



Bern, 9. August 2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragstellerin)**

und

**Pensionskasse der F. Hoffmann-La Roche AG
(Antragstellerin 2)**

gegen

Bundesamt für Wohnungsbau BWO

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Die Sapomp Wohnbau AG (nachfolgend SWAG) ist eine vom Bund gegründete Aktiengesellschaft, die vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) durch eine Leistungsvereinbarung mit Vollzugsaufgaben im Rahmen des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 (WEG, SR 843) betraut wurde. Sie trat als Auffangesellschaft für Liegenschaften auf, die Wohnbauförderung erhalten hatten und während der Immobilienkrise der Neunzigerjahre in finanzielle Schwierigkeiten geraten waren.¹ Gemäss Medienmitteilung vom 20. Dezember 2010 verkaufte die Schweizerische Eidgenossenschaft das Liegenschaftsportefeuille der SWAG am 16. Dezember 2010 per 1. Januar 2011 an die Pensionskasse der F. Hofmann-La Roche AG (nachfolgend PK).² Die Abwicklung dieses Verkaufs organisierte der Bund in zwei Etappen. Zunächst suchte das EVD (d.h. an dessen Stelle das Bundesamt für Wohnungsbau, BWO) entsprechend dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1, nachfolgend WTO-Ausschreibung) einen externen

¹ Leistungsauftrag 2005 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bund) und der Sapomp Wohnbau AG; Bericht der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Nationalrats und des Ständerats betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahr 2005 vom 28. Februar 2006, S. 50 f.

² Medienmitteilung des Bundesamtes für Wohnungsbau vom 20. Dezember 2010, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=36888>, zuletzt besucht am 10. Juli 2012.



Auftragnehmer für die Durchführung des Bietverfahrens. Zentrale Aufgaben des Dienstleistungsauftrages waren die Akquisition von Interessenten im Bietverfahren sowie die Aufbereitung von Entscheidungsgrundlagen für den Verkauf nach den Kriterien des Auftraggebers. Den Zuschlag für diesen Auftrag erhielt die Firma Ernst & Young (nachfolgend E&Y).³ Im Bietverfahren lud diese die Unternehmen mit den fünf höchsten Angeboten zu einer Offertenstellung ein. Mit den zwei Höchstbietenden nahm die SWAG Vertragsverhandlungen auf. Der Verkaufsentscheid zugunsten der PK erfolgte am 16. Dezember 2010, gestützt auf die von E&Y erstellten Grundlagen, der Stellungnahme der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) vom 10. Dezember 2010 sowie der Ermächtigung des Verwaltungsrates der SWAP durch die Departementsleitung des EVD.⁴

2. Die Antragstellerin X.____ (nachfolgend Antragsstellerin 1), vertreten durch die Anwaltskanzlei Z.____, verlangte am 22. Dezember 2010 beim BWO, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3), Einsicht „in alle entscheidungsrelevanten Dokumente und Entscheidungsprotokolle der zuständigen Stellen,
 - insbesondere des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements,
 - des Bundesamtes für Wohnungswesen,
 - des Verwaltungsrates der Sapomp Wohnbau AG,
 - der Ernst & Young AG, Zürich, sowie
 - des Schweizerischen Bundesrates, betreffend den Verkauf des Liegenschaftsportefeuilles der Sapomp Wohnbau AG an die Pensionskasse der F. Hofmann-La Roche AG [...]“

Die Antragstellerin 1 war zusammen mit der PK einer der zwei Höchstbietenden im von der E&Y durchgeführten Bietverfahren.

3. Das BWO informierte am 5. Januar 2011 die PK, dass die Antragstellerin 1 ein Zugangsgesuch nach Öffentlichkeitsgesetz eingereicht hatte. Ferner teilte das BWO mit, es gedenke dem Zugangsgesuch zu entsprechen, indem es der Antragstellerin 1 den Zugang gewähren werde zur Korrespondenz von Bundesstellen sowie zur Evaluationstabelle mit der Auswertung der Angebote der beiden am Schluss verbleibenden Interessenten. Gleichzeitig lud es die PK zu einer Stellungnahme ein, insbesondere hinsichtlich dem eventuellen Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Art. 11 BGÖ). Dieses Schreiben ging in Kopie auch an die SWAP und an die Antragstellerin 1.
4. Bevor die PK ihre Stellungnahme an das BWO abgegeben hatte, äusserte sich die Antragstellerin 1 mit Schreiben vom 7. Januar 2011 zu Geschäftsgeheimnissen und zu ihrer Aktivlegitimation.
5. Am 13. Januar 2011 antwortete die PK als betroffene Person (Art. 11 BGÖ) dem BWO und äusserte sich zu Geschäftsgeheimnissen, zum persönlichen Geltungsbereich, zu den amtlichen Dokumenten, den Persönlichkeitsrechten und zu Art. 8 Abs. 4 BGÖ und stellt den Antrag, dass dem Zugangsgesuch der Antragstellerin 1 nicht zu entsprechen sei.
6. Das BWO adressierte seine Stellungnahme vom 24. Januar 2011 an die Antragstellerin 1 und an die PK. Darin äusserte es sich zur Anwendbarkeit des BGÖ, den amtlichen Dokumenten, den Geschäftsgeheimnissen und dem Persönlichkeitsschutz. Es hielt fest, dass es über folgende Dokumente verfüge:
 - a) Informationsnotiz des EVD vom 22. März 2010 betreffend die Liquidation der Sapomp Wohnbau AG zuhanden der Mitglieder des Bundesrates;

³ <https://www.simap.ch>, Meldungsnummer 457289 und 452107 Meldungsnummer 515779.

⁴ Stellungnahme des BWO an den Beauftragten vom 9. März 2011.



- b) Vergleich der verbindlichen Angebote – Übersicht, Ernst & Young AG, 3. Dezember 2010;
- c) Quantitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, Ernst & Young AG, 3. Dezember 2010;
- d) Qualitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, Ernst & Young, 3. Dezember 2010;
- e) Schreiben der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) an das BWO vom 10. Dezember 2010 und
- f) Schreiben des Vorstehers des EVD an die Sapomp Wohnbau AG vom 13. Dezember 2010.

Das BWO stellte der Antragstellerin 1 und der PK jeweils auch die oben aufgelisteten Dokumente Bst. b bis d zu, legte jedoch nur jene Informationen offen, welche jeweils diese Unternehmen betreffen. Gleichzeitig kündigte das BWO an, dass es der Antragstellerin 1 den uneingeschränkten Zugang zu den Dokumente Ziffer a bis f zu gewähren gedenke.

7. Daraufhin reichte die Anwaltskanzlei Y.____ im Auftrag der PK (nachfolgend Antragstellerin 2 am 11. Februar 2011 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein und teilte mit, dass sie sich der Offenlegung der Dokumente durch das BWO an die Antragstellerin 1 widersetze.
8. Am 14. Februar 2011 reichte die Antragstellerin 1 beim Beauftragten auch einen Schlichtungsantrag ein. Sie erklärte, dass sich ihr Antrag nicht auf die Dokumente beziehe, welche das BWO offenzulegen gedenke, sondern auf alle (übrigen) entscheiderelevanten Dokumente und Entscheidprotokolle der zuständigen Stellen betreffend den Verkauf der SWAG, die sich nicht im (unmittelbaren) Besitz des BWO befinden bzw. welche im Rahmen des Bietverfahrens von der E&Y bzw. SWAG nicht an das BWO weitergeleitet worden waren.
9. Die Offenlegung dieser Dokumente werde von ihr nicht bestritten und habe damit sofort zu erfolgen. Das BWO lehne es hingegen ab, Einsicht zu geben auf Dokumente, die sich nicht im (unmittelbaren) Besitz des BWO befinden bzw. welche im Rahmen des Bietverfahrens von der E&Y bzw. SWAG nicht an das BWO weitergeleitet wurden. Ihr Schlichtungsantrag richte sich daher auf alle (übrigen) entscheiderelevanten Dokumente und Entscheidprotokolle der zuständigen Stellen betreffend den Verkauf der SWAG.
10. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte das BWO am 9. März 2011 zu beiden Schlichtungsanträgen eine Stellungnahme und ein Dokumentenverzeichnis mit den entsprechenden Dokumenten ein. Es erklärte, dass das Zugangsgesuch der Antragstellerin 1 die entscheiderelevanten Dokumente und Entscheidprotokolle betreffend den Verkauf des Immobilienportfolios zum Gegenstand hätten. Für den Verkaufsentscheid relevant gewesen seien jene Dokumente, welche bis zum Zeitpunkt des Verkaufsentscheids erstellt worden seien. Das BWO teilte ferner mit, dass in Ergänzung zur Stellungnahme vom 24. Januar 2011 festgehalten werden könne, dass sich im Zusammenhang mit dem Verkaufsentscheid noch weitere Dokumente im Besitz des BWO befänden:
 - a) Entwurf eines Aktienkaufvertrages zwischen der BWO und der Antragstellerin 1;
 - b) Entwurf für einen Vermögensübertragungsvertrag zwischen der SWAG und der Antragstellerin 2;
 - c) Entwurf für eine Schadloserklärung seitens des BWO;
 - d) E-Mail des BWO an E&Y vom 6. Dezember 2010; und
 - e) E-Mail der E&Y an das BWO vom 7. Dezember 2010.

