



Abteilung I  
A-839/2022

## Urteil vom 5. April 2023

Besetzung

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

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch  
Martin Looser, Rechtsanwalt, und  
Seraina Schneider, Rechtsanwältin,  
ettlersuter Rechtsanwälte,  
Beschwerdeführer,

gegen

**armasuisse**,  
Guisanplatz 1, Gebäude 1B, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Zugang zu amtlichen Dokumenten.

## Sachverhalt:

### A.

A.\_\_\_\_\_ ersuchte am 26. August 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Rüstung armasuisse um Zugang zu folgenden Dokumenten bezüglich der Beschaffung der neuen Kampfflugzeuge (nachfolgend: NKF):

"Entscheid AHP (Analytic Hierarchy Process) als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030:

- Protokoll der Sitzung, als die Wahl auf AHP fiel
- Protokoll der Sitzungen, wo die verschiedenen Bewertungsmethoden vorgängig diskutiert wurden
- Internes und/oder externes juristisches Gutachten oder Einschätzung, dass AHP konform ist mit dem Schweizer Beschaffungsrecht
- Liste der vorhandenen Dokumente zur Wahl der AHP-Methode

Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF:

- Übersicht und Bezeichnung der mit Hilfe AHP gewichteten (Unter-)Kriterien
- Übersicht und Bezeichnung der 79 / 80 Bewertungspunkte
- Korrespondenz/ Dossier-Auszüge, die an die Anbieter gingen, betreffend Kriterien, Gewichtung, Bewertungspunkte und eingesetzter Bewertungsmethodik (AHP)".

### B.

Am 27. September 2021 nahm armasuisse Stellung. Mit Bezug zum Einsichts Antrag "Entscheid AHP als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030" erläuterte armasuisse die Wahl und Funktionsweise der AHP-Methode und verwies auf die öffentlich verfügbare Plausibilitätsbestätigung einer dafür beauftragten Anwaltskanzlei. Betreffend die Dokumente "Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF" verweigerte armasuisse den Zugang vollständig.

### C.

Am 18. Oktober 2021 reichte A.\_\_\_\_\_ einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (nachfolgend: EDÖB) ein.

### D.

Am 10. November 2021 reichte armasuisse die betroffenen Dokumente zum Einsichts Antrag "Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF"

ein. Im Zusammenhang mit dem Einsichtsantrag "Entscheid AHP als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030" äusserte sich armasuisse dahingehend, dass keine Dokumente existieren würden.

#### **E.**

Am 18. November 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die Parteien hinsichtlich der Dokumente betreffend "Entscheid AHP als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030" eine Einigung erzielten. A. \_\_\_\_\_ nahm zur Kenntnis, dass diesbezüglich keine Dokumente existieren. In Bezug auf das Begehren um Zugang zu Dokumenten betreffend die "Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF" konnten sich die Parteien dagegen nicht einigen.

#### **F.**

Der EDÖB hielt in seiner Empfehlung vom 22. Dezember 2021 fest, dass armasuisse bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 4, Art. 7 Abs. 1 Bst. a, c, d und g BGÖ sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen vermöge. Nach seiner Ansicht sei diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt worden. Er empfahl deshalb, den Zugang zu den verlangten Dokumenten A und B ("Konkretisierung Subkriterien" [Dokument A] und "Bewertungsmatrix" [Dokument B] betreffend die Evaluation eines neuen Kampfflugzeuges [Air2030]) zu gewähren.

#### **G.**

Am 24. Januar 2022 erliess armasuisse eine Verfügung, mit welcher es den Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigerte. Als Begründung führte es im Wesentlichen an, dass der Gesuchsteller keinen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten habe, weil das BGÖ aufgrund von vorbehaltenen Bestimmungen und internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht anwendbar sei (Art. 4 BGÖ). Zudem seien Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 a, b, c, d, g und h BGÖ gegeben und es liege ein besonderer Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vor. Der Zugang zu den angeforderten Dokumenten sei daher vollständig zu verweigern. Auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ergebe sich kein anderes Resultat. Bereits eine teilweise Offenlegung dieser Informationen würde zu einer Verletzung übergeordneter Interessen und verbindlicher Verpflichtungen führen. Mildere Massnahmen als die Zugangsverweigerung stünden nicht zur Verfügung.

**H.**

Gegen diese Verfügung der armasuisse (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 21. Februar 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangt die Aufhebung der Verfügung vom 24. Januar 2022 und Zugang zu den mit Gesuch vom 26. August 2021 erbetenen Dokumente (A und B) betreffend "Kriterien und Gewichtung Evaluation Air2030 NKF". Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**I.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 28. März 2022 die Abweisung der Beschwerde. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an sie zurückzuweisen.

