

EDOEB empfehlung-vom-27-november-2023-d1-und-d2-gs-efd-dokumente-zur-uebernahme-der-cr-2023-11-27 vom 27. November 2023

EDÖB, 2023-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-27-november-2023-d1-und-d2-gs-efd-dokumente-zur-uebernahme-der-cr-2023-11-27

FR: EDOEB empfehlung-vom-27-november-2023-d1-und-d2-gs-efd-dokumente-zur-uebernahme-der-cr-2023-11-27 du 27 novembre 2023

IT: EDOEB empfehlung-vom-27-november-2023-d1-und-d2-gs-efd-dokumente-zur-uebernahme-der-cr-2023-11-27 del 27 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

E. 2

Verordnung vom 16. März 2023 über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken (AS 2023 135).

E. 3

Public Liquidity Backstop PLB: staatliche Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken.

E. 4

Am 28. April 2023 reichten die Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

E. 5

Mit Schreiben vom 28. April 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber den Antragstellern den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS-EFD dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 6

Mit E-Mail vom 11. Mai 2023 erklärte der Beauftragte gegenüber dem GS-EFD, dass im vorliegenden Schlichtungsverfahren auf Wunsch des Beauftragten⁷ ausnahmsweise eine Einsichtnahme vor Ort (d.h. in den Räumlichkeiten des EFD) stattfinden werde. Die Frist für die Bereitstellung der Dokumente werde dem GS-EFD zu gegebener Zeit mitgeteilt.

E. 7

Am 15. Mai 2023 reichte das GS-EFD das Zugangsgesuch, dessen Empfangsbestätigung sowie die Stellungnahme des GS-EFD vom 14. April 2023 und teilte mit, dass es an der Stellungnahme vom 14. April 2023 festhalte.

E. 8

In der E-Mail vom 2. Juni 2023 an das GS-EFD schlug der Beauftragte für die Besprechung des weiteren organisatorischen Vorgehens und die praktische Durchführung dieses komplexen

5 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3). 6 Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken (PLB-NVO; SR 952.3), Änderung vom 6. September 2023 (AS 2023 495). 7 vgl. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter: Fragen- und Antwortenkatalog des EDÖB vom 13. Oktober 2022 für die Anhörung durch die GSK vom 28. Oktober 2022 zum BGÖ, S. 4 (abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home.html> > Öffentlichkeitsprinzip > Services BGÖ [zuletzt abgerufen am 30. August 2023]).

3/23 und umfangreichen Schlichtungsverfahren – insbesondere der Dokumenteneinsicht – eine Sitzung mit Vertreterinnen und Vertretern des GS-EFD vor.

E. 9

Am 16. Juni 2023 fand in den Räumlichkeiten des Beauftragten eine kurze Sitzung mit Vertreterinnen und Vertreter des GS-EFD statt. Während dieser Besprechung wurden einerseits die zwischenzeitlich, d.h. seit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS, eingereichte Kommission der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates SPK-N8 und der Beschluss des Parlaments zur Einsetzung einer Parlamentarischen Untersuchungskommission PUK9 im Kontext dieser Übernahme erwähnt. In Anbetracht dieser Ereignisse wurde dem GS-EFD eine Frist bis am 26. Juni 2023 für eine diesbezügliche ergänzende Stellungnahme eingeräumt. Andererseits wurde die Durchführung der Einsichtnahme des Beauftragten in die von den Schlichtungsverfahren betroffenen Dokumente thematisiert. Das GS-EFD gab an, dass die Zusammenstellung der Dokumentation in Arbeit, diese allerdings aufgrund deren Umfangs noch nicht komplett sei. Die Aufbereitung der Dokumente sei auch für die Arbeit der PUK erforderlich und betreffe teilweise identische Dokumentenbestände, wobei der Zeitpunkt der Erledigung in beiden Fällen noch nicht bekannt sei. In Kenntnis der Fortführung der Aufbereitung der Akten durch das GS-EFD werde der Beauftragte die ergänzende Stellungnahme abwarten und im Anschluss das weitere Vorgehen bestimmen sowie weitere Angaben zur Durchführung der Dokumenteneinsicht machen.

E. 10

Am 26. Juni 2023 reichte das GS-EFD eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin macht das GS-EFD zunächst geltend, dass gemäss Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu Informationen und Daten, die namentlich im Zusammenhang mit der Gewährung, Verwaltung, Überwachung und der Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien notwendig sind, ausgeschlossen ist. Dabei sei zu beachten, dass gestützt auf diese Bestimmung – auch wenn der Wortlaut etwas anderes nahelegen scheine – der Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Liquiditätshilfe und der Übernahme der Credit Suisse insgesamt zu verweigern sei. Die Auslegung, dass der Zugang nur für Dokumente ausgeschlossen werden solle, welche nach dem Inkrafttreten der PLB-NVO erstellt worden seien, entspreche nicht dem Willen des Verordnungsgebers. Weiter verweist das GS-EFD auf die von den Eidgenössischen Räten eingesetzte PUK, deren Aufgabe unter anderem die

Sichtung und Bewertung der im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse angefallenen Dokumente sein werde. Diese könne nicht unbeeinflusst erfolgen, wenn beispielsweise die öffentliche Meinung bereits durch die mediale Berichterstattung beeinflusst worden sei. Die Gewährung des Zugangs zu Dokumenten im Zusammenhang mit den Ereignissen rund um die Übernahme der Credit Suisse würde die freie Meinungsbildung der PUK beeinträchtigen, weshalb der Zugang in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ zum Schutz deren Meinungs- und Willensbildung zumindest bis zum Abschluss der Arbeiten der PUK aufzuschieben sei. Art. 171 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10), wonach die Einsetzung einer solchen Untersuchungskommission die Durchführung von zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren sowie von Voruntersuchungen und Gerichtsverfahren in Strafsachen nicht hindert, zeige keinen Einfluss auf Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Selbst wenn entgegen dem Ausgeführten davon auszugehen wäre, dass Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO keinen pauschalen Ausschluss des Zugangs vorsehe, wäre der Zugang schliesslich gestützt auf die Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes vollständig zu verweigern. Der Zugang zu den verlangten Dokumenten würde den durch die Massnahmen angestrebten Erhalt der Stabilität des Finanzmarktes und damit die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Darüber hinaus könnte die Offenlegung es erlauben nachzuvollziehen, ob und gegebenenfalls welche vertraulichen Diskussionen mit internationalen Partnern geführt worden sind, was die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigen könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ). Ausserdem seien im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS eine Vielzahl von Haftungsansprüchen in Milliardenhöhe gegen die Eidgenossenschaft öffentlich angedroht worden,

8 Staatspolitische Kommission des Nationalrates SPK-N: Öffentlichkeitsprinzip nicht einschränken: Einreichung einer Kommissionsmotion, Medienmitteilung vom 12. Mai 2023; vgl. auch Motion SPK-N "Kein Ausschluss des Öffentlichkeitsprinzips" (23.3587). 9 Bundesbeschluss über die Einsetzung einer Parlamentarischen Untersuchungskommission zur Untersuchung der Geschäftsführung der Behörden im Zusammenhang mit der Notfusion der Credit Suisse mit der UBS vom 8. Juni 2023, BBl 2023 1369 (nachfolgend: BBl 2023 1369).

4/23 weshalb die Gefahr bestehe, dass offen gelegte Dokumente aus dem Zusammenhang gerissen und in Prozessen gegen die Eidgenossenschaft verwendet würden. Dadurch würden die wirtschaftspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ). Abschliessend müsse beachtet werden, dass die angefragten Dokumente Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Banken enthielten bzw. die enthaltenen Informationen Rückschlüsse auf solche zuliessen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ).

E. 11

Mit E-Mail vom 18. Juli 2023 informierte der Beauftragte die Antragsteller darüber, dass vorliegend aufgrund der Anzahl der Schlichtungsanträge zu diesem Thema und der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen¹⁰ auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde¹¹, er im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhalte (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ).

E. 12

Ebenfalls mit E-Mail vom 18. Juli 2023 gelangte der Beauftragte an das GS-EFD und erklärte, dass er vorsehe, die Einsicht in die von den Schlichtungsverfahren erfassten Dokumente in der Woche vom 14. August 2023 in den Räumlichkeiten des EFD durchzuführen. Das GS-EFD wurde zudem gebeten, Inhaltsübersichten mit den Dokumenten der jeweiligen Zugangs- resp. Schlichtungsverfahren bereitzuhalten.

