



Bern, 25. Juni 2014

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

X
(Antragstellerin)

gegen

Eidgenössisches Institut für geistiges Eigentum IGE

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. In der NZZ am Sonntag vom 16. September 2012 erschien ein Bericht unter dem Titel „Zurechtgebogene Swissness, Das neue Markenschutzgesetz kommt der Lebensmittelbranche weit entgegen“. Darin wird u.a. festgehalten: *„Ein unveröffentlichter Entwurf der Verordnung der Swissness-Vorlage bei verarbeiteten Naturprodukten zeigt, dass die Anliegen der Lebensmittelbranche weitgehend berücksichtigt worden sind [...]“*
2. Am 27. September 2012 informierte in der Parlamentsdebatte zur Swissness-Vorlage¹ Bundesrätin Simonetta Sommaruga:
*„Wir haben bereits einen Verordnungsentwurf ausgearbeitet, wir haben ihn der Kommission vorgelegt, wir haben gezeigt, wie das ganz konkret aussehen würde, um hier auch der Lebensmittelbranche aufzuzeigen, wie die Situation am Schluss für sie ausgehen würde. Bei den Industrieprodukten haben wir auch versucht, eine einfache, klare Regelung vorzuschlagen. Das müssen wir sicher noch einmal anschauen [...]“*²

¹ [09.086 – Geschäft des Bundesrates Markenschutzgesetz, Änderung sowie Swissness-Vorlage](#), zuletzt besucht am 16.6.2014.

² Sten. Bull., AB 2012 S. 917.



3. Die Antragstellerin (Verband) verlangte daraufhin am 5. Oktober 2012 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ; SR 152.3) beim Eidgenössischen Institut für geistiges Eigentum IGE wie folgt Einsicht in den unveröffentlichten Entwurf der Swissness-Verordnung:

„Offensichtlich sind die Entwürfe der Swissness-Verordnung selektiv bekannt, auch Journalisten. Da damit die Geheimhaltung nicht mehr erfüllt ist, ersuche ich Sie uns gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz diesen Text zuzustellen.“
4. Das IGE teilte der Antragsstellerin am 12. Oktober 2012 mit, es müsse sie an die Rechtskommission des Nationalrates verweisen. Das fragliche Dokument sei in deren Auftrag erstellt worden und stelle ein Arbeitsinstrument dar.
5. Das für die Rechtskommission des Parlaments zuständige Sekretariat teilte dem IGE und der Antragsstellerin per E-Mail am 12. Oktober 2012 mit:
„Es handelt sich um ein internes und vertrauliches Dokument der Kommission für Rechtsfragen, das ich Ihnen nicht weiterleiten kann. Ich verweise Sie auf Art. 7 der Parlamentsverordnung (SR 171.115) über die Akteneinsichtsrechte.“
6. Am 24. Oktober 2012 stellte die Antragsstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) und argumentierte u.a., dass der Verordnungsentwurf zur Swissness-Vorlage ein fertig gestelltes Dokument sei, da es von der erstellenden Amtsstelle an eine andere Behörde übermittelt worden sei. Auch sei das Dokument für Medien zugänglich gewesen, weshalb das Geheimhaltungsinteresse entfalle. Weiter erklärte sie, dass die Zuständigkeit für das Zugangsgesuch beim federführenden IGE liege, auch wenn andere Ämter mitgewirkt hätten. Sie führte aus:

„Der Verordnungsentwurf wurde wohl der RK-S [sic!] zugestellt. Das Dokument ist aber nicht ausschliesslich für die Rechtskommission bestimmt. Der Verordnungsentwurf sei generell ausgerichtet. Falls es sich um ein rein internes Dokument der Rechtskommission handeln würde, hätte nach der offensichtlichen Übermittlung an die Medien (Beleg 1) ein Verfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung eingeleitet werden müssen. Auch das Zitieren in der Parlamentsdebatte würde die Frage einer selektiven und manipulativen Information aufwerfen. Ein Auftrag zur Erarbeitung einer Verordnung wäre auch nicht Sache des Parlaments, sondern des Bundesrates. Würde dem ablehnenden Bescheid des IGE gefolgt, könnte das Öffentlichkeitsgesetz ausgehebelt werden, indem ein einer Parlamentskommission zugestelltes Dokument „als Auftragsdokument“ bezeichnet und pauschal der Einsichtnahme entzogen werden könnte. Der Verordnungsentwurf kann nicht einem vertraulichen Bericht gleichgestellt werden.“
7. Am 26. Oktober 2012 bestätigte der Beauftragte der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte am gleichen Tag vom IGE die Einreichung der fraglichen Dokumente sowie einer ausführlichen und detailliert begründeten Stellungnahme.
8. Das IGE reichte am 2. November 2012 dem Beauftragten entsprechende Dokumente sowie eine Stellungnahme ein. Das IGE erklärte:

„Dabei geht es um einen Entwurf der Verordnung über die Verwendung der Herkunftsangabe ‚Schweiz‘ bei verarbeiteten Naturprodukten (Beilage 2). Bei diesem Dokument handelt es sich um einen Entwurf, der im Auftrag und zuhanden der Rechtskommission erstellt wurde. Er wurde als Unterlage im Hinblick auf die Sitzung der Subkommission der Rechtskommission des Nationalrates vom 23. Februar 2012 abgegeben. [...] Nach Art. 47 Parlamentsgesetz^[3] sind die Beratungen der Kommissionen vertraulich. Nach Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 der Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die

³ [Bundesgesetz über die Bundesversammlung \(Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10\)](#).