**J.**

Der Beschwerdeführer sowie die Vorinstanz reichten am 27. Mai 2022 und 5. Juli 2022 ihre Schlussbemerkungen ein.

**K.**

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

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

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

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

**1.2** Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher ihm der ersuchte Zugang zu den Dokumenten A ("Konkretisierung Subkriterien") und B ("Bewertungsmatrix") vollumfänglich verweigert wurde, ohne Weiteres zur Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.3** Anzumerken bleibt, dass die begehrten (nicht vorhandenen) Dokumente betreffend "Entscheid AHP als Bewertungsmethode der Evaluationen Air2030" nicht mehr Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind (vgl. Bst. E hiervor).

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

## **2.**

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

## **3.**

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

**3.2** Nach Art. 4 BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, welche bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), vorbehalten. Das Verhältnis von Vertraulichkeitsregeln in anderen Bundesgesetzen und dem allgemeinen Transparenzgebot gemäss BGÖ lässt sich nicht generell festlegen, sondern ist von Fall zu Fall zu ermitteln. Entscheidend ist dabei der

Sinn und Zweck der divergierenden Normen: das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung ist dem Schutzzweck der Spezialnorm gegenüberzustellen. Dies gilt auch für ältere Sondernormen über die Vertraulichkeit staatlicher Handlungen und Vorkehren. So erfasst namentlich das Amtsgeheimnis nur noch Informationen, die eines besonderen Schutzes bedürfen bzw. gerade nach dem Öffentlichkeitsgesetz in der Regel nicht zugänglich sind, denn sonst würde dieses jüngere Gesetz seines Gehalts beraubt und weitgehend obsolet (Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4 m.H.). Der Geheimnisbegriff des Art. 4 BGÖ ist ein materieller. Ob es sich bei einer Norm um eine Geheimhaltungsvorschrift im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ handelt, ist mittels Auslegung zu bestimmen (vgl. BGE 146 II 265 E. 3.1; vgl. Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4; STAMM-PFISTER, in: Basler Kommentar, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BK BGÖ], Rz. 6 f. zu Art. 4 BGÖ). Massgebliche Kriterien sind etwa: die Funktion oder Stellung der betroffenen Person, die Umstände der ursprünglichen Informationsbeschaffung, der Vertrauensschutz, die Art der betroffenen Daten, das Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit, der Schutz spezifischer öffentlicher Interessen, die Natur der Beziehung zwischen der Verwaltung und dem betroffenen Dritten sowie die Bedeutung der fraglichen Thematik (BGE 146 II 265 E. 3.1; vgl. Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4 m.H.).

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

**4.**

Unbestritten ist vorliegend, dass das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (vgl. Art. 2 und 3 BGÖ). Weiter ist unbestritten, dass es sich bei den betroffenen Unterlagen um amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ handelt. Die Frage, ob Informationen, die bereits aufgrund des Beschaffungsrechts veröffentlicht wurden, aufgrund des BGÖ erneut herauszugeben sind (Art. 6 Abs. 3 BGÖ; vgl. Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.3), stellt sich vorliegend nach Lage der Akten nicht.

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

**5.**

**5.1** Die Vorinstanz beruft sich u.a. auf Art. 3 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB; AS 1996 508) und eventualiter auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB (bzw. Art. 10 Abs. 4 Bst. a des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]) i.V.m. Art. 4 aBGÖ, welcher spezialgesetzliche Bestimmungen vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen würden.

**5.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, dass weder das aBöB noch BöB einen spezifischen Geheimnisvorbehalt enthalte, der die vorliegend interessierenden Kriterien und deren Gewichtung erfasse bzw. diese Informationen als Geheimnisse im vorerwähnten Sinne qualifiziere. Die bloße Tatsache, dass es sich um Informationen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Kampfflugzeugen handle, vermöge deren Geheimnischarakter nicht zu begründen. Soweit die Vorinstanz aus den für die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial geltenden Ausnahmestimmungen des aBöB bzw. der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB; AS 1996 518 ff.) "a fortiori" bzw. über das Bemühen des beschaffungsrechtlichen Vertraulichkeitsgrundsatzes einen spezialgesetzlichen Geheimnisvorbehalt herleite, würden ihre Ausführungen an der Sache vorbeigehen. Selbst wenn es sich vorliegend um eine sicherheitsrelevante Beschaffung im Sinne von Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB handeln würde, bedeute dies nicht, dass sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Informationen bzw. Dokumente als geheim zu bezeichnen wären und der Zugang deshalb generell zu verweigern wäre. Vielmehr sei

im Einzelnen zu prüfen, ob die Informationen, die Gegenstand des Zugangsgesuchs bilden würden, als materielle Geheimnisse von einem spezifischen Geheimnisvorbehalt erfasst seien.

