



Bern, 8. Juni 2023

**Empfehlung  
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

**im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X. \_\_  
(Antragssteller)**

**und**

**Bundesamt für Verkehr BAV**

**und**

**Z. AG  
(angehörte Drittperson)**

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

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 4. Januar 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Verkehr BAV in vier separaten Gesuchen um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
  - "02.01\_AP\_Repriorisierung\_kommerzielle\_Investitionen.pdf" [nachfolgend: Dokument Nr. 1]
  - "02.02\_AP\_Auswirkung\_Auslagerung\_Prüfung\_Potentiale\_Investitionen\_Anlageobjekte.pdf" [nachfolgend: Dokument Nr. 2];
  - "02.05\_AP\_Überprüfung\_Einsparpotenziale\_Infrastruktur\_Unterhalt.pdf" [nachfolgend: Dokument Nr. 3];
  - "02.08\_AP\_Prüfung\_Optimierungspotentiale\_in\_der\_Tarifgestaltung.pdf" [nachfolgend: Dokument Nr. 4].
2. Mit E-Mail vom 12. Januar 2023 lud das BAV die betroffene Dritte (Unternehmen; nachfolgend: Z. AG) zu einer Stellungnahme betreffend die vier verlangten Dokumente gemäss Art. 11 BGÖ

ein. Das BAV wies die Z. AG darauf hin, dass Zugangsverweigerungen jeweils einzeln zu begründen seien.

3. In ihrer Stellungnahme vom 20. Januar 2023 beantragte die Z. AG dem BAV die vollständige Ablehnung der Zugangsgesuche. Sie machte vorab geltend, nur im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz zu unterstehen. Abgesehen davon, dass die Dokumente Geschäftsgeheimnisse der Z. AG beträfen, fielen sie nach Ansicht der Z. AG auch nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes, weil es sich nicht um amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ handle.
4. Am 24. Januar 2023 nahm das BAV gegenüber dem Antragsteller Stellung. Es führte aus, die Dokumente beträfen interne Informationen der Z. AG hinsichtlich zukünftiger Entwicklungen, Plandaten sowie zu strategischen Überlegungen und enthielten damit Geschäftsgeheimnisse, weshalb der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ vollständig verweigert werde.
5. Am 6. Februar 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
6. Mit Schreiben ebenfalls vom 6. Februar 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BAV dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
7. Am 28. Februar 2023 bzw. am 3. März 2023 reichte das BAV die betroffenen Dokumente ein.
8. Am 9. März 2023 fand eine Schlichtungsverhandlung zwischen dem Antragsteller und dem BAV statt, an welcher sich die Beteiligten darauf einigten, dass das BAV die Zugangsgesuche erneut beurteilt.
9. Am 20. März 2023 gelangte das BAV erneut an die Z. AG und informierte sie darüber, dass das BAV unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Schlichtungssitzung nunmehr in Erwägung ziehe, einen uneingeschränkten Zugang zu den vier verlangten Dokumenten zu gewähren, insbesondere weil die pauschale Berufung auf Geschäftsgeheimnisse nicht ausreichend sei, um den Zugang vollständig zu verweigern. Es forderte die Z. AG auf, konkret aufzuzeigen, welche Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellten und dem BAV die Dokumente mit den entsprechenden Schwärzungsanträgen zuzustellen.
10. In der Stellungnahme vom 30. März 2023 teilte die Z. AG dem BAV mit, dass sie mit der beabsichtigten vollständigen Zugangsgewährung nicht einverstanden sei. Die Z. AG machte vorab geltend, sämtliche vom Zugangsgesuch erfassten Dokumente würden Informationen darstellen, die dem BAV freiwillig und auf vertraulicher Basis mitgeteilt worden seien (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ), weswegen der Zugang zu verweigern sei. Zudem dienten die Dokumente der Vorbereitung des Bundesratsbeschlusses vom 17. Dezember 2021, weshalb eine Situation analog dem Mitberichtsverfahren vorliege und der Zugang gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BGÖ zu verweigern sei. Soweit diese Einschätzung nicht geteilt werde, sei ein Teilzugang zu gewähren. Im Einzelnen gab die Z. AG an, Dokument Nr. 2 sei vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen, da es sich nicht um ein amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ handle. Darüber hinaus sei der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g und h BGÖ vollständig zu verweigern. Weiter würde die Bekanntgabe von Dokument Nr. 4 "[...] die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens [...]" der Alliance SwissPass, bei welcher die Tarifhoheit liege, beeinträchtigen (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ), weswegen der Zugang bis zum Entscheid über allfällige Tarifmassnahmen in der Branche aufzuschieben sei. Anschliessend sei ein geschäftsgeheimnisbereinigter Teilzugang zu gewähren. Schliesslich sei der Zugang zu den Dokumenten Nr. 1 und 3 ausschliesslich in der beiliegenden, teilgeschwärzten Fassung zu gewähren. Die Schwärzungsanträge begründete die Z. AG mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ).
11. Am 31. März 2023 nahm das BAV gegenüber dem Antragsteller und der Z. AG abschliessend Stellung. Dabei gewährte das BAV dem Antragsteller einen Teilzugang zu den Dokumenten Nr. 1 und 3. Die Schwärzungen begründete es mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Z. AG (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Zum Dokument Nr. 2 brachte das BAV vor, es handle sich nicht um ein amtliches Dokument, da es nicht die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffe. Folglich