Parlamentsverwaltung [...] ⁴ kann die Kommissionspräsidentin und der Kommissionspräsident vor dem Abschluss der Verhandlungen über Beratungsgegenstände ausnahmsweise Akteneinsicht in Unterlagen gewähren, wenn wichtige Gründe vorliegen. Diese Einschränkungen müssen auch für die beteiligten Verwaltungseinheiten gelten, in deren Besitz die fraglichen Kommissionsunterlagen sind. Wären diese Verwaltungseinheiten gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz verpflichtet, solche Dokumente herauszugeben, würde die im Parlamentsgesetz verankerte Vertraulichkeit unterlaufen und die freie Meinungsbildung innerhalb der Kommission in Frage gestellt. Das Öffentlichkeitsgesetz sieht denn auch mit Art. 8 Abs. 2 BGÖ vor, dass amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden dürfen, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Das trifft im vorliegenden Fall zu [...].“

9. Am 13. Februar 2014 fand eine mündliche Schlichtungsverhandlung zwischen dem IGE und der Antragstellerin statt, die zu keiner materiellen Einigung geführt hat.
10. Der Beauftragte hat in der Folge das IGE aufgefordert, dem Beauftragten innert 20 Tagen zusätzliche Dokumente einzureichen sowie seine Stellungnahme entsprechend dem zugestellten Fragenkatalog zu ergänzen.
11. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des IGE 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

12. 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.
13. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig. ⁵ 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.
14. Die Antragstellerin hat am 5. Oktober 2012 ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim IGE eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
15. 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. ⁶

⁴ [Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung \(Parlamentsverwaltungsverordnung, ParlVV; SR 171.115\).](#)

⁵ BBI 2003 2023.

⁶ BBI 2003 2024.



16. Da keine Einigung zu Stande gekommen ist (Ziffer 9) ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

17. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) 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 entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).⁷

Zuständigkeit für die Gesuchsbearbeitung

18. Zunächst stellt sich die Frage, wer für die Bearbeitung des Zugangsgesuches nach Öffentlichkeitsgesetz zuständig ist. Zuständigkeitsfragen sind je nach Konstellation in der Praxis mitunter schwierig zu klären und zu beantworten. Das Öffentlichkeitsgesetz äussert sich verfahrensrechtlich nicht eindeutig, wer jeweils gemäss Art. 12 BGÖ zu einem Gesuch nach Art. 10 BGÖ Stellung nehmen muss. Jedoch kann aus dem Zusammenspiel der Art. 2 Abs. 1, 5, 10 und 12 BGÖ die Zuständigkeit in vielen Fällen direkt abgeleitet werden. Für fünf Konstellationen enthält Art. 11 VBGÖ Regeln für die Lösung von Kompetenzkonflikten. Diese gehen allerdings davon aus, dass alle beteiligten Behörden dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind.
19. Nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ ist das Zugangsgesuch an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Hat eine Behörde, die in den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes fällt, ein Zugangsgesuch erhalten, hat sie dieses zu bearbeiten (Art. 2 Abs. 1 BGÖ; Art. 10 BGÖ). Wurde das Gesuch irrtümlich bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, hat die angefragte Behörde das Gesuch von Amtes wegen an die zuständige Behörde zu überweisen.⁸ Eine Behörde, die dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterliegt, kann jedoch nicht nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes ein Zugangsgesuch bearbeiten.
20. Die Antragstellerin reichte ihr Zugangsgesuch beim IGE ein. Dieses hat seine Zuständigkeit (und auch die des Bundesamtes für Landwirtschaft BLW) verneint, weil es die Zuständigkeit bei Präsidium der Rechtskommission sieht. Den Grund hierfür sieht es im Umstand, dass der von der Verwaltung erstellte Entwurf der Ausführungsverordnung durch den Auftrag der Kommission zu einer Kommissionsunterlage geworden sei und solche Unterlagen nach Art. 47 ParlG vertraulich seien.

⁷ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

⁸ BBI 2003 2019.