**5.3** Die Vorinstanz entgegnet, dass die in Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB angelegte Vertraulichkeit von Rüstungsbeschaffungen im dritten Kapitel der aVöB, welches für die vorliegend in Frage stehenden "übrigen Beschaffungen des Bundes" zur Anwendung komme, näher ausgeführt werde. Nach Art. 35 Abs. 3 Bst. a aVöB könnten Rüstungsbeschaffungen unabhängig vom Schwellenwert im Einladungsverfahren durchgeführt werden. Damit trage der Gesetzgeber den erhöhten Vertraulichkeitsbedürfnissen im Bereich der Rüstungsbeschaffungen Rechnung. Anders als in einem offenen oder selektiven Verfahren erfolge im Einladungsverfahren keine öffentliche Ausschreibung des Auftrags. Die Ausschreibungsunterlagen würden nur den von der Vergabestelle ausgewählten Anbietern zugänglich gemacht. Bei Einladungsverfahren für "übrige Beschaffungen des Bundes" nach dem dritten Kapitel der aVöB bestehe auch keine Rechtspflicht zur Veröffentlichung des Zuschlags. Sinn und Zweck der Ausnahme von Rüstungsbeschaffungen von den ansonsten im Beschaffungsrecht bestehenden speziellen Publikations- bzw. Zugangsnormen sei die Gewährleistung der Vertraulichkeit von sicherheitskritischen Evaluationen bzw. Beschaffungen. Es bestünden deshalb vorbehaltene spezialgesetzliche Bestimmungen im Sinne von Art. 4 BGÖ, welche der Bekanntgabe der vom Zugangsbuch betroffenen amtlichen Dokumente entgegenstünden. Der Geheimnisvorbehalt reflektiere auch die international bei Rüstungsgeschäften übliche Praxis der Vertraulichkeit, die regelmässig auch mittels Klassifizierung der Informationen nach der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes vom 4. Juli 2007 (Informationsschutzverordnung, ISchV, SR 510.411) sowie vertraglich abgesichert werde (sog. non-disclosure agreements). Zu keinem anderen Ergebnis würde auch die Anwendung des BöB führen. Nach Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB finde das BöB keine Anwendung, wenn "dies für den Schutz und die Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung als erforderlich erachtet wird." Das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]) halte in diesem Sinne in Art. III:1 fest, dass es den Vertragsparteien unbenommen bleibe, zum "Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen in Bezug auf die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder in Bezug auf für die nationale Sicherheit oder die Landesverteidigung unerlässlichen Beschaffungen Massnahmen zu treffen



oder Auskünfte zu verweigern, soweit sie dies für erforderlich erachten." Unter Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB könnten gemäss Botschaft zur Totalrevision des BöB die Beschaffung von Kriegsmaterial, aber auch weitere sicherheitskritische Leistungen fallen, seien diese nun militärischer oder ziviler Natur. Dabei genüge es bereits, wenn die Leistungen selbst sicherheitskritisch seien. Im Rahmen der sicherheitspolitischen Ausnahmen finde keine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne statt. Insbesondere verfüge die Vergabestelle über einen weiten Ermessensspielraum, weil der Entscheid über das massgebende Sicherheitsniveau genaue Kenntnis der gefährdeten Schutzgüter voraussetze.

