



Bern, 23. Januar 2023

## **Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

### **im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X. \_\_  
(Antragssteller)**

**und**

**Bundesamt für Justiz BJ**

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

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 22. März 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Justiz BJ, beim Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF und beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA Folgendes verlangt: "Gestützt auf das beiliegende Bundesverwaltungsgerichts-Urteil beantrage ich Einsicht in die im Urteil<sup>[1]</sup> erwähnten Unterlagen. [...] Eingeschlossen sind neu auch sämtliche Textnachrichten (SMS, Whatsapp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten (analog Mailverkehr). [...] Vorab ist dem Gesuchsteller eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder zuzustellen [...]".
2. Am 25. März 2022 bestätigte das BJ im Namen des BJ, des EDA und des SIF den Eingang des Zugangsgesuchs und informierte den Antragsteller darüber, dass die Bearbeitung aufgrund der Komplexität des Ersuchens und der Beinhaltung von Personendaten länger dauern werde als 20 Tage und verwies auf Art. 12 Abs. 2 BGÖ. Gleichzeitig teilte das BJ dem Antragsteller mit, dass die gewünschte Liste von Behördenmitgliedern nicht existiere und das Öffentlichkeitsgesetz keinen Anspruch auf Erstellung von nicht vorhandenen Dokumenten erteile.
3. In seiner Antwort-E-Mail vom 20. April 2022 führte der Antragsteller aus, dass er gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ einen Anspruch auf Dokumente habe, die sich durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus vorhandenen Informationen erstellen liessen, da diese auch als amtliche Dokumente

<sup>1</sup> Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015.

gälten. Die verlangte Liste lasse sich leicht aus dem Verteiler des einschlägigen Mailverkehrs erstellen.

4. Am 21. April 2022 teilte das BJ dem Antragsteller erneut mit, eine Liste mit den fraglichen Behördenmitgliedern lasse sich entgegen seiner Ansicht nicht durch einen einfachen elektronischen Vorgang erstellen. Zudem verfügten weder das BJ, noch das EDA oder das SIF über SMS oder Mitteilungen anderer mobiler Messenger-Dienste in dieser Angelegenheit.
5. Am 22. April 2022 wies der Antragsteller das BJ unter Hinweis auf den Dokumentationsfilm *Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses* darauf hin, dass die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im Eidgenössischen Finanzdepartement EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und dieser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Soweit diese SMS-Kommunikation nicht gesichert sei, sei dies unverzüglich nachzuholen.
6. Am 5. Mai 2022 nahm das BJ gegenüber dem Antragsteller Stellung und schob den Zugang zu den im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 erwähnten Unterlagen vollständig auf, bis der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika abgeschlossen ist. Darüber hinaus verwies das BJ auf resp. wiederholte das bereits Ausgeführte.
7. Am 6. Mai 2022 reichte der Antragssteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
8. Mit Schreiben vom 9. Mai 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragssteller den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte gleichentags das BJ dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
9. Am 20. Mai 2022 reichte das BJ die betroffenen Dokumente ein und verwies im Wesentlichen zusammenfassend auf die Ausführungen in den Stellungnahmen. Das BJ beantragte schliesslich die Vereinigung der Verfahren betreffend die drei Behörden, an welche das Zugangsgesuch vom 22. März 2022 gerichtet war. Es begründete dies mit der bereits bis anhin koordinierten Beantwortung des Gesuchs durch die involvierten Behörden und mit verfahrensökonomischen Überlegungen.
10. Am 3. Juni 2022 gelangte der Beauftragte ans SIF und ersuchte dieses, sich zur Frage, ob der Steuerstreit mit den USA beendet sei oder nicht, zu äussern. In seiner Ergänzung vom 23. Juni 2022 verwies das SIF im Wesentlichen auf die bereits gegenüber dem EDA und dem BJ angegebene Einschätzung vom 28. April 2022.
11. Am 28. Juni 2022 lud der Beauftragte den Antragsteller und alle beteiligten Behörden zu einer gemeinsamen Schlichtungssitzung ein, welche in der Folge vom August in den September und schliesslich in den November verschoben werden musste.
12. Mit E-Mail vom 8. November 2022 informierte der Beauftragte das BJ und den Antragsteller darüber, dass auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde, beide im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhielten (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]).
13. Mit E-Mail vom 10. November 2022 verwies das BJ im Wesentlichen auf die Stellungnahme vom 20. Mai 2022. Im Hinblick auf das Ersuchen um Zugang zu mobilen Textnachrichten der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder sowie um Zugang zu einer Liste mit den Namen der Behördenmitglieder bestätigte das BJ noch einmal, dass im BJ keine solchen Dokumente existierten.
14. Am 24. November 2022 reichte der Antragsteller eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin erwog der Antragsteller in Bezug auf das vorliegende Schlichtungsverfahren, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA entgegen den Ausführungen des BJ, SIF und EDA als abgeschlossen betrachtet werden könne, weshalb der Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren sei. In der Beilage fanden sich die im Rahmen des Zugangsgesuchs geführte Korrespondenz, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 sowie

E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Antragsteller und der Firma A. \_\_ (Zeitraum: 22. März 2022 bis 18. November 2022).

15. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BJ sowie auf 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**

16. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BJ 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).
17. Das BJ beantragt in seiner Stellungnahme vom 20. Mai 2022 die Vereinigung des vorliegenden Schlichtungsverfahrens mit denjenigen Verfahren zwischen dem Antragsteller und dem SIF bzw. dem EDA, welche ihren Ursprung ebenfalls im Zugangsgesuch vom 22. März 2022 haben (vgl. Ziffer 1). Der Antragsteller hat sein Zugangsgesuch gleichzeitig an das BJ, das SIF und das EDA gerichtet. Die betroffenen Behörden haben zum Zugangsgesuch jeweils separat Stellung genommen und dabei lediglich den Zugang zu bei der jeweiligen Behörde vorhandenen amtlichen Dokumente beurteilt. Die drei Zugangsverfahren weisen folglich je einen unterschiedlichen Verfahrensgegenstand auf.<sup>2</sup> Auch ist die Beurteilung der Behörden nicht identisch: mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts schiebt das BJ den Zugang auf, wohingegen das EDA den Zugang verweigert<sup>3</sup>. Schliesslich betrifft auch die gemäss Vorbringen des SIF<sup>4</sup> nur einheitlich zu beantwortende Vorfrage zur Beendigung des Steuerstreits zwischen den USA und der Schweiz keine beim SIF befindlichen amtlichen Dokumente. Weder das BJ noch das SIF oder das EDA haben bis anhin dargelegt und für den Beauftragten ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen vorliegend die Verfahren im Stadium des Zugangsverfahrens nicht vereinigt wurden, dies aber im Schlichtungsverfahren erfolgen soll. Anzumerken bleibt, dass es dem BJ resp. den betroffenen Behörden unbenommen ist, im allenfalls auf das Schlichtungsverfahren nachfolgenden Verfügungsverfahren die entsprechenden Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten zu vereinen. Aufgrund des Ausgeführten wird dem Antrag des BJ auf Verfahrensvereinigung nicht entsprochen.
18. 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>5</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**

19. 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.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. zur Verfahrensvereinigung Urteil des BGER 2C\_321/2018 vom 7. August 2018 E. 3.

<sup>3</sup> Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: EDA / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 3.

<sup>4</sup> Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: SIF / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 6.

<sup>5</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

<sup>6</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

20. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu den amtlichen Dokumenten im durch das Zugangsgesuch (vgl. Ziffer 1) definierten Umfang, soweit es sich um amtliche Dokumente des BJ handelt. Das Zugangsbegehren lässt sich in drei Hauptaspekte unterteilen:
- im Urteil des BVGer erwähnte Dokumente [nachfolgend: Dokumente zum Steuerstreit];
  - sämtliche Textnachrichten (SMS, WhatsApp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten [nachfolgend: mobile Korrespondenz] und
  - eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder [nachfolgend: Auflistung der Behördenmitglieder].
21. Zu beurteilen ist vorab die Zugänglichkeit zur Auflistung der Behördenmitglieder nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Das BJ führt im Zugangsgesuchsverfahren aus, dass die gewünschte Liste mit den Behördenmitgliedern nicht existiere und das Öffentlichkeitsgesetz keinen Anspruch auf Erstellung von nicht vorhandenen Dokumenten erteile. Ausserdem lasse sich die Liste mit den fraglichen Behördenmitgliedern auch nicht durch einen einfachen elektronischen Vorgang erstellen. In seiner Stellungnahme vom 20. Mai 2022 an den Beauftragten versichert das BJ, dass eine Namensliste der in diese Sache involvierten Behördenmitglieder nicht vorhanden sei, weswegen auch kein Zugang gewährt werden könne.
22. Der Antragsteller führte im Zugangsgesuchsverfahren gegenüber dem BJ aus, dass er gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ einen Anspruch auf Dokumente habe, die sich durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus vorhandenen Informationen erstellen lassen, da diese auch als amtliche Dokumente gelten würden. Die verlangte Liste lasse sich leicht aus dem Verteiler des einschlägigen Mailverkehrs erstellen. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 macht der Antragsteller diesbezüglich keine weiteren Vorbringen.
23. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>7</sup> Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente 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 bzw. der (angehörten) Drittperson.<sup>8</sup> Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>9</sup>
24. Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).<sup>10</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 existierenden Dokuments zu verpflichten.<sup>11</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 Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ erfüllen (sog. virtuelle Dokumente).
25. Stellt die Verwaltung die Nichtexistenz amtlicher Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ fest und bezweifelt der Antragsteller diese Auskunft, hat der Beauftragte weitere Abklärungen vorzunehmen,

---

<sup>7</sup> BGE 142 II 340 E. 2.2.