Das BWO erläuterte, dass die Antragstellerin 1 über das Dokument a verfüge. Die Dokumente b und c würden den Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 BGÖ unterliegen. Demgegenüber könne der Zugang in Bezug auf die Dokumente d und e gewährt werden, wobei diesbezüglich die Antragstellerin 2 sich noch nicht gemäss Art. 11 BGÖ hätte äussern können.



11. Am 27. April 2011 hörte der Beauftragte das BWO mündlich vor Ort an, insbesondere betreffend die Existenz der relevanten Dokumente.⁵ Es händigte ihm die Statuten der SWAP sowie den Leistungsauftrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der SWAP aus. Im Anschluss an dieses Gespräch sandte das BWO am 28. April 2011 dem Beauftragten eine ergänzende Stellungnahme zu. Es erläuterte darin, dass beim Bietverfahren (Ziffer 1) vorgängig festgelegt worden sei, dass der Veräusserungsentscheid nach Konsultation der Departementsleitung des EVD gemeinsam beim BWO und der EFV liege und dass der Bundesrat nur bei Uneinigkeit der beiden Amtsstellen entscheiden würde. Aufgrund des von der EFV mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 erklärten Einverständnisses habe Einigkeit über den Veräusserungsentscheid bestanden. Infolgedessen hätte es keines Bundesratsentscheides bedurft und das Dossier sei nicht an diesen weitergeleitet worden. Aus diesem Grund bestünden denn auch keine einen Verkaufsentscheid des Bundesrats betreffenden Dokumente. Das Entscheidungsverfahren sei dadurch abgeschlossen worden, dass die Departementsleitung des EVD in Kenntnis der Auswertung der verbindlichen Angebote der beiden verbliebenen Bieterinnen und der Stellungnahme der EFV mit Schreiben vom 13. Dezember 2010 die SWAP ermächtigte, dem vorliegenden Höchstangebot den Zuschlag zu erteilen. Abschliessend bestätigte das BWO, dass es über keine weiteren für den Verkaufsentscheid relevanten amtlichen Dokumente im Sinne des BGÖ verfüge.
12. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen, des BWO und auf die eingereichten Akten 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

13. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.
14. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.⁶ Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.
15. Zugangsgesuche sind an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Die Antragstellerin 1 hat vorliegend keine Zugangsgesuche beim Bundesrat, bei der Departementsleitung des EVD, beim GS-EVD, bei der SWAP und bei der E&Y eingereicht. Demzufolge fehlt diesbezüglich das entsprechende Zugangsgesuchsverfahren. Somit sind die formellen Voraussetzungen für die Einreichung eines Schlichtungsantrags betreffend den Bundesrat, die Departementsleitung des EVD, das GS-EVD, die SWAP und die E&Y nicht vorhanden (Art. 10 Abs. 1 BGÖ, e contrario Art. 13 BGÖ), weshalb diesbezüglich der Beauftragte in diesem Verfahren auch nicht zuständig ist.

⁵ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 47.

⁶ BBI 2003 1963 2023.



16. Hingegen hat die Antragstellerin 1 ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BWO eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Zudem ist im Rahmen dieses Zugangsgesuchsverfahren die Antragstellerin 2 gemäss Art. 11 BGÖ vom BWO angehört worden. Beide Antragstellerinnen sind als Teilnehmerinnen an einem Gesuchsverfahren beim BWO zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Beide Anträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
17. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt allein dem Beauftragten.⁷
18. Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

Schlichtung

19. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).⁸
20. Die Schlichtungsanträge der Antragstellerinnen 1 und 2 betreffen dieselben Parteien, denselben Sachverhalt und werfen identische Rechtsfragen auf. Damit rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.

Öffentlichkeitsprinzip (Art. 6 BGÖ)

21. In ihrem Zugangsgesuch vom 22. Dezember 2010 erklärte die Antragstellerin 1, dass sie unabhängig vom Anspruch nach BGÖ direkt gestützt auf die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) über einen Anspruch auf Akteneinsicht verfüge. Sie verwies auf Art. 8 BV, Art. 9 BV, Art. 29a BV, Art. 29 BV und Art. 35 BV und begründete dies ausführlich. Auch teilte sie in ihrem Schreiben vom 7. Januar 2011 dem BWO erneut mit, dass sie das Gesuch um Akteneinsicht vom 22. Dezember 2010 nicht allein auf das Öffentlichkeitsgesetz, sondern darüber hinaus auch auf die verfassungsmässig garantierten Rechte eines Verfahrensbeteiligten stütze. Das Öffentlichkeitsgesetz sei zwar unbestritten anwendbar. Es sei jedoch auf die Konstellation zugeschnitten, dass ein nicht beteiligter Privater Einsicht in ihn nicht direkt betreffende behördliche Unterlagen nehme. Die Ausnahmeregelung

⁷ BBI 2003 1963 2024.

⁸ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.



hinsichtlich der Geschäftsgeheimnisse sei unter dieser Optik zu sehen. In diesem Fall verlange „[...] jedoch eine Verfahrensbeteiligte Person Einsicht in sie direkt betreffende Verfahrensakte einer Bundesbehörde. Deshalb stehe ihr gestützt auf Art. 8, 9 und 29 BV ein Anspruch auf Akteneinsicht zu, gegen den die erwähnten Drittinteressen nicht durchzudringen vermögen.

22. Die Antragstellerin 2 erklärte in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2010, dass sie der Ansicht sei, dass hier das Einsichtsrecht nicht legitimen Informationsbedürfnissen diene, sondern lediglich im Rahmen einer Wettbewerbssituation zur Durchsetzung kommerzieller Interessen ausgeübt werde.
23. Nach dem Öffentlichkeitsprinzip hat jede Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 6 BGÖ). Das Gesuch muss genügend Angaben enthalten, damit das verlangte Dokument identifiziert werden kann (Art. 7 Abs. 2 VBGÖ), wobei die Behörde der gesuchstellenden Person ihrerseits Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente geben muss (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ). Allerdings muss das Zugangsgesuch nicht begründet werden (Art. 7 Abs. 1 VBGÖ). Deshalb ist es unerheblich, aus welchen Motiven eine Person ein solches einreicht. Zudem gilt das Prinzip des gleichen Zugangs. Hat eine Person Zugang zu einem amtlichen Dokument erhalten, so steht der Zugang in demselben Umfang auch jeder weiteren Gesuchstellerin und jedem weiteren Gesuchsteller zu (Gleichheitsprinzip, Art. 6 Abs. 1 BGÖ; Art. 2 VBGÖ).⁹ Es ist demzufolge auch unerheblich, ob die Antragstellerin 1 das Zugangsgesuch offenkundig aus eigenen Interessen stellt. Zum Schutz von allfälligen wettbewerbsrechtliche Interessen hat das Gesetz in Art. 7 BGÖ den Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen vorgesehen.¹⁰ In Bezug auf Verfahrensakte ist schliesslich zu bemerken, dass das Öffentlichkeitsgesetz bei laufenden Verfahren gemäss Art. 3 BGÖ nicht anwendbar ist, insbesondere nicht für die Einsichtnahme einer Partei in die Akten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.¹¹ Keine der beiden Antragstellerinnen machen ein laufendes Verfahren gemäss Art. 3 BGÖ geltend. Demzufolge wird vorliegend der Zugang zu den verlangten Dokumenten einzig nach den Normen des Öffentlichkeitsgesetzes beurteilt, unabhängig davon, dass beide Parteien auch Verfahrensbeteiligte im *abgeschlossenen* Bietverfahren gewesen sind.

Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ)

24. Der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist in Art. 2 geregelt. Nach Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt es für die zentrale und dezentrale Bundesverwaltung. Im Anhang 1 und 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1) sind die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung aufgelistet. Der Bundesrat als eigenständige Behörde ist – obwohl er diese leitet – nicht Teil der Bundesverwaltung und untersteht daher nicht dem Öffentlichkeitsgesetz (e contrario Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).¹² Auch anwendbar ist das Gesetz auf die Parlamentsdienste (Art. 2 Abs. 1 Bst. c BGÖ).
25. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ fallen aber auch Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. In Frage kommen jedoch nur Gesellschaftsformen des Privatrechts oder öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger, welche kraft Spezialgesetzgebung geschaffen wurden. Entscheidend für die Bejahung des persönlichen Geltungsbereiches ist jedoch, ob diese

⁹ PASCAL MAHON/OLIVER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 6 RZ 24.

¹⁰ BBI 2003 1963 2011.

¹¹ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 2.2.3.

¹² Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 2.2.2.



Organisationen und Personen in den ihnen übertragenen Verwaltungsaufgaben Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen. Damit erfasst das Öffentlichkeitsgesetz nur jene übertragenen Verwaltungsbereiche, in denen die Organisationen oder Personen hoheitlich tätig sind.¹³

26. Die Antragstellerin 1 beehrte in ihrem Zugangsgesuch vom 22. Dezember 2010 beim BWO Zugang zu allen entscheiderelevanten Dokumenten und Entscheidprotokollen der zuständigen Stellen im Rahmen des Verkaufs des Liegenschaftenportefeuilles der SWAG, insbesondere des EVD, des BWO, des Bundesrates, des Verwaltungsrates der SWAG und der E&Y.
27. Dazu hielt das BWO in seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2011 fest, dass die SWAG und die E&Y nicht dem Geltungsbereich des BGÖ unterstehen, der Bundesrat als Kollegialbehörde ebenfalls ausgeschlossen sei und das EVD über keine Dokumente verfüge, die nicht auch im Besitz des BWO seien und dass die Bundesbehörde, auch wenn sie sich des Privatrechts bediene, beispielsweise bei der Beschaffung des Finanzvermögens, dem BGÖ unterstehe.
28. Die Antragstellerin 2 verneinte in ihren Schlichtungsantrag vom 11. Februar 2011 die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes, indem sie erklärte, dass der Vertragspartner und auch Empfänger ihres Angebots im Bietverfahren nicht die Bundesverwaltung oder eine andere öffentlich-rechtliche Stelle gewesen sei, sondern die SWAG. Diese sei eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft ohne irgendwelche Besonderheiten. Die Tatsache, dass deren Aktien durch die Eidgenossenschaft gehalten werde, ändere daran nichts.
29. Hierzu führte die Antragstellerin 1 in ihrem Schlichtungsantrag vom 14. Februar 2011 u.a. aus, dass die öffentliche Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags betreffend die Organisation des Verkaufs der SWAG explizit das EVD/BWO als Bedarfs/Vergabestelle und die SWAG als Beschaffungsstelle/Organisatorin bezeichne und die „Art des Auftragsgebers“ der Bund (Zentrale Bundesverwaltung) sei, woraus folge, dass sowohl die E&Y als auch die SWAG als Beauftragte bzw. Vertreter des Bundes tätig gewesen seien. Die Veräusserung des Immobilienportefeuilles bzw. der Aktien der SWAG sei im Interesse und auf Anweisung der Schweizerischen Eidgenossenschaft erfolgt, welche durch das BWO vertreten wurde. Gemäss dem Leistungsauftrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der SWAG vom 19./28. August 2005, der die Tätigkeit der SWAG im Rahmen der Wohnbau- und Eigentumsförderung des Bundes regelt, werde die SWAG als Beauftragte des Bundes bezeichnet. Weiter begründet die Antragstellerin 1, dass es für die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes nicht darauf ankommen könne, ob sich die Behörde einer privaten Organisation als Koordinationsstelle, Vertreterin oder Leistungsbeauftragte bediene. Ansonsten hätte es die Behörde in der Hand, durch den Einsatz bzw. das Dazwischenschalten von privaten Vertretern den Anwendungsbereich des BGÖ zu beschränken und das Öffentlichkeitsprinzip zu umgehen.
30. Das EVD, inklusive dessen Departementsleitung¹⁴ und das BWO gehören zur Bundesverwaltung und das Öffentlichkeitsgesetz ist auf sie anwendbar (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Auf die Bundesverwaltung bleibt das Öffentlichkeitsgesetz auch anwendbar, wenn sie sich des Privatrechts bedient, so beispielsweise bei der Bewirtschaftung des Finanzvermögens.¹⁵
31. Art. 2 BGÖ ist weit auszulegen. So entschied das Bundesverwaltungsgericht jüngst in einem Entscheid, dass auch externe Experten- und ad hoc Kommissionen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind, wenn sie *öffentliche Aufgaben übernehmen, die gewöhnlich von der*

¹³ THOMAS SÄGESSER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 2 RZ 29.

¹⁴ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 2.2.2.

¹⁵ BBI BGÖ 2003 1963 1994 f.; KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 5, RZ 21.



Zentralverwaltung wahrgenommen werden. Es hält explizit fest: „Würde ein solches (Fach-) Gremium nun den Geltungsbereich des BGÖ entzogen, stünde es im Belieben des Bundesrates bzw. seiner Departemente, durch die einzelfallweise Auslagerung von Verwaltungsaufgaben das Öffentlichkeitsgesetz auszuhebeln.“¹⁶

32. Die SWAG wurde vom Bund als privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft gegründet. Gemäss Art. 2 der Statuten verfolgte diese öffentliche Zwecke durch Übernahme von wirtschaftlich gefährdeten Immobilien, welche mit eidgenössischer oder kantonaler Wohnbauhilfe erstellt wurden. Des Weiteren bezweckte die SWAG die Förderung des preisgünstigen Wohnungsbaus sowie die Verhinderung der Spekulation auf dem Wohnungsmarkt. Mit einem Dienstleistungsvertrag¹⁷ wurden in Anlehnung und Ausführung des Auftrags der Wohnbau- und Eigentumsförderung nach Verfassung (Art. 108 BV) und Gesetz die Schnittstellen zwischen Bund und der SWAG definiert, Delegationsnormen aufgestellt und die Aufgaben und Kompetenzen zwischen Auftraggeberin und Beauftragten festgehalten. In Ziffer 11 des Vertrages wird auch bestimmt, dass neben der aktienrechtlichen Prüfung durch die Revisionsstelle gemäss Art. 747 ff. OR eine Überwachung der Geschäftstätigkeit durch die Finanzkontrolle des Bundes (EFK) in Form von Stichproben und anderen gesetzlichen vorgesehenen Kontrollen stattfinden kann. Somit wurde die vom Bund privatrechtliche organisierte SWAG mit Vollzugsaufgaben im Rahmen der WEG belehnt.¹⁸ Zu beachten ist aber, dass sich das Zugangsgesuch nicht auf Dokumente dieser Tätigkeit bezieht, sondern auf jene des Verkaufsgeschäfts. Deshalb wird nicht geprüft, ob die SWAG bezüglich der WEG-Vollzugsaufgaben auch Verfügungskompetenzen hat und somit gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst ist.¹⁹ Hingegen ist zu prüfen, ob sie hinsichtlich des vorliegend zu beurteilenden Verkaufsgeschäfts in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt.
33. Den Verkauf der SWAG hat das EVD/BWO – mit Ausnahme des Verkaufsentscheids – an die SWAG und an die Firma (E&Y) ausgelagert. Im detaillierten Aufgabenbeschrieb der WTO-Ausschreibung zum Dienstleistungsauftrag hat der Bund die SWAG als Organisatorin, das EVD (BWO) als Vergabestelle und der Bund als Auftragnehmer aufgelistet und festgehalten, dass der Entscheid über den Verkauf des Immobilienportfolios der SWAG beim Bund liegt. Den Zuschlag zu diesem Dienstleistungsauftrag erhielt das Unternehmen E&Y, welches für den Bund insbesondere folgende Aufgaben zu erbringen hatte: Konzept und Vorgehensplan für die Akquisition der Käufer, Ausarbeitung, Bereitstellung und Versand von Verkaufsunterlagen und Dokumentation, Organisation Datenraum, Organisation und Durchführung von Besichtigungen unter Einbezug eines Vertreters des SWAG, Verhandlungen mit Interessenten, Aufbereitung von Entscheidungsgrundlagen für den Auftraggeber, Abschlussverhandlungen, Mitarbeit bei der Ausarbeitung von Kaufverträgen, Organisation und Teilnahme an der Beurkundung, soweit erforderlich und vom Auftraggeber gewünscht.²⁰ Die E&Y führte ein Bietverfahren durch und hat schliesslich dem Bund die Entscheidungsgrundlagen betreffend die zwei verbliebenen Höchstbietenden, nämlich die Antragstellerinnen 1 und 2, zugestellt. Ausser den dem BWO zugestellten Dokumenten sind laut Mitteilung des BWO keine weiteren entscheiderelevanten Dokumente über dieses Verkaufsgeschäft beim Bund vorhanden. In Bezug auf die Abwicklung des Verkaufs des Liegenschaftenportfolios der SWAG handelten sowohl die E&Y als auch die SWAG im Auftrag und auf Weisung der Bundesverwaltung. Sie haben beide hinsichtlich dieses Einzelgeschäftes eine öffentliche Aufgabe übernommen, die ansonsten von Bundesbehörden

