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 5.2.1 S. 29.

<sup>13</sup> Urteil des BVer A-5489/2012 vom 8. Oktober 2013 E. 6.1; BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, Rz 4.

<sup>14</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 5.2.1 S. 30.





mitgeteilt haben, dass es die eingeschränkte Zugangsgewährung gegenüber dem Beauftragten *nicht* stützen werde (vgl. Ziff. 12). Demgemäss hat sich das BFE im Schlichtungsverfahren gegenüber dem Beauftragten dahingehend geäussert, dass es die geforderten Schwärzungen lediglich akzeptiert hätte, weil bereits viel Zeit verstrichen sei und eine Einigung ohnehin kaum möglich gewesen wäre. Ansonsten wäre es nicht von seiner ursprünglichen Haltung abgewichen und hätte die Einsicht möglichst umfassend gewährt (vgl. Ziff. 11 f.).

32. Das BFE hat zwar durchaus eine eigenständige Einschätzung bezüglich der von der EnAW abgedeckten Stellen vorgenommen, indem es die vorgeschlagenen Schwärzungen teils als nicht nachvollziehbar bezeichnet hat. Schlussendlich hat es diese Haltung jedoch der angehörten EnAW gegenüber nicht vertreten und sich darauf beschränkt, in seinen Stellungnahmen an die EnAW, an den Zugangsgesuchsteller und zunächst auch an den Beauftragten auf die Position von ersterer zu verweisen. Das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ hat das BFE mit diesem teils widersprüchlichen Vorgehen gerade nicht bewiesen. Indem es den Zugang eigentlich möglichst umfassend gewähren möchte, sagt es im Gegenteil sogar implizit aus, dass in den Verträgen seiner Meinung nach wenige bis keine Geschäftsgeheimnisse vorhanden sind.
33. *Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Vermutung des freien Zugangs durch das BFE nicht widerlegt wurde, weshalb es grundsätzlich angebracht ist, den Zugang zu den Vertragsdokumenten zu gewähren.*
34. Selbst die Berücksichtigung der von der EnAW vorgebrachten Argumente führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Die umfangreich vorgenommenen Schwärzungen von ganzen Absätzen und Seiten sind bereits mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, wonach bei einer Beschränkungen des Zugangs stets die am wenigsten einschneidende Massnahme zu treffen ist, abzulehnen.<sup>15</sup> Zudem kann es im Hinblick auf Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes nicht angehen, den Zugang zu wichtigen Inhalten von Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und Privaten mit blossem Verweis auf vorhandene Geschäftsgeheimnisse zu verweigern. Insbesondere der Vertragsgegenstand (vereinbarte Leistungen, Aufgaben und Pflichten) und die finanziellen Bedingungen (so etwa das Kostendach und die jährliche Aufteilung über die Vertragsdauer) stellen nach Ansicht des Beauftragten keine Geschäftsgeheimnisse dar. Bezüglich dieser Vertragsinhalte ist eine öffentliche Kontrolle notwendig, da eine Marktverzerrung gerade auch daraus resultieren könnte, wenn gewisse Unternehmen vom Bund unberechtigterweise privilegiert bzw. benachteiligt werden. Auch im Hinblick auf die angestrebten Ziele im öffentlichen Beschaffungswesen (transparentes Vergabeverfahren, Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Anbietern, wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung der Anbieter<sup>16</sup>) können der konkrete Leistungsauftrag und die dafür gewährte finanzielle Abgeltung des Bundes nach Ansicht des Beauftragten nicht generell unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ fallen.<sup>17</sup>
35. Der Beauftragte zieht noch aus weiteren Gründen in Zweifel, dass die von der EnAW bezeichneten Informationen tatsächlich Geschäftsgeheimnisse im Sinne dieser Ausnahmebestimmung darstellen. Auszüge von den vereinbarten Leistungszielen der EnAW sowie Teile der aufgrund dieser Vereinbarung geleisteten finanziellen Abgeltungen des Bundes

<sup>15</sup> [EDÖB Empfehlung vom 27. Februar 2014: EPFL / Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Verträge mit Nestlé](#), Ziff. II. B. 27.

<sup>16</sup> Art. 1 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1).

<sup>17</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch [EDÖB Empfehlung vom 23. Dezember 2013: BBL / Dokumente zur Auswertung bzw. Statistik des Beschaffungscontrollings 2011 für alle Departemente und die Bundeskanzlei](#), Ziff. II. B. 23 ff.; Bundesamt für Justiz, Gutachten über die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate, 5. Juli 2012, S. 14 f. (VPB 2013.2, S. 9 ff.).



sind bereits in den jeweiligen Jahresberichten der EnAW und Energie-Schweiz bzw. BFE<sup>18</sup> veröffentlicht und stellen somit keine Geschäftsgeheimnisse dar. Zudem ist der Beauftragte der Ansicht, dass es sich bei der im Monitoringvertrag aufgeführten Zusammenstellung der mutmasslichen Betriebskosten nicht, wie von der EnAW geltend gemacht, um eigentliche Preiskalkulationen handelt, sondern lediglich um eine zusammenfassende Auflistung der jährlich „erwarteten Kosten“ pro Aufgabenbereich, weshalb auch diese Information nicht unter das Geschäftsgeheimnis fällt. Abgesehen von einem allgemeinen Hinweis auf Wettbewerbsverzerrungen infolge Kenntnisaufnahme von Geschäftsinformationen durch die Konkurrenz, hat die EnAW nicht ausführlicher dargelegt, welche konkreten Beeinträchtigungen sie durch die Veröffentlichung der Verträge zu erwarten hätte.

