



## **Ulrich Keusen**

Rechtsanwalt CAS Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Partner  
Telefon +41 58 258 16 00  
ulrich.keusen@bratschi.ch

## **Was steht wohl im Vertrag, von dem ich gehört habe?**

**Behörden schliessen immer wieder Verträge mit Privaten, sei es entweder im direkten Verhältnis oder nach sogenannten beschaffungsrechtlichen Verfahren. Private unterbreiten dazu Offerten, und geben manchmal weit gehende persönliche Daten preis. Kann der Dritte nun erfahren, was in diesem Vertrag bzw. Vertragsdossier steht?**

### **1. Nach Öffentlichkeitsprinzip**

Mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips gemäss Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ; SR 152.3) hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (Art. 6 BGÖ). Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet (als Autorin oder Empfängerin) und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 BGÖ). Der geschlossene Vertrag, die Offertunterlagen, die Evaluationsunterlagen, die Ausschreibung, die Verhandlungsprotokolle etc. sind amtliche Dokumente in diesem Sinne, wenn es um eine öffentliche Aufgabe geht. Beispielsweise der Mietvertrag über ein Mietobjekt im Finanzvermögen fällt ebenso wenig darunter wie andere Verträge bei denen die Behörde wie eine private Vertragspartei handelt.

Der geschlossene Vertrag, welcher der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, dürfte in aller Regel der öffentlichen Einsicht zugänglich sein, wenn er nicht Themen des Ausnahmekatalogs von Art. 8 BGÖ betrifft, wie die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz oder andere spezifische öffentliche Interessen.

Bei den Offertunterlagen zu diesem Vertrag muss differenziert werden. Gerade in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren offerieren die Anbieter regelmässig Leistungen, die sie mit persönlichen Angaben wie Erfahrungen, Referenzen, spezifischem Knowhow, Erfindungen etc. belegen. Zudem müssen sie regelmässig nachweisen, wie der Strafregisterauszug von Schlüsselpersonen aussieht, Betreibungsregisterauszüge vorlegen, Erklärungen über Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

abgeben und vieles mehr. In spezifischen Verträgen, bspw. auf lange Frist angelegten Werkverträgen, wird auch eine sogenannte Urkalkulation hinterlegt, also jene internen Grundlagenzahlen, welche das Unternehmen für die Berechnung der Offerte verwendet hat.

Solche Informationen betreffen häufig Geschäftsgeheimnisse oder persönliche Informationen, die einen besonderen Schutz geniessen. Aus diesem Grund kann der Zugang zu diesen amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder ganz verweigert werden.

- Solange die Offerten nicht bewertet sind und der Vertrag nicht geschlossen ist, gelten die Offerten als amtliche Dokumente, welche die freie Meinung- und Willensbildung der Behörde betreffen und in diesem Zeitraum jedenfalls aus diesem Grund nicht zugänglich gemacht werden dürfen.
- Gerade Rüstungsbeschaffungen oder Beschaffungen von polizeilichen Mitteln beschlagen auch Sicherheitsaspekte der Schweiz oder der Kantone sowie aussenpolitische Interessen oder sie können die Beziehung zwischen Bund und Kantonen resp. unter den Kantonen beeinträchtigen. Solche Informationen werden aus diesen Ausnahmegründen unzugänglich sein.
- Im Kern steht aber der Ausnahmegrund der Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, die nicht offenbart werden dürfen und deren Zugang zum Schutz der Offerierenden eingeschränkt bleiben muss.
- Allenfalls kann oder muss die Behörde den privaten Offerenten zusichern, dass Informationen geheim gehalten werden. Das ist namentlich bei Softwarecodes oder bei Erfindungen denkbar.
- Der Zugang wird schliesslich eingeschränkt, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann, es sei denn, das öffentliche Interesse am Zugang würde überwiegen.

Eine allgemeine Regel, welche Verträge der öffentlichen Einsicht zugänglich sind, gibt es also nicht. Es kommt stark auf den Inhalt des Vertrags an. Bei Offertunterlagen ist in jedem Fall eine gewisse Zurückhaltung bei der Offenlegung von Informationen die Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse betreffend angezeigt. Die Behörde gewährt hier vor der Offenlegung das rechtliche Gehör.