¹⁶ Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 4.2.

¹⁷ Vgl. FN 1.

¹⁸ Ulrich HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, RZ 1509 f.

¹⁹ Vgl. FN 25.

²⁰ www.simap.ch, Meldungsnummer 457289 und 515779.



hätten wahrgenommen werden müssen. Würde man diese Auftragnehmer dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entziehen, hätte es die Behörde in der Hand, einzelfallweise die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben auszulagern.

34. *Nach Ansicht des Beauftragten bleibt das BWO, das EVD und die Departementsleitung dem Öffentlichkeitsgesetz unterworfen, wenn sie sich des Privatrechts bedienen. Die E&Y und die SWAG unterliegen in Bezug auf die ihnen von der Bundesbehörde übertragenen Aufgaben betreffend den Verkauf des Immobilienportfolios der SWAG dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).*

Amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ)

35. Die Antragstellerin 1 möchte Zugang zu den entscheidungsrelevanten Unterlagen des Verkaufsgeschäfts. In ihrem Schlichtungsantrag vom 14. Februar 2011 argumentierte sie, dass sowohl die E&Y als auch die SWAG im Rahmen des Bietverfahrens als Beauftragte und Stellvertreterin des Bundes auftraten und somit alle an diese übermittelten Dokumente dem BWO zugegangen seien. Ferner führte sie aus, dass das BWO verkenne, dass die E&Y und das BWO als Beauftragte und somit Stellvertreter des Bundes handelten, dass die gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz angefragte Behörde als Hauptadressatin der Dokumente alle Massnahmen zur Beschaffung der Dokumente bei den Beauftragten ergreifen müsse und das Öffentlichkeitsgesetz den Geltungsbereich des BGÖ nicht durch die Wahl der Strukturierung einer Transaktion gewisse Entscheidungen privater Organisationen wie die E&Y oder SWAG überlassen könne.
36. Die Antragstellerin 2 erklärte ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2011, der Vertragspartner und auch der Empfänger des Angebots sei die SWAG und nicht die Bundesverwaltung oder eine andere öffentlich-rechtliche Stelle gewesen. Daran ändere auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ nichts. Die SWAG sei eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft. Die Tatsache, dass deren Aktien durch die Schweizerische Eidgenossenschaft gehalten werden, führe zu keiner Änderung.
37. Aus der WTO Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags ergibt sich, dass der Entscheid über den Verkauf der Liegenschaften bei der Bundesbehörde liegt. Demzufolge versteht sich von selbst, dass die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen dem Bund vorgelegen haben und dies der Antragstellerin 2 klar bewusst sein musste, da es sich hierbei um den Verkauf einer im vollständigen Besitz des Bundes sich befindenden Aktiengesellschaft gehandelt hat und diese nicht ohne dessen Zustimmung verkauft werden konnte. Etwas anderes wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar.
38. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Nach Art 5 Abs. 1 Bst. a-c BGÖ ist ein amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Nicht als amtliche Dokumente gelten u.a. aber Dokumente, die nicht fertig gestellt sind (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ). Darunter fallen solche, die noch nicht in ihrer definitiven Fassung vorliegen (Art. 1 Abs. 3 VBGÖ). Demnach gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für alle Dokumente, aber umfassend für alle *amtlichen Dokumente*.²¹ Deshalb können amtliche Dokumente auch solche sein, *die einer Behörde von Stellen zugestellt werden, die selber nicht* (z. B. Privatpersonen, Unternehmen) *oder nur teilweise vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes* (z.B. Post, SBB) erfasst werden. Auf Dokumente von Privaten ist das Öffentlichkeitsgesetz jedoch anwendbar, wenn diese von einer Behörde zur Ausübung einer *öffentlichen Aufgabe* verwendet werden, so z.B. wenn sie in

²¹ Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2012 E. 3.



Zusammenhang mit einem Entscheidungsprozess stehen (z. B. bei der Erteilung einer Bewilligung), der Verwaltung im Rahmen eines Aufsichtsverhältnisses übermittelt oder freiwillig zugestellt wurden. Da der Bund, auch wenn er sich des Privatrechts bedient, dem Öffentlichkeitsgesetz unterworfen bleibt, sind amtliche Dokumente grundsätzlich zugänglich, die im Zusammenhang mit einem privatrechtlichen Vertrag der Verwaltung stehen.²²

39. Das BWO stellte dem Beauftragten folgende Dokumente zu:

- a) Informationsnotiz des EVD vom 22. März 2010 betreffend die Liquidation der SWAG zuhanden der Mitglieder des Bundesrates (Dok.1);
- b) E-Mail der E & Y vom 23. Dezember 2010 an das BWO betreffend die Unterlagen zum Verkaufsentscheid mit sechs angefügten Dokumenten (Dok.2). Die in diesem E-Mail aufgelisteten Anhänge, Vermögensübertragung_Automne, X. ____ Aktienkaufvertrag, Projekt Automne_Binding offer_Gesamtbeurteilung, Projekt Automne_Binding_offer_quantitativer Vergleich, Projekt Automne_offer_qualitativer Vergleich, Schadloshaltung SAPOMP, entsprechen den nachfolgenden Dok. 3 bis 8.
- c) Vergleich der verbindlichen Angebote – Übersicht, E&Y, 3. Dezember 2010 (Dok.3);
- d) Quantitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, E&Y, 3. Dezember 2010 (Dok.4);
- e) Qualitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, E&Y, 3. Dezember 2010 (Dok.5);
- f) Entwurf für einen Vermögensübertragungsvertrag zwischen der SWAG und der Antragstellerin 2 vom 30. November 2010 (Dok.6);
- g) Entwurf eines Aktienkaufvertrages zwischen der BWO und der Antragstellerin 1 vom 2 Dezember 2010 (Dok.7);
- h) Entwurf für eine Schadloserklärung seitens des BWO gegenüber Antragstellerin 2 vom 29. November 2010 (Dok.8);
- i) E-Mail des BWO vom 6. Dezember 2010 (Dok.9);
- j) E-Mail der E & Y vom 7. Dezember 2010 (Dok.10);
- k) Schreiben der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) an das BWO vom 10. Dezember 2010 (Dok.11); und
- l) Schreiben des Vorstehers des EVD an die SWAG vom 13. Dezember 2010 (Dok.12).