21. Mit der Einreichung eines Zugangsgesuches an eine dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellte Behörde wird ein Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz initiiert. Da die Antragstellerin das *Gesuch beim IGE eingereicht* hat und das IGE dem persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes untersteht (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ), ist das IGE grundsätzlich verpflichtet, das Gesuch nach Art. 10 BGÖ zu bearbeiten, es sei denn, das Gesuch wurde bei ihm irrtümlich eingereicht. Dabei gilt es auch Art. 11 VBGÖ zu berücksichtigen. Das IGE verwies die Antragstellerin nicht an eine andere Verwaltungsbehörde, sondern an die Rechtskommission des Nationalrates. Diese fällt als parlamentarische Kommission nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 BGÖ e contrario). Das zuständige Sekretariat der Rechtskommission stellte seine Stellungnahme sowohl dem IGE als auch der Antragstellerin zu. Daraufhin liess sich das IGE auf das Schlichtungsverfahren ein, nahm an der mündlichen Schlichtungsverhandlung teil und wirkte so bei der Feststellung des Sachverhaltes mit. Dennoch ist es der Ansicht, dass es nicht zuständig sei, da es sich beim verlangten Dokument um eine vertrauliche Sitzungsunterlage nach Art. 47 ParlG handeln würde.
22. *Die Rechtskommission ist nicht zuständig für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, welches gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei einer Verwaltungsbehörde eingereicht wurde (Art. 10 BGÖ). Eine andere Frage ist, ob ein von der Verwaltung verfasstes Dokument, das dem Parlament bzw. parlamentarischen Kommissionen zugestellt wird, unter das Öffentlichkeitsgesetz fällt (siehe Ziffer 35 ff.).*
23. Sowohl das IGE als auch das BLW unterliegen dem Öffentlichkeitsgesetz. Deshalb ist zunächst nach Art. 12 BGÖ i. V. m. Art. 11 VBGÖ zu klären, welche der beiden Behörden für die Gesuchsbearbeitung zuständig ist. Nach Art. 11 Abs. 1 VBGÖ wird die Stellungnahme durch die federführende Behörde abgegeben, wenn *ein Dokument durch mehrere Behörden gemeinsam* erarbeitet wurde. Ist die Federführung keiner Behörde zugewiesen, so legen die Behörden nach Abs. 3 die Zuständigkeit unter sich fest.
24. Das IGE erläuterte dem Beauftragten, dass der Entwurf der Ausführungsverordnung vom IGE über das Generalsekretariat des EJPD der Rechtskommission zugestellt worden sei. Der Hauptautor des Entwurfes sei das Bundesamt für Landwirtschaft BLW, da es sich um die „Verwendung der Herkunftsangabe ‚Schweiz‘ bei verarbeiteten Naturprodukten“ handle. Das IGE habe nur punktuell, in untergeordnetem Masse, zum Entwurf beigetragen. Die Federführung für die Ausarbeitung des Entwurfes liege daher beim BLW, während sie bei der sog. „Swissness-Vorlage“ das IGE inne habe. Letztere sei am 21. Juni 2013 von der Bundesversammlung verabschiedet worden. Die Hauptaufgabe des IGE sei es nun, das Ausführungsrecht einschliesslich der fraglichen Ausführungsverordnungen auszuarbeiten. Zum Stadium des Gesetzgebungsprozesses teilte das IGE mit, dass die Ausführungsverordnung am 21. März 2014 vom IGE und BLW in die Ämterkonsultation gegeben worden sei. Das entsprechende E-Mail sei vom IGE im Namen des IGE und des BLW versandt worden.
25. Aufgrund dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass der Entwurf der Ausführungsverordnung durch das BLW und das IGE gemeinsam erarbeitet wurden und die Federführung insgesamt nach Art. 11 Abs. 1 VBGÖ beim IGE liegt.
26. *Demzufolge ist das IGE aufgrund von Art. 12 BGÖ i.V.m. Art. 11 Abs. 1 VBGÖ für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständig.*

Amtsgeheimnisverletzung

27. Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass aufgrund der Berichterstattung in der NZZ am Sonntag (Ziffer 1) der Entwurf den Medien zugänglich gemacht worden sei, weshalb das



Geheimhaltungsinteresse wegfallen. Dabei beruft sie sich auf das Urteil des BVGer A-3443/2010 (=A-3269/2010) vom 18. Oktober 2010 (BSV / IV Checkliste, E. 5.6). Überdies ist sie der Meinung, dass, falls es sich um ein rein internes Kommissionsdokument handeln würde, die Rechtskommission nach der offensichtlichen Übermittlung an die Medien ein Verfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung hätte einleiten müssen.