<sup>8</sup> Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

<sup>9</sup> Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

<sup>10</sup> BBI 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechte [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 BGÖ Rz. 4 und 6; KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 5.

<sup>11</sup> BBI 2003 1992; vgl. auch ROBERT BÜHLER, in: BSK BGÖ, Art. 5 BGÖ Rz. 10.

um die Glaubwürdigkeit und die Ernsthaftigkeit der Vorbringen des Antragstellers und der Verwaltung gegeneinander abwägen zu können.<sup>12</sup> Zu klären ist die Frage, ob tatsächlich von einer Nichtexistenz von amtlichen Dokumenten auszugehen ist.

26. Das BJ hat dem Antragsteller mitgeteilt, dass die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht existiere, was es gegenüber dem Beauftragten ebenfalls mehrfach ausdrücklich festgehalten und zugesichert hat. Der Beauftragte vermag keine Hinweise zu erkennen, wonach die verlangte Auflistung existieren sollte. Gleichzeitig hat der Antragsteller weder im Rahmen des Zugangsgesuchsverfahrens noch in seiner Stellungnahme im Schlichtungsverfahren Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vorgebracht.
27. Die Ausführungen des BJ, wonach die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht im Sinne eines amtlichen Dokuments gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ existiert, sind nach Ansicht des Beauftragten hinreichend plausibel. Es bleibt zu prüfen, ob die Auflistung der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden kann und folglich als amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ gilt.
28. Beim Begriff des "einfachen elektronischen Vorgangs" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz spricht von Dokumenten, welche erst latent vorhanden sind und die leicht durch eine elementare Computermanipulation hergestellt werden können.<sup>13</sup> Dabei hat der Gesetzgeber in erster Linie an elektronische Datenbanken gedacht, da in diesen Fällen der verlangte Auszug als Dokument (noch) nicht existiert, die vorhandene Software jedoch darauf ausgerichtet ist, solche Auszüge zu generieren. Dass hierfür ein Knopfdruck genügen muss, lässt sich weder dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 BGÖ noch aus den Materialien entnehmen.<sup>14</sup> Der Begriff des einfachen elektronischen Vorgangs bezieht sich auf den Gebrauch durch einen durchschnittlichen Benutzer.<sup>15</sup> Daraus ist zu folgern, dass der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, solange ein gewöhnlicher Benutzer ohne spezielle Computerkenntnisse das gewünschte Dokument hierdurch aus vorhandenen Informationen generieren kann.<sup>16</sup>
29. Das BJ weist pauschal darauf hin, dass die Erstellung dieser Auflistung nicht mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs möglich sei, ohne dieses Vorbringen zu präzisieren. Das BJ hat indessen mehrfach festgestellt, dass eine derartige Auflistung nicht durch einen einfachen elektronischen Vorgang erstellt werden kann. Die Erstellung einer Auflistung der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang erfordert, dass die gewünschte Information – nämlich die Angabe, wer für ein bestimmtes Geschäft eine relevante Rolle innehat – im System vorhanden ist resp. dass die vorhandene Software die Relevanz von involvierten Personen im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäft beurteilen und filtern kann. Entsprechende Hinweise sind vorliegend nicht ersichtlich und werden vom Antragsteller auch nicht vorgebracht. Soweit sich eine solche Liste nach Ansicht des Antragstellers leicht aus dem Verteiler der einschlägigen E-Mail-Korrespondenz erstellen lasse, wird dies vom Antragsteller nicht genauer erläutert. Hierzu ist zu anmerken, dass eine allfällige manuelle Zusammenstellung einer Liste mit Absenderinnen und den entsprechenden Empfängern bestimmter Korrespondenz in der Regel nicht ohne weiteres einen einfachen elektronischen Vorgang im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellt: Auch wenn der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, besteht das vorliegend notwendige Prozedere aus einer Aneinanderreihung von hauptsächlich manuell durchzuführenden Arbeitsschritten. Schliesslich führt der Antragsteller in seinem Zugangsgesuch aus, die entsprechende Liste allenfalls zu ergänzen. Es stellt sich die Frage, ob der Antragsteller selbst nicht davon ausgeht, dass die Auflistung der Behördenmitglieder wie gewünscht erstellt werden kann. Ansonsten müsste sie nicht mehr angepasst werden.

---

<sup>12</sup> Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.4.

<sup>13</sup> BBI 2003 1996.

<sup>14</sup> Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2.

<sup>15</sup> BBI 2003 1996.

<sup>16</sup> Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2 mit Hinweisen.

