



Bern, 18.09.2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

X
(Antragsteller)

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Branchenverband) hat mit Gesuch vom 5. Juli 2012 beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3), Zugang zu den „eingereichten Unterlagen zur Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP), namentlich für den Nachweis der Quoren“, verlangt. Er bezog sich darin auf eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 3. Juli 2012, Nr. 127, mit dem Titel: „Gesuch um Änderung der AVE des Gesamtarbeitsvertrages für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP)“.¹
 2. Das SECO gewährte dem Antragsteller mit Schreiben vom 26. Juli 2012 keinen Zugang zu den verlangten Unterlagen mit dem Hinweis auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ und begründete dies folgendermassen: „l'arrêté d'extension du Conseil fédéral n'ayant pas encore été rendu, il ne nous est pas possible de vous laisser consulter les documents reçus dans le cadre de la requête d'extension. (...) En outre, il sied de relever que les partenaires sociaux ont donné un préavis négatif par rapport à votre demande d'accès au dossier. Le Conseil fédéral a également affirmé, dans sa réponse à une interpellation urgente déposée par le Conseiller aux Etats

¹ <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N6233840/N2012.06746888.pdf>



Hannes Germann^[2] le 28 février 2012 en rapport avec l'extension des CCT, que la LTrans ne prévoyait pas d'accès au dossier pendant la durée de la procédure d'extension.“

3. Am 10. August 2012 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag mit den Begehren ein, dass ihm mitzuteilen sei, „ob neue Unterlagen betreffend Quoren vorliegen“, und, dass ihm, „falls dies nicht der Fall sei, Zugang in die ursprünglichen Akten zu gewähren“ sei. Der Antragsteller anerkannte zwar explizit, dass „amtliche Dokumente gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst nach dem politischen oder administrativen Entscheid zugänglich gemacht werden“ könnten. Der Stellungnahme des SECO vom 26. Juli 2012 sei jedoch „nicht zu entnehmen, ob bezüglich des Nachweises der vorhandenen Quoren überhaupt neue Unterlagen eingereicht“ worden seien. „Sollte dies der Fall sein, so könnten diese nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ tatsächlich noch nicht zugänglich gemacht werden.“ Weiter brachte der Antragsteller vor, dass „die ursprünglichen Akten zur AVE des Second Oeuvre auf sein Zugangsgesuch vom 25. Mai 2009 hin bereits am 3. Juli 2009 zugänglich gemacht worden“ seien. Er vertrat die Ansicht, dass „das SECO zu präzisieren habe, ob es sich bei der Stellungnahme vom 26. Juli 2012 auf alte oder neue Unterlagen“ stütze. Selbst wenn es auf alte Akten zurückgreife, so sei der Zugang zu gewähren, da diese Akten schon einmal öffentlich gewesen seien.
4. Am 7. September 2012 hielt der Antragsteller telefonisch gegenüber dem Beauftragten fest, dass ihm auf sein Zugangsgesuch vom 25. Mai 2009 hin lediglich Dokumente zugänglich gemacht worden seien, welche sich nicht über den Quorennachweis äusserten.
5. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte das SECO am 22. August 2012 eine Stellungnahme und die vom Antragsteller mit Zugang vom 5. Juli 2012 verlangten Dokumente ein. Dabei handelte es sich um die Korrespondenz zwischen den Sozialpartnern und dem SECO betreffend die Ermittlung der Quoren gemäss Art. 2 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311). Dies seien, so das SECO, die für den Bundesratsbeschluss relevanten Dokumente. In der Stellungnahme legte das SECO dar, dass der Bundesrat im vorliegenden Fall noch nicht über die Allgemeinverbindlichkeit des GAV für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP) entschieden habe. Daher sei es dem SECO nicht möglich, dem Antragsteller Einsicht in die Dokumente zu gewähren, welche es im Rahmen des Gesuches um AVE erhalten habe. Das SECO verwies auch gegenüber dem Beauftragten auf die Antwort des Bundesrates vom 9. März 2012 auf die dringliche Interpellation von Ständerat Hannes Germann. Der Bundesrat führte darin aus, es liesse sich aus dem Öffentlichkeitsgesetz kein Anspruch auf Zugang zu Akten während der Dauer eines AVE-Verfahrens ableiten, da nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden dürften, wenn der politische oder administrative Entscheid getroffen worden sei, für den sie die Grundlage darstellten. Ausserdem enthielten gewisse Dokumente, die dem SECO von den Sozialpartnern zugestellt worden seien, Namen und Adressen von Betrieben sowie – bei einigen von ihnen – Angaben über deren Mitgliedschaft bei einem Arbeitgeberverband. Nach Ansicht des SECO könne ohne Einwilligung der Betroffenen daher selbst nach dem Bundesratsentscheid kein Zugang zu diesen Personendaten gewährt werden.
6. Das vorliegende Schlichtungsverfahren bezieht sich einzig auf die mit dem Zugangsgesuch vom 5. Juli 2012 verlangten Dokumente. Das vom Antragsteller im vorliegenden Schlichtungsantrag ebenfalls erwähnte Zugangsgesuch vom 25. Mai 2009 ist somit *nicht* Gegenstand dieses Verfahrens.

