

EDOEB empfehlung-edoeb-vom-23-januar-2023-sif-dokumente-steuerstreit-und-mobile-kommun-2023-01-23 vom 23. Januar 2023

EDÖB, 2023-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-edoeb-vom-23-januar-2023-sif-dokumente-steuerstreit-und-mobile-kommun-2023-01-23

FR: EDOEB empfehlung-edoeb-vom-23-januar-2023-sif-dokumente-steuerstreit-und-mobile-kommun-2023-01-23 du 23 janvier 2023

IT: EDOEB empfehlung-edoeb-vom-23-januar-2023-sif-dokumente-steuerstreit-und-mobile-kommun-2023-01-23 del 23 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

Der Antragsteller (Journalist) hat am 22. März 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Justiz BJ, beim Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF und beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA Folgendes verlangt: "Gestützt auf das beiliegende Bundesverwaltungsgerichts-Urteil beantrage ich Einsicht in die im Urteil[1] erwähnten Unterlagen. [...] Eingeschlossen sind neu auch sämtliche Textnachrichten (SMS, Whatsapp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten (analog Mailverkehr). [...] Vorab ist dem Gesuchsteller eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder zuzustellen [...]".

E. 2

Am 25. März 2022 bestätigte das BJ im Namen des BJ, des EDA und des SIF den Eingang des Zugangsgesuchs und informierte den Antragsteller darüber, dass die Bearbeitung aufgrund der Komplexität des Ersuchens und der Beinhaltung von Personendaten länger dauern werde als 20 Tage und verwies auf Art. 12 Abs. 2 BGÖ.

E. 3

Am 5. Mai 2022 nahm das SIF gegenüber dem Antragsteller Stellung und wies darauf hin, dass die im SIF vorhandenen amtlichen Unterlagen nicht Gegenstand des erwähnten Urteils seien bzw. das SIF aufgrund der Empfehlung vom 10. November 2014² am 21. November 2014 Zugang zu den Dokumenten Nr. 2 und 31 gewährt hatte. Gleichzeitig teilte das SIF dem Antragsteller mit,

1 Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015. 2 Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: SIF/ Korrespondenz.

2/9 dass weder Textnachrichten, die Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten, noch Listen mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder vorhanden seien.

E. 4

Am 6. Mai 2022 reichte der Antragssteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

E. 5

Mit Schreiben vom 9. Mai 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragssteller den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte gleichentags das SIF dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 6

Am 24. Mai 2022 reichte das SIF die relevanten Dokumente und eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin brachte das SIF vor, dass der Antragsteller mit dem vorliegend zu beurteilenden Zugangsgesuch insbesondere sein Gesuch vom 12. September 2013 wiederhole, welches am 21. November 2014 abschliessend beantwortet worden sei. Weitere im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 erwähnte Unterlagen befänden sich nicht im Besitz des SIF. Weiter führte es aus: "In Bezug auf das Ersuchen um Zugang zu mobilen Textnachrichten der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder sowie um Zugang zu einer Liste mit den Namen ebendieser Behördenmitglieder wird festgehalten, dass innerhalb des SIF beides nicht vorhanden ist. Ein Zugang fällt daher von vornherein ausser Betracht." Das SIF beantragte schliesslich die Vereinigung der Verfahren betreffend die drei Behörden, an welche das Zugangsgesuch vom 22. März 2022 gerichtet war. Es begründete dies damit, dass die gemäss Bundesverwaltungsgerichtsurteil einschlägige Vorfrage zum Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz nur einheitlich beantwortet werden könne und mit verfahrensökonomischen Überlegungen.

E. 7

Am 28. Juni 2022 lud der Beauftragte den Antragsteller und alle beteiligten Behörden zu einer gemeinsamen Schlichtungssitzung ein, welche in der Folge vom August in den September und schliesslich in den November verschoben werden musste.

E. 8

Mit E-Mail vom 8. November 2022 informierte der Beauftragte das SIF und den Antragsteller darüber, dass auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde, beide im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhielten (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]).

E. 9

Mit E-Mail vom 11. November 2022 verwies das SIF im Wesentlichen auf die Stellungnahmen vom 5. Mai 2022 und vom 20. Mai 2022. Im Hinblick auf das Ersuchen um Zugang zu mobilen Textnachrichten der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder sowie um Zugang zu einer Liste mit den Namen der Behördenmitglieder bestätigte das SIF noch einmal, dass beides nicht vorhanden sei.

