



Bern, 12. Mai 2021

**Empfehlung**  
**nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**  
**im Schlichtungsverfahren zwischen**  
**X**  
**(Antragsteller)**  
**und**  
**Armeestab der Schweizer Armee ASTAB**

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 1. Februar 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Armeestab der Schweizer Armee (ASTAB) um Zugang zu den «Statusberichte[n] zu den Corona-Beschaffungen» ersucht.
  2. Am 2. Februar 2021 gewährte der ASTAB dem Antragsteller einen teilweisen Zugang zu den verlangten Statusberichten Nr. 1a bis 12. Er verwies generell auf die Bestimmungen von Art. 3 (laufende Rechtsverfahren), Art. 7 Abs. 1 Bst. b (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter Massnahmen), Bst. d (ausserpolitische Interessen oder internationale Beziehungen) und Bst. g (Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse) BGÖ und anonymisierte sämtliche Personendaten in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ. Weiter teilte der ASTAB dem Antragsteller mit, falls er dies wünsche, könnten alle Schwärzungen detailliert begründet werden.
  3. Am 15. Februar 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er beklagte sich, dass die Schwärzungen «so weit [gehen], dass ganze Kapitel, inkl. deren Überschriften unleserlich gemacht wurden. Somit wird verhindert, dass man sich ein Bild über den ganzen Inhalt der Berichte machen kann.» Er beantragte die Überprüfung von bestimmten Abdeckungen der Berichte und auf alle sonstigen «geschwärzte[n] Passagen, in denen es um den Rechtsstreit mit der Firma Netztal AG [Unternehmen Y] geht. Dieser Rechtsstreit wurde inzwischen gelöst und das VBS hat aktiv darüber informiert [...]. Somit entfällt das Argument, dass die Passagen aufgrund eines laufenden Rechtsverfahrens geschwärzt werden müssen.»
  4. Am 16. Februar 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags der ASTAB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Gleichzeitig informierte der Beauftragte die Parteien, dass angesichts der angespannten epidemiologischen Lage die Schlichtungsverfahren bis auf Weiteres schriftlich durchgeführt würden. Aus diesem Grund erhielt der Antragsteller die Möglichkeit, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.



