

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 461 vom 30. Juni 2020

BE Verwaltungsgericht, 2020-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_461

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 461 du 30 juin 2020

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 461 del 30 giugno 2020

Regeste

Information; Einsicht in den Zwischenbericht der Finanzkontrolle vom 30. Juni 2020 betreffend BLS AG (Verfügung der Finanzkontrolle des Kantons Bern vom 16. November 2020) | Information/Datenschutz

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als ein- zige und letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig: Die Finanzkontrolle bildet eine fachlich un- abhängige und selbständige Organisationseinheit innerhalb der Verwaltung (Art. 106 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1] i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 3 des Gesetzes vom 1. Dezember 1999 über die Finanzkontrolle [Kantonales Finanzkontrollgesetz, KFKG; BSG 622.1]). Sie steht damit ausserhalb der Verwaltungshierarchie und ist nicht «untergeordnete» Verwaltungseinheit im Sinn von Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG. Die in dieser Vorschrift vorgesehene Beschwerdezuständigkeit der in der Sache zustän- digen Direktion knüpft an die verwaltungshierarchische Stellung der Behörde an, von der der kritisierte Akt stammt, und sie korrespondiert mit der Dienst- aufsicht, welche sich innerhalb der Zentralverwaltung als Rechts- und Fach- aufsicht zeigt (vgl. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 62 N. 5 und 9 f., Art. 60 N. 8). Weder

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 4 das eine noch das andere trifft im Verhältnis zwischen Finanzkontrolle und einer Fachdirektion zu. Die Finanzkontrolle ist als oberstes Fachorgan der Finanzaufsicht (Art. 4 Abs. 1 KFKG) zwischen dem Grossen Rat und dem Regierungsrat positioniert (vgl. Vortrag des Regierungsrats zur Totalrevision des KFKG, in Tagblattbeilagen zur Wintersession 2021 des Grossen Rates [Geschäfts-Nr. 2018.STA.916], S. 6 [nachfolgend: Vortrag nKFKG]). Daran ändert nichts, dass der allgemeine Organisationserlass die Finanzkontrolle als «selbständiges Amt gemäss der besonderen Gesetzgebung über die Fi- nanzkontrolle» bezeichnet (Art. 40a des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung [Organisations- gesetz, OrG; BSG 152.01]; vgl. Stöckli/Joller, Mitwirkungspflichten gegen- über der Finanzkontrolle im Kanton Bern, in SVVOR [Hrsg.], Verwaltungs- organisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahr- buch 2020/2021, 2022, S. 139 ff., 169 f.). Gegen die angefochtene Verfü- gung der Finanzkontrolle ist daher unmittelbar die Verwaltungsgerichts- beschwerde zulässig, womit auch die Beschwerde an den Regierungsrat entfällt (Art. 64 Bst. a VRPG). Die unabhängige Stellung der Finanzkontrolle wurde mit dem am 7. März 2022

verabschiedeten totalrevidierten Kantonalen Finanzkontrollgesetz (nachfolgend: nKFKG) noch verstärkt (Wahlorgan der Leitung ist neu der Grosse Rat, bisher der Regierungsrat; vgl. Art. 5 KFKG und Art. 3 nKFKG). Im Übrigen wurde der terminologisch unglückliche Art. 40a OrG durch indirekte Änderung in Übereinstimmung mit dem Finanzkontrollgesetz gebracht.

E. 1.2

Streitgegenstand bildet vor Verwaltungsgericht einzig die Einsicht in den Bericht der Finanzkontrolle vom 30. Juni 2020 (vorne Bst. B), da der Beschwerdeführer sein Begehren ohne weiteres einschränken konnte (vgl. Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG,

E. 1.3

Die Finanzkontrolle tritt in der vorliegenden Beschwerdesache nicht handelnd für den Kanton Bern auf, sondern als verfügende Behörde analog dem Grossen Rat, dem Regierungsrat oder einer Fachdirektion, wenn diese eine Verfügung über ein informationsrechtliches Einsichtsgesuch treffen (vgl. Rubrum). Sie ist mit anderen Worten in Erfüllung einer Aufgabe am vorliegenden Verfahren als Vorinstanz beteiligt, wie dies für alle Organe in ihrem

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 5 Aufgabenbereich zutrifft (Art. 12 Abs. 3 VRPG). Anders verhält es sich in je- nen Beschwerdeverfahren, in denen eine verfügende Behörde die Interessen des Verwaltungsverbands (Kanton oder Gemeinde), dem sie angehört, vertritt (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 12 N. 34). Dies gilt nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts u.a. in Kündigungsstreitigkeiten (Handeln als Arbeitgeber) oder in Streitigkeiten um Geldleistungen wie Subventionen usw., in denen der Kanton Bern, handelnd durch das zuständige Organ, als Partei am Verfahren beteiligt wird (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 12 N. 4 mit Hinweis auf die einschlägige Praxisfestlegung; für die Finanzkontrolle VGE 2010/163 vom 2.11.2011, 2013/49 vom 14.4.2014).

E. 1.4

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.5

Da eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, urteilt das Gericht in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 1.6

Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

E. 2

Streitig ist, ob die Finanzkontrolle dem Beschwerdeführer die Einsicht in ihren Bericht vom 30. Juni 2020 zu Unrecht verweigert hat.

E. 2.1

Im Kanton Bern ist die Finanzkontrolle das oberste Fachorgan der Finanzaufsicht. Sie unterstützt gleichermaßen den Grossen Rat und den Regierungsrat. Sie ist fachlich unabhängig und in ihrer Tätigkeit nur der Verfassung und dem Gesetz verpflichtet (Art. 4 Abs. 1 und 2 KFKG). Sie bildet eine selbständige Organisationseinheit innerhalb der Verwaltung (Art. 4 Abs. 3 KFKG). Zu ihren Kernaufgaben zählen insbesondere die Prüfung der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 6 Jahresrechnung, der Rechnungsführung und Rechnungslegung sowie der Haushaltsführung der Organisationseinheiten (Art. 15 Abs. 1 KFKG). Die Finanzkontrolle nimmt überdies Spezialprüfungen vor, welche einerseits die Prüfung der Verwendung von Staatsbeiträgen, andererseits die Prüfung als Revisionsstelle bei Organisationen umfassen (Art. 16 Bst. a und b KFKG). Sie führt zudem auf Anordnung oder Antrag der gesetzlich bezeichneten Behörden Sonderprüfungen durch (Art. 16a Abs. 1 und 2 KFKG; vgl. hierzu und zum Folgenden auch Lienhard/Engel/Schmutz, Finanzverwaltungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 953 ff., 1012 ff.). Der Aufsicht der Finanzkontrolle unterliegen die kantonale Verwaltung, die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft, die kantonalen Anstalten, sofern die besondere Gesetzgebung keine andere Bestimmung enthält, Organisationen und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, denen der Kanton öffentliche Aufgaben übertragen hat, sowie Organisationen und Personen, die kantonale Leistungen empfangen (Art. 14 KFKG; hinsichtlich der Empfänger kantonalen Leistungen ausdrücklich bereits Art. 106 Abs. 2 KV). Die Finanzkontrolle verkehrt direkt mit den Institutionen und Personen, die sie kontrolliert (Art. 18 KFKG). Diese sind zur Mitwirkung verpflichtet und können sich nicht auf gesetzliche Geheimhaltungspflichten berufen (Art. 19 Abs. 1 KFKG). Die Finanzkontrolle ist ihrerseits an die gesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen gebunden (Art. 19 Abs. 3 KFKG). Über das Ergebnis ihrer Prüfungen erstattet sie gemäss Art. 24 KFKG Bericht. Das KFKG unterscheidet zwischen geringfügigen und wesentlichen Beanstandungen. Erstere können allenfalls bereits im Rahmen der Prüfung behoben werden und sind gegebenenfalls nicht Gegenstand der Berichterstattung (vgl. Art. 25 KFKG). Nur über die sogenannten wesentlichen Beanstandungen gemäss Art. 26 KFKG wird auch den übergeordneten Behörden Bericht erstattet. Art. 27 KFKG regelt das Verfahren bei Uneinigkeit zwischen der Finanzkontrolle und der geprüften Stelle hinsichtlich der Beanstandungen im Prüfungsbericht oder der Mängelbehebung (vgl. Lienhard/Engel/Schmutz, a.a.O., S. 1015). Gemäss Art. 28 Abs. 1 KFKG sind die Akten und die Berichterstattung der Finanzkontrolle sowie die Akten des Verfahrens bei Beanstandungen nicht öffentlich.