E. 10

Am 24. November 2022 reichte der Antragsteller eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin er- wog der Antragsteller in Bezug auf das vorliegende Schlichtungsverfahren, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA entgegen den Ausführungen des BJ, SIF

und EDA als abgeschlossen betrachtet werden könne, weshalb der Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren sei. Die Aussagen des SIF, sie verfüge über keine Unterlagen über die Verhandlungen im Steuerstreit mit den USA, seien nachweislich falsch. Immerhin sei der Staatssekretär des SIF bei den Verhandlungen mit den USA federführend gewesen. Zudem wies der Antragsteller unter Hinweis auf den Dokumentationsfilm Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses darauf hin, dass die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im Eidgenössischen Finanzdepartement EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und dieser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Folglich müssten sowohl beim SIF wie auch beim EDA SMS vorliegen. Der Antragsteller wies ausserdem darauf hin, dass sämtliche Korrespondenz zwischen dem SIF und dem EDA seit dem 22. März 2022 ebenfalls Teil des Zugangsgesuchs sei. Nur auf diese Weise könne er sich vergewissern, dass es nicht zu unerlaubter Löschung von Unterlagen gekommen sei. In der Beilage fanden sich die im Rahmen des Zugangsgesuchs geführte Korrespondenz, das

3/9 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 sowie E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Antragsteller und der Firma A. __ (Zeitraum: 22. März 2022 bis 18. November 2022).

E. 11

Auf die weiteren Ausführungen des Antragsstellers und des BJ 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

E. 12

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SIF ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

E. 13

Das SIF beantragt in seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2022 die Vereinigung des vorliegenden Schlichtungsverfahrens mit denjenigen Verfahren zwischen dem Antragsteller und dem BJ bzw. dem EDA, welche ihren Ursprung ebenfalls im Zugangsgesuch vom 22. März 2022 haben (vgl. Ziffer 1). Der Antragsteller hat sein Zugangsgesuch gleichzeitig an das BJ, das SIF und das EDA gerichtet. Die betroffenen Behörden haben zum Zugangsgesuch jeweils separat Stellung genommen und dabei lediglich den Zugang zu bei der jeweiligen Behörde vorhandenen amtlichen Dokumenten beurteilt. Die drei Zugangsverfahren weisen folglich je einen unterschiedlichen Verfahrensgegenstand auf.³ Auch ist die Beurteilung der Behörden nicht identisch: mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts schiebt das BJ den Zugang auf⁴, wohingegen das EDA den Zugang verweigert⁵. Schliesslich betrifft auch die gemäss Vorbringen des SIF⁶ nur einheitlich zu beantwortende Vorfrage zur Beendigung des Steuerstreits zwischen den USA und der Schweiz keine beim SIF befindlichen amtlichen Dokumente. Weder das BJ noch das SIF

oder das EDA haben bis anhin dargelegt und für den Beauftragten ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen vorliegend die Verfahren im Stadium des Zugangsverfahrens nicht vereinigt wurden, dies aber im Schlichtungsverfahren erfolgen soll. Anzumerken bleibt, dass es dem SIF resp. den betroffenen Behörden unbenommen ist, im allenfalls auf das Schlichtungsverfahren nachfolgenden Verfügungsverfahren die entsprechenden Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten zu vereinigen. Aufgrund des Ausgeführten wird dem Antrag des SIF auf Verfahrensvereinigung nicht entsprochen.

E. 14

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁷ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

3 Vgl. zur Verfahrensvereinigung Urteil des BGer 2C_321/2018 vom 7. August 2018 E. 3.
4 Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: BJ / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 6. 5 Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: EDA / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 3. 6 Vgl. Ziffer 6. 7 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

