



Bern, 9. Dezember 2021

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragsteller nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ)**

und

Staatssekretariat für Migration SEM

und

A. __

B. __

(betroffene Drittpersonen)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 26. Juli 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Staatssekretariat für Migration SEM um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
 - "Eine Auflistung aller verfügbaren Dokumente[,] die im Zusammenhang stehen mit de[n] Leistungsvereinbarungen zwischen [A. __] [...] und dem SEM resp. EJPD zur Erbringung von Betreuungsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes in allen Asylregionen."
 - "Eine Auflistung aller verfügbaren Dokumente[,] die im Zusammenhang stehen mit de[n] Leistungsvereinbarungen zwischen [B. __] [...] und dem SEM resp. EJPD zur Erbringung von Betreuungsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes in allen Asylregionen."
2. Am 5. August 2021 hat das SEM dem Antragsteller die verlangten Übersichten über die vorhandenen Dokumente zukommen lassen.
3. Am 20. August 2021 hat der Antragsteller gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz beim SEM um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: "Aus der Übersicht würde ich gerne Einsicht in alle Dokumente unter «Rahmenverträge» sowie unter «Objektverträge» erhalten, sowie unter «Dossier Beschaffungsverfahren: Betreuungsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes» Einsicht in die folgenden Punkte: «Dossier: 02. Anträge Bcb (022.72-56/3)», «Dossier: 07. Evaluation (022.72-56/8)» sowie «Dossier: 10. Debriefings (022.72-56/11)»"
4. Am 21. September 2021 nahm das SEM zum Zugangsgesuch Stellung und gewährte den Zugang zu den Dokumenten gemäss «Dossier: 02. Anträge Bcb (022.72-56/3)». Weiter gewährte das SEM einen Teilzugang zur Rahmenvereinbarung für die Region R. __ samt



Beilage und zum Objektvertrag für das Bundesasylzentrum BAZ R. ___ mit der B. ___ sowie eine dazugehörige Kostenübersicht unter Schwärzung der firmenspezifischen Kennzahlen (namentlich der Stundenansätze) gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und verwies diesbezüglich auf den Schutz des Geschäftsgeheimnisses. Da alle weiteren vorhandenen Rahmenvereinbarungen resp. Objektverträge, abgesehen vom Objekt und den Stundenansätzen (welche aber immer einzuschwärzen wären), identisch seien, habe das SEM darauf verzichtet, sämtliche Dokumente einzuschwärzen und zugänglich zu machen. Wie viele Verträge zu welchen Objekten abgeschlossen wurden, sei der bereits zugänglich gemachten Übersicht zu entnehmen. In Bezug auf die Dokumente betreffend *Dossier 07. Evaluation* sowie *Dossier 10. Debriefings* verweigerte das SEM den Zugang vollständig und verwies dafür auf das Vertraulichkeitsgebot gemäss Art. 11 Bst. e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) resp. auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ.

5. Am 11. Oktober 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin verlangte der Antragsteller die Offenlegung der in den Vertragsdokumenten vorgenommenen Schwärzungen, Zugang zu sämtlichen bisher noch nicht zugänglich gemachten Rahmenvereinbarungen und Objektverträgen (inkl. der jeweiligen Beilagen) sowie Einsicht in die Dokumente der Dossiers 7 *Evaluation* und 10 *Debriefings*. Der Antragsteller fügte konkretisierend an, dass sich der Schlichtungsantrag "[...] nur auf die Dokumente bezüglich [B. ___] sowie [A. ___] [...]" bezieht.
6. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das SEM dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
7. Am 22. Oktober 2021 reichte das SEM die betroffenen Dokumente ein. Auf eine ergänzende Stellungnahme verzichtete das SEM.
8. Am 11. November 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten. Im Nachgang an die Schlichtungssitzung stellte das SEM dem Antragsteller sämtliche bisher noch nicht zugestellten Rahmen- und Objektverträge inkl. Anhänge gemäss Auflistung mit den auch bei den bereits zugänglich gemachten Verträgen vorgenommenen Schwärzungen (firmenspezifische Kennzahlen, namentlich Stundenansätze) zu.
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des SEM 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

10. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SEM 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).



11. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ 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

12. 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.²
13. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist die Zugänglichkeit der mit dem Zugangsgesuch vom 20. August 2021 verlangten Dokumente, soweit diese resp. Teile davon nicht bereits zugänglich gemacht wurden und von den im Schlichtungsantrag aufrechterhaltenen Begehren miterfasst werden.
14. Die im Schlichtungsantrag vom 11. Oktober 2021 formulierten Begehren betreffen zum einen den Zugang zu Rahmen- resp. Objektverträgen inkl. deren Anhänge. Diesbezüglich hat das SEM unter Schwärzung firmenspezifischer Kennzahlen (namentlich der Stundenansätze) einen Teilzugang gewährt; streitig ist lediglich die Offenlegung der durch das SEM vorgenommenen Schwärzungen. Zum andern verlangt der Antragsteller im Schlichtungsantrag Zugang zu den Dokumenten der Dossiers Evaluation und Debriefings, soweit sie die A. __ oder die B. __ betreffen, welcher vom SEM vollständig verweigert wird. Zu beurteilen ist diesbezüglich demnach die vollständige Zugangsverweigerung zu den angeforderten Dokumenten. Infolgedessen erscheint im Hinblick auf die Beurteilung der Begehren die Bildung von Dokumenten-Kategorien angezeigt. Kategorie 1 umfasst sämtliche Begehren, die auf die Offenlegung der in den Vertragsdokumenten und deren Anhängen vorgenommenen Schwärzungen gerichtet sind. In Kategorie 2 fallen demgegenüber sämtliche Begehren, die auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Dossiers Evaluation und Debriefings gerichtet sind, soweit sie die A. __ oder die B. __ betreffen.
15. Das SEM führt in seiner Stellungnahme an den Antragsteller betreffend die Dokumente der zweiten Kategorie Folgendes aus: "Der Evaluationsbericht sowie die Anträge dazu im Dossier «Evaluation» und die Unterlagen zu den durchgeführten Debriefings im Dossier «Debriefings» beinhalten die Angebote der Anbieter resp. sind eine zusammenfassende Darstellung und detaillierte Beurteilung derselben. Ein Zugang zu diesen Dokumenten wird aufgrund des Vertraulichkeitsgebots gemäss Art. 11 Bst. e BöB nicht gewährt." Damit macht das SEM nach Ansicht des Beauftragten sinngemäss geltend, dass Art. 11 Bst. e BöB eine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellt und folglich die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind.
16. Gemäss Art. 4 BGÖ sind Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), was zur Folge hat, dass die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



Informationen nicht anwendbar sind.³ Demnach ist zunächst zu prüfen, ob die Zugänglichkeit der Dokumente der zweiten Kategorie aufgrund einer einschlägigen beschaffungsrechtlichen Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ nach den Vorgaben des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zu beurteilen ist.

17. Die verlangten Dokumente der zweiten Kategorie betreffen ein Vergabeverfahren, deren Ausschreibung am 8. Mai 2019⁴ resp. die im entsprechenden Vergabeverfahren erteilten Zuschläge am 11. September 2019⁵ auf der durch den Verein simap.ch elektronisch geführten Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (www.simap.ch) publiziert wurden. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1) trat am 1. Januar 2021 in Kraft.⁶ Nach Ansicht des Beauftragten sind für das erwähnte Vergabeverfahren somit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBöB) sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (aVöB) anwendbar; dementsprechend ist für das erwähnte Vergabeverfahren die vergaberechtliche Vertraulichkeit die altrechtliche Regelung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB zu beachten und – entgegen der Vorbringen des SEM – nicht die Bestimmung von Art. 11 Bst. e BöB.
18. Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unter anderem der Grundsatz zu beachten, dass der vertrauliche Charakter sämtlicher vom Anbieter oder der Anbieterin gemachten Angaben gewahrt bleibt. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Artikel 23 Absätze 2 und 3 zu erteilenden Auskünfte. Die oft als allgemeine Vertraulichkeitsbestimmung des öffentlichen Vergaberechts bezeichnete Gesetzesbestimmung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB gilt unter Vorbehalt spezieller Ausnahmegründe – welche vom SEM vorliegend nicht geltend gemacht werden – nur während des laufenden Vergabeverfahrens.⁷ Dadurch sollen mögliche Verzerrungen bis zum Vergabeentscheid verhindert werden.⁸ Dementsprechend stellt diese Bestimmung, jedenfalls über das Vergabeverfahren hinaus, keine vorbehaltene Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ dar. Die verlangten Dokumente der zweiten Kategorie betreffen ein abgeschlossenes Vergabeverfahren, weswegen die Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB vorliegend nicht Anwendung findet. Folglich ist die Zugänglichkeit der Dokumente der zweiten Kategorie nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen.
19. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁹ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über deren Inhalt zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die

³ Vgl. Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 7.2.