E. 2.2

Im Jahr 2018 stellte die interne Revision des Bundesamts für Verkehr (BAV) fest, dass die BLS AG aufgrund eines fehlerhaften Zinsglättungs-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 7 modells von Bund und Kantonen (inkl. Gemeinden) zu hohe Abgeltungen (rund Fr. 45,6 Mio.) erhalten hat. Dieser Umstand wurde im März 2019 öffentlich bekannt (Medienmitteilung des Bundesamts für Verkehrs vom 15.3.2019 mit Beilagen, einsehbar unter <www.bav.admin.ch>, Rubriken «Publikationen», «Medienmitteilungen»). Die Finanzkontrolle machte in ihrem Tätigkeitsbericht 2019 publik, dass der Kanton Bern in

seinen Rollen als Hauptaktionär, Aufsichtsorgan über den öffentlichen Verkehr sowie Subventionsgeber von dieser Angelegenheit massgeblich betroffen ist. Zudem hielt sie fest, dass sie auf Seiten des Kantons bezüglich der Umsetzung der bestehenden «Public Corporate Governance-Vorgaben in verschiedener Hinsicht Optimierungspotential» orte (Ziff. 3.3 Prüfungstätigkeit im 2. Quartal 2019, Ziff. 3.3.2 Abschnittstitel «Prüfung bezüglich Rückforderungen zu hoher Abgeltungen an die BLS AG», S. 10). In der Folge bestätigte die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) die bekanntgewordenen Eckdaten, ergänzte, dass sich der auf den Kanton Bern und seine Gemeinden entfallende Anteil auf bis zu 20 Mio. belaufe, und erklärte die «lückenlose Aufklärung des Sachverhalts» als «absolut zwingend» (Point de Presse/Medienmitteilung vom 28.2.2020; einsehbar unter <www.be.ch>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022). Im Jahr 2020 plante und führte die Finanzkontrolle bei verschiedenen konzessionierten Transportunternehmungen Staatsbeitragsprüfungen nach Art. 16 Bst. a KFKG durch. Vorgesehen war auch eine Staatsbeitragsprüfung bei der BLS AG. Diese bestreitet indes die Prüfungs- bzw. Aufsichtszuständigkeit der Finanzkontrolle und hat gegen deren Anordnungen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben (Verfahren 100.2020.196; Tätigkeitsbericht Finanzkontrolle 2021 S. 6 f.). Mit Zwischenbericht vom 30. Juni 2020 (Titel: «Follow-up zur offenen Feststellung Quartalsbericht: Offene Aufarbeitung des Falles Zinsglättungsmodell BLS / Passivität bei der Wahrnehmung der Eigentümerrolle durch die BVD») informierte die Finanzkontrolle die Geschäftsprüfungs- und die Finanzkommission des Grossen Rates (GPK bzw. FiKo) sowie den Regierungsrat, dass sie rund um die Geschehnisse bei der BLS AG (Bestreitung der Aufsichtszuständigkeit) und den involvierten Stellen der BVD (Nichtherausgabe aller für die Wahrnehmung des gesetzlichen Auftrags der Finanzkontrolle notwendigen Unterlagen) ihre Aufsichtspflicht nicht mehr vollumfänglich wahrnehmen können; die Finanzaufsicht über die BLS AG sei (vorläufig) nicht mehr möglich (vgl. Tätigkeitsbericht Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 8 2020 Ziff. 3.1 S. 6 f.). Die GPK hatte 2019/2020 eine Untersuchung bezüglich der Vorkommnisse um die BLS AG eingeleitet, u.a. zwecks vertiefter Überprüfung der Wahrnehmung der Aufsicht durch den Regierungsrat und die BVD (vgl. Medienmitteilung vom 11.3.2020, einsehbar unter <www.be.ch>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022; Tätigkeitsbericht 2020 der GPK S. 20).

E. 2.3

Die Finanzkontrolle hat das Einsichtsgesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 28 Abs. 1 KFKG abgewiesen. Zur Begründung führte sie an, dass Prüfungsberichte und die dazugehörigen Akten nach dieser Vorschrift nicht öffentlich seien, weshalb in die Berichte betreffend ihre Prüfungen im Zusammenhang mit der BLS AG keine Einsicht gewährt werden könne (an- gefochtene Verfügung Bst. B). Vor Verwaltungsgericht bekräftigt die Finanzkontrolle, dass nach Massgabe der einschlägigen Auslegungselemente die in Art. 28 Abs. 1 KFKG genannten Akten vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips ausgenommen seien bzw. Art. 28 Abs. 1 KFKG eine generelle Geheimhaltungsvorschrift darstelle. Der streitbetreffende Bericht vom 30. Juni 2020 sei daher nicht über eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall zugänglich. Auch dürfe sie als verfügende Behörde Art. 28 KFKG keiner konkreten Normenkontrolle unterziehen, dies wäre Sache des Verwaltungsgerichts (vgl. Vernehmlassung insb. Ziff. 12, 15, 18 ff., 27 f., 29, 35 ff., 39 ff.).

E. 2.4

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht keine Interessenabwägung vorgenommen. Es treffe zwar zu, dass Art. 28 Abs. 1 KFKG gewisse Akten der Finanzkontrolle als nicht öffentlich bezeichne. Art. 28 KFKG sei jedoch in einer Art und Weise auszulegen, welche das Verhältnismässigkeitsprinzip beachte. Dies ergebe sich sowohl aus Art. 17 Abs. 3 KV als auch aus dem Informationsgesetz. Sämtliche Akten der Finanzkontrolle der Öffentlichkeit zu entziehen, sei unverhältnismässig und rechtlich nicht haltbar (vgl. Beschwerde Ziff. 21 ff., 29 ff.; Replik Ziff. 4 f., 7 f.). Im Bericht vom 30. Juni 2020 gehe es um die Gründe, weshalb die Finanzkontrolle ihre Aufsicht über die BLS bisher nicht wahrnehmen konnte bzw. welche Faktoren und Stellen sie dabei behinderten. Es gehe nicht um einen «normalen» Prüfbericht, d.h. nicht um den Inhalt einer durchgeführten Finanzkontrolle und konkrete Finanzzahlen, sondern um grundsätzliche insti-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 9 tutionelle Fragen des Kantons Bern, die von grösstem politischem Interesse seien. Solche Themen könne das KFKG nicht generell für nicht-öffentlich erklären (vgl. Beschwerde Ziff. 9 und 32; Replik Ziff. 3, 8).