28. Der Verzicht auf die Einleitung rechtlicher Schritte hat keinen Einfluss auf die rechtliche Qualifikation eines Dokumentes nach Öffentlichkeitsgesetz. Der Dokumentenbegriff richtet sich im Öffentlichkeitsgesetz einzig nach Art. 5 BGÖ. Allerdings hätte ein hängiges Verfahren Auswirkungen auf den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 BGÖ). Das Ergebnis eines entsprechenden Verfahrens könnte sich ausserdem auf einen nach Öffentlichkeitsgesetz zu beurteilenden Sachverhalt auswirken. Zum jetzigen Zeitpunkt liegt aufgrund der vorhandenen Unterlagen weder ein hängiges noch ein abgeschlossenes Verfahren im Sinne von Art. 3 BGÖ vor. An dieser Stelle wird zudem festgehalten, dass eine Untersuchung einer angeblichen Amtsgeheimnisverletzung nicht in den Zuständigkeitsbereich des Beauftragten fällt.
29. *Es liegt kein Anwendungsfall von Art. 3 BGÖ vor. Der Beauftragte ist für die Untersuchung angeblicher Amtsgeheimnisverletzungen nicht zuständig.*

Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person

30. Demgegenüber hat der Beauftragte zu klären, ob aufgrund des aktuellen Sachverhaltes allenfalls ein Anwendungsfall von Art. 2 VBGÖ besteht. Diese Norm statuiert den Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person. Daraus folgt auch, dass eine Beschränkung des Zugangs auf einzelne Personen oder einen bestimmten Personenkreis grundsätzlich nicht möglich ist: Das Dokument ist entweder nach den Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich, dann hat jede Person den gleichen Anspruch auf Zugang zu diesem Dokument, oder das Dokument ist (ganz oder teilweise) nicht zugänglich, dann besteht generell kein Anspruch auf Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz. Ob die jeweilige Behörde dennoch einzelnen Personen – unter Auflagen – Einsicht in Dokumente (bzw. nicht allgemein zugängliche Teile) gewähren will, liegt in ihrem Ermessen. Dann ist aber das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar, da es sich um ein Dokument handelt, welches nach Öffentlichkeitsgesetz nicht zugänglich ist.⁹ Erhält eine Person ganz oder teilweise Zugang zu einem Dokument, so muss dieser in gleichem Umfang jeder Person gewährt werden. Der Zugang darf daher nicht gegenüber einem bestimmten Personenkreis eingeschränkt werden.¹⁰
31. Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der fragliche Entwurf gegenüber bestimmten Personen ausserhalb der Verwaltung und der Rechtskommission zugänglich gemacht wurde, weshalb ein Anspruch aufgrund des in Art. 2 VBGÖ festgehaltenen Grundsatzes „access to one access to all“ bestünde. Im Unterschied zum oben erwähnten Urteil wurde in der NZZ am Sonntag nicht das fragliche Dokument im Ganzen abgedruckt. Vielmehr handelt es sich um einen Bericht, in welchem zwar klar steht:

„Ein unveröffentlichter Entwurf der Verordnung der Swissness-Vorlage bei verarbeiteten Naturprodukten zeigt, dass [...]“

Offen bleibt, ob die Journalistin ganz oder nur teilweise Einsicht in den Verordnungsentwurf hatte oder ob ihr nur einzelne Informationen zugetragen wurden und woher diese Informationen

⁹ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 3.

¹⁰ BBI 2003 2005.



geflossen sind. Aufgrund dieser Sachlage kann daher die Antragstellerin aus Art. 2 VBGÖ keinen Anspruch auf das verlangte Dokument ableiten.

32. *Es liegt kein Anwendungsfall von Art. 2 VBGÖ vor.*

Vorbehalt nach Art. 4 Bst. a BGÖ

33. Das IGE ist der Meinung, dass durch die Auftragserteilung der Rechtskommission der Entwurf der Ausführungsverordnung automatisch die Qualität einer vertraulichen Kommissionsunterlage erhalten habe, somit nach Art. 47 ParlG vertraulich sei, und es daher nicht in der Lage sei, entgegen Art. 7 ParlV den Zugang zu solchen Unterlagen zu gewähren.
34. Demgegenüber befürchtet die Antragsstellerin, dass das Öffentlichkeitsgesetz ausgehebelt werden könnte, indem ein der Parlamentskommission zugestelltes Dokument als „Auftragsdokument“ bezeichnet und damit pauschal der Einsichtnahme entzogen werden könnte.
35. Das Öffentlichkeitsgesetz behält in Art. 4 BGÖ Spezialbestimmungen anderer Bundesgesetze vor. Diese können vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b) oder diese als geheim bezeichnen (Bst. a).
36. Fraglich ist vorliegend, ob der Verordnungsentwurf vom 15. Februar 2011, den die Verwaltung an die Kommission übermittelt hat, nach Art. 4 Bst. a BGÖ der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen ist.
37. Art. 47 ParlG besagt, dass die Beratungen und Protokolle der Kommissionen vertraulich sind. Gemäss einer vom Parlament publizierten Information¹¹ gilt diese Vertraulichkeit auch für die Sitzungsunterlagen der parlamentarischen Kommissionen und Delegationen.
38. Nach der Praxis des Beauftragen kann Art. 47 ParlG eine Spezialbestimmung nach Art. 4 Bst. a BGÖ darstellen. Bereits in einer früheren Empfehlung äusserte er, dass (Sitzungs-) *Unterlagen, die unmittelbar von den Parlamentsdiensten für die Kommissionen oder Delegationen oder von diesen selbst erstellt worden sind*, nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen.¹² Ob und in welchem Umfang Sitzungsunterlagen respektive *Dokumente, die von der Bundesverwaltung erstellt worden sind*, auch von diesem Vorbehalt erfasst werden, beurteilte er einzelfallweise: So bejahte er bisher die Anwendbarkeit der Spezialnorm, wenn Dokumente in unmittelbarem und besonderem Auftrag von der Verwaltung erstellt wurden und für die Aufgabentätigkeit der Kommission bzw. Delegation bestimmt waren.¹³ Demgegenüber war der Beauftragte der Ansicht, dass für Dokumente, welche die Verwaltung im Zuge ihrer öffentlichen Aufgabenerledigung bereits für sich oder für Dritte (Private oder andere Amtsstellen) erstellt hat, Art. 47 ParlG nicht als Spezialbestimmung gilt.¹⁴
39. Die extensive Auslegung des Vorbehaltes von Art. 4 Bst. a BGÖ würde, wie die Antragstellerin zu Recht argumentiert, dazu führen, dass ein Teil der von der Bundesverwaltung erstellten Dokumente dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen werden könnten: Einerseits untersteht das Parlament selber nicht dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 BGÖ