4/9 B. Materielle Erwägungen

E. 15

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.⁸

E. 16

Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu den amtlichen Dokumenten im durch das Zugangsgesuch (vgl. Ziffer 1) definierten Umfang, soweit es sich um amtliche Dokumente des SIF handelt. Das Zugangsbegehren lässt sich in drei Hauptaspekte unterteilen: - im Urteil des BVer erwähnte Dokumente [nachfolgend: Dokumente zum Steuerstreit]; - sämtliche Textnachrichten (SMS, WhatsApp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten [nachfolgend: mobile Korrespondenz] und - eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder [nachfolgend: Auflistung der Behördenmitglieder]. Soweit der Antragsteller in der ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 erklärt, sämtliche Korrespondenz zwischen dem SIF und dem EDA seit dem 22. März 2022 sei ebenfalls Teil des Zugangsgesuchs vom 22. März 2022, kann dem nicht zugestimmt werden. Diese Ergänzung des Antragstellers stellt – im Verhältnis zum ursprünglichen Zugangsbegehren – eine Erweiterung respektive Abänderung des Schlichtungsgegenstands dar. Der Verfahrensgegenstand kann im Schlichtungsverfahren im Verhältnis zum Zugangsgesuchsverfahren nur konkretisiert resp. eingeschränkt werden. Eine Erweiterung oder Abänderung des Verfahrensgegenstands im Schlichtungsverfahren ist grundsätzlich nicht zulässig.⁹ Dieses Begehren ist demzufolge nicht Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens.

E. 17

Zu beurteilen ist vorab die Zugänglichkeit zur Auflistung der Behördenmitglieder nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Das SIF führt im Zugangsgesuchsverfahren aus, dass die gewünschte Liste mit den Behördenmitgliedern nicht existiere. In seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2022 an den Beauftragten gibt das SIF erneut an, dass eine Liste mit den Namen der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder nicht vorhanden sei, weswegen ein Zugang von vornherein ausser Betracht falle. Der Antragsteller macht diesbezüglich gegenüber dem SIF sowohl im Zugangsgesuchsverfahren wie auch in der Stellungnahme vom 24. November 2022 keine weiteren Vorbringen.

E. 18

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.¹⁰ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.¹¹ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹²

E. 19

Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).¹³ Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Zur Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ, wonach die Information "auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet" sein muss, führt der Bundesrat in seiner Botschaft aus, dass sich das Einsichtsgesuch auf ein bereits existierendes amtliches Dokument

8 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 9 BVGE 2014/24 E. 1.4.1 mit Hinweisen. 10 BGE 142 II 340 E. 2.2. 11 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 12 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H. 13 BBl 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 BGÖ Rz. 4 und 6; KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 5.

5/9 beziehen muss. Das Öffentlichkeitsprinzip bezweckt nicht, die Verwaltung zur Erstellung eines noch nicht existierenden Dokuments zu verpflichten.¹⁴ Allerdings gelten nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ als amtliche Dokumente auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ erfüllen (sog. virtuelle Dokumente).

E. 20

Stellt die Verwaltung die Nichtexistenz amtlicher Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ fest und bezweifelt der Antragsteller diese Auskunft, hat der Beauftragte weitere Abklärungen vorzunehmen, um die Glaubwürdigkeit und die Ernsthaftigkeit der Vorbringen des Antragstellers und der Verwaltung gegeneinander abwägen zu können.¹⁵ Zu klären ist die Frage, ob tatsächlich von einer Nichtexistenz von amtlichen Dokumenten auszugehen ist.

E. 21

Das SIF hat dem Antragsteller mitgeteilt, dass die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht existiere, was es gegenüber dem Beauftragten ebenfalls mehrfach ausdrücklich festgehalten und zugesichert hat. Der Beauftragte vermag keine Hinweise zu erkennen, wonach die verlangte Auflistung existieren sollte. Gleichzeitig hat der Antragsteller weder im Rahmen des Zugangs- suchsverfahrens noch in seiner Stellungnahme im Schlichtungsverfahren Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vorgebracht.

E. 22

Die Ausführungen des SIF, wonach die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht im Sinne eines amtlichen Dokuments gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ existiert, sind nach Ansicht des Beauftragten hinreichend plausibel. Es bleibt zu prüfen, ob die Auflistung der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden kann und folglich als amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ gilt.