## **2. In Beschaffungsverfahren**

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten in laufenden Verfahren ist in allen Verfahrensarten eingeschränkt. Uns interessiert hier eine Gegenüberstellung des Öffentlichkeitsprinzips zum Verfahren des Beschaffungsrechts.

Die Beschaffungsverfahren unterliegen in der Regel den Verwaltungsverfahrensgesetzen von Bund und Kantonen, so dass die Akteneinsicht sich im Grundsatz danach richtet. Das bedeutet, dass die Unterlagen nicht publikumsöffentlich sind, jedoch parteiöffentlich bleiben. Die im Verfahren involvierten Parteien haben grundsätzlich Einsicht in alle für einen Entscheid relevanten Verfahrensakten.

Im Beschaffungsverfahren sind namentlich die Offertunterlagen für den Entscheid bzw. die Auswahl des Vertragspartners relevant. Kern der Beschaffung ist ja der Vergleich von Offertunterlagen.

Allerdings kennt auch das Beschaffungsrecht die analoge Zugangsbeschränkung zu Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen, wie sie auch im Öffentlichkeitsgesetz gegeben ist. Im Beschaffungsverfahren sind diese Informationen nicht einmal parteiöffentlich und die Beschaffungsbehörden und Gerichte müssen dafür sorgen, dass parteiöffentliche Aktenteile getrennt von jenen behandelt werden, die solche Geschäftsgeheimnisse betreffen. Ist für den Streit gerade ein Teil dieser Geschäftsgeheimnisse relevant, muss die Behörde mit geeigneten Mitteln dafür sorgen, dass die streitrelevanten Informationen eingesehen werden können. Sie kann das mit einem Zudecken, Anonymisieren, Einschränken oder Zusammenfassen von Dokumenten machen, um die relevanten Informationen zu zeigen, ohne die Geschäftsgeheimnisse den anderen Parteien offen zu legen.

Es sind zudem Beschaffungsverfahren denkbar, bei denen die Beschaffungsbehörde den Offerten explizit zusichert oder zusichern muss, dass die Offerten geheimnisgeschützt sind. Zudem kann die Beschaffungsbehörde die Unterlagen des Beschaffungsverfahrens während dreier Jahre nach dem Zuschlag aufbewahren, was bei heiklen Unterlagen den Umkehrschluss zulässt, dass ein Offerent nach Ablauf dieser Zeit seine Unterlagen auch wieder herausverlangen kann. Bei den Offerten gehört nur das berücksichtigte Angebot zu diesen Unterlagen, so dass ein nicht berücksichtigter Anbieter nach Rechtskraft des Zuschlags seine Offerte zurückverlangen kann. Danach stellen sich die Fragen einer Einsicht nach Öffentlichkeitsgesetz auch nicht mehr.

### 3. Fazit

Bei etlichen Überschneidungen und Ähnlichkeiten zwischen Öffentlichkeitsgesetz und Beschaffungsrecht sind die Unterschiede gerade bei Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen gross und die Behörde tut gut daran, diese Differenzierung genau zu beachten.

---

**Bratschi AG** ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

**Basel**  
Lange Gasse 15  
Postfach  
CH-4052 Basel  
T +41 58 258 19 00  
F +41 58 258 19 99  
basel@bratschi.ch

**Bern**  
Bollwerk 15  
Postfach  
CH-3001 Bern  
T +41 58 258 16 00  
F +41 58 258 16 99  
bern@bratschi.ch

**Genf**  
Rue du Général-Dufour 20  
1204 Genf  
T +41 58 258 13 00  
F +41 58 258 17 99  
geneva@bratschi.ch

**Lausanne**  
Avenue Mon-Repos 14  
Postfach 5507  
CH-1002 Lausanne  
T +41 58 258 17 00  
T +41 58 258 17 99  
lausanne@bratschi.ch

**St. Gallen**  
Vadianstrasse 44  
Postfach 262  
CH-9001 St. Gallen  
T +41 58 258 14 00  
F +41 58 258 14 99  
stgallen@bratschi.ch

**Zug**  
Gubelstrasse 11  
Postfach 7106  
CH-6302 Zug  
T +41 58 258 18 00  
F +41 58 258 18 99  
zug@bratschi.ch

**Zürich**  
Bahnhofstrasse 70  
Postfach  
CH-8021 Zürich  
T +41 58 258 10 00  
F +41 58 258 10 99  
zuerich@bratschi.ch