



Abteilung I
A-1526/2022

Urteil vom 12. April 2023

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jürg Marcel Tiefenthal, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
(...)
Beschwerdeführer,

gegen

EMPA Dübendorf,
Überlandstrasse 129, 8600 Dübendorf,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten.

Sachverhalt:**A.**

A._____ ersuchte am 14. September 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt EMPA um Zugang zum Abschlussbericht "Evaluation neues Kampfflugzeug – Messtechnische Ermittlung akustischer Kenngrößen und Auswirkungsanalyse vom 30. November 2021 (finale Fassung; nachfolgend: Bericht Akustik NKF).

B.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2021 verweigerte die EMPA den Zugang zum Bericht Akustik NKF. Sie verwies darauf, dass der Bericht Akustik NKF im Auftrag des Bundesamts für Rüstung (armasuisse) erstellt worden sei. Die EMPA begründete die Nichtgewährung des Zugangs mit dem Vorliegen von Verweigerungsgründen gemäss BGÖ.

C.

Gleichentags reichte A._____ beim Eidgenössischen Datenschutz und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) einen Schlichtungsantrag ein.

D.

Am 11. November 2021 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten. Jedoch konnte der Schlichtungsgegenstand eingegrenzt werden, indem der Antragsteller auf die Bekanntgabe der im Abschlussbericht enthaltenen Messungen und Auswertungen betreffend die Kampfflugzeuge der Typen Eurofighter Typhoon, F/A-18 Super Hornet und Rafale verzichtete.

E.

Am 2. Februar 2022 veröffentlichte armasuisse einen vierzehn Seiten umfassenden "Kurzbericht Lärmmessungen und Auswirkungsanalyse F-35A" (nachfolgend: Kurzbericht Akustik NKF), der die wesentlichen Ergebnisse des Berichts Akustik NKF zusammenfasst.

F.

Der EDÖB kam in seiner Empfehlung vom 3. Februar 2022 zum Schluss, dass die von der EMPA angerufenen Ausnahmetatbestände des BGÖ dem Zugang zum Bericht Akustik NKF nicht entgegenstünden. Er empfahl deshalb die Gewährung des Zugangs zum Dokument Bericht Akustik NKF – unter Einschwärzung der durchgeführten Messungen und Auswertungen

zu den nicht ausgewählten Kampfflugzeugen vom Typ Eurofighter Typhoon, F/A-18 Super Hornet und Rafale.

G.

Am 24. Februar 2022 erliess die EMPA eine Verfügung, mit welcher es den Zugang zum verlangten Dokument verweigerte. Als Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass A._____ keinen Anspruch auf Zugang zum Dokument Bericht Akustik NKF habe, weil das BGÖ aufgrund von vorbehaltenen Bestimmungen und internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht anwendbar sei (Art. 4 BGÖ). Zudem seien Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 a, b, c, d, g und h BGÖ gegeben. Der Zugang zum Bericht Akustik NKF sei daher vollständig zu verweigern. Mildere Massnahmen seien mit der Veröffentlichung des Kurzberichts Akustik NKF bereits getroffen worden, sodass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfassend Rechnung getragen worden sei. Jede darüber hinaus gehende Offenlegung von Informationen würde die Veröffentlichung von Leistungsdaten des evaluierten Kampfflugzeuges mit sich bringen. Dies würde zu einer Verletzung übergeordneter Interessen und verbindlicher Verpflichtungen führen.

H.

Gegen diese Verfügung der EMPA (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 31. März 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er verlangt die Aufhebung der Verfügung vom 24. Februar 2022 und die Vorinstanz sei zu verpflichten, den Bericht Akustik NKF – unter Schwärzung der Ausführungen zu den Messungen und Auswertungen zu den Kampfflugzeugen der Typen Eurofighter, F/A-18 Super Hornet und Rafale – zugänglich zu machen.

Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Februar 2022 aufzuheben, und die Vorinstanz sei zu verpflichten, den Bericht Akustik NKF, unter Schwärzung der Ausführungen zu den Messungen und Auswertungen zu den Kampfflugzeugen der Typen Eurofighter, F/A-18 Super Hornet und Rafale, und unter zusätzlicher Schwärzung der im Bericht enthaltenen TSPI-Daten (sog. Time-Space-Position-Information), zugänglich zu machen.

In prozessualer Hinsicht verlangt er, die Vorinstanz sei zu verpflichten, den im Hauptbegehren genannten Abschlussbericht dem Gericht für die Dauer des Verfahrens vollständig vorzulegen.

I.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 10. Mai 2022 die Abweisung der Beschwerde. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an sie zurückzuweisen. Weiter stellt sie verschiedene prozessuale Anträge.

J.

Der Beschwerdeführer sowie die Vorinstanz reichten am 13. Juni 2022 und 15. Juli 2022 ihre Schlussbemerkungen ein.

K.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz nach Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher ihm der ersuchte Zugang zum Bericht Akustik NKF vollumfänglich verweigert wurde, ohne Weiteres zur Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – und auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Das Öffentlichkeitsgesetz bezweckt, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ). Dadurch soll das Vertrauen der Bürger in die öffentlichen Institutionen gestärkt, die Kontrolle über die Verwaltung verbessert und eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess ermöglicht werden (BGE 142 II 313 E. 3.1; BGE 136 II 399 E. 2.1). Im Sinne dieser Zielsetzung statuiert das Gesetz das Prinzip der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt und gewährt einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten (BGE 136 II 399 E. 2.1 m.w.H.; BGE 133 II 209 E. 2.3.1; BVGE 2016/9 E. 3). Entsprechend hat jede Person grundsätzlich das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über deren Inhalt zu erhalten (Art. 6 Abs. 1 BGÖ).