40. In seinem Schreiben vom 24. Januar 2011 erklärt das BWO dem Beauftragten, dass das EVD über keine Dokumente verfüge, die sich nicht auch im Besitz des BWO befänden. Die Bietunterlagen seien den Interessierten zur Verfügung gestellt worden, so dass sie im Rahmen der Behandlung des vorliegenden Gesuches nicht erneut zugänglich gemacht werden müssten. Die im Bietverfahren eingereichten Offerten seien an die E&Y und nicht an den Bund gerichtet gewesen und seien nicht an Behörden des Bundes weitergeleitet worden. Jedoch habe E&Y zuhanden der Entscheidungsträger des Bundes verschiedene Dokumente erstellt, welche sich im Besitz des BWO befänden. Im Schreiben vom 28. April 2011 führte das BWO aus, es sei vorgängig festgelegt worden, dass der Verkaufsentscheid nach Konsultation der Departementsleitung des EVD gemeinsam beim BWO und der EFV liege und dass der Bundesrat nur bei Uneinigkeit der beiden Amtsstellen entscheiden würde (Ziffer 39 Dok.1). Aufgrund des von der EFV mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 erklärten Einverständnisses (Ziffer 39 Dok.11) habe Einigkeit über den Verkaufsentscheid bestanden, weshalb es keinen Bundesratsentscheid gegeben habe. Demzufolge würden keine den Bundesrat betreffenden Dokumente bestehen. Das Entscheidungsverfahren wurde abgeschlossen indem die Departementsleitung des EVD in Kenntnis der Auswertung der verbindlichen Angebote der beiden verbliebenen Bieter und der Stellungnahme des EFV mit dem Schreiben vom 13. Dezember 2010 (Ziffer 39 Dok.12) die SWAG ermächtigt habe, dem vorhandenen Höchstangebot den Zuschlag zu erteilen. Schliesslich bestätigte das BWO, dass es über keine weiteren als die dem Beauftragten zugestellten Dokumente verfüge.

²² BBI 2003 1963 1993 f.; Kurt Nuspliger, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 5 RZ 21.



41. Das Zugangsgesuch ist an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstellt sind, als Adressatin erhalten hat (Art. 10 BGÖ; Art. 5 BGÖ). In Fällen, bei welchen die Bundesverwaltung einzelfallweise öffentliche Aufgaben auslagert, ist sie verpflichtet, im Rahmen des Auftragsverhältnisses dafür zu sorgen, dass die Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes durch die Auslagerung von öffentlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird. Demnach ist die Verwaltung für die Abwicklung des Zugangsgesuches zuständig und ist verpflichtet, allfällige Dokumente bei den Beauftragten einzufordern.
42. Der Beauftragte muss sich darauf verlassen können, dass die Behörde ihm entsprechend der Vorgabe von Art. 20 BGÖ i.V.m. Art. 12b Abs. 1 Bst. b VBGÖ die relevanten Dokumente zusendet und Informationen herausgibt.²³ Die Antragstellerin 1 verlangte den Zugang zu den entscheidungsrelevanten Unterlagen.
Das BWO bestätigte dem EDÖB mit E-Mail vom 28. April 2011, über keine weiteren für den Verkaufsentscheid relevanten amtlichen Dokumente zu verfügen. Es ist davon auszugehen, dass die Departementsleitung ihren definitiven Entscheid aufgrund der ihr vom BWO zugestellten Unterlagen gefällt hat. Ebenso muss davon ausgegangen werden, dass das BWO für den Entscheid der Departementsleitung vorgängig alle relevanten Dokumente von E&Y erhalten bzw. von dieser eingefordert hat.
43. Zu prüfen bleibt, ob die beim BWO vorhandenen Dokumente die Kriterien nach Art. 5 BGÖ erfüllen.
44. Das Dok. 7 (Ziffer 39) befindet sich bereits im Besitz der Antragstellerin und wird daher nicht geprüft.
45. Die Dok. 1-5 sowie 9-12 (Ziffer 39) enthalten Informationen, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen und sich im Besitz einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegenden Behörde befinden. Sie sind amtliche Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ.
46. Die Dok. 6 und 8 (Ziffer 39) sind als Entwürfe bezeichnet. Das BWO erklärte sie als amtliche Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ, verweigerte jedoch den Zugang aus anderen Gründen (Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 BGÖ).
47. Für die Qualifikation als amtliches Dokument ist auch erforderlich, dass es sich zusätzlich zu den Grundvoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ um ein fertig gestelltes Dokument handeln muss.²⁴ Ein Dokument ist u.a. fertig gestellt, wenn es einer bestimmten Person, Stelle oder Behörde definitiv übergeben wurde. Dies ist dann der Fall, wenn die Zustellung des Dokuments zur Kenntnis- oder Stellungnahme, als Entscheidungsgrundlage oder im Hinblick auf eine sonstige weitere Verwendung erfolgt. „Definitiv“ ist die Übergabe dann, wenn es weitgehend an der Empfängerin oder dem Empfänger liegt, wie sie oder er mit dem Dokument weiter verfahren will.²⁵ Dieses fertig gestellte Dokument ist nicht zu verwechseln mit einem *vorbereitenden* Dokument. Auch vorbereitende Dokumente sind fertig gestellt, wenn sie einen definitiven Charakter haben. Demzufolge sind nicht alle vorbereitenden Dokumente vom Öffentlichkeitsgesetz ausgeschlossen. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz²⁶ äussert sich hierzu wie folgt: „Die verschiedenen Entwürfe eines Nationalstrassenplans, die Vorentwürfe bezüglich eines Eisenbahntrassees, die Teil- und Vorentwürfe eines Dokuments – soweit sie in

²³ BBI BGÖ 2003 1963 1992; [Kommentar Bundesamt für Justiz betreffend die Änderung der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung \(vom 20. April 2011\)](#).

²⁴ Urteil des BVGer A-1156/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 8.3.2.; BJ/EDÖB, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Ziff. 4.1.1.

²⁵ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 4.1.1.

²⁶ BBI 2003 1963 1999 f.



sich abgeschlossen sind – die verschiedenen Unterlagen, die den Verlauf einer Verhandlung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesen aufzeichnen – wie Vertragsentwürfe vor der Unterzeichnung – oder ein vorläufiger Bericht vor seiner Übergabe an den Adressaten, sind beispielsweise keine nicht fertig gestellten Dokumente, die ohne weiteres vom [Öffentlichkeitsgesetz] ausgeschlossen wären.“ Die hier zu beurteilenden Dokumente 6 und 8 datieren vom 29. bzw. 30. November 2010. Die Departementsleitung entschied am 13. Dezember 2010 aufgrund dieser und weiterer ihr unterbreiteten Unterlagen, dass die SWAG mit den zwei verbliebenen Interessenten Schlussverhandlungen durchführen und dem bereits bekannten Höchstbieter der Zuschlag erteilen kann.²⁷ Zu diesem Zeitpunkt galten die eingereichten Dokumente 6 und 8 als von den Antragstellern definitiv übergeben und dienten der Departementsleitung als Entscheidungsgrundlage (Art. 1 Abs.2 Bst. b VBGÖ). Sie hat sich denn auch definitiv aufgrund der vorhandenen Offerten im Bietverfahren entschieden. Dafür spricht auch die zeitliche Nähe zwischen diesen Dokumentenentwürfen und dem Verkaufsentscheid. Mit der Medienmitteilung am 20. Dezember 2010 (Ziffer 1) wird darüber informiert, dass der Bund am 16. Dezember 2010 per 1. Januar 2011 das Liegenschaftsportefeuille an die Antragstellerin 2 verkauft hat und der zu erwartende Reinerlös von bis zu 430 Millionen Franken in die Bundeskasse fliesst. Der Departementsvorsteher hat denn auch unmittelbar nach deren Eingabe den Verwaltungsratspräsident der SWAG ermächtigt, den Zuschlag der Antragstellerin 2 zu erteilen. Demzufolge sind die Dok. 6 und 8 (Ziffer 39) in sich abgeschlossene vorbereitende Dokumente und somit amtliche Dokumente nach Art. 5 BGÖ.