¹¹ <http://www.parlament.ch/d/wissen/parlamentswissen/oeffentlichkeitsgesetz/Seiten/default.aspx>, Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes in den Parlamentsdiensten, zuletzt besucht am 16.6.2014).

¹² Vgl. EDÖB Empfehlung vom 19. Juni 2009: UVEK / Zusatzdokumentation Staatsrechnung, Ziff. II B 7.

¹³ Vgl. EDÖB Empfehlung vom 18. November 2010: VBS / Inspektionsberichte ND-Aufsicht, Ziff. II.3 (GPDel) und EDÖB Empfehlung vom 6. Dezember 2012: EPA / Zusammenstellung über ausbezahlte Zulagen in die Bundesverwaltung, Ziff. 24 (FinDel).

¹⁴ Vgl. EDÖB Empfehlung vom 19. Juni 2009: UVEK / Zusatzdokumentation Staatsrechnung, a.a.O.



e contrario). Andererseits gilt der Vorbehalt von Art. 4 Bst. a BGÖ. Es gilt zu bedenken, dass die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung nicht zuletzt auf wiederholte Interventionen des Gesetzgebers zurückgeht. Der Beauftragte äusserte in einer früheren Empfehlung, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprochen habe, ausnahmslos *alle von der Bundesverwaltung erstellten Dokumente zuhanden der Bundesversammlung* (oder einzelner Organe, Art. 31 ParlG) mittels einer Hintertüre wieder dem Öffentlichkeitsgesetz zu entziehen. In letzter Konsequenz würde damit – zumindest theoretisch – einer Bundesbehörde die Möglichkeit eröffnet, Informationen, die sie unter keinen Umständen der Bevölkerung zugänglich machen will, still und leise vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen, indem sie die entsprechenden Dokumente ungefragt einer parlamentarischen Kommission zustellt¹⁵ oder eine Kommission sich diese als „Auftragsdokument“ zustellen lässt.

40. Ausgehend von den Gründen für die Einführung (Stärkung demokratischer Rechte, Instrument zur Kontrolle der Verwaltung, Einsichtnahme in behördliche Praxis und Entscheidungsfindung, Verbesserung des Vertrauens in die Behörden etc.) und von der Zwecksetzung des Öffentlichkeitsgesetzes (Förderung der Transparenz der Entscheidungsprozesse der Verwaltung) muss gefolgert werden, dass *grundsätzlich alle innerhalb der Bundesverwaltung erstellten Dokumente unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen*.¹⁶
41. Das IGE erklärte dem Beauftragten betreffend das fragliche Dokument Folgendes:
„Diesen Entwurf hat die Rechtskommission bei den beteiligten Ämtern [...] in Auftrag gegeben [...]. Das ist insofern etwas ungewöhnlich, als die Ausführungsverordnungen zu Gesetzen in der Regel nicht dem Parlament vorgelegt und insofern auch nicht im Auftrag von parlamentarischen Kommissionen erstellt werden. Hier aber wünschte die Rechtskommission die Vorlage eines Entwurfes noch während laufender Debatte über die Revision des Markenschutzgesetzes, um sich von den Auswirkungen der getroffenen gesetzlichen Lösung ein Bild machen zu können.“
- Das IGE erläuterte, dass es kein eigentliches schriftliches Auftragsdokument gebe, sich jedoch die Auftragserteilung aus den Sitzungsprotokollen der Rechtskommission (Subkommission Swissness-Vorlage) entnehmen liesse.
42. Diese fraglichen Sitzungsprotokolle liegen dem Beauftragten vor. Das von der Verwaltung der Rechtskommission zugestellte Dokument erscheint im Layout einer Verordnung. Diese enthält 12 Artikel und zwei Anhänge und ist wie folgt bezeichnet:
„Entwurf vom 15. Februar 2011 **Arbeitspapier** gestützt auf die Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen („Swissness-Vorlage“) Verordnung über die Verwendung der Herkunftsangabe ‚Schweiz‘ bei verarbeiteten Naturprodukten vom...“
- Der Schweizerische Bundesrat gestützt auf die Artikel 48 Absatz 4, 48b und 50 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG verordnet:...“
43. Die Rechtskommission wird vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht erfasst und für ihre Sitzungsgrundlagen gilt die Vertraulichkeitsbestimmung (Art. 47 ParlG; Art. 7 und 8 ParlV).
44. Der Beauftragte stellt fest, dass die Rechtskommission bei der Verwaltung erläuternde und darstellende Informationen betreffend die Auswirkungen einer voraussichtlichen Regelung bei Naturprodukten auf die Landwirtschaft gewünscht hat. Ziel war das bessere Verständnis der