E. 23

Beim Begriff des "einfachen elektronischen Vorgangs" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz spricht von Dokumenten, welche erst latent vorhanden sind und die leicht durch eine elementare Computermanipulation hergestellt werden können.¹⁶ Dabei hat der Gesetzgeber in erster Linie an elektronische Datenbanken gedacht, da in diesen Fällen der verlangte Auszug als Dokument (noch) nicht existiert, die vorhandene Software jedoch darauf ausgerichtet ist, solche Auszüge zu generieren. Dass hierfür ein Knopfdruck genügen muss, lässt sich weder dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 BGÖ noch aus den Materialien entnehmen.¹⁷ Der Begriff des einfachen elektronischen Vorgangs bezieht sich auf den Gebrauch durch einen durchschnittlichen Benutzer.¹⁸ Daraus ist zu folgern, dass der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, solange ein gewöhnlicher Benutzer ohne spezielle Computerkenntnisse das gewünschte Dokument hierdurch aus vorhandenen Informationen generieren kann.¹⁹

E. 24

Weder das SIF noch der Antragsteller haben sich zum Aspekt der Erstellung dieser Auflistung mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs geäußert. Die Erstellung einer Auflistung der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang erfordert, dass die gewünschte Information – nämlich die Angabe, wer für ein bestimmtes Geschäft eine relevante Rolle innehat – im System vorhanden ist resp. dass die vorhandene Software die Relevanz von involvierten Personen im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäft beurteilen und filtern kann. Entsprechende Hinweise sind vorliegend nicht ersichtlich und werden vom Antragsteller auch nicht vorgebracht. Hierzu ist zu anmerken, dass eine allfällige manuelle Zusammenstellung einer Liste mit

Absenderinnen und den entsprechenden Empfängern bestimmter Korrespondenz in der Regel nicht ohne weiteres einen einfachen elektronischen Vorgang im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellt: Auch wenn der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, besteht das vorliegend notwendige Prozedere aus einer Aneinanderreihung von hauptsächlich manu-

14 BBl 2003 1992; vgl. auch ROBERT BÜHLER, in: BSK BGÖ, Art. 5 BGÖ Rz. 10. 15 Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.4. 16 BBl 2003 1996. 17 Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2. 18 BBl 2003 1996. 19 Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2 mit Hinweisen.

6/9 ell durchzuführenden Arbeitsschritten. Schliesslich führt der Antragsteller in seinem Zugangsge- such aus, die entsprechende Liste allenfalls zu ergänzen. Es stellt sich die Frage, ob der Antrag- steller selbst nicht davon ausgeht, dass die Auflistung der Behördenmitglieder wie gewünscht er- stellt werden kann. Ansonsten müsste sie nicht mehr angepasst werden.

E. 25

Im Ergebnis erblickt der Beauftragte keine Hinweise, dass die vom Antragsteller gewünschte Auf- listung der Behördenmitglieder mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann. Gestützt auf das Ausgeführte empfiehlt der Beauftragte dem SIF, in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder an seinem Bescheid festzuhalten, dass kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert (vgl. Ziffer 40). Der Vollständigkeit halber wird der Antragsteller darauf hingewiesen, dass er – wie es in der Botschaft zum Öffent- lichkeitsgesetz für derartige Fälle vorgesehen ist²⁰ – unter den allgemeinen Bedingungen des Öff- fentlichkeitsgesetzes und der dazugehörigen Öffentlichkeitsverordnung und unter Kostenfolge Zu- gang zu den vorhandenen Einzeldaten verlangen kann.

E. 26

Zu beurteilen ist weiter der Zugang zur mit dem Zugangsgesuch verlangten mobilen Korrespon- denz (vgl. Ziffer 16). Das SIF gibt sowohl gegenüber dem Antragsteller im Zugangsgesuchsver- fahren wie auch dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren an, über keine SMS oder Mitteilun- gen anderer mobiler Messenger-Dienste in dieser Angelegenheit zu verfügen, weswegen kein Zugang gewährt werden könne.

E. 27

Der Antragsteller weist in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 auf den Dokumentationsfilm Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses darauf hin, wo- nach die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staats- sekretär für internationale Finanzfragen im EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und die- ser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Folglich seien die Aussagen des SIF und des EDA, es gebe keinen SMS-Verkehr, nicht korrekt.

