



Aktennotiz

Datum: 13.07.2022
Für: Erica Dubach, Stephan Brunner
Kopie an: Daniel Markwalder

Aktenzeichen: 531-1815/2

Herausgabe der abgeschlossenen Verträge unter der WTO 20007

1. Ausgangslage

Die Bundesverwaltung hat mit fünf Cloud-Anbietern (Alibaba, AWS, IBM, Microsoft und Oracle) über die letzten 3 Monate Rahmenverträge zur Nutzung von Public Cloud-Diensten ausgehandelt. Die Verträge wurden auf Seite des Bundes Anfang Juli 2022 unterzeichnet und werden auf Seiten der fünf Anbieter Ende August 2022 unterzeichnet werden. Die gesamte Ausschreibung, wie auch die anschließenden Vertragsverhandlungen waren von grossem öffentlichen Interesse. Dies wurde noch dadurch verstärkt, dass Google gegen den Zuschlagsentscheid der Bundesverwaltung im Juni 2021 Einsprache erhoben hat. Aus diesem Grund möchte die Bundeskanzlei von Anfang an die erarbeiteten Dokumente auch im Lichte der Transparenz der Öffentlichkeit zugänglich machen. Ebenfalls darunter fallen auch die ausgehandelten Verträge mit den Cloud-Anbietern. Dies umso mehr, als bereits jetzt schon BGÖ-Anfragen von Journalisten und Journalistinnen bei der Bundeskanzlei zu diesem Thema eingehen. Diese Aktennotiz beantwortet zum einen die Frage, ob die Bundeskanzlei die Verträge auf ihrer Website veröffentlichen darf und ob die Verträge nach dem Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 152.3) herausgegeben werden müssen.

2. Die Herausgabe nach BGÖ

Um allfälligen BGÖ-Gesuchen vorwegzukommen und Transparenz gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern zu schaffen, möchte die Bundeskanzlei die Verträge gerne proaktiv auf der Website veröffentlichen. Da das hauptsächliche Ziel des BGÖ die Transparenz der Bundesverwaltung und ihrer Tätigkeit ist, müssen auch proaktive Veröffentlichungen nach den Regeln des BGÖ abgehandelt werden (Art. 19 VBGÖ: «Publikation amtlicher Dokumente»). Aus diesem Grund sind die Voraussetzungen der proaktiven Herausgabe und der Herausgabe nach BGÖ gleich und es wird nur dort unterschieden, wo es Unterschiede gibt.

Grundsätzlich gehören unter das BGÖ sämtliche Informationen, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist; sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist; und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft («Amtliches Dokument» nach Art. 5


Bundesgasse 1
3003 Bern
Tel. +41 58 



Abs. 1 BGÖ). Der Zugang zu den amtlichen Dokumenten kann unter anderem eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn: Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können oder Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat (Art. 7 Abs. 1 Bst. g und h BGÖ). Betrifft das Gesuch amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, muss die Behörde die von der Veröffentlichung betroffene Partei zuerst anhören (Art. 11 BGÖ). Ist die betroffene Partei mit der Veröffentlichung nicht einverstanden, so kann sie nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ einen Schlichtungsantrag an den EDÖB stellen. Kommt keine Schlichtung zustande, gibt der EDÖB gemäss Art. 14 BGÖ eine Empfehlung ab und die betroffene Partei kann von der Behörde eine Verfügung verlangen, welche dann vor dem zuständigen Gericht angefochten werden kann.