48. *Die in Ziffer 39 aufgelisteten Dok. 1-6 sowie 8-12 dienen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und sind amtliche Dokumente im Sinne des Art. 5 BGÖ.*

Ausnahmen (Art. 7 BGÖ)

49. Aus verfahrensökonomischen Gründen²⁸ wird vor der Prüfung betreffend den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) nachfolgend zuerst beurteilt, ob dem Zugang zum fraglichen Dokument eine der Ausnahmebestimmungen nach den Artikeln 7f. BGÖ entgegensteht. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ zwei Bedingungen vorliegen: Das öffentliche (Bst. a – f) oder private (Bst. g – h) Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt, und es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt. Die Behörde muss beweisen, dass die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Ausnahmebestimmungen gegeben sind.²⁹
50. Das BWO hörte im Sinne einer Rücksprache und um Zweifel auszuschliessen die Antragstellerin 2 nach Art. 11 BGÖ an, ob sie einverstanden sei, der Antragstellerin 1 den Zugang zu den Dokumenten zu gewähren, die sich im Besitz des BWO und des EVD befinden (Korrespondenz von Bundesstellen, Evaluationstabelle mit der Auswertung der Angebote der beiden am Schluss verbleibenden Interessenten).
51. Obwohl nicht zu einer Stellungnahme eingeladen, erklärte die Antragstellerin 1 am 7. Januar 2011 dem BWO, dass ihrer Ansicht nach keine Gefahr bestünde, dass es infolge der nachgesuchten Informationen zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könne, insbesondere weil die finanziellen Eckwerte der Transaktion mit der Antragstellerin 2 wegen der Pressemitteilung des BWO vom 20. Dezember 2010 bereits öffentlich bekannt gemacht seien. Folglich sei eine Einschränkung des Aktenzugangs gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ abzulehnen.

²⁷ Schreiben des BWO vom 27. April 2011.

²⁸ ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 43.

²⁹ BERTIL COTTI ER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 RZ 4.; Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E.6.



52. Die Antragstellerin 2 antwortete in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2010, ihre Kalkulationen würden zweifellos ein Geschäftsgeheimnis darstellen, da sie und die Antragstellerin 1 sich auch in Zukunft als Bieterinnen auf dem Immobilienmarkt treffen würden. Genau das meine die Botschaft zum BGÖ, wenn darin ausgeführt werde, dass in gewissen Fällen die Zugänglichmachung bestimmter Informationen einer Wettbewerbsverzerrung in weiteren Sinne gleichkommen könne. Durch das Zugänglichmachen würden legitime Geheimhaltungsinteressen verletzt.
53. Das BWO führte in seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2011 aus, dass durch die Zugangsgewährung im vorliegenden Fall kein Geschäftsgeheimnis offenbart werde. Die in den aufgeführten Dokumenten (Ziffer 39 Dok. 1, 3, 4, 5, 11 und 12) enthaltenen Informationen würden sich auf das Angebot für das zum Verkauf ausgeschriebene Immobilienportfolio und damit auf ein spezielles Einzelgeschäft beziehen. Aus den in den vorliegenden Dokumenten enthaltenen Angaben liessen sich keine genauen Rückschlüsse hinsichtlich Kalkulationen und Anlagestrategien gewinnen, die eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben könne.
54. Demgegenüber verwies die Antragstellerin 2 in ihrem Schlichtungsantrag vom 11. Februar 2011 auf ihr Schreiben vom 13. Februar 2011 und hielt fest, dass sie sich der durch das BWO beabsichtigten Offenlegung widersetze die sich nicht im (unmittelbaren) Besitz des BWO befinden bzw. welche im Rahmen des Bietverfahrens von der E&Y bzw. SWAG nicht an das BWO weitergeleitet wurden, ohne dies indes weiter zu begründen.
55. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zufolge wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn *Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse* offenbart werden können. Nach der Botschaft darf das Öffentlichkeitsprinzip nicht dazu führen, dass solche Geheimnisse ausserhalb der Verwaltung stehender Dritter offenbart werden müssen.³⁰
56. Fraglich ist, welche Unternehmensinformationen als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis einzustufen sind. In der schweizerischen Gesetzgebung werden die Begriffe „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis“ nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche sich im Wesentlichen anhand von Art. 162 StGB und Art. 6 UWG herausgebildet hat, gelten „alle Tatsachen als Geheimnisse, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, wobei der Geheimnisherr an ihnen ein berechtigtes Interesse haben muss und sie tatsächlich geheim halten will“.³¹ Da einzelne Tatsachen das Geheimnis bilden, können Dokumente nur ausnahmsweise integral als Geheimnis erklärt werden. Nicht die Tatsachen an und für sich bilden das Geheimnis, sondern *das Wissen des betreffenden Geheimnisherrn um sie*. Ein Geheimnis liegt somit dann vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind: die fraglichen Tatsachen sind *relativ unbekannt*, der Geheimnisherr hat ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse* und es besteht ein *Geheimniswille*.³²
57. Ein Geheimnis muss, damit ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt, nach dem Gegenstand beschränkt sein und entweder einen Fabrikationsvorgang oder eine geschäftlich relevante Information betreffen. Unter *Fabrikationsgeheimnis* ist technisches Wissen zu verstehen, also jede Kenntnis, die eine Anleitung zu technischem Handeln enthält (bspw. Fabrikationsanleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungsverfahren und –mittel, etc.).³³ Als Geschäftsgeheimnisse kommen alle jene Tatsachen in Betracht, welche in irgendeiner Weise für

³⁰ Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963 2011 f.

³¹ BGE 80 IV 22 E. 2.a; 103 IV 283 E. 2.b; 109 Ib 47 E. 5.c; 118 Ib 547 E. 5.

³² BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art.162 N 11.

³³ CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Art.6 N 32; RAMON MABILLARD, in: Peter Jung / Philipp Spitz (Hrsg.), Stämpfli's Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 6 N 15.



die Organisation und die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens von Bedeutung sind.³⁴ Das *Geschäftsgeheimnis* betrifft Innen- sowie Aussenverhältnisse des Unternehmens, die für Konkurrenten wissenswert sind. Das Geschäftsgeheimnis hat folglich kaufmännische und betriebswirtschaftliche Tatsachen zum Gegenstand.³⁵ Beispiele für Geschäftsgeheimnisse sind etwa Absatzmöglichkeiten, Preis- und Rabattpolitik, Kalkulationen, Informationen zur allgemeinen Geschäftslage sowie künftige geschäftliche Absichten, Plan zur Lancierung eines Produktes, Fehlschlag eines Projektes.³⁶

58. Das erste Merkmal des Geheimnisses bedingt eine *Tatsache, die relativ unbekannt* ist, was gegeben ist, wenn diese nur einem engen Personenkreis geläufig ist³⁷. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht der Geheimnischarakter einer Tatsache verloren, sobald sie *offenkundig wird oder allgemein zugänglich* ist.³⁸
59. Die erwähnte Medienmitteilung enthält zwar einige Information betreffend den Verkauf, jedoch kann daraus nicht pauschal abgeleitet werden, es seien alle in den fraglichen Dokumenten 1-12 enthaltenen Informationen bereits bekannt. Vielmehr ist der überwiegende Teil der in den Dokumenten enthaltenen Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich.
60. Das zweite Merkmal des Geheimnisses liegt vor, wenn es *vom Geheimnisherrn gewollt* ist. Der Geheimhaltungswille muss durch den Geheimnisherrn ausdrücklich bekundet oder aus den Umständen durch konkludentes Verhalten erkenntlich gemacht werden.³⁹ Er kann sich jedoch nur auf jene *Tatsachen beziehen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich* sind. Die Antragstellerin 2 äusserte in ihrer Stellungnahme zur Anhörung, dass die Kalkulationen, welche aus den fraglichen Unterlagen erschlossen werden, zweifellos Geschäftsgeheimnisse seien. Sie und die Antragstellerin 1 würden sich auch in Zukunft erneut auf dem Immobilienmarkt begegnen. Genau das meine die Botschaft zum BGÖ, wonach in gewissen Fällen die Zugänglichmachung bestimmter Informationen einer Wettbewerbsverzerrung in einem weiten Sinn gleichkomme. Im Schlichtungsantrag vom 11. Februar 2011 erklärte sie lediglich, dass sie sich der beabsichtigten Offenlegung widersetze. Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass der subjektive Geheimhaltungswille der Antragstellerin 2 in Bezug auf alle Dokumente vorhanden ist.
61. Das dritte Merkmal des Geheimnisses ist erfüllt, wenn für die Geheimhaltung der Tatsachen, ein *objektiv berechtigtes Interesse* nachgewiesen werden kann. Im Öffentlichkeitsgesetz richtet sich das öffentliche Interesse wie im Lauterkeitsrecht auf die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und damit auf die Unternehmenstätigkeit.⁴⁰ Ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse wird nur dann bejaht, wenn die geheim zu haltenden Informationen das Ergebnis wirtschaftlicher Vorgänge beeinflussen können. Das Geheimnis muss für das einzelne Unternehmen (d.h. nicht für einen Wirtschaftszweig) von wirtschaftlichem Wert und von Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit sein.⁴¹ Geheim sind nur wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würden, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird.⁴² Von einem berechtigten

³⁴ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art.6 N 34.