30. Im Ergebnis sind die Vorbringen des BJ insgesamt glaubhaft und der Beauftragte erblickt keine Hinweise, dass die vom Antragsteller gewünschte Auflistung der Behördenmitglieder mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann. Gestützt auf das Ausgeführte empfiehlt der Beauftragte dem BJ, in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder an seinem Bescheid festzuhalten, dass kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert (vgl. Ziffer 53). Der Antragsteller wird darauf hingewiesen, dass er – wie es in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz für derartige Fälle vorgesehen ist<sup>17</sup> – unter den allgemeinen Bedingungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der dazugehörigen Öffentlichkeitsverordnung und unter Kostenfolge Zugang zu den vorhandenen Einzeldaten verlangen kann.
31. Zu beurteilen ist weiter der Zugang zur mit dem Zugangsgesuch verlangten mobilen Korrespondenz (vgl. Ziffer 20). Das BJ gibt sowohl gegenüber dem Antragsteller im Zugangsgesuchsverfahren wie auch dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren an, über keine SMS oder Mitteilungen anderer mobiler Messenger-Dienste in dieser Angelegenheit zu verfügen, weswegen kein Zugang gewährt werden könne. Der Antragsteller wies unter Hinweis auf den Dokumentationsfilm *Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses* darauf hin, dass die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und dieser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Soweit diese SMS-Kommunikation nicht gesichert sei, sei dies unverzüglich nachzuholen. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 macht der Antragsteller keine das BJ betreffende Ausführungen in Bezug auf die verlangte mobile Korrespondenz.
32. Mobile Kommunikationsformen und -inhalte sind – sofern sie die Voraussetzungen von Art. 5 BGÖ erfüllen – auch amtliche Dokumente nach dem Öffentlichkeitsgesetz und nach diesem damit grundsätzlich zugänglich,<sup>18</sup> was vorliegend von keiner Seite bestritten wird. Das BJ gibt lediglich an, nicht über die verlangte mobile Korrespondenz zu verfügen. Der Antragsteller hält dem entgegen, dass gemäss Aussage der damaligen Departementsvorsteherin des EDA im Rahmen der erwähnten Dokumentation in dieser Sache per SMS kommuniziert worden sei. Damit ist allerdings noch nicht dargetan, dass diese mobile Korrespondenz beim BJ oder bei einer anderen Behörde vorhanden ist. Vielmehr sind Hinweise, dass aktuell mobile Korrespondenz der involvierten Mitarbeitenden der betroffenen Behörden beim BJ vorhanden ist, für den Beauftragten nicht ersichtlich und werden auch nicht vorgebracht. Immerhin hat das BJ mehrfach festgehalten, nicht über die fragliche mobile Korrespondenz zu verfügen. Zu prüfen ist, ob die mobile Korrespondenz – sofern sie denn (noch) existiert – wie vom Antragsteller gefordert zu beschaffen ist (Beschaffungspflicht).
33. Das Öffentlichkeitsgesetz kennt keine Bestimmung, welche die Beschaffung von Dokumenten explizit regelt. Allerdings hat eine Behörde gemäss Botschaft als Erstellerin oder Hauptadressatin indes alle erforderlichen Massnahmen zur Beschaffung eines sich nicht mehr in ihrem Besitz befindlichen Dokuments zu ergreifen.<sup>19</sup> Fraglich ist demnach, ob dem BJ vorliegend für (noch) nicht in seinem Besitz befindliche Dokumente eine (Wieder-)Beschaffungspflicht zukommt, sofern diese die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe betreffen.
34. Zur Wiederbeschaffungspflicht hat sich das Bundesgericht wie folgt geäußert resp. die entsprechende Beurteilung durch die Vorinstanz gutgeheissen: Für amtliche Dokumente, die sich einmal in Besitz der Behörde befanden, ist eine Wiederbeschaffungspflicht im Fall der Entledigung oder beim Verlust von Dokumenten zu bejahen, bei rechtmässiger oder vorschriftsmässiger Besitzaufgabe ist eine Wiederbeschaffungspflicht hingegen zu verneinen.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> BBI 2003 1996.

<sup>18</sup> Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz erfasst Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ auch elektronische Nachrichten (BBI 2003 1991); siehe zum Ganzen auch: Bundesamt für Justiz: Notiz "Auslegeordnung zu ausgewählten Aspekten des Öffentlichkeitsgesetzes" vom 12. Oktober 2020, Ziffer 3 S. 4 f. (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch> > Staat & Bürger > Zugang zu amtlichen Dokumenten > Dokumentation zur Umsetzung [zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2022]).

<sup>19</sup> BBI 2003 1993.

<sup>20</sup> Urteil des BGer 1C\_394/2016 vom 27. September 2017 E. 2.4.7; Empfehlung EDÖB vom 19. Februar 2019: ENSI / Dokumente Strahlendosis, Ziff. 25.

