



Bern, den 23. Dezember 2009

Empfehlung

gemäss

Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag der

X AG

gegen

Eidg. Finanzdepartement

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Die Antragstellerin reichte am 25. Juni 2009 beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) ein Zugangsgesuch gemäss Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) ein. Gemäss diesem Schreiben hatte sie erfahren, dass „Herr A, ehemaliger Verwaltungsrat der B AG, und/oder C, Rechtsvertreter der B AG, zwischen April 2007 und dem Datum dieses Gesuches Kontakt zu verschiedenen Personen des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) hatten.“ Diese Kontakte sollen insbesondere im Zusammenhang mit der Beteiligungsnahme ausländischer Investoren an der B AG und/oder an anderen börsenkotierten Unternehmen mit Sitz in der Schweiz erfolgt sein. „Thema dieser Kontakte waren wahrscheinlich allfällige daraus resultierende Folgen mit Blick auf die Anwendung und Anpassung börsenrechtlicher Offenlegungspflichten und anderer börsenrechtlicher Bestimmungen. Dabei soll es auch ein Treffen mit dem Vorsteher des EFD, Bundesrat Hans-Rudolf Merz, gegeben haben. Möglicherweise gab es auch Treffen und/oder Kontakte mit Frau D, der Chefin des Rechtsdienstes der (sic!) EFD.“ Die Antragstellerin ging davon aus, dass diese Kontakte durch das EFD umfassend dokumentiert seien. Weiter nahm sie an, dass die Kontakte und Treffen im Zusammenhang mit den Zu-



ständigkeiten, die dem EFD im Bereich des schweizerischen Finanzmarkts zukommen, erfolgt waren und damit die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Aus diesen Gründen verlangte die Antragstellerin Zugang zu sämtlichen Dokumenten in diesem Zusammenhang, namentlich:

- „Korrespondenz (inkl. Beilagen) der eingangs genannten Personen an das EFD und umgekehrt im genannten Zusammenhang;
 - Telefonnotizen, Gesprächsnotizen, Besprechungsprotokolle, Aktennotizen, Präsentationen und dergleichen im genannten Zusammenhang;
 - Aufträge, Anträge, Empfehlungen, Anregungen und dergleichen an departementsinterne und departementsexterne Stellen, einschliesslich den Gesamtbundesrat, im genannten Zusammenhang.“
2. In seinem Schreiben vom 6. Juli 2009 an die Antragstellerin hielt das EFD fest, dass im „von Ihnen geschilderten weiten Rahmen“ ein einziges Gespräch stattfand „und zwar am 8. Mai 2007, als der Verwaltungspräsident der B AG, A, bei Bundesrat Hans-Rudolf Merz vorsprach.“ Dabei habe er einige Aufstellungen (Charts) vorgelegt, „welche von den Vertretern des EFD zu Wert und Unwert entgegengenommen wurden [...]“. Da diese Dokumente Geschäftsgeheimnisse enthielten, könne kein Zugang gewährt werden. Es bestünden keine weiteren Unterlagen über das Gespräch. Schliesslich stellte das EFD fest, dass „auch die Chefin des Rechtsdienstes, Frau D, ausserhalb der laufenden Strafverfahren und den Arbeiten der Expertenkommission ‚Börsendelikte und Marktmissbrauch‘ mit Personen aus dem von Ihnen erwähnten Umfeld keinerlei Kontakte oder Treffen hatte.“
 3. Am 27. Juli 2009 reichte die Antragstellerin beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag gemäss Art. 13 BGÖ ein. Sie vertrat die Ansicht, dass *erstens* keine Ausnahmebestimmung von Art. 7 BGÖ vorliege, die es rechtfertigen würde, den Zugang zu den Charts zu verweigern. Zudem sei davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse am Zugang auf jeden Fall überwiege. Bezugnehmend auf die Ausführungen betreffend die Chefin des Rechtsdienstes ersuchte die Antragstellerin *zweitens* auf eine genaue Auflistung sämtlicher Kontakte „mit Herrn A, Herrn C und jeglichen anderen Vertretern und Beratern der B AG.“ Weiter verlangte sie „Einblick in alle diese Treffen und Kontakte betreffenden Unterlagen (Briefe, Faxe und E-Mails) und Protokolle, namentlich der Sitzungen der Expertenkommission [...]“, in die Unterlagen betreffend die Einsetzung der Expertenkommission und deren Besetzung. *Drittens* erschien es der Antragstellerin kaum nachvollziehbar, dass „bei einem solchen Treffen aktuelle rechts- und tagespolitische Fragen diskutiert werden, ohne dass der Vorsteher des EFD departementsintern nach diesem Treffen ein einziges E-Mail verschickt hat oder eine einzige Weisung erlassen hat. Auch ist es schlicht unverständlich, dass ein solches Treffen vereinbart werden könnte (sic!), ohne dass dies entsprechend dokumentiert ist [...]“. Die Antragstellerin verwies dabei auf die Aktenführungspflicht in der Bundesverwaltung, insbesondere Art. 22 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (SR 172.010.1).
 4. Mit Schreiben vom 17. August 2009 liess das EFD dem Beauftragten die Charts zukommen und nahm zu den einzelnen Vorbringen der Antragstellerin wie folgt Stellung:
 - 4.1. „Einsicht in die am 8. Mai 2007 an Herrn Merz übergebenen Aufstellungen (Charts)“

In Bezug auf die so genannten Charts hielt das EFD daran fest, dass diese Geschäftsgeheimnisse der B AG enthielten und demnach der Zugang zu verweigern sei. Selbst bei einem öffentlichen Interesse gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ könne kein Zugang gewährt werden, da sich



diese Ausnahmebestimmung nur auf Fälle beziehe, in denen es um eine Abwägung mit der Privatsphäre (und nicht mit Geschäftsgeheimnissen) Dritter gehe.

4.2. „Aufstellung der Kontakte von Frau D mit den Beteiligten und Einsicht in die Unterlagen betreffend Bestellung, Besetzung und Arbeit der Expertenkommission“

Das EFD verwies vorweg darauf, dass „das BGÖ den Zugang zu *bestehenden* Dokumenten erlaubt und das EFD also nicht gehalten ist, für die Antragstellerin irgendwelche Aufstellungen zu verfassen. Was sodann die Strafverfahren betrifft, so fallen diese nicht unter das BGÖ (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2), weshalb ein Zugang zum Vornherein ausgeschlossen ist. Hingegen sind die Akten der Expertenkommission „Börsendelikte und Marktmissbrauch“ dem Zugang offen und können beim EFD eingesehen werden.“

4.3. „Einsicht in amtliche Dokumente betreffend weitere Kontakte unter den Beteiligten“

Das EFD hielt daran fest, dass ausser den erwähnten (Charts) keine weiteren Dokumente vorhanden sind.

5. Der Beauftragte hat in der gleichen Sache bereits am 11. Mai 2009 eine Empfehlung erlassen.¹

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 auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.² 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. 10 BGÖ beim EFD eingereicht und eine ablehnende Antwort 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.³

¹ [Empfehlung vom 11. Mai 2009: EFD / Unterlagen Bundesratstreffen mit einer AG](#)

² BBI 2003 2023

³ BBI 2003 2024



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. Gesuch betreffend Charts der B AG

Der Beauftragte hält an der Schlussfolgerungen seiner Empfehlung 11. Mai 2009 fest, wonach es sich bei den dem Departementschef anlässlich der Besprechung überreichten Charts um Informationen handelt, die den Behörden von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Es liegt eine Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ vor. Der Gesetzgeber hat darin abschliessend geregelt, dass das private Interesse am Schutz der Informationen das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt.⁴ Einzig im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 BGÖ verfügt die Behörde in Bezug auf ein allenfalls überwiegendes öffentliches Interesse über ein gewisses Ermessen.

Der Zugang zu den Charts muss nicht gewährt werden.

2. Gesuche betreffend „Allfällig vorhandenen weiteren Dokumenten“; „Aufstellung der Kontakte von der Chefin des Rechtsdienstes mit den Beteiligten“ sowie „Einsicht in amtliche Dokumente betreffend weitere Kontakte unter den Beteiligten“

2.1. Wie bereits in der Empfehlung vom 11. Mai 2009 festhalten, muss der Beauftragte bei der Kooperation mit den Behörden darauf vertrauen, dass ihm die relevanten Dokumente und Informationen herausgegeben werden. Vorliegend hat der Beauftragte von seinen Möglichkeiten nach Art. 20 BGÖ Gebrauch und seine Auskunfts- und Einsichtsrechte beim EFD geltend gemacht.

Gemäss Stellungnahme des EFD bestehen ausser den erwähnten Charts keine weiteren Dokumente.

2.2. Das Öffentlichkeitsgesetz verschafft lediglich einen Anspruch auf Zugang zu bestehenden Dokumenten. Es bezweckt jedoch nicht, die Verwaltung zur Erstellung eines noch nicht existierenden Dokuments zu verpflichten.⁵

Die Behörde ist hingegen verpflichtet, dem Antragsteller Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben und ihn bei seinem Vorgehen zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, VBGÖ, SR 152.31). Dies geht – insbesondere bei umfangreichen Dossiers – so weit, dass sie ihm beispielsweise einen Auszug aus ihrem Dokumentenmanagementsystem oder – sofern kein solches vorhanden – eine Liste mit den *vorhandenen* Dokumenten zukommen lassen muss.⁶ Im Gegenzug kann die Behörde vom Antragsteller verlangen, ein inhaltlich zu unbestimmt gefasstes Zugangsgesuch zu präzisieren (Art 7 Abs. 3 VBGÖ).

2.3. *Zusammenfassend kann festgehalten werden: Gemäss EFD sind in den vom Antragsteller dargelegten Bereichen keine weiteren Dokumente vorhanden. Damit erübrigt sich auch die Erstellung der vom Antragsteller verlangten Aufstellung.*

⁴ BBI 2003 2006

⁵ BBI 2003 1992

⁶ Handkommentar zum BGÖ, Art. 10, Rz. 34.



3. Gesuch betreffend „Einsicht in die Unterlagen betreffend Bestellung, Besetzung und Arbeit der Expertenkommission“

Die Antragstellerin verlangte in ihrem Zugangsgesuch vom 25. Juni 2009 nicht explizit Einsicht in die Unterlagen betreffend Bestellung, Besetzung und Arbeit der Expertenkommission. Im Schlichtungsverfahren können nur Anträge geprüft werden, die vorgängig Teil eines Zugangsgesuchs waren.

Die Antragstellerin muss in Bezug auf die Dokumente betreffend die Expertenkommission ‚Börsendelikte und Marktmissbrauch‘ beim EFD ein neues Zugangsgesuch einreichen.

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

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

Das EFD hält an seiner Zugangsverweigerung fest.

2. 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).

3. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar still.
4. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellerin und der erwähnten Drittpersonen anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
5. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X

- Eidgenössisches Finanzdepartement
3003 Bern

Jean-Phillippe Walter

Beilage (nur Antragsteller)

- Empfehlung vom 11. Mai 2009 (anonymisiert)