

# **EDOEB empfehlung-vom-5-april-2024-gs-efd-screenshots-dokumentenverzeichnisse-betr-uebe-2024-04-05 vom 5. April 2024**

EDÖB, 2024-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-5-april-2024-gs-efd-screenshots-dokumentenverzeichnisse-betr-uebe-2024-04-05](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-5-april-2024-gs-efd-screenshots-dokumentenverzeichnisse-betr-uebe-2024-04-05)

FR: EDOEB

empfehlung-vom-5-april-2024-gs-efd-screenshots-dokumentenverzeichnisse-betr-uebe-2024-04-05 du 5 avril 2024

IT: EDOEB

empfehlung-vom-5-april-2024-gs-efd-screenshots-dokumentenverzeichnisse-betr-uebe-2024-04-05 del 5 aprile 2024

## **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 23. Oktober 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Antragsteller brachte darin im Wesentlichen vor, die pauschale Zugangsverweigerung durch das GS-EFD genüge den Anforderungen des Öffentlichkeitsgesetzes nicht. Ausserdem bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an Transparenz im Zusammenhang mit der Credit Suisse und deren Übernahme durch die UBS, welchem durch die pauschale Zugangsverweigerung nicht ausreichend Rechnung getragen werde.

### **E. 5**

Gleichentags bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte das GS-EFD dazu auf, eine Kopie des Zugangsgesuchs, die Stellungnahme(n) des GS-EFD, allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

### **E. 6**

Mit E-Mail vom 4. Dezember 2023 erklärte der Beauftragte gegenüber dem GS-EFD, dass im vorliegenden Schlichtungsverfahren auf Wunsch des Beauftragten<sup>5</sup> ausnahmsweise eine Einsichtnahme vor Ort (d.h. in den Räumlichkeiten des EFD) stattfinden werde. Der Beauftragte bat das GS-EFD, einen Terminvorschlag für die Durchführung der Dokumenteneinsicht in den Räumlichkeiten des EFD zu machen.

## **E. 7**

Am 13. November 2023 reichte das GS-EFD dem Zugangsgesuch vorausgegangene Korrespondenz, das Zugangsgesuch, dessen Empfangsbestätigung sowie die Stellungnahme des GS-EFD vom 2. Oktober 2023 ein und teilte mit, dass es an der Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 festhalte. Im Übrigen verweise das GS-EFD auf sein Schreiben vom 25. August 2023, welches das GS-EFD im Zusammenhang mit anderen Schlichtungsverfahren in demselben Themenkomplex an den Beauftragten sandte.

## **E. 8**

Mit E-Mail vom 10. Januar 2024 informierte der Beauftragte den Antragsteller darüber, dass vorliegend aufgrund der Anzahl der Schlichtungsanträge zu diesem Thema<sup>6</sup> und der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen<sup>7</sup> auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde<sup>8</sup>, er im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhalte (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ).

## **E. 9**

Am 17. Januar 2024 erfolgte die Dokumenteneinsicht, welche auf Antrag des Beauftragten in den Räumlichkeiten des EFD stattfand. Das GS-EFD hielt die als zum Zugangsgesuch gehörend identifizierten Dokumente bereit. Nach einführenden allgemeinen Bemerkungen zu den vorgelegten Dokumenten 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 Bestätigung, dass "[...] alle vom Zugangsgesuch erfassten und uns in der heutigen Sitzung zugänglich gemachten Dokumente resp. deren Inhalte (die auf den Screenshots und Listen aufgeführten Doku-

<sup>5</sup> 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]). <sup>6</sup> Vgl. die Empfehlungen des EDÖB vom 27. November 2023 betreffend die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS. <sup>7</sup> Vgl. Art. 12a der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31). <sup>8</sup> 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).

3/14 mente) an die Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) zur CS-Notfusion übermittelt wurden. Sofern dies nicht der Fall ist, bitten wir um Mitteilung, welche Dokumente/Informationen nicht ediert wurden." Ausserdem bat der Beauftragte das GS-EFD darzutun, ob die vom Zugangsgesuch erfassten Screenshots/Dokumentenaufstellungen Informationen enthalten, welche nach Auffassung des GS-EFD gemäss Art. 2 Abs. 2 BGÖ nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen.

## **E. 10**

Am 29. Januar 2024 reichte der Antragsteller eine ergänzende Stellungnahme ein. Er wiederholte darin zunächst seinen Standpunkt, dass die pauschale Zugangsverweigerung durch das GS-EFD den Anforderungen des Öffentlichkeitsgesetzes nicht genüge. Vielmehr wäre die Zugangsverweigerung sämtlicher Punkte in der angeforderten Liste konkret zu begründen gewesen. Der Antragsteller wies ferner auf die Pflicht der Verwaltung hin, Gesuchstellende bei der Suche nach wichtigen Dokumenten zu unterstützen und Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben. Nur so vermöge die gesuchstellende Person ihr Gesuch zu präzisieren und dessen Umfang besser einschätzen zu können. Das GS-EFD habe nicht dargetan, aus welchen Gründen vorliegend keine entsprechende Unterstützung geleistet werden konnte oder warum dies einen unverhältnismässigen Aufwand verursacht hätte.

## **E. 11**

Am 31. Januar 2024 reichte das GS-EFD eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin bestätigte das GS-EFD vorab ausdrücklich, dass "[d]ie in den Ihnen anlässlich der Sitzung vom 17. Januar 2024 vorgelegten Screenshots aufgeführten Dokumente [...] alle der PUK zur Verfügung gestellt [wurden]." Weiter erwog das GS-EFD, dass in den Screenshots mitunter Dokumente der FINMA oder der SNB enthalten seien, welche nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen. Da diese nicht durch einen technischen Vorgang herausgefiltert werden könnten, sondern manuell identifiziert und ausgesondert werden müssten, handle es sich bei den Screenshots insgesamt nicht um Dokumente, welche dem Öffentlichkeitsgesetz unterständen. Schliesslich präziserte das GS-EFD ausgewählte Aspekte zur Bedeutung der hängigen oder drohenden Klageverfahren der Gläubiger bzw. Aktionäre der Credit Suisse und äusserte sich damit zusammenhängend zur Relevanz der diese Verfahren 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. Da bereits das Wissen um das Bestehen bestimmter Dokumente in einem Rechtsverfahren den Klägern einen Vorteil verschaffen könne, indem zielgerichtete Beweisanträge gestellt werden könnten, sei auch der Zugang zu Screenshots, die lediglich die Namen von Dokumenten zeigen, zu verweigern.

## **E. 12**

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers 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. 13**

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-EFD 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).

4/14

#### **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.<sup>9</sup> 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. B. Materielle Erwägungen

#### **E. 15**

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.<sup>10</sup>

#### **E. 16**

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

#### **E. 17**

Der Antragsteller weist in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 29. Januar 2024 namentlich auf die Pflicht der Verwaltung hin, Gesuchstellende bei der Suche nach wichtigen Dokumenten zu unterstützen und Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben. Nur so vermöge die gesuchstellende Person ihr Gesuch zu präzisieren und dessen Umfang besser einschätzen zu können. Das GS-EFD habe nicht dargetan, aus welchen Gründen vorliegend keine entsprechende Unterstützung geleistet werden konnte oder warum dies einen unverhältnismässigen Aufwand verursacht hätte.

#### **E. 18**

Gemäss Art. 10 Abs. 3 BGÖ muss das Zugangsgesuch hinreichend genau formuliert sein, d.h. es muss genügend Angaben enthalten, um die Identifizierung des gewünschten Dokuments oder der gewünschten Dokumente zu ermöglichen. Das GS-EFD macht weder in seiner Stellungnahme an den Antragsteller noch in derjenigen an Beauftragten geltend, das Zugangsgesuch sei zu umfangreich oder der Gegenstand des Zugangsgesuchs sei nicht hinreichend klar formuliert resp. es sei dem GS-EFD nicht möglich, die verlangten Dokumente ohne Schwierigkeiten zu identifizieren. Das GS-EFD hat den Antragsteller auch nicht dazu aufgefordert, sein Gesuch im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VBGÖ – gegebenenfalls mit entsprechender Unterstützung des GS-EFD (vgl. Art. 3 Abs. 1 VBGÖ) – zu präzisieren. Infolgedessen muss davon ausgegangen werden, dass das Zugangsgesuch hinreichend genau formuliert ist und es dem GS-EFD somit ohne weitergehende konkretisierende Angaben möglich ist, die betroffenen Dokumente zu identifizieren (vgl. Art. 10 Abs. 3 BGÖ i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VBGÖ). Im Ergebnis vermag der Beauftragte nicht zu erkennen, inwiefern für das GS-EFD in der vorliegenden Konstellation – insb., weil es keine Konkretisierung des Zugangsgesuchs verlangt hat – eine weitergehende

Unterstützungspflicht besteht bzw. bestehen sollte.

### **E. 19**

In seiner Stellungnahme vom 31. Januar 2024 bringt das GS-EFD vor, dass in den Screenshots mitunter Dokumente enthalten seien, welche nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen. Da diese nicht durch einen technischen Vorgang herausgefiltert werden könnten, sondern manuell identifiziert und ausgesondert werden müssten, handle es sich bei den Screenshots insgesamt nicht um Dokumente, welche dem Öffentlichkeitsgesetz unterständen.

### **E. 20**

Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).<sup>11</sup> 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 beziehen muss. Das Öffentlichkeitsprinzip bezweckt nicht, die Verwaltung zur Erstellung eines noch nicht

9 BBl 2003 2024. 10 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 11 BBl 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 Rz. 4 und 6; KURT NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 5.

5/14 existierenden Dokuments zu verpflichten.<sup>12</sup> 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 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ erfüllen (sog. virtuelle Dokumente).

### **E. 21**

Das GS-EFD hat bis anhin weder im Zugangs- noch im Schlichtungsverfahren dargelegt, aus welchen Gründen für die vom Antragsteller verlangten Dokumente die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 resp. Abs. 2 BGÖ nicht erfüllt sein sollten. Für den Beauftragten ist denn auch nicht ersichtlich, dass die verlangten Screenshots resp. abbildungsgetreuen Listen nicht als amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes zu qualifizieren sind. Zudem ergibt sich aus dem Öffentlichkeitsgesetz gerade nicht, dass Dokumente, welche auch Inhalte aufweisen, die ihrerseits nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen, insgesamt nicht als amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ gelten. Schliesslich hat GS-EFD in seiner Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 gegenüber dem Antragsteller ausdrücklich Folgendes festgehalten: "Bei den von Ihnen angeforderten Screenshots oder abbildungsgetreue[n] Listen der bis heute im Generalsekretariat EFD angefallenen Dokumente in den Dossiers, die den CS-Komplex betreffen[,] handelt es sich um Dokumente gemäss BGÖ." Das GS-EFD erläutert nicht, inwiefern diese ursprünglich vorgenommene Einschätzung nachträglich als unzutreffend zu beurteilen ist. Insgesamt hat das GS-EFD nach Ansicht des Beauftragten nicht hinreichend dargetan, dass die vom Zugangsgesuch erfassten Dokumente nicht als

amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes zu qualifizieren sind, weshalb der Zugang dazu nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen ist.

#### **E. 22**

Das GS-EFD macht in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 31. Januar 2024 geltend, dass in den Screenshots mitunter Dokumente der FINMA oder der SNB enthalten seien, welche nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen.

#### **E. 23**

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).<sup>13</sup> Bei genauerer Betrachtung dürfte diese Einschätzung jedoch, wie sich sogleich zeigen wird, unzutreffend sein.

#### **E. 24**

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'."<sup>14</sup> 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."<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

#### **E. 25**

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.<sup>17</sup> Somit sind Dokumente der SNB und der FINMA dem Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz unter dem

12 BBl 2003 1992; vgl. auch ROBERT BÜHLER, in: BSK BGÖ, Art. 5 BGÖ Rz. 10. 13 EDÖB Empfehlung vom 18. Dezember 2013: BJ und SIF / Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, Ziffer 26. 14 Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.1. 15 Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.2. 16 Vgl. BGE 142 II 340 E. 4.6 m.w.H. 17 THOMAS SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2 Rz. 50.

6/14 sogleich angemerktten Vorbehalt (Ziffer 27) auch dann entzogen, wenn sie einer Behörde, welche vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst wird, mitgeteilt worden sind

oder sich in deren Besitz befinden.

#### **E. 26**

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 Bundesverwaltung 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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. 27**

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.<sup>20</sup>

#### **E. 28**

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 resp. Informationen nicht vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst werden. Allerdings macht das GS-EFD vorliegend lediglich pauschal geltend, in den Screenshots seien mitunter Dokumente der FINMA oder der SNB enthalten. Das GS-EFD zeigt nicht auf, dass resp. inwieweit es sich bei den verlangten Informationen um solche der FINMA oder der SNB handelt, für welche das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 2 BGÖ nicht gilt. Ohne Bezeichnung von konkreten, nach Ansicht des GS-EFD unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 BGÖ zu subsumierenden Informationen vermag der Beauftragte das entsprechende Vorbringen des GS-EFD nicht zu beurteilen. Damit hat das GS-EFD im Schlichtungsverfahren die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 BGÖ nicht der von der

Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte hinreichend nachgewiesen, weshalb die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes und damit die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs nicht widergelegt ist.

### **E. 29**

Das GS-EFD beruft sich für die Zugangsverweigerung resp. den Zugangsaufschub zunächst auf die Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, des Weiteren zusätzlich auf Bst. b und f BGÖ sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 BGÖ. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein

18 BBl 2003 1988. 19 THOMAS SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2 Rz. 53. 20 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.

7/14 ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.<sup>21</sup>

### **E. 30**

Der Antragsteller hält in seinem Schlichtungsantrag wie auch in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2024 in allgemeiner Art fest, bezüglich der vom GS-EFD geltend gemachten Ausnahmebestimmungen sei es Pflicht der Behörde, konkret darzulegen, welche Informationen konkret welcher Ausnahmebestimmung unterlägen. Die pauschale Zugangsverweigerung durch das GS-EFD genüge den Anforderungen des Öffentlichkeitsgesetzes für eine Zugangsverweigerung nicht. Der Antragsteller äussert sich nicht im Einzelnen zu den vom GS-EFD geltend gemachten Ausnahmebestimmungen.

### **E. 31**

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>22</sup> Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über deren Inhalt 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. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>23</sup>

### **E. 32**

Das GS-EFD schiebt in seiner Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 an den Antragsteller den Zugang gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ auf. Das GS-EFD begründet dies mit dem Hinweis, wonach amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden dürften, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellten, getroffen sei. Überdies verweigert das GS-EFD den Zugang zu den verlangten Dokumenten in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, weil durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden könne..

### **E. 33**

Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.<sup>24</sup> Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abzuschirmen von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen. Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen denselben Schutzzweck, wobei Letzterer weiter gefasst ist und den Entscheidungsprozess umfassend schützt, ohne

21 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E. 3.4. 22 BGE 142 II 340 E. 2.2. 23 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1. 24 Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 32.

8/14 dass eine wesentliche Beeinträchtigung desselben nachzuweisen wäre.<sup>25</sup> Indessen fällt ein Dokument nur dann unter Art. 8 Abs. 2 BGÖ, wenn es einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweist und für diesen zugleich von beträchtlichem materiellem Gewicht ist.<sup>26</sup> Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.<sup>27</sup> Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.<sup>28</sup>

### **E. 34**

Im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, welcher von einer Bundesbehörde auch für bundesverwaltungsexterne Organe und Institutionen geltend gemacht werden kann, können sich nach Ansicht des Beauftragten auf die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ nur Behörden im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes für von ihnen zu fällende ausstehende Entscheide berufen.<sup>29</sup> Weder die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz noch die

Unterlagen aus der parlamentarischen Debatte finden sich Hinweise darauf, dass Art. 8 Abs. 2 BGÖ auch Organe, die nicht vom persönlichen Geltungsbereich erfasste Organe zur Anwendung gelangen soll. Das GS-EFD legt vorliegend weder dar, für welchen zu fällenden politischen oder administrativen Entscheid die angeführten Dokumente die Grundlage darstellen sollten, noch, dass dieser Entscheid durch das GS-EFD zu fällen ist. Zudem ist ein solcher ausstehender Entscheid auch für den Beauftragten nicht ersichtlich, weshalb nach seiner Ansicht die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung gelangt. Demnach rechtfertigt sich kein genereller Aufschub der Zugangsgewährung zu den verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ. Zu prüfen bleibt, ob und inwiefern der nachgesuchte Zugang nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ aufzuschieben oder einzuschränken ist.

### **E. 35**

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blossе Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Gemäss Botschaft und Rechtsprechung<sup>30</sup> ist nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

### **E. 36**

Für die Zugangsverweigerung weist das GS-EFD vorliegend in genereller Art auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ hin, ohne ausdrücklich vorzubringen, 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. Allerdings kann der Beauftragte – entsprechend früherer Empfehlungen im Zusammenhang mit anderen Schlichtungsverfahren in demselben Themenkomplex<sup>33</sup> – aufgrund des spezifischen Kontextes auch im hier zu beurteilenden Fall nicht ausschliessen, dass für eine Beschränkung des Zugangs zum Schutz der Meinungs- und

25 Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H. 26 Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H. 27 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 30. 28 Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018, Ziffer 28. 29 Empfehlung EDÖB vom 22. Dezember 2021: armasuisse / Kriterien und Gewichtung für Evaluation Air2030: neues

Kampfflugzeug (NFK), Rz. 24. 30 BBl 2003 2007; Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.2.3 m.w.H. 31 BBl 2003 2007. 32 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15. 33 Vgl. Fussnote 6.

9/14 Willensbildung der PUK allenfalls gewisse Anhaltspunkte existieren. Diese sind hiernach zu beur- teilen.

### **E. 37**

Eine PUK kann eingesetzt werden, wenn Vorkommnisse von grosser Tragweite der Klärung be- dürfen (Art. 163 Abs. 1 ParlG). Gegenstand der Untersuchungen durch die PUK bildet die Ge- schäftsführung 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 Obergabe unterliegen. Zu untersuchen ist die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit der Tätigkeit der genannten Behörden und Organe – sowie deren Zusammenwirken untereinander und mit Dritten.<sup>34</sup> Die eigentlichen Untersuchungsarbeiten umfassen insbesondere die Auswertung der relevanten Dokumente.<sup>35</sup> Die PUK erstattet den bei- den Räten Bericht über ihre Untersuchung sowie über allfällige Verantwortlichkeiten und instituti- onelle Mängel und unterbreitet die nötigen Vorschläge für Massnahmen zur Behebung der Män- gel.<sup>36</sup> 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 min- destens Sachverhalte ab dem Jahr 2015 bis zur Umsetzung der Notfusion.<sup>37</sup> 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 in den Screenshots aufgeführten Dokumente der PUK zur Verfügung gestellt wurden.

### **E. 38**

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 dersel- ben zu informieren.<sup>38</sup> In Anbetracht der weit verbreiteten Empörung über den Niedergang der Credit Suisse und die Tragweite deren Übernahme durch die UBS findet die Meinungs- und Wil- lensbildung 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 vorwegzu- nehmen. 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,<sup>39</sup> kann der Beauftragte in diesem Kontext nicht ausschliessen, dass selbst Dokumente von begrenztem Informationsgehalt Anlass zu öffentlichen Spekulationen ge- ben könnten, unter deren Einfluss die Meinungs- und Willensbildung der PUK wesentlich beein- trächtigt werden könnte. Diesbezüglich die nötigen Abgrenzungen und Triagen der Dokumente vorzunehmen, muss der Beauftragte der zuständigen Fachbehörde überlassen<sup>40</sup>, zumal sich das GS-EFD in seinen Stellungnahmen zu diesen Abgrenzungsfragen nicht näher vernehmen liess.

### **E. 39**

**E. 40**

Zu beurteilen bleibt nachfolgend zum einen die Zugänglichkeit derjenigen Informationen, deren Zugang nicht gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ aufgeschoben werden kann. Zum andern ist die Zugänglichkeit der Informationen nach Abschluss der Arbeiten der PUK und damit nach dem Dahinfallen des Grundes für den Zugangsaufschub (Ziffer 39) zu beurteilen.

**E. 41**

Das GS-EFD bringt in seiner Stellungnahme an den Antragsteller vom 2. Oktober 2023 vor, der Zugang zu den Dokumenten würde die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen.

**E. 42**

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 Massnahme beeinträchtigt zu werden droht."<sup>41</sup> Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

**E. 43**

Das GS-EFD beschränkt sich auf den pauschalen Hinweis auf die Ausnahmebestimmung, ohne eingehender zu belegen, dass die verlangten Dokumente resp. Informationen 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 [...]"<sup>45</sup>. 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.

#### **E. 44**

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.

#### **E. 45**

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD: CS/UBS: Sämtliche Garantien des Bundes beendet, Medienmitteilung vom 11. August 2023 (abrufbar unter: [www.efd.admin.ch](http://www.efd.admin.ch) > Das EFD > Medienmitteilungen > CS/UBS: Sämtliche Garantien des Bundes beendet [zuletzt abgerufen am 8. September 2023]).

11/14 worden seien. Es bestehe die Gefahr, dass offen gelegte Informationen aus dem Zusammenhang gerissen und in Prozessen gegen die Eidgenossenschaft verwendet würden. Da bereits das Wissen um das Bestehen bestimmter Dokumente in einem Rechtsverfahren den Klägern einen Vorteil verschaffen könne, indem zielgerichtete Beweisanträge gestellt werden könnten, sei auch der Zugang zu Screenshots, die lediglich die Namen von Dokumenten zeigen, zu verweigern.

#### **E. 46**

Die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ schützt die wirtschaftlichen-, geld- und währungspolitischen 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.<sup>46</sup> Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass der Bund entsprechende Strategien ohne Druck von aussen erarbeiten kann. Die Lehre spricht sich für eine restriktive Anwendung der Ausnahmeregelung aus.<sup>47</sup>

#### **E. 47**

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.<sup>48</sup> 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.

#### **E. 48**

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.

#### **E. 49**

In der Stellungnahme vom 31. Januar 2024 erklärte das GS-EFD, in den Screenshots seien mitunter Dokumente aus dem Mitberichtsverfahren enthalten, welche nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen. Damit macht das GS-EFD für die Zugangsverweigerung sinngemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ geltend.

#### **E. 50**

BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2.

12/14 Departement. Diesen unterzeichneten Bundesratsantrag überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss).<sup>52</sup> 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,<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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,<sup>53</sup> die vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden, sowie den fertig gestellten, nicht unterzeichneten Entwurf des Bundesratsantrags inkl. Beilagen. Nicht unter Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen ausserdem amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens,<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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 resp. Informationen um amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 52) 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. 55. Schliesslich weist der Beauftragte auf Folgendes hin: Betrifft das Gesuch amtliche Dokumente, durch deren Zugänglichmachung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann, und zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht, so konsultiert sie gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ die betroffenen Dritten. Zudem sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Offenbarung von Angaben, die potenziell Geschäftsgeheimnisse darstellen können, die betroffenen Dritten resp. die Geheimnisherren vorgängig anzuhören. Vorbehalten bleiben Fälle, in welchen ausnahmsweise auf eine Anhörung verzichtet werden kann.<sup>56 56.</sup> 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

51 Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3. 52 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. 53 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. 54 Dies ergibt sich e contrario aus Art. 8 Abs. 3 BGÖ, wonach der Bundesrat ausnahmsweise beschliessen kann, dass Dokumente des Äm- terkonsultationsverfahrens 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. 55 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. 56 Urteil des BGer 1C\_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.4 f.

13/14 Informationen enthält, die nach dem Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Viel- mehr 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, Ein- schwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.<sup>57 57.</sup> Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Das GS-EFD zeigt bis anhin nicht auf, dass resp. inwieweit es sich bei den in den verlangten Listen enthaltenen Informationen um solche der FINMA oder der SNB handelt und hat damit die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 BGÖ nicht der von der Rechtsprechung geforderten Be- gründungsdichte hinreichend nachgewiesen, weshalb die Anwendbarkeit des Öffentlichkeits- gesetzes und damit die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs diesbezüg- lich nicht widergelegt ist. - Aus den Ziffern 35-39 geht hervor, dass das GS-EFD in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ die in den Ziffern 38 und 39 dargelegte Triage durchführt und hiernach den Zugang zu denjenigen Informationen, deren Bekanntgabe eine wesentliche Beeinträchtigung der Mei- nungs- und Willensbildung der PUK zur Folge haben kann, 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 und f sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 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 dann zumal öffentlich gemacht haben wird und beachtet die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV). Das GS-EFD prüft, ob die betroffenen Personen vorgängig anzuhören sind (vgl. Art. 11 BGÖ). - Das GS-EFD gewährt den Zugang zu den vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumenten in dem Umfang, in welchem 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 und f sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 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 resp. Informationen nicht widerlegt. Das GS-EFD berücksichtigt dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV). Das GS-EFD prüft, ob die betroffenen Personen vorgängig anzuhören sind (vgl. Art. 11 BGÖ). - Aufgrund des Beschleunigungsgebots<sup>58</sup> und aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte dem GS-EFD, im Fall der Durchführung einer Anhörung direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG 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 äussern<sup>59</sup> und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verfügungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können. 58. Abschliessend ist anzumerken, dass es dem GS-EFD unbenommen ist, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 BGÖ und die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und f sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen. Wie bereits ausgeführt, ist es Aufgabe der Fachbehörde, sich mit strittigen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen.<sup>60</sup>

57 Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 3.3.2. 58 BBl 2003 2023; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, Rz. 18. 59 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4. 60 Vgl. Ziffer 39 und Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

14/14 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 59. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements schiebt den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten in dem Umfang, in welchem sie 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. 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. 60. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements gewährt Zugang zu den vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumenten in dem Umfang, in welchem der Zugang nicht in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ aufgeschoben wird (Ziffer 59), da es die Wirksamkeit von Ausnahmebestimmungen bis anhin nicht hinreichend

begründet hat. 61. Der Antragsteller kann 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 ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ). 62. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 63. 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). 64. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 65. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X. \_\_ (Antragsteller) - Einschreiben mit Rückschein (R)

Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements GS-EFD Bundesgasse 3 3003 Bern 66. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an: - PUK, Sekretariat der parlamentarischen Untersuchungskommission, 3003 Bern (per A-Post).

Adrian Lobsiger Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

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