5. Am 4. März 2021 reichte der ASTAB ein Dokument mit folgenden Begründungen ein.
- Zum Vorfall mit dem Unternehmen Y (diverse Passagen in mehreren Statusberichten): «Die Fa. [...] ist selber Partei in noch laufenden Straf-, bzw. Zivilverfahren mit verschiedenen Beteiligten. [...] Bis Klarheit herrscht, ob zur Einschwärzung vorgesehene Textstellen Verfahrensgegenstand bilden, ist der Zugang zu diesen zu verweigern. Wenn sich herausstellen sollte, dass diese Informationen Gegenstand laufender Straf-, bzw. Zivilverfahren sein sollten, wäre das BGÖ nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a nicht anwendbar. Sollten diese dagegen nicht Gegenstand laufender Straf-, bzw. Zivilverfahren sein, wären vor Gewährung des Zugangs betroffene Personen gestützt auf Art. 11 BGÖ anzuhören. Die Departementsleitung hat überdies eine Aufarbeitung der Maskenbeschaffung durch die Interne Revision des VBS in Auftrag gegeben. Davon betroffen sind u.a. auch [zwei Unternehmen]. Es besteht die Möglichkeit, dass durch die Offenlegung der geschwärzten Textstellen während des laufenden internen Revisionsprozesses die Departementsleitung unter allzu starken Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Damit einher ginge zudem die Gefahr, dass eine zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Möglicherweise ist zumindest ein militärisches Strafverfahren hängig. Sofern der militärische Untersuchungsrichter, nach allfälliger Sichtung der Statusberichte bzw. der eingeschwärzten Textstellen [zum Compliance Vorfall] zum Schluss kommen würde, dass diese als amtliche Dokumente im Rahmen eines Strafverfahrens zu qualifizieren wären, würden diese nicht dem Zugang nach BGÖ unterliegen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Dazu müssten die Statusberichte, bzw. die entsprechenden Textstellen vom militärischen Untersuchungsrichter zum Gegenstand des Strafverfahrens erklärt werden.»
  - Zum Vorfall mit einem zweiten Unternehmen Z (Ziff. 1.6 «Medien» in Statusbericht 11): «Die Departementsleitung hat [...] eine Aufarbeitung der Maskenbeschaffung durch die Interne Revision des VBS in Auftrag gegeben. [...] Es besteht die Möglichkeit, dass durch die Offenlegung der geschwärzten Textstellen während des laufenden internen Revisionsprozesses die Departementsleitung unter allzu starken Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Damit einher ginge zudem die Gefahr, dass eine zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Wie der Presse zu entnehmen war, reichte ein [...] Jurist eine Strafanzeige gegen [das Unternehmen Z] wegen des Vorwurfs des Wuchers in Bezug auf den Verkauf von Schutzmasken ein. Es besteht somit eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass die Dokumente im Zusammenhang mit den Maskenbeschaffungsverfahren, wozu auch diverse Textpassagen der Statusberichte gehören, [...] zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der [Unternehmen Z] Gegenstand eines allfälligen Strafverfahrens [...] werden, so dass gemäss Art. 3 BGÖ das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung nicht anwendbar ist.». In diesem Dokument erwähnt der ASTAB zudem eine Anhörung nach Art. 11 BGÖ des Unternehmens Z. Aufgrund der im Schlichtungsverfahren eingereichten Unterlagen gilt es festzuhalten, dass sich diese Anhörung nicht auf die mit dem vorliegenden Zugangsgesuch verlangten Dokumente bezieht.
  - Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und Art. 11 BGÖ: Die in den verlangten Passagen enthaltenen Personendaten wurden vom ASTAB allesamt geschwärzt. Der ASTAB begründete die einzelnen Abdeckungen nicht explizit, sondern hielt lediglich allgemein fest: «[I]m Kontext mit dem am 3. Dezember 2020 publizierten Beschaffungsbericht besteht die Möglichkeit anonymisierte Namen aufgrund diverser Hintergrundinformationen zu erschliessen. [...] Andernfalls müssten nach Art. 11 BGÖ betroffene Personen vorgängig konsultiert werden. Weil in den Statusberichten eine Vielzahl von Personen betroffen ist, wäre der zeitliche und



finanzielle Aufwand dafür sehr hoch. Andererseits wurde und wird dem öffentlichen Interesse am Zugang zu den Informationen durch die Publikation des Beschaffungsberichts vom 3. Dezember 2020, der teilweisen Publikation der Statusberichte sowie den regelmässigen Informationen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Schutzgütern Rechnung getragen [...]. Aufgrund laufender Straf- und Zivilverfahren sowie verwaltungsinterner Abklärungen aber auch im Zusammenhang mit laufenden und künftigen Verhandlungen sollen vorderhand auch die Namen von in den Statusberichten aufgeführten Behördenmitgliedern und Verwaltungsangestellten nicht zugänglich gemacht werden. Aufgrund der Gerichtspraxis ist davon auszugehen, dass die Namen sämtlicher Verwaltungsangestellter und Behördenmitglieder bekanntgegeben werden müssen, insbesondere weil deren Bekanntgabe kaum überwiegende Nachteile für die Betroffenen zur Folge hätte. Zumindest fehlt dazu ein Nachweis. Trotzdem ist anzustreben, an der bisherigen Praxis des VBS, Personendaten von Behördenmitgliedern und Verwaltungsangestellten generell einzuschwärzen, festzuhalten.»