¹⁵ Vgl. EDÖB Empfehlung vom 19. Juni 2009: UVEK / Zusatzdokumentation Staatsrechnung, Ziffer II B 5 f.

¹⁶ Vgl. EDÖB Empfehlung vom 19. Juni 2009: UVEK / Zusatzdokumentation Staatsrechnung, a.a.O.



„Swissness-Vorlage“¹⁷. Aufgrund der dem Beauftragten vorliegenden Unterlagen liegt *kein klarer schriftlicher Auftrag* der Rechtskommission an die Verwaltung vor, einen Verordnungsentwurf zu erarbeiten. Bereits aus diesem Grund ist nach Ansicht des Beauftragten im Rahmen dieses Zugangsgesuches Art. 47 ParlG nicht anwendbar. An diesem Ergebnis ändert auch nicht, dass die Verwaltung dem Wunsch der Rechtskommission im dem Sinne nachgekommen ist, als dass sie ihr einen Verordnungsentwurf eingereicht hat.

45. Zur Vertraulichkeit von Unterlagen, die die Verwaltung dem Parlament zugestellt hat und die im Zusammenhang mit einem Gesetzgebungsverfahren stehen, äusserte sich der Bundesrat auch in seiner Antwort auf die Parlamentarische Anfrage 12.1134 „Öffentlichkeitsprinzip und Vernehmlassungsverfahren“, Stefan Engler:
„Unter diese Vertraulichkeitsbestimmung [Art. 47 ParlG und Art. 7 und 8 ParlVV] fallen nach der bisherigen Praxis grundsätzlich auch Unterlagen, welche die Verwaltung im Auftrag einer Kommission erstellt hat. Unterlagen, welche bei der Erarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage von grundlegender Bedeutung waren, sind indessen in der Regel durch die für die Durchführung der Vernehmlassung verantwortliche Stelle proaktiv der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Das lässt sich aus dem an Bundesrat und Bundesverwaltung gerichteten Informationsauftrag nach Artikel 10 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (SR 172.010) ableiten und ergibt sich namentlich auch aus Artikel 19 der Verordnung zum BGÖ (SR 152.31). Die Bestimmung sieht vor, dass wichtige Dokumente so schnell wie möglich im Internet verfügbar gemacht werden sollen. Dieser Grundsatz sollte nach Auffassung des Bundesrates auch bei Gutachten, die im Auftrag von parlamentarischen Kommissionen erstellt wurden, gelten.“
46. Der fragliche Verordnungsentwurf wurde von Bundesrätin Simonetta Sommaruga in der parlamentarischen Debatte zitiert und es erschien während der laufenden Debatte in der NZZ am Sonntag ein Bericht zur fraglichen Verordnung. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um ein Dokument von grundlegender Bedeutung handelt, ähnlich einem nichtpublizierten Gutachten, das in Vernehmlassungsunterlagen zitiert wird und für welche der Bundesrat ein proaktives Vorgehen empfiehlt. Das verlangte Dokument ist jedoch ein Entwurf einer bundesrätlichen Ausführungsverordnung.
47. Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass das Vorverfahren der Gesetzgebung, unter Vorbehalt des parlamentarischen Initiativrechtes, der Bundesrat leitet (Art. 182 BV und Art. 7 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, RVOG, SR 172.010). Im Ausführungsrecht ergibt sich der Auftrag für die Ausarbeitung einer Verordnung aus einer gesetzlichen Delegationsnorm. Es ist dann Aufgabe der Verwaltung die Ausführungsverordnung zu erarbeiten.
48. Aufgrund der Delegationsnorm im Markenschutzgesetz ist für das Ausführungsrecht der Bundesrat zuständig ist. Der zu beurteilende Verordnungsentwurf kann, wie andere Entwürfe im Gesetzesverfahren, per definitionem daher nicht ausschliesslich für die Rechtskommission bestimmt sein.
49. *Demzufolge ist der Verordnungsentwurf keine Sitzungsunterlage, die als Anwendungsfall von Art. 4 Bst. a BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen ist.*

Spezialfall nach Art. 4 Bst. b BGÖ

50. Das IGE argumentiert, dass – selbst wenn der Entwurf keine Kommissionsunterlage sei und der Zugang nach BGÖ beurteilt werde – dieser nicht gewährt werden könne. Weder sei der Entwurf

¹⁷ Vgl. FN 1.



in einer Vernehmlassung noch in der verwaltungsinternen Konsultation gewesen. Daher dürfte der Zugang nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst gewährt werden, wenn der politische oder administrative Entscheid getroffen sei. Der Entscheid über die fragliche Ausführungsverordnung liege beim Bundesrat.