E. 3.1

Nach Art. 17 Abs. 3 KV hat als Ausdruck der Meinungs- und Informationsfreiheit jede Person ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Das Einsichtsrecht bedingt weder den Nachweis eines besonderen Interesses noch einen Bezug der fraglichen Akten zur eigenen Person oder einen Zusammenhang mit einem Verfahren (vgl. BVR 2018 S. 497 E. 3.2). Die Verfassung hat mit dieser Vorschrift vom früher geltenden Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt gewechselt. Sie gewährleistet das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung als verfassungsmässiges Recht (vgl. Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 17 N. 3 und ff.; Michel Daum, a.a.O., Art. 23 N. 30). Das Öffentlichkeitsprinzip soll Transparenz schaffen, damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung gefördert und die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden. Im Übrigen ist der rechtzeitige Zugang zu amtlichen Informationen notwendig zur Ausübung demokratischer Rechte oder zur wirksamen Geltendmachung von persönlichen Ansprüchen (BVR 2022 S. 487 E. 4.3, 2010 S. 241 E. 3.1, 2000 S. 1 E. 2a; vgl. auch Ivo Schwegler, Informations- und Datenschutzrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 353 ff., 356 Rz. 4, S. 362 Rz. 20 f.). Ersucht wie hier ein Medienvertreter um Zugang zu behördlichen Informationen, um diese später zu verarbeiten und zu verbreiten, dient das Öffentlichkeitsgebot schliesslich zumindest indirekt auch der Verwirklichung der Medienfreiheit (vgl. BGE 142 II 313 E. 3.1; BGer 1C_462/2018 vom 17.4.2019, in ZBl 2020 S. 386 E. 3.2). Wie jedes andere Grundrecht kann jenes auf Zugang zu Information Einschränkungen erfahren. Diese bedürfen einer gesetzlichen Grundlage sowie eines öffentlichen Interesses, und sie müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 28 KV; BVR 2022 S. 487 E. 4.3, 2013

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 10 S. 397 E. 2.1, 2011 S. 385 E. 3.1, 2010 S. 241 E. 3.1, 2000 S. 1 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Gesetzgeber kann in einzelnen Bereichen durch eine generelle Regelung

den Grundsatz der Nichtöffentlichkeit vorsehen und den Zugang zu Information ausschliessen (weiterführend hinten E. 3.5.2).

E. 3.2

Zu Recht ist nicht vorgebracht, dass der streitbetroffene Bericht nach Art. 28 Abs. 2 KFKG öffentlich ist. Hauptstreitpunkt unter den Beteiligten ist, ob Art. 28 Abs. 1 KFKG die Öffentlichkeit der von ihm erfassten Akten und Berichte generell und damit eine Interessenabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall ausschliesst. Die Frage ist durch Auslegung zu klären. – Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement), doch kann dieser allein nicht massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte (historisches Auslegungselement), aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematisches Auslegungselement) oder aus Sinn und Zweck der Norm (teleologisches Auslegungselement) ergeben (vgl. statt vieler BGE 143 II 661 E. 6.2, 142 I 135 E. 1.1.1, 125 II 521 E. 3c/aa; VGE 2021/205 vom 29.6.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 5.2 und BVR 2010 S. 193 E. 3.1, auch zum Folgenden). Gleich wie das Bundesgericht lässt sich das Verwaltungsgericht von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang einräumt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt.

E. 3.3

Art. 28 KFKG («Akteneinsicht») lautet wie folgt: 1 Die Akten und die Berichterstattung der Finanzkontrolle sowie die Akten des Verfahrens bei Beanstandungen sind nicht öffentlich. 2 Öffentlich sind a die Zusammenfassung über das Ergebnis der Prüfung der Jahresrechnung, b ... c die Akten der Finanzkontrolle, die nicht die Finanzaufsicht betreffen, unter Vorbehalt von Artikel 27 ff. des Gesetzes vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG), d der jährliche Tätigkeitsbericht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 11 Nach dem Wortlaut von Absatz 1 sind «die Akten und die Berichterstattung der Finanzkontrolle sowie die Akten des Verfahrens bei Beanstandungen» nicht öffentlich. Mit der Finanzkontrolle scheint der Wortlaut klar (Vernehmung Ziff. 21). Üblicher Wortsinn und Sprachgebrauch lassen ohne weiteres auf eine Geheimhaltungsvorschrift schliessen, mit welcher der Gesetzgeber die Abwägung zwischen dem Einsichtsinteresse der Allgemeinheit oder Einzelner und dem Geheimhaltungsinteresse der Finanzkontrolle bzw. der geprüften Stellen in abstrakter und allgemeingültiger Weise vorgenommen hat. Spielraum hinsichtlich der Entscheidung im Einzelfall durch offene Umschreibung des Tatbestands, Vorbehalt von Ausnahmen in begründeten Fällen oder Einräumung von Entscheidungsermessen vermittelt der Text nicht (zu Normen, die Raum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung eröffnen, z.B. BVR 2015 S. 491 E. 5.4.2, 2013 S. 105 E. 3). Nichts anderes ergibt sich aus dem französischen Gesetzestext («Les documents et les rapports du Contrôle des finances ainsi que les documents relatifs aux procédures en cas de contestations ne sont pas publics»). Der Beschwerdeführer anerkennt, dass die grammatikalische Auslegung von Art. 28 Abs. 1 KFKG grundsätzlich für die Geheimhaltung von Akten und Berichten der Finanzkontrolle spricht. Seines Erachtens

verdeutlichen aber weitere Auslegungselemente, dass im konkreten Fall trotz des Geheimhaltungsgrundsatzes eine Verhältnismässigkeitsprüfung durchzuführen sei.

E. 3.4

Das historisch orientierte Auslegungselement ergibt Folgendes (vgl. zu den massgebenden Gesichtspunkten BVR 2010 S. 193 E. 3.3):

E. 3.4.1

Der Vortrag des Regierungsrats zum KFKG hält fest, dass Art. 28 Abs. 1 KFKG «grundsätzlich Diskretion» gewähre; Art. 28 Abs. 2 KFKG sehe diejenigen Ausnahmen vom Geheimhaltungsgrundsatz vor, welche durch die Vorschriften des Gesetzes vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG; BSG 107.1) nötig würden (vgl. Vortrag des Regierungsrats betreffend das KFKG, in Tagblatt des Grossen Rates 1999 Beilage 27 S. 23 und 30 [Gesetzesvorlage]). In der parlamentarischen Beratung (erste und einzige Lesung) war die Bestimmung unbestritten und wurde diskussionslos angenommen (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1999 S. 1250, 1251). Im Wissen, dass es sich um eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsgrundsatz handelt, hat der Gesetzgeber Art. 28 Abs. 1 KFKG

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 12 demnach bewusst als generelle Geheimhaltungsregel ausgestaltet; hiervon sollten nur die in Absatz 2 als öffentlich bezeichneten (übrigen) Akten der Finanzkontrolle ausgenommen werden. Anlässlich der Teilrevision des KFKG im Jahr 2007 erfuhr Art. 28 Abs. 1 keine Änderung. Hingegen wurde die behördliche Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 19 Abs. 2 (heute: Abs. 3) neu ausdrücklich für die gesamte Finanzkontrolle verankert, was die Bedeutung der Diskretion für die Aufsichtstätigkeit und damit auch die Vertraulichkeit der Akten und Berichte der Finanzkontrolle unterstreicht (vgl. BAG 07-137; Vortrag des Regierungsrats betreffend Teilrevision 2007 KFKG, in Tagblatt des Grossen Rates 2007, Beilage 8 S. 12, 14). Von der Teilrevision des KFKG im Jahr 2014 blieb Abs. 1 von Art. 28 KFKG unberührt, Abs. 2 erfuhr eine rein terminologische Änderung (vgl. BAG 14-071; Vortrag des Regierungsrats betreffend Teilrevision 2014 KFKG, in Tagblatt des Grossen Rates 2014, Beilage 7 S. 5 und 16). Die Materialien sprechen somit dafür, dass die in Art. 28 Abs. 1 KFKG genannten Akten generell vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sein sollen.