Die Verträge mit den Cloud-Anbietern fallen grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des BGÖ. Aus Sicht des Verfahrensablaufs muss die BK die Veröffentlichung der Cloud-Anbieter anzeigen und die fünf Cloud-Anbieter zur Stellungnahme einladen. Dabei ist der Begriff der Personendaten (Art. 3 Bst. a DSGVO) weit auszulegen, auch Daten juristischer Personen sind Personendaten. Stimmen die Cloud-Anbieter der Veröffentlichung zu, können die Verträge veröffentlicht, bzw. herausgegeben werden. Stimmen sie jedoch nicht zu, muss zuerst ein Schlichtungsverfahren beim EDÖB durchlaufen werden und im Anschluss daran die Angelegenheit durch ein Gericht (Bundesverwaltungsgericht) beurteilt werden.

a. Ausnahmebestimmungen gemäss BGÖ

Wie oben bereits ausgeführt, gibt es gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g und h BGÖ zwei Ausnahmebestimmungen, die bei den Verträgen mit den Cloud-Anbietern zur Anwendung kommen bzw. welche die Cloud-Anbieter in ihren Stellungnahmen anrufen können. Zum einen befinden sich in den Verträgen Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Dies hat zur Folge, dass die entsprechenden Stellen der Verträge geschwärzt werden müssten. Ein Verbot zur Veröffentlichung hat dies jedoch noch nicht zur Folge. Zum anderen hat die BK mit allen fünf Anbietern eine Vertraulichkeitserklärung unterschrieben (siehe Anhang A des Dokuments). Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ müssen für die Geltung dieses Ausnahmetatbestandes folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein¹: 1. Die Information wurde von einer Privatperson, das heisst nicht von einer Behörde mitgeteilt. 2. Die Informationen müssen von sich aus, dh. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung abgegeben worden sein 3. Die Zusicherung zur Geheimhaltung muss auf ausdrückliches Verlangen der Cloud-Anbieter erfolgt sein.² Es kommt dabei nicht in Frage, dass die Verwaltung von sich aus Geheimhaltung zusichert, auch muss sie sich davor hüten, dem Begehren der Cloud-Anbieter leichthin stattzugeben.

Bei freiwilliger Herausgabe

Die BK hat mit den Cloud-Anbietern eine gegenseitige Geheimhaltungspflicht vereinbart. Das vertraglich Vereinbarte ist grundsätzlich einzuhalten, ansonsten würde man vertragsbrüchig. Ausnahme davon ist, wenn gesetzlich zwingende Normen oder ein Gericht eine Herausgabe verlangen. Wenn die BK die Verträge freiwillig herausgeben möchte, dann würde sie gegenüber den Anbietern vertragsbrüchig, denn sie kann sich auf keine zwingende Norm stützen.

Bei Herausgabe nach BGÖ

Punkt 1 und 2 der Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ werden ohne grosse Schwierigkeiten erfüllt sein. Bei Punkt drei muss man differenzieren. Während [REDACTED] klar auf die Geheimhaltung in ihren Vertragswerken verweisen, kann somit davon ausgegangen werden, dass die Geheimhaltung auf ihren expliziten Wunsch erfolgte. Bei [REDACTED] werden im Rahmenvertrag die Ziffern aus den AGB des Bundes wiederholt. Ob hier davon ausgegangen werden

¹ SHK zu Art. 7 BGÖ N 47.

² SHK zu Art. 7 BGÖ N 47.

kann, dass [REDACTED] die Geheimhaltung gewünscht hätten, wird schwieriger zu begründen sein.

3. Schlussfolgerungen

Bei einer proaktiven Veröffentlichung der Verträge auf der Website des Bundes würde die BK wohl die vertraglichen Bestimmungen verletzen, da sie mit allen Cloud-Anbietern eine gegenseitige Geheimhaltungspflicht abgeschlossen hat und sich nicht auf zwingende gesetzliche Grundlagen stützen kann.

Bei einer «unfreiwilligen» Herausgabe nach BGÖ werden sich die Cloud-Anbieter wohl zu Recht darauf berufen, dass die Verträge Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse beinhalten. Dies hätte eine Schwärzung der entsprechenden Stellen der Verträge zur Folge. Ob eine Anrufung, dass die BK eine Geheimhaltungspflicht unterzeichnet hätte in allen Fällen erfolgreich wäre, ist schwieriger abzuschätzen. M.E. ist eine Herausgabe nach oben gesagtem [REDACTED] wahrscheinlich.

Anhang A: Geheimhaltungspflichten der Cloud-Anbieter

[...]