fände das BGÖ keine Anwendung. Schliesslich schob das BAV den Zugang zu Dokument Nr. 4 auf, bis der Entscheid über allfällige Tarifmassnahmen getroffen sei.

12. Am 4. April 2023 teilte der Antragsteller dem Beauftragten und dem BAV mit, dass er mit der abschliessenden Stellungnahme des BAV nicht einverstanden sei und an seinem Schlichtungsantrag weiterhin festhalte.
13. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BAV 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. Der Antragsteller reichte vier Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim BAV 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).
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.<sup>1</sup> Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

### **B. Materielle Erwägungen**

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.<sup>2</sup>
17. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu den Dokumenten gemäss den Zugangsgesuchen (vgl. Ziffer 1), soweit nicht bereits ein teilweiser Zugang gewährt worden ist (vgl. Ziffer 11).
18. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>3</sup> Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente 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.<sup>4</sup> Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>5</sup>

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

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

<sup>3</sup> BGE 142 II 340 E. 2.2.

<sup>4</sup> Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

<sup>5</sup> Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

19. Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).<sup>6</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Das Öffentlichkeitsgesetz gilt umfassend für alle amtlichen Dokumente.<sup>7</sup> Deshalb spielt der Dokumentenbegriff beim Recht auf Zugang zu Informationen nach dem Öffentlichkeitsgesetz eine zentrale Rolle.<sup>8</sup>
20. Das BAV macht in seiner Stellungnahme vom 31. März 2023 geltend, dass Dokument Nr. 2 einen Prüfungsauftrag des Eigners betreffend Investitionen in kommerzielle Projekte und damit die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Z. AG betreffe. Dokument Nr. 2 betreffe demnach nicht die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, weshalb es sich gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ nicht um ein amtliches Dokument handle und das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung finde.
21. Die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ sind offensichtlich gegeben und (darüber hinaus) nicht strittig. Zu prüfen ist, ob Dokument Nr. 2 die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz muss es sich um eine öffentliche Aufgabe des Bundes handeln. Der Begriff der Information, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft, kann auch Informationen privater Natur umfassen. Der Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe ergibt sich nicht nur aus der Art der Information, sondern auch aus ihrem Gegenstand oder ihrem Gebrauch. Ein privates Dokument im Besitz der Verwaltung wird vom vorliegenden Gesetzesentwurf erfasst, wenn es zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet wird, so zum Beispiel, wenn es in Zusammenhang mit einem Entscheidungsprozess der Behörde steht.<sup>9</sup>
22. Der Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist vorliegend im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse an der und die Aufsichtstätigkeit über die Z. AG zu prüfen. Als Eigner des Unternehmens gibt der Bund, handelnd durch den Bundesrat, der Z. AG jeweils strategische Ziele vor und überprüft jährlich, wie die Ziele erreicht werden.<sup>10</sup> Die strategischen Ziele beziehen sich nicht nur auf die Leistungen des Unternehmens, sondern auch darauf, wie die Z. AG geführt wird und wie sie ihre Rolle und Verantwortung als Unternehmen und Arbeitgeberin wahrnimmt. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK nimmt in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Finanzverwaltung EFV die Eigneraufgaben des Bundes wahr. Was die technischen und betrieblichen Bestimmungen angeht, untersteht die Z. AG der einschlägigen Gesetzgebung und der Aufsicht des BAV.<sup>11</sup> Das BAV führt in seiner Stellungnahme vom 31. März 2023 gegenüber dem Antragsteller aus, dass das Dokument Nr. 2 einen Prüfungsauftrag des Eigners betreffe. Die Z. AG nimmt demnach, was sich ebenfalls aus der Struktur und dem Inhalt von Dokument Nr. 2 ergibt, zu den Fragen des Eigners Stellung. Die Inhalte von Dokument Nr. 2 beziehen sich auf auftragsgemäss zu klärende Fragen und stellen Inputs zu Handen der Arbeitsgruppe dar, welcher auch das BAV angehört. Das BAV hat sich indessen nicht dahingehend geäußert, nicht Hauptadressat von Dokument Nr. 2 zu sein und das Zugangsgesuch in diesem Umfang auch nicht zwecks Bearbeitung zuständigkeitshalber weitergeleitet.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund kann nach Ansicht des Beauftragten kein Zweifel daran bestehen, dass das Dokument Nr. 2 unter anderem dem BAV im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitgeteilt worden ist. Der Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist damit zu bejahen.