E. 3.4.2

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. 26 f., Replik Ziff. 5) ergibt sich aus den Materialien zum zwischenzeitlich verabschiedeten neuen KFKG nichts Gegenteiliges (Inkrafttreten: 1.1.2023 [RRB 1042/2022 vom 19.10.2022]). Unter dem neuen Randtitel «Öffentlichkeit» hielt bereits Abs. 1 von Art. 26 des Vernehmlassungsentwurfs fest, dass die Prüfungsberichte der Finanzkontrolle und die dazugehörigen Akten nicht öffentlich sind. Gemäss den Anträgen des Regierungsrats und der Kommission zuhanden der ersten Lesung in der Wintersession 2021 [RRB 1024]) lautete Art. 26 sodann wie folgt: 1 Die Prüfungsberichte der Finanzkontrolle und die dazugehörenden Akten sind nicht öffentlich. 2 Öffentlich sind a das Prüfungstestat zur Jahresrechnung des Kantons, b Prüfungstestate zu Jahresrechnungen kantonaler Anstalten, soweit die Spezialgesetzgebung nichts anderes vorsieht, c der Tätigkeitsbericht der Finanzkontrolle. Gemäss dem Vortrag zur Totalrevision des KFKG handelt es sich bei Art. 26 (der Titel eingeschlossen) um eine «redaktionelle Neufassung» des geltenden Art. 28

KFKG (Vortrag nKFKG S. 22). Der Vortrag verweist weiter auf die Grundsätze von Art. 14 (behördliche Information im Allgemeinen) und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 13 Art. 27 Abs. 1 IG (Einsichtsrecht), welche auch die Finanzkontrolle zu beachten habe. Indessen solle an der Vertraulichkeit der Berichte der Finanzkontrolle festgehalten werden. Daher seien nach Absatz 1 die Prüfungsberichte der Finanzkontrolle und die dazugehörigen Akten weiterhin nicht öffentlich; diese Regelung habe sich bewährt. Umgekehrt seien alle Akten, welche nicht ausdrücklich als nicht öffentlich definiert seien, dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt. Somit seien alle Unterlagen der Finanzkontrolle, welche sich nicht auf spezifische Prüfungstätigkeiten beziehen, den allgemeinen Regeln des IG unterworfen. Dem Recht der Bevölkerung auf Information und Transparenz soll im Übrigen mit dem Tätigkeitsbericht Rechnung getragen werden, der Auskunft über die wichtigsten Prüfungstätigkeiten und Erkenntnisse der Finanzkontrolle im Berichtsjahr geben soll (vgl. Vortrag nKFKG S. 21 f.). Ein Antrag im Grossen Rat (erste Lesung), der für Prüfungsberichte der Finanzkontrolle und die dazugehörigen Akten unter Hinweis auf die Rechtslage im Bund auf die Ersetzung des Geheimhaltungsprinzips durch das Öffentlichkeitsprinzip zielte, fand keine Mehrheit; die Voten machen deutlich, dass eine Interessenabwägung oder Verhältnismässigkeitsprüfung für die Einsicht in Prüfungsberichte und die dazugehörigen Akten im Interesse der zielführenden Prüfungs- und Berichtstätigkeit der Finanzkontrolle bewusst ausgeschlossen bleiben sollen (vgl. Tagblatt Wintersession 2021 des Grossen Rates S. 30 ff., 33 ff., 38 ff.). In der zweiten Lesung wurde der in erster Lesung gemäss dem Antrag FiKo und Regierungsrat verabschiedete Artikel 26 diskussionslos bestätigt (vgl. Tagblatt Frühlingssession 2022 des Grossen Rates S. 37).

E. 3.4.3

Diese Ausführungen bekräftigen, dass nach Auffassung des Gesetzgebers die im (noch) geltenden Art. 28 Abs. 1 KFKG genannten Akten der Finanzkontrolle generell der Geheimhaltung unterstehen und damit keiner Einsicht im Einzelfall über eine Verhältnismässigkeitsprüfung zugänglich sind. Eine Änderung dieser Regelung, die sich nach Einschätzung u.a. der FiKo, des Regierungsrats und der Finanzkontrolle bewährt hat (vgl. Voten Bichsel [Sprecher FiKo-Mehrheit] und Auer [Staatschreiber]), setzte sich im Grossen Rat im Zuge der Totalrevision des KFKG nicht durch.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 14

E. 3.5

Das systematische Auslegungselement zeitigt folgende Erkenntnisse (vgl. zu den massgebenden Gesichtspunkten BVR 2010 S. 193 E. 3.5):

E. 3.5.1

Art. 28 Abs. 1 KFKG steht unter dem Abschnittstitel 7.3 «Öffentlichkeit» («Publicité») des 7. Kapitels «Berichterstattung und Beanstandungen» («Rapports et contestations»). Er ist zunächst im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 2 zu lesen. Dieser bezeichnet andere Akten der Finanzkontrolle als öffentlich, unterstellt sie also dem Öffentlichkeitsprinzip und dem IG (vgl. vorne E. 3.2). Wie die Finanzkontrolle zutreffend ausführt (Vernehmlassung Ziff. 23), macht Art. 28 Abs. 2 KFKG nur Sinn, wenn die in Absatz 1 genannten Akten der

Geheimhaltung unterliegen. Im Weiteren verdeutlicht die Stellung von Art. 28 Abs. 1 KFKG gegenüber der Regelung der Geheimhaltung, welcher die gesamte Finanzkontrolle im Geschäftsverkehr unterliegt (Art. 19 Abs. 3 KFKG, 6. Kapitel «Geschäftsverkehr» bzw. «Relations avec les autorités et les institutions»), seinen eigenständigen, von einem allgemeinen Amtsgeheimnis unterschiedlichen Gehalt (vgl. für einen anders gelagerten Fall BVR 2022 S. 487 E. 4.5).

E. 3.5.2

Im Licht der Verfassung (verfassungskonforme Auslegung; vgl. BVR 2010 S. 193 E. 3.5.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 1 N. 8) ist Folgendes beachtlich: Art. 17 Abs. 3 KV garantiert das Einsichtsrecht in amtliche Akten, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Dieses Recht besteht demnach nicht uneingeschränkt, sondern nur, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die Schranken sind durch den formellen Gesetzgeber nach Massgabe des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips zu konkretisieren (vgl. vorne E. 3.1). Dies hat er einerseits mit Erlass des IG, insbesondere dessen Art. 27-30 getan. Andererseits ist nach der Verfassung zulässig und bestätigt das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der Gesetzgeber in bestimmten Bereichen durch eine generelle Regelung die sonst von Art. 17 Abs. 3 KV vorgeschriebene einzelfallweise Abwägung von Einsichtsinteressen ausschliessen kann (vgl. Kälin/Bolz, a.a.O., Art. 17 N. 5b; BVR 2000 S. 1 E. 2b und 2c/bb; seither BVR 2022 S. 487 E. 4.3, 2011 S. 385 E. 3.3, 2010 S. 241 E. 3.1, 2009 S. 97 E. 3.1). Die Materialien machen den dahingehenden Willen des Verfassungsgebers deutlich (vgl. Vortrag Totalrevision KV, in Tagblatt des Grossen Rates 1992, Beilage 21

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 15 S. 40 f.; Tagblatt des Grossen Rates 1992 [erste Lesung] S. 488 ff., Voten Steinlin und Schmid S. 491, 493; Bericht der Verfassungskommission betreffend die Anträge für die zweite Lesung, in Tagblatt des Grossen Rates 1992, Beilage 59 S. 31 f.; ebenso Nuspliger/Mäder, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 4. Aufl. 2012, S. 105 f.; Ivo Schwegler, a.a.O., S. 364). Die Nichtöffentlichkeit bestimmter Akten kann sich folglich aus einem generellen Ausschluss in der Gesetzgebung ergeben und Einsicht ist diesfalls nicht über eine einzelfallweise Verhältnismässigkeitsprüfung erhältlich. Im Licht von Art. 17 Abs. 3 KV erscheint Art. 28 Abs. 1 KFKG als Anwendungsfall eines Bereichs, der generell vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen ist.