6. Der ASTAB reichte pro Statusbericht eine synoptische Darstellung der eingeschwärzten Passagen ein.
  - Bei Statusbericht Nr. 11 vermerkte der ASTAB in Bezug auf Ziffer 1.6 «Medien»: «Laufende Verhandlungen infolge mangelhafter Lieferungen (Art. 8 Abs. 4 BGÖ)».
  - Bei Statusbericht Nr. 5 vermerkte der ASTAB in Bezug auf eine Passage in Ziffer 1.3: «Art. 7 Abs. 1 Bst. d kann zu politischen Unstimmigkeiten mit dem [Drittstaat] führen, da die Aussage nicht bewiesen werden kann».
  - Ebenfalls bei Statusbericht Nr. 5 vermerkte der ASTAB in Bezug auf einen Namen eines Bundesangestellten in Ziffer 1.3: «Art. 9 Schutz von Personendaten, Schwärzung ist zwingend, da ein Teil der Familie in China lebt und nicht Sanktionen ausgesetzt werden darf.»
  - Schliesslich vermerkte der ASTAB bei Statusbericht Nr. 9 Ziffer 1.5 «Armeeapotheke» «[k]ann allenfalls öffentlich gemacht werden».
7. Teilgeschwärzte Versionen aller Statusberichte Nr. 1a bis 12 sind auf der Webseite der Schweizer Armee veröffentlicht worden.<sup>1</sup>
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des ASTAB sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

## **II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:**

### **A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ**

9. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim ASTAB ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

---

<sup>1</sup> <https://www.vtg.admin.ch> > Dossier Coronavirus > Dokumentenplattform > Armeeapotheke, besucht letztmals am 6. Mai 2021.



10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>2</sup> Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

## **B. Materielle Erwägungen**

11. 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.
12. Da der ASTAB keine weiteren Passagen der Statusberichte als Informationen über den ersten Vorfall (Unternehmen Y, Ziff. 3) bezeichnet hat, bilden Schlichtungsgegenstand folgende Ziffern der Statusberichte Nr. 1a – 12 des Beschaffungskoordinators Corona VBS:
  - Statusbericht 1a: Ziffer 2.2.6, letzter Abschnitt;
  - Statusbericht 2: Ziffer 1.3, mittlerer Satz;
  - Statusbericht 3: Ziffer 4.3;
  - Statusbericht 5: Ziffer 1.3, Unterzeile und ganzer zweiter Abschnitt (S. 3); Ziffer 1.4, letzter Abschnitt sowie Fussnote 2; Ziffer 4.1 und 4.2;
  - Statusbericht 6: Ziffer 4.1 und 4.2;
  - Statusbericht 7: Ziffer 1.5, Ziffer 4.2 und 4.3;
  - Statusbericht 8: Ziffer 1.3 letzter Abschnitt; Ziffer 5.2;
  - Statusbericht 9: Ziffer 1.3; Ziffer 1.5 erster Abschnitt; Ziffer 5.2; Ziffer 5.4 im Minimum Zifferüberschrift;
  - Statusbericht 10: Ziffer 5.2; Ziffer 5.5 im Minimum Zifferüberschrift;
  - Statusbericht 11: Ziffer 1.6; Ziffer 5.1 und 5.3;
  - Statusbericht 12: Ziffer 1.3; Ziffer 5.3 im Minimum Zifferüberschrift; Ziffer 5.5 im Minimum Zifferüberschrift; Ziffer 6 Punkt 13.
13. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes hat ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden. Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Gemäss Öffentlichkeitsgesetz besteht jedoch eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmegestimmungen nach Art. 7 oder ein spezieller Fall nach Art. 8 Abs. 1-4 BGÖ erfüllt sind. Werden in einem Dokument mehrere Passagen mit der gleichen Begründung abgedeckt, darf die Behörde die Abdeckungen bzw. deren Beurteilung kategorisieren, wobei eine Kategorisierung nur bei vergleichbaren Sachverhalten vorgenommen werden darf.<sup>3</sup> Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>4</sup> Der ASTAB vertritt die Ansicht, dass dem öffentlichen Interesse an der Bekanntgabe von Informationen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Schutzgütern bereits mit verschiedenen Publikationen und regelmässigen Informationen im Internet Rechnung getragen worden sei. Hierzu gilt es daran zu erinnern, dass es seit Inkrafttreten des

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

<sup>3</sup> BGE 1C\_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.2.