3.2 Nach Art. 4 BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, welche bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), vorbehalten. Das Verhältnis von Vertraulichkeitsregeln in anderen Bundesgesetzen und dem allgemeinen Transparenzgebot gemäss BGÖ lässt sich nicht generell festlegen, sondern ist von Fall zu Fall zu ermitteln. Entscheidend ist dabei der Sinn und Zweck der divergierenden Normen: das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung ist dem Schutzzweck der Spezialnorm gegenüberzustellen. Dies gilt auch für ältere Sondernormen über die Vertraulichkeit staatlicher Handlungen und Vorkehren. So erfasst namentlich das Amtsgeheimnis nur noch Informationen, die eines besonderen Schutzes bedürfen bzw. gerade nach dem Öffentlichkeitsgesetz in der Regel nicht zugänglich sind, denn sonst würde dieses jüngere Gesetz seines Gehalts beraubt und weitgehend obsolet (Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4 m.H.). Der Geheimnisbegriff des Art. 4 BGÖ ist ein materieller. Ob es sich bei einer Norm um eine Geheimhaltungsvorschrift im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ handelt, ist mittels Auslegung zu bestimmen (vgl. BGE 146 II 265 E. 3.1; vgl. Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4; STAMM-PFISTER, in: Basler

Kommentar, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BK BGÖ], Rz. 6 f. zu Art. 4 BGÖ). Massgebliche Kriterien sind etwa: die Funktion oder Stellung der betroffenen Person, die Umstände der ursprünglichen Informationsbeschaffung, der Vertrauensschutz, die Art der betroffenen Daten, das Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit, der Schutz spezifischer öffentlicher Interessen, die Natur der Beziehung zwischen der Verwaltung und dem betroffenen Dritten sowie die Bedeutung der fraglichen Thematik (BGE 146 II 265 E. 3.1; vgl. Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4 m.H.).

3.3 Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes regelt grundsätzlich nur die passive Informationstätigkeit, d.h. die Information auf Gesuch hin (BGE 146 II 265 E. 3.2; BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2; vgl. Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1977). Im Rahmen der aktiven Information informieren die Behörden die Öffentlichkeit von sich aus über ihrer Tätigkeit sowie über aktuelle Geschäfte (vgl. Art 180 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [SR 101; BV]). Funktional sind die passive und aktive Information teilweise eng verzahnt. Sie bedingen und ergänzen sich gegenseitig (BGE 146 II 265, nicht publizierte E. 2 m.H.). Ob eine Verpflichtung zur aktiven Information im Einzelfall allenfalls erleichternde oder strengere Regeln über den Zugang zu amtlichen Dokumenten aufstellt, ist analog zu den Vertraulichkeitsregelungen in anderen Bundesgesetzen durch Auslegung der betreffenden Normen zu ermitteln (BGE 146 II 265 E. 3.2; vgl. ferner Urteil des BVGer B-1109/2018 vom 16. Dezember 2020 E. 3.3).

4.

Unbestritten ist vorliegend, dass das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (vgl. Art. 2 und 3 BGÖ). Weiter ist unbestritten, dass es sich bei den betroffenen Unterlagen um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ handelt. Die Frage, ob Informationen, die bereits aufgrund des Beschaffungsrechts veröffentlicht wurden, aufgrund des BGÖ erneut herauszugeben sind (Art. 6 Abs. 3 BGÖ; vgl. Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.3), stellt sich vorliegend nach Lage der Akten nicht (vgl. Kurzbericht Akustik NKF, Ziff. 4.2, S. 11).

Strittig und zu beurteilen ist hingegen, ob dem ersuchten Zugang zum verlangten Dokument keine vorgehende spezielle Bestimmung nach Art. 4 BGÖ entgegensteht.

5.

5.1 Die Vorinstanz beruft sich u.a. auf Art. 3 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB; AS 1996 508) und eventualiter auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB (bzw. Art. 10 Abs. 4 Bst. a des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]) i.V.m. Art. 4 aBGÖ, welcher spezialgesetzliche Bestimmungen vorbehalte, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen würden. Die Kombination der von ihr durchgeführten Lärmmessungen am Boden mit den von den Anbietern erhobenen und zur Verfügung gestellten TSPI-Daten ermögliche die Berechnung von sogenannten Quellenmodellen. Es liege auf der Hand, dass Angaben zur Steigleistung oder gar daraus abgeleitete Leistungsmodelle für die Einschätzung der Leistungsfähigkeit und der Eigenschaften eines Kampfflugzeugs zentral seien. Soweit aus den Steigflugdaten Leistungsmodelle abgeschätzt würden, könne beispielsweise die Zeitspanne bis zu einer erfolgreichen "Interception" nach einem Alarmstart berechnet werden. Die Geheimhaltung dieser Information sei für die äussere Sicherheit der Schweiz zentral – und zwar nicht nur im Verhältnis zu Luftwaffen fremder Staaten, sondern auch zu nichtstaatlichen Akteuren wie Terroristen. Auf Grundlage von Leistungsmodellen der verschiedenen Kampfflugzeugtypen würden sich auch deren Stärken- und Schwächenprofile bilden lassen. Mithilfe der Abschätzung der Flugleistungen, Beschleunigungsvermögen und Manövrierfähigkeit in Kurven würden sich darüber hinaus Strategien und Taktiken für den Luftkampf optimieren lassen. Für die Relevanz der im Bericht Akustik NKF enthaltenen Informationen für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz spreche auch, dass dieser den Klassifizierungsvermerk "vertraulich" trage.