E. 28

Mobile Kommunikationsformen und -inhalte sind – sofern sie die Voraussetzungen von Art. 5 BGÖ erfüllen – auch amtliche Dokumente nach dem Öffentlichkeitsgesetz und nach

diesem damit grundsätzlich zugänglich,²¹ was vorliegend von keiner Seite bestritten wird. Das SIF gibt lediglich an, nicht über die verlangte mobile Korrespondenz zu verfügen. Der Antragsteller hält dem entgegen, dass gemäss Aussage der damaligen Departementsvorsteherin des EDA im Rahmen der erwähnten Dokumentation in dieser Sache per SMS kommuniziert worden sei. Damit ist allerdings noch nicht dargetan, dass diese mobile Korrespondenz beim SIF oder bei einer anderen Behörde vorhanden ist. Vielmehr sind Hinweise, dass aktuell mobile Korrespondenz der involvierten Mitarbeitenden der betroffenen Behörden beim SIF vorhanden ist, für den Beauftragten nicht ersichtlich und werden auch nicht vorgebracht. Immerhin hat das SIF mehrfach festgehalten, nicht über die fragliche mobile Korrespondenz zu verfügen. Zu prüfen ist, ob die mobile Korrespondenz – sofern sie denn (noch) existiert – wie vom Antragsteller gefordert zu beschaffen ist (Beschaffungspflicht).

E. 29

Das Öffentlichkeitsgesetz kennt keine Bestimmung, welche die Beschaffung von Dokumenten explizit regelt. Allerdings hat eine Behörde gemäss Botschaft als Erstellerin oder Hauptadressatin indes alle erforderlichen Massnahmen zur Beschaffung eines sich nicht mehr in ihrem Besitz befindlichen Dokuments zu ergreifen.²² Fraglich ist demnach, ob dem SIF vorliegend für (noch) nicht in seinem Besitz befindliche Dokumente eine (Wieder-)Beschaffungspflicht zukommt, sofern diese die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe betreffen.

E. 30

Zur Wiederbeschaffungspflicht hat sich das Bundesgericht wie folgt geäussert resp. die entsprechende Beurteilung durch die Vorinstanz gutgeheissen: Für amtliche Dokumente, die sich einmal in Besitz der Behörde befanden, ist eine Wiederbeschaffungspflicht im Fall der Entledigung oder

20 BBl 2003 1996. 21 Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz erfasst Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ auch elektronische Nachrichten (BBl 2003 1991); siehe zum Ganzen auch: Bundesamt für Justiz: Notiz "Auslegeordnung zu ausgewählten Aspekten des Öffentlichkeitsgesetzes" vom 12. Oktober 2020, Ziffer 3 S. 4 f. (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/> > Staat & Bürger > Zugang zu amtlichen Dokumenten > Dokumentation zur Umsetzung [zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2022]). 22 BBl 2003 1993.

7/9 beim Verlust von Dokumenten zu bejahen, bei rechtmässiger oder vorschriftsmässiger Besitzaufgabe ist eine Wiederbeschaffungspflicht hingegen zu verneinen.²³

E. 31

Im vom Antragsteller erwähnten Dokumentationsfilm Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses²⁴ führt die damalige Departementsvorsteherin des EDA aus, mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im EFD in dieser Sache per SMS kommuniziert zu haben. Insbesondere habe sie – wie sie selbst erklärte – dem Staatssekretär geschrieben: "Ne lâchez pas, bon courage". Die Aussagen der damaligen Departementsvorsteherin des EDA weisen darauf hin, dass zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass mobile Korrespondenz im Zusammenhang mit dem interessierenden Kontext beim SIF als amtliche Dokumente vorhanden war. Das SIF hat sich im Schlichtungsverfahren bis anhin nicht dazu geäussert. Schliesslich ist auch nicht

ersichtlich, warum die Ausführungen der damaligen Departementsvorsteherin des EDA zur versandten SMS nicht zutreffend sein sollten. Aufgrund des hiervor Ausgeführten ist für den Beauftragten nicht hinreichend dargetan, dass sich die verlangte mobile Korrespondenz als amtliche Dokumente nicht zu einem früheren Zeitpunkt bereits beim SIF befunden hat und darum wiederzubeschaffen und nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich zu machen ist. Im Ergebnis empfiehlt der Beauftragte dem SIF, den Zugang zur mobilen Korrespondenz nach erfolgter Wiederbeschaffung gemäss den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren, sofern es sich dabei um amtliche Dokumente in dessen Anwendungsbereich handelt (vgl. Ziffer 41).