<sup>4</sup> Urteil BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.



Öffentlichkeitsgesetzes nicht mehr im freien Ermessen der Behörde liegt, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will oder nicht.<sup>5</sup> Sie hat das Zugangsgesuch entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen, unabhängig davon, ob sie der Meinung ist, dass den Interessen der Bevölkerung durch die "verschiedenen Publikationen und regelmässigen Informationen im Internet" bereits Rechnung getragen worden ist.

14. Der ASTAB deckte in einem ersten Schritt Ziffer 1.5 «Armeeapotheke» des Statusberichts Nr. 9 vollständig ab. Im Schlichtungsverfahren begründete der ASTAB die Einschwärzung nicht weiter, sondern er hielt dazu lediglich fest, dass diese Passage «*allenfalls*» öffentlich gemacht werden könne (Ziff. 6). Als beweisbelastete Behörde verzichtet der ASTAB damit auf die Beibehaltung dieser Einschwärzung, weshalb er den Zugang zu Ziffer 1.5 des Statusberichts Nr. 9 zu gewähren hat.
15. Der ASTAB deckte sämtliche Informationen betreffend die Unternehmen Y und Z gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 BGÖ und auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ ab.
16. In Bezug auf die Geltendmachung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 BGÖ führt der ASTAB aus, das Unternehmen Y sei Partei in noch laufenden Straf- bzw. Zivilverfahren und gegen das Unternehmen Z sei eine Strafanzeige eingereicht worden, weshalb die Textpassagen Bestandteil eines «allfälligen» Strafverfahrens werden könnten. Art. 3 BGÖ betrifft den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Nach dessen Absatz 1 Bst. a gilt das Gesetz nicht für den Zugang zu Dokumenten betreffend Zivil- (Ziff. 1) und Strafverfahren (Ziff. 2). Weiter erklärt der ASTAB, dass es noch nicht klar sei, ob die betroffenen Informationen Verfahrensgegenstand bilden und ob sie «als amtliche Dokumente im Rahmen eines Strafverfahrens zu qualifizieren [sind].» Möglicherweise, so der ASTAB weiter, sei zumindest ein militärisches Strafverfahren hängig. Der ASTAB argumentiert in Bezug auf beide Unternehmen mit laufenden Straf- bzw. Zivilverfahren, präzisiert indessen aber nicht, um welche konkreten Verfahren es sich hierbei handelt.
17. Gemäss Prüfbericht "Beschaffung von Schutzmasken" vom 24. April 2021 wurde in Bezug auf den Vorfall mit dem Unternehmen Y am 7. Januar 2021 beim Oberauditorat der Schweizer Armee Strafanzeige gegen mehrere im Auftrag des VBS handelnde Personen und VBS-Mitarbeitende eingereicht. Aktuell werde von der Militärjustiz die Frage der Zuständigkeit geprüft.<sup>6</sup> Ob die im Schlichtungsverfahren vorgebrachten Ausführungen des ASTAB diese Angelegenheit betreffen und ob aufgrund dieser Strafanzeige tatsächlich ein Strafverfahren eröffnet wurde, teilte der ASTAB dem Beauftragten nicht mit. Was den Vorfall mit dem Unternehmen Z anbelangt, sind weder im genannten Prüfbericht noch in den vom ASTAB im Schlichtungsverfahren eingereichten Unterlagen Informationen zur Eröffnung eines konkreten Strafverfahrens enthalten.
18. Nicht alle Informationen, welche einen Bezug zum Streitgegenstand eines Verfahrens aufweisen, können als amtliche Dokumente eines Verfahrens im Sinne von Art 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ qualifiziert werden. Das Bundesgericht hat im Rahmen der Anwendung von Art. 69 Abs. 2 der Convention intercantonale du 9 mai 1912 relative à la protection des données et à la transparence dans les Cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-June; RS/NE 150.30) über die Merkmale eines Dokumentes, das als Dokument im Sinne von Art. 69 Abs. 2 CPDT und Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ definiert werden kann, festgehalten: «Les termes «ayant trait» (art. 69 al. 2

<sup>5</sup> Urteil BGer 1C\_428/2016 vom 27. September 2017 E. 2.3; Urteil des BVerger A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 3.1.