E. 13

Am 7. August 2023 reichten die Antragsteller eine ergänzende Stellungnahme ein. Sie stellten sich darin vorab auf den Standpunkt, dass in der PLB-NVO nirgends festgehalten sei, dass die Verordnung auch Dokumente vom BGÖ ausnehme, die vor Inkrafttreten der Verordnung entstanden seien. Soweit das GS-EFD behaupte, bei Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO liege eine unechte Rückwirkung vor, werde diese Behauptung nicht begründet und treffe auch nicht zu. Überdies erfasse Art. 6 PLB-NVO lediglich spezifische Informationen und Daten, nämlich solche, welche "im Zusammenhang mit der Gewährung, Verwaltung, Überwachung und der Abwicklung von Liquiditätshilfedarlehen und Ausfallgarantien notwendig sind". Die mit dem Zugangsgesuch verlangten Dokumente fielen demnach nicht unter die Verordnung, weshalb aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes das Recht auf Zugang zu den verlangten Dokumenten bestehe. Eine entsprechende Einsicht in die Akten tangiere die PUK nicht, zumal die verlangten Dokumente nicht die Notfusion beträfen, welche die PUK gemäss Bundesbeschluss zu behandeln habe. Ergänzend hielten die Antragsteller fest, dass das GS-EFD nicht ausführe, aus welchen Gründen die vorgebrachten Ausnahmegestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes konkret zur Anwendung kommen soll. Der pauschale Verweis auf Ausnahmegestimmungen sei für eine Zugangsverweigerung ungenügend. Im Ergebnis sei die Einsicht wie verlangt zu gewähren. Insgesamt sei zu betonen, dass am Zugang zu den verlangten Dokumenten ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe.

E. 14

Am 16. August 2023 erfolgte die Dokumenteneinsicht, welche auf Antrag des Beauftragten in den Räumlichkeiten des EFD stattfand. Das GS-EFD hielt, den Zugangsgesuchen entsprechend, jeweils eine separate Dokumentenmappe inkl. Inhaltsverzeichnis bereit. Nach einführenden allgemeinen Bemerkungen zu den vorgelegten Dokumenten sowie Hinweisen des GS-EFD zu ange drohten Haftungsansprüchen gegen die Eidgenossenschaft richtete der Beauftragte einige Fragen an das GS-EFD. Anschliessend konnte der Beauftragte die vom GS-EFD bereitgestellten Dokumente frei prüfen, wobei sich das GS-EFD weiterhin für die Beantwortung von Fragen zur Verfügung hielt. Im Anschluss an die Dokumenteneinsicht bat der Beauftragte das GS-EFD "[...] um schriftliche Präzisierung der Relevanz der aktuell hängigen und noch zu erwartenden Klageverfahren der Gläubiger bzw. Aktionäre der Credit Suisse sowie der Relevanz der von den Zugangsgesuchen betroffenen Dokumente mit Bezug auf diese Verfahren. Ausserdem bitten wir Sie um schriftliche Bestätigung, dass alle uns in der heutigen Sitzung zugänglich gemachten Dokumente an die Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) zur CS-Notfusion übermittelt wurden. Sofern dies nicht der Fall ist, bitten wir um Mitteilung, welche Dokumente nicht ediert wurden."

E. 15

In seiner E-Mail vom 25. August 2023 an den Beauftragten präzisierte das GS-EFD ausgewählte Aspekte zur Bedeutung der hängigen oder drohenden Verfahren und äusserte sich damit zusam-

10 Vgl. Art. 12a der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31). 11 Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz obliegt die Festlegung des Verfahrens im Einzelnen dem Beauftragten; er kann dasjenige Vorgehen wählen, das dem einzelnen Fall am besten angemessen ist (Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024).

5/23 menhängend zur Relevanz der diese allfällig betreffenden Dokumente. Das GS-EFD wies dabei auf die im Nachgang zu den Massnahmen zur Rettung der Credit Suisse zahlreichen öffentlich angekündigten Rechtsverfahren hin, u.a. gegen die Eidgenossenschaft. "Neben Klagen nach nationalem Recht sind dabei vielfach auch mögliche Klagen an internationale Gerichte gestützt auf Investitionsschutzabkommen genannt worden." Mangels Kenntnis über verfolgte Argumentationslinien lasse sich nicht hinreichend verlässlich abschätzen, welche Informationen in einem allfälligen Prozess für die prozessuale Position nachteilig sein könnten. Im Ergebnis sei deshalb zur Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft von höchster Bedeutung, dass der Zugang zu Dokumenten betreffend die Rettung der Credit Suisse bis zur definitiven Erledigung der drohenden Entschädigungsforderungen umfassend verweigert werde. Abschliessend bestätigte das GS-EFD ausdrücklich, dass "[...] sämtliche der Ihnen zugänglich gemachten Dokumente auch der Parlamentarischen Untersuchungskommission zugänglich gemacht wurden."

E. 16

Auf die weiteren Ausführungen der Antragsteller und des GS-EFD sowie auf die eingereichten und/oder in den Räumlichkeiten des EFD gesichteten 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. 17

Die Antragsteller reichten ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-EFD ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragsteller sind 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. 18

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹² 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.

E. 19

Mit Inkrafttreten des totalrevidierten Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) am 1. September 2023 wurden der Schutz, die Bearbeitung und die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen aus dem Datenschutzgesetz ausgenommen. Das Datenschutzgesetz findet deshalb nur noch auf (Personen-)Daten natürlicher Personen Anwendung. Im revidierten Art. 9 Abs. 2 BGÖ wird für den Zugang von Personendaten auf das Datenschutzgesetz (neu Art. 36 DSG) verwiesen. In Bezug auf die Daten juristischer Personen verweist das Öffentlichkeitsgesetz neu auf Art. 57s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).

E. 20

Angesichts der Tatsache, dass das Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht¹³ hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Beschwerdeverfahrens in Kraft getreten ist. Es weist darauf hin, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, ausser das seither geänderte Recht sehr ausdrücklich eine andere Ordnung vor. "Es ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen." Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleich geblieben

12 BBl 2003 2024. 13 Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H.

6/23 und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlichtungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes an. B. Materielle Erwägungen

E. 20.00

Uhr (Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO) erstellt oder der Behörde mitgeteilt wurden; vgl. Ziffer 49), wird in Anwendung von Art. 4 (Bst. a) BGÖ spezialgesetzlich geregelt, weshalb die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind. Mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes ist das Zugangsgesuch in diesem Umfang abzuweisen. - Soweit die vom Zugangsgesuch umfassten Dokumente in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen, geht aus den Ziffern 61-64 hervor, dass das GS-EFD in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ die in den Ziffern 63 und 64 dargelegte Triage durchführt und hernach den Zugang zu denjenigen Dokumenten, deren Bekanntgabe eine wesentliche Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung der PUK zur Folge haben könnte, in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ bis zum Abschluss der Arbeiten der PUK aufschiebt. Nach Abschluss der Arbeiten der PUK gewährt das GS-EFD den vollständigen Zugang zu den Dokumenten, da das GS-EFD im Schlichtungsverfahren das Vorliegen von Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b, d, f und g sowie Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte hinreichend dargelegt hat. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den

verlangten Dokumenten somit nicht widerlegt. Das GS-EFD berücksichtigt dabei, welche Informationen die PUK dannzumal öffentlich gemacht haben wird und beachtet die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV). Das GS-EFD prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind. - Das GS-EFD gewährt den Zugang zu denjenigen vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumenten, für welche der Zugang gemäss durchgeführter Triage nicht aufzuschieben ist, da das GS-EFD im Schlichtungsverfahren das Vorliegen von Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, d, f und g sowie Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte hinreichend dargelegt hat. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten

92 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 3.3.2.

