



Bern, 18. Dezember 2013

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

X. Schweizer Radio und Fernsehen SRF (Antragsteller)

gegen

Bundesamt für Justiz BJ

und

Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat beim Bundesamt für Justiz BJ am 12. September 2013 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ; SR 152.3) ein Zugangsgesuch gestellt. Er begründete dies dem BJ wie folgt: „Das Schweizer Fernsehen plant einen umfangreichen Dokumentarfilm zum Steuerkonflikt mit den USA. [...]. Ein Aspekt wird die im Dezember 2011 schliesslich nicht durchgeführte Lieferung von Unterlagen an die US-Behörden sein.“ Er bat um Einsicht in folgende Dokumente:
 - „Korrespondenz in dieser Sache von und mit dem Direktor und Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz im Zeitraum 16. Dezember 2011 bis und mit 18. Januar 2012 (inkl. Mailverkehr)
 - Korrespondenz in dieser Sache zwischen den erwähnten Personen und der Departementsvorsteherin im erwähnten Zeitraum (inkl. Mailverkehr)“.
2. Am 26. September 2013 teilte ihm das BJ (Direktionsbereich internationale Rechtshilfe) mit: „Die Prüfung Ihres Einsichtsgesuchs vom 12. September 2013 fällt in meinen Zuständigkeitsbereich. Unsere Beurteilung ergibt, dass wir Ihnen im Sinne von Art. 6 Abs. 2



BGÖ Einsicht in die Korrespondenz in der Sie interessierenden Periode geben und Ihr Gesuch grundsätzlich positiv beantworten können. Da Ihre Anfrage auch gewisse Dokumente anderer mitbeteiligter Behörden betrifft, laufen momentan noch die diesbezüglich notwendigen Konsultationen (nach Art. 11 [der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]). Wir schlagen Ihnen aber bereits jetzt einige Termine vor, an denen Sie die dem Einsichtsrecht unterliegenden Dokumente hier vor Ort studieren können und an denen [...wir] Ihnen auch gerne für weitere Erläuterungen zum Zusammenhang und den Hintergründen der einzelnen Dokumente zur Verfügung stehen werden.“

3. Am 17. Oktober 2013 teilte das BJ dem Antragsteller mit, dass der ursprünglich vorgesehene Einsichtstermin vom 22. Oktober 2013 für die nachgefragten Dokumente nicht durchgeführt werden könne. In der Konsultation habe sich gezeigt, dass es sachgerecht und richtig sei, die Behandlung des Zugangsgesuches im Sinne von Art. 11 VBGÖ an das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF zu übertragen. Die Frage der allfälligen rechtshilfeweisen Übermittlung von Bankdokumenten in der nachgefragten Zeit sei nur ein Teilaspekt des gesamten Dossiers Steuerstreit mit den USA. Für dieses sei das SIF die federführende Behörde. Das BJ und das SIF hätten sich gestützt auf die Konsultation gemäss Art. 11 VBGÖ geeinigt, dass das SIF die Beantwortung des Gesuches übernimmt.
4. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 antwortete das SIF dem Antragsteller. Es verweigerte den Zugang zu den fraglichen Dokumenten gänzlich und begründete dies damit, dass mit deren Offenlegung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ) und die wirtschafts-, geld-, und währungspolitischen Interessen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ) beeinträchtigt würden. Zwischen der Schweiz und der USA sei ein sog. Joint Statement abgeschlossen worden, um den Steuerstreit beizulegen. Die in diesem Verfahren angelaufenen Verfahren seien sensibel und noch nicht abgeschlossen. Weiter äusserte das SIF, dass die Offenlegung der verlangten Dokumente und das Öffentlichwerden verwaltungsinterner Arbeitsabläufe und Meinungsbildungsprozesse zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Verfahren belasten, die Beziehungen der Schweiz zur USA beeinträchtigen und die mit den Banken verbundenen wirtschaftspolitischen Interessen der Schweiz gefährden könne. Solange diese Verfahren nicht abgeschlossen seien, sei eine Akteneinsicht verfrüht. Zum ursprünglichen Schreiben des BJ vom 26. September 2013 sowie allfällige Stellungnahmen anderer beteiligten Behörden zum Zugangsgesuch wurde nicht Stellung genommen. Abschliessend wurde der Art. 13 BGÖ (Schlichtung) in vollem Wortlaut zitiert.
5. Daraufhin stellte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 seinen Schlichtungsantrag. Darin berief er sich auf ein Schreiben des BJ vom 16. Dezember 2013, das SRF zugespielt wurde. Er stellte folgendes Begehren:

„Der Entscheid des EFD vom 25.10.2013 sei aus den Akten zu weisen. Aus dem geschilderten Sachverhalt geht eindeutig hervor, dass das federführende Amt nach Art. 11 VBGÖe [sic!] das BJ ist. Das Gesuch sei deshalb nach Massgabe des BJ-Entscheidung vom 26.9.2013 zu behandeln bzw. Akteneinsicht zu gewähren.“
6. Am 29. Oktober 2013 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages.
7. Am gleichen Tag zeigte der Beauftragte dem BJ und dem SIF den Eingang des Schlichtungsantrages an, listete alle Dokumente auf, die er vom Antragsteller erhalten hat und ersuchte beide Behörden um Folgendes:



- Zustellung einer Liste der vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente, die sich in Ihrem Besitz befinden;
- Erklärung weshalb das BJ nicht zuständig ist bzw. weshalb das SIF zuständig ist. Diese Erklärung ist für jedes aufgelistete Dokument separat erforderlich (Art. 6 BGÖ und Art. 11 VBGÖ).“

8. Am 11. November 2013 erhielt der Beauftragte eine vom BJ und dem SIF unterzeichnete Stellungnahme sowie eine Auflistung von Dokumenten, die als Absender ausschliesslich das BJ aufführten. Im Schreiben, das im Briefkopf beide Behörden gemeinsam aufführt, wurde ihm Folgendes mitgeteilt: „Gestützt auf die gemäss Art. 11 VBGÖ durchgeführte Konsultation des BJ mit FINMA [Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht], SIF und EDA [Eidgenössischen Departement des Äusseren] sind BJ und SIF überein gekommen, dass das EFD/SIF für das Einsichtsgesuch zuständig ist.“
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, des BJ und des SIF sowie auf die eingereichten Unterlagen 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

10. 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.
11. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.¹ Berechtigt, 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 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.
12. Der Antragsteller beehrte in seinem Schlichtungsantrag, dass die Stellungnahme des SIF vom 25. September 2013 „aus dem Recht gewiesen wird“ und das BJ das federführende Amt nach Art. 11 VBGÖ sei. Das Gesuch sei nach Massgabe des BJ-Entscheides vom 26. September 2013 zu behandeln bzw. Akteneinsicht zu gewähren.
13. Vorliegend haben zwei Behörden zum gleichen Zugangsgesuch materielle Stellungnahmen abgegeben. Während die Stellungnahme des BJ vom 26. September 2013 noch nicht als abschliessend betrachtet werden kann, äusserte sich das SIF in seiner Stellungnahme vom 25. Oktober 2013 abschliessend und mit Angabe einer Rechtsmittelbelehrung, ohne sich jedoch zu den Stellungnahmen allfällig beteiligter anderer Behörden zu äussern. Aufgrund der behördlichen Vereinbarung zwischen BJ und SIF übertrug das BJ im laufenden Zugangsgesuchsverfahren die Behördenzuständigkeit an das SIF.
14. Strittig ist die Frage, ob das BJ nach Öffentlichkeitsgesetz für die Bearbeitung des beim BJ eingereichten Zugangsgesuches vom 12. September 2013 zuständig ist oder nicht. In formeller Hinsicht ist fraglich, ob die gesuchstellende Person bei derartigen Kompetenzkonflikten einen Schlichtungsantrag einreichen kann. Art. 13 BGÖ sieht dafür nicht explizit ein

¹ BBI 2003 2023.