<sup>6</sup> <https://www.vtg.admin.ch> > Dokumentation > Medienmitteilungen > Prüfbericht zur Beschaffung von Schutzmasken: Chefin VBS ordnet Massnahmen an, S. 16. besucht letztmals am 6. Mai 2021.



CPDT-JUNE) et «concernant» (art. 3 al. 1 LTrans) se comprennent ainsi comme visant des documents qui concernent précisément la procédure au sens strict (actes qui émanent des autorités judiciaires ou de poursuite ou qui ont été ordonnés par elles) et non ceux qui peuvent se trouver dans le dossier de procédure au sens large ». <sup>7</sup>

19. Der ASTAB konnte bis anhin nicht aufzeigen, inwieweit die betroffenen Textpassagen über die zwei Vorfälle in Zusammenhang mit einem jeweiligen konkreten Verfahren im engeren Sinn gemäss dem oben erwähnten Urteil stehen. Überdies gilt es zu beachten, dass die betroffenen Informationen in der Zwischenzeit vom VBS weitgehend veröffentlicht wurden. Daher ist für den Beauftragten zum Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich, inwiefern die betroffenen Textpassagen Dokumente eines konkreten und hängigen Verfahrens sind. Somit gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass der ASTAB bis anhin bei beiden Vorfällen (Unternehmen Y und Z) das Vorliegen der Tatbestände von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 BGÖ nicht hinreichend dargelegt hat.
20. Weiter wird die Zugangsverweigerung bei beiden Vorfällen mit Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ begründet. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starken Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosse Risiko beinhaltet, eine öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten. <sup>8</sup>
21. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Diese Ausnahme soll sicherstellen, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen wie Aufsichtsmaßnahmen, Inspektionen, behördliche Ermittlungen oder administrative Überwachungen dienen. Nicht von der Bestimmung erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt. <sup>9</sup> Sie kann dann angerufen werden, wenn durch das Zugänglichmachen bestimmter Informationen, die eine Massnahme vorbereiten, die betreffende Massnahme ihr Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr bzw. nicht vollumfänglich erreichen würde. <sup>10</sup> Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung der Informationen Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. <sup>11</sup> Dabei

---

<sup>7</sup> BGE 1C\_367/2020 vom 12. Januar 2021, E. 3.4; BBI 2003 2008.

<sup>8</sup> BBI 2003 2007.

<sup>9</sup> Urteil BVGer A-407/2019 vom 12. Mai 2020, E. 6.1.

<sup>10</sup> BBI 2003 2009.

<sup>11</sup> Urteil BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014, E. 4.2.2.



muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele von einem gewissen Gewicht sein.<sup>12</sup>

