



Bern, den 3. April 2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

1. A.____,
2. B.____,
3. C.____,
4. D.____,
5. E.____,
6. F.____,

(Antragssteller),

**alle vertreten durch
RA Dr. G.____ RA H.____,**

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Im schweizerischen Carosseriegewerbe besteht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ein Gesamtarbeitsvertrag (Gesamtarbeitsvertrag im Schweizerischen Carosseriegewerbe 2011-2013, nachfolgend GAV Carosseriegewerbe)¹. Für dessen Vollzug setzten die Vertragsparteien gemäss Ziffer 8 des GAV Carosseriegewerbe eine Paritätische Landeskommision (PLK) ein. Zu deren Aufgaben zählt nach Ziffer 8.3 des GAV Carosseriegewerbe u.a. die Beurteilung über die Vertragsunterstellung eines Arbeitgebers unter den GAV (sog. Unterstellungsentscheid).
2. Gemäss dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311) kann ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) auf Antrag der Vertragspartner als allgemeinverbindlich erklärt werden. Mit dieser Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) wird der

¹ <http://www.plk-carrosserie.ch/index.cfm?id=60>, (zuletzt besucht am 28.03.2012).



GAV ausgedehnt auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, die nicht am Vertrag beteiligt sind.

3. Die Vertragsparteien des GAV im Schweizerischen Carrossiergewerbe ersuchten den Bundesrat um die AVE von weiteren GAV-Normen. In der Folge publizierte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) gemäss Art. 9 Abs. 2 AVEG den entsprechenden Antrag der GAV-Parteien am 8. Januar 2010 im Schweizerischen Handelsamtsblatt.² Einige der eingangs genannten Antragsteller erhoben Einsprache, da sie der Ansicht waren, dass nach Art. 2 Ziffer 3 AVEG die zahlenmässigen Voraussetzungen für die AVE nicht erfüllt seien (Quoren).
4. In der Folge wies der Bundesrat die Einsprachen ab und erklärte mit Beschluss vom 15. September 2011 weitere Bestimmungen des GAV als allgemeinverbindlich.³
5. Hierauf reichten die Antragsteller am 30. September 2011 beim SECO, gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz, Gesuche ein um Zugang zu den Listen von Betrieben zu erhalten, die nach Ansicht der PLK vom Geltungsbereich der AVE des GAV für das Carosseriegewerbes erfasst sind.
6. Das SECO übermittelte den Antragstellern am 17. Oktober 2011 die letzte Stellungnahme der PLK zu den Quoren sowie eine Liste, in welcher die Betriebe der Deutschschweiz aufgeführt sind, die entweder keine Arbeitnehmer (sog. Alleinmeister) oder nur einen Arbeitnehmer beschäftigen. Dabei erklärte das SECO den Antragstellern: „Weitere Listen befinden sich nicht in unserem Besitz. Für weitere Informationen verweisen wir Sie an die PLK Carosseriegewerbe“.
7. Demzufolge ersuchten die Antragsteller am 24. Oktober 2011 bei der PLK u.a. um Zugang zu folgenden Dokumenten:
 - Liste sämtlicher vom Geltungsbereich der AVE erfassten Betriebe;
 - Liste der ausgeschiedenen reinen Familienbetriebe;
 - Liste der ausgeschiedenen Betriebe, welche nur Lehrlinge beschäftigen.
8. Die PLK antwortete den Antragstellern am 28. November 2011. Sie berief sich auf Art. 2 BGÖ und erklärte, die PLK sei keine Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die Rechtsakte gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu erlassen vermöge. Demnach verwies die PLK die Antragsteller wieder zurück an das SECO.
9. Infolgedessen reichten die Antragsteller am 30. November 2011 erneut Zugangsgesuche sowohl beim SECO als auch bei der PLK ein und baten nochmals um Einsicht in folgende Dokumente:
 - Liste sämtlicher vom Geltungsbereich der AVE erfassten Betriebe;
 - Liste der ausgeschiedenen reinen Familienbetriebe;
 - Liste der ausgeschiedenen Betriebe, welche nur Lehrlinge beschäftigen.
10. Weder das SECO noch die PLK antworteten auf die zweiten Zugangsgesuche.
11. Darauf stellten die Antragsteller am 23. Dezember 2011 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) Schlichtungsanträge gegen das SECO und die PLK. Sie erklärten, sie hätten, nachdem die PLK und das SECO sich gegenseitig die Zuständigkeit zugewiesen hatten, erneut bei beiden Zugangsgesuche eingereicht. Diese seien unbeantwortet

² <https://www.shab.ch/shabforms/servlet/Search?EID=7&DOCID=438161> (zuletzt besucht am 28.03.2012).

³ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01420/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 28.03.2012).



geblieben. In Bezug auf die verlangten Dokumente erklärten die Antragsteller, dass im Verfahren um die AVE des GAV (siehe vorgehend Ziffer 4) der Bundesrat seinen Entscheid explizit auf die von der PLK erstellten Zahlen der im Jahr 2010 unterstellten Betriebe gestützt habe. Diese Zahlen hätten ein weit anderes Resultat ergeben als jene des Bundesamtes für Statistik. Die Einsicht in die Listen, anhand welchen die Zählungen der PLK vorgenommen worden seien, sei den Antragstellern bis heute verweigert worden. Weiter hielten die Antragsteller fest, dass vorliegend die Frage strittig sei, ob die verlangten Dokumente sich im Besitz einer Behörde befinden. Das SECO habe erklärt, dass es über keine weiteren als die den Antragstellenden zugestellten Dokumente verfüge, während die PLK, die über die Dokumente verfüge, ihre Eigenschaft als Behörde im Sinne des Öffentlichkeitsgesetz jedoch verneine.

12. Mit inhaltlich gleichlautenden Empfangsbestätigungen vom 9. Januar 2012 informierte der Beauftragte die Antragsteller, die PLK und das SECO über den Eingang der Schlichtungsanträge. In Bezug auf die Schlichtungsanträge betreffend die PLK hielt er fest, dass er zunächst die Frage seiner Zuständigkeit prüfen werde. Deshalb lud er diese zu einer ergänzenden Stellungnahme ein. In der Folge erliess der Beauftragte hinsichtlich der Schlichtungsanträge betreffend die PLK eine Nichteintretensverfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG, da diese nicht vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst ist. Bezüglich der Schlichtungsanträge betreffend das SECO informierte er darüber, dass ein Schlichtungsverfahren nach Art. 13 BGÖ eröffnet werde.
13. Das SECO teilte in seiner Stellungnahme vom 10. Februar 2012 dem Beauftragten mit, dass es nicht verpflichtet sei, die von der PLK erstellten Listen von der PLK einzufordern. Hierfür bestehe keine gesetzliche Grundlage. Dagegen könne das SECO im Rahmen eines Gesuches um AVE eines GAV von den Vertragsparteien des GAV bzw. von der PLK verlangen, dass dem SECO Listen zugestellt werden (z.B. von Betrieben, die unter die vorgesehene Allgemeinverbindlicherklärung fallen). Es liege jedoch im Ermessen des SECO, ob es solche Listen einfordern wolle. Weiter erklärte das SECO, dass es keine Bundesstelle gebe, die für die Anwendung und Kontrollen der allgemein verbindlich erklärten GAV zuständig sei.
14. Gegenstand dieser Empfehlung sind einzig die Schlichtungsanträge betreffend das SECO. Auf die weiteren Ausführungen der Antragsteller, der PLK und sowie auf die eingereichten Akten 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

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.⁴ Berechtig, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20

⁴ BBI 2003 2023.



Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Die Antragsteller haben zwei Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim SECO eingereicht. Das SECO nahm zu den ersten Zugangsgesuchen der Antragsteller Stellung. Zu den zweiten Zugangsgesuchen der Antragsteller äusserte sich das SECO nicht mehr. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren sind die Antragsteller zur Einreichung eines Schlichtungsantrages berechtigt. Die zweiten Gesuche um Zugang datieren vom 30. November 2011. Die Frist der Behörde für die Stellungnahme endete voraussichtlich am 21. Dezember 2011. Die 20 tägige Frist für die Einreichung der Schlichtungsanträge begann voraussichtlich am 22. Dezember 2011. Die Schlichtungsanträge datieren vom 23. Dezember 2011 (Eingang 27. Dezember 2011). Die Frist ist somit gewahrt (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.⁵

Kommt keine Einigung zu Stande 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

1. Jede Person hat das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über deren Inhalt zu verlangen (Art. 6 BGÖ). Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art 5 Abs. 1 Bst. a-c BGÖ). Das Öffentlichkeitsgesetz gilt umfassend für alle amtlichen Dokumente.⁶ Deshalb spielt der Dokumentenbegriff beim Recht auf Zugang zu Informationen nach Öffentlichkeitsgesetz eine zentrale Rolle.⁷
2. Jedes Dokument, das die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Kriterien erfüllt, gilt grundsätzlich als zugänglich. Dies gilt auch für Dokumente, welche einer Behörde von Dritten gestellt werden, die nicht (z. B. Privatpersonen, Unternehmen) oder nur teilweise vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (z.B. Post, SBB) erfasst werden.⁸
3. Das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten ist in diesem Fall nach Art. 10 BGÖ an die Behörde zu richten, die das Dokument von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat.
4. Das nachgesuchte Dokument muss sich tatsächlich im Besitz der angefragten Behörde befinden. Wenn sie es nicht besitzt, obwohl sie Erstellerin oder Hauptadressatin war, ist sie verpflichtet, das fragliche Dokument zu beschaffen.⁹ Dokumente von Privaten werden vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst, wenn sie zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden, so z.B. Dokumente, welche die Behörde im Rahmen einer Erteilung einer Bewilligung verlangt hat oder die ihr im Rahmen eines Aufsichtsverhältnisses übermittelt wurden oder

⁵ BBI 2003 2024.

⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2012, A-1135/2011, E.3.

⁷ Kurt Nuspliger, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 5 RZ 5.

⁸ a.a.O., Art. 2 RZ 18, [Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 25. Februar 2010](#), Ziff. 2.3. BBI 2003 1993.



solche, die ihr freiwillig zugestellt wurden.¹⁰

5. Die Behörde muss die gesuchstellende Person über die vorhandenen Dokumente informieren (Art. 3 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung, VBGÖ, SR 152.3). Sofern sie das Vorhandensein von Dokumenten verschweigt und die gesuchstellende Person somit täuscht, müsste sich die Behörde missbräuchliches Verhalten entgegenhalten lassen.¹¹
6. Das SECO hat den Antragstellern eine Liste zugestellt, in welcher die Betriebe der Deutschschweiz aufgeführt sind, die entweder keine Arbeitnehmer (sog. Alleinmeister) oder nur einen Arbeitnehmer beschäftigen. Gleichzeitig teilte es ihnen mit, dass sich ausser den zugestellten Listen keine weiteren Listen in seinem Besitz befänden und verwies sie an die PLK.
7. Auch dem Beauftragten sicherte das SECO in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2012 zu, dass es über keine weiteren als die den Antragsstellern zugestellten Listen verfüge. Der Beauftragte muss sich darauf verlassen können, dass die Behörde ihm entsprechend der Vorgabe von Art. 20 BGÖ die relevanten Dokumente zusendet und Informationen herausgibt. Er muss daher darauf vertrauen können und auch davon ausgehen, dass das SECO alle Listen, die sich im Rahmen der AVE des GAV in seinem Besitz befinden bzw. befanden, den Antragstellern zugänglich gemacht hat (und sich somit keine weiteren Listen in seinem Besitz befinden und befanden). Aufgrund des AVEG ist das SECO nicht verpflichtet, im Rahmen der AVE eines GAV von den Antragstellern Listen zu verlangen. Es liegt vielmehr in seinem Ermessen, ob es solche verlangen will. Zwar ist die AVE ein Verwaltungsakt und als solcher dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Hingegen werden dadurch die Bestimmungen des GAV weder öffentlich-rechtlich, noch werden damit Verwaltungsbehörden ermächtigt, die Einhaltung der Bestimmungen zu kontrollieren und gegen deren Verletzungen vorzugehen.¹² Demzufolge hat das SECO diesbezüglich keine Aufsichtsfunktion gegenüber der PLK. Für die Anwendung und Kontrolle der GAV- und AVE-Bestimmungen des GAV Carrosseriegewerbe ist daher einzig die PLK zuständig.

Das SECO hat, wie erklärt, alle Dokumente der PLK, die sich im Rahmen der AVE in seinem Besitz befunden haben, den Antragstellern herausgegeben. Weder aus dem AVEG noch aus dem BGÖ lassen sich vorliegend weitere Pflichten des SECO ableiten, wonach es allfällige weitere Dokumente von der PLK beschaffen muss.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass sich keine weiteren Listen im Besitz des SECO befinden und dieses auch nicht Hauptadressatin von noch nicht dem Antragsteller zugestellten Listen im Rahmen der AVE gewesen ist. Demzufolge befinden sich die gewünschten Dokumente nicht im Besitz des SECO. Damit fehlt bereits eines der drei kumulativ erforderlichen Kriterien für die Definition eines amtlichen Dokumentes (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Deshalb liegen keine amtlichen Dokumente vor, womit das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist.

8. *Nach Auffassung des Beauftragten kommt das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung, da im konkreten Fall keine amtlichen Dokumente bestehen.*

¹⁰ Kurt Nuspliger, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 2 RZ 20.

¹¹ Isabelle Häner, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 10 RZ 11.

¹² Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 1972 (BGE 98 II 205 E.1); Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2001 (BGE 128 III 13, E.1 d) aa); Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2002 (4C.45/2002); Urteil des Bundesgerichts vom 8. November 2007 (BGE 134 III 11); Urteil des Bundesgerichts vom 21. September 2011 (BGE 137 III 556 E.3.); Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. erw. Auflage, Basel 2005, S. 363.



II. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

1. Da im konkreten Fall keine amtlichen Dokumente bestehen, ist das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar.
2. Die Antragssteller und die PLK können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim SECO den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind.

Das SECO erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Eingang des Gesuches nach Art. 15 Abs. 1 BGÖ und stellt dem Beauftragte eine Kopie zu (Art. 13a VBGÖ).

Gegen diese Verfügung können die Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).

In Analogie zu Art. 22a Abs. 1 Bst. a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern still.

3. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutze von Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller und der erwähnten Drittpersonen anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
4. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - A.____,
 - B.____,
 - C.____,
 - D.____,
 - E.____,
 - F.____,
 - alle vertreten durch RA Dr. G.____ und RA H.____,
 - PLK im Schweizerischen Carosseriegewerbe, 3000 Bern 15,
 - Staatssekretariat für Wirtschaft, 3003 Bern.

Hanspeter Thür