Schlichtungsverfahren vor, schliesst es jedoch auch nicht aus. Die Erläuterungen des BJ zur Öffentlichkeitsverordnung sehen bei Kompetenzkonflikten vor, dass die Bestimmungen von Art. 7 ff. VwVG anwendbar sind.² Demgegenüber ist ein Teil der Lehre der Meinung, dass die gesuchstellende Person vor der Schlichtungsstelle die Lösung eines Kompetenzkonfliktes verlangen kann.³ Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ muss der Beauftragte im Schlichtungsverfahren klären können, ob die Bearbeitung des Zugangsgesuches rechtmässig erfolgt ist, d.h. vorliegend, ob die vereinbarte Behördenzuständigkeit im Einklang mit dem Öffentlichkeitsgesetz steht (Art. 2, Art. 5 Abs. 1, Art. 10 und Art. 12 BGÖ sowie Art 11 VBGÖ). Die Gesetzgebung enthält mehrere Normen, die im Zusammenhang mit der Behördenzuständigkeit stehen. Keine regelt allerdings diese Frage eindeutig: Art. 10 BGÖ sieht vor, dass das Zugangsgesuch an die Behörde zu richten ist, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat (Gesuchsempfänger). Art. 2 BGÖ bestimmt, wer als Empfänger eines Zugangsgesuches in Frage kommt (Behördenbegriff). Art. 5 BGÖ regelt, dass der Anspruch sich nur auf amtliche Dokumente bezieht (Dokumentbegriff). Darunter fallen Dokumente, die eine Behörde erstellt hat, und auch Dokumente, die eine Behörde nach Art. 2 BGÖ von einem Dritten erhalten hat, der nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt ist. Weiter enthält Art. 12 BGÖ einige Vorgaben für die gesuchbearbeitende Behörde, ohne jedoch die Zuständigkeit zu regeln. Schliesslich zählt Art. 11 VBGÖ fünf Fälle auf, in welchen sich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Zuständigkeiten ergeben können. Aufgrund des Gesetzgebungskonzeptes besteht daher *zwischen dem Verfahrensrecht und dem materiellem Recht ein funktionaler Zusammenhang*. Die praktische Wirksamkeit des Öffentlichkeitsgesetzes setzt voraus, dass die antragsstellende Person diejenigen amtlichen Dokumente erhält, auf die sie grundsätzlich nach Art. 6 BGÖ einen Anspruch hat, und dass diejenigen Informationen geschützt werden, welche unter die Ausnahmetatbestände nach Art. 7 f. BGÖ fallen. Die effektive Durchsetzung des Anspruchs auf amtliche Dokumente hängt allerdings wesentlich vom Verfahrensrecht ab.⁴ Daher muss in Kompetenzkonflikten ein Schlichtungsantrag möglich sein. Vorliegend gilt es zudem zu beachten, dass der Antragsteller nicht nur die Zuständigkeit des SIF bestreitet. Vielmehr geht auch aus seinem Schlichtungsantrag hervor, dass er auch die Zugangsverweigerung rügt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ).

15. *Der Antragsteller ist im konkreten Fall auch berechtigt einen Schlichtungsantrag zu stellen, um die Frage zu klären, ob die vereinbarte Behördenzuständigkeit gesetzeskonform ist.*
16. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme einer Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
17. 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
18. 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.

² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 14.

³ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 7.

⁴ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 10, RZ 6; vgl. dazu auch SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz IFG, Kommentar, 2009, Vorb.§§ 7-9 RZ 6 ff.

⁵ BBI 2003 2024.



