



Bern, den 11. Mai 2009

## **Empfehlung**

**gemäss**

### **Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004**

**zum Schlichtungsantrag von**

**X  
(Antragstellerin)**

**vertreten durch  
Y**

**gegen**

**Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Bern**

#### **I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Die Antragstellerin reichte gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) am 25. April 2008 beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) ein Zugangsgesuch ein. Die Antragstellerin „hat erfahren, dass im Frühjahr/Sommer 2007 eine Delegation bestehend aus A (Verwaltungsratspräsident der B AG) und/oder C und/oder D (Verwaltungsratspräsident der E AG) und/oder F (als Rechtsvertreter und/oder andere Personen der Anwaltskanzlei G als Rechtsvertreter) verschiedene Kontakte zum Eidg. Finanzdepartement im Zusammenhang mit der Beteiligungsnahme von ausländischen Investoren bei börsenkotierten, schweizerischen Unternehmen und ggf. auch dem Einstieg von X bei der E AG (als einem solchen Beispiel) unterhalten haben. Dabei soll es auch zu Treffen unter Beteiligung des Departementsvorstehers, Herr Bundesrat Hans-Rudolf Merz, gekommen sein.“ Sie verlangte folglich Zugang zu folgenden Dokumenten:



- „Schreiben (inkl. Beilagen) der eingangs genannten Personen an das Eidg. Finanzdepartement im vorliegenden Zusammenhang;
  - Schreiben des Eidg. Finanzdepartement an die genannten Personen im vorliegenden Zusammenhang;
  - Telefonnotizen, Gesprächsnotizen/Besprechungsprotokolle, Aktennotizen und dergleichen im vorliegenden Zusammenhang;
  - Aufträge, Empfehlungen, Anregungen und dergleichen an departementsinterne und departementsexterne Stellen im vorliegenden Zusammenhang.“
2. Das EFD bestätigte der Antragstellerin mit Brief vom 7. Mai 2008, dass nur ein einziges Gespräch zwischen Bundesrat Merz und dem damaligen Verwaltungsratspräsidenten der B AG, A, stattfand. In diesem Gespräch wurden dem Bundesrat von A „einige Aufstellungen (Charts)“ überreicht. Der Zugang zu diesem Dokument wurde aufgrund von darin enthaltenen Geschäftsgeheimnissen verweigert.
  3. Die Antragstellerin reichte daraufhin am 28. Mai 2008 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.
  4. Entsprechend der Aufforderung des Beauftragten reichte das EFD am 12. Juni 2008 das Dokument (Charts) ein und hielt an der Zugangsverweigerung fest. Das EFD führte aus, dass das fragliche Dokument Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalte, es freiwillig übergeben und von Seiten des EFD Vertraulichkeit zugesichert (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ) worden sei. Aus diesen Gründen könne der Zugang zum fraglichen Dokument nicht gewährt werden.
  5. Am 7. April 2009 konnte der Beauftragte vor Ort Einblick in die Geschäftsverwaltungstabelle der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) nehmen.  
Eine analoge Überprüfung des Dokumentenmanagementsystem des Generalsekretariats des EFD (GS EFD) war nicht möglich, da ein solches System erst ab Anfang April 2009 zur Verfügung stand. Im Rahmen der Überprüfung war ersichtlich, dass nur ein einziges Dokument (Charts) in den Geschäftsverwaltungstabellen aufgeführt ist.  
Während der Überprüfung wurde dem Beauftragten eine E-Mail der Generalsekretärin des EFD vom 5. Juni 2008 überreicht, in welcher sie festhielt, dass ausser den dem Bundesrat übergebenen Charts, welche Geschäftsgeheimnisse enthalten, keine weiteren Dokumente existieren. Des Weiteren fragte sie A an, ob der Antragstellerin trotz vorhandener Geschäftsgeheimnisse allenfalls Zugang zu einem Teil des Dokuments gewährt werden könne. Mit E-Mail vom 9. Juni 2008 untersagte A aufgrund der zugesicherten Vertraulichkeit die Bekanntgabe partieller Informationen an die Antragstellerin durch das EFD.
  6. Die Antragstellerin reichte ergänzend zum Schlichtungsantrag am 17. April 2009 einen Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009 ein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass „die Schaffung dieser Expertenkommission u.a. Frucht der vom Eidg. Finanzdepartement im Antwortschreiben vom 7. Mai 2008 bestätigten Bemühungen von A, aber auch von Vorstössen von F ist, die dieser als Parteivertreter für die B AG und/oder für die E AG beim Eidg. Finanzdepartement unternommen hat“. Weiter ist die Antragstellerin der Ansicht, dass aus diesem Grund „Aufträge, Empfehlungen, Anregungen und dergleichen an departementsinterne und departementsexterne Stellen (...) bestehen“ und das Zugangsgesuch somit „ungenügend behandelt“ und die davon erfassten „Auskünfte zu Unrecht nicht erteilt“ wurden.



## II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

### A. Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>1</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Die Antragstellerin hat ein Zugangsgesuch nach Art. 6 BGÖ beim EFD eingereicht und ablehnende Antworten erhalten. Als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.<sup>2</sup>

Kommt keine Einigung zu Stande 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. Sachlicher Geltungsbereich

1. Mit Schlichtungsantrag vom 28. Mai 2008 bezweifelte die Antragstellerin, dass neben den Charts nicht noch mehr amtliche Dokumente bestehen. Der Beauftragte überprüfte im Rahmen der Sitzung mit dem Öffentlichkeitsberater des EFD vom 7. April 2009, ob tatsächlich keine weiteren Dokumente neben den Charts vorhanden sind. Der Beauftragte konnte sich, wie in Ziffer I. 5 ausgeführt, davon überzeugen, dass keine weiteren, dem Schlichtungsantrag entsprechenden Unterlagen in einem Dokumentenmanagementsystem aufgeführt sind. Diese Tatsache wird auch durch die E-Mail der Generalsekretärin des EFD vom 5. Juni 2008 bestätigt.

*Somit können nur die dem Bundesrat am 8. Mai 2007 überreichten Charts vom Beauftragten beurteilt werden.*

---

<sup>1</sup> BBI 2003 2023

<sup>2</sup> BBI 2003 2024



2. Das EFD brachte in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2008 gegenüber dem Beauftragten vor, dass „die fraglichen Dokumente dem EFD durch den Vertreter der B AG freiwillig übergeben wurden und ihm von Seiten des EFD die Vertraulichkeit zugesichert worden ist“. Damit die Ausnahmeklausel von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ ihre Wirkung entfalten kann, müssen drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein:<sup>3</sup>

- Die Information wurde von einer *Privatperson* und nicht von einer Behörde mitgeteilt
- Die Mitteilung war *freiwillig* und geschah nicht aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht
- Die Verwaltung hat sich *verpflichtet*, die Vertraulichkeit der Information zu wahren.

Dabei müssen sowohl die Zusicherung der Geheimhaltung ausdrücklich verlangt und ebenso ausdrücklich zugesichert worden sein.<sup>4</sup>

Die Charts wurden dem Bundesrat von einem Vertreter der B AG übergeben. Die B AG ist eine juristische Person gemäss Schweizerischem Obligationenrecht und erfüllt die erste Voraussetzung der Mitteilung durch eine Privatperson. Da keine gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Einreichung des Dokuments bestand, ist davon auszugehen, dass die Charts im Rahmen der Besprechung mit dem Bundesrat freiwillig übergeben wurden. Schliesslich geht aus einer E-Mail von A an die Generalsekretärin des EFD vom 9. Juni 2008 hervor, dass sich das EFD dazu verpflichtet hat, die Geheimhaltung der preisgegebenen Informationen zu wahren. Der Beauftragte muss auf die Richtigkeit dieser Information vertrauen.

*Die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ sind somit erfüllt und das EFD muss die Charts nicht herausgeben.*

Der Beauftragte betont, dass der Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nur restriktiv und auf konkrete Dokumente angewendet werden darf und die Verwaltung gehalten ist, den Begehren um Zusicherung der Vertraulichkeit nicht leichthin stattzugeben. Dabei ist zu beachten, dass die Verwaltung dem Privaten nicht von sich aus auf diese Vertraulichkeit hinweisen darf. Zudem darf die Verwaltung die Vertraulichkeit nicht leichtfertig zusichern, sondern muss stets die Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips beachten. Daher darf die Vertraulichkeit nur dort zugesichert werden, wo der Inhalt des Dokuments dies auch rechtfertigt. Mündliche Zusicherungen sind im Lichte des Öffentlichkeitsgesetzes in der Regel problematisch, da sie ein Unterlaufen des Öffentlichkeitsgesetzes ermöglichen.

3. Die Antragstellerin ist aufgrund des am 29. Januar 2009 publizierten Berichts der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch der Meinung, dass zwischen diesem und dem eingereichten Zugangsgesuch ein Zusammenhang besteht, das Zugangsgesuch vom EFD ungenügend behandelt wurde und dass weitere Unterlagen vorhanden sein müssten.

Der Beauftragte muss bei der Kooperation mit den Behörden darauf vertrauen, dass ihm die relevanten Dokumente und Informationen herausgegeben werden. Vorliegend hat der Beauftragte von seinen im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes vorgesehenen Möglichkeiten entsprechend Art. 20 BGÖ Gebrauch gemacht und Einsicht in die vorhandenen Dokumentenmanagementsysteme genommen. Im Rahmen dieser Überprüfung konnten keine weiteren Dokumente im Sinne des Zugangsgesuchs gefunden werden. Der Beauftragte erachtet es jedoch als sinnvoll, dass die Antragstellerin die von ihr aufgeworfene Frage im

---

<sup>3</sup> Brunner / Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 47

<sup>4</sup> Bundesamt für Justiz: „Leitfaden Gesuchsbeurteilung und Checkliste“ vom 24.05.2006, S.8



Zusammenhang mit der Expertenkommission in einem Gespräch zwischen ihr und dem EFD bespricht.

4. Betreffend die ihm vom EFD an der Sitzung vom 7. April 2009 überreichten E-Mails ist der Beauftragte folgender Ansicht: Die E-Mail der Generalsekretärin des EFD an A vom 5. Juni 2009, welche ein amtliches Dokument darstellt, ist aufgrund des allgemeinen Inhalts und der Tatsache, dass die Generalsekretärin in Ausübung ihrer amtlichen Funktion gehandelt hat, an die Antragstellerin herauszugeben. Auch bezüglich der Antwort-E-Mail von A vom 9. Juni 2009 ist der Beauftragte der Meinung, dass diese an die Antragstellerin herausgegeben werden kann, da sie weder die Persönlichkeit des Verfassers respektive der darin erwähnten Personen verletzt, noch ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ beinhaltet.

*Die E-Mail der Generalsekretärin des EFD an A vom 5. Juni 2009 und die Antwort-E-Mail von A vom 9. Juni 2009 sind an die Antragstellerin herauszugeben.*

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

1. Das EFD muss die an der Sitzung vom 8. Mai 2007 dem Bundesrat überreichten Charts nicht zugänglich machen.

Das EFD hält an seiner Zugangsverweigerung fest.

2. Das EFD leitet die E-Mail der Generalsekretärin des EFD vom 5. Juni 2009 und die Antwort-E-Mail von A vom 9. Juni 2009 an die Antragstellerin weiter.
3. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim EFD den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Gegen diese Verfügung kann die Antragstellerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).

4. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
5. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Y (Rechtsvertreter von X)
  - Eidgenössisches Finanzdepartement  
3003 Bern