⁴ www.simap.ch, Meldungsnummer 1074765, Projektnummer und -titel der Beschaffung: (19064) 420 Betreuungsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes (zuletzt abgerufen am 29. November 2021).

⁵ Vgl. für die Publikationen in deutscher Sprache: Projekttitel der Beschaffung: (19064) 420 Betreuungsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes, Meldungsnummern 1091863 (Los-Nr. 1), 1091873 (Los-Nr. 2), 1091877 (Los-Nr. 3), 1091899 (Los-Nr. 4), 1091907 (Los-Nr. 5) und 1091913 (Los-Nr. 6), abrufbar unter www.simap.ch (zuletzt abgerufen am 29. November 2021).

⁶ Bundesratsbeschluss vom 12. Februar 2020.

⁷ Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.2 m.H.

⁸ VPB 2013 Nr. 2 S. 15 f.; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 304, Rz. 693; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, S. 251, Rz. 393.

⁹ BGE 142 II 340 E. 2.2.



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. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁰

20. Zunächst ist insbesondere die vom Antragsteller im Schlichtungsantrag ausdrücklich ausgeführte einschränkende Konkretisierung zu beachten, wonach sich der Schlichtungsantrag nur auf die Dokumente bezüglich A. ___ sowie B. ___ bezieht. Nach Einsichtnahme in die vom SEM identifizierten, zum Dossier *Debriefings* gehörenden Dokumente kann der Beauftragte keinen Zusammenhang zwischen diesen Dokumenten und A. ___ resp. B. ___ erkennen. Folglich existieren beim SEM im Dossier *Debriefings*, soweit ersichtlich, keine amtlichen Dokumente, die vom Schlichtungsantrag umfasst werden. Daher empfiehlt der Beauftragte dem SEM, mangels Existenz von dem Schlichtungsantrag entsprechenden amtlichen Dokumenten in Bezug auf Dossier 10 *Debriefings* an der Zugangsverweigerung festzuhalten. Demzufolge sind bezüglich Dokumente der zweiten Kategorie nur noch die vom Schlichtungsantrag miterfassten amtlichen Dokumente im Dossier 7 *Evaluation* zu beurteilen.
21. Das SEM beruft sich in den Stellungnahmen an den Antragsteller, soweit es den Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigert, auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Es führt hinsichtlich der Dokumente der ersten Kategorie aus, dass "[...] einzig firmenspezifische Kennzahlen (namentlich Stundenansätze) gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz des Geschäftsgeheimnisses) eingeschwärzt [sind]." Aufgrund der vom SEM in den Dokumenten der ersten Kategorie vorgenommenen Schwärzungen der Arbeitsstundenansätze und der damit direkt oder indirekt zusammenhängenden Frankenbeträge sowie der Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat geht der Beauftragte davon aus, dass das SEM diese spezifischen Angaben unter die "firmenspezifischen Kennzahlen" subsumiert. In Bezug auf Dokumente der zweiten Kategorie weist das SEM darauf hin, dass der Evaluationsbericht selbst vertrauliche Geschäftsdaten enthalte. Konkretisierende Angaben, für welche Inhalte der Dokumente der zweiten Kategorie dies gilt, werden vom SEM weder im Zugangsgesuchs- noch im Schlichtungsverfahren vorgebracht.
22. 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).¹¹
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

¹⁰ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

¹¹ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3.