22/23 Dokumenten nicht widerlegt. Das GS-EFD berücksichtigt dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV). Das GS-EFD prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind. - Aufgrund des Beschleunigungsgebots⁹³ und aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte dem GS-EFD, im Fall der Durchführung einer Anhörung direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu erlassen, sofern das GS-EFD den Zugang zu den verlangten Dokumenten einschränkt. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass betroffene Dritte vor Erlass der Verfügung zumindest einmal Gelegenheit erhalten, sich zur Sache zu äussern⁹⁴ und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verfügungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können. 99. Abschliessend ist anzumerken, dass es dem GS-EFD unbenommen ist, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b, c, d, f und g sowie Art. 8 Abs. 1 BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen. Wie bereits ausgeführt, ist es Aufgabe der Fachbehörde, sich mit strittigen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen.⁹⁵

93 BBl 2003 2023; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, Rz. 18. 94 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4. 95 Vgl. Ziffer 64 und Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

23/23 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 100. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements schiebt den Zugang zu denjenigen vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumenten, welche die von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse für die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ erfüllen, bis zum Abschluss der Arbeiten der PUK auf, soweit sie in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes im hiavor dargelegten Sinn fallen (vgl. Ziffer 98). Nach Abschluss der Arbeiten der PUK gewährt das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements den vollständigen Zugang zu den Dokumenten, da es die Wirksamkeit von Ausnahmebestimmungen bis anhin nicht hinreichend begründet hat. 101. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements gewährt Zugang zu den vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumenten, soweit sie in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes im hiavor dargelegten Sinn fallen (vgl. Ziffer 98) und der Zugang nicht in Anwendung von Art. 7

Abs. 1 Bst. a BGÖ aufgeschoben wird (Ziffer 100), da es die Wirksamkeit von Ausnahmebestimmungen bis anhin nicht hinreichend begründet hat. 102. Die Antragsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 103. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 104. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 105. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 106. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

D.1 __ und D.2 __ (Antragsteller) - Einschreiben mit Rückschein (R)

Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements GS-EFD Bundesgasse 3 3003 Bern

107. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an: - PUK, Sekretariat der parlamentarischen Untersuchungskommission, 3003 Bern (per A-Post).

Adrian Lobsiger Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

E. 21

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.¹⁴

E. 22

Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten entsprechend dem Zugangsgesuch (vgl. Ziffer 2).

E. 23

Mit dem vorliegend relevanten Zugangsgesuch verlangen die Antragsteller mitunter Korrespondenz zwischen dem EFD und der SNB resp. der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA und Protokolle allfälliger Sitzungen und damit potenziell Dokumente dieser beiden Behörden. Das GS-EFD hat sich in seinen Stellungnahmen zur Zugänglichkeit dieser Dokumente nicht geäussert.

E. 24

Die Antragsteller führen in der Stellungnahme vom 7. August 2023 aus, dass das Öffentlichkeitsgesetz zwar für die SNB oder die FINMA nicht gelte, die verlangten Dokumente jedoch im Besitz des EFD seien, weshalb der Zugang zu gewähren sei. Dies gelte insbesondere für die Punkte 3 und 4 des Zugangsgesuchs, welche weder die SNB noch die FINMA tangierten.

E. 25

Nach Art. 2 Abs. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für die SNB und die FINMA. In einer früheren Empfehlung hat der Beauftragte die Ansicht vertreten, dass die FINMA privaten Dritten gleichgestellt ist. Diesfalls wären Dokumente der FINMA nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich, soweit sie in den Dokumentenbestand

einer Behörde nach Art. 2 Abs. 1 BGÖ Eingang gefunden haben und zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ).¹⁵ Bei genauerer Betrachtung dürfte diese Einschätzung jedoch, wie sich sogleich zeigen wird, unzutreffend sein.

E. 26

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage, ob die FINMA bei der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes allenfalls wie eine private Dritte zu behandeln ist, bis anhin offen gelassen. Es hat lediglich festgehalten, dass es sich bei der FINMA nicht um eine Behörde i.S.v. Art. 10, 12 und 15 BGÖ handelt, "[...] sondern, wenn schon, um eine 'Dritte, die nicht dem BGÖ untersteht'."¹⁶ Wie diese Aussage genau zu verstehen ist, lässt sich den Erwägungen nicht entnehmen. Das Bundesverwaltungsgericht führt weiter aus: "Dem Interesse der Vorinstanz [FINMA], ihren Standpunkt einzubringen, kann vorliegend im Übrigen Rechnung getragen werden, indem diese von der zuständigen Behörde in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 4 VBGÖ ins Verfahren einbezogen wird."¹⁷ Diese Auffassung spricht eher gegen die Qualifizierung der FINMA als gewöhnliche private Dritte, zumal deren Interessen grundsätzlich im Rahmen der Anhörung nach Art. 11 BGÖ eruiert werden.¹⁸

E. 27

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 BGÖ gilt das Gesetz als Ganzes nicht für die SNB und die FINMA. Dies hat zur Konsequenz, dass namentlich auch die Definitionsmerkmale des amtlichen Dokuments nach Art. 5 BGÖ keine Anwendung finden. Daraus folgt, dass von der SNB oder der FINMA an eine dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörde übermittelte Dokumente nicht zu amtlichen Dokumenten im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes werden.¹⁹ Somit sind Dokumente der SNB und der FINMA dem Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz unter dem sogleich angemerkten Vorbehalt (Ziffer 29) auch dann entzogen, wenn sie einer Behörde, welche vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst wird, mitgeteilt worden sind oder sich in deren Besitz befinden.

14 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 15 EDÖB Empfehlung vom 18. Dezember 2013: BJ und SIF / Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, Ziffer 26. 16 Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.1. 17 Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.2. 18 Vgl. BGE 142 II 340 E. 4.6 m.w.H. 19 THOMAS SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2 Rz. 50.

7/23

E. 28

Sodann ist der Status der SNB zu berücksichtigen: Die SNB verfügt über einen besonderen Status der Unabhängigkeit gegenüber dem Bundesrat und der Bundesverwaltung (vgl. Art. 99 BV). Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11) dürfen die Nationalbank und die Mitglieder ihrer Organe bei der Wahrnehmung der geld- und währungspolitischen Aufgaben weder vom Bundesrat noch von der Bundesversammlung oder von anderen Stellen Weisungen einholen oder entgegennehmen. Um diese Unabhängigkeit auch im Bereich des Informationszugangs zu gewährleisten, sollte die SNB nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt werden.²⁰ Vor diesem Hintergrund mutet es widersprüchlich an, wenn die SNB

nicht selbst über den Zugang sie betreffender Dokumente entscheiden kann, andere Behörden hingegen über den Zugang zu Informationen, welche sie von der SNB erhalten haben, entscheiden.²¹ Darin ist ein Hinweis zu erblicken, dass die SNB bei der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes nicht als private Dritte zu betrachten ist, sondern dass die von der SNB erstellten und mitgeteilten Dokumente dem Zugang insgesamt entzogen sind. Um eine unterschiedliche Anwendung der beiden in Art. 2 Abs. 2 BGÖ erwähnten Institute zu verhindern, ist diese Auffassung (zumindest im Ergebnis) auch für die FINMA zu beanspruchen.

E. 29

Soweit vom Zugangsgesuch erfasste Dokumente von der FINMA oder der SNB im Auftrag oder in Vertretung des GS-EFD resp. einer anderen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Stelle erstellt worden sind, kann für diese nicht die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 BGÖ angerufen werden. Zentrales Kriterium für die Zurechnung sämtlicher unter diesen Umständen erstellten Dokumente zum Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist dabei die Tatsache, dass die infragestehenden Institutionen/Organisationen öffentliche Aufgaben übernehmen, welche gewöhnlich von der Zentralverwaltung bzw. von dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Stellen wahrgenommen werden müssen, weshalb sie in diesem Umfang als deren verlängerter Arm wirken. Wären diese Dokumente dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen, stünde es im Belieben des Bundesrates oder seiner Departemente, durch die einzelfallweise Auslagerung von Verwaltungsaufgaben das Öffentlichkeitsprinzip auszuhebeln.²²

E. 30

Zwischenfazit: Gemäss Art. 2 Abs. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für die SNB und die FINMA, weshalb von diesen erstellte oder durch diese anderen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörden mitgeteilte Dokumente nicht vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst werden. Das GS-EFD kann für diese Dokumente an der Abweisung des Gesuchs festhalten. Vorbehalten bleiben Dokumente, welche nicht in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der SNB oder FINMA, sondern von diesen in Vertretung oder im Auftrag einer anderen Behörde erstellt worden sind (vgl. Ziffer 29).

E. 31

Das GS-EFD macht in seinen Stellungnahmen vorab geltend, die von den Antragstellern verlangten Dokumente seien Informationen i.S.v. Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO, weshalb der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz ausgeschlossen sei. Weiter erklärt das GS-EFD: "Zwar scheint der Wortlaut der Bestimmung nahezu legen, dass der Ausschluss des Zugangs nach BGÖ nur Informationen betrifft, die gestützt auf die PLB-NVO ausgetauscht wurden, mithin den Zugang nur zu Dokumenten ausschliessen soll, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung erstellt wurden. Diese am Wortlaut orientierte Auslegung entspricht aber nicht dem Willen des Verordnungsgebers. Dieser wollte den Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Liquiditätshilfe und der Übernahme der Credit Suisse insgesamt ausschliessen. Ein Grund für eine Unterscheidung zwischen Dokumenten, die vor und nach dem Inkrafttreten der Verordnung erstellt wurden, ist nicht ersichtlich. Der Verordnungsgeber wollte zum einen den ausserordentlich hohen Geheimhaltungsbedürfnissen im Zusammenhang mit diesem Geschäft Rechnung tragen [...], zum andern berücksichtigte er, dass die durch das Geschäft ausserordentlich

belasteten beteiligten Behörden vor- derhand nicht in der Lage sind, eine zuverlässige Ausscheidung der äusserst grossen Menge von Dokumenten vorzunehmen, bei denen überwiegende Geheimhaltungsinteressen bestehen. Der Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit diesem Geschäft ist insgesamt zu verweigern."