B. Materielle Erwägungen

19. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).⁶
20. Es sind in diesem Schlichtungsverfahren vorab folgende Fragen zu prüfen:
 - a. Empfängerbehörde eines Zugangsgesuches und Überweisungspflicht (Ziffer 22 ff.),
 - b. Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten der FINMA (Ziffer 26),
 - c. Zuständigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 VBGÖ (Ziffer 28 ff.),
 - d. Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 12. September 2013 (Ziffer 35).
21. Zuständigkeitsfragen sind je nach Konstellation in der Praxis mitunter schwierig zu klären und zu beantworten. Das Öffentlichkeitsgesetz äussert sich verfahrensrechtlich nicht eindeutig, wer jeweils für die Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ zuständig ist. Jedoch kann aus dem Zusammenspiel von Art. 2 Abs. 1, Art. 5, Art. 10 und Art. 12 BGÖ die Zuständigkeit in vielen Fällen direkt abgeleitet werden.⁷ Für fünf Konstellationen enthält Art. 11 VBGÖ Regeln für die Lösung von Kompetenzkonflikten.
22. Das BJ hat sich zunächst in seinem Schreiben vom 26. September 2012 für die Bearbeitung des Zugangsgesuches als zuständig erklärt und sich dazu auch materiell geäussert. In der Folge berief sich da BJ auf einen Irrtum und teilte im Schreiben vom 17. Oktober 2013 dem Antragsteller mit: „Der Entscheid über Ihr Einsichtsgesuch liegt in der Kompetenz des SIF. Die vom BJ im Mail vom 26. September 2013 bereits geäusserte materielle Haltung zu Ihrem Einsichtsgesuch ist nach dem Gesagten nur als Stellungnahme im Rahmen von Art. 11 BGÖ (wenn auch an die falsche Adresse) zu betrachten.“
23. Nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ hat die gesuchstellende Person das Zugangsgesuch an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Diese verfahrensrechtliche Bestimmung knüpft an Art. 5 BGÖ, der bestimmt, dass ein amtliches Dokument dann vorliegt, wenn eine Information auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b) und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). *Daher ist Gegenstand des voraussetzungslosen Anspruches nach Art. 6 BGÖ einzig das amtliche Dokument.* Für die Amtlichkeit eines Dokumentes ist es daher unerheblich, ob die angefragte Behörde das amtlichen Zwecken dienende Dokument selber

⁶ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

⁷ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 5.



erstellt hat oder ob es von einer anderen Behörde oder einem Privaten stammt, die beide nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen. Das Zugangsgesuch erfasst nach Art. 5 BGÖ daher sowohl alle amtlichen Dokumente, die die ersuchte Behörde selber verfasst hat, als auch jene, die sie von Dritten, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, erhalten hat.⁸

24. Wird ein Gesuch *irrtümlicherweise* bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten.⁹ Wenn die Behörde ein Dokument nicht tatsächlich besitzt, obwohl sie dessen Erstellerin oder Hauptadressatin war, muss sie alle Massnahmen ergreifen, die zur Beschaffung des Dokumentes erforderlich sind.¹⁰ Insoweit besteht sogar für die anspruchspflichtige Behörde eine Dokumentenbeschaffungspflicht.¹¹ Ziel und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist es, den Zugang zu allen amtlichen Dokumenten zu gewährleisten, die sich im Besitz einer dem Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ unterstellten Behörde befinden. Entscheidend ist daher das Dokument und nicht die Behörde, weshalb der Dokumentbegriff eine zentrale Rolle spielt.¹²
25. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ fällt das BJ als Bundesbehörde in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, das sich an das BJ richtet und sich auf Dokumente bezieht, die im Dokumentenbestand des BJ vorhanden sind, ist in der Regel denn auch das BJ zuständig (Art. 5 i.V.m. Art. 10 BGÖ). Demzufolge werden nicht nur die vom BJ im Rahmen des Amts- und Rechtshilfegesuches erstellten Dokumente vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst, sondern alle Dokumente, die das BJ in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe von Dritten erhalten hat (Art. 5 BGÖ).
26. In der vom Beauftragten angeforderten Liste haben das BJ und das SIF in ihrer gemeinsamen Stellungnahme erklärt, dass die Dokumente, welche die FINMA verfasst oder versandt hat, nicht in der zugestellten Liste aufgeführt seien, da die FINMA nicht dem BGÖ unterstehe. In der Liste sind nur Dokumente aufgeführt, die das BJ als Absender aufweisen. Es trifft zwar zu, dass die FINMA dem Öffentlichkeitsgesetz nicht untersteht (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Dessen ungeachtet sind allerdings auch ihre Dokumente nach Öffentlichkeitsgesetz, unter Vorbehalt der Ausnahmen nach Art. 7 f. BGÖ, grundsätzlich zugänglich, nämlich dann, wenn diese in den Dokumentenbestand einer Behörde nach Art. 2 Abs. 1 BGÖ Eingang gefunden haben und zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden.¹³ Dies ergibt sich Art. 5 Abs. 1 BGÖ. In diesen Fällen bestimmt Art. 10 Abs. 1 BGÖ diejenige Behörde für die Gesuchseinreichung als zuständig, welche die Hauptadressatin des betreffenden Dokumentes ist. Die Zuständigkeit der Hauptadressatin hat zur Folge, dass die lediglich mit einer Kopie bediente Amtsstelle nicht über ein Gesuch um Einsichtnahme entscheiden darf. Sie hat ein an sie fälschlicherweise gerichtetes Gesuch an die Hauptadressatin weiterzuleiten.¹⁴ Die FINMA ist den privaten Personen gleichgestellt, wie beispielsweise Unternehmen, die Dokumente an eine dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellte Behörde senden. Solche zugestellten Dokumente betreffen in der Regel denn auch gesetzlich vorgesehene Aufgaben der jeweiligen Behörden.¹⁵ Es entspricht dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes, dass der Anspruch auf Zugang zu