E. 32

Unabhängig davon ist daran zu erinnern, dass Verwaltungseinheiten des Bundes gemäss Art. 22 Abs. 1 RVOV verpflichtet sind, den Nachweis über die eigene Geschäftstätigkeit aufgrund einer systematischen Geschäftsverwaltung zu führen. Das SIF hat bis anhin im Schlichtungsverfahren nicht ausgeführt, ob und in welchem Umfang für allfällig existierende mobile Korrespondenz im Zusammenhang mit der Thematik "Steuerstreit CH-USA" aufgrund deren Wichtigkeit eine Nachweispflicht besteht.

E. 33

Zu beurteilen ist schliesslich der Zugang zu den Dokumenten zum Steuerstreit (vgl. Ziffer 16). Mit diesem Zugangsbegehren wiederholt der Antragsteller sinngemäss sein Gesuch vom 12. September 2013²⁵ in Bezug auf die Dokumente des SIF. Das SIF identifizierte in diesem Zusammenhang diejenigen zwei Dokumente, bei welchen es sich gemäss Auflistung sämtlicher vom Zugangsgesuch vom 12. September 2013 betroffenen Dokumente um Dokumente des SIF handelt: die Dokumente Nr. 2 und 31.²⁶

E. 34

In der Stellungnahme vom 5. Mai 2022 an den Antragsteller erklärte das SIF, dass die im SIF vorhandenen amtlichen Unterlagen nicht Gegenstand des erwähnten Urteils seien bzw. das SIF aufgrund der Empfehlung vom 10. November 2014 am 21. November 2014 Zugang zu den Dokumenten Nr. 2 und 31 gewährt hatte. Gegenüber dem Beauftragten wiederholt das SIF dieses Vorbringen. Als Beleg reichte das SIF die entsprechende E-Mail vom 21. November 2014 an den Antragsteller mit ein. Damit sei das Gesuch vom 12. September 2013 – und folglich auch das vorliegende Begehren um Zugang zu Dokumenten zum Steuerstreit – soweit es Dokumente des SIF betrifft, abschliessend beantwortet.

E. 35

Der Antragsteller bringt in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 lediglich vor, dass die Aussage des SIF, sie verfüge über keine Unterlagen über die Verhandlungen im Steuerstreit mit den USA, nachweislich falsch sei. Immerhin sei der Staatssekretär des SIF bei den Verhandlungen mit den USA federführend gewesen.

E. 36

Umstritten und zu prüfen ist vorliegend demnach lediglich, ob das SIF über weitere amtliche Dokumente zum Steuerstreit verfügt, die es dem Antragsteller bis anhin nicht zugänglich gemacht hat bzw. ob tatsächlich von der Nichtexistenz weiterer amtlicher Dokumente auszugehen ist.²⁷

23 Urteil des BGer 1C_394/2016 vom 27. September 2017 E. 2.4.7; Empfehlung EDÖB vom 19. Februar 2019: ENSI / Dokumente Strahlen- dosis, Ziff. 25. 24 SRF-Dokumentation Die Akte UBS, ab Minute 48:00, abrufbar unter <https://www.srf.ch/play/tv/> > Themen > Dok & Reportagen > Suche > "Die Akte UBS" (zuletzt abgerufen am 14. Dezember 2022). 25 Vgl. Urteil des BVer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 Erwägung A des Sachverhalts. 26 Für detailliertere Hinweise zur erwähnten Auflistung siehe die Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: SIF/ Korrespondenz Ziffer 5 ff. 27 Vgl. Ziffer 20.