**5.4** Der Beschwerdeführer macht in seinen Schlussbemerkungen geltend, dass die Vergabe nicht zwingend im Einladungsverfahren zu erfolgen habe. Als Folge davon kämen bei Anwendung des offenen oder selektiven Verfahrens auch für Rüstungsbeschaffungen die Publikations- und Zugangsnormen des aBöB zum Tragen, namentlich die Pflicht zur Veröffentlichung der Ausschreibung und des Zuschlags. Entgegen der Argumentation der Vorinstanz bestünde in diesem Rahmen somit gerade keine Ausnahme von den ansonsten im Beschaffungsrecht bestehenden speziellen Publikations- und Zugangsnormen. Zunächst sei auch im Falle einer Sicherheitsbeschaffung die Anwendbarkeit des aBöB nicht ex lege ausgeschlossen, sei Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB doch als blosser Kann-Vorschrift ausgestaltet. Daraus folge, dass die Publikations- und Zugangsnormen des aBöB gegebenenfalls auch bei Sicherheitsbeschaffungen zur Anwendung kämen, womit im Umkehrschluss gerade kein gesetzlicher Geheimnisvorbehalt bzw. keine vorbehaltene Bestimmung bestehe. Das Gleiche gelte schliesslich auch für die von der Vorinstanz erwähnten Informationsschutzabkommen. Schutzwürdig im Sinne solcher Abkommen seien gegebenenfalls klassifizierte Informationen der Anbietenden im Rahmen der Angebote, namentlich solche militärischer oder kommerzieller Natur. Nicht darunter würden dagegen die von der Vorinstanz definierten Evaluationskriterien fallen, an denen sie selbst ein Geheimhaltungsinteresse habe. Im Übrigen sei daran zu erinnern, dass solche Abkommen – wie auch non-disclosure agreements – lediglich das sog. subjektive Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten zum Ausdruck bringen würden, jedoch nichts über das objektive Geheimhaltungsinteresse bzw. die Schutzwürdigkeit der ersuchten Dokumente aussagen würden. Was den allgemeinen Hinweis der Vorinstanz auf die Klassifizierung anbelange, so bringe diese höchstens den subjektiven Geheimhaltungswillen zum Ausdruck. Über die übrigen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Geheimnisses im Sinne des materiellen Geheimnisbegriffs sei damit nichts gesagt. Namentlich begründe

ein Klassifizierungsvermerk kein objektives Geheimhaltungsinteresse. Deshalb gehe auch die Herleitung eines völkerrechtlichen Geheimnisvorbehalts ins Leere. Das Zugangsgesuch betreffe einzig die von der Vorinstanz als Auftraggeberin definierten allgemeinen Evaluationskriterien samt Gewichtung, soweit sie nicht ohnehin bereits öffentlich bekannt seien. Bezüglich dieser Informationen sei weder im Kurzbericht Evaluation noch zuvor in der bundesrätlichen Botschaft zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 26. Juni 2019 (BBI 2019 5081) ein Geheimnisvorbehalt angebracht worden.

**5.5** In ihren Schlussbemerkungen führt die Vorinstanz aus, es sei im Rahmen der teleologischen Auslegung namentlich zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber für Rüstungsbeschaffungen das Einladungsverfahren ermögliche und spezielle Regeln für die Veröffentlichung vorgesehen habe. Der Geheimnisvorbehalt bestehe damit kraft Gesetzes. Nicht beantwortet werden müsse die Frage, ob das vorliegende Beschaffungsverfahren theoretisch auch in einem höherstufigen (selektiven oder offenen) Verfahren hätte durchgeführt werden können. Der Gesetzgeber habe Rüstungsbeschaffungen als übrige Beschaffungen des Bundes explizit vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommen, das Einladungsverfahren ermöglicht und den Rechtsschutz ausgeschlossen. Nachdem das Einladungsverfahren unbestrittenermassen zulässig gewesen sei, seien die für das Einladungsverfahren anwendbaren Voraussetzungen des Zugangs massgebend, welche den erhöhten Vertraulichkeitsbedürfnissen in diesem sensiblen Bereich Rechnung tragen würden. Sei das Einladungsverfahren gewählt worden, könnten nicht nach Belieben Regelungen aus dem selektiven oder offenen Verfahren herangezogen werden, um Ausnahmen von den gesetzlich vorgesehenen Geheimnisvorbehalten zu begründen. Der Beschwerdeführer argumentiere sodann, dass die Qualifikation als Sicherheitsbeschaffung "nicht kraft gesetzlicher Vorschrift" erfolge, sondern einer ermessensweisen Beurteilung durch die Beschaffungsbehörde bedürfe. Daraus folge "im Umkehrschluss", dass kein Geheimnisvorbehalt kraft Gesetzes bestehe. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Existenz von Ermessen in der Rechtsanwendung vorbehaltene Vorschriften ausschliessen solle. Bei pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen ermögliche Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB bzw. Art. 10 Abs. 4 BöB die Wahrung der Vertraulichkeit einer öffentlichen Beschaffung, wenn dies zum Schutz der äusseren und inneren Sicherheit erforderlich sei. Dabei genüge es bereits, wenn die zu beschaffende Leistung als solche sicherheitskritisch sei. Der Ansicht des Beschwerdeführers, wonach die Elemente des spezifischen Geheimnisbe-