35. Für den Beauftragten sind vorliegend keine Hinweise ersichtlich und das BJ hat sich nicht dahingehend geäußert, dass sich die verlangten Dokumente zu einem Zeitpunkt bereits einmal beim BJ befunden hätten. Eine Wiederbeschaffungspflicht ist demnach – soweit ersichtlich – nicht gegeben. Im Ergebnis empfiehlt der Beauftragte dem BJ in Bezug auf die mobile Korrespondenz an seinem Bescheid festzuhalten, dass kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert (vgl. Ziffer 53).
36. Unabhängig davon ist daran zu erinnern, dass Verwaltungseinheiten des Bundes gemäss Art. 22 Abs. 1 RVOV verpflichtet sind, den Nachweis über die eigene Geschäftstätigkeit aufgrund einer systematischen Geschäftsverwaltung zu führen. Das BJ hat bis anhin im Schlichtungsverfahren nicht ausgeführt, ob und in welchem Umfang für allfällig existierende mobile Korrespondenz im Zusammenhang mit der Thematik "Steuerstreit CH-USA" aufgrund deren Wichtigkeit eine Nachweispflicht besteht.
37. Zu beurteilen ist schliesslich der Zugang zu den Dokumenten zum Steuerstreit (vgl. Ziffer 20). Mit diesem Zugangsbegehren wiederholt der Antragsteller sinngemäss sein Gesuch vom 12. September 2013.<sup>21</sup> Das BJ identifizierte in diesem Zusammenhang die auf der dem Antragsteller am 28. Februar 2014 zugestellten Liste aufgeführten Dokumente, soweit die Zuständigkeit für die Beurteilung deren Zugänglichkeit beim BJ liegt. In seiner Stellungnahme vom 15. Mai 2014 teilte das BJ dem Antragsteller im Detail mit, für welche der 34 aufgelisteten Dokumente dies gelte.<sup>22</sup> Vom Zugangsbegehren betreffend die Dokumente zum Steuerstreit sind vorliegend demnach die Dokumente Nr. 1-6, 8-10 und 12-34 erfasst.<sup>23</sup>
38. In seiner Stellungnahme vom 20. Mai 2022 erwägt das BJ, dass der Zugang zu gewissen Dokumenten gänzlich ausgeschlossen worden sei. Angesichts der dieselben amtlichen Dokumente betreffende Empfehlung des Beauftragten vom 10. November 2014<sup>24</sup> und der Ausführungen des BJ im vorliegenden Zugangs- und Schlichtungsverfahren macht das BJ damit sinngemäss geltend, dass der Zugang zu den Dokumenten Nr. 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32 und 33 inkl. deren Anhänge gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ verweigert werde. Hierzu kann vollumfänglich auf die Ausführungen und das entsprechende Ergebnis der Beurteilung des Beauftragten in seiner Empfehlung vom 10. November 2014 (adressiert an den gleichen Antragsteller) verwiesen werden<sup>25</sup>, an welcher auch der Zeitablauf nichts ändert.
39. Daraus ergibt sich, dass nach Ansicht des Beauftragten Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ für die Dokumente Nr. 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32 und 33 und deren Anhänge gilt und für diese Dokumente das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist. Das BJ hält an der Verweigerung der Zugangsgewährung zu diesen Dokumenten fest, auch wenn das Amtshilfverfahren abgeschlossen ist.
40. Soweit der Zugang nicht gänzlich zu verweigern ist, verweist das BJ in seiner abschliessenden Stellungnahme an den Antragsteller auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, wonach der Zugang aufgeschoben wird, bis das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz abgeschlossen ist (inklusive Kategorie-1-Banken). Demnach sei nach dessen Abschluss der Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren. Die Beurteilung, ob der fragliche Steuerstreit abgeschlossen ist, falle in die Zuständigkeit des SIF, welches in seiner Prüfung vom 28. April 2022 zu folgendem Ergebnis gelangt: "Gemäss Kenntnisstand des SIF kam es bis anhin nicht zum Verfahrensabschluss aller Kategorie-1-Banken und es läuft bei mindestens einer Kategorie-1-Bank eine Bewährungsfrist bis 2024. Des Weiteren kam es auch in jüngerer Vergangenheit zum Abschluss von Zusatzvereinbarungen zwischen Kategorie-2-Banken und dem amerikanischen Justizdepartement (DOJ) und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Vereinbarungen im direkten Konnex zum US-Programm unterzeichnet werden. Auch im Zusammenhang mit dem US-Programm laufen offenkundig Verfahren gegen Bankmitarbeitende

<sup>21</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 Erwägung A des Sachverhalts.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 Erwägung F des Sachverhalts.

<sup>23</sup> Bei gewissen Dokumenten handelt es sich um E-Mail-Korrespondenz zwischen Schweizer Behörden. In diesen Fällen umfasst der Schlichtungsgegenstand nur die vom BJ verfassten E-Mails aus der Korrespondenz.

<sup>24</sup> Empfehlung des EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz.