E. 3.5.3

Weiter ist das Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 KFKG zu Art. 27 Abs. 1 IG zu beleuchten: Das IG regelt die Grundsätze und das Verfahren zur Information der Bevölkerung über die Tätigkeit der Behörden, so namentlich den Grundsatz der Transparenz, das Recht auf Information und auf Einsicht in Akten (Art. 1 IG). Art. 27 Abs. 1 Satz 1 IG garantiert unter dem Abschnittstitel «Information auf Anfrage» («Information sur demande») jeder Person ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Er gibt eine Abwägung vor, bestimmt aber nicht, ob diese einzelfallweise-individuell oder generell-abstrakt erfolgt. Dies ergibt sich aus anderen Regelungen, sei es des IG selbst oder sei es durch Regelungen in Sacherlassen. So erklärt z.B. Art. 11 Abs. 3 IG (unter Vorbehalt anderslautender kommunaler Regelung) sämtliche Diskussionsprotokolle über die Sitzungen verschiedener kommunaler Behörden als nicht

öffentlich (vgl. BVR 2022 S. 487 E. 4.3 mit Hinweisen). Desgleichen weicht Art. 28 Abs. 1 KFKG vom allgemeinen Grundsatz der Öffentlichkeit und dem Abwägungsgebot im Einzelfall ab (vgl. Stöckli/Joller, a.a.O., S. 177 f.). Dieses Konzept erfährt durch das revidierte IG (neu: Gesetz über die Information und die Medienförderung, IMG) keine Änderung (verabschiedet in der Herbstsession 2022 [Geschäft-Nr. 2019.STA.544]). Im Verhältnis zu Art. 27 Abs. 1 IG ist Art. 28 Abs. 1 KFKG demnach als generelle Geheimhaltungsvorschrift auszulegen. Wäre bei Einsichtsgesuchen in Akten der Finanzkontrolle ebenfalls zu untersuchen, ob überwiegende öffentliche oder private Interessen der Einsicht entgegenstehen, hätte auf die Regelung in Art. 28 Abs. 1 KFKG verzichtet werden müssen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 16

E. 3.6

Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Regelung lässt sich Folgendes sagen (vgl. zu diesem Element BVR 2010 S. 193 E. 3.4): Wie die Finanzkontrolle richtig anführt (Vernehmlassung Ziff. 24) und der Beschwerdeführer grundsätzlich anerkennt (Beschwerde Ziff. 31), schützt Art. 28 Abs. 1 KFKG die Vertraulichkeit der Berichterstattung und der Kommunikation zwischen Finanzkontrolle und anderen (insb. geprüften) Behörden, Personen und Organisationen. Gleichzeitig soll Art. 28 Abs. 1 KFKG die Vertraulichkeit aller Akten schützen, welche die Finanzaufsicht betreffen bzw. die Finanzkontrolle in Ausübung ihrer Funktion als Finanzkontrollbehörde bearbeitet und aufbewahrt (Abs. 2 Bst. a und c vorbehalten). Der Gesetzgeber will mit Art. 28 Abs. 1 KFKG als absoluter Geheimhaltungsnorm umfassende Diskretion herstellen. Diese wertet er als Voraussetzung für eine effektive und reibungslose Finanzaufsicht. Diskretion soll eine offene und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen der Finanzkontrolle und den geprüften Stellen sowie klare Prüfungsergebnisse unterstützen.

E. 3.7

Aufgrund aller Auslegungselemente ist der Schluss zu ziehen, dass Art. 28 Abs. 1 KFKG eine absolute Geheimhaltungsvorschrift darstellt, d.h. die dort genannten Akten generell der Geheimhaltung unterliegen und der Gesetzgeber insoweit eine abschliessende Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen hat. Der Gesetzgeber hat mithin dem Geheimhaltungsinteresse generell Vorrang eingeräumt, indem er das Interesse an einer wirksamen Aufsicht stärker gewichtet hat als das Interesse der Öffentlichkeit an (unter Abwägungsvorbehalt) prinzipiell umfassendem oder im Sinn des Beschwerdeführers selektivem Zugang zu den (institutionell oder politisch besonders wichtigen) Prüfungsakten der Finanzkontrolle. Gründe für die Annahme, der Wortlaut gebe nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt, bestehen keine (vgl. vorne E. 3.3). Der Gesetzgeber hat auf der Grundlage seiner Gewichtung und Abwägung der massgeblichen Interessen vielmehr eine eindeutige und abschliessende Regelung getroffen, die namentlich auch die hier angesprochene Sachverhaltskonstellation erfasst (vgl. vorne E. 3.3-3.6 und E. 3.8 hiernach). Er hat die Regelung zudem im Zuge der Totalrevision des KFKG in Kenntnis der zwischenzeitlich erlassenen Regelung des Bundes bestätigt. Der Finanzkontrolle ist daher darin zuzustimmen, dass die in Art. 28 Abs. 1 KFKG genannten Akten der Geheimhaltung unterliegen, ohne dass im Einzelfall die Verhältnismässigkeit der Geheimhaltung be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 17 stimmter Dokumente der finanzaufsichtsrechtlichen Kontrolltätigkeit zu prüfen ist.

E. 3.8

Zu prüfen bleibt, ob die Finanzkontrolle Art. 28 Abs. 1 KFKG korrekt angewandt hat.

E. 3.8.1

Zu Recht bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass der Bericht vom 30. Juni 2020 von Art. 28 Abs. 1 KFKG erfasst ist. Nach dieser Bestimmung unterliegen nicht nur die Akten, sondern auch die Berichterstattung der Finanzkontrolle der Geheimhaltung. «Berichterstattung» in diesem Sinn erfasst auch Berichte, die – so hier (vgl. vorne E. 2.2) – im Rahmen einer Spezialprüfung nach Art. 16 Bst. a KFKG erstellt und erstattet werden (vgl. auch Kapitel 7 des KFKG). Dabei kann es keine Rolle spielen, ob es sich um einen (endgültigen) Prüfungsbericht handelt oder um einen Zwischenbericht, weil eine Prüfung wegen Bestreitens der Aufsichtskompetenz oder Verweigerens umfassender Mitwirkung nicht (abschliessend) durchgeführt werden kann. Zum Berichtsinhalt lässt sich soviel festhalten: Die Finanzkontrolle beschreibt darin ihre Prüfungsaktivitäten, die sie zwischen April 2019 und Juni 2020 im Zusammenhang mit den zu hohen öffentlichen Abgeltungen an die BLS AG vorgenommen hat, und fasst die entsprechenden Prüfungsergebnisse zusammen. Sie rekapituliert sodann Ausgangslage und Umfeld der durch die BLS AG unrechtmässig bezogenen Abgeltungen, umfassend ein Porträt der BLS-Gruppe, die Erläuterung der finanziellen Kontrollen und Verantwortlichkeiten im regionalen Personenverkehr sowie die Darstellung der Regelung des Beteiligungscontrolling des Kantons im Fall der BLS. Der Bericht enthält weiter im Kontext der Thematik der ungerechtfertigten Abgeltungen an die BLS unter Einschluss der Corporate Governance des Kantons, der Art und Weise der Mitwirkung der BVD bei der finanzaufsichtsrechtlichen Prüfung sowie des Beitragsprozesses des zuständigen Amtes der BVD die Beurteilung verschiedener Sachverhalte durch die Finanzkontrolle und deren Empfehlungen, insbesondere auch betreffend die Wahrnehmung der Aufsichts- und Controllingaufgaben gegenüber der BLS AG durch die hierfür zuständige BVD. Zuletzt äussert sich der Bericht zu den Gründen, aus denen sich die Finanzkontrolle für zuständig zur Staatsbeitragsprüfung bei der BLS hält. Die Berichterstattung fällt ohne weiteres in den Geltungsbereich von

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 18 Art. 28 Abs. 1 KFKG, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass die Finanzkontrolle dem Beschwerdeführer die Einsicht verwehrt hat.