⁸ KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 5, RZ 5.

⁹ BBI 2003 2019; ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 10, RZ 17.

¹⁰ BBI 2003 1993.

¹¹ Vgl. hierzu auch SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz IFG, Kommentar, 2009, § 7 RZ 33 ff.

¹² KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 5, RZ 18.

¹³ BBI 2003 1995.

¹⁴ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 10, RZ 20 f.

¹⁵ KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 5, RZ 23.



Dokumenten sich nicht nur auf amtliche Dokumente von Behörden nach Art. 2 Abs. 1 BGÖ bezieht. Ansonsten würde dieser bei solchen Konstellationen weitgehend leerlaufen.¹⁶

27. Der Antragsteller löst mit seinem Zugangsgesuch beim BJ ein Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz aus. Da dieses über die fraglichen Dokumente verfügt, bestand kein irrtümlich beim BJ eingereichtes Gesuch und damit für dieses keine Überweisungspflicht. Damit wurde das BJ grundsätzlich zur anspruchspflichtigen Behörde und somit zur Anspruchsgegnerin.
28. Das BJ hingegen vereinbarte gestützt auf Art. 11 Abs. 2 VBGÖ in der Folge mit dem SIF dessen Behördenzuständigkeit. In ihrer Stellungnahme vom 11. November 2013 an den Beauftragten führten beide aus: „Im fraglichen Zeitpunkt zwischen dem 16. Dezember 2011 und dem 18. Januar 2012, für den [der Antragsteller] die genannte Korrespondenz verlangt, war die FINMA bis zum 30. Dezember 2011 federführend für die Gespräche mit den US-Behörden in Bezug auf die Lieferung von Daten über Bankmitarbeitende (Kundendaten ausgenommen). Nachdem sich die Diskussionen mit den US-Behörden Ende Dezember 2011 stark auf die Rechtshilfethemen verlagerte und die Aspekte der Amtshilfe in den Hintergrund traten, ersuchte die FINMA das BJ am 30. Dezember 2011, die Federführung für die folgenden Gespräche mit den US-Behörden zu übernehmen. Ab diesem Zeitpunkt war das BJ somit federführend. Ab dem 18. Januar 2012 waren das EJPD (BJ) und das EFD gemeinsam federführend für die Frage der Lieferung von Mitarbeiterdaten an die US-Behörden. Spätestens ab April 2012 war das EFD allein federführend für diese Frage. Die Abklärungen und Verhandlungen über die mögliche Lieferung von Daten über Bankmitarbeiter an die US-Behörden via Amts- und Rechtshilfe in der fraglichen Zeit von Mitte Dezember bis Mitte Januar 2012 sind nur ein Teilaspekt des Steuerstreits mit den USA. Dieser Teilaspekt hätte nur zu einer Teillösung der sich stellenden Fragen geführt, wenn er hätte weiterverfolgt werden können. Insgesamt federführend für das Geschäft ‚Steuerkonflikt Schweiz - USA‘ war das EFD. Das Geschäft wurde denn auch in den unter dem Vorsitz des EFD stehenden BR-Ausschüssen Internationale Finanz- und Steuerfragen und Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen behandelt. Das EFD ist nach wie vor insgesamt federführend für das Dossier ‚Steuerstreit mit den USA‘. Aus diesen Gründen ist beim Entscheid über das Einsichtsgesuch der Steuerstreit als Ganzes anzusehen.“
29. Fraglich ist vorliegend, ob die Vereinbarung, die das BJ und das SIF gestützt auf Art. 11 Abs. 2 VBGÖ getroffen hat, gesetzeskonform ist. Nach dieser Bestimmung wird die Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ durch die *federführende Behörde* abgegeben, wenn sich das Zugangsgesuch auf *mehrere Dokumente bezieht, die das gleiche Geschäft betreffen* und durch verschiedene dem Öffentlichkeitsgesetz *unterstehenden Behörden erstellt oder empfangen wurden*. Von zentraler Bedeutung ist, dass es sich hierbei um eine Verfahrensvorschrift handelt, die einzig dazu dient, dem Gesuchsteller den Zugang zu amtlichen Dokumenten zu erleichtern.¹⁷ Davon gehen denn auch die Erläuterungen des BJ zur Öffentlichkeitsverordnung aus, die festhalten, dass die Zuständigkeitsregeln nach Art. 11 VBGÖ *ausschliesslich dazu dienen, der gesuchstellenden Person das Verfahren zu vereinfachen*. Diese soll in solchen Fällen nicht bei jeder einzelnen Behörde ein separates Gesuch stellen müssen.¹⁸ Daher ist die Behördenkoordination so zu gestalten, dass das Verfahren für die gesuchstellenden Personen einfach ist und ein rascher Entscheid ermöglicht wird.¹⁹