51. Das fragliche Dokument ist im Vorstadium eines Gesetzgebungsprozesses entstanden. Die Verordnung befindet sich in der Ämterkonsultation und wird im Sommer 2014 voraussichtlich in die externe Vernehmlassung gehen (Ziffer 23). Daher ist das Vernehmlassungsgesetz (VIG; SR 172.061)¹⁸ zu berücksichtigen.
52. Art. 9 VIG sieht eine spezielle, vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Bestimmung für den Zugang zu Informationen vor. Das gesetzlich festgelegte Öffentlichkeitsprinzip gilt für alle Vernehmlassungsverfahren.¹⁹ Nach Abs. 1 sind die Vernehmlassungsunterlagen öffentlich zugänglich. Der Gesetzgeber wollte den Zugang zu diesen Unterlagen vorbehaltlos und ohne besonderes Verfahren gewährleisten, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz nach Abs. 3 dafür keine Anwendung findet.²⁰ Der Bundesrat führt in der Botschaft zum Vernehmlassungsgesetz aus²¹:

„Das Öffentlichkeitsprinzip als Wesensmerkmal des Vernehmlassungsverfahrens soll umfassend gelten, deshalb machen die im BGÖ vorgesehenen Einschränkungen hier keinen Sinn. Überwiegende private und öffentliche Interessen, die dem Zugang zu den Vernehmlassungsunterlagen, den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens oder den eingereichten Stellungnahmen entgegenstehen könnten, sind nicht denkbar.“

Als Vernehmlassungsunterlagen gelten nur jene Dokumente, die in die Vernehmlassung gegeben werden. Nach Vernehmlassungsrecht besteht daher kein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens erstellt worden sind (bspw. Grundlagenmaterial, Vorstudien, Dokumente etc.).²² Diese Unterlagen sind nicht zwingend zu veröffentlichen. Zwar besteht dafür keine aktive Informationspflicht nach Art. 9 VIG, wohl aber kann der Zugang zu solchen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz durch ein Zugangsgesuch bei der zuständigen Verwaltungsstelle verlangt werden (Art. 6 BGÖ).

53. *Der Verordnungsentwurf ist keine zwingend nach Vernehmlassungsrecht zu veröffentlichende Vernehmlassungsunterlage. Es liegt daher kein Anwendungsfall von Art. 4 Bst. b BGÖ vor. Demzufolge bleibt zu prüfen, ob der fragliche Verordnungsentwurf nach Art. 6 BGÖ zugänglich ist.*

Amtliches Dokument

54. Vorweg ist zu klären, ob der im Vorstadium ausgefertigte Entwurf der Verwaltung als amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ gilt. Dabei ist bedeutsam, ob ein fertig gestelltes Dokument vorliegt (e contrario Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ). Art. 1 Abs. 2 der Öffentlichkeitsverordnung vom 24. Mai 2006 (VBGÖ, SR 152.31) konkretisiert Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ dahingehend, dass als fertig gestellt ein Dokument gilt, das von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist (Bst.

¹⁸ Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG; 172.061).

¹⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG). BBI 2004 533.

²⁰ Antwort des Bundesrates auf die Parlamentarische Anfrage 12.1134 „Öffentlichkeitsprinzip und Vernehmlassungsverfahren“, Stefan Engler, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20121134.

²¹ BBI 2004 556.

²² BBI 2004 556.



a) oder das von der Erstellerin oder dem Ersteller der Adressatin oder dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Bst. b).

55. Der zu beurteilende Verordnungsentwurf ist von der Verwaltung der Rechtskommission auf deren Wunsch hin zugestellt worden, damit sich diese ein besseres Bild von den Auswirkungen der „Swissness-Vorlage“ machen kann. Das Dokument hat damit die Verwaltung unüblich im gesetzgeberischen Vorverfahren verlassen. Durch diese Übermittlung kann es im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes nicht mehr als provisorischer Entwurf angesehen werden.²³ Infolgedessen erreichte er die Qualität eines fertig gestellten Entwurfes im Sinne von Art. 5 BGÖ und ist grundsätzlich nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich. Darüber hinaus bestreitet denn das IGE auch nicht das Vorliegen eines amtlichen Dokumentes.

Es liegt ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ vor.