36. *Im Ergebnis steht die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ dem Zugang zu den Leistungsvereinbarungen nicht entgegen.*
37. Die vom Antragsteller verlangten Vertragsdokumente enthalten Personendaten der EnAW, weshalb die Frage der Zugänglichkeit auch anhand der Vorgaben von Art. 9 BGÖ zu beurteilen ist.
38. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Nach Abs. 2 sind Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) zu beurteilen.
39. Eine Anonymisierung der Personendaten der EnAW gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ kommt vorliegend nicht in Betracht, da sich das Zugangsgesuch ausdrücklich auf sie betreffende Dokumente bezieht. Aus diesem Grund beurteilt sich die Frage des Zugangs zu den Verträgen nach den Vorschriften von Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSG.
40. Nach Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG können Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und wenn an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Art. 6 Abs. 2 VBGÖ zeigt beispielhaft einige Kriterien auf, wann das öffentliche Interesse am Zugang das private Interesse an der Geheimhaltung überwiegen kann.
41. Der erforderliche Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ergibt sich bereits aus der Definition des Begriffs „amtliches Dokument“ gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ.<sup>19</sup> Das als zweite Voraussetzung erforderliche überwiegende öffentliche Interesse am Zugang kann namentlich dann vorliegen, wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ).
42. Vorliegend kann ohne weiteres von einer rechtlichen Sonderbeziehung zwischen der EnAW und dem BFE im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden. Für die ihr vertraglich übertragenen Gesetzesvollzugsaufgaben erhält die EnAW finanzielle Abgeltungen aus öffentlichen Geldern. Im Gegenzug haben es die Betroffenen eher hinzunehmen, dass Informationen über diese Beziehung öffentlich gemacht werden.<sup>20</sup> Generell kann bei

<sup>18</sup> Siehe z.B. Jahresbericht 2008 EnergieSchweiz „Marktbereich Industrie und Dienstleistungen“, S. 5 ff.: [http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de\\_66656867.pdf](http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de_66656867.pdf) (zuletzt besucht am 5. September 2014); Jahresbericht 2010 der Energie-Agentur der Wirtschaft, S. 7–9 (vgl. Fussnote 1).

<sup>19</sup> Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 7.1.1.

<sup>20</sup> Vgl. Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 3.5.





vertraglichen Beziehungen zwischen Behörden und Privaten die Gefahr von Ungleichbehandlungen gegenüber Dritten bestehen, womit ein dementsprechend grosses öffentliches Interesse an Transparenz besteht.<sup>21</sup> Mangelnde Verwaltungsöffentlichkeit fördert denn auch Spekulationen darüber, ob die Verwaltung einzelne ungerechtfertigt benachteiligt oder privilegiert.<sup>22</sup> In diesem Sinne besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse am Zugang zu Informationen über diese vertragliche Verbindung.

43. Dagegen sind die Interessen der EnAW am Schutz dieser Personendaten primär finanzieller Natur, da sie als Folge einer allfälligen Kenntnisnahme der Vertragsinhalte durch Konkurrenten insbesondere eine Wettbewerbsverzerrung befürchtet. Dem ist entgegenzuhalten, dass vergleichbare Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und direkten Konkurrenten der EnAW aufgrund der hier vorgebrachten Erwägungen genau so öffentlich zugänglich wären, was allenfalls auch der EnAW Vorteile bringen könnte. Schliesslich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass geringfügige Beeinträchtigungen, welche allenfalls aus der Bekanntgabe des Vertragsinhaltes resultieren könnten, als Gegenstück zum privilegierten Einbezug ins Verwaltungshandeln in Kauf zu nehmen sind.<sup>23</sup>
44. *Im Ergebnis geht der Beauftragte von einem überwiegenden öffentlichen Interesse gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG am Zugang zu den Leistungsvereinbarungen des Bundes mit der EnAW aus.*
45. Die in den verlangten Dokumenten vorhandenen Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung sind gemäss der ständigen Praxis des Beauftragten nicht zu anonymisieren, da durch deren Zugänglichmachung für die betroffenen Personen keine konkreten Nachteile zu erwarten sind.<sup>24</sup>
46. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das BFE gewährt den vollständigen Zugang zu den vorliegend beurteilten Verträgen (inkl. dem Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001) zwischen dem Bund und der EnAW.*

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

47. Das Bundesamt für Energie gewährt den Zugang zum Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001, zum Zusatz zum Rahmenvertrag vom 2. Juli 2001 für die Periode 2008 – 2012 vom 18. Mai 2008 (inkl. Anhänge) sowie zum Vertrag über Betrieb und Unterhalt Monitoringsystem EnAW 2008 – 2012 vom 18. Juli 2008 (inkl. Anhänge).
48. Das Bundesamt für Energie erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 47 den Zugang nicht gewähren will.
49. Das Bundesamt für Energie erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

<sup>21</sup> STEPHAN C. BRUNNER, Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Selbstbestimmung und Recht, FS für Rainer J. Schweizer, Zürich 2003, S. 52.

<sup>22</sup> [EDÖB Empfehlung vom 4. August 2014: BAFU / CO2-Kompensationsvertrag mit Kraftwerksbetreiberin](#), Ziff. II. B. 20.

<sup>23</sup> STEPHAN C. BRUNNER, a.a.O., S. 51.

<sup>24</sup> [EDÖB Empfehlung vom 16. August 2012: BSV / Sitzungsprotokolle AHV/IV-Kommission](#), Ziff. II. B. 30; Urteil des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 7.



50. Der Antragsteller und die EnAW können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Energie den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
51. Gegen die Verfügung können der Antragsteller und die EnAW beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
52. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
53. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - X
  - Bundesamt für Energie  
3003 Bern
  - Energie-Agentur der Wirtschaft  
Hegibachstrasse 47  
Postfach  
8032 Zürich

Hanspeter Thür