

07.01\_2022\_10 / 07.01\_2023\_01

Solothurn, 21. November 2023 / fre

## **Empfehlung**

**gemäss § 36 Abs. 3 des Informations- und Datenschutzgesetzes**

**im Schlichtungsverfahren zwischen**

**A.**

**(nachfolgend «Gesuchsteller»)**

**und der**

**Elektrizitäts- und Wasserversorgung Derendingen**

**(nachfolgend «EWD»)**

### **I. Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2022 wandte sich der Gesuchsteller an die EWD und verlangte unter Berufung auf das Öffentlichkeitsprinzip Zugang zu sämtlichen Gas- und Stromlieferverträgen der letzten zehn Jahre, inkl. der neuen Gas- und Stromlieferverträge für 2023-2026, sowie allen relevanten Vorgängen, dokumentierten Abläufen und relevanten Sitzungsprotokollen, welche zum Abschluss der jeweiligen Verträge geführt haben. Die EWD bestätigte mit Schreiben vom 7. November 2022 den Eingang des Zugangsgesuchs und zeigte an, Abklärungen betreffend die Herausgabe diverser Dokumente vorzunehmen.
2. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2022 stellte der Gesuchsteller bei der Beauftragten für Information und Datenschutz (nachfolgend «Beauftragte») einen Antrag auf Schlichtung in Bezug auf die in seinem Zugangsgesuch vom 19. Oktober 2022 verlangten Dokumente.
3. Mit E-Mail vom 7. Dezember 2022 bestätigte die Beauftragte dem Gesuchsteller den Eingang des Schlichtungsantrags und zeigte diesen der EWD an. Gleichzeitig forderte sie die EWD auf, Auskunft über den Stand ihrer Abklärungen zu geben. Am Folgetag informierte die EWD die Beauftragte darüber, dass die Abklärungen weit vorangeschritten seien. Der Gesuchsteller zeigte sich in der Folge damit einverstanden, die Stellungnahme der EWD abzuwarten.
4. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 nahm die EWD zuhanden des Gesuchstellers zum

Zugangsgesuch Stellung. In Bezug auf die Gasversorgung hielt sie fest, dass sie keinen entsprechenden Auftrag der Gemeinde habe und über keine diesbezüglichen Akten verfügen würde. Sie liess dem Gesuchsteller Kopien der beiden Dokumente «Beschaffungsstrategie Strom 2021ff.» vom 19. Dezember 2018 und «Beschaffungskonzept» vom 2. Juli 2020 zukommen. Sie verwies zudem darauf, dass der Gesuchsteller die Verwaltungratsprotokolle der EWD der letzten zehn Jahre auf der Geschäftsstelle einsehen könne. Zu den Verträgen mit der B. und der C. – namentlich dem Vertrag «B. Partnermodell-Beschaffung» vom 6. Mai 2019, dem Rahmenvertrag «Energy Portfolio strukturiert» vom 31. März 2021, dem Dienstleistungsvertrag «Energy Business» vom 31. März 2021 und mehreren Energielieferverträgen aus den Jahren 2020 bis 2022 – wurde der Zugang verweigert. Als Begründung verwies die EWD auf eine Geheimhaltungsklausel mit den Vertragspartnern. Die Publikation der Vertragsinhalte würde das Geschäftsgeheimnis der B. und der C. verletzen. Bei einer Offenlegung könne sich die EWD nach Art. 162 des Strafgesetzbuches strafbar machen.