³⁵ MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 16.

³⁶ Vgl. BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 34; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 16.

³⁷ BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art.162 N 12.

³⁸ BGE 80 IV 22; 88 II 319; ausführlich dazu BSK-StGB II, MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art. 162 N 12; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 6 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 9 ff.

³⁹ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 16 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 12.

⁴⁰ PHILIPP RITZ, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, S. 45 f.

⁴¹ BGE 109 Ib 47 E. 5.c; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, a.a.O., Art. 6 N 25 ff.; MABILLARD, a.a.O., Art. 6 N 11.

⁴² BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Handkommentar BGÖ, Art. 7, RZ 41.



Interesse kann dann nicht gesprochen werden, wenn diese Interessen im Widerspruch mit der Rechtsordnung stehen.⁴³

62. Für den Kauf des Liegenschaftenportefeuilles der SWAP haben sich mehrere Interessenten beworben. In diesem Einzelgeschäft standen die Interessenten untereinander zweifellos in einer Wettbewerbssituation. Es ist auch nicht auszuschliessen, dass sich die Antragstellerinnen 1 und 2 in einem späteren Einzelgeschäft im Immobilienmarkt erneut gleichzeitig bewerben. Auch sind Kalkulationsunterlagen Geschäftsdaten, für welche ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse zu bejahen ist. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass in den fraglichen Dokumenten solche enthaltenen sein sollten. Zudem stehen die in den Dokumenten enthaltenen Geschäftsdaten in enger und ausschliesslich Beziehung zum Kaufpreis und den Kaufbedingungen des Liegenschaftenportefeuille, das zu 100% im Besitz des Bundes war. Die Kenntnis dieser Zahlen und der Kaufbedingungen ergeben zwar einen Rückschluss, zu welchen Konditionen der Verkauf vom Bund getätigt wurde. Inwieweit die Kenntnis der Tatsachen geeignet sind dem Antragsteller 2 einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, ist jedoch nicht erkennbar, weshalb vorliegend kein berechtigtes objektives Geschäftsgeheimnis erkennbar ist.
63. *Demnach sind die allenfalls in den Dok. 1-12 enthaltenen Tatsachen keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes, und Art. 7 Abs. 1 Bst g BGÖ ist nicht anwendbar.*

Besondere Fälle (Art. 8 BGÖ)

64. Die Antragstellerin 2 erklärte ferner, dass der Zugang zu den verlangten Dokumenten aufgrund Art. 8 Abs. 4 BGÖ nicht gewährt werden könne. Der Kaufvertrag sei noch nicht abgeschlossen und dessen Vollzug sei noch ausstehend. So sei die jetzige Käuferin, welche den Kaufvertrag mit der SWAG abgeschlossen habe, durch eine neu zu gründende Anlagestiftung zu ersetzen. Mit anderen Worten seien noch in gewissen Bereichen Verhandlungen notwendig. Die laufenden Transaktionen wären durch das Einsichtsgesuch gefährdet.
65. Nach Art. 8 Abs. 4 BGÖ sind amtliche Dokumente, welche Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen enthalten, in keinem Fall zugänglich. Diese Bestimmung gilt nicht für amtliche Dokumente zu einer abgeschlossenen Verhandlung. Davon betroffen sind nur Dokumente über Positionen. Dokumente, die sich weder mit Verhandlungspositionen noch mit Einschätzungen des Verhandlungsprozesses befassen, sind nicht vom Ausschluss erfasst.⁴⁴
66. Die Verkaufsverhandlungen zwischen dem Bund und der SWAG sind abgeschlossen. Die SWAG wurde per 1. Januar 2011 vom Bund verkauft. Zudem ist nicht erkennbar, dass die fraglichen Dokumente Positionen für laufenden Verhandlungen enthalten, da ja der Verkauf, für den sie erstellt wurden, abgeschlossen ist.
67. *Nach Ansicht des Beauftragten ist Art. 8 Abs. 4 BGÖ nicht anwendbar.*

Personendaten (Art. 9 BGÖ)

68. Schliesslich beruft sich die Antragstellerin 2 auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ). Der Begriff „Personendaten“ entspricht der Definition in Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Demnach gelten als Personendaten, alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Erfasst werden damit sowohl die Personendaten der natürlichen als auch der juristischen Personen. Entscheidend ist, dass sich

⁴³ FRIEDRICH SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, München 2009, § 6 RZ 50.

⁴⁴ PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Handkommentar BGÖ, Art. RZ 47 und 50.



die Informationen einer oder mehreren Personen zuordnen lassen.⁴⁵ In den Dokumenten sind Personendaten vorhanden, und somit ist das in Art. 9 BGÖ vorgesehene Verfahren zum Schutz von Personendaten zu beachten.

69. Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten, die in amtlichen Dokumenten enthalten sind, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Durch die Wendung „nach Möglichkeit“ räumt der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde einen Ermessensspielraum ein. Sie ist damit nicht völlig frei, sondern ist an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses beachten. Pflichtgemässes Ermessen bedeutet, dass ihr Entscheid nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen (zweckmässig) sein muss.⁴⁶ Die genaue Tragweite der Verpflichtung richtet sich nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Falls dem Zugang zum Dokument nur die Tatsachen entgegenstehen, dass es Personendaten enthält, diese jedoch ohne weiteres anonymisiert werden können, hat die Behörde keinen Ermessensspielraum und das Dokument ist zu anonymisieren. Ist hingegen eine Anonymisierung nicht möglich, entfällt die Anonymisierungsverpflichtung.⁴⁷
70. Die in den Dokumenten enthaltenen Personendaten der Antragstellerin 2 lassen sich nicht anonymisieren. Der Bund hat den Namen bereits veröffentlicht. Die Personendaten der Antragstellerin 1 sind der Antragstellerin 2 aus diesem Verfahren bekannt, da sie gegenseitig ihre Schreiben ausgetauscht haben. Aufgrund der WTO-Ausschreibung ist ebenfalls der Name der SWAG und E&Y bekannt. Eine Anonymisierung der Dokumente ist daher nicht möglich. Hingegen können die personenbezogenen Daten, wie die Bankdaten, eingeschwärzt werden.
71. Da die Antragstellerin 1 nach Öffentlichkeitsgesetz Zugang zu einem Dokument begehrt, das auch ihre eigenen Daten enthält, wäre einerseits Art. 3 Abs. 2 BGÖ zu beachten. Demnach müsste die Antragstellerin 1 in Bezug auf ihre eigenen Daten ein Auskunftsbegehren nach Art. 8 DSGVO stellen. Andererseits ist im Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz die Einhaltung des Grundsatzes „Access to one access to all“ zu beachten.⁴⁸ Falls ein Dritter Zugang zu denselben Dokumenten begehren würde, müsste die Antragstellerin 1 nach Art. 11 BGÖ in Bezug auf den Zugang zu ihren Personendaten angehört werden. Da vorliegend die Personendaten der Antragstellerin 1 aber, wie erwähnt, nicht anonymisierbar sind, ist in der vorliegenden Konstellation zu prüfen, ob ihre Daten nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ, d.h. nach der Interessenabwägung im Einzelfall nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ, zugänglich sind. Ist eine Anonymisierung der Personendaten nicht möglich, so beurteilt sich der Zugang nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSGVO).
72. Beim privaten Interesse ist zunächst die datenschutzrechtliche Qualität der Personendaten zu berücksichtigen. Die zu beurteilenden Dokumente enthalten weder besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSGVO noch Persönlichkeitsprofile gemäss Art. 3 Bst. a DSGVO. Vielmehr handelt es sich um „einfache“ Personendaten im Sinne von Art. 3 Abs. Bst. a DSGVO. Nach Ansicht des Beauftragten sind für den Fall des Zugangs weder datenbezogene Risiken (wie z.B. Datenmissbrauch durch Dritte) noch wirtschaftliche Einbussen (insbesondere eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Stellung der Betroffenen) zu befürchten, weshalb die Offenlegung der Personendaten der Antragstellerinnen, der SWAG und der E&Y lediglich als geringfügiger Eingriff in die Privatsphäre zu werten ist.