² http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123031



7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers sowie des SECO und die eingereichten 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

8. 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.
9. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.³ 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.
10. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SECO eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er 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.
11. 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.⁴
12. 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. Materielle Erwägungen

13. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder

³ BBI 2003 2023.

⁴ BBI 2003 2024.



gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).⁵

14. Der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist in Art. 2 BGÖ geregelt. Das Gesetz gilt für die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ), für Personen und Organisationen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) erlassen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ), und für die Parlamentsdienste (Art. 2 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Betreffend die Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ sind im Anhang 1 und 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1) die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung aufgelistet.
15. *Gemäss Anhang 1 der RVOV ist das SECO eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes (EVD) und fällt somit unter Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ.*
16. Bei den zu beurteilenden Dokumenten handelt es sich um Eingaben der Sozialpartner, welche der Ermittlung der Quoren für die Änderung der AVE des GAV dienen. Es ist als Erstes zu prüfen, ob es sich bei diesen Unterlagen um amtliche Dokumente handelt und ob diese die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen.
17. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Nach Art 5 Abs. 1 Bst. a-c BGÖ ist ein amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Amtliche Dokumente können auch solche sein, die einer Behörde von Stellen zugestellt werden, die selber nicht (z. B. Privatpersonen, Unternehmen) oder nur teilweise vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (z.B. Post, SBB) erfasst werden. Auf Dokumente von Verwaltungsexternen ist das Öffentlichkeitsgesetz jedoch nur anwendbar, wenn diese Informationen von einer Behörde zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden, so z.B. wenn sie in Zusammenhang mit einem Entscheidungsprozess stehen (z. B. bei der Erteilung einer Bewilligung).⁶
18. Das SECO ist die zuständige Verwaltungsbehörde für die Vorbereitung der Bundesratsbeschlüsse über die AVE von Gesamtarbeitsverträgen. Nach Prüfung der Voraussetzungen ergeht auf Antrag des SECO der formelle Entscheid des Bundesrates. Die Sozialpartner haben dem SECO die für den Bundesratsentscheid relevanten Unterlagen für das Gesuch um Änderung der AVE des GAV eingereicht. Diese Dokumente enthalten somit Informationen, welche die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe betreffen und sich im Besitz des SECO und somit einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegenden Behörde befinden.
19. *Die Kriterien nach Art. 5 Abs. 1 sind insofern erfüllt, als die von den Sozialpartnern dem SECO eingereichten Unterlagen zur Änderung der AVE des GAV für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP) einer öffentlichen Aufgabe dienen und somit amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ darstellen.*
20. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob sich das SECO zu Recht darauf berief, dass der Entscheid, für den diese Dokumente die Grundlage darstellen, noch nicht getroffen sei, und es daher gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ die verlangten Dokumente nicht zugänglich machte.

⁵ Christine Guy-Ecabert, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

⁶ BBl 2003 1963 1994.