¹⁶ Vgl. dazu auch SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz IFG, Kommentar, 2009, § 7 RZ 33.

¹⁷ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 6.

¹⁸ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 12 f.

¹⁹ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 6.



30. Im konkreten Fall hat der Antragsteller beim BJ ein Zugangsgesuch gestellt und erklärt, dass er einen Dokumentarfilm plane. Das BJ und das SIF begründen in ihrer Stellungnahme die alleinige Zuständigkeit des SIF auch damit, dass der vom Antragsteller geplante Dokumentarfilm, denn auch den Steuerkonflikt mit den USA als Ganzes beleuchten wolle. „Es ist deshalb anzunehmen, dass [dieser] auch andere Bundesstellen um Akteneinsicht ersuchen wird, und zwar betreffend einer anderen bzw. breiteren als den vorliegend in Frage stehenden Zeitraum. Der Entscheid über das vorliegende Einsichtsgesuch ist deshalb aus der Optik des insgesamt federführenden EFD zu treffen.“
31. Der Umstand, dass ein Antragsteller möglicherweise auch bei anderen Bundesbehörden ein Zugangsgesuch stellen kann, ist keine Begründung für die Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 2 VBGÖ. Ein solches Vorgehen des Antragstellers ist auch nicht unzulässig, sondern ergibt sich aus Art. 6 und 10 BGÖ. Zulässig sind auch präzise Zugangsgesuche, die darauf zielen, sich einen allgemeinen Überblick über behördliche Informationen zu verschaffen, unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit und allenfalls einer Gebührenerhebung. Zudem sind die Behörden angehalten, die gesuchstellende Person aktiv bei deren Ersuchen zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ).²⁰
32. Die Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 2 VBGÖ setzt vielmehr voraus, dass sich das Gesuch auf mehrere Dokumente beziehen muss, die das gleiche Geschäft betreffen und von verschiedenen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörden stammen. Das BJ und das SIF begründen die Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 2 VBGÖ damit, dass das Amts- und Rechtshilfegeschäft betreffend die Übermittlung von Mitarbeiterdaten nur ein Teilaspekt des Dossiers Steuerstreit mit den USA sei. Mit dieser Auffassung soll das Kriterium „gleiches Geschäft“ mit dem Dossier Steuerstreit mit den USA als erfüllt betrachtet werden. Diese extensive Auslegung hat zur Folge, dass die später begründete Federführung des SIF/EFD im Dossier Steuerstreit mit den USA dazu führt, dass sämtliche Zugangsgesuche betreffend alle vergangenen oder zukünftigen mit diesem Dossier in Zusammenhang stehenden amtlichen Dokumente jeder Behörde einzig durch das SIF/EFD zu bearbeiten sind. Eine derartige Konzentration der Zugangsgewährung im Einzelfall würde bedeuten, dass alle Zugangsgesuche, die bei einer anderen Behörde eingereicht werden, zuständigkeitshalber an das SIF/EFD weiterzuleiten wären und von diesem bearbeitet werden. Die Behörden könnten nicht mehr entscheiden, wie sie das Öffentlichkeitsprinzip betreffend von ihr erstellten Dokumente umsetzen wollen, da sie nicht mehr die Verfahrenshoheit haben und dadurch verfahrensrechtlich blockiert sind. Das hätte zur Folge, dass die Behörden betreffend ihrer eigenen Dokumente auch nicht mehr aktiv informieren könnten.²¹ Die federführende Behörde könnte dann einzig aus ihrer Sicht und aufgrund ihrer Interessen bestimmen, ob Dokumente anderer Verwaltungseinheiten und Dokumente Dritter nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sind oder nicht. Inwiefern der vorliegend erfolgte, behördlich vereinbarte Wechsel in der Zuständigkeit dem Antragsteller das Verfahren auf Zugang zu den verlangten Dokumenten erleichtern soll, ist für den Beauftragten nicht nachvollziehbar. Zudem war der Antragsteller mit dem Wechsel in der Zuständigkeit nicht einverstanden. Nun ist ihm, entgegen der ursprünglichen Stellungnahme des BJ, jetzt der Zugang zu allen Dokumenten, die sich im Dokumentenbestand des BJ befinden, durch das EFD/SIF gänzlich verweigert worden. Insofern hat sich vorliegend die *Koordination zulasten der gesuchstellenden Person ausgewirkt*.²²