⁴⁵ BSK-DSG - URS BELSER, , Art. 3, RZ 5.

⁴⁶ ULRICH HÄFELI/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 2010; RZ 441.

⁴⁷ ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 22.

⁴⁸ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 3.2.2.



73. Selbst bei Beeinträchtigung der privaten Interessen der Antragstellerinnen kann ein öffentliches Interesse der Bevölkerung am Zugang überwiegen. Nach Art. 19 Abs.1^{bis} DSG kann eine Behörde in Ausnahmefällen auch Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Nach der vornehmenden Interessenabwägung im Einzelfall muss, um das private Interesse der Unternehmen an der Geheimhaltung von Informationen zu überwiegen, ein gewichtiges öffentliches Interesse vorliegen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Ein solches kann namentlich dann der Fall sein, wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ). Dies kann namentlich dann vorliegen, wenn es um Dokumente geht, die im Zusammenhang mit der Gewährung namhafter wirtschaftlicher Vorteile an Einzelne stehen oder wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat.⁴⁹
74. Die in Dok. 1 bis 12 enthaltenen Personendaten müssen bereits zwingend nach Art. 5 Abs. c BGÖ im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 19 Abs.1^{bis} Bst. a DSG stehen.⁵⁰ Da die Antragstellerin 2 und die E&Y sowie die SWAG in einer rechtlichen Beziehung zu Bundesbehörden standen und die E&Y durch den Dienstleistungsauftrag und die Antragstellerin 2 durch den Kauf mehrerer Liegenschaften einen erheblichen Vorteil gegenüber den Mitkonkurrenten erzielt haben, liegt ein öffentliches Interesse vor (Art. 19 Abs.1^{bis} Bst. b). Es besteht somit in Bezug auf die Dokumente ein öffentliches Interesse zu wissen, wem und zu welchen Konditionen ein Auftrag erteilt und wie das Verkaufsgeschäft organisiert und durchgeführt wurde. Ziel des Öffentlichkeitsgesetzes ist es auch, transparent zu machen, wie die Behörde im Einzelfall gehandelt hat und wie Steuergelder eingesetzt werden bzw. welchen Nutzen ein Rechtsgeschäft der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingebracht hat. Auch hinsichtlich der Angaben der Antragstellerin 1 liegt ein öffentliches Interesse vor, da auch ihre Dokumente als Entscheidungsgrundlagen für den Verkauf gedient haben. Der Bürger und die Bürgerin kann nur nach Einsicht in alle entscheidungsrelevanten Unterlagen im vollen Umfang prüfen, aufgrund welcher Bedingungen die Verwaltung den Zuschlag erteilt hat. Damit kann er oder sie sich ein eigenes Bild machen. Diese Kontrolle der Bürgerinnen und Bürger in Bezug auf das Verwaltungshandeln ist vom Öffentlichkeitsgesetz explizit gewollt. Infolge der Nachvollziehbarkeit der Geschäftsabwicklung schöpft der Bürger oder die Bürgerin Vertrauen in die Verwaltung. Demgegenüber ist die Privatsphäre der betroffenen Unternehmungen vorliegend nicht beeinträchtigt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern den betroffenen Unternehmen ein Nachteil entstehen sollte, wenn der Bürger und die Bürgerin erfährt, wie und aufgrund welcher Grundlagen das Verkauf der SWAG getätigt wurde. Demzufolge überwiegt nach Ansicht des Beauftragten das öffentliche Interesse der Bevölkerung am Zugang zu den fraglichen Dokumenten das Interesse der Beteiligten am Schutz ihrer Privatsphäre, weshalb der Zugang zu gewährt ist.
75. Der in Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorgesehene Schutz von Personendaten gilt nicht im gleichem Umfang für Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung. Haben diese Personen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gehandelt, können sie den Schutz ihrer Privatsphäre nicht in gleichem Masse geltend machen wie „private Dritte“. Sie müssen sich die in Ausübung ihrer öffentlichen Funktion vertretenen Ansichten und Positionen anrechnen lassen, weshalb in diesem Zusammenhang ihre Personendaten nicht zu anonymisieren sind. Auf die Offenlegung der Per-

⁴⁹ Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011, E. 4.2; BBl BGÖ 2003 1963, 2013.

⁵⁰ Urteil des BVGer A-1156/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 7.1.1.



sonendaten kann nur verzichtet werden, wenn deren Zugänglichmachung für die betroffenen Mitarbeitenden konkrete Nachteile hätte oder mit grosser Wahrscheinlichkeit haben könnte.⁵¹

76. Die Personendaten der SWAG, der E&Y sowie deren Mitarbeitende sind analog zur Bundesverwaltung und analog den Mitarbeitenden der zentralen Bundesverwaltung nicht zu anonymisieren (Ziffer 34). In Bezug auf das Verkaufsgeschäft der SWAG erfüllen sie eine Verwaltungsaufgabe des Bundes, für welches sie mit Steuergeldern bezahlt werden. Sie können wie Mitarbeitende der Bundesverwaltung nicht umfassend den Schutz ihrer Privatsphäre geltend machen. Es entspricht u.a. auch dem Ziel des Öffentlichkeitsgesetzes, dass sich der Bürger und die Bürgerin selbst ein Bild machen kann, wie vom Bund bezahlte Privatpersonen eventuell Einfluss auf die Verwaltungstätigkeit nehmen können.⁵²
77. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das BWO hat die Dok. 1-6 und Dok 8-12 (Ziffer 39) zugänglich zu machen. Die Bankkontonummern können eingeschwärzt werden.

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

78. Das Bundesamt für Wohnungsbau gewährt den Zugang zu folgenden Dokumenten:
- Informationsnotiz des EVD vom 22. März 2010 betreffend die Liquidation der SWAG zuhanden der Mitglieder des Bundesrates;
 - E-Mail der E&Y vom 23. Dezember 2010 an das BWO betreffend die Unterlagen zum Verkaufsentscheid ohne die sechs angefügten Anhänge (Ziffer 39);
 - Vergleich der verbindlichen Angebote – Übersicht, E&Y, 3. Dezember 2010;
 - Quantitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, E&Y, 3. Dezember 2010;
 - Qualitativer Vergleich der verbindlichen Angebote, E&Y, 3. Dezember 2010;
 - Entwurf für einen Vermögensübertragungsvertrag zwischen der SWAG und der Antragstellerin 2 vom 30. November 2010;
 - Entwurf für eine Schadloserklärung seitens des BWO gegenüber Antragstellerin 2 vom 29. November 2010;
 - E-Mail des BWO vom 6. Dezember 2010; E-Mail der E&Y vom 7. Dezember 2010;
 - Schreiben der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) an das BWO vom 10. Dezember 2010; und
 - Schreiben des Vorstehers des EVD an die SWAG vom 13. Dezember 2010.

Die Personendaten der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Antragstellerinnen 1 und 2 können eingeschwärzt werden.

79. Das Bundesamt für Wohnungsbau erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 78 den Zugang nicht gewähren will.

⁵¹ Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 80; Art. 9 RZ 14; Empfehlung vom 23. Dezember 2008 EDA/Visa-Inspektionsberichte, Ziffer II.B.2.2.

⁵² [Empfehlung vom 22. Dezember 2011 BSV/Sitzungsprotokolle AHV7IV-Kommission, Ziffer II. B.4.3.](#)



80. Das Bundesamt für Wohnungsbau erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
81. Die Antragstellerin 1 und 2, die E&Y (und die betroffenen Mitarbeitenden) und die SWAG (und die betroffenen Mitarbeitenden) können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Wohnungsbau den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
82. Gegen die Verfügung können die in Ziffer 81 aufgelisteten Personen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
83. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom vom 15. Juli 2012 bis und mit 15. August 2012 still.
84. Diese Empfehlung wird veröffentlicht (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin 2 anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
85. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X (Antragstellerin 1)
 - Antragstellerin 2
 - Bundesamt für Wohnungsbau BWO
 - Ernst & Young AG
 - Sapomp Wohnbau AG

Hanspeter Thür