21. Ein GAV wird auf Gesuch der vertragsschliessenden Verbände durch die zuständige Behörden im Bund und in den Kantonen allgemeinverbindlich erklärt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des AVEG erfüllt sind. Der Geltungsbereich eines GAV kann auf Antrag aller Vertragsparteien auf Arbeitgeber und Arbeitnehmenden der betreffenden Branchen, die nicht am Vertrag beteiligt sind, ausgedehnt werden. In den AVE-Beschlüssen ist jeweils aufgeführt, für welches Gebiet, welche Branche und welche Arbeitnehmenden die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV gelten.
22. Die Ausdehnung des Geltungsbereiches eines GAV hat zur Folge, dass alle Unternehmen, welche in den Geltungsbereich des GAV fallen, die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen einhalten müssen. Dabei sind die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung einer AVE in Art. 2 AVEG geregelt. In Art. 2 Ziff. 3 AVEG wird für die Ermittlung der Quoren u.a. verlangt, dass am GAV mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sind. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden beschäftigen. Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmenden abgesehen werden. Die Zuständigkeit und das Verfahren der Allgemeinverbindlichkeit richten sich nach Art. 7-18 AVEG. Für die Änderungen der AVE ist gemäss Art. 7 AVEG ein Beschluss des Bundesrats notwendig.
23. Das Verfahren um AVE eines GAV ist eine besondere Art des Rechtsetzungsverfahrens. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass das AVEG *abschliessend* die Rechte aufzählt, welche den mitinteressierten Personen im Verfahren auf AVE eines GAV zustehen. Art. 8f. AVEG gibt ihnen die Möglichkeit, eine schriftliche und begründete Einsprache nach Veröffentlichung des Antrages auf AVE zu erheben. In den vom SECO eingereichten Dokumenten ist ersichtlich, dass der Antragsteller mit Schreiben vom 13. Juli 2012 Einsprache erhoben hat. Das Bundesgericht hat zur Frage des rechtlichen Gehörs festgehalten, dass das Gesetz genügend Möglichkeiten aufzeige, eine schriftliche und begründete Einsprache zu erheben. Es bestehe nach Ablauf dieser Einsprachefrist kein Anspruch mehr, am Verfahren teilzunehmen.⁷
24. Nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Dabei gilt es zu beachten, dass ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Dokument, für das sich die Frage des Rechts auf Zugang stellt, und dem jeweiligen politischen oder administrativen Entscheid bestehen muss.⁸ Nach dem Entscheid können allenfalls subsidiär weitere Ausnahmeklauseln gemäss Art. 7-9 BGÖ zur Anwendung gelangen.
25. Die hier zu beurteilenden Dokumente, welche für den Nachweis der Quoren für die Änderung der AVE des GAV für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP) benötigt werden, wurden dem SECO zwischen Februar und August dieses Jahres eingereicht. Es bereitet diese jeweils unmittelbar nach den Eingaben der Sozialpartner für den anstehenden Bundesratsbeschluss vor. Für einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang zwischen diesen Dokumenten und dem Entscheid des Bundesrates spricht auch die zeitliche Nähe zwischen den Eingaben der Sozialpartner und dem Beschluss des Bundesrates. Wie bereits erwähnt⁹, kann die Allgemeinverbindlichkeit angeordnet werden, sofern die Voraussetzungen gemäss AVEG erfüllt sind. Der Schriftenwechsel zwischen den Sozialpartnern zur Änderung der AVE des GAV bildet dabei die Grundlage für den Nachweis der Quoren gemäss Art. 2 Ziff. 3 AVEG und ist somit eine zwingende Voraussetzung für den

⁷ Urteil BGer vom 15. Juni 1990, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 1990, S. 69 ff.

⁸ Pasal Mahon/Olivier Gonin, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 30.

⁹ Ziff. 22.



Bundesratsbeschluss. Zum jetzigen Zeitpunkt hat der Bundesrat jedoch noch keinen Entscheid betreffend die Allgemeinverbindlichkeit des fraglichen GAV getroffen.

26. *Vorliegend besteht ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen den vom Antragsteller verlangten Dokumenten und dem bevorstehenden Beschluss des Bundesrates. Es liegt somit ein Anwendungsfall von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vor, weshalb die amtlichen Dokumente zurzeit nicht zugänglich gemacht werden müssen. Ob die Dokumente nach dem Beschluss des Bundesrates zugänglich zu machen sind, kann offen bleiben.*
27. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das SECO hat den Zugang zu beantragten amtlichen Dokumenten zu Recht – gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ – nicht zugänglich gemacht.*

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

28. Das SECO schiebt den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten der Sozialpartner zur Änderung der AVE des Gesamtarbeitsvertrages für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe auf.
29. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim SECO den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
30. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
31. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
32. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Effingerstrasse 31
3003 Bern

Jean-Philippe Walter