5.2 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Durchführung eines nicht öffentlichen Beschaffungsverfahrens bedeute nicht, dass alle Amtshandlungen in diesem Konnex dem Öffentlichkeitsprinzip entzogen seien. Vielmehr müsse präzise geprüft werden, welche Normen des Beschaffungsrechts einen Geheimnisvorbehalt darstellen könnten. Der Umstand, dass diese Bestimmung für die Beschaffung von Kampfflugzeugen nicht gelte, bedeute nur, dass hier "Ausschreibung und Zuschlag" nicht unbedingt veröffentlicht werden müssten. Es bestehe aber weder ein Veröffentlichungsverbot noch ein Geheimnisvorbehalt. Hinzu komme, dass es vorliegend auch gar nicht darum gehe, Ausschreibung oder Zuschlag zu veröffentlichen. Aus diesen Gründen sei diese Norm vorliegend irrelevant. Zu keinem anderen Ergebnis führe das BöB. Allein der Umstand, dass die

Beschaffung von Kampfflugzeugen nicht unter dieses Gesetz falle, begründe keinen Geheimnisvorbehalt. Die Vorinstanz beziehe sich in diesem Zusammenhang auf eine Empfehlung des EDÖB vom 11. November 2021. Es sei nicht relevant, dass sich der EDÖB in jenem Verfahren auf Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB bezogen und festgestellt habe, dass diese Bestimmung die "Geheimhaltung einer Ausschreibung" im Rüstungsbereich erlaube. Denn er verlange vorliegend keine Unterlagen aus der Ausschreibung. Die angeblich gelieferten TSPI-Daten würden nur Hilfsinformationen zur Durchführung der Messungen darstellen. Sie würden nicht einen eigentlichen Bestandteil des Angebots der Hersteller darstellen und würden deshalb auch nicht der beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeit unterliegen. Zunächst sei festzuhalten, dass es im erfragten Abschlussbericht im Wesentlichen um die Lärmbelastung gehe. Die Kenntnisse der entsprechenden Daten seien politisch notwendig und würden die Sicherheit der Schweiz in keiner Weise gefährden. Soweit sich aus TSPI-Daten Schlüsse ziehen lassen würden, um die Aktivitäten des Flugzeugs F-35A besser einschätzen zu können, sei zu berücksichtigen, dass dieses Flugzeug in zahlreichen Staaten bereits im Einsatz sei. Wenn ausländische Akteure Beobachtungen über diese Flugzeuge machen wollten, so könnten sie dies heute schon in diesen Ländern tun. Die Vorinstanz versäume es zu substantiieren, inwiefern die TSPI-Daten tatsächlich neue und geheime Informationen seien, die sich aus der äusseren Beobachtung der aktiven F-35A nicht ableiten lassen würde. Und auch hier gelte, dass die Bekanntgabe von TSPI-Daten allein noch keine Sicherheitsgefährdung darstelle. Und selbst wenn dies der Fall wäre, könnte der Abschlussbericht dennoch zugänglich gemacht werden, notfalls unter Schwärzung dieser Informationen.

5.3 Die Vorinstanz entgegnet, die Anwendbarkeit des aBöB auf Rüstungsbeschaffungen werde ex lege ausgeschlossen, da der Gesetzgeber deren Sicherheitsrelevanz unterstellt habe. Der Geheimnisvorbehalt reflektiere auch die international bei Rüstungsgeschäften übliche Praxis der Vertraulichkeit. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers gehe die Vorinstanz nicht davon aus, dass Rüstungsbeschaffungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht als solchem entzogen bleiben würden. Vielmehr finde das dritte Kapitel der aVöB betreffend "übrige Beschaffungen des Bundes" Anwendung. Dieses führe die in Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB angelegte Vertraulichkeit von Rüstungsbeschaffungen näher aus. Nach Art. 35 Abs. 3 Bst. a aVöB könnten Rüstungsbeschaffungen unabhängig vom Schwellenwert im Einladungsverfahren durchgeführt werden. Damit trage der Gesetzgeber den erhöhten Vertraulichkeitsbedürfnissen im Bereich der

Rüstungsbeschaffungen Rechnung. Anders als in einem offenen oder selektiven Verfahren erfolge im Einladungsverfahren keine öffentliche Ausschreibung des Auftrags. Die Ausschreibungsunterlagen würden nur den von der Vergabestelle ausgewählten Anbietern zugänglich gemacht. Bei Einladungsverfahren für "übrige Beschaffungen des Bundes" nach dem dritten Kapitel der aVöB bestehe auch keine Rechtspflicht zur Veröffentlichung des Zuschlags. Sinn und Zweck der Ausnahme von Rüstungsbeschaffungen von den ansonsten im Beschaffungsrecht bestehenden speziellen Publikations- bzw. Zugangsnormen sei die Gewährleistung der Vertraulichkeit von sicherheitskritischen Evaluationen bzw. Beschaffungen. Dem Beschwerdeführer sei deshalb nicht zuzustimmen, wenn er von der "Irrelevanz" dieser Normen ausgehe. Müssten weder Ausschreibung noch Zuschlag veröffentlicht werden, könne erst recht keine Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten aus dem Evaluationsverfahren bestehen. Alternativ könne sich der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung auch auf die Ausnahme einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit stützen (Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB). Der EDÖB sei in seiner Empfehlung vom 11. November 2021 zum Schluss gekommen, dass die Nachfolgebestimmung Art. 10 Abs. 4 BöB als Spezialnorm i.S.v. Art. 4 BGÖ zu behandeln sei, welche dem BGÖ vorgehe. Deshalb könnten Sicherheitsbeschaffungen nicht mittels Öffentlichkeitsgesetz zugänglich gemacht werden. Es seien keine Gründe dafür ersichtlich, dass diese in Anwendung des neuen Beschaffungsrechts ergangene Praxis nicht analog für das alte Beschaffungsrecht gelten solle. Handle es sich bei Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB um eine vorbehaltene Bestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ, gelte dies a fortiori auch für Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB. Dies ergebe sich namentlich aus dem systematischen Zusammenhang der beiden Bestimmungen. Der Bericht Akustik NKF sei im Rahmen der Evaluation eines NKF für das Beschaffungsverfahren erstellt worden. Für die Beurteilung sei es unbeachtlich, ob es sich beim Bericht Akustik NKF um Ausschreibungsunterlagen handle oder um Dokumente, welche das submissionsrechtliche Evaluationsverfahren betreffen würden. Der Bericht Akustik NKF sei Teil der Dokumentation des Evaluationsverfahrens. Seine Resultate seien als Grundlage für die nutzenseitige Bewertung der Angebote in die Kosten-Nutzen-Analyse eingeflossen, welche massgeblich für den Zuschlagsentscheid gewesen sei. Damit verlange der Beschwerdeführer jedenfalls Unterlagen aus dem Beschaffungsverfahren NKF, weshalb die vorbehaltenen Vorschriften des Beschaffungsrechts zu beachten seien. Selbst gegenüber am Einladungsverfahren teilnehmenden Anbietern werde die Vertraulichkeit des Beschaffungsverfahrens weitgehend gewahrt. Der Zugang zu Informationen der