E. 3.8.2

Ebenso wenig kann dem Beschwerdeführer Einsicht in «institutionell relevante» Berichtsteile gewährt werden. Einerseits unterstehen die Berichterstattung und dazugehörige Akten der Finanzkontrolle soweit hier interessierend integral der absoluten Geheimhaltung; Spielraum, der erlauben würde, gewisse Berichtsteile aus Verhältnismässigkeitsgründen hiervon auszunehmen, bietet Art. 28 Abs. 1 KFKG nicht. Andererseits ist jede Kontroll- und Berichtstätigkeit der Finanzkontrolle sachlogisch institutionell relevant und werden ihre Berichte – so auch der Bericht vom 30. Juni 2020 – regelmässig auch Feststellungen und Empfehlungen beinhalten, die mehr oder weniger stark ausgeprägt die staatlichen Institutionen (eingeschlossen Subventionsbezüger wie die

BLS), ihre Aufgabenerfüllung sowie ihre Zusammenarbeit mit der Finanzkontrolle betreffen. So gesehen könnte es sich im Fall, dass hier teilweise Einsicht gewährt würde, von vornherein nicht um einen Einzelfall handeln, auch wenn das Interesse an Öffentlichkeit in der vorliegenden Angelegenheit besonders gross sein mag. Im Übrigen ergeben sich die Gründe, weshalb die Finanzkontrolle ihre Aufsicht über die BLS AG nicht mehr wahrnehmen konnte bzw. weiterhin nicht wahrnehmen kann, ebenso die institutionelle Relevanz, zumindest im Kern bereits aus den Tätigkeitsberichten 2019-2021 und dem öffentlich gewordenen Fortgang in der Angelegenheit.

E. 4.1

Obschon Art. 28 Abs. 1 KFKG nach dem Gesagten lediglich die verfassungsrechtlich angelegten Schranken des Einsichtsrechts konkretisiert (vorne E. 3.5.2), hat das Verwaltungsgericht zum Ausschluss der Öffentlichkeit gemäss Art. 11 Abs. 3 IG (vgl. vorne E. 3.5.3) in einem frühen Urteil erkannt, dass die Bestimmung im Anwendungsfall auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen ist (BVR 2000 S. 1 E. 2c/cc mit Hinweis auf Kälin/Bolz, a.a.O., Art. 17 N. 5b; Jörg Paul Müller, Grundrechte, in Kälin/Bolz [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, S. 29 ff., 33 f.). Ob an dieser Sichtweise mit Blick auf die Gleichrangigkeit von Verfassungsbestim-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 19 mungen (vgl. etwa Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., 2020, N. 100) und den spezifischen Charakter von Art. 17 Abs. 3 KV festgehalten werden kann, braucht hier angesichts der nachfolgenden Ausführungen nicht vertieft zu werden.

E. 4.2

Zu Recht stellt sich die Finanzkontrolle auf den Standpunkt, dass sie die konkrete Normenkontrolle (auch: akzessorische bzw. inzidente) nicht durchführen muss. Sie ist in vorliegender Angelegenheit funktional als Verwaltungsbehörde tätig, weshalb sie nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu Art. 66 Abs. 3 KV (im Umkehrschluss) zu dieser Prüfung nicht verpflichtet ist (vgl. BVR 2014 S. 14 E. 3.1, 2008 S. 284 E. 5.2, 2002 S. 364 E. 2a; Kälin/Bolz, a.a.O., Art. 66 N. 8 f.). Dies gilt umso weniger, als von offensichtlicher Unzulässigkeit von Art. 28 Abs. 1 KFKG im Licht von Art. 17 Abs. 3 KV nicht die Rede sein kann (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 51 und 55). Die unabhängige Stellung der Finanzkontrolle (vgl. vorne E. 1.1 und 2.1) ändert daran nichts, da eine konkrete Normenkontrolle auch in ihrem Fall mit der staatsrechtlichen Ordnung der Rechtsetzungszuständigkeit in Widerspruch geraten kann (vgl. BGE 108 Ib 540 E. 4c mit Hinweis). Das Verwaltungsgericht nimmt hier die Normenkontrolle daher als einzige kantonale Behörde vor (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 55, Art. 80 N. 41 analog). Es auferlegt sich dabei allerdings eine gewisse Zurückhaltung (VGE 2021/205 vom 29.6.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 4.4; BVR 2000 S. 1 E. 2c/cc).

E. 4.3

Gegenstand der konkreten Normenkontrolle ist die Gültigkeit von Art. 28 Abs. 1 KFKG im Licht kantonalen Verfassungsrechts und Bundesrechts (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 47 ff., 52, 54). Schliesst der Gesetzgeber das informationsrechtliche Einsichtsrecht aus, muss die abweichende gesetzliche Regelung hinreichend klar und bestimmt sein, d.h. den vom Öffentlichkeitsprinzip grundsätzlich ausgeschlossenen Sachbereich oder die Dokumente mit Blick auf das Legalitätsprinzip klar eingrenzen (Art. 28 Abs. 1 KV, Art. 36 Abs. 1 BV). Die Regelung muss zudem durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz

von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 28 Abs. 2 und 3 KV, Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung ist dem Schutzzweck der Spezialnorm gegenüberzustellen (BVR 2022 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 20 S. 487 E. 4.5 einleitend mit Hinweisen, u.a. auf BGE 146 II 265 E. 3.1, 148 II 16 E. 3.4.1). Bei der Interessenermittlung und -gewichtung steht dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Bewertungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. Giovanni Biaggini, Kommentar BV, 2. Aufl. 2017, Art. 5 N. 18, Art. 36 N. 18). Die rechtsanwendenden Behörden haben sich an den rechtlich ausgewiesenen Interessen zu orientieren (Benjamin Schindler, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 45). Als öffentliche Interessen kommen auch besondere Geheimhaltungsinteressen und der Schutz der Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen in Betracht (Giovanni Biaggini, a.a.O., Art. 36 N. 19; Rainer J. Schweizer, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 36 N. 32). – Die Verfassungsmässigkeit von Art. 28 KFKG ist im Rahmen der akzessorischen Kontrolle nicht auf alle möglichen Konstellationen hin zu prüfen, sondern nur unter dem Gesichtswinkel des konkreten Falls (VGE 2021/205 vom 29.6.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 4.4; BVR 2005 S. 97 E. 5.2).

E. 4.4

Wie dargelegt konkretisiert Art. 28 Abs. 1 KFKG formellgesetzlich die Schranken, die bereits in Art. 17 Abs. 3 KV angelegt sind (vgl. vorne E. 3.5.2). Die Bestimmung ist klar und auf die finanzaufsichtsrechtliche Kontroll- und Berichtstätigkeit der Finanzkontrolle beschränkt. Der Gesetzgeber hat mit ihr dem öffentlichen Interesse an einer zielführenden und effektiven Finanzaufsicht mittels Vertraulichkeit der Berichterstattung eingeschlossen der Akten den Vorrang vor dem Grundsatz der Öffentlichkeit eingeräumt. Es soll damit verhindert werden, dass die Aufsicht der Finanzkontrolle wegen Bedenken beteiligter Stellen hinsichtlich Publizität beeinträchtigt wird (vgl. vorne E. 3.4 und 3.6). Dafür bestehen gute Gründe: Die geprüften Stellen haben der Finanzkontrolle alles offenzulegen, darunter auch ausgesprochen sensible Daten (vgl. Art. 19 Abs. 1 KFKG). Die Finanzkontrolle unterliegt daher ihrerseits der Geheimhaltungspflicht, soweit sie Kenntnis von Tatsachen erhält, die gesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen unterliegen (vgl. Art. 19 Abs. 3 KFKG). Um die Finanzaufsicht vollständig und richtig vornehmen zu können, ist die Finanzkontrolle auf die Kooperation mit und den offenen Zugang zu den ihrer Aufsicht unterliegenden Ämtern, Behörden, Organisationen und Personen (inkl. Aktenbestände) angewiesen. Vertraulichkeit der Vorgänge fördert die Kooperation und kann gefährdet sein, wenn die geprüften Stellen damit rechnen müssten, dass ihre (vertraulichen) Doku-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 21 mente und die Berichte der Finanzkontrolle – diese legen mitunter fragwürdiges Finanzgebaren dar – weitestgehend öffentlich würden. Die Bereitschaft zur Offenlegung aller notwendigen Informationen könnte dadurch sinken, womit die Arbeit der Finanzkontrolle zumindest erschwert würde. So dann erschiene eine Interessenabwägung durch die Finanzkontrolle zumindest inopportun, wenn Einsicht verlangt wird in Akten anderer Behörden, die ihr im Rahmen ihrer Finanzaufsichtstätigkeit zugegangen sind. Das mit Art. 28 Abs. 1 KFKG angestrebte Ziel ist demnach auch legitim, selbst wenn es in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Öffentlichkeitsprinzip und dem damit verfolgten Ziel erhöhter Transparenz der Verwaltungstätigkeit steht.