20 BBl 2003 1988. 21 THOMAS SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2 Rz. 53. 22 Vgl. dazu BVGE 2011/52 E. 4.2 zur Unterstellung einer Experten- beziehungsweise Ad-hoc-Kommission unter das Öffentlichkeitsgesetz, sofern sie öffentliche Aufgaben übernimmt, welche gewöhnlich von der Zentralverwaltung wahrgenommen werden.

8/23

E. 32

Die Antragsteller bringen in der Stellungnahme vom 7. August 2023 dagegen vor, dass Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO vorsehe, in stark eingeschränktem Umfang Informationen und Daten vom Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz auszunehmen. Mit dem Zugangsgesuch verlangten sie allerdings explizit nur Zugang zu Dokumenten, welche vor Inkrafttreten der PLB-NVO entstanden sind. In der PLB-NVO sei nirgends festgehalten, dass die Verordnung auch Dokumente vom Öffentlichkeitsgesetz ausnehme, die vor Inkrafttreten der Verordnung entstanden seien. Soweit das GS-EFD behaupte, bei Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO liege eine unechte Rückwirkung vor, werde diese Behauptung nicht begründet und treffe auch nicht zu. Überdies erfasse Art. 6 PLB-NVO lediglich spezifische Informationen und Daten, nämlich solche, welche "im Zusammenhang mit der Gewährung, Verwaltung, Überwachung und der Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien notwendig sind". Die mit dem Zugangsgesuch verlangten Dokumente beträfen einen Zeitpunkt, in welchem sich die Krise rund um die Credit Suisse erst anbahnte und noch gar keine Dokumente zur Notfusion oder zum Vollzug von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien vorliegen konnten. Die geforderten Dokumente fielen demnach nicht unter die Verordnung, weshalb aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes das Recht auf Zugang zu den verlangten Dokumenten bestehe.

E. 33

Nach Art. 6 PLB-NVO tauschen das EFD, die FINMA und die SNB nicht öffentlich verfügbare Informationen aus, die namentlich im Zusammenhang mit der Gewährung, Verwaltung, Überwachung und der Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien notwendig sind. Sie dürfen Personendaten und andere Informationen bearbeiten, verknüpfen und untereinander sowie an Dritte bekanntgeben, soweit dies für den Vollzug der Verordnung, namentlich für die Gewährung, die Verwaltung, die Überwachung und die Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und von Sicherheiten oder für die Marktbeobachtung notwendig ist. Gemäss Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO ist der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu diesen Informationen und Daten ausgeschlossen. In den Erläuterungen zur PLB-NVO wird explizit festgehalten, dass Abs. 3 eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ darstellt.²³

E. 34

Gemäss Art. 4 BGÖ sind Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), was zur Folge hat, dass die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den

Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind.²⁴ Demnach ist zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO als Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ zu qualifizieren ist und folglich der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und dessen Zugangsrecht entgegensteht.

E. 35

Die PLB-NVO ist eine Bundesratsverordnung, welche sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV stützt. In einem ersten Schritt ist folglich zu prüfen, ob die erwähnten Verfassungsbestimmungen eine ausreichende (Rechts-)Grundlage für Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO darstellen.

E. 36

Unter der Bezeichnung Beziehungen zum Ausland legt Art. 184 Abs. 3 BV Folgendes fest: Wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert, kann der Bundesrat Verordnungen und Verfügungen erlassen. Verordnungen sind zu befristen. Gemäss Art. 185 BV (Äussere und innere Sicherheit) kann der Bundesrat, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen (Abs. 3). Auf Art. 185 Abs. 3 BV lassen sich dabei nur Massnahmen stützen, die unmittelbar der Krisenbekämpfung dienen.²⁵ Gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV kann der Bundesrat ohne entsprechende Grundlage in einem formellen Gesetz gesetzesvertretende und gesetzergänzende Verordnungen erlassen. Die darin enthaltenen Anordnungen müssen notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig

23 Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF: Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken, Erläuterungen, 16. März 2023 (nachfolgend: Erläuterungen PLB-NVO), S. 12. 24 Vgl. Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 7.2. 25 Urteil des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 2.2.6.

9/23 sein.²⁶ Sofern der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV handelt, müssen die qualifizierten Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 erfüllt sein, da ansonsten die erhöhten Voraussetzungen unterwandert werden könnten.²⁷

E. 37

Im Fall des Vorbehalts des Öffentlichkeitsgesetzes ist für den Beauftragten zumindest dessen Notwendigkeit und auch die Verhältnismässigkeit nicht offensichtlich. In Anbetracht der bereits existierenden Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes, welche mitunter den Schutz von öffentlichen Interessen (behördliche Entscheidungsfindung [Art. 7 Abs. 1 Bst. a, Art. 8 Abs. 1 und 2 BGÖ], wirtschafts- und währungspolitische Interessen [Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ]) sowie privaten Interessen (Berufs- und Geschäftsgeheimnisse [Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ], Privatsphäre und Personendaten [Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ]) gewährleisten, soweit sie begründet sind, ist für den Beauftragten nicht ersichtlich und wird vom Bundesrat auch nicht dargetan, inwiefern berechnete Interessen nicht hinreichend geschützt werden können.²⁸ Im Rahmen der Rettung der UBS im Jahr 2008 wurde in die entsprechende Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG (SR 611.055), welche der Bundesrat ebenfalls gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185

Abs. 3 BV erliess, kein spezialgesetzlicher Vorbehalt aufgenommen, was die Notwendigkeit eines solchen bei der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS ebenfalls fraglich erscheinen lässt. Zu erwähnen ist überdies, dass gemäss Botschaft sowohl auf eine Verlängerung der Gültigkeit von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO wie auch auf eine Überführung dieser Bestimmung ins ordentliche Recht verzichtet werden soll.²⁹ Darin kann ebenfalls ein Hinweis erblickt werden, dass die Notwendigkeit eines spezialgesetzlichen Vorbehalts zumindest nicht naheliegend ist. Schliesslich widerspricht der vorbehaltlose Ausschluss der Verwaltungsöffentlichkeit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, zumal ein Aufschub oder eine zeitliche resp. sachliche Begrenzung des Zugangsausschlusses als mildere Massnahmen durchaus zu prüfen gewesen wären.

E. 38

Im Ergebnis hält der Beauftragte fest, dass in Bezug auf die Verfassungs- bzw. Rechtmässigkeit der Bestimmung von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO durchaus Zweifel bestehen, insbesondere was die Voraussetzungen der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der fraglichen Bestimmung betrifft. Nach der Rechtsprechung können und müssen die Gerichte im konkreten Anwendungsfall die Rechtmässigkeit der einschlägigen Rechtsgrundlagen überprüfen.³⁰ Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens ergibt sich für den Beauftragten weder aus dem Öffentlichkeitsgesetz noch aus der Öffentlichkeitsverordnung eine rechtliche Grundlage für die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO, weshalb er die Klärung dieser Frage den Gerichten überlässt.