eingeladenen Anbieter beschränke sich auf die zur Durchführung der Beschaffung erforderlichen Aspekte, namentlich die Ausschreibungsunterlagen. Entsprechend bleibe aufgrund des Ausschlusses des Rechtsschutzes auch das Recht auf Akteneinsicht beschränkt. Da der Gesetzgeber der Vorinstanz selbst gegenüber den Anbietern eine weitreichende Wahrung der Vertraulichkeit vorgeschrieben habe, müsse dies erst recht gegenüber am Verfahren nicht beteiligten Dritten wie dem Beschwerdeführer gelten. Die spezialgesetzlich angeordnete Beschränkung der Informationsbefugnis der Vorinstanz sei deshalb auch im Hinblick auf die Beurteilung des Zugangs des Beschwerdeführers unter dem BGÖ zu berücksichtigen.

5.4 In seinen Schlussbemerkungen erwidert der Beschwerdeführer, es könne aus der Anwendung des Einladungsverfahrens in keiner Weise geschlossen werden, dass kein Informationszugangsrecht gemäss BGÖ bestehe. Die Vorinstanz verkenne insbesondere, dass er nicht die Einsicht in die Beschaffungsunterlagen als Ganzes fordere. Er ersuche allein Zugang zum Abschlussbericht zu den vorgenommenen Lärmmessungen. Es sei nicht erstellt, ob im Beschaffungsverfahren bezüglich des Kampfflugzeugs tatsächlich die Ausnahme von Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB in Anspruch genommen worden sei. Ein entsprechender Beleg fehle. Somit bleibe die Anwendung dieser Norm vorliegend rein hypothetisch. Im Rahmen einer Gesetzesauslegung seien auch Sinn und Zweck zu berücksichtigen. Es könne sein, dass die Offenlegung sämtlicher Unterlagen bei der Beschaffung eines neuen Kampfflugzeugs die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden könnte. Beim vorliegend ersuchten Informationszugang, der sich allein auf einen Abschlussbericht zu Lärmmessungen beschränke, bestehe jedoch keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Wenn für Rüstungsbeschaffungen nur ein Einladungsverfahren gelte, so erlaube dies der Behörde, die Ausschreibungsunterlagen nur ausgewählten Empfängern zugänglich zu machen. Daraus könne aber nicht generell gefolgert werden, dass jedes Dokument, das mit diesem Beschaffungsprozess in Zusammenhang stehe, vom Öffentlichkeitsprinzip auszunehmen sei.

5.5 Die Vorinstanz führt in ihren Schlussbemerkungen aus, die Analyse der beschaffungsrechtlichen Sonderbestimmungen führe zum Ergebnis, dass diese einen Vertraulichkeitsvorbehalt im Sinne von Art. 4 BGÖ begründen würden. Zu diesem Ergebnis führe nicht die Anwendbarkeit des Einladungsverfahrens, sondern eine Gesamtschau der anwendbaren Geheimnis- und Zugangsnormen in Verbindung mit dem beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeitsgrundsatz. Anders als der Beschwerdeführer anzunehmen

scheine, würden sich die beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeitsvorbehalte auch nicht nur auf die Ausschreibungsunterlagen im engeren Sinn erstrecken. Vielmehr seien Dokumente aus der Evaluation, welche wie vorliegend gar noch geschützte Anbieterangaben enthalten würden, a fortiori von den Vertraulichkeitsvorbehalten erfasst. Nicht überzeugend sei das Argument des Beschwerdeführers, wonach die submissionsrechtlichen Bestimmungen, welche Vertraulichkeitsvorbehalte begründen würden, vorliegend nicht zum Tragen kämen, weil "der Beschwerdeführer nicht die Einsicht in die Beschaffungsunterlagen als Ganzes" fordere. Wäre dieses Argument stichhaltig, könnte der Beschwerdeführer mit einer Mehrzahl von BGÖ-Gesuchen schrittweise den Zugang zu sämtlichen Dokumenten der Evaluation NKF verlangen. Entsprechend sei dem Beschwerdeführer nicht zu folgen. Vielmehr sei in Bezug auf jedes Dokument im Einzelfall zu prüfen, ob dieses von einer vorbehaltenen Geheimnisvorschrift erfasst werde oder ein Verweigerungsgrund vorliege.

6.

6.1 Eingangs ist auf die beschaffungsrechtlichen Grundlagen näher einzugehen.

6.2

6.2.1 Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das GPA 2012 in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Vorliegend leitete die Vergabestelle das Vergabeverfahren vor Inkrafttreten des BöB ein, weshalb das aBöB anwendbar ist.