5. Am 9. Januar 2023 teilte der Gesuchsteller der Beauftragten mit, dass er hinsichtlich der Strombeschaffungsverträge an seinem Schlichtungsantrag festhält.
6. Mit E-Mail vom 16. Januar 2023 verwies die EWD erneut auf die Geheimhaltungsklausel mit ihren Vertragspartnern. Sie gab an, dass die Verträge Informationen zum Zugang zum Beschaffungsportal der C. und zum Management mit Ausgleichsenergie enthalten würden. Die Nutzung des Beschaffungsportals und das Energiemanagement würde die C. in Konkurrenz zu anderen Energieversorgern anbieten. Die damit zusammenhängenden Daten und Preise würden daher dem Geschäftsgeheimnis unterliegen.
7. Am 16. März 2023 reichte die EWD der Beauftragten die folgenden Dokumente ein: «B. Partnermodell-Beschaffung» vom 6. Mai 2019, Rahmenvertrag «Energy Portfolio strukturiert» vom 31. März 2021 sowie die Energielieferverträge 2023 1-8.
8. Am 17. April 2023 führte die Beauftragte in Anwesenheit der Parteien eine Schlichtungsverhandlung gemäss § 36 Abs. 1 des Informations- und Datenschutzgesetzes (InfoDG; BGS 114.1) durch. An der Schlichtungsverhandlung konnten die Parteien eine Teileinigung erzielen: Die EWD erklärte sich bereit in einem Dokument die Ursachen darzulegen, welche zur Strompreisentwicklung seit 2020 geführt haben. In Bezug auf den Zugang zu den Strombeschaffungsverträgen mit der B. und der C. wurde aufgrund der vertraglichen Stillschweige Klausel zwischen der EWD und ihren Vertragspartnern keine Einigung erzielt.
9. Mit Schreiben vom 24. April 2023 verlangte der Gesuchsteller bei der Beauftragten eine Empfehlung betreffend den Zugang zu den Strombeschaffungsverträgen. Die vorliegende Empfehlung bezieht sich demnach auf diese Dokumente.

## **II. Formelle Erwägungen**

10. Der Gesuchsteller stellte mit Schreiben vom 5. Dezember 2022 bei der Beauftragten einen Antrag auf Schlichtung, nachdem die EWD ihm den Zugang zu Informationen verweigert hatte (§ 36 Abs. 1 InfoDG).
11. Die EWD ist eine im Handelsregister eingetragene, selbständige öffentlich-rechtliche Unternehmung (vgl. Handelsregistereintrag), deren Eigentümerin zu hundert Prozent die Einwohnergemeinde Derendingen ist. Ziel und Zweck der EWD sind insbesondere die Versorgung von Privat- sowie Industrie- und Geschäftskunden mit Strom und Wasser. Dabei sind die Tarife so zu gestalten, dass die Anlagen und Bauten erhalten werden können und finanzielle Mittel für deren Erneuerung vorhanden sind. Allfällige Überschüsse werden mittels Tarifierungsanpassungen an die Kunden zurückgegeben. Insofern ist die EWD ohne Weiteres unter

den Behördenbegriff nach § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG zu subsumieren.

*Zwischenergebnis: Die Beauftragte ist für die Abgabe einer Empfehlung nach § 36 Abs. 3 InfoDG zuständig.*

### III. Materielle Erwägungen

12. Die vom Gesuchsteller ersuchten Dokumente befinden sich im Besitz der EWD. Die Versorgung von Privatkunden sowie Gewerbe- und Industriekunden mit Strom und Wasser gehört zu den öffentlichen Aufgaben der EWD. Insofern handelt es sich bei den Strombeschaffungsverträgen um amtliche Dokumente nach § 4 Abs. 1 InfoDG.

*Zwischenergebnis: Das InfoDG ist auf den Zugang zu den Strombeschaffungsverträgen anwendbar. Der Zugang ist nach den Bestimmungen des InfoDG zu prüfen. Bei den genannten Dokumenten handelt es sich um amtliche Dokumente.*

