



Bern, 4. Dezember 2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragsteller)**

gegen

Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK)

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) verlangte, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), am 18. November 2010 per E-Mail bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) Zugang zum „Bericht Elektronische Kriegführung; Prüfung der Wirtschaftlichkeit und des Einsatzes von Systemen des VBS, vom 30. September 2009“.
 2. Am 24. November 2010 nahm die EFK zum Gesuch Stellung und informierte den Antragsteller entsprechend Artikel 16 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) über die voraussichtlichen Kosten für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs. Sie teilte dem Antragsteller mit, dass es sich bei dem fraglichen amtlichen Dokument um einen als vertraulich klassifizierten Bericht handle. Daher müsse die zuständige Stelle prüfen, ob der angefragte Bericht nach Artikel 11 Abs. 5 VBGÖ entklassifiziert werden könne. Die Behörde wies den Antragsteller weiter darauf hin, dass sie nicht eigenmächtig über eine (teilweise) Entklassifizierung dieses Berichts entscheiden könne. Daher habe sie mit den zuständigen Personen im Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) Rücksprache genommen. Diese würden prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ oder nach Art. 8 Abs. 1 – 4 BGÖ vorliege. Gemäss Einschätzung der zuständigen Personen im VBS müssten für diese Arbeiten drei



Personen den Bericht durchsehen, womit insgesamt von 80 bis 100 Arbeitsstunden auszugehen sei. Die EKF wies den Antragsteller in Anbetracht der voraussichtlich anfallenden Arbeitsstunden „auf eine Gebührenverrechnung von 8'000 bis 10'000 Franken“ hin und forderte ihn auf, sein Zugangsgesuch innert 10 Tagen zu bestätigen, andernfalls dieses als zurückgezogen gelte.

3. Am 29. November 2010 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein und bat diesen zu prüfen, ob die EFK ihm zu Recht eine Gebühr von 8'000 bis 10'000 Franken für die Einsicht in das Dokument in Aussicht gestellt habe. Der Antragsteller machte geltend, dieser Betrag sei absurd und die Transparenz würde mit überrissenen Gebührenforderungen verunmöglicht.
4. Am 30. November 2010 bestätigte der Beauftragte zuhanden des Antragstellers den Eingang des Schlichtungsantrages. Am selben Tag wurde die EFK aufgefordert, dem Beauftragten innerhalb von 10 Tagen eine Stellungnahme sowie alle relevanten Unterlagen einzureichen.
5. In ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2010 hielt die EFK fest, dass sie keine begründete Zugangsverweigerung zustellen könne, *„da der materielle Entscheid noch gar nicht ergangen ist.“* Im Übrigen erachtete sie die Einschätzung des VBS (80 bis 100 Arbeitsstunden) als gerechtfertigt beziehungsweise entspreche sie dem Inhalt des Berichts. Die EFK wies u.a. auf Folgendes hin: *„Der Bericht ist aus guten Gründen als VERTRAULICH klassifiziert worden und behandelt ein komplexes Thema, welches voll und ganz dem Staatsschutz zuzurechnen ist. Es handelt sich nicht bloss um zwei heikle Zeilen, welche allenfalls eingeschwärzt werden müssen. Wünscht der Antragsteller trotzdem den Zugang zum vertraulichen Dokument und verursacht dadurch einen besonderen Arbeitsaufwand, ist eine Gebührenerhebung im gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen angezeigt.“*
6. Auf Anfrage vom 22. Juni 2012 stellte die EFK dem Beauftragten am 29. Juni 2012 den fraglichen Bericht zu.

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

7. 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.
8. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.¹ Berechtigt, einen solchen Antrag 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.
9. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der EFK eingereicht. Sie stellte ihm das verlangte Dokument nicht zu, weil dieses als vertraulich klassifiziert sei und die zuständige Stelle zuerst prüfen müsse, ob das Dokument (teilweise) entklassifiziert werden könne. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten

¹ Botschaft BGÖ BBl 2003 2023.



eingereicht. Mit Einreichen seines Schlichtungsantrags vom 29. November 2010 bestätigt der Antragsteller gleichzeitig und fristgerecht sein Zugangsgesuch im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VBGÖ.