6.2.2 Das aBöB setzt im Wesentlichen das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609]) um (vgl. Botschaft des Bundesrats zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2] vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 1171), weshalb es nicht auf alle Beschaffungen des Bundes anwendbar ist. So erklärt Art. 3 Abs. 1 aBöB

das Gesetz für bestimmte Aufträge generell für nicht anwendbar (sog. Bereichsausnahme; vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 6 ff. zu Art. 3 aBöB). Bei den Beschaffungen nach Art. 3 Abs. 1 und 2 aBöB handelt es sich um sog. übrige Beschaffungen im Sinne des 3. Kapitels aVöB. Die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB ist nach dem Gesagten vom Beschaffungsrecht ausgenommen (BöB und GPA) und kann unter bestimmten Voraussetzungen freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben werden (vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. a, Art. 36 Abs. 2 Bst. f. aVöB und Art. 36 Abs. 2 Bst. a aVöB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 978 ff.). Die GPK-N erwog mit Verweis auf die Auffassung von Beschaffungsexperten, dass gestützt auf Art. 36 Abs. 2 Bst. a aVöB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB auch eine freihändige Beschaffung zulässig gewesen wäre (Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, S. 12 f. < <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Bericht%20GPK-N%20vom%209.9.2022%20D.pdf> >, zuletzt abgerufen am 31. März 2023). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 3 BöB mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzungen des aBöB eng auszulegen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 1.1.4; a.A. HANS RUDOLF TRÜEB, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 3 aBöB).

6.2.3 Vorliegend ist augenscheinlich, dass die Beschaffung von NKF unter Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB fällt und ein Einladungsverfahren stattgefunden hat (vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, a.a.O., S. 12). Ob eine freihändige Vergabe zulässig gewesen wäre, ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht entscheidrelevant.

6.2.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Art. 3 Abs. 2 Bst. a–c aBöB entschieden, dass der Zuschlag in einer dieser Konstellationen also ausnahmsweise geheim bleibe. Für diese Beschaffungen sei somit ein spezialgesetzlicher Vorbehalt im Sinn von Art. 4 BGÖ gegeben. Im konkreten Fall war die Bestimmung jedoch nicht einschlägig (Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 6.2.4). Das Bundesgericht hat eine gegen das Urteil gerichtete Beschwerde teilweise gutgeheissen, sich jedoch zu Art. 3 aBöB nicht geäußert (Urteil des BGer 1C_50/2015 vom

2. Dezember 2015 E. 3). Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB umfasst dabei Ausnahmen infolge Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (vgl. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB).

6.2.5 Auch nach dem (totalrevidierten) BöB findet das Gesetz für den Schutz der äusseren und inneren Sicherheit keine Anwendung (Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB), etwa für die Beschaffung von geheimer Spezialausrüstung, Material oder Waffen des Militärs (FELIX TUCHSCHMID, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Rz. 53 zu Art. 10).

6.2.6 Der EDÖB nahm in seiner Empfehlung vom 22. Dezember 2021 zum vorliegenden Verfahren bezüglich einer Lex specialis im Sinne von Art. 4 BGÖ einzig zur Vertraulichkeit gemäss Art. 8 Abs. 2 aBöB Stellung. Zu Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB äusserte er sich dagegen nicht. Bei einem anderen Einsichtsgesuch in Dokumente der armasuisse bezüglich Kauf eines Produktes während den letzten fünf Jahren empfahl er gestützt auf Art. 10 Abs. 4 BöB die Einsicht in die angeforderten Dokumenten zu verweigern, da es sich dabei um eine spezialgesetzliche Bestimmung handle. Er stützte sich dabei massgeblich auf die Botschaft zum BöB und auf die Geheimhaltung der Ausschreibung (Empfehlung des EDÖB vom 11. November 2021 in Sachen X gegen Bundesamt für Rüstung armasuisse, Rz. 16–19).

7.

Nachfolgend ist durch Auslegung zu ermitteln, ob mit Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB eine bundesgesetzliche Spezialbestimmung vorliegt, die dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht (Art. 4 Bst. a BGÖ). Auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a BöB bzw. Art. 10 Abs. 4 BöB ist im Rahmen der Auslegung noch einzugehen.

7.1

7.1.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil

veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen. Das Gericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten zu lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 146 II 265 E. 5.1 m.H.; BGE 131 II 697 E. 4.1 m.w.H.).

7.1.2 Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB ist insofern nicht eindeutig, als er zur Frage eines Geheimnisvorbehalts keine Aussage macht.

7.2

7.2.1 In historischer Hinsicht ist zu beachten, dass das aBöB zeitlich vor dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen wurde. Eigene Erläuterungen zur Koordination mit dem Öffentlichkeitsgesetz fehlen in der Botschaft des Bundesrates und soweit ersichtlich auch in den übrigen Materialien.

7.2.2 Aus der Botschaft zum totalrevidierten BöB lässt sich Folgendes entnehmen. Die Botschaft präzisiert die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 4 BöB und betont das Ermessen bei der Anwendung dieser Bestimmung. Daraus ergibt sich einzig das grosse Ermessen der Behörden bei einer Beschaffung. Es lässt jedoch noch keinen Rückschluss auf einen Geheimnisvorbehalt nach Art. 10 Abs. 4 BGÖ ziehen. Dass sich die Botschaft nicht zu einem Geheimnisvorbehalt bezüglich Art. 10 Abs. 4 BöB äussert, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des BöB. Ursprünglich hatte der Entwurf des BöB grundsätzlich die Geheimhaltung aller Beschaffungsunterlagen vorgesehen (Art. 49 Abs. 3 E-BöB; vgl. ferner Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1971 f.). Erst aufgrund des Bundesparlaments wurde dieser Absatz 3 ersatzlos gestrichen (vgl. MARTIN BEYELER, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip, Baurecht 2020, S. 42 f.). Daraus folgt, dass es dazumal keinen Grund gab, die Beibehaltung eines Geheimnisvorbehalts gemäss Art. 10 Abs. 4 BöB in der Botschaft zu erwähnen, da zu jenem Zeitpunkt noch davon auszugehen war, dass sich die Geheimhaltung gemäss Art. 49 Abs. 3 E-BöB grundsätzlich auf alle Unterlagen beziehen würde (und umso mehr auch Unterlagen von Beschaffungen, welche dem E-BöB nicht unterstanden hätten). Somit kann auch aus der Entstehungsgeschichte neuen BöB – welches ohnehin keine Anwendung auf die streitgegenständliche Vergabe findet – kein eindeutiger Schluss gezogen werden.