E. 4.5

Nicht in Abrede zu stellen ist, dass die Information der Öffentlichkeit (und Medien) durch Art. 28 Abs. 1 KFKG beschnitten wird. Das Interesse an der Einsicht in die Kontroll- und Berichtstätigkeit der Finanzkontrolle ist grundsätzlich gewichtig, liefert diese doch Informationen zur Beurteilung der Aufgaben, Organisation und Tätigkeit (Aufgabenerfüllung) der Verwaltung und anderer Träger öffentlicher Aufgaben. Insbesondere würde der Zugang zu teilweise kritischer Information wohl das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in eine wirksame und unabhängige Finanzkontrolle stärken. Indes ist mit der Geheimhaltung der Akten der Finanzkontrolle kein allzu schwerwiegender Eingriff in das Informationsrecht der Bevölkerung verbunden: Art. 28 KFKG schliesst Information über die Kontroll- und Berichtstätigkeit der Finanzkontrolle nicht schlechthin vom Öffentlichkeitsprinzip aus (vgl. vorne E. 3.3). So ist die Zusammenfassung über das Ergebnis der Prüfung der Jahresrechnung öffentlich (Art. 28 Abs. 2 Bst. a KFKG). Zudem legt die Finanzkontrolle mit dem jährlichen Tätigkeitsbericht öffentlich Rechenschaft über ihre Tätigkeit ab (Art. 28 Abs. 2 Bst. d i. V. m. Art. 23 KFKG). Der Tätigkeitsbericht dient der Information der Bevölkerung und muss den Anforderungen von Art. 14 IG genügen, weshalb er Auskunft über die wichtigsten Prüfungstätigkeiten und Erkenntnisse der Finanzkontrolle im Berichtsjahr geben sollte. Mit der Ergänzung in Art. 25 nKFKG («und die durchgeführten Prüfungen») ist dies künftig ausdrücklich gesetzlich sichergestellt. In der Praxis ist die Finanzkontrolle bereits zu aussagekräftigeren Tätigkeitsberichten übergegangen (vgl. Vortrag nKFKG S. 21 f., Votum Sprecher FiKo-Mehrheit erste Lesung nKFKG S. 10). In Fällen von grundsätzlicher Bedeutung und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 22 von erheblichem öffentlichen Interesse kann die Finanzkontrolle zudem die Öffentlichkeit direkt informieren (Art. 29 KFKG; vgl. vorne E. 2.1). Schliesslich ging der Bericht vom 30. Juni 2020 (nebst der BVD) an die GPK, die FiKo und den Regierungsrat (vgl. auch Art. 24 KFKG). Diese Behörden unterliegen ihrerseits Informationspflichten (vgl. Art. 16 ff. IG; Art. 49 f. der Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 4. Juni 2013 [GO GR; BSG 142.211]; Art. 7 Abs. 1 OrG; Art. 11 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation des Regierungsrats [OrV RR: BSG 152.11]) und es kann von ihnen erwartet werden, dass sie in Fällen von grossem Interesse zureichend detailliert über kritische Vorgänge und Versagen verantwortlicher Stellen unterrichten, wird in der Regelung doch auch aus diesem Grund ein «austariertes System der Öffentlichkeit der Finanzkontrollberichte» gesehen (vgl. Votum Staatsschreiber erste Lesung nKFKG S. 10). Dem Anspruch der Öffentlichkeit auf Information wird damit hinreichend Rechnung getragen. So hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall durch Medienmitteilungen sowie den Tätigkeitsbericht der Finanzkontrolle Kenntnis erhalten von den Vorkommnissen rund um die staatlichen Abgeltungen an die BLS AG (vgl. hierzu und zum Folgenden vorne E. 2.2). Die wesentlichen Informationen konnten den behördlichen Mitteilungen entnommen werden. Im Tätigkeitsbericht 2020 führt die Finanzkontrolle zudem an, dass sie die Aufsichtsmissionen und den Regierungsrat mit Bericht vom 30. Juni 2020 darüber informieren musste, dass die Finanzaufsicht aus Gründen, welche die Finanzkontrolle sowohl bei der BLS AG als auch bei der BVD verortet, zurzeit nicht mehr möglich ist; über diesen Tätigkeitsbericht wurde ebenfalls publik, dass die BLS AG die Aufsichtskompetenz der (kantonalen) Finanzkontrolle auf dem Rechtsweg in Frage stellt. Die Aufarbeitung der Sachverhalte und Verantwortlichkeiten rund um die von der BLS AG zu viel bezogenen öffentlichen Gelder ist noch im Gang. Es ist davon auszugehen,

dass Öffentlichkeit und Medien nach Abschluss dieser Verfahren über die wichtigsten Erkenntnisse informiert werden. Bezüglich der Wahrnehmung der Eigentümerrolle durch die BVD lässt sich nunmehr im Tätigkeitsbericht 2021 lesen, dass die Untersuchung der GPK die Beurteilungen der Finanzkontrolle bestätigt und der Grosse Rat den Bericht und die Empfehlungen zuhanden des Regierungsrats am 8. September 2021 einstimmig zur Kenntnis genommen hat. Der GPK-Bericht «Die BLS AG und die Aufsicht durch den Kanton» vom 12. August 2021 ist öffentlich zugänglich (Geschäfts-Nr. 2021.RRGR.254, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 23 Beilage D-233065; Medienmitteilung vom 2.5.2022, einsehbar unter <www.be.ch>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022).

E. 4.6

Auf Bundesebene hat der Gesetzgeber mit dem Erlass des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) ebenfalls den Wechsel vom Geheimhaltungs- zum Öffentlichkeitsprinzip hin vollzogen (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 ff. BGÖ; BGE 142 II 340 E. 2.2, 142 II 324 E. 3.4). Art. 4 BGÖ behält Spezialnormen anderer Bundesgesetze vor, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu solchen Informationen vorsehen (Bst. b). Namentlich spezielle Geheimhaltungsvorschriften im Sinn von Art. 4 Bst. a BGÖ können also der Einsicht in bestimmte Akten entgegenstehen (vgl. BGE 148 II 16 E. 3.4.1; Botschaft des Bundesrats zum BGÖ [nachfolgend: Botschaft BGÖ], in BBl 2003 S. 1963 ff., 1989). Für Prüfungsberichte oder amtliche Dokumente der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) sieht das einschlägige Spezialgesetz indes keine Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip vor (vgl. Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle [Finanzkontrollgesetz, FKG; SR 614.0]). Zudem ist die EFK weder gesetzlich noch durch Verordnung vom persönlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen (vgl. Art. 2 BGÖ im Verbund mit der Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]; BGer 1C_297/2018 vom 28.3.2019, in sic! 2020 S. 620 E. 2.4.2); immerhin gelten aber die Ausnahmen vom Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss Art. 7 BGÖ, bei denen von Fall zu Fall nach einer Vielzahl von Kriterien abzuwägen ist, ob dem Öffentlichkeitsgebot oder der Vertraulichkeit der Vorrang einzuräumen ist (BGE 142 II 313 E. 3.6; die Ausnahmen werden mitunter als «weitreichend» beurteilt, vgl. Schefer/Cueni, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Der Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, in Jusletter 7.2.2022, Ziff. 44). Einem (mit der EFK koordinierten) Ersuchen der Finanzdelegation der Eidgenössischen Räte an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), die EFK vom Geltungsbereich des BGÖ auszunehmen, wurde nicht Folge gegeben, nachdem das Bundesamt für Justiz im Jahr 2011 die Meinung vertrat, dass die durch das ÖBG vermittelte Öffentlichkeit die Arbeit der EFK «nicht unverhältnis-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 24 mässig erschwere» (Ansichtsausschuss vom 28.6.2011, Zusammenfassung S. 1).