10. Der Antragsteller bestreitet nur die Höhe der voraussichtlichen Gebühren, über welche ihn die Behörde gemäss Art. 16 Abs. 2 VBGÖ informiert hat. Es stellt sich die Frage, ob ein Antragsteller berechtigt ist, zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens der Gesuchsbeurteilung einen Schlichtungsantrag einzureichen.
11. Das Öffentlichkeitsgesetz und die Öffentlichkeitsverordnung beinhalten keine Bestimmungen über Streitigkeiten bezüglich Gebühren zu diesem Verfahrenszeitpunkt (d.h. bei der Ankündigung der voraussichtlichen Gebührenhöhe, Art. 16 Abs. 2 VBGÖ). In diesem Stadium kann grundsätzlich kein Schlichtungsantrag eingereicht werden, weil die Behörde das Gesuch materiell noch nicht beurteilt hat.²
12. Selbst wenn die gesuchstellende Person nach der Ankündigung der voraussichtlichen Gebühr das Zugangsgesuch gemäss Art. 16 Abs. 2 VBGÖ bestätigt, behält sie das Recht, die Höhe der Gebühr zu bestreiten, die die Behörde am Ende des Zugangsverfahrens verlangt. Denn Artikel 16 VBGÖ sieht als einzige Rechtsfolge vor, dass das Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn die gesuchstellende Person es nicht bestätigt. Hingegen gibt es keine rechtliche Grundlage dafür, die Bestätigung des Gesuchs im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VBGÖ so zu verstehen, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller damit gleichzeitig darauf verzichtet, eine am Ende des Zugangsverfahrens in Rechnung gestellte Gebühr, allenfalls zu bestreiten.³
13. Ist zum Zeitpunkt der Prüfung der voraussichtlichen Gebühren (also vor der materiellen Beurteilung des Zugangsgesuchs) der angekündigte Betrag hingegen derart exzessiv, dass er eine abschreckende Wirkung auf die Aufrechterhaltung des Gesuchs hat, kommt dies einer materiellen Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung gleich.⁴ Zu prüfen bleibt somit nachfolgend, ob die von der EFK angekündigten voraussichtlichen Gebühren zu hoch eingeschätzt sind und eine abschreckende Wirkung haben, so dass sie einer materiellen Zugangsverweigerung gleichkommen.
14. Die Erhebung von Gebühren wird in Art. 17 BGÖ, Art. 14 ff. VBGÖ und in der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV, SR 172.041.1) geregelt. Gemäss Art. 17 Abs. 1 BGÖ wird in der Regel für den Zugang zu amtlichen Dokumenten eine Gebühr erhoben. Dabei verfügen die Behörden über einen gewissen Ermessensspielraum und können unter Umständen auf die Gebührenerhebung verzichten. Diese Erhebung darf kein Hindernis für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung sein und so dem Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes widersprechen.⁵ In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die voraussichtlich zu erwartenden Kosten ein entscheidendes Kriterium für die Aufrechterhaltung des Zugangsgesuchs sind.⁶ Unproblematisch ist die angekündigte Gebührenerhebung, wenn sie den Antragsteller nicht abschreckt, am Gesucht festzuhalten.

² Bundesamt für Justiz, Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellten Fragen](#), 5. Juli 2012, Ziff. 8.2.7.

³ Bundesamt für Justiz, Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellten Fragen](#), 5. Juli 2012, Ziff. 8.2.7.

⁴ Bundesamt für Justiz, Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellten Fragen](#), 5. Juli 2012, Ziff. 8.2.7; BURKERT HERBERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17, RZ 39 ff.

⁵ [IDHEAP-Evaluationsbericht \(Original auf Französisch\)](#), Ziffer 3.5.2. ff.

⁶ HERBERT BURKERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17, RZ 39.



15. Verwaltungsgebühren werden gemäss der Allgemeinen Gebührenverordnung nach dem Grundsatz der Kostendeckung (Art. 4 Abs. 1 AllGebV) und der Äquivalenz bemessen.⁷ Im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist das Äquivalenzprinzip nach Ansicht des Beauftragten modifiziert anwendbar.⁸
16. Die EFK erstellte den Bericht „Elektronische Kriegführung: Prüfung der Wirtschaftlichkeit und des Einsatzes von Systemen des VBS“ im September 2009 im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben (Art. 1 ff. Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzkontrolle Finanzkontrollgesetz, FKG, SR 614.0); somit handelt es sich dabei um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ.
17. Die EFK hat zu Recht in Erwägung gezogen, dass das als vertraulich klassifizierte amtliche Dokument im Sinne von Art. 6 ISchV zu entklassifizieren ist. Da es sich dabei aber um ein von der EFK erstelltes und von ihr klassifiziertes Dokument handelt, muss entsprechend den gesetzlichen Vorgaben die EFK selber und nicht das VBS über eine allfällige Entklassifizierung befinden (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ, Art. 13 Abs. 3 ISchV).
18. Wie die EFK vermerkt hat, enthält das angefragte Dokument Informationen zu einem ebenso komplexen wie sensiblen Thema. Dieses Dokument besteht aus 43 Seiten (bzw. 62 Seiten inklusive der Anhänge). Dafür wurde eine voraussichtliche Prüfdauer von 80 bis 100 Stunden veranschlagt. Dies stellt ein Aufwand von mindestens 1 Stunde und 17 Minuten (resp. 1 Stunde und 37 Minuten inkl. Anhänge) pro Seite dar. Nach Ansicht des Beauftragten ist die angekündigte Arbeitsdauer zu hoch eingeschätzt und die angekündigten Gebühren (8'000 bis 10'000 Franken, 100 Franken X 80 oder 100 Stunden) sind unverhältnismässig (selbst für die vertiefte materielle Beurteilung allfälliger Ausnahmegründe nach Art. 7 f. BGÖ). Zudem hat ein Gebührenbetrag von mindestens 8000 Franken für einen Bericht von ca. 60 Seiten offensichtlich eine abschreckende Wirkung auf die Aufrechterhaltung des Zugangsgesuchs. Daher ist dieser Betrag derart exzessiv, dass er im Ergebnis einer Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung gleich kommt.
19. *Aufgrund der obigen Ausführungen gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass der Antragsteller angesichts des überhöhten voraussichtlichen Gebührenbetrags zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt ist und dass die EFK die Höhe der eingeschätzten Gebühren in Wiedererwägung zu ziehen hat.*

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

20. Die Eidgenössische Finanzkontrolle zieht die Höhe der eingeschätzten Gebühren in Wiedererwägung.
21. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Die EFK erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ), wenn sie in Abweichung von Ziffer 20 die Gebühren nicht wiedererwägen will.

⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1200/2012 vom 27. November 2012 E. 3.4, 3.6, 4.3.1.3.

⁸ Empfehlung des Beauftragten: [Empfehlung vom 12. November 2012: EFK/Prüfbericht Immobilien](#), Ziff. 54.



22. Gegen diese Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGO).
23. In Analogie zu Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 22. Dezember 2012 bis und mit dem 2. Januar 2013 still.
24. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
25. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK)
Monbijoustrasse 45
3003 Bern

Hanspeter Thür