7.3

7.3.1 Unter systematischen Gesichtspunkten kann gesagt werden, dass weder das GPA noch das aBöB noch das BöB auf Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial Anwendung finden (Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB; Art. 10 Abs. 4 BöB; vgl. E. 6.2 hiervor). Solche Beschaffungen sind vom Anwendungsbereich des BöB und des GPA ausgenommen. Aus dem GPA lässt sich nichts ableiten, was einem Geheimnisvorbehalt entgegenstünde (vgl. Art. XXIII:1 bzw. Art. XXIII:2 GPA 1994 bzw. Art. III:1 und Art. III:2 Bst. a GPA 2012).

7.3.2 Beschaffungen von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial können (geheim) im Einladungsverfahren oder unter Umständen freihändig durchgeführt werden (vgl. 3. Kapitel aVöB und Art. 3 Abs. 1 Bst. e Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [aBöB] i.V.m. Art. 35 Abs. 3 Bst. a aVöB und Art. 36 Abs. 2 Bst. f aVöB) und ohne Beachtung von bestimmten Prinzipien des Vergaberechts (z.B. unter Vereinbarung von Kompensationsgeschäften, sog. Offset-Geschäfte; vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. b des Bundesbeschlusses über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 20. Dezember 2019, AS 2022 332; vgl. dagegen Art. XVI:1 GPA 1994 bzw. Art. IV:6 GPA 2012). Zudem gibt es bei Beschaffungen im Einladungsverfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB bzw. nach dem 3. Kapitel aVöB keine Rechtspflicht zur öffentlichen Ausschreibung des Auftrags (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a aVöB) und zur Veröffentlichung des Zuschlags (Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, S. 20 zu Art. 28 aVöB; vgl. namentlich die Angaben auf der Internetplattform SIMAP [Système d'information sur les marchés publics en Suisse]). Ob auch ein höherstufiges Verfahren zulässig wäre und welche Konsequenzen dies hätte, braucht nicht vertieft zu werden. Klar ist, dass vorliegend ein Einladungsverfahren stattgefunden hat. Rechtsschutz ist ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB i.V.m. Art. 35 Abs. 3 Bst. a und Art. 39 aVöB; vgl. ferner das Urteil des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2, wonach eine freiwillige Unterstellung unter das aBöB durch die Vergabestelle nicht möglich ist).

7.3.3 Die ISchV regelt den Schutz von Informationen des Bundes und der Armee, soweit er im Interesse des Landes geboten ist. Sie legt insbesondere deren Klassifizierung und Bearbeitung fest (vgl. Art. 1 ISchV). Art. 13 Abs. 3 ISchV stipuliert, dass bei einem Antrag auf Zugang zu amtlichen

Dokumenten das zuständige Organ unabhängig von der Angabe des Geheimhaltungsgrades prüft, ob der Zugang gemäss den Bestimmungen des BGÖ gestattet, eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden soll. Daraus folgt, dass die mögliche "geheime", "vertrauliche" oder "interne" Einstufung eines Dokuments nach der Informationsschutzverordnung keine eigenständige Wirkung hat: Allein das BGÖ ist vorliegend massgebend, ob und unter welchen Bedingungen der Zugang zu einem offiziellen Dokument gewährt werden kann. Mit anderen Worten steht die Klassifizierung eines Dokuments mit "vertraulich" der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes nicht entgegen (BVGE 2014/24 E. 3.6.3 ff. m.H.; vgl. Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 5.3). Die Botschaft zum BGÖ bezeichnet die Klassifizierung von Dokumenten dennoch als "wichtigen Anhaltspunkt" für die Beurteilung von Zugangsgesuchen, bestätigt aber, dass eine Klassifizierung den Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz nicht in jedem Fall ausschliesst (Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, S. 2006).

7.3.4 Welche Klassifizierung den TSPI-Daten zukommt, braucht nicht vertieft zu werden. Vorliegend ist jedenfalls das Dokument "Bericht Akustik NKF" als "vertraulich" klassifiziert. Dieser Umstand allein wäre nach dem Gesagten für sich nicht ausschlaggebend. Hinzu kommt jedoch, dass mit verschiedenen ausländischen Staaten gestützt auf Art. 150 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (Militärgesetz, MG; SR 510.10) sog. Informationsschutzabkommen bestehen (vgl. z.B. die Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Frankreich über den gegenseitigen Austausch und Schutz klassifizierter Informationen vom 16. August 2006, SR 0.514.134.91 oder das Agreement on Safeguarding Classified Information vom 19. Dezember 1961 [inkl. Zusatz vom 6. August 1981] sowie die Security Procedures for Industrial Operations between the Federal Military Department of Switzerland and the Department of Defense of the United States vom 20. Juli 1983 [inkl. Zusatz vom 26. September bzw. 7. Dezember 1994; Security Protocol]). Der Geheimhaltung solcher Rüstungsgeschäfte wird somit augenscheinlich ein sehr hoher Stellenwert zugemessen, namentlich auch im Zusammenhang mit den Vereinigten Staaten von Amerika.

7.3.5 Zusammenfassend ergibt sich aus der systematischen Auslegung, dass die Vertraulichkeit der Informationen bei Rüstungsbeschaffungen ein

hoher Stellenwert zukommt. Dieser erschöpft sich nicht einfach in der Feststellung des Amtsgeheimnisses, sondern zeigt sich dadurch, dass alle aktiven Informationen der Behörden ausgeschlossen sind. Hinzu kommt, dass die Schweiz verschiedene Vereinbarungen mit ausländischen Staaten geschlossen hat, die die Bedeutung der Vertraulichkeit noch untermauern.