Aufschub des Zugangs zu Dokumenten nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ

56. Amtliche Dokumente dürfen nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst dann zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid für den sie die Grundlage bilden, gefällt ist. Diese *Ausnahmebestimmung entzieht das fragliche Dokument zeitweilig dem Zugang*, sofern es die Grundlage eines politischen oder administrativen Entscheides ist. Zweck ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, den die Gewährung des sofortigen Zugangs zu Dokumenten, die die Grundlage für einen Entscheid der Behörden bilden, verursachen könnte.²⁴ Im Grunde kann jedes amtliche Dokument für einen noch ausstehenden politischen oder administrativen Entscheid herangezogen werden und müsste damit vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen werden. Um zu verhindern, dass über diesen Gesetzesartikel der Zweck des BGÖ ausgehebelt wird, setzen Lehre und Rechtsprechung zusätzlich voraus, dass zwischen dem fraglichen Dokument und dem zu treffenden Entscheid eine relativ enge Verbindung besteht.²⁵ Damit das Dokument tatsächlich als Entscheidungsgrundlage dienen kann, muss es einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und für diesen zugleich von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, weshalb ein beliebiger, sehr lockerer Zusammenhang nicht genügen kann. Weiter verlangt der Beauftragte, dass der ausstehende behördliche Entscheid in einer gewissen zeitlichen Nähe zum Zugangsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erfolgen muss, da die verlangten Dokumente sonst nicht als eigentliche Entscheidungsgrundlage gelten können.²⁶ Die Zugangsverweigerung nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist nur befristet bzw. vorläufig.
57. Das Parlament hat in der Zwischenzeit den politischen Entscheid betreffend die Swissness-Vorlage getroffen, weshalb seine Meinungsbildung abgeschlossen ist.²⁷ Allerdings befindet sich das Gesetzgebungsverfahren zur fraglichen Ausführungsverordnung der „Swissness-Vorlage“ zurzeit noch im Stadium der Ämterkonsultation (Ziffer 23). Daher konnte der Bundesrat bisher noch nicht von deren Ergebnissen Kenntnis nehmen. Zwischen dem von der Antragstellerin verlangten Dokument und diesem Bundesratsentscheid besteht ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang. Eine vorzeitige Offenlegung des fraglichen Entwurfes würde die freie

²³ Vgl. Urteil [BVGE 2011/53 \(=Urteil des BVerger A-1156/2011 vom 22. Dezember 2011\)](#), E. 8.3.2.

²⁴ MAHON/GONIN in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 27.

²⁵ MAHON/GONIN, a.a.O., RZ 30.

²⁶ MAHON/GONIN, a.a.O.; BVerger A-3631/2009 vom 15. September 2009, E. 3.5.1; PFPDT Recommandation du 18.12.2007, OFEV/Projet d'ordonnance de la protection contre les vibrations, Ch. II.B.3.

²⁷ Vgl. FN 1.



Meinungsbildung des Bundesrates beeinträchtigen. Daher ist nicht die vorbereitende Natur des Dokumentes ausschlaggebend, sondern die *störende Auswirkungen der Veröffentlichung auf die Meinungsbildung*. Darüber hinaus ist auch die spezialgesetzlich festgelegte aktive Informationspflicht nach Vernehmlassungsrecht zu respektieren. Nach Vernehmlassungsrecht ist einerseits nur der vom Bundesrat verabschiedete *Vernehmlassungsentwurf* nach Art. 9 Abs.1 VIG zwingend zu veröffentlichen.²⁸ Andererseits ist der hier zu beurteilende Verordnungsentwurf kein zwingend zu veröffentlichendes Dokument. Es ist demzufolge zwar nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich, aber erst wenn der Bundesrat den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung und die Erläuterungen verabschiedet hat und dieser Verordnungsentwurf gemäss VIG veröffentlicht ist.

58. *Demzufolge kann das IGE den Zugang zum Entwurf der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 2011 (Ziffer 40) gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufschieben bis der Bundesrat über die Eröffnung der externen Vernehmlassung entschieden hat. Danach wird das IGE von sich aus tätig und stellt der Antragstellerin den gewünschten Entwurf zu.*

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

59. Das Eidgenössische Institut für geistiges Eigentum IGE schiebt den Zugang zum Entwurf der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 2011 (Ziffer 40) gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ auf bis der Bundesrat die Eröffnung der externen Vernehmlassung beschlossen hat. Danach wird das IGE von sich aus tätig und stellt der Antragstellerin das gewünschte Dokument (Ziffer 59) zu.
60. Das IGE erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist.
61. Das IGE erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
62. Die Antragstellerin und die Rechtskommission kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Institut für geistiges Eigentum IGE den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
63. Gegen die Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 16 BGÖ).
64. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

²⁸ Vgl. auch BBI 2003 2008.



65. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X
- Eidgenössisches Institut für geistiges Eigentum IGE
3003 Bern
- Sekretariat der Rechtskommission
Parlamentsdienst
3003 Bern

Kopie zur Kenntnis an:

- Bundesamt für Landwirtschaft BLW

Hanspeter Thür