<sup>6</sup> BBI 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 BGÖ Rz. 4 und 6; KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 5.

<sup>7</sup> Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2012 E. 3.

<sup>8</sup> NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz 5.

<sup>9</sup> BBI 2003 1994.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 8 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31).

<sup>11</sup> Vgl. [www.uvek.admin.ch](http://www.uvek.admin.ch) > Das UVEK > Bundesnahe Betriebe (zuletzt abgerufen am 2. Juni 2023).

<sup>12</sup> Wurde das Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten (BBI 2003 2019).

23. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Zwischenergebnis: Bei den verlangten Dokumenten handelt es sich um amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes, für welche die gesetzliche Vermutung des Zugangs mit Beweislastumkehr gilt (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BGÖ).
24. Das BAV schiebt in seiner Stellungnahme vom 31. März 2023 den Zugang zu Dokument Nr. 4 ohne Angabe einer gesetzlichen Grundlage auf. Als Grund für den Aufschub weist das BAV darauf hin, dass das Dokument zu prüfende Tarifmassnahmen betreffe, zu welchen aktuell Verhandlungen laufen würden. Bis zu einer Entscheidung über die Tarifmassnahmen werde der Zugang daher aufgeschoben. Mangels expliziter Verweise auf konkrete Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes oder anderslautender Hinweise geht der Beauftragte davon aus, dass das BAV damit sinngemäss die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ geltend macht.
25. Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.<sup>13</sup> Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen. Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen denselben Schutzzweck, wobei Letzterer weiter gefasst ist und den Entscheidungsprozess umfassend schützt, ohne dass eine wesentliche Beeinträchtigung desselben nachzuweisen wäre.<sup>14</sup> Indessen fällt ein Dokument nur dann unter Art. 8 Abs. 2 BGÖ, wenn es einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweist und für diesen zugleich von beträchtlichem materiellem Gewicht ist.<sup>15</sup> Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.<sup>16</sup> Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.<sup>17</sup>
26. Im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, welcher von einer Bundesbehörde auch für bundesverwaltungsexterne Organe und Institutionen geltend gemacht werden kann, können sich nach Ansicht des Beauftragten auf die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ nur Behörden im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes für von ihnen zu fällende ausstehende Entscheide berufen.<sup>18</sup> Weder die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz noch die Unterlagen aus der parlamentarischen Debatte finden sich Hinweise darauf, dass Art. 8 Abs. 2 BGÖ auch Organe, die nicht vom persönlichen Geltungsbereich erfasste Organe zur Anwendung gelangen soll. Nach Ansicht des Beauftragten gelangt die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorliegend für den vom BAV geltend gemachten ausstehenden Entscheid der Alliance SwissPass nicht zur Anwendung. Hinzu kommt, dass Dokument Nr. 4 die Prüfung von Optimierungspotenzialen in der Tarifgestaltung (vgl. Bezeichnung des Dokuments im Zugangsgesuch) durch die Z. AG zum Gegenstand hat. Es beinhaltet folglich die Position der Z. AG zu Optimierungspotenzialen und keine Ausführungen oder Einschätzungen von Alliance SwissPass. Demnach rechtfertigt sich kein genereller Aufschub der Zugangsgewährung zu Dokument Nr. 4 gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ. Zu prüfen bleibt, ob und inwiefern der nachgesuchte Zugang nach Art. 7 BGÖ einzuschränken ist.
27. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder

<sup>13</sup> Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 32.