22. Die betroffenen Informationen geben den Stand von April – Juni 2020 wieder. In der Zwischenzeit hat sich die Sachlage bei beiden Vorfällen weiterentwickelt und das VBS hat dazugehörige Informationen veröffentlicht. In seiner ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten hält der ASTAB fest, dass (u.a) die in Frage stehenden Beschaffungen gegenwärtig Objekt einer VBS-internen Revision sind. Daher könne die Bekanntgabe der verlangten Informationen die Behörde unter einen starken Druck setzen (Ziff. 12). Unabhängig von der Tatsache, dass inzwischen der Prüfbericht "Beschaffung von Schutzmasken" veröffentlicht wurde<sup>13</sup> und die angerufenen Ausnahmegesetzbestimmungen gemäss Begründung somit dahinfallen, ist die vom ASTAB vorgebrachte Argumentation zu allgemein, um das Vorliegen einer oder beider Ausnahmegesetzbestimmungen hinreichend darzulegen. Der ASTAB hat die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Ziffern der Statusberichte somit nicht widergelegt.
23. In Bezug auf den Vorfall mit dem Unternehmen Z macht der ASTAB zusätzlich die Ausnahmegesetzbestimmung von Art. 8 Abs. 4 BGÖ geltend, wonach amtliche Dokumente über Positionen in laufenden und künftigen Verhandlungen in keinem Fall zugänglich sind. In seiner Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten führt der ASTAB lediglich aus, dass Verhandlungen infolge mangelhafter Lieferungen laufen würden (Ziff. 6). Weitergehende Ausführungen und Begründungen für das Vorliegen der Ausnahmegesetzbestimmung fehlen. Zudem ist fraglich, ob die vom VBS erwähnten Verhandlungen inzwischen nicht bereits abgeschlossen sind.  
Insgesamt gilt es festzuhalten, dass der ASTAB bis anhin nicht hinreichend dargelegt hat, inwiefern die relevante Passage tatsächlich Positionen von laufenden oder künftigen Verhandlungen enthält. Damit hat der ASTAB die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs nicht widergelegt, weshalb der Zugang zu gewähren ist.
24. *Zusammenfassend kommen nach Ansicht des Beauftragten die Ausnahmegesetzbestimmungen von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b sowie von Art. 8 Abs. 4 BGÖ mangels hinreichender Begründung nicht zur Anwendung.*
25. Weiter schwärzte der ASTAB eine Passage, in der zwei Länder in Zusammenhang mit Schutzgütern erwähnt werden, in der Ziffer 1.3 des Statusberichts Nr. 5 ein. Dabei stützte er sich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn die ausserpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. In seiner ergänzenden Stellungnahme lieferte er die knappe Begründung, wonach die Herausgabe dieser Passage zu politischen Unstimmigkeiten mit einem Drittstaat führen kann, da die betroffene Aussage nicht bewiesen werden kann (Ziff. 6).
26. Nach der Rechtsprechung liegt es in der Natur von Entscheidungen politischen und insbesondere ausserpolitischen Gehalts, dass sie der justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheidungen eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides und die Berufung darauf entbindet die Behörde nicht davon konkret darzulegen, welche ausserpolitischen Interessen

<sup>12</sup> BGE 144 II 77, E.4.3.

<sup>13</sup> <https://www.vtg.admin.ch> > Dokumentation > Medienmitteilungen > Prüfbericht zur Beschaffung von Schutzmasken: Chefin VBS ordnet Massnahmen an, besucht letztmals am 6. Mai 2021.



oder internationalen Beziehungen der Schweiz in welcher Weise beeinträchtigt werden können. Die Entscheide der Behörde müssen insgesamt nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben.<sup>14</sup>