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.¹² 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.¹³ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.¹⁴

24. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.¹⁵ Gemäss ständiger Rechtsprechung genügt ein pauschaler Verweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht, vielmehr haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.¹⁶ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁷ Dabei ist auch das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.¹⁸
25. Die erste Kategorie der Dokumente beinhaltet gemäss Auflistung des SEM sieben Rahmenverträge resp. -vereinbarungen sowie jeweils einen dazugehörigen Vertragszusatz. Art. 18 der Rahmenvereinbarungen (resp. gegebenenfalls ergänzt mit Art. 18 des Vertragszusatzes) regelt jeweils die vom SEM zu entschädigenden Arbeitsstundenansätze nach effektivem Aufwand. Das SEM erblickte in den konkreten Frankenbeträgen Geschäftsgeheimnisse, weswegen es sämtliche Arbeitsstundenansätze schwärzte. Weiter umfasst die erste Kategorie 21 Objektverträge inkl. Anhang, in welchem in tabellarischer Übersicht Leistungen und Kosten aufgeführt sind. Dieser Übersicht sind die jeweiligen Arbeitsstundenansätze, die Anzahl 100%-FTE¹⁹, die Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat sowie die Kosten pro Monat für sämtliche Funktionen und für die drei unterschiedlichen Belegungsstufen der Bundesasylzentren zu entnehmen. Dabei wurden die Arbeitsstundenansätze, die Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat sowie die Kosten pro Monat als Geschäftsgeheimnisse qualifiziert und eingeschwärzt. In Bezug auf die amtlichen Dokumente der ersten Kategorie ist folglich zu beurteilen, ob die Arbeitsstundenansätze und die damit direkt oder indirekt zusammenhängenden Frankenbeträge sowie die Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat als Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes zu qualifizieren sind.

¹² Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVerger A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

¹³ Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

¹⁴ SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff.

¹⁵ Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.3.2.

¹⁶ Urteil des BVerger A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

¹⁷ Urteil des BVerger A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

¹⁸ Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

¹⁹ Der Full Time Equivalent (FTE) oder auch Vollzeitäquivalent (VZÄ) ist die Anzahl der rechnerischen Vollzeitstellen.



26. Das SEM spricht sich in seiner Stellungnahme an den Antragsteller gegen die Offenlegung der erwähnten Angaben aus. Unbestritten ist vorliegend, dass die vom Antragsteller verlangten Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Darüber hinaus ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das subjektive und objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist.
27. Die Arbeitsstundenansätze, die Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat sowie die Kosten pro Monat stellen zwischen dem SEM und der A. __ resp. der B. __ vereinbarte Preise für die Erbringung einer konkret festgelegten und im Rahmen der Ausschreibung bekannt gemachten Leistung dar. Der Preis als Resultat der Preiskalkulation – welche nach der Rechtsprechung in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse aufweist²⁰ – ist von der Kalkulation an sich zu unterscheiden und stellt eine andere Information dar²¹. Bei den vorliegend zu beurteilenden Stundenansätzen handelt es sich nicht um Angaben, die eine Preiskalkulation darstellen, sondern um das Ergebnis der vorgenommenen Kalkulation. Vorliegend hat das SEM nicht dargelegt und für den Beauftragten ist auch nicht zu erkennen, inwiefern Kenntnisse über Stundenansätze, welche sich das SEM zu bezahlen bereit erklärt hat, Rückschlüsse auf die Preiskalkulation, die allgemeine Preispolitik oder die Gewinnspanne erlauben.
28. Ob im konkreten Einzelfall die Preise für eine zu erbringende Dienstleistung – solange keine Rückschlüsse auf die Preiskalkulation möglich sind – für sich allein betrachtet als Geschäftsgeheimnisse gelten können, ist zumindest fraglich. Ein Hinweis, wonach ein Preis isoliert betrachtet kein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ darstellt, findet sich im vorliegend einschlägigen öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes, welches verlangt, dass die Auftraggeberin spätestens 30 Tage nach Erteilung des Zuschlags grundsätzlich den Preis des berücksichtigten Angebots zu publizieren hat (vgl. Art. 28 Bst. f aVöB). Bei einer Qualifizierung des Preises als Geschäftsgeheimnis würde dies bedeuten, "[...] dass das öffentliche Beschaffungsrecht des Bundes eine Publikation von Geschäftsgeheimnissen vorsehen würde. Ein derartiger Widerspruch zwischen dem öffentlichen Beschaffungsrecht und dem Öffentlichkeitsprinzip ist nicht gewollt."²² Ausserdem hat das Bundesgericht festgehalten, das "Geschäftsgeheimnis [...] grundsätzlich nur sein [kann], wie ein Anbieter seine Leistung entwickelt, produziert, den Preis kalkuliert etc. [...]. Nur solche Informationen können der Konkurrenz allenfalls einen Wettbewerbsvorteil verschaffen."²³
29. Der Beauftragte hat sich bereits mehrmals zur Frage der Zugänglichkeit von Preisen im Sinne von Abgeltungszahlen, Stundenansätzen und Gesamtsummen nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes geäußert. Abhängig vom Vorliegen einer hinreichenden Begründung im konkreten Fall erachtete der Beauftragte deren Qualifizierung als Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als genügend substantiiert²⁴ oder nicht²⁵. Letztendlich können für die Beurteilung dieser Frage auch im vorliegenden Fall nur die von der

²⁰ BGE 142 II 340 E. 5.2.4.