E. 39

In einem zweiten Schritt ist sodann zu beurteilen, ob in einer auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Bundesratsverordnung ein Vorbehalt des Öffentlichkeitsgesetzes (rechts- genügend) normiert werden kann. Weder aus dem Öffentlichkeitsgesetz noch aus den Materialien ergeben sich Hinweise zur Qualifizierung von auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV abgestützten Verordnungsbestimmungen als Vorbehalte i.S.v. Art. 4 BGÖ. Der Vorbehalt spezieller Bestimmungen anderer Bundesgesetze nach Art. 4 BGÖ bezieht sich auf Gesetze im formellen Sinn gemäss Art. 163 Abs. 1 BV.³¹ Die PLB-NVO ist – wie bereits erwähnt – eine Bundesratsverordnung, welche sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV stützt. Es handelt sich damit

26 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1-643, 418; In der Literatur finden sich ähnliche verlangte Voraussetzungen: Die öffentliche Ordnung, die innere oder die äussere Sicherheit als Schutzgut, bezüglich des Schutzgutes besteht eine unmittelbar drohende oder eingetretene, schwere Störung (sachliche Dringlichkeit), es liegt zeitliche Dringlichkeit vor und es stehen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung (Subsidiarität) (URS SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf [zit. St. Galler BV-Kommentar], Art. 185 N 71 ff.). 27 URS SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 69. 28 Siehe auch: Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB: Ausschluss des Öffentlichkeitsgesetzes durch Notrecht, Kurzmeldung vom 6. April 2023 (abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home.html> > Kurzmeldungen > 06.04.2023 - Ausschluss des Öffentlichkeitsgesetzes durch Notrecht [zuletzt abgerufen am 31. August 2023]). 29 Vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes, Ziff. 7.7 (abrufbar unter:

www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Bundesrat verabschiedet Botschaft zur Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken [zuletzt abgerufen am: 12. September 2023]) sowie Entwurf zur Änderung der PLB-NVO und Entwurf zur Änderung des BankG (Art. 321 e contrario); für die Aufhebung von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO vgl. auch Fn. 6. 30 Urteil des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 2.2.2 m.w.H., wobei das BVGer darin die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) zu beurteilen hatte, welche sich während der gesamten für das vorliegende Urteil einschlägigen Zeit auf die Rechtsgrundlage von Art. 185 Abs. 3 BV stützte (E. 2.2.1); nach BIAGGINI sind Verordnungen, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV abstützen, einer Überprüfung durch das Bundesgericht prinzipiell zugänglich (konkrete Normenkontrolle) (GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020 S. 242). 31 BBl 2003 1989.

10/23 nicht um von der Bundesversammlung in Form eines Bundesgesetzes erlassene Bestimmungen im Sinne von Art. 163 Abs. 1 BV, was für die Annahme eines Vorbehalts vom Öffentlichkeitsgesetz gemäss Botschaft grundsätzlich vorausgesetzt ist.

E. 40

Der Bundesrat kann direkt gestützt auf die Grundlage von Art. 185 Abs. 3 BV verfassungsunmittelbare, selbstständige Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen.³² Nach der Rechtsprechung und der Lehre können diese selbstständigen Verordnungen ein formelles Gesetz ersetzen und dürfen wichtige rechtssetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV enthalten sowie Grundlage für schwere Grundrechtseinschränkungen sein.³³ Aus der Ermächtigungsgrundlage von Art. 185 Abs. 3 BV ergibt sich für den Bundesrat die Befugnis, anstelle des Gesetzgebers zu handeln.³⁴

E. 41

Zwischenfazit: Verordnungen des Bundesrates gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV können ein formelles Gesetz ersetzen und dürfen wichtige rechtssetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV enthalten sowie Grundlage für schwere Grundrechtseinschränkungen sein. Dies muss demnach auch für die PLB-NVO gelten, was nach Ansicht des Beauftragten insgesamt dafür spricht, dass der Ausschluss des Öffentlichkeitsgesetzes durch Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO grundsätzlich rechtswirksam ist.

E. 42

Zu klären bleibt der zeitliche und sachliche Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO. Die PLB-NVO ist am 16. März 2023 um 20.00 Uhr in Kraft getreten (Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO). Sie enthält keine Bestimmung über eine Rückwirkung einzelner oder aller Gesetzesartikel. Allerdings wird im Erläuternden Bericht zu Art. 6 Abs. 1 PLB-NVO Folgendes festgehalten: "Die Bestimmung erfasst auch Informationen und Unterlagen über zurückliegende Sachverhalte wie beispielweise zu Umfang und Modalitäten der von der SNB gewährten ausserordentlichen und zusätzlichen Liquiditätshilfe-Darlehen, die sich vor einer allfälligen Gewährung der Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie verwirklicht haben, sofern solche Informationen und Unterlagen für den Vollzug der Verordnung notwendig sind."³⁵ Es stellt sich somit die Frage der Rückwirkung der

Bestimmungen der PLB-NVO resp. insbesondere deren Art. 6 Abs. 3 und damit des Ausschlusses des Zugangsrechts nach dem Öffentlichkeitsgesetz auf Dokumente, die vor Inkrafttreten der PLB-NVO erstellt oder den Behörden übermittelt wurden.

E. 43

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen echter/eigentlicher Rückwirkung und unechter/uneigentlicher Rückwirkung.³⁶ Die echte Rückwirkung bzw. die Rückwirkung im eigentlichen Sinne bezeichnet den Fall, dass eine neue gesetzliche Regelung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte angewandt wird.³⁷ Nach bundesgerichtlicher Praxis ist diese nur zulässig, wenn sie im betreffenden Erlass ausdrücklich angeordnet ist oder sich deutlich daraus ergibt, in zeitlicher Beziehung mässig ist, zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten führt, sich durch triftige Gründe rechtfertigen lässt und nicht in wohlerworbene Rechte eingreift.³⁸ Als unechte Rückwirkung resp. Rückwirkung im uneigentlichen Sinne gilt, wenn das neue Recht an einen vorbestehenden Sachverhalt anknüpft oder einen Dauersachverhalt bloss für die Zukunft neu beurteilt.³⁹ Hier findet das neue Recht – gestützt auf Sachverhalte, die früher eingetreten sind und noch andauern – lediglich für die Zeit seit Inkrafttreten (ex nunc et pro futuro) Anwendung.⁴⁰

E. 44

Die PLB-NVO kennt keine ausdrückliche Regelung zur echten Rückwirkung. Vielmehr wird in Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO zu deren Inkrafttreten explizit festgehalten, dass sie für sechs Monate ab Inkrafttreten gilt. Soweit sich das GS-EFD in seiner Stellungnahme darauf beruft, dass für eine Unterscheidung zwischen Dokumenten, die vor und nach dem Inkrafttreten der Verordnung

32 Vgl. auch URS SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 58. 33 Urteil des BVGer C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.3 m.H.; vgl. auch BGE 122 IV 258 E. 2.a m.w.H.; URS SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 89; PIERRE TSCHANNEN: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage 2021, N. 1673. 34 GIOVANNI BIAGGINI: OFK – BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 185 Rz. 10c. 35 Erläuterungen PLB-NVO, S. 11. 36 BGE 138 I 189 E. 3.4. 37 BVGE 2021 V/2 E. 2.4.4 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGer, insb. BGE 144 I 81 E. 4.1; 138 I 189 E. 3.4. 38 BGE 138 I 189 E. 3.4; 122 V 408; 102 Ia 69 E. 3; Urteil des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 2.4.4 m.H.; BVGE 2007/25 E. 3.1; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020 (zit.: Verwaltungsrecht), Rz. 270. 39 BGE 126 V 134 E. 4a m.w.H.; vgl. ausführlicher dazu: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 279 ff. 40 BGE 126 V 134 E. 4a; BGE 119 V 200 E. 5.c/dd m.w.H.

11/23 erstellt wurden, keine Gründe ersichtlich seien, wird dies losgelöst von einem konkreten Bezug zu Ordnungsbestimmungen vorgebracht. Abgesehen davon ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich, dass sich Hinweise für eine echte Rückwirkung – wie von der Rechtsprechung gefordert – deutlich aus dem Erlass ergeben bzw. erkennbar ist, dass eine echte Rückwirkung klar gewollt ist; ausserdem fehlen für die Annahme einer echten Rückwirkung (auch ohne explizite Erlassbestimmung) vorliegend triftige Gründe (vgl. Ziffer 37) und eine zeitliche Beschränkung. Die von der Praxis aufgestellten Anforderungen für eine echte Rückwirkung werden vom GS-EFD nicht hinreichend belegt und sind für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Selbst wenn hier von einer unechten Rückwirkung auszugehen wäre, ist die Anwendung der entsprechenden Verord-

nungsbestimmungen auf früher eingetretene Sachverhalte oder Dauersachverhalte gemäss Bundesgericht auf den Zeitpunkt nach Inkrafttreten des Erlasses beschränkt.⁴¹

E. 45

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung des Bestehens eines Vorbehalts des Öffentlichkeitsgesetzes auf die im Zeitpunkt der Erstellung der Dokumente geltenden rechtlichen Grundlagen abstellt.⁴² Vor Inkrafttreten der PLB-NVO kann sich der Umgang mit Informationen und Daten im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse nicht nach der PLB-NVO gerichtet haben, weshalb Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO auf diese Informationen nicht anwendbar ist.

E. 46

Zusammenfassend kommt der Beauftragte zum Schluss, dass der Vorbehalt des Öffentlichkeitsgesetzes von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO lediglich für die Zeit nach seinem Inkrafttreten Anwendung findet bzw. für Dokumente gilt, welche nach dem 16. März 2023, 20.00 Uhr (Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO), erstellt oder mitgeteilt worden sind.