27. Da vorliegend jegliche Beschreibung bzw. rechtliche Beurteilung über eine allfällige konkrete und bestehende Beeinträchtigung aussenpolitischer Interessen oder internationalen Beziehungen der Schweiz fehlt, stellt der Beauftragte fest, dass der ASTAB die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs nicht widerlegen konnte. Für den Beauftragten ist auch nicht ersichtlich, dass durch die Bekanntgabe dieser Passage die aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen der Schweiz ernsthaft beeinträchtigt werden könnten. Somit ist der Zugang zu dieser Passage mangels ausreichender Begründung zu gewähren.
28. In seiner Stellungnahme gegenüber dem Antragsteller verwies der ASTAB generell auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Ziff. 2). Dieser Bestimmung entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. In der ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten (Ziff. 5 - 6) wird diese Ausnahmebestimmung nicht mehr geltend gemacht. Als beweisbelastete Behörde verzichtet der ASTAB im Schlichtungsverfahren somit auf die Geltendmachung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Für den Beauftragte ist auch nicht ersichtlich, welche Passage(n) entsprechende Geheimnisse enthalten könnten.
29. Schliesslich wurden in den betroffenen Passagen sämtliche Namen von natürlichen und juristischen Personen eingeschwärzt. Dabei stützte sich der ASTAB auf Art. 7 Abs. 2 und auf Art. 9 BGÖ. Laut ASTAB bestehe die Möglichkeit, anonymisierte Namen aufgrund diverser Hintergrundinformationen im Kontext des publizierten Beschaffungsberichts vom 3. Dezember 2020 zu erschliessen.
30. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht gilt daher nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>15</sup> Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.<sup>16</sup> Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Verlangt ein Gesuchsteller, wie vorliegend, explizit Zugang zu Personendaten, so ist der Zugang gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235. 1) zu beurteilen. Art. 19 Abs. 1bis DSG sieht vor, dass Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben dürfen, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Im Rahmen dieser Interessenabwägung werden die konkret auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abgewogen.
31. Die Gewichtung der privaten Interessen hat insbesondere anhand der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Personen sowie möglicher Konsequenzen

<sup>14</sup> Urteil BGer 1C\_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3; Urteil BGer 1C\_222/2018 vom 21. März 2019.

<sup>15</sup> Urteil BVerfG A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E.4.2.1.

<sup>16</sup> FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, N 13f.



der Bekanntgabe zu erfolgen.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Verwaltungsangestellte können im Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Funktion ihren Privatsphärenschutz nicht im gleichen Masse geltend machen wie private Dritte. Es ist jedoch auch innerhalb der Verwaltungsangestellten zwischen höheren Führungspersonen und hierarchisch nachrangigem Behördenpersonal zu unterscheiden. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich unter Umständen auch die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten gefallen lassen. Hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte müssen sich zumindest gefallen lassen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Unabhängig von der Stellung der Person dürfen Personendaten nur bekannt gegeben werden, wenn dies keine überwiegenden Nachteile für den Betroffenen zur Folge hat.<sup>18</sup>

32. Auf der anderen Seite ist das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten zu berücksichtigen. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ) können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.<sup>19</sup> Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse aufgrund wichtiger Vorkommnisse dient (Bst. a) oder wenn die betroffene Person zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Bst. c).
33. Vorab gilt es festzuhalten, dass der ASTAB bei der Schwärzung von Personendaten weder Interessenabwägungen noch Anhörungen der betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ durchgeführt hat. Betrifft das Zugangsgesuch Personendaten, muss die Behörde grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ bei den betroffenen Personen durchführen. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts darf von einer vorgängigen Anhörung abgesehen werden, wenn die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfällt, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu anderen Ergebnissen führen. Zudem muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem übergrossen Aufwand verbunden wäre oder weil sie mit dem Grundzweck des Öffentlichkeitsgesetzes, Transparenz über die Verwaltungstätigkeit zu verschaffen, in einem unauflösbaren Konflikt geraten würde.<sup>20</sup>
34. Die verlangten Textpassagen enthalten drei Kategorien von Personendaten, welche nachstehend behandelt werden.
  - Daten von juristischen Personen: Die betroffenen Textpassagen enthalten Personendaten gemäss Art. 3 Bst. a DSG von verschiedenen Unternehmen. Vorliegend ist davon auszugehen, dass bei der Prüfung des öffentlichen Interesses die Tatbestände von Art. 6 Abs. 2 Bst. a und c VBGÖ erfüllt sind, mithin also ein bedeutendes öffentliches Interesse am Zugang besteht. Auf der Seite der privaten Interessen gilt es vorab zu beachten, dass die Schutzbedürftigkeit von Personendaten bei juristischen Personen gemäss Rechtsprechung naturgemäss geringer als bei natürlichen Personen ist.<sup>21</sup> Wie bereits erwähnt, sind überdies Personendaten und zahlreiche sie betreffende Informationen zum Teil bereits öffentlich zugänglich, weil sie entweder vom VBS selber veröffentlicht (z.B. im Beschaffungsbericht)

<sup>17</sup> Urteil BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

<sup>18</sup> Urteil BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.2; Urteil BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1.