<sup>25</sup> Vgl. Empfehlung des EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 29-31 und 49.

in den USA und es sind bilaterale Gespräche zu Amtshilfeverfahren im gleichen Kontext im Gange. Aufgrund all dieser Indizien kann nicht abschliessend determiniert werden, ob der Steuerstreit mit den USA als beendet erachtet werden kann oder nicht. Es muss unter diesen Umständen davon ausgegangen werden, dass der Steuerstreit nicht als beendet gilt." Gestützt auf die Einschätzung des SIF, an welche das BJ gebunden sei, schiebe das BJ den Zugang zu den Dokumenten zum Steuerstreit weiterhin auf.

41. Das Bundesverwaltungsgericht führt im Dispositiv des vom BJ zitierten Urteils nicht ausdrücklich auf, aufgrund welcher Ausnahmebestimmung der Zugang vorerst aufzuschieben ist. In den Erwägungen bezieht es sich allerdings ausschliesslich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ. Folglich ist davon auszugehen, dass das BJ damit sinngemäss die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ geltend macht, zumal die Anwendbarkeit weiterer Ausnahmebestimmungen vorliegend nicht offensichtlich ist.
42. Der Antragsteller führt im Zugangsgesuch aus, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA hinsichtlich der Kategorie-1-Banken mit einer einzigen Ausnahme als gelöst betrachtet werden könne, weswegen die Dokumente gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nun frei zugänglich seien. Einzige Ausnahme sei die Firma A. \_\_, die aber gemäss ihrem Geschäftsbericht von keiner (oder höchstens einer geringfügigen) Busse ausgehe und entsprechend auch keine Rückstellung gebildet habe. Diese Vorbringen wiederholte der Antragsteller in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 und fügte ergänzend hinzu, die Firma A. \_\_ gebe sich überzeugt, in Übereinstimmung mit den amerikanischen Gesetzen gehandelt zu haben, was sich aus der vom Antragsteller ebenfalls eingereichten E-Mail-Korrespondenz (vgl. Ziffer 14) ergebe. Der Hinweis auf die laufende Bewährungsfrist bis 2024 werde nicht näher umschrieben. Weiter widerspreche die Ausdehnung der Begründung auf Kategorie-2-Banken erstens dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, welches sich ausschliesslich auf Banken der Kategorie 1 beziehe. Zweitens werde diese Kategorie gemäss dem Dokument *Chronologie US-Steuerstreit*<sup>26</sup> des SIF als gelöst betrachtet, weswegen dieses Argument unsinnig sei. Im Übrigen sei auch der Verweis auf neue Zusatzverhandlungen im Rahmen der Kategorie 2 nicht ausreichend begründet und diene nur dazu, Transparenz im Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit zu verhindern.
43. 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 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>27</sup>
44. Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ gilt, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Dies betrifft auch Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls

<sup>26</sup> [https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Internationale-Steuerpolitik/US-Steuerstreit/US%20Steuerstreit-Chronologie.pdf.download.pdf/20160127\\_US%20Steuerstreit\\_Chronologie\\_d.pdf](https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Internationale-Steuerpolitik/US-Steuerstreit/US%20Steuerstreit-Chronologie.pdf.download.pdf/20160127_US%20Steuerstreit_Chronologie_d.pdf) (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

<sup>27</sup> 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.



diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können.<sup>28</sup> Grundsätzlich können alle Bereiche der auswärtigen Beziehungen, in denen amtliche Informationen anfallen, an deren Bekanntwerden der Bund kein Interesse hat, davon erfasst werden. So kann es sich um rechtliche, politische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder militärische (etc.) Beziehungen handeln. Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein. Die Beeinträchtigung kann sich direkt aus der Offenlegung der Information ergeben oder indirekt so aus der Verärgerung eines Staates angesichts der Veröffentlichung der Information, die ihn oder seine Staatsangehörigen betreffen.<sup>29</sup> Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen.<sup>30</sup>

45. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es nach der Rechtsprechung in der Natur von Entscheiden politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts liegt, dass sie der justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtgemäss nutzen.<sup>31</sup>
46. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann offen bleiben, wie weit nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine teilweise Zugangsverweigerung gerechtfertigt ist, da der Zugang, wie vom Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, bis zum Abschluss des US-Programms im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz aufzuschieben ist. Im Rahmen der Beurteilung des Zugangs zum auch vorliegend vom Zugangsgesuch erfassten Dokument Nr. 2, 3. E-Mail, hat es ausdrücklich festgehalten, dass der Zugang zu dieser E-Mail "in gleicher Weise aufzuschieben ist wie für die anderen Dokumente, die unter Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ, nicht jedoch unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ fallen."<sup>32</sup> Der Begriff "US-Programm" ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in einem weiten Sinn zu verstehen.<sup>33</sup> Was den Abschluss des US-Programms betrifft, ist "präzisierend festzuhalten, dass dies die Bereinigung der Probleme der Kategorie-1-Banken mitumfasst."<sup>34</sup>
47. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist für sämtliche vorliegend in Frage stehenden amtlichen Dokumente – sofern sie vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst werden – der Zugang bis zum Abschluss des US-Programms resp. des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA aufzuschieben. Folglich ist zu prüfen, ob dieser Steuerstreit abgeschlossen ist oder nicht.
48. Die Ausführungen des Antragstellers zur Frage der Beendigung des Steuerstreits im Zugangsgesuch wie auch in der ergänzenden Stellungnahme sind insofern widersprüchlich, als dass er gleichzeitig mit dessen Beendigung eine Ausnahme erwähnt. Die Ausnahme betreffe die Firma A. \_\_, welche auf ihrer Homepage Folgendes schreibt: "[A. \_\_] steht seit Oktober 2012 in Kontakt mit den US-Behörden bezüglich ihrer Vermögensverwaltungsgeschäfte mit US-amerikanischen Kunden. In diesem Zusammenhang hat [A. \_\_] sachdienliche Informationen und Unterlagen bereitgestellt, die ihres Erachtens die Einhaltung der geltenden rechtlichen und regulatorischen Bestimmungen aufzeigen. [A. \_\_] hat sich bei den noch laufenden Ermittlungen der US-Behörden stets kooperativ verhalten. [A. \_\_] ist nicht in der Lage zu beurteilen, wann in dieser

<sup>28</sup> Urteil des BGer 1C\_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.2.

<sup>29</sup> Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 40.

<sup>30</sup> Urteil des BVerger A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 m.H.

<sup>31</sup> Urteil des BGer 1C\_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3.

<sup>32</sup> BVerger A-306/2015 E. 6.5 -> Verweis auf Empfehlung EDÖB

<sup>33</sup> BVerger A-306/2015 E. 6.4.

<sup>34</sup> BVerger A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4 und 8.

Angelegenheit eine Einigung erfolgen wird."<sup>35</sup> Für den Beauftragten ergeben sich daraus keine eindeutigen Hinweise, wonach die Angelegenheit für die Firma A. \_\_ abgeschlossen ist. Vielmehr geht aus der gewählten Formulierung hervor, dass der Zeitpunkt einer Einigung gerade nicht abgeschätzt werden kann. Schliesslich vermag auch die Tatsache, dass eine betroffene Institution gemäss eigener Aussage keine spezifischen Rückstellungen macht bzw. gemacht hat, nicht als Beleg für die Beendigung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA gelten.

49. Das BJ verweist für die Beurteilung, ob der fragliche Steuerstreit abgeschlossen ist, auf die Einschätzung des SIF. Das SIF vertritt die Interessen der Schweiz in Finanz-, Währungs- und Steuerfragen sowohl gegenüber Partnerländern als auch in den zuständigen internationalen Gremien<sup>36</sup> und damit die Interessen der Schweiz in internationalen Steuerfragen innerhalb der Bundesverwaltung. Im vorliegend komplexen Umfeld ist bei der Beantwortung solch spezifischer Fragen – wie dies bei Fragen aussenpolitischen Gehalts allgemein der Fall ist – der Fachbehörde einen gewissen Ermessensspielraum zu belassen.<sup>37</sup> Ein Abstellen des BJ auf die vom SIF vorliegend vorgenommene Einschätzung erweist sich nach Ansicht des Beauftragten als vertretbar.
50. In der vom BJ übernommenen Beurteilung des SIF gibt dieses an, dass es gemäss seinem Kenntnisstand bis anhin nicht zum Verfahrensabschluss aller Kategorie-1-Banken gekommen sei. Das Bundesgericht hat in einem anderen Entscheid Folgendes festgehalten: "Insbesondere solange unbestrittenermassen weiterhin Strafverfahren gegen Kategorie-1-Banken laufen, ist auch der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA noch nicht abgeschlossen."<sup>38</sup> Im Ergebnis und gestützt auf das Ausgeführte ist die vom SIF als Fachbehörde abgegebene Einschätzung, wonach "[...] davon ausgegangen werden [muss], dass der Steuerstreit nicht als beendet gilt", für den Beauftragten plausibel. Demnach ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Zugang bis zur Beendigung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA zumindest aufzuschieben und dannzumal nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren.<sup>39</sup> Unter diesen Umständen kann auf Ausführungen betreffend die Relevanz der Kategorie-2-Banken im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der Beendigung des Steuerstreits verzichtet werden.
51. Im Ergebnis hat das BJ im Schlichtungsverfahren hinreichend plausibel dargelegt, dass der Steuerstreit mit den USA noch nicht abgeschlossen ist, weswegen der Zugang zu den verlangten Dokumenten – in Anlehnung und Übereinstimmung mit der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts – weiterhin resp. bis zur Beendigung des Steuerstreits mit den USA aufzuschieben ist. Der Beauftragte empfiehlt dem BJ, den Zugang zu den Dokumenten Nr. 1, 2 (1. und 3. E-Mail<sup>40</sup>), 3, 4, 5, 6, 8 (2. E-Mail), 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 (1. und 3. E-Mail), 17 (1., 3. und 5. E-Mail), 21, 22, 27, 30, 31 (1., 2. und 4. E-Mail) und 34 gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ aufzuschieben. Sobald das US-Programm im Steuerstreit zwischen der USA und der Schweiz abgeschlossen ist, gewährt das BJ den Zugang zu den erwähnten Dokumenten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der einschlägigen Rechtsprechung (vgl. Ziffer 55).
52. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis:  
Das BJ hat im Schlichtungsverfahren hinsichtlich der Auflistung Behördenmitglieder plausibel dargelegt, dass die vom Antragsteller gewünschte Auflistung weder beim BJ vorhanden ist noch mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann und folglich kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert.  
In Bezug auf die mobile Korrespondenz hat das BJ glaubhaft dargetan, dass von der Nichtexistenz entsprechende amtliche Dokumente auszugehen ist.*