E. 47

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass amtliche Dokumente, die vor dem 16. März 2023,

E. 48

Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich wird dieser von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO nicht eingehender bezeichnet. Die in Abs. 3 gewählte Formulierung – die explizite Erwähnung von Informationen (bezieht sich auf Abs. 1) und Daten (bezieht sich auf Abs. 2) – kann durchaus als Hinweis verstanden werden, dass Bezug auf die vorangehenden Absätze 1 und 2 genommen wird, welche den Informationsaustausch und die Datenbearbeitung regeln. Auch aus systematischen Gesichtspunkten und aufgrund des Titels von Art. 6 (Informationsaustausch und Datenbearbeitung) ist von einem Bezug auf beide vorhergehenden Absätze 1 und 2 auszugehen, welche infolgedessen den sachlichen Anwendungsbereich des Vorbehalts definieren. Entsprechend wäre der persönliche Geltungsbereich des Ausschlusses anhand der in den Art. 6 Abs. 1 und 2 PLB-NVO erwähnten Behörden und Privaten zu definieren.

E. 49

Gestützt auf das hiervor Ausgeführte kommt der Beauftragte zum Ergebnis, dass der Vorbehalt des Öffentlichkeitsgesetzes von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO – sofern von dessen Verfassungsmässigkeit ausgegangen wird – lediglich für die Zeit nach seinem Inkrafttreten Anwendung findet bzw. für Dokumente gilt, welche nach dem 16. März 2023 um 20.00 Uhr (Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO) erstellt oder der Behörde mitgeteilt wurden, innerhalb des sachlichen Rahmens von Art. 6 Abs. 1 und 2 PLB-NVO und in Bezug auf die darin erwähnten Behörden und beigezogenen Dritten.

E. 50

BBl 2003 2007; Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.2.3 m.w.H.

14/23 oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.⁵¹ Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine

wesentliche Beeinträchtigung.⁵² 62. Eine PUK kann eingesetzt werden, wenn Vorkommnisse von grosser Tragweite der Klärung bedürfen (Art. 163 Abs. 1 ParlG). Gegenstand der Untersuchungen durch die PUK bildet die Geschäftsführung der letzten Jahre des Bundesrates, der Bundesverwaltung und anderer Träger von Aufgaben des Bundes im Zusammenhang mit der Notfusion der Credit Suisse mit der UBS, soweit diese der parlamentarischen Oberaufsicht unterliegen. Zu untersuchen ist die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit der Tätigkeit der genannten Behörden und Organe – sowie deren Zusammenwirken untereinander und mit Dritten.⁵³ Die eigentlichen Untersuchungsarbeiten umfassen insbesondere die Auswertung der relevanten Dokumente.⁵⁴ Die PUK erstattet den beiden Räten Bericht über ihre Untersuchung sowie über allfällige Verantwortlichkeiten und institutionelle Mängel und unterbreitet die nötigen Vorschläge für Massnahmen zur Behebung der Mängel.⁵⁵ Der generell formulierte Auftrag erlaubt es der PUK, alle relevanten Organe und Behörden in den Blick zu nehmen. Auch der zu untersuchende Zeitraum wird weit gefasst und umfasst mindestens Sachverhalte ab dem Jahr 2015 bis zur Umsetzung der Notfusion.⁵⁶ Sodann ist auch der Bestand der Dokumente, die von der Untersuchung erfasst werden, entsprechend breit. Das GS-EFD hat auf entsprechende Aufforderung des Beauftragten ausdrücklich bestätigt, dass sämtliche das Zugangsgesuch betreffende Dokumente auch der PUK zugänglich gemacht wurden, und die Ansicht vertreten, dass die Gewährung des verlangten Zugangs somit Auswirkungen auf die Meinungs- und Willensbildung der PUK zeitigen könnte. 63. Um sich bei der politischen Aufarbeitung der Themenkomplexes keinem unnötigen äusseren Druck auszusetzen, sieht die PUK unter Berufung auf die Schweigepflicht nach Art. 169 ParlG während der Untersuchung namentlich davon ab, über erhaltene Dokumente und Inhalte derselben zu informieren.⁵⁷ In Anbetracht der weit verbreiteten Empörung über den Niedergang der Credit Suisse und die Tragweite deren Übernahme durch die UBS findet die Meinungs- und Willensbildung der PUK vorliegend in einem medial intensiv bearbeiteten Umfeld statt, in welchem aufgrund des herrschenden Erwartungsdrucks eine hohe Nachfrage nach Informationen besteht, die geeignet sein könnten, die ausstehenden Erkenntnisse und Wertungen der PUK vorwegzunehmen. Entsprechend der in der Lehre vertretenen Ansicht, wonach eine Offenlegung nur bei komplexen, umstrittenen oder heiklen Dossiers verhindert werden darf, die einen Reflexions- und Reifungsprozess erfordern,⁵⁸ kann der Beauftragte in diesem Kontext nicht ausschliessen, dass selbst Dokumente von begrenztem Informationsgehalt Anlass zu öffentlichen Spekulationen geben könnten, unter deren Einfluss die Meinungs- und Willensbildung der PUK wesentlich beeinträchtigt werden könnte. Diesbezüglich die nötigen Abgrenzungen und Triagen der Dokumente vorzunehmen, muss der Beauftragte der zuständigen Fachbehörde überlassen⁵⁹, zumal sich das GS-EFD in seinen Stellungnahmen zu diesen Abgrenzungsfragen nicht näher vernehmen liess. 64. Zwischenfazit: Im Ergebnis ist nach Ansicht des Beauftragten hinreichend plausibel, dass die Offenlegung gewisser Informationen und Dokumente im Zusammenhang mit den Ereignissen rund um die Übernahme der Credit Suisse die freie Meinungs- und Willensbildung der PUK wesentlich beeinträchtigen kann. Infolgedessen empfiehlt der Beauftragte dem GS-EFD, den Zugang

51 BBl 2003 2007. 52 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15. 53 BBl 2023 1369, Art. 2. 54 Die Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) "Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion" ist im Zeitplan, Medienmitteilung vom 8. September 2023 (zit.: PUK, Medienmitteilung vom 8. September 2023) (abrufbar unter: www.parlament.ch > Services > News > Medienmitteilung > Die

Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) «Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion» ist im Zeitplan [zuletzt abgerufen am 12. September 2023]). 55 BBl 2023 1369, Art. 3. 56 PUK, Medienmitteilung vom 8. September 2023. 57 Parlamentarische Untersuchungskommission «Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion»: Information und Kommunikation der Parlamentarischen Untersuchungskommission, Richtlinien vom 13. Juli 2023, Ziffer 3.2 (abrufbar unter: www.parlament.ch > Organe > Kommissionen > Aufsichtskommissionen > Parlamentarische Untersuchungskommissionen PUK > PUK – Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion > Dokumente [zuletzt abgerufen am: 12. September 2023]). 58 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ Art. 7 Rz 15. 59 Vgl. Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

15/23 zu denjenigen Dokumenten, deren Bekanntgabe eine wesentliche Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung der PUK zur Folge haben können, in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ bis zum Abschluss der Arbeiten der PUK aufzuschieben. Vorgängig hat das GS-EFD im Sinne einer Triage diejenigen Dokumente, welche die von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse für die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ nicht erfüllen, zu identifizieren und auszusondern. 65. Zu beurteilen bleibt nachfolgend zum einen die Zugänglichkeit derjenigen Dokumente, deren Zugang nicht gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ aufgeschoben werden kann. Zum andern ist die Zugänglichkeit der vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfassten amtlichen Dokumente nach Abschluss der Arbeiten der PUK und damit nach dem Dahinfallen des Grundes für den Zugangsaufschub (Ziffer 64) zu beurteilen. 66. Das GS-EFD bringt in seiner Stellungnahme vom 26. Juni 2023 vor, der Zugang zu den Dokumenten würde den durch die Massnahmen angestrebten Erhalt der Stabilität des Finanzmarktes und damit die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen. Da ein teilweiser Zugang umgehend Spekulationen auslösen würde, welche Dokumente aus welchen Gründen nicht offengelegt würden, müsste auch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ der Zugang vollständig verweigert werden. 67. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahmen beeinträchtigt zu werden droht."⁶⁰ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein⁶¹ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.⁶² Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.⁶³ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt. 68. Das GS-EFD beschränkt sich auf den pauschalen Hinweis betreffend Massnahmen zum Erhalt der Stabilität des Finanzmarktes, ohne eingehender zu belegen, dass die verlangten Dokumente in direktem Zusammenhang mit konkreten laufenden

behördlichen Massnahmen stehen und wie ihre Offenlegung deren Durchführung beeinträchtigen oder ihr Ergebnis beeinflussen könnte. Das EFD führt auf seiner Homepage aus, dass dank der raschen Übernahme der Credit Suisse durch die UBS und den staatlichen Begleitmassnahmen das Finanzsystem nachhaltig stabilisiert werden konnte. Darüber hinaus seien sämtliche Garantien des Bundes beendet, womit "[d]iese zur Wahrung der Finanzstabilität notrechtlich geschaffenen Massnahmen [...] wegfallen [...]"⁶⁴. Der Beauftragte vermag infolgedessen nicht zu erkennen und vom GS-EFD wird auch nicht weitergehend erläutert, welche behördlichen Massnahmen überhaupt betroffen und zu schützen sein könnten. Es ist für den Beauftragten insgesamt nicht erkennbar, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme des GS-EFD vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde.