E. 4.7

Die in Art. 28 Abs. 1 KFKG (bzw. Art. 26 Abs. 1 nKFKG) niedergelegte bernische Regelung ist demnach zwar restriktiver als jene des Bundes (vgl. Beschwerde Ziff. 19; Replik Ziff. 6). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Art. 28 Abs. 1 KFKG

unzulässig wäre: Die Regelung des Bundes ist durchaus Ausdruck davon, dass auf eidgenössischer Ebene das Transparenzgebot hinsichtlich der Kernaufgabe der Finanzkontrolle grundsätzlich stärker gewichtet wird als Vertraulichkeit. Wie die Finanzkontrolle richtig ausführt, dürfen die Kantone jedoch für ihre Verwaltungsbehörden vom Bund abweichende (Geheimhaltungs-)Vorschriften vorsehen (vgl. Thomas Sägger, in Handkommentar BGÖ, 2008, Art. 2 N. 40; BGer 2C_129/2016 vom 14.2.2017, in ZBl 2018 S. 395 E. 3.3). Es ist ihnen unbenommen, die in der Frage des Informationszugangs zur Finanzaufsicht in Frage stehenden (gegenläufigen) Interessen anders zu gewichten und dabei die weiteren Quellen von Information über die Tätigkeit der Finanzkontrolle in Anschlag zu bringen (vgl. vorne E. 4.3 und 4.4). Anzumerken bleibt, dass auch andere Kantone Akten und Berichte ihrer Finanzkontrolle vom Öffentlichkeitsprinzip ausnehmen. So hat im Kanton Basel-Stadt der Gesetzgeber das Interesse an einer wirksamen Aufsicht so stark gewichtet, dass er mit Grossratsbeschluss vom 13. März 2013 Berichte der Finanzkontrolle und diesen zugrundeliegenden Materialien vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen hat (vgl. § 16 Abs. 5 des Finanz- und Verwaltungskontrollgesetzes vom 17. September 2003 [FVKG; SG 610.200]; Urteil VD.2015.142 des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 27.6.2017 E. 4.3). Eine vergleichbare Bestimmung kennt der Kanton Graubünden (vgl. Art. 14 Abs. 3 des Gesetzes vom 19. Oktober 2011 über die Finanzaufsicht [GFA; BR 710.300]). Im Kanton Aargau ist der Tätigkeitsbericht öffentlich; weitere Prüfberichte kann die Finanzkontrolle veröffentlichen, wenn sie dies der geprüften Stelle angekündigt hat (vgl. § 15a des Gesetzes vom 11. Januar 2005 über die Finanzkontrolle [GFK; SAR 612.200]). Die bernische Regelung kann somit im Vergleich mit anderen Kantonen nicht als Sonderlösung bezeichnet werden (vgl. auch Ivo Hangartner, Der Rechnungshof – ein neues staatsrechtliches Institut, in ZBl 2006 S. 453 ff., 461).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 25

E. 4.8

Die Bestimmung erweist sich nach dem Gesagten, unter dem Gesichtswinkel des konkreten Falls beurteilt (vgl. vorne E. 4.3), auch mit Art. 17 Abs. 3 und Art. 28 KV vereinbar.

E. 5

Die angefochtene Verfügung hält nach dem Erwogenen der Rechtskontrolle stand. Es besteht keine Veranlassung, die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung an die Vorinstanz zur Durchführung einer Interessenabwägung und zum neuen Entscheid zurückzuweisen (vgl. Eventualbegehren). Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer ersucht für den Fall, dass er kostenpflichtig wird, um die Auflage reduzierter Verfahrenskosten, weil hohe Gebühren im Bereich des Informationsgesetzes die Medienfreiheit beeinträchtigen würden (Beschwerde Ziff. 38). Er verweist auf Art. 15 Abs. 4 VBGÖ, wonach die Gebühr bei einem Zugangsgesuch von Medienschaffenden vorbehaltlich aufwändiger Bearbeitung um mindestens 50 Prozent zu reduzieren ist. Daraus kann er indes nichts für sich ableiten: Diese Bestimmung ist im Kanton nicht anwendbar. Zudem bezieht sie sich jedenfalls nach Meinung der Kommentare zum BGÖ lediglich auf die Gebühren im Rahmen von Einsichtsgesuchen, und nicht auf die Kosten

der Beschwerdeverfahren (vgl. Gotschev/ Dedeyan, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 16 BGÖ N. 14; Isabelle Häner, in Handkommentar BGÖ, 2008, Art. 16 N. 13; ferner BVGer A-3299/2016 vom 24.5.2017 E. 6).

E. 6.2

Nach dem kantonalen IG sind im Gesuchsverfahren grundsätzlich keine Gebühren zu erheben, sofern kein besonderer Aufwand entstanden ist (vgl. Art. 30 Abs. 2 IG). Für das Rechtsmittelverfahren gelten hingegen die Bestimmungen des VRPG (vgl. Art. 35 Abs. 1 IG). Der bernische Gesetzgeber hat folglich für diesen Verfahrensabschnitt auf eine spezialgesetzliche

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 26 Regelung verzichtet (vgl. Art. 102 VRPG). Die Informations- und Medienfreiheit ist mit dieser Regelung aus seiner Sicht hinreichend gewahrt (vgl. VGE 2018/141 vom 10.10.2018 E. 3). Anwendbar ist Art. 108 VRPG, der als wichtigstes Kriterium für die Kostenverlegung im Beschwerdeverfahren das Unterliegerprinzip als Ausdruck des Verursacherprinzips kodifiziert, wobei nach dem Willen des Gesetzgebers das Verursacherprinzip differenziert berücksichtigt werden soll, wenn spezielle besondere Verhältnisse vorliegen (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 3 und 18).

E. 6.3

Der unterliegende Beschwerdeführer wird somit kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr, die gestützt auf die gesetzliche Gebührenordnung nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen ist (Art. 103 Abs. 1 und 2 VRPG). Art. 51 Abs. 1 Bst. a des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12) sieht in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren einen Gebührenrahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 7'000.-- vor. In durchschnittlichen Verfahren erhebt das Verwaltungsgericht (auch bei Fünferbesetzung) praxismässig eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--. Das Verwaltungsgericht hatte parallel zum vorliegenden Verfahren eine Streitigkeit mit gleichgelagerter Grundsatzfrage zu beurteilen (Verfahren 100.2020.443). Der Bearbeitungsaufwand ist dadurch geringer ausgefallen, was – in Analogie zu vereinigten Verfahren – bei der Festsetzung der Verfahrenskosten zu berücksichtigen ist (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 103 N. 6). Weiter erscheint gerechtfertigt, der Grundsätzlichkeit der hier zu beurteilenden Fragen bei der Kostenfestsetzung Rechnung zu tragen (vgl. BVR 2005 S. 350 E. 6; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 26). Insgesamt erscheint eine (reduzierte) Pauschalgebühr von Fr. 2'000.-- angemessen.

E. 6.4

Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG). Parteikosten sind daher nicht zu sprechen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.11.2022, Nr. 100.2020.461U, Seite 27 Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.