<sup>14</sup> Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H.

<sup>15</sup> Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H.

<sup>16</sup> MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 30.

<sup>17</sup> Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018, Ziffer 28.

<sup>18</sup> Empfehlung EDÖB vom 22. Dezember 2021: armasuisse / Kriterien und Gewichtung für Evaluation Air2030: neues Kampfflugzeug (NFK), Rz. 24

unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.<sup>19</sup>

28. Gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosse Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.<sup>20</sup> Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine wesentliche Beeinträchtigung.<sup>21</sup>
29. Die Alliance SwissPass ist keine dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellte Behörde, ein anderes legislatives oder administratives Organ oder eine gerichtliche Instanz und wird folglich von der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ nicht erfasst. In der Stellungnahme vom 31. März 2023 an den Antragsteller macht das BAV einzig in allgemeiner Art und ohne weitergehende Begründung geltend, dass aktuell Verhandlungen über Tarifmassnahmen laufen würden. Hingegen hat das BAV bis anhin nicht dargelegt und für den Beauftragten ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Offenlegung von Dokument Nr. 4 zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung des BAV selber führen kann. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ als nicht erfüllt. Andere Bestimmungen für die Zugangsverweigerung in Bezug auf Dokument Nr. 4 bringt das BAV nicht vor. Die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu Dokument Nr. 4 ist nicht widergelegt.
30. Das BAV beruft sich darüber hinaus in der Stellungnahme vom 31. März 2023, soweit es den Zugang zu den Dokumenten Nr. 1 und 3 teilweise verweigert, auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Hinsichtlich Dokument Nr. 1 führt das BAV aus, es behandle "[...] die Ermittlung von Reduktionsmöglichkeiten bei kommerziell finanzierten Investitionen im Zeithorizont bis 2030. Kommerziell finanzierte Investitionen unterliegen dem Geschäftsgeheimnis. Die Unternehmensplanung (MUP) wird nicht veröffentlicht. Weiter ist es so, dass Überlegungen der [Z. AG] betreffend zukünftige Investitionen den Markt beeinflussen und zu Verzerrungen führen." In Bezug

<sup>19</sup> BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E 3.4.

<sup>20</sup> BBI 2003 2007.

<sup>21</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15.

auf Dokument Nr. 3 weist das BAV darauf hin, dass der identifizierte Bedarf (Ziff. 2) und auch die weiteren geschwärzten Zahlen und Werte Geschäftsgeheimnisse darstellten und in dieser Form nicht für die Öffentlichkeit bestimmt seien.

31. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff „Geschäftsgeheimnis“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).<sup>22</sup>
32. Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.<sup>23</sup> Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.<sup>24</sup> Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.<sup>25</sup>
33. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>
34. Soweit sich das BAV darauf beruft, dass die im Rahmen der bisherigen Zugangsgewährung geschwärzten Informationen nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind oder von der Z. AG nicht veröffentlicht werden, so lassen sich daraus alleine keine Geschäftsgeheimnisse ableiten. Dadurch wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille der Z. AG kundgetan, welcher vorliegend allerdings unbestritten ist. Unbestritten ist überdies, dass die vom Antragsteller verlangten Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Darüber hinaus ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist.

---

<sup>22</sup> Urteil des BGer 1C\_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

<sup>25</sup> SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff.

<sup>26</sup> Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.3.2.