²¹ TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnisse nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in sui-generis 2019, S. 214 ff., S. 222, Rz. 24.

²² TSCHERRIG, a.a.O., S. 224, Rz 29.

²³ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 5.5.

²⁴ Vgl. Empfehlung EDÖB vom 7. Juli 2015: BFM [Bundesamt für Migration, Vorgängerbehörde des SEM] / Rahmenvertrag und Objektverträge Betreuungs- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte, in welcher primär auf die Empfehlung EDÖB vom 19. Mai 2014: BFM / Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte verwiesen wird. Dabei muss beachtet werden, dass die Einschätzung der Behörde, wonach durch die Offenlegung insb. der einzelnen Beträge der Spezial-Preistabelle für Sicherheitsdienstleistungen Rückschlüsse auf die Preiskalkulation der angehörten Dritten möglich seien, im konkreten Fall als hinreichend begründet beurteilt wurde.

²⁵ Vgl. Empfehlung EDÖB vom 7. Mai 2020: Lib4RI und ETH Zürich / Vertrag mit Verlag – Beiträge 2019 und 2020; Empfehlung EDÖB vom 25. Juli 2016: armasuisse / Dienstleistungsverträge; Empfehlung EDÖB vom 28. Januar 2015: BFM / Vertrag und weitere Dokumente betreffend Rückführungen; Empfehlung EDÖB vom 8. Oktober 2013: BFM / Objektverträge Verfahrenszentren Asylwesen.



Rechtsprechung dafür entwickelten Kriterien (vgl. Ziffer 22-24) und die Tatsache, ob deren Vorliegen hinreichend begründet ist, massgebend sein.

30. Das SEM hat im Rahmen der Schlichtungssitzung geltend gemacht, dass die Offenlegung der Preise dazu führen würde, dass die A. __ und die B. __ von mit ihnen konkurrierenden Marktteilnehmenden in zukünftigen Ausschreibungen unterboten werden könnten, worin ein drohender wirtschaftlicher Schaden zu erblicken sei. Dem muss entgegengehalten werden, dass die Preisspanne der eingegangenen Angebote für sämtliche Funktionen auf www.simap.ch publiziert wurden und entsprechend das jeweils günstigste Angebot öffentlich bekannt ist. Ein Unterbieten der offerierten Preise sämtlicher Anbieterinnen in einer zukünftigen Ausschreibung wäre demnach in jedem Fall und unabhängig von der Bekanntgabe der strittigen Informationen möglich. Hinzu kommt, dass die Preise und Kosten für den Zuschlagsentscheid gemäss publizierter Ausschreibung lediglich mit 30% gewichtet werden. Damit ist im Ergebnis nicht näher dargetan, aus welchen Gründen die Bekanntgabe der Preise dazu führen würde, dass die A. __ und die B. __ in zukünftigen Ausschreibungen unterboten werden könnten, und zwar in einer Art, die aufgrund der bereits bekannten Informationen nicht ohnehin möglich ist. Ansonsten beschränkt sich das SEM auf den allgemeinen Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und zeigt nicht konkret auf, inwiefern sich die Offenlegung der Preise negativ auf das Geschäftsergebnis und damit auf die Wettbewerbsfähigkeit der A. __ oder der B. __ auswirken könnte resp. wie konkurrierenden Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil erwachsen könnte, wenn diese vertraglich festgelegten Preise zugänglich gemacht würden.
31. Zwischenfazit: Das SEM hat bis anhin weder in seiner Stellungnahme an den Antragsteller noch im Rahmen der Schlichtungssitzung mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der Arbeitsstundenansätze, der Anzahl Leistungs-Stunden pro Monat sowie der Kosten pro Monat in den amtlichen Dokumenten der ersten Kategorie den Konkurrenten der A. __ und der B. __ einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil der A. __ und B. __ zu erwarten ist. Es fehlt daher am Nachweis des ernsthaften Schadensrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als nicht erfüllt. Die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten ist nicht widergelegt.
32. Bezüglich der Dokumente der zweiten Kategorie bringt das SEM ohne weitergehende materielle Ausführungen lediglich vor, dass der Evaluationsbericht selbst vertrauliche Geschäftsdaten enthalte. Darin ist nicht mehr als ein pauschaler Verweis auf allenfalls in den Dokumenten enthaltene Geschäftsgeheimnisse zu erblicken. Im Ergebnis hat das SEM bisher in Bezug auf Dokumente der zweiten Kategorie nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der amtlichen Dokumente der zweiten Kategorie den Konkurrenten der A. __ und der B. __ einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zu erwarten ist. Es fehlt daher am Nachweis des ernsthaften Schadensrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse.
33. Zwischenfazit: Das SEM hat nach Ansicht des Beauftragten bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in Bezug auf Dokumente der zweiten Kategorie nicht hinreichend dargelegt, weswegen die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten nicht widergelegt ist.
34. Der Beauftragte vermag vorliegend nicht abschliessend auszuschliessen, dass gewisse Inhalte der Dokumente der ersten wie auch der zweiten Kategorie allenfalls Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten, stellt jedoch fest, dass das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen vom SEM



bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend dargelegt wurde. Sofern ein Ausnahmetatbestand vorliegt, ist zudem im Einzelfall zu prüfen, ob in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt (vgl. auch Ziffer 24). Demnach darf der Zugang nicht einfach verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach dem Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu den Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.²⁶

35. Schliesslich weist der Beauftragte darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Offenbarung von Angaben, die potenziell Geschäftsgeheimnisse darstellen können, die betroffenen Dritten resp. die Geheimnisherren vorgängig anzuhören sind, soweit nicht ausnahmsweise auf eine Anhörung verzichtet werden kann.²⁷
36. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das SEM vermag bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Andere Ausnahmebestimmungen wurden vom SEM im Schlichtungsverfahren schriftlich nicht geltend gemacht und sind für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Folglich empfiehlt der Beauftragte dem SEM, den vollständigen Zugang zu den amtlichen Dokumenten der ersten Kategorie sowie zu den Dokumenten des Dossiers 7 Evaluation im vom Schlichtungsantrag definierten Umfang nach vorgängiger Anhörung zu gewähren. Aufgrund des Beschleunigungsgebots²⁸ und aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte dem SEM, nach der Durchführung der Anhörung direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu erlassen, sofern der Zugang zu den hiervor aufgeführten Dokumenten eingeschränkt wird. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass betroffene Dritte vor Erlass der Verfügung zumindest einmal Gelegenheit erhalten, sich zur Sache zu äussern²⁹ und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verfügungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können.*
37. *Abschliessend ist anzumerken, dass es dem SEM unbenommen ist, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen.*

²⁶ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 3.3.2.

²⁷ Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.4 f.

²⁸ BBI 2003 2023; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, Rz. 18.

²⁹ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.



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

38. Das Staatssekretariat für Migration gewährt nach vorgängiger Anhörung den Zugang zu den amtlichen Dokumenten der ersten Kategorie.
39. Das Staatssekretariat für Migration gewährt nach vorgängiger Anhörung den Zugang zu den amtlichen Dokumenten des *Dossiers 7 Evaluation* im vom Schlichtungsantrag definierten Umfang.
40. Das Staatssekretariat für Migration hält eine Beschränkung des Zugangs gemäss den Ziffern 39 und 40 hiervor direkt in Form einer Verfügung nach Art. 5 VwVG fest.
41. Das Staatssekretariat für Migration hält in Bezug auf die Dokumente des *Dossiers 10 Debriefings* an der Zugangsverweigerung fest.
42. Der Antragsteller sowie A. ___ und B. ___ können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Staatssekretariat für Migration den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
43. Das Staatssekretariat für Migration erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
44. Das Staatssekretariat für Migration erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
45. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen des Antragstellers sowie von A. ___ und B. ___ anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
46. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X. ___ (Antragsteller)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Staatssekretariat für Migration SEM
Quellenweg 6
3003 Bern-Wabern
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
A. ___ (betroffene Drittperson)
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
B. ___ (betroffene Drittperson)

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler
Jurist Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip