



Bern, 10. November 2014

## **Empfehlung**

### **gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung**

#### **zum Schlichtungsantrag von**

**X.  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA**

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat beim Bundesamt für Justiz BJ am 12. September 2013 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ; SR 152.3) ein Zugangsgesuch gestellt. Er begründete dies wie folgt: „Das Schweizer Fernsehen plant einen umfangreichen Dokumentarfilm zum Steuerkonflikt mit den USA. [...] Ein Aspekt wird die im Dezember 2011 schliesslich nicht durchgeführte Lieferung von Unterlagen an die US-Behörden sein.“ Er bat um Einsicht in folgende Dokumente:
    - „Korrespondenz in dieser Sache von und mit dem Direktor und Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz im Zeitraum 16. Dezember 2011 bis und mit 18. Januar 2012 (inkl. Mailverkehr)
    - Korrespondenz in dieser Sache zwischen den erwähnten Personen und der Departementsvorsteherin im erwähnten Zeitraum (inkl. Mailverkehr)“.
  2. Das BJ, das sich zunächst als zuständig erklärt hatte, teilte dem Antragsteller aber am 17. Oktober 2013 mit, die Konsultation der mitbeteiligten Behörden habe ergeben, dass es sachgerecht und richtig sei, die Behandlung seines Zugangsgesuches dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF zu übertragen. Das BJ und das SIF hätten sich dahingehend geeinigt. In der Folge verweigerte das SIF mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 gänzlich die Einsicht in die Dokumente, in dem es sich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (Beeinträchtigung der ausserpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz) sowie Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ (Gefährdung der wirtschafts-, geld und währungspolitischen Interessen der Schweiz) berief.



3. Gleichentags reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein mit folgendem Begehren: „Der Entscheid des EFD [gemeint ist das SIF] vom 25.10.2013 sei aus den Akten zu weisen. Aus dem geschilderten Sachverhalt geht eindeutig hervor, dass das federführende Amt nach Art. 11 VBGÖe [sic!] das BJ ist. Das Gesuch sei deshalb nach Massgabe des BJ-Entscheidung vom 26.9.2013 zu behandeln bzw. Aktensicht zu gewähren.“
4. Am 18. Dezember 2013 erliess der Beauftragte eine Empfehlung betreffend die strittige Zuständigkeit für die Beantwortung des Zugangsgesuches vom 12. September 2013.<sup>1</sup> Er erklärte darin, dass die zwischen dem BJ und dem SIF vereinbarte Zuständigkeit im konkreten Fall mit dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes nicht vereinbar ist. Er kam zum Schluss, dass das BJ das Zugangsgesuchverfahren für eigene Dokumente und auch für die Dokumente Dritter abzuschliessen hat, so auch für die sich in seinem Dokumentenbestand befindenden Dokumente der FINMA, da diese dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterliegt und daher als Dritte gilt. Hingegen äusserte der Beauftragte, dass das BJ nicht für die Beantwortung des Zugangsgesuches betreffend die Dokumente jener Behörden zuständig ist, die selber dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen, weshalb das Zugangsgesuch diesbezüglich an diese Behörden zu überweisen sei. Materiell äusserte sich der Beauftragte zur Sache damals nicht.
5. Die FINMA war mit der Empfehlung des Beauftragten vom 18. Dezember 2013 nicht einverstanden. Gegen ihre Verfügung vom 21. Januar 2014 erhob der Antragsteller Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer).<sup>2</sup> Das BJ und das SIF akzeptierten die Empfehlung. Der Antragsteller verlangte beim BJ innert Frist keine Verfügung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BGÖ (Ziffer 45 der Empfehlung vom 18. Dezember 2013). Somit war auch er mit der Empfehlung einverstanden. Später bat er mit E-Mail vom 19. Februar 2014 das BJ um die Auflistung sämtlicher Dokumente, die vom Zugangsgesuch betroffen seien, mit Ausnahme der FINMA-Dokumente.
6. Das BJ stellte dem Antragsteller am 28. Februar 2014 eine Auflistung mit Dokumenten zu, nummeriert von 1 bis 34. Darin nicht aufgelistet sind die FINMA-Dokumente, da diese Gegenstand eines hängigen Gerichtsverfahrens sind (Ziff. 5). Mit Schreiben vom 15. Mai 2014 teilte es ihm u.a. mit, dass es sein Zugangsgesuch betreffend die Dokumente des EDA an diese Behörde weiterleiten werde. Gemäss der detaillierten Liste des BJ vom 27. Februar 2014 handelt es sich um die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33.
7. Das EDA erklärte in seiner Schreiben vom 15. Juli 2014 dem Antragsteller, dass es den Zugang zu den Dokumenten Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. d und f BGÖ verweigere, da durch seine Gewährung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt oder die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet werden können. Für die Begründung verwies das EDA auf das Schreiben des BJ vom 15. Mai 2014, Ziff. 4 Bst. c und d, und äusserte, dass es sich dessen Haltung vollumfänglich anschliesse. In Bezug auf die Dokumente Nr. 29 und 33 erklärte das EDA, dass diese Dokumente das Verfahren der internationalen Amtshilfe betreffen und für solche Dokumente gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ kein Recht auf Zugang bestehe.
8. Daraufhin reichte der Antragsteller mit Schreiben vom 21. Juli 2014 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ) mit folgendem Begehren:  
„Der Entscheid des EDA sei als ungültig zu erklären sowie das Dossier an das BJ

---

<sup>1</sup> [EDÖB Empfehlung vom 18. Dezember 2013 BJ / SIF Zuständigkeit für die Beantwortung eines Zugangsgesuches.](#)

<sup>2</sup> Dies lässt sich dem Schreiben des BJ vom 15. Mai 2014 an den Antragsteller entnehmen.



zurückzuweisen.“ Für die Begründung verwies er auf seinen Schlichtungsantrag vom 5. Juni 2014, den er gegen die Stellungnahme des BJ vom 15. Mai 2014 eingereicht hat.<sup>3</sup>

9. Der Beauftragte bestätigte dem Antragsteller am 23. Juli 2014 den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das EDA zu einer Stellungnahme und Zustellung der fraglichen Dokumente auf.
10. Das EDA reichte zusammen mit seiner Stellungnahme vom 25. August 2014 dem Beauftragten die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 ein und machte geltend, dass diese der interdepartementalen Arbeitsgruppe bzw. den einzelnen Akteuren als Arbeits- und Vorbereitungshilfsmittel gedient hätten. Sie seien zum persönlichen Gebrauch bestimmt. Damit würden diese gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ; SR 152.31) als nicht amtliche Dokumente gelten, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar sei. Ausserdem stütze das EDA seine Zugangsverweigerung auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d und f BGÖ. Zusätzlich zu seiner Begründung verwies es u.a. auf Bst. c der Ausführungen des BJ vom 15. Mai 2014 und erklärte, dass diese im Wesentlichen auch auf die zur Diskussion stehenden Dokumente zutrefe. Der Zugang zu den Dokumenten würde nicht nur die zwischenstaatlichen Verbindungen zu den USA empfindlich stören, sondern auch die wirtschafts-, und geldpolitischen Interessen der Schweiz ernsthaft gefährden (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ). Schliesslich legte das EDA dar, dass die Dokumente Nr. 29 und 33 im Zusammenhang mit einem Amtshilfeersuchen der US-Behörden vom 5. Januar 2012 an die FINMA stünden und daher gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. BGÖ vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen seien.
11. Auf die weitergehende Vorbringen und