60 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 61 BGE 144 II 77 E. 4.3. 62 Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1. 63 Urteile des BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023 E. 4.4.1 f.; A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2. 64 Eidgenössisches Finanzdepartement EFD: CS/UBS: Sämtliche Garantien des Bundes beendet, Medienmitteilung vom 11. August 2023 (abrufbar unter: www.efd.admin.ch > Das EFD > Medienmitteilungen > CS/UBS: Sämtliche Garantien des Bundes beendet [zuletzt abgerufen am 8. September 2023]).

16/23 69. Zwischenfazit: Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung des Ausnahmetatbestandes bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte belegt hat, erachtet der Beauftragte die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ als nicht nachgewiesen. 70. Überdies begründet das GS-EFD in seiner Stellungnahme an die Antragsteller die Verweigerung des Zugangs mit einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ), ohne dieses Vorbringen zu begründen. 71. Die Antragsteller halten dem in ihrer Stellungnahme vom 7. August 2023 entgegen, dass das GS-EFD nicht ausführe, aus welchen Gründen konkret die vorgebrachten Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes zur Anwendung kommen sollten. Es schein denn auch abwegig, dass die angeforderten Dokumente im Falle der Offenlegung eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz bedeuten sollten. Der pauschale Verweis auf Ausnahmebestimmungen sei für eine Zugangsverweigerung zudem ungenügend. 72. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz⁶⁵ betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde. Dabei ist nach der Rechtsprechung⁶⁶ nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen wie auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der

Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte.⁶⁷ Als Leitlinie der Prüfung dient dabei das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse. ⁷³. Das GS-EFD beschränkte sich auf den allgemeinen Hinweis auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Dies erweist sich mit Blick auf die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung als zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen. ⁷⁴. Zwischenfazit: Im Ergebnis hat das GS-EFD bisher nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern durch die Bekanntgabe der amtlichen Dokumente die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ als nicht erfüllt. Die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs ist nicht widergelegt. ⁷⁵. Das GS-EFD macht überdies geltend, die Gewährung des Zugangs zu den verlangten Dokumenten sei gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zu verweigern. Das GS-EFD erklärt, eine Einsicht

65 BBl 2003 2009. 66 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H. 67 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

17/23 in die Dokumente könnte es erlauben nachzuzeichnen, ob und gegebenenfalls welche vertraulichen Diskussionen mit internationalen Partnern geführt worden seien, was die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigen könnte. ⁷⁶. Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ gilt, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Dies betrifft auch Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können.⁶⁸ Grundsätzlich können alle Bereiche der auswärtigen Beziehungen, in denen amtliche Informationen anfallen, an deren Bekanntwerden der Bund kein Interesse hat, davon erfasst werden. So kann es sich um rechtliche, politische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder militärische (etc.) Beziehungen handeln. Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein. Die Beeinträchtigung kann sich direkt aus der Offenlegung der Information ergeben oder indirekt aus der Verärgerung eines Staates angesichts der Veröffentlichung der Information, die ihn oder seine Staatsangehörigen betreffen.⁶⁹ Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen.⁷⁰ ⁷⁷. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es nach der Rechtsprechung in der Natur von Entscheidungen politischen

und insbesondere aussenpolitischen Gehalts liegt, dass sie der justiziel- len Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtge- mäss nutzen.⁷¹ 78. Soweit die betroffenen Dokumente Informationen zu vertraulichen Diskussionen mit internationa- len Partnern enthalten, an welchen diese ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse haben, scheint die Beeinträchtigung der bilateralen Beziehungen im Falle der Bekanntgabe derartiger Inhalte plausibel. Allerdings zeigt das GS-EFD nicht auf, für welche Informationen dies konkret zutrifft, sondern beschränkt sich auf einen allgemeinen Hinweis. Überdies hat das GS-EFD bis anhin nicht dargetan, ob und dass sich internationale Partner und ausländische Behörden gegen eine Offenlegung aussprechen und welche Aspekte dies konkret betreffen würde. In jedem Fall ist nicht einsichtig, weshalb die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ für Inhalte anwendbar sein soll, welche keinerlei internationalen Bezug aufweisen. Die Ausführungen des GS-EFD sind integral auf die gesamten Dokumente bezogen. Damit ist der erforderlichen Begrün- dungsichte für eine vollständige Zugangsverweigerung nach Ansicht des Beauftragten nicht Ge- nüge getan. Auch wenn die aufgeführten Argumente eine gewisse Überzeugungskraft haben, sind sie nicht derart, dass sie eine vollständige Verweigerung des Zugangsgesuchs rechtfertigen wür- den. Insbesondere fehlen konkrete Darlegungen, weshalb im Sinne des Verhältnismässigkeits- prinzipis gegebenenfalls kein eingeschränkter Zugang gewährt werden kann.⁷² Insgesamt ist unter den speziellen Umständen dieser ausserordentlichen Situation nachvollziehbar, dass das Be- kanntwerden gewisser Informationen durchaus geeignet ist, aussenpolitische Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz zu beeinträchtigen. Die vom GS-EFD im Schlichtungs- verfahren lediglich allgemein gehaltenen Vorbringen vermögen die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ indes nicht hinreichend zu begründen. 79. Zwischenfazit: Der Beauftragte vermag vorliegend nicht auszuschliessen, dass gewisse Inhalte der verlangten Dokumente durchaus geeignet sein könnten, die aussenpolitischen Interessen

68 Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.2. 69 Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 40. 70 Urteil des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 m.H. 71 Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3. 72 Vgl. Urteil des BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.6 mit Verweis auf: HÄNER, Handkommentar BGÖ Art. 15 Rz 8.

18/23 oder die internationalen Beziehungen der Schweiz zu beeinträchtigen, stellt jedoch fest, dass dies bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsichte hinreichend dar- gelegt wurde. Im Ergebnis findet die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ nach Ansicht des Beauftragten keine Anwendung. 80. Das GS-EFD weist in seiner Stellungnahme vom 26. Juni 2023 ausserdem darauf hin, dass im Zusammenhang mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS öffentlich eine Vielzahl von Haftungsansprüchen in Milliardenhöhe gegen die Eidgenossenschaft angedroht worden seien. Es bestehe die Gefahr, dass offen gelegte

Dokumente aus dem Zusammenhang gerissen und in Prozessen gegen die Eidgenossenschaft verwendet würden, wodurch die wirtschaftspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ) würden. 81. Die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ schützt die wirtschaftlichen-, geld- und währungs- politischen Interessen der Schweiz. Wirtschaftliche Interessen der Schweiz sind vornehmlich dann berührt, wenn der Eidgenossenschaft Wettbewerbsnachteile drohen, mit anderen Worten, die Offenlegung von amtlichen Dokumenten ihr Wettbewerbsnachteile zufügen würde.⁷³ Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass der Bund entsprechende Strategien ohne Druck von aussen erarbeiten kann. Die Lehre spricht sich für eine restriktive Anwendung der Ausnahmereglung aus.⁷⁴ 82. Bezüglich der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ legt das GS-EFD bis anhin nicht konkret dar, inwiefern durch die Bekanntgabe der amtlichen Dokumente die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz erheblich beeinträchtigt werden können und gleichzeitig ein ernsthaftes Risiko für den Eintritt der Beeinträchtigung besteht. Abgesehen vom pauschalen Hinweis, dass Informationen aus dem Zusammenhang gerissen werden könnten und in Prozessen gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft verwendet würden, fehlen konkretisierende Hinweise. Allgemeine bzw. grundsätzliche Überlegungen genügen jedoch in der Regel nicht, um das Zugangsrecht nach Art. 7 BGÖ einzuschränken.⁷⁵ Dem Vorbringen, dass durch die Offenlegung der verlangten Dokumente die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet werden können, kann für bestimmte Inhalte durchaus eine gewisse Überzeugungskraft abgewonnen werden. Allerdings sind die dargelegten Ausführungen bisher derart allgemein gehalten, dass sie selbst in der vorliegend aussergewöhnlichen Situation eine vollständige Zugangsverweigerung nicht zu rechtfertigen vermögen. 83. Zwischenfazit: Der Beauftragte vermag vorliegend nicht auszuschliessen, dass gewisse Inhalte der verlangten Dokumente im Fall der Zugangsgewährung die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährden könnten, stellt jedoch fest, dass die Vorbringen des GS-EFD bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend dargelegt wurde. Damit hat das GS-EFD nach Ansicht des Beauftragten bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ nicht hinreichend dargelegt, weswegen die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten nicht widergelegt ist. 84. Das GS-EFD begründet seine Zugangsverweigerung in der Stellungnahme vom 26. Juni 2023 namentlich auch damit, dass die beteiligten Banken weitreichende Informationen offengelegt hätten und aus den angefragten Dokumenten Rückschlüsse auf vertrauliche Informationen gezogen werden könnten, auch wenn diese in den Dokumenten nicht explizit enthalten seien. Damit bestehe die Gefahr der Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen beteiligter Banken, weshalb der Zugang auch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu verweigern sei. 85. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff "Geschäftsgeheimnis" ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offen-

73 Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz IFG, Kommentar, 2. Aufl., München 2016 (zit.: Kommentar IFG), § 3 Rz. 6 ff. 74 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 39. 75 Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23.

November 2015 E. 6.3.

19/23 kundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnis- herr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).⁷⁶ 86. Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.⁷⁷ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.⁷⁸ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.⁷⁹ 87. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.⁸⁰ Gemäss ständiger Rechtsprechung genügt ein pauschaler Verweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht, vielmehr haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.⁸¹ Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewährleisten.⁸² Dabei ist auch das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.⁸³ 88. Bezüglich der von den Antragstellern verlangten Dokumente bringt das GS-EFD ohne weitergehende materielle Ausführungen lediglich vor, dass daraus Rückschlüsse auf vertrauliche Informationen gezogen werden könnten. Dadurch wird einzig der subjektive Geheimhaltungswille des GS-EFD, nicht aber der subjektive Geheimhaltungswille des Dritten kundgetan. Unbestritten ist, dass die von den Antragstellern verlangten Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Darüber hinaus ist im Vorbringen des GS-EFD nicht mehr als ein pauschaler Verweis auf allenfalls in den Dokumenten enthaltene Geschäftsgeheimnisse zu erblicken. 89. Zwischenfazit: Im Ergebnis hat das GS-EFD bisher nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der amtlichen Dokumente den Konkurrenten der beteiligten Banken einen wesentlichen Vorteil verschafft, mithin welche konkrete Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil einer der beteiligten Banken zu erwarten ist. Es fehlt daher im Schlichtungsverfahren am Nachweis des ernsthaften Schadensrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Insgesamt erachtet der Beauftragte

daher den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als nicht erfüllt. Die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs ist nicht widergelegt. 90. Schliesslich weist der Beauftragte darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Offenbarung von Angaben, die potenziell Geschäftsgeheimnisse darstellen können,

76 Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3. 77 Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4. 78 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 79 SCHOCH, Kommentar IFG, § 6 Rz. 96 ff. 80 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.3.2. 81 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4. 82 Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8. 83 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

20/23 die betroffenen Dritten resp. die Geheimnisherren vorgängig anzuhören sind, soweit nicht ausnahmsweise auf eine Anhörung verzichtet werden kann.⁸⁴ 91. In der Stellungnahme vom 17. April 2023 erklärte das GS-EFD, ein Teil der verlangten Dokumente sei Bestandteil des Mitberichtsverfahrens und auch aus diesem Grund dem Zugang nach BGÖ entzogen. Damit macht das GS-EFD für die Zugangsverweigerung sinngemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ geltend. 92. Der Bundesrat fasst gemäss Art. 3 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) seine Beschlüsse in der Regel gestützt auf schriftliche Anträge und nach abgeschlossenem Mitberichtsverfahren. Nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Zweck der Verweigerung des Zugangs ist die Wahrung des Kollegialitätsprinzips im Sinne von Art. 12 RVOG sowie der freien Willensbildung des Bundesrates.⁸⁵ Der Ausschluss des Rechts auf Zugang zu diesen Dokumenten ist endgültig.⁸⁶ 93. Als Mitberichtsverfahren wird der letzte Verfahrensschritt vor einer Entscheidung des Bundesrats bezeichnet. Es sieht vor, die Geschäfte, welche der Bundesrat zu beschliessen hat, dessen Mitgliedern zum Mitbericht resp. zur Stellungnahme vorzulegen. Das Mitberichtsverfahren beginnt gemäss Art. 5 Abs. 1bis RVOV mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement. Diesen unterzeichneten Bundesratsantrag überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss). 94. Die Begrifflichkeit der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ stimmt mit der Legaldefinition des Mitberichtsverfahrens nach RVOG überein, betrifft aber gemäss Rechtsprechung nur einen Teil desselben. Die Ausnahme nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ umfasst sämtliche während der Dauer des Mitberichtsverfahrens erstellten Dokumente, welche der Vorbereitung eines Entscheids des Bundesrats dienen, wie Mitberichte der anderen Departemente und den nachfolgenden Briefwechsel einschliesslich der formellen Vorschläge, die von konsultierten Stellen ausgehen,⁸⁷ einschliesslich der Entwürfe, die im Zuge des Mitberichtsverfahrens zu Mitberichten, Repliken und Dupliken erarbeitet werden. Unter die Ausnahme fallen weiter die persönlichen Aufzeichnungen der Bundesratsmitglieder, ihrer Beraterinnen und Berater sowie weiterer Mitarbeitenden.⁸⁸ 95. Von der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht erfasst und somit nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes grundsätzlich zugänglich sind sämtliche Dokumente, die vor dem Beginn des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden und deren Inhalt über den Meinungs- und Willensbildungsprozess bzw. die Entscheidungsfindung des Bundesratskollegiums keinen Aufschluss gibt. Dies betrifft insbesondere Beilagen zum unterzeichneten

Bundesratsantrag,⁸⁹ die vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden, sowie den fertig gestellten, nicht unterzeichneten Entwurf des Bundesratsantrag inkl. Beilagen. Nicht unter Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen ausserdem amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens,⁹⁰ ein auf Verlangen der Departementschefin oder des Departementschefs oder des Generalsekretariats angepasster Antragsentwurf und Dokumente, die der Vorsteher oder die Vorsteherin des Departements zur Korrektur an das Amt zurückschickt.⁹¹

84 Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.4 f. 85 HÄNER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 8 N 2 mit Hinweis auf Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013. 86 BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2. 87 Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3. 88 Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2, A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25. 89 Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25. 90 Dies ergibt sich e contrario aus Art. 8 Abs. 3 BGÖ, wonach der Bundesrat ausnahmsweise beschliessen kann, dass Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens auch nach der Beschlussfassung nicht zugänglich sind (vgl. BJ/EDÖB FAQ Ziff. 5.1.3); vgl. auch Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 m.H. 91 Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.1 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz und Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 4.2.1.

21/23 96. Das GS-EFD beruft sich einzig allgemein auf den Spezialfall von Art. 8 Abs. 1 BGÖ, ohne darzulegen, dass resp. inwieweit es sich bei den verlangten Dokumenten um amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 94) handelt. Ohne Bezeichnung von konkreten, nach Ansicht des GS-EFD unter die Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ zu subsumierenden Dokumenten vermag der Beauftragte das entsprechende Vorbringen des GS-EFD nicht zu beurteilen. Damit hat das GS-EFD im Schlichtungsverfahren die Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend nachgewiesen, weshalb die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs ist nicht widergelegt ist. 97. In Anbetracht der vom GS-EFD stets geltend gemachten vollständigen Zugangsverweigerung ist abschliessend auf das verfassungsrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip hinzuweisen. Sofern ein Ausnahmetatbestand vorliegt, ist zudem im Einzelfall zu prüfen, ob in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt. Demnach darf der Zugang nicht einfach verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach dem Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu den Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind, etwa durch Anonymisierung, Einschweizen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.⁹² 98. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Soweit das Zugangsgesuch Dokumente der SNB oder der FINMA betrifft, ist – da das Öffentlichkeitsgesetz gemäss

Art. 2 Abs. 2 BGÖ für diese nicht gilt – das Zugangsgesuch abzuweisen. Vorbehalten bleiben Dokumente, welche nicht in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der SNB oder FINMA, sondern von diesen in Vertretung oder im Auftrag einer anderen Behörde erstellt worden sind (vgl. Ziffer 29). - Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO im hiavor erwähnten Sinne fallen (d.h. insb. nach dem 16. März 2023 um

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