8/9

E. 37

Der Antragsteller legt nicht konkret dar, aus welchen Gründen beim SIF weitere vom Zugangsge- such erfasste Dokumente vorhanden sein sollten, sondern verweist in seiner ergänzenden Stel- lungnahme nur auf dessen Federführung für die Verhandlungen mit den USA im Steuerstreit. Da- bei ist zu beachten, dass sich das Zugangsgesuch auf Dokumente lediglich aus dem Zeitraum vom 16. Dezember 2011 bis und mit 18. Januar 2012 bezieht. Was diesen Zeitraum betrifft, war die Federführung gemäss Angaben des SIF und des BJ wie folgt verteilt: "Im fraglichen Zeitpunkt zwischen dem 16."Dezember 2011 und dem 18."Januar 2012, für den [der Antragsteller] die ge- nannte Korrespondenz verlangt, war die FINMA28 bis zum 30. Dezember 2011 federführend für die Gespräche mit den US-Behörden in Bezug auf die Lieferung von Daten über Bankmitarbei- tende (Kundendaten ausgenommen). Nachdem sich die Diskussionen mit den US-Behörden Ende Dezember 2011 stark auf die Rechtshilfethemen verlagerte und die Aspekte der Amtshilfe in den Hintergrund traten, ersuchte die FINMA das BJ am 30. Dezember 2011, die Federführung für die folgenden Gespräche mit den US-Behörden zu übernehmen. Ab diesem Zeitpunkt war das BJ somit federführend. Ab dem 18. Januar 2012 waren das EJPD (BJ) und das EFD gemeinsam federführend für die Frage der Lieferung von Mitarbeiterdaten an die US-Behörden."29 Daraus folgt, dass im relevanten Zeitraum das SIF die Federführung nur gerade am letzten Tag – zusam- men mit dem BJ – innehatte. Das SIF hat – abgesehen von den dem Antragsteller zugänglich gemachten Dokumenten Nr. 2 und 31 – keine weiteren amtlichen Dokumente im interessierenden Zusammenhang identifizieren können. Gleichzeitig kann der Beauftragte in dem ihm vorliegenden Dokumenten zum Steuerstreit keine Hinweise erkennen und vom Antragsteller wird auch nicht entsprechend belegt, wonach weitere, bisher nicht identifizierte Dokumente vorhanden sein soll- ten.

E. 38

Im Ergebnis kann der Beauftragte keine Hinweise erblicken, dass das SIF über weitere, dem An- tragsteller nicht bereits zugänglich gemachte, amtliche Dokumente im vom Zugangsgesuch defi- nierten Umfang verfügt weshalb es diese nicht zugänglich machen kann. Der Beauftragte emp- fiehlt dem SIF in Bezug auf die Dokumente zum Steuerstreit an seinem Bescheid, über keine weiteren amtlichen Dokumente im Sinne des Zugangsgesuchs zu verfügen, festzuhalten (Zif- fer 42).

E. 39

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das SIF hat im Schlichtungsverfahren hinsichtlich der Auflistung Behördenmitglieder plausibel dargelegt, dass die vom Antragsteller gewünschte Auflistung weder beim SIF vorhanden ist noch

mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann und folglich kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert. In Bezug auf die mobile Korrespondenz hat das SIF hingegen nicht hinreichend dargetan, dass sich diese in Form von amtlichen Dokumenten nicht zu einem früheren Zeitpunkt bereits beim SIF befunden hat, weshalb sie zu beschaffen und nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich zu machen ist. Hinsichtlich der Dokumente zum Steuerstreit kann der Beauftragte keine Hinweise erblicken, dass das SIF über weitere, dem Antragsteller nicht bereits zugänglich gemachte, amtliche Dokumente im vom Zugangsgesuch definierten Umfang verfügt weshalb es diese nicht zugänglich machen kann. III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 40

Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen hält in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder an seinem Bescheid, über keine amtlichen Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ zu verfügen, fest.

E. 41

Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen beschafft die vom Zugangsgesuch erfasste mobile Korrespondenz und gewährt Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.

28 Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA. 29 Empfehlung EDÖB vom 18. Dezember 2013: BJ und SIF/Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, Ziffer 28.

9/9

E. 42

Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen hält in Bezug auf die Dokumente zum Steuerstreit an seinem Bescheid, über keine dem Antragsteller nicht bereits zugänglich gemachte amtliche Dokumente im Sinne des Zugangsgesuchs zu verfügen, fest

E. 43

Der Antragssteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Staatssekretariat für internationale Finanzfragen den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 44

Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 45

Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 46

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragsstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 47

Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R) X. __ (Antragsteller)
- Einschreiben mit Rückschein (R)

Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF 3003 Bern

E. 48

Eine Kopie dieser Empfehlung geht zur Kenntnis an: - Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, 3003 Bern (per Einschreiben) - Bundesamt für Justiz BJ, 3003 Bern (per Einschreiben)

Adrian Lobsiger Der Beauftragte André Winkler Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip

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