7.4

7.4.1 In teleologischer Hinsicht stellt sich die Frage, inwieweit das aBöB die Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit bezweckt. Bei Beschaffungen, die unter das aBöB fallen, gilt das Transparenzgebot (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Präambel GPA 1994; vgl. Art. IV:4 GPA 2012). Das Ziel der Transparenz äussert sich insbesondere darin, dass gesetzlich geregelte und damit vorhersehbare Vergabeverfahren zur Anwendung kommen. Die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung mit Bekanntgabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, die Begründung der einzelnen Verfahrensentscheide, die Publikation des Zuschlagsentscheides und die Vorschriften über die technischen Spezifikationen machen das Vorgehen der Beschaffungsstelle transparent. Je nach gewähltem Vergabeverfahren wird der Transparenz mehr oder weniger Nachachtung verschafft. Die Ausschreibungsverfahren (offenes und selektives Verfahren) sind transparenter als das Einladungs- und das freihändige Verfahren. Vor allem muss die Vergabestelle auch nach den bekannt gegebenen Spielregeln spielen. Nach der Regulierungslogik des neuen BöB ist erst recht klar, dass die Transparenz nicht nur ein Hilfsmittel für die Marktöffnung ist, sondern auch ein solches zur Erreichung der Ziele im Bereich Integrität der öffentlichen Hand bzw. Governance (MARCO FETZ/MARC STEINER, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 3. Aufl. 2020, Rz. 43).

7.4.2 Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante – Klarheit im Voraus – und der Transparenz ex post – Verständlichkeit im Nachhinein – unterschieden wird (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-ante-Transparenz verlangt, dass die Regeln im Wettkampf um den Beschaffungsvertrag allen Verfahrensteilnehmern bekannt sind. In diesem Zusammenhang steht auch das Verbot der Änderung von Leistungs- und Verfahrensparametern im laufenden Verfahren (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2). Die Ex-post-Transparenz soll namentlich den Rechtsschutz garantieren. Ob ein

Vergabeverfahren rechtmässig ist, lässt sich nur beurteilen, wenn ersichtlich ist, unter Berücksichtigung welcher Grundlagen, Kriterien und Überlegungen die Vergabestelle entschieden hat (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 28 ff.). Das Transparenzprinzip bzw. die daraus abgeleitete Dokumentationspflicht ist Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz (Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2 E. 9.1). Denn ohne hinreichende Dokumentation lässt sich der Verdacht auf Ungleichbehandlung nachträglich weder bestätigen noch widerlegen (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 30 f. und 35; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 109 f.).

7.4.3 Das Transparenzgebot findet sich – nebst den Geboten der Wirtschaftlichkeit und der Gleichbehandlung – bei den allgemeinen Vorgaben und Grundsätzen (vgl. Art. 1 und 8 aBöB). Da sich diese Gebote im Wesentlichen mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen decken (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BV sowie Art. 8 Abs. 1 BV), wird vorgebracht, dass sie auch für die "übrigen Beschaffungen" und Rüstungsbeschaffungen im Einladungsverfahren gelten (vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, a.a.O., S. 13 m.H.). Wie es sich damit verhält, kann offengelassen werden. Dem Transparenzgebot wird jedenfalls bei Vergaben nach dem 3. Kapitel aVöB deutlich weniger Nachachtung verschafft. So sieht das Einladungsverfahren keine Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen oder des Zuschlags vor (vgl. E. 7.3.1 hiavor). Jedenfalls in Bezug auf die vorliegend in Frage stehenden Rüstungsbeschaffungen hat der Gesetzgeber den Transparenzgrundsatz (Art. 1 Abs. 1 Bst. a aBöB) auch nach dem Zuschlag beschränkt und von den ansonsten einschlägigen Pflichten zur aktiven Information (vgl. Art. 24 aBöB i.V.m. Art. 28 Bst. a–f aVöB e contrario; Art. 23 aBöB e contrario) abgesehen. Rechtsschutz gegen die Vergabe ist ohnehin ausgeschlossen (vgl. Art. 39 aVöB). Dies deutet daraufhin, dass der Gesetzgeber der Transparenz bei Rüstungsbeschaffungen aufgrund der nationalen Sicherheit ein geringeres Gewicht und der Geheimhaltung bzw. Vertraulichkeit entsprechend ein höheres Gewicht zugemessen hat.

7.4.4 Nach dem Gesagten liegt aufgrund der nationalen Sicherheit der Schweiz sowie mit Blick auf die Zusammenarbeit mit den Staaten der Informationsschutzabkommen (vgl. E. 7.3.3 hiavor) ein gewichtiges öffentli-

ches Interesse an der Geheimhaltung der *gesamten* Ausschreibungsunterlagen sowie der Anbieterangaben und des Evaluationsberichts sowie dazugehörigen Dokumenten vor. Der Abschlussbericht wurde im Auftrag von armasuisse erstellt. Ziel dieses Berichtes war, im Rahmen des Evaluationsverfahrens für die Wahl des neuen Kampfflugzeugs einen lärmtechnischen Vergleich der Kandidaten untereinander und mit dem aktuell eingesetzten F/A-18 Hornet durchzuführen. Zu den geheimhaltungsbedürftigen Dokumenten als Bestandteil der Evaluation gehört somit auch der Bericht Akustik NKF. Der Vorinstanz ist daher dahingehend beizupflichten, dass das Interesse an der Vertraulichkeit seines Gehalts entleert würde, wenn auf dem Weg der passiven Information entsprechende Informationen offenbart werden müssten (vgl. zur Terminologie der passiven versus der aktiven Information E. 3.3 hiavor). Es kann somit dahingestellt bleiben, ob die konkrete und ernsthafte Gefahr besteht, dass die Kombination der von der Vorinstanz durchgeführten Lärmmessungen am Boden mit den von den Anbietern erhobenen und zur Verfügung gestellten zeitsynchronisierten Positionsdaten (sog. Time-Space-Position-Information, TSPI) die Berechnung von sogenannten Quellenmodellen ermöglicht.