<sup>19</sup> Urteil BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

<sup>20</sup> Urteil BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.3.

<sup>21</sup> Urteile BVGer A-7874/2015 vom 15.6.2016 E. 9.6.2, und A-3829/2015 vom 26.11.2015 E. 8.2.3.



oder in den Medien thematisiert wurden. Nach Ansicht des Beauftragten ist in Bezug auf diese Angaben eine Beeinträchtigung der Privatsphäre somit nicht mehr möglich. Insgesamt gilt es daher festzuhalten, dass der ASTAB als beweisbelastete Behörde bis anhin nicht hinreichend dargelegt hat, inwieweit die Privatsphäre der betroffenen juristischen Personen durch eine Zugangsgewährung tatsächlich beeinträchtigt würde.

- Namen von natürlichen Personen: In Ziffer 5.2 des Statusberichts Nr. 8 und in Ziffer 5.4 des im Statusberichts Nr. 9 wurden die Namen von Vertretern/Mitarbeitenden von zwei Unternehmen und von der COVID-19 Task Force abgedeckt. Ob der Antragsteller ein konkretes Interesse an diese Namen hat, ist aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich.

Es ist daher am ASTAB zu prüfen, ob ein solches Interesse besteht und, sollte dies der Fall sein, den Zugang entsprechend den Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung (s. Ziff. 30 ff.) zu gewähren.

- Namen von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung: Sämtliche Namen von Bundesangestellten wurden geschwärzt. In seiner Stellungnahme im Schlichtungsverfahren führt der ASTAB dazu aus, dass aufgrund laufender Verfahren sowie verwaltungsinterner Abklärungen auch im Zusammenhang mit laufenden und künftigen Verhandlungen vorderhand die Namen von in den Statusberichten aufgeführten Behördenmitgliedern und Verwaltungsangestellten nicht zugänglich gemacht werden sollten. Weitergehende Begründungen zu möglichen Beeinträchtigungen der Privatsphäre dieser Personen bringt der ASTAB nur für zwei Personen vor. Gleichzeitig hält er allgemein fest, dass eine Bekanntgabe der Namen kaum überwiegende Nachteile für die Betroffenen zur Folge hätte (Ziff. 5).

Es gilt daher festzuhalten, dass der ASTAB eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der aufgeführten Bundesangestellten nicht bei allen Personen hinreichend dargelegt hat. Dementsprechend empfiehlt der Beauftragte die Bekanntgabe der Personendaten von Bundesangestellten entsprechend der Rechtsprechung (Ziff. 31), auf welche der ASTAB im Übrigen selber verweist (Ziff. 5).

35. *Abschliessend ist festzuhalten, dass der ASTAB die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Passagen der Statusberichte des Beschaffungskoordinators Corona VBS nicht widerlegen konnte. Daher ist der Zugang zu genannten Textpassagen ohne Einschwärgungen zu gewähren. Der ASTAB prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind.*

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

36. Der Armeestab der Schweizer Armee gewährt den vollständigen Zugang zu sämtlichen verlangten Ziffern der Statusberichte Nr. 1a - 12 des Beschaffungskoordinators Corona VBS gemäss Ziffer 12 und nach allfälliger Anhörung der betroffenen Personen.
37. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Armeestab der Schweizer Armee den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
38. Der Armeestab der Schweizer Armee erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).



39. Der Armeestab der Schweizer Armee erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
40. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
41. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R)  
X
  
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Schweizer Armee  
Armeestab  
Papiermühlestrasse 20  
3003 Bern

Reto Ammann

Alessandra Prinz