griffs nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse) auch im Zusammenhang mit vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 4 BGÖ in jedem Fall erfüllt sein müssten, könne nicht gefolgt werden. Massgeblich sei vielmehr der – gegebenenfalls mittels Auslegung ermittelte – Wirkungsbereich des spezialgesetzlichen Geheimnisvorbehalts. Anders als der Beschwerdeführer suggeriere, habe die Vorinstanz keinen Anlass dazu gehabt, im Planungsbeschluss oder im Kurzbericht Evaluation einen spezifischen auf die Evaluationskriterien bezogenen Geheimnisvorbehalt anzubringen. Dies ergebe sich schon daraus, dass das vorliegend angewandte Einladungsverfahren die Vertraulichkeit der Ausschreibungsunterlagen gewährleiste und deren Veröffentlichung nicht vorsehe. Zudem sei für die Beantwortung der Frage, ob die Zugangsverweigerung zu Recht erfolgt sei, massgeblich, ob vorbehaltene Bestimmungen einen Zugang ausschliessen oder Verweigerungsgründe bestünden.

## **6.**

**6.1** Eingangs ist auf die beschaffungsrechtlichen Grundlagen näher einzugehen.

## **6.2**

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

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

Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 6 ff. zu Art. 3 aBöB). Bei den Beschaffungen nach Art. 3 Abs. 1 und 2 aBöB handelt es sich um sog. übrige Beschaffungen im Sinne des 3. Kapitels aVöB. Die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB ist nach dem Gesagten vom Beschaffungsrecht ausgenommen (BöB und GPA) und kann unter bestimmten Voraussetzungen freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben werden (vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. a, Art. 36 Abs. 2 Bst. f. aVöB und Art. 36 Abs. 2 Bst. a aVöB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 978 ff.). Die GPK-N erwog mit Verweis auf die Auffassung von Beschaffungsexperten, dass gestützt auf Art. 36 Abs. 2 Bst. a aVöB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB auch eine freihändige Beschaffung zulässig gewesen wäre (Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, S. 12 f. < <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Bericht%20GPK-N%20vom%209.9.2022%20D.pdf> >, zuletzt abgerufen am 4. April 2023). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 3 BöB mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzungen des aBöB eng auszulegen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 1.1.4; a.A. HANS RUDOLF TRÜEB, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 3 aBöB).

**6.2.3** Vorliegend ist augenscheinlich, dass die Beschaffung von NKF unter Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB fällt und ein Einladungsverfahren stattgefunden hat. Ob eine freihändige Vergabe zulässig gewesen wäre, ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht entscheidrelevant.

**6.2.4** Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Art. 3 Abs. 2 Bst. a–c aBöB entschieden, dass der Zuschlag in einer dieser Konstellationen also ausnahmsweise geheim bleibe. Für diese Beschaffungen sei somit ein spezialgesetzlicher Vorbehalt im Sinne von Art. 4 BGÖ gegeben. Im konkreten Fall war die Bestimmung jedoch nicht einschlägig (Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 6.2.4). Das Bundesgericht hat eine gegen das Urteil gerichtete Beschwerde teilweise gutgeheissen, sich jedoch zu Art. 3 aBöB nicht geäußert (Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3). Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB umfasst dabei Ausnahmen infolge Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (vgl. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB).

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

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

## 7.

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

### 7.1

**7.1.1** Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen. Das Gericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten zu lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abzustellen, wenn sich

daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 146 II 265 E. 5.1 m.H.; BGE 131 II 697 E. 4.1 m.w.H.).

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

## **7.2**

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

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

## **7.3**

**7.3.1** Unter systematischen Gesichtspunkten kann gesagt werden, dass weder das GPA noch das aBöB noch das BöB auf Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial Anwendung finden (Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB; Art. 10 Abs. 4 BöB; vgl. E. 6.2 hiavor). Solche Beschaffungen sind vom

Anwendungsbereich des BöB und des GPA ausgenommen. Aus dem GPA lässt sich nichts ableiten, was einem Geheimnisvorbehalt entgegenstünde (vgl. Art. XXIII:1 bzw. Art. XXIII:2 GPA 1994 bzw. Art. III:1 und Art. III:2 Bst. a GPA 2012).