<sup>35</sup> Abrufbar unter [www.pictet.com/ch/de](http://www.pictet.com/ch/de) > Unternehmensnachrichten > US Department of Justice (DoJ) (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

<sup>36</sup> [www.sif.admin.ch](http://www.sif.admin.ch) > Das SIF > Auftrag (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 5.3.3 in fine.

<sup>38</sup> Urteil des BGer 1C\_462/2018 vom 17. April 2019 E. 6.5; Gegenstand dieses Verfahrens ist der Zugang zu "sämtlichen Unterlagen im Staatssekretariat für internationale Finanzfragen [bzw.] in der EFV rund um die Anklage sowie den Strafprozess gegen Raoul Weil" resp. Einsicht in Dokumente, auf welche der GPK-Bericht (Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats und des Ständerats vom 30. Mai 2010 "Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA") Bezug genommen bzw. aus denen er zitiert habe.

<sup>39</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4 und 8.

<sup>40</sup> Hinweis: Die Angabe der E-Mail bezieht sich in der vorliegenden Empfehlung auf die Reihenfolge in chronologischer Hinsicht (d.h. die 1. E-Mail entspricht derjenigen E-Mail, welche in zeitlicher Hinsicht zuerst versandt worden ist).

*Hinsichtlich der Dokumente Nr. 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32 und 33 und deren Anhänge gilt Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ, weswegen das Öffentlichkeitsgesetz für diese Dokumente nicht anwendbar ist. Das BJ kann auch nach Abschluss des Amtshilfeverfahrens an der Zugangsverweigerung festhalten.*

*Schliesslich ist für den Beauftragten hinreichend plausibel dargelegt, dass der Steuerstreit mit den USA noch nicht abgeschlossen ist, weswegen der Zugang zu den Dokumenten Nr. 1, 2 (1. und 3. E-Mail), 3, 4, 5, 6, 8 (2. E-Mail), 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 (1. und 3. E-Mail), 17 (1., 3. und 5. E-Mail), 21, 22, 27, 30, 31 (1., 2. und 4. E-Mail) und 34 – in Anlehnung und Übereinstimmung mit der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts – weiterhin resp. bis zur Beendigung des Steuerstreits mit den USA aufzuschieben ist.*

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

53. Das Bundesamt für Justiz hält in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder und die mobile Korrespondenz an seinem Bescheid, über keine amtlichen Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ zu verfügen, fest.
54. Das Bundesamt für Justiz hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten Nr. 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32 und 33 fest, auch wenn das Amtshilfeverfahren abgeschlossen ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ).
55. Das Bundesamt für Justiz schiebt den Zugang auf zu den Dokumenten Nr. 1, 2 (1. und 3. E-Mail), 3, 4, 5, 6, 8 (2. E-Mail), 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 (1. und 3. E-Mail), 17 (1., 3. und 5. E-Mail), 21, 22, 27, 30, 31 (1., 2. und 4. E-Mail) und 34 gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ auf. Sobald das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz abgeschlossen ist, gewährt das Bundesamt für Justiz den Zugang zu den erwähnten Dokumenten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung.
56. Der Antragssteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Justiz den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
57. Das Bundesamt für Justiz erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
58. Das Bundesamt für Justiz erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
59. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
60. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X. \_\_ (Antragsteller)
  
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundesamt für Justiz BJ  
3003 Bern
61. Eine Kopie dieser Empfehlung geht zur Kenntnis an:
  - Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, 3003 Bern (per Einschreiben)
  - Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF, 3003 Bern (per Einschreiben)

Adrian Lobsiger  
Der Beauftragte

André Winkler  
Jurist Direktionsbereich  
Öffentlichkeitsprinzip