²⁰ BBI 2003 2020.

²¹ vgl. dazu LUZIUS MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Einführung in die Grundlagen, in: Bernhard Ehrenzeller, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, S. 18.

²² Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 12 f.



33. Aus Art. 11 Abs. 2 VBGÖ lässt sich nicht ableiten, dass zwei oder mehrere Behörden verschiedener Departemente die Zuständigkeit zu ihren Gunsten selbständig festlegen können. Eine derartige behördliche Konzentration der Zugangsgesuchbearbeitung würde zudem dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes, d.h. Art. 2 Abs. 1, Art. 5, Art. 10 und Art. 12 BGÖ, widersprechen und ist daher nicht gesetzeskonform. Darüber hinaus befinden sich unter den mehreren Dokumenten auch Dokumente der FINMA, die selber nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fällt. Demzufolge ist auch das Kriterium „verschiedene, dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörde“ konkret nicht erfüllt.
34. Hingegen können Behörden, wenn mehrere Dokumente bestehen, sich in Bezug auf die Zuständigkeit zugunsten der gesuchstellenden Person nach Art. 11 Abs. 3 VBGÖ einigen. Voraussetzung dafür ist, dass die *Federführung keiner einzigen Behörde zugewiesen wurde*. Dieser Anwendungsfall liegt jedoch konkret nicht vor, da für den fraglichen Zeitraum immer eine Federführung bestand. Für den Zeitraum vom 16. – 20. Dezember 2011 war die FINMA und vom 31. Dezember 2011 – 18. Januar 2012 das BJ federführend (Ziffer 28).
35. Nach dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes ist das BJ für die Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ zuständig für Zugangsgesuche betreffend die *eigenen Dokumente*. Für diese Dokumente besteht keine Überweisungspflicht, da eine klare Zuständigkeit besteht.²³ Betreffend die *Dokumente Dritter*, die das BJ für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe im fraglichen Zeitraum benötigt hat, entspricht es Art. 5 Abs. 1 BGÖ, dass es verfahrensrechtlich für die Dokumente zuständig ist, die sich in seinem Dokumentenbestand befinden und deren Urheber nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt ist. Auch wenn das BJ auf Begehren der FINMA hin Dokumente erstellt hat, bleibt das BJ verfahrensrechtlich zuständig, da die FINMA nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fällt. Allerdings besteht eine Anhörungspflicht nach Art. 11 Abs. 4 VBGÖ, sofern das BJ diese Dokumente auf Ersuchen der FINMA erstellt hat. Betreffend die *Dokumente der Behörden*, die dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind, und sich im Dokumentenbestand des BJ befinden, sind deren Urheber zuständig. Es besteht diesbezüglich eine Überweisungspflicht des BJ an die Behörde, die das Dokument erstellt hat.
36. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte zu folgendem Ergebnis:*
- *Der Antragsteller hat das Zugangsgesuch beim BJ eingereicht. Es bestand für das BJ keine Überweisungspflicht infolge irrümlicher Zuständigkeit für eigene Dokumente und Dokumente der FINMA. Das BJ ist im vorliegenden Fall die zuständige Behörde für die Dokumente, die es im Rahmen des Amts- und Rechtshilfeverfahrens selber erstellt oder von Dritten empfangen hat.*
 - *Das BJ führt das von ihm begonnene Zugangsgesuchsverfahren nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes weiter und beendet es mit einer abschliessenden Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ.*
 - *Auf das SIF ist Art. 11 Abs. 2 VBGÖ vorliegend nicht anwendbar. Es war einerseits im fraglichen Zeitraum nicht die federführende Behörde im Dossier Amts- und Rechtshilfe betreffend die Übermittlung von Bankdokumenten. Andererseits kann die Zuständigkeitsregel nicht zu Lasten des Antragstellers ausgelegt werden.*
 - *Auf die FINMA ist Art. 11 Abs. 1, 2 und 3 VBGÖ nicht anwendbar, das sie nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt ist (Art. 2 Abs. 2 BGÖ).*
 - *Amtliche Dokumente der FINMA, die sie dem BJ zur Erfüllung der fraglichen öffentlichen*