13. Mit Einführung des Öffentlichkeitsprinzips ist ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungsgrundsatz mit Öffentlichkeitsvorbehalt hin zum Öffentlichkeitsgrundsatz mit Geheimhaltungsvorbehalt vollzogen worden (Urteil des Verwaltungsgerichts SOG 2020 Nr. 6 E. 5.3; Botschaft zum InfoDG, RRB Nr. 1653 vom 22. August 2000, 3, 6 und 8). Entsprechend kommt jeder Person grundsätzlich das Recht zu, amtliche Dokumente einzusehen und Auskunft über deren Inhalt zu erhalten (vgl. BVGer Urteil A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1). Das Öffentlichkeitsprinzip stellt somit eine (widerlegbare) Vermutung zu Gunsten eines freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf (vgl. BGE 142 II 340 E. 2.2; BVGer Urteil A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1). Die Behörden verfügen über kein freies Ermessen bei der Beurteilung, ob ein amtliches Dokument zugänglich zu machen ist oder nicht (vgl. BVGer Urteil A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1; BVGE 2014/6 E. 4.2). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist jedoch einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn Ausnahmen nach § 13 f. InfoDG vorliegen.
14. Gegen die Offenlegung der Strombeschaffungsverträge macht die EWD geltend, dass die Vertragsparteien in Bezug auf die Vertragsinhalte und alle damit in Zusammenhang stehenden Informationen Vertraulichkeit vereinbart hätten. Eine Geheimhaltungsklausel führt indessen nicht ohne Weiteres zur Verweigerung des Zugangs nach Öffentlichkeitsprinzips, da die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips als zwingendes öffentliches Recht nicht in der Disposition der Parteien steht (Urteil des Verwaltungsgerichts SOG 2020 Nr. 6 vom 17. August 2020 E. 5.3). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann einzig aufgrund der im Gesetz geregelten Ausnahmen verweigert oder eingeschränkt werden (§ 13 InfoDG). Unter der obenstehenden Prämisse, dass die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann, kann es sich beim vertraglich ausgehandelten Inhalt der Strombeschaffungsverträge auch nicht um Informationen handeln, die der EWD gemäss § 13 Abs. 1 Bst. b InfoDG «freiwillig und unter Zusicherung der Geheimhaltung mitgeteilt worden sind». Diese Bestimmung bezweckt vielmehr den Schutz von spontanen Mitteilungen durch Privatpersonen an eine Behörde, die oftmals Missstände oder Straftaten betreffen (z.B. Whistleblowing; vgl. auch BEAT RUDIN, in: Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Zürich 2014, § 29 N 53 ff.). Auch wenn die B. und die C. ihre Verträge mit der EWD freiwillig eingegangen sind, so sind die Strombeschaffungsverträge letztendlich beidseitig verhandelt und festgelegt worden. Bei den darin enthaltenen Informationen handelt es sich folglich nicht um freiwillige Mitteilungen im Sinne von § 13 Abs. 1 Bst. b InfoDG.

*Zwischenergebnis: Das Vorliegen einer Geheimhaltungsklausel vermag die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips nicht auszuschliessen. Im Folgenden sind daher die privaten Interes-*

*sen an der Geheimhaltung der Vertragsinhalte gegen die Transparenzinteressen der Öffentlichkeit abzuwiegen.*

15. Die EWD verweist auf das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen nach § 5 Abs. 1 InfoDG seitens der Vertragspartner, um den Zugang zu den begehrten Informationen zu verweigern. Die Beauftragte stützt sich bei der Auslegung des Begriffs «Geschäftsgeheimnis» auf die Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zum gleichlautenden Begriff im Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ; SR 152.3). Ein Geschäftsgeheimnis liegt demnach vor, wenn die Informationen einen Bezug zum Unternehmen aufweisen, die Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind (relative Unbekanntheit), der Geheimnisherr einen Geheimniswillen vorweist (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) besteht (BVGer Urteile A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4 f. und A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.4). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse darf angenommen werden, wenn die Offenlegung der Informationen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Marktverzerrungen und/oder Wettbewerbsvorteilen bei Konkurrenzunternehmen führen könnte, welche die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens nicht unerheblich beeinträchtigen würden (BVGer Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.7). Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht (BGE 142 II 324 E. 3.4; BVGer Urteil A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4). Zudem gilt seit Einführung des Öffentlichkeitsprinzips die Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde (BGer Urteil 1C\_428/2016 vom 27. September 2017 E. 2.3; BGE 142 II 324 E. 3.4; BVGer Urteile A-6475/2017 vom 6. August 2018 E. 3.2.1 und A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1; vgl. auch RRB Nr. 1653 vom 22. August 2000, 3, 6 und 8) bzw. dem Geheimnisherrn, der sich im Rechtsmittelverfahren auf ein Geschäftsgeheimnis beruft (vgl. in diesem Sinne BGer Urteil 1C\_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 5, insbesondere E. 5.7; BGer Urteil 1C\_509/2016 vom 9. Februar 2017 E. 3.4). Ein pauschaler Verweis auf das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen genügt nicht; der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde hat konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information die Voraussetzungen für Geschäftsgeheimnisse erfüllt (vgl. BVGer Urteil A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 6.1.1).
16. Die EWD macht geltend, die Verträge würden Informationen zum Zugang der EWD zum Beschaffungsportal der C. und zum Management mit Ausgleichsenergie enthalten. Beide Dienstleistungen würde die C. in Konkurrenz zu anderen Anbietern erbringen. Zwischen den Vertragsparteien sei zudem insbesondere über die Preise Stillschweigen vereinbart worden. Aufgrund der Geheimhaltungsklausel kann zwar ohne Weiteres auf einen subjektiven Geheimhaltungswillen geschlossen werden. In Bezug auf ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse ist jedoch Folgendes festzuhalten: Vom Geheimnisbegriff werden nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Die EWD verweigerte indes den Zugang zu den Strombeschaffungsverträgen in ihrer Gesamtheit. Der Beauftragten wurde weder im Detail aufgezeigt, welche Vertragspassagen Geschäftsgeheimnisse der C. oder der B. enthalten, noch welche Informationen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsportal und dem Management mit Ausgleichsenergie konkret als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen sind. Weiter wurde ihr nicht dargelegt, inwiefern die Offenlegung dieser Informationen zu einem Wettbewerbsnachteil für die C. führen würde. Es liegt damit zum einen keine Begründung vor, die dem Zugang zu den Strombeschaffungsverträgen in ihrer Gesamtheit entgegensteht. Zum anderen ist die Begründung für die Verweigerung des Zugangs zu den genannten Dokumenten lediglich pauschal erfolgt.
17. Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses können insbesondere Informationen sein, die die

Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Nur Informationen darüber, wie ein Anbieter seine Leistung entwickelt, produziert, den Preis kalkuliert etc. können der Konkurrenz allenfalls einen Wettbewerbsvorteil verschaffen (vgl. BGer Urteil 1C\_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3 und E. 5.5). Ob die Preise für sich genommen bereits ein Geschäftsgeheimnis darstellen können, ist indes umstritten (vgl. BGer Urteil 1C\_40/2017 vom 5. Juli 2017 E. 6.2.2). Nach der Rechtsprechung weist zwar die Preiskalkulation in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf. Der Preis ist jedoch als Resultat der Berechnung von der Preiskalkulation an sich zu unterscheiden (vgl. ULYSSE TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnisse nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: sui-generis 2019, S. 214 ff., S. 222, Rz 24).

*Zwischenfazit: Die zwischen den Vertragsparteien ausgehandelten Preise stellen nicht ohne Weiteres ein Geschäftsgeheimnis dar.*

18. Die Beauftragte kann nicht ausschliessen, dass einzelne in den Dokumenten enthaltene Informationen Geschäftsgeheimnisse der C. oder der B. darstellen. Es ist aber festzustellen, dass diese bis anhin weder von der EWD noch von der C. hinreichend konkret dargelegt wurden. Die Beauftragte empfiehlt daher der EWD, erneut zu prüfen, ob bei den erwähnten Dokumenten tatsächlich Geschäftsgeheimnisse im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegen und dies gegebenenfalls in der vom Bundesgericht geforderten Begründungsdichte zu substantiieren. Sollten vereinzelt Informationen tatsächlich als Geschäftsgeheimnisse der C. oder der B. qualifiziert werden, sind die entsprechenden Stellen in den Verträgen zu schwärzen. Soweit keine Geschäftsgeheimnisse entgegenstehen, sind die Verträge zugänglich zu machen.

*Zwischenergebnis: Die EWD prüft erneut, ob die Strombeschaffungsverträge Geschäftsgeheimnisse der C. enthalten und begründet dies gegebenenfalls in der vom Bundesgericht verlangten Begründungsdichte. Sie macht die entsprechenden Dokumente zugänglich, soweit keine Geschäftsgeheimnisse entgegenstehen.*

#### **IV. Empfehlung**

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen empfiehlt die Beauftragte für Information und Datenschutz:

19. Die EWD prüft erneut, ob die Strombeschaffungsverträge Geschäftsgeheimnisse der C. oder der B. enthalten und begründet dies gegebenenfalls in der vom Bundesgericht verlangten Begründungsdichte. Sie macht die entsprechenden Dokumente zugänglich, soweit keine Geschäftsgeheimnisse entgegenstehen.
20. Vorgängig bietet die EWD der C. die Möglichkeit eine anfechtbare Verfügung zu verlangen.
21. Die EWD erlässt eine anfechtbare Verfügung zuhanden des Gesuchstellers, sofern sie beabsichtigt der Empfehlung der Beauftragten nicht oder nur teilweise Folgen zu leisten. Der Gesuchsteller kann von der EWD eine anfechtbare Verfügung verlangen, wenn er mit der Empfehlung der Beauftragten nicht einverstanden ist.
22. Die Empfehlung der Beauftragten kann veröffentlicht werden. Die Identität des Gesuchstellers ist vorgängig zu anonymisieren.
23. Die Empfehlung wird zugestellt an:
  - die EWD

– Kopie an: Den Gesuchsteller

Solothurn, 21. November 2023

Judith Petermann Büttler, Dr. iur.  
Beauftragte für Information und Datenschutz