7.4.5 Auch der EDÖB betont in seiner Empfehlung vom 11. November 2021 zu einem anderen Einsichtsgesuch in Sachen X. gegen armasuisse die Geheimhaltung zum Schutz und der Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 10 Abs. 4 BöB (vgl. E. 6.2.6 hievor). Zwar besteht auch ein gewisses privates Interesse des Beschwerdeführers als Journalist sowie ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit über die Evaluation der Beschaffung für die NKF und damit verbunden an den Lärmdaten der NFK. Der Beschwerdeführer begründet sein Interesse namentlich auch mit der Bedeutung des Lärms für die Gesundheit von Mensch und Tier. Dieses Interesse wiegt jedoch weniger gewichtig als die nationale Sicherheit der Schweiz. Hinzu kommt, dass bereits ein Kurzbericht Akustik NKF mit den wichtigsten Informationen veröffentlicht wurde. Im Übrigen kann das weniger gewichtige öffentliche Interesse an der Transparenz von Rüstungsbeschaffungen und mitunter auch an einer Good Governance auf andere Weise, namentlich durch parlamentarische Aufsicht, gewährleistet werden (vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, a.a.O. ; Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates zum Controlling von Offsetgeschäften vom 25. Januar 2022, < <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Bericht%20GPK-S%20vom%2025.1.2022%20DE.pdf> >). Anzumerken ist schliesslich, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB nach der Rechtsprechung

des Bundesverwaltungsgerichts eng auszulegen ist (vgl. E. 6.2.2 hiavor), womit nicht die Gefahr besteht, dass mit diesem Auslegungsergebnis das Transparenzgebot und der Paradigmenwechsel des BGÖ unterlaufen werden könnte. Aus dem Sinn und Zweck der Regelung zeigt sich somit, dass das Geheimhaltungsinteresse bei Rüstungsbeschaffungen überwiegt, was für einen Geheimnisvorbehalt im Sinne von Art. 4 BGÖ spricht.

7.5 Als Fazit der Auslegung kann festgehalten werden, dass der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB keine Aussage zu einem Geheimnisvorbehalt macht. Die historische Auslegung ergibt, dass weder die Materialien zum aBöB noch zum BöB sich betreffend Verhältnis zum Öffentlichkeitsgesetz äussern. In systematischer Hinsicht lässt sich festhalten, dass bei Vergaben nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB keine aktiven Publikationspflichten bestehen. Aufgrund einer teleologischen Betrachtung würde der Zweck der Vertraulichkeit seines Sinnes entleert, wenn trotz Fehlens einer aktiven Informationspflicht dennoch in Rahmen der passiven Information der Zugang zu den Informationen gewährt werden müsste. Eine Abwägung der im Spiel stehenden öffentlichen Interessen ergibt nichts anderes, als dass die militärischen Interessen an der nationalen Sicherheit klar dem Informationsbedürfnis des Beschwerdeführers bzw. der Öffentlichkeit überwiegen. Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung führen die verschiedenen Auslegungselemente somit zum Resultat, dass mit Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB eine spezialgesetzliche Grundlage vorliegt, die nach Art. 4 BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht. Dieses Auslegungsergebnis steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 aBöB (vgl. E. 6.2.4 hiavor) sowie im Ergebnis auch mit der Empfehlung des EDÖB zu Art. 10 Abs. 4 BöB (vgl. E. 6.2.6 hiavor).

7.6 Zusammenfassend ergibt die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB, dass dieser eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellt. Deshalb durfte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den vollständigen Zugang zum angebehrten Dokument verweigern (Art. 4 BGÖ). Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob weitere Spezialbestimmungen bestehen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB sowie das Informationsschutzabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika in E. 7.3.4 hiavor; vgl. die Frage bejahend, ob mit dem Begriff "Bundesgesetz" auch völkerrechtliche Abkommen mitgemeint sind: Urteil des BVGer A-1784/2014 vom 30. April 2015 E. 5.2). Gibt es eine gesetzliche Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ, die von vornherein dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht und den Zugang zu den strittigen Daten be-

schränkt, sind auch die im Öffentlichkeitsgesetz selbst vorgesehenen Ausnahmen nicht mehr weiter zu prüfen. Vor diesem Hintergrund kann insbesondere offen bleiben, ob die Ausnahmenbestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, c, d, g und h BGÖ Anwendung fänden.

8.

Anzumerken bleibt, dass die Vorinstanz die vollständigen und ungeschwärzten Akten zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts eingereicht hat, womit es sich erübrigt auf den prozessualen Antrag des Beschwerdeführers um Aktenbeizug für das Bundesverwaltungsgericht einzugehen. Auf die prozessualen Anträge der Vorinstanz bezüglich Offenlegung von bestimmten Dokumenten bzw. Entscheidungspublikation von bestimmten grau hinterlegten Stellen in der Vernehmlassung in der Datenbank des Bundesverwaltungsgerichts braucht ebenfalls nicht eingegangen zu werden, da die davon betroffenen Stellen für die Entscheidungsbegründung nicht benötigt werden und keine Akteneinsicht beantragt wurde.

9.

Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtskonform und die Beschwerde ist somit abzuweisen.

10.

10.1 Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegend, weshalb er in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen hat. Diese sind auf Fr. 1'500.– festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Betrag ist dem einbezahlten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.– zu entnehmen.

10.2 Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz und an den EDÖB.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Joel Günthardt

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. CMI 2021-297; Gerichtsurkunde)
- den EDÖB (zur Kenntnis)