<sup>27</sup> Urteil des BVerger A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

<sup>28</sup> Urteil des BVerger A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

<sup>29</sup> Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

35. Dokument Nr. 1 betrifft nach Angaben des BAV die Ermittlung von Reduktionsmöglichkeiten bei kommerziell finanzierten Investitionen im Zeithorizont bis 2030. Überlegungen der Z. AG betreffend zukünftige Investitionen könnten nach Einschätzung des BAV den Markt beeinflussen und zu Verzerrungen führen. Diejenigen Informationen, welche strategische Überlegungen darstellten oder der Quantifizierung geschäftsstrategischer Überlegungen entsprächen, stellten nach Ansicht des BAV Geschäftsgeheimnisse der Z. AG und seien zu schwärzen. Abgesehen von der generellen Einschätzung des BAV, dass das Bekanntwerden von Überlegungen zu zukünftigen Investitionen Markverzerrungen zur Folge haben kann, fehlen weitergehende, konkrete Hinweise für dieses Vorbringen. So ist den Ausführungen des BAV nicht zu entnehmen, welche Information konkret im Falle der Kenntnisaufnahme durch die Konkurrenz aus welchen Gründen Marktverzerrungen bewirken können. Damit hat das BAV 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 ermittelten Reduktionsmöglichkeiten bei Investitionen und deren Quantifizierung den Konkurrenten der Z. AG einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil der Z. AG zu erwarten ist. Es fehlt daher im Schlichtungsverfahren 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 Dokument Nr. 1 ist nicht widergelegt.
36. Bezüglich Dokument Nr. 3 mit dem Titel "Überprüfung Einsparpotentiale Infrastruktur Unterhalt" bringt das BAV ohne weitergehende materielle Ausführungen lediglich vor, dass sowohl der identifizierte Bedarf wie auch "[...] die weiter geschwärzten Zahlen und Werte [...]" Geschäftsgeheimnisse der Z. AG darstellten und in dieser Form nicht für die Öffentlichkeit bestimmt seien. Darin ist nicht mehr als ein pauschaler Verweis auf allenfalls in den Dokumenten enthaltene Geschäftsgeheimnisse zu erblicken, welcher gemäss ständiger Rechtsprechung nicht genügend ist.<sup>30</sup> Im Ergebnis hat das BAV bisher in Bezug auf Dokument Nr. 3 nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der geschwärzten Inhalte Konkurrenten der Z. AG 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. Nach Ansicht des Beauftragten hat das BAV bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in Bezug auf Inhalte von Dokument Nr. 3 nicht hinreichend dargelegt, weswegen die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu Dokument Nr. 3 nicht widergelegt ist.
37. Der Beauftragte vermag vorliegend nicht abschliessend auszuschliessen, dass gewisse Inhalte der verlangten Dokumente allenfalls Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten, stellt jedoch fest, dass das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen vom BAV bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend dargelegt wurde.
38. Soweit das BAV die von der Z. AG im Anhörungsverfahren geltend gemachten Ausnahmebestimmungen (vgl. Ziffer 10) in der abschliessenden Stellungnahme nicht übernommen und auch nicht selbst vorgebracht hat, wird dies – soweit ersichtlich – von der Z. AG schlussendlich nicht bestritten, zumal diese keinen Schlichtungsantrag eingereicht hat. Auf eine Beurteilung dieser Vorbringen im Rahmen des Schlichtungsverfahrens kann folglich verzichtet werden.
39. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das BAV vermag bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a und g sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Andere Ausnahmebestimmungen wurden vom BAV im Schlichtungsverfahren 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 BAV, den vollständigen Zugang zu den Dokumenten Nr. 1-4 im von den Zugangsgesuchen definierten Umfang zu gewähren.*

<sup>30</sup> Urteil des BVerfG A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

40. *Abschliessend ist anzumerken, dass es dem BAV unbenommen ist, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und g resp. Art. 8 Abs. 2 BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen.*

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

41. Das Bundesamt für Verkehr gewährt den vollständigen Zugang zu den Dokumenten Nr. 1-4 gemäss Zugangsgesuchen (vgl. Ziffer 1).
42. Der Antragsteller und die angehörte Z. AG können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Verkehr 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).
43. Das Bundesamt für Verkehr erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
44. Das Bundesamt für Verkehr 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 wird der Name des Antragstellers sowie der angehörten Z. AG anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
46. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilanonymisiert  
X. \_\_ (Antragsteller)
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundesamt für Verkehr BAV  
3003 Bern
  - Einschreiben mit Rückschein (R), teilanonymisiert  
Z. AG (angehörte Drittperson)

Reto Ammann  
Leiter Direktionsbereich  
Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler  
Jurist Direktionsbereich  
Öffentlichkeitsprinzip