²³ ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 5.



Aufgabe übermittelt hat, sind unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 7 f. BGÖ zugänglich (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ i.V.m. Art. 5 BGÖ).

37. Der Zusammenhang der fraglichen Dokumente des Dossiers Amts- und Rechtshilfeverfahrens beim BJ mit dem Dossier Steuerstreit mit den USA bei EFD/SIF kann möglicherweise einen Einfluss auf die materielle Beurteilung der Zugänglichkeit der fraglichen Dokumente beim BJ haben, nämlich dann, wenn die beteiligten Behörden in ihren Stellungnahmen zum Zugangsgesuch vom 12. September 2013 das Vorliegen von Ausnahmegründen nach Art. 7 f. BGÖ nachweisen.²⁴ Vorliegend hat das EFD/SIF diese knapp festgehalten. In diesem Verfahren galt es für den Beauftragten jedoch nicht, materielle Fragen zu klären, da zum jetzigen Zeitpunkt keine abschliessende Stellungnahme im Sinne von Art. 12 BGÖ des für das Zugangsgesuch zuständigen BJ vorliegt. Daher beurteilt der Beauftragte an dieser Stelle die geltend gemachten Ausnahmegründen nach Art. 7 f. BGÖ nicht.

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

38. Das Bundesamt für Justiz ist für die Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 12. September 2013 für eigene und von Dritten erhaltende Dokumente zuständig.
39. Das Bundesamt für Justiz führt das entsprechende Zugangsgesuchsverfahren nach Art. 10 f. BGÖ weiter und beendet das Verfahren mit einer Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ.
40. Amtliche Dokumente der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch vom 12. September 2013, die sich im Besitz des BJ befinden, sind unter Vorbehalt der Ausnahmen nach Art. 7 f. BGÖ, zugänglich.
41. Das Bundesamt für Justiz erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es mit Ziffer 38 - 40 nicht einverstanden ist.
42. Das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen erlässt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG, wenn es mit Ziffer 38 - 40 nicht einverstanden ist.
43. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht erlässt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG, wenn sie mit Ziffer 40 nicht einverstanden ist.
44. Das Bundesamt für Justiz, das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht erlassen die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
45. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Justiz den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
46. Das Bundesamt für Justiz, das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht stellen dem Beauftragten eine Kopie ihrer Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
47. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht wird eingeladen dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zuzustellen.

²⁴ BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 RZ 4; Urteil des BVer A-4962/2012 vom 22. April 2013, E. 6.2 m.w.H.; BBl. 2003 2001 f.



48. Gegen die Verfügungen (Ziffer 44) kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
49. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember 2013 bis und mit dem 2. Januar 2014 still. Der Fristenlauf beginnt somit am 3. Januar 2014.
50. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
51. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Schweizer Radio und Fernsehen

 - Bundesamt für Justiz
3003 Bern

 - Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen
3003 Bern

 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
3003 Bern

Hanspeter Thür