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

**7.3.3** Die Informationsschutzverordnung regelt den Schutz von Informationen des Bundes und der Armee, soweit er im Interesse des Landes geboten ist. Sie legt insbesondere deren Klassifizierung und Bearbeitung fest (vgl. Art. 1 ISchV). Art. 13 Abs. 3 ISchV stipuliert, dass bei einem Antrag auf Zugang zu amtlichen Dokumenten das zuständige Organ unabhängig von der Angabe des Geheimhaltungsgrades prüft, ob der Zugang gemäss den Bestimmungen des BGÖ gestattet, eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden soll. Daraus folgt, dass die mögliche "geheime", "vertrauliche" oder "interne" Einstufung eines Dokuments nach der Informationsschutzverordnung keine eigenständige Wirkung hat: Allein das BGÖ ist vorliegend massgebend, ob und unter welchen Bedingungen der Zugang zu einem offiziellen Dokument gewährt werden kann. Mit anderen Worten

steht die Klassifizierung eines Dokuments mit "vertraulich" der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes nicht entgegen (BVGE 2014/24 E. 3.6.3 ff. m.H.; vgl. Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 5.3). Die Botschaft zum BGÖ bezeichnet die Klassifizierung von Dokumenten dennoch als "wichtigen Anhaltspunkt" für die Beurteilung von Zugangsgesuchen, bestätigt aber, dass eine Klassifizierung den Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz nicht in jedem Fall ausschliesst (Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, S. 2006).

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

**7.3.5** Zusammenfassend ergibt sich aus der systematischen Auslegung, dass der Vertraulichkeit der Informationen bei Rüstungsbeschaffungen ein hoher Stellenwert zukommt. Diese erschöpft sich nicht einfach in der Feststellung des Amtsgeheimnisses, sondern zeigt sich dadurch, dass alle aktiven Informationen der Behörden ausgeschlossen sind. Hinzu kommt, dass die Schweiz verschiedene Vereinbarungen mit ausländischen Staaten geschlossen hat, die die Bedeutung der Vertraulichkeit noch untermauern.



## 7.4

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

**7.4.2** Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante – Klarheit im Voraus – und der Transparenz ex post – Verständlichkeit im Nachhinein – unterschieden wird (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-ante-Transparenz verlangt, dass die Regeln im Wettkampf um den Beschaffungsvertrag allen Verfahrensteilnehmern bekannt sind. In diesem Zusammenhang steht auch das Verbot der Änderung von Leistungs- und Verfahrensparametern im laufenden Verfahren (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2). Die Ex-post-Transparenz soll namentlich den Rechtsschutz garantieren. Ob ein Vergabeverfahren rechtmässig ist, lässt sich nur beurteilen, wenn ersichtlich ist, unter Berücksichtigung welcher Grundlagen, Kriterien und Überlegungen die Vergabestelle entschieden hat (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 28 ff.). Das Transparenzprinzip bzw. die daraus abgeleitete Dokumentationspflicht ist Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz (Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2 E. 9.1). Denn ohne hinreichende Dokumentation lässt

sich der Verdacht auf Ungleichbehandlung nachträglich weder bestätigen noch widerlegen (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 30 f. und 35; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 109 f.).

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

**7.4.4** Nach dem Gesagten besteht aufgrund der nationalen Sicherheit der Schweiz sowie mit Blick auf die Zusammenarbeit mit den Staaten der Informationsschutzabkommen (vgl. E. 7.3.3 hiavor) ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der *gesamten* Ausschreibungsunterlagen, der Unterlagen für die Evaluation sowie der Unterlagen des Zuschlags. Dazu gehören auch die begehrten Dokumente über die Konkretisierung der Subkriterien und die Bewertungsmatrix, selbst wenn sich darin keine Angaben der Anbieter befinden. Der Vorinstanz ist daher dahingehend beizupflichten, dass das Interesse an der Vertraulichkeit seines Gehalts entleert würde, wenn auf dem Weg der passiven Information entsprechende Informationen offenbart werden müssten (vgl. zur Terminologie der

passiven versus der aktiven Information E. 3.3 hiervor). Es kann somit dahingestellt bleiben, ob die konkrete und ernsthafte Gefahr besteht, dass eine Analyse der Konkretisierung der Unterkriterien in Verbindung mit den veröffentlichten Ergebnissen Rückschlüsse auf die Angaben der Bieter, die Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit sowie ihrer Stärken und Schwächen zulässt.

**7.4.5** Auch der EDÖB betont in seiner Empfehlung vom 11. November 2021 zu einem anderen Einsichtsgesuch in Sachen X. gegen armasuisse die Geheimhaltung zum Schutz und der Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 10 Abs. 4 BöB (vgl. E. 6.2.6 hievor). Zwar besteht auch ein gewisses privates Interesse des Beschwerdeführers als Journalist sowie damit verbunden ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit über den Ablauf der Beschaffung für die NKF. Dieses wiegt jedoch weniger gewichtig als die nationale Sicherheit der Schweiz. Zudem kann das weniger gewichtige öffentliche Interesse an der Transparenz von Rüstungsbeschaffungen und mitunter auch an einer Good Governance auf andere Weise, namentlich durch parlamentarische Aufsicht, gewährleistet werden (vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zum Evaluationsverfahren Neues Kampfflugzeug vom 9. September 2022, a.a.O. ; Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates zum Controlling von Offsetgeschäften vom 25. Januar 2022, < <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Bericht%20GPK-S%20vom%2025.1.2022%20DE.pdf> >, zuletzt abgerufen am 4. April 2023). Anzumerken ist schliesslich, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eng auszulegen ist (vgl. E. 6.2.2 hiervor), womit nicht die Gefahr besteht, dass mit diesem Auslegungsergebnis das Transparenzgebot und der Paradigmenwechsel des BGÖ unterlaufen werden könnte. Aus dem Sinn und Zweck der Regelung zeigt sich somit, dass das Geheimhaltungsinteresse bei Rüstungsbeschaffungen überwiegt, was für einen Geheimnisvorbehalt im Sinne von Art. 4 BGÖ spricht.

Daran vermag auch ein Verweis des Beschwerdeführers auf die Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nichts zu ändern (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.3.1 m.H.). Denn die vorliegende Beschaffung ist vom Anwendungsbereich des BGÖ ausgenommen (Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB).

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

**7.6** Zusammenfassend ergibt die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB, dass dieser eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellt. Deshalb durfte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den vollständigen Zugang zu den angeforderten Dokumenten verweigern (Art. 4 BGÖ). Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob weitere Spezialbestimmungen bestehen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a aBöB sowie das Informationsschutzabkommen mit den vereinigten Staaten von Amerika in E. 7.3.4 hiervor; vgl. die Frage bejahend, ob mit dem Begriff "Bundesgesetz" auch völkerrechtliche Abkommen mitgemeint sind: Urteil des BVGer A-1784/2014 vom 30. April 2015 E. 5.2). Gibt es eine gesetzliche Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ, die von vornherein dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht und den Zugang zu den strittigen Daten beschränkt, sind auch die im Öffentlichkeitsgesetz selbst vorgesehenen Ausnahmen nicht mehr weiter zu prüfen. Vor diesem Hintergrund kann insbesondere offen bleiben, ob die Ausnahmenbestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, c, d, g und h BGÖ Anwendung fänden.

## **7.7**

**7.7.1** Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung der Informations- und Medienfreiheit. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, lässt sich weder aus der Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV bzw. Art. 10 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]) noch aus der Medienfreiheit (Art. 17 BV) ein über das Öffentlichkeitsgesetz hinausgehender Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ableiten (Urteil des BGer 1C\_129/2016 vom 14. Februar 2017 E. 2.2.2 m.H.; vgl. ferner Urteile des BVGer A-5623/2017 vom 2. Mai 2019 E. 7 und A-6475/2017 vom 6. August 2018 E. 6).

**7.7.2** Vorliegend besteht kein Anlass von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweichen, weshalb die Beschwerde sich in diesem Punkt als unbegründet erweist.

**7.8** Soweit der Beschwerdeführer im Eventualstandpunkt das Verhältnismässigkeitsgebot gemäss Art. 5 Abs. 2 BV vorbringt, kann ihm nicht gefolgt werden. Nach dem zuvor Gesagten geht die Spezialnorm von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB i.V.m. Art. 4 BGÖ dem Zugangsrecht gemäss Öffentlichkeitsgesetz vor. Eine Abwägung zwischen den Interessen an der Bekanntgabe der Dokumente einerseits und der Geheimhaltungsinteressen findet deshalb (ausser im Rahmen der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. e aBöB) nicht statt (vgl. Urteil des BVGer A-6255/2018 vom 12. September 2009 E. 6.3). Die Verweigerung des Zugangs zu den angeforderten Dokumenten ist somit auch mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot nicht zu beanstanden.

## **8.**

Abschliessend ist auf die prozessualen Anträge einzugehen.

**8.1** Die Vorinstanz stellt die prozessualen Anträge, die Vorakten 7 und 8 seien gegenüber dem Beschwerdeführer vertraulich zu behandeln und es seien die in der Vernehmlassung grau hinterlegten Angaben gegenüber dem Beschwerdeführer vertraulich zu behandeln und in einer allfälligen Entscheidpublikation nicht offenzulegen.

**8.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei mit Bezug auf die Verfahrensanträge der Vorinstanz klarzustellen, dass diese lediglich für die Dauer des Verfahrens Wirkung entfalten könnten, keinesfalls aber über den gut heissenden Entscheid in der Sache hinaus. Soweit die Vorinstanz bean-

trage, die in der Vernehmlassung bzw. im Exemplar zuhanden des Beschwerdeführers grau hinterlegten Angaben seien "in einer allfälligen Entscheidungspublikation nicht offenzulegen", sei ihr Antrag deshalb abzuweisen. Selbstverständlich seien bei Gutheissung der Beschwerde sowohl die ersuchten Akten der Vorinstanz (Vorakten 7 und 8) zugänglich zu machen als auch die in der Vernehmlassung grau hinterlegten Angaben vollständig offenzulegen. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass ihm kein Nachteil daraus resultieren dürfe, dass Passagen in dem für ihn bestimmten Exemplar der Vernehmlassung geschwärzt seien und er sich folglich nicht dazu äussern könne. Alles andere würde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf ein faires Verfahren bedeuten.

**8.3** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG). Demnach besteht ein Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen. Die betroffene Partei kann sich nur wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise bezeichnen, wenn sie die Möglichkeit erhält, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bzw. das Gericht stützt (vgl. zum Ganzen Urteile des BVGer A-1508/2020 vom 9. September 2020 E. 3.1 und A-6754/2016 vom 10. September 2018 E. 7.1). Es ist insofern grundsätzlich in alle Akten Einsicht zu gewähren, die zum Verfahren gehören (BGE 132 V 387 E. 3.2; BVGE 2015/47 E. 5.2; STEPHAN C. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Rz. 33 zu Art. 26). Art. 27 VwVG regelt die Ausnahmen. Nach Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde bzw. das Gericht die Einsichtnahme in die Akten unter anderem nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche (Bst. a) oder private Interessen (Bst. b) die Geheimhaltung erfordern. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück gestützt auf Art. 27 VwVG verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei gemäss Art. 28 VwVG nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde oder das Gericht von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen. Der Betroffene muss dadurch in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (BGE 125 II 417 E. 5; BVGE 2015/1 E. 4.7). Grundsätzlich gilt, dass je stärker das Verfahrensergebnis von der Stellungnahme der Betroffenen zum konkreten Dokument

abhängt und je stärker auf ein Dokument bei der Entscheidungsfindung (zum Nachteil der betroffenen Person) abgestellt wird, desto intensiver ist dem Akteneinsichtsrecht Rechnung zu tragen. Mit der Missachtung von Art. 28 VwVG verletzt die Behörde bzw. das Gericht nicht nur das Akteneinsichtsrecht der Parteien, sondern auch deren Anspruch auf einen begründeten Entscheid (vgl. BGVE 2011/37 E. 5.4.1).

**8.4** Das Bundesverwaltungsgericht veröffentlicht nach Art. 6 Abs. 1 des Informationsreglements vom 21. Februar 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4) seine materiellen Entscheide in einer elektronischen Entscheiddatenbank.

## **8.5**

**8.5.1** Vorliegend ist das Geheimhaltungsinteresse an den geschwärzten Stellen aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses an der nationalen Sicherheit erstellt (vgl. E. 7.5 hiavor). Dasselbe öffentliche Interesse rechtfertigt es im Rahmen der verfahrensrechtlichen Akteneinsicht, die geschwärzten Angaben dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG vorzuenthalten, wonach die Einsicht verweigert werden darf, wenn die innere oder äussere Sicherheit des Landes die Geheimhaltung erfordert. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht – welcher diesbezüglich im Übrigen nur bei Gutheissung ausdrücklich gestellt wurde – ist daher abzuweisen.

**8.5.2** Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss und vorsorglich eine (allfällige) Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. eine Verletzung von Art. 28 VwVG bei fehlender Akteneinsicht in die teilweise geschwärzte Vernehmlassung der Vorinstanz rügt, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer konnte sich zu allen entscheidrelevanten Punkten der Vernehmlassung äussern. Daher liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. von Art. 28 VwVG vor. Diese Rüge erweist sich als unbegründet.

**8.5.3** Schliesslich erübrigt es sich, auf den Antrag der Vorinstanz bezüglich der Publikation der geschwärzten Stellen in der Entscheiddatenbank des Bundesverwaltungsgerichts einzugehen, da die Beschwerde abzuweisen ist und die grau hinterlegten Angaben in der Vernehmlassung der Vorinstanz für die Begründung des Entscheids ohnehin nicht benötigt werden.

**9.**

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

**10.**

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

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

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).*



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

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

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), die Vorinstanz sowie den EDÖB.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: