



Bern, den 8. September 2009

Empfehlung

gemäss

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

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragsteller)**

gegen

Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) ersuchte am 22. Mai 2009 beim Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV-Ausgleichsfonds) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) um Zugang zu zwei Expertenberichten betreffend den Verkehrswert einer Immobilie, die vom AHV-Ausgleichsfonds für den Eigengebrauch erworben worden war.
2. Der AHV-Ausgleichsfonds teilte dem Antragsteller am 22. Mai 2009, dass „wir [...] keinen Anlass [sehen], die Namen der externen unabhängigen Experten zu veröffentlichen. Diese Expertisen und deren Schlussfolgerungen liegen uns vor und gelten als interne Arbeitsdokumente.“
3. Am 28. Mai 2009 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.



4. Am 8. Juni 2009 forderte der Beauftragte den AHV-Ausgleichsfonds auf, sich in einer Stellungnahme über die Frage der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes und über die Verfügungskompetenz des AHV-Ausgleichsfonds auszusprechen.
5. Per E-Mail übermittelte der AHV-Ausgleichsfonds am 13. Juni 2009 dem Beauftragten seine Stellungnahme. Darin vertrat er u.a. die Ansicht, der Fonds „est un organisme indépendant de droit public, disposant de ses propres organes [...] [...] Le Fonds de compensation de l'AVS n'est donc pas une unité de l'administration fédérale, au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans.“ Weiter führte er aus, dass „Dans le cas d'espèce, l'acquisition d'un immeuble par le Fonds de compensation de l'AVS n'est pas un acte sujet à recours selon la LAVS ou les règlements et ordonnances que en découlent, de sorte que l'application de la PA est exclu. [...] Le fait que le Fonds de compensation de l'AVS procède à l'acquisition d'un immeuble pour ses besoins propres n'est clairement pas susceptible de satisfaire aux conditions d'application de l'art. 5 PS. En effet, toutes les activités ordinaires ne tombent pas dans le champ d'application de la LTrans et c'est en particuliers le cas pour le cas de simples activités contractuelles ou informelles [...]“. Im Übrigen verwies der AHV-Ausgleichsfonds auf die in Art. 108 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) festgehaltene Pflicht zur Veröffentlichung der Jahresrechnung, der Bilanz und des detaillierten Vermögensausweises. Damit liege eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vor, welches die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes ausschliesse.

In der gleichen E-Mail informierte der AHV-Ausgleichsfonds weiter darüber, dass auch das von ihm in der Sache angefragte Bundesamt für Sozialversicherungen BSV zum Schluss gekommen sei, dass der AHV-Ausgleichsfonds nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle, da der Fonds keinerlei rechtsetzende oder verfügende Kompetenzen habe.

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

1. In Fällen, in denen nicht bereits von Beginn weg zweifelsfrei feststeht, dass das Öffentlichkeitsprinzip nicht zur Anwendung gelangt, tritt der Beauftragte auf einen form- und fristgerecht eingereichten Schlichtungsantrag ein und prüft, ob die Bearbeitung des Zugangsgesuchs durch die Behörde angemessen und rechtmässig erfolgt ist (Art. 12 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung VBGÖ, SR 152.31).
2. Der AHV-Ausgleichsfonds und das BSV vertreten die dezidierte Haltung, dass der Fonds nicht Teil der Bundesverwaltung sei und verweisen dabei auf seine von Gesetzes wegen statuierte Selbständigkeit. Gemäss übereinstimmenden Stellungnahmen des AHV-Ausgleichsfonds und des BSV hat der Fonds keine Verfügungskompetenz.

Nachfolgend gilt es somit zu prüfen, ob der AHV-Ausgleichsfonds überhaupt in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. Gemäss Art. 2 BGÖ findet das Öffentlichkeitsgesetz u.a. Anwendung auf die *Bundesverwaltung* (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ) und auf *Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts*, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Artikel 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) erlassen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

3. Zur *Bundesverwaltung* gehören nebst der zentralen auch dezentralisierte Verwaltungseinheiten



ten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse (Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG, SR 172.010).

3.1. In den für den AHV-Ausgleichsfonds relevanten Organisationserlassen („Der Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung“, Art. 107 – 110 AHVG, sowie in der Verordnung über die Verwaltung des Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.192.1) finden sich *keine konkretisierenden Hinweise in Bezug auf die Zugehörigkeit des AHV-Ausgleichsfonds zur (zentralen oder dezentralen) Bundesverwaltung.*

3.2. In der Ausführungsverordnung zum RVOG, der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1), werden im Anhang Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung und die wichtigsten Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung aufgelistet. *Der Ausgleichsfonds wird in dieser Liste nicht aufgeführt.* Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass diese Liste in Bezug auf die dezentralen Verwaltungseinheiten *nicht abschliessend* ist.

In dieser Hinsicht gibt der Beauftragte allerdings zu bedenken, dass die rechtliche Selbständigkeit allein kein ausschlaggebendes Kriterium dafür ist, dass eine Anstalt nicht der dezentralen Bundesverwaltung angehören könne. Als Beispiele für Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die sehr wohl der Bundesverwaltung angehören, sei in diesem Zusammenhang auf die SUVA, die Eidgenössische Alkoholverwaltung, das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung, Swissmedic oder aber den Schweizerische Fonds für Unfallverhütung im Strassenverkehr (s. Art. 3ff. des Bundesgesetzes über einen Beitrag für die Unfallverhütung im Strassenverkehr, SR 741.81) verwiesen. All diesen dezentralen Verwaltungseinheiten ist gemeinsam, dass deren Leitungsorgane vom Bundesrat ernannt werden. In der Ausübung ihrer Aufgabenerfüllung handeln diese (in unterschiedlicher Ausprägung) autonom und in der Regel nicht weisungsgebunden – wobei sie zumindest die sie betreffenden gesetzlichen Vorgaben beachten müssen.

Gleiches ist der Fall beim AHV-Ausgleichsfonds. So verfügt er – als „besondere Anstalt“¹ – über eine eigene Rechtspersönlichkeit (s. Art. 107 AHVG). Dem Fonds steht ein vom Bundesrat ernannter Verwaltungsrat vor. Weiter erlässt der Bundesrat ein Geschäftsreglement, das die Tätigkeit des Verwaltungsrates und seiner Ausschüsse, die Sekretariatsführung und den Vollzug seiner Beschlüsse regelt (Art. 109 Abs. 2 AHVG). Beachtenswert ist auch der Umstand, dass das Dienstverhältnis des Personals der Geschäftsstelle sich nach der Personalgesetzgebung des Bundes richtet (Art. 7a Abs. 3 der Verordnung über die Verwaltung des Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.192.1) sowie die Tatsache, dass der Verwaltungsrat mit Einwilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements für einzelne Personen von der Klassifizierung einer Stelle abweichen und die Beförderung sowie das Anfangsgehalt frei festlegen kann (Art. 7a Abs. 4 der Verordnung über die Verwaltung des AHV-Ausgleichsfonds).

3.3. *Die erwähnten relevanten gesetzlichen Regelungen ordnen den AHV-Ausgleichsfonds nicht explizit der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung zu.*

4. In den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen auch *Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts*, die *nicht* der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Artikel 5 VwVG erlassen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

4.1. Durch die Bundesgesetzgebung können diese Organisationen und Personen mit Verwaltungsaufgaben betraut werden (Art. 2 Abs. 4 RVOG). Es ist davon auszugehen, dass der AHV Ausgleichsfonds bei seinen beiden Kernaufgaben (zum einen die Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft für die Leistungen für AHV, IV und EO und zum anderen die sichere

¹ BBl 1946 II 513



Anlage des Vermögens) mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut ist. Der Vernehmlassungsentwurf zum Öffentlichkeitsgesetz sah noch vor, dass der Bundesrat Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, aber öffentliche Aufgaben des Bundes erfüllen, dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellen kann. Aufgrund der uneinheitlichen Beurteilung im Rahmen der Vernehmlassung wurde sodann nicht mehr die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe als *entscheidendes Kriterium* für die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips bezeichnet, sondern ob diese Organisationen oder Personen *Erlasse oder Verfügungen erlassen* (s. Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).² Mit anderen Worten werden nur jene Tätigkeitsbereiche dieser Organisationen und Personen erfasst, in denen sie hoheitlich tätig sind. Demnach kann gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz nur der Zugang zu jenen amtlichen Dokumenten rechtlich durchgesetzt werden, welche unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach VwVG betreffen.³

Da der AHV-Ausgleichsfonds offensichtlich nicht hoheitlich tätig ist, fällt er nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Der AHV-Ausgleichsfonds kann daher gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz nicht verpflichtet werden, den Zugang zu den gewünschten Dokumenten zu gewähren.

- 4.2. Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung führt nach Ansicht des Beauftragten insbesondere in Fällen, in denen eine Institution mit einer derart wichtigen öffentlichen Aufgabe seine Dokumente nicht offen legen muss, zu einem unbefriedigenden Resultat. Selbstverständlich steht es dem AHV-Ausgleichsfonds frei, angesichts der Herkunft der von ihm verwalteten Gelder (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Steuergelder etc) nochmals auf seinen ablehnenden Entscheid zurückzukommen.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, dass von der Bundesverwaltung selbst erstellte oder in Auftrag gegebene Gutachten (inklusive der Namen der Experten) grundsätzlich zugänglich gemacht werden müssen.⁴ Gerade beim privilegierten Einbezug eines Privaten (dies ist der Fall, wenn ein externer Experte mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt wird) müssen – nebst dem Resultat – auch die Bindungen zwischen der Verwaltung und dem betroffenen Dritten offen gelegt werden, um Ungleichbehandlungen gegenüber anderen Dritten zu vermeiden.⁵ Nicht zuletzt erhält der Bürger, die Bürgerin auf diese Weise die Möglichkeit, den Wahrheitsgehalt behördlichen Handelns nachvollziehen zu können. Dies hat wiederum der Bundesrat als einer der Gründe für die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips aufgeführt.⁶

5. *Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung auf den AHV-Ausgleichsfonds findet. Er ist daher nicht verpflichtet, die Expertisen herauszugeben.*

² Auch die SRG hat sich im Rahmen der Vernehmlassung dagegen ausgesprochen; Bundesamt für Justiz: Zusammenstellung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Öffentlichkeitsgesetz, S. 7

³ BBl 2003 1986f.

⁴ s. dazu u.a. BBl 2003 1974, 1991; Bundesamt für Justiz „Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen“, 29.06.2006 (Ziffer 3.5);

⁵ Brunner „Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln“, Ziff. IV 3; in „Selbstbestimmung und Recht“, Festgabe für Rainer J. Schweizer, Schulthess 2003

⁶ BBl 2003 1973f.



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

1. Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) findet keine Anwendung auf die Tätigkeiten des Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung.
Es besteht daher kein Anspruch auf Zugang zu den zwei Expertenberichten.
2. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
3. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - AHV-Ausgleichsfonds
Rue Neuve-du-Molard 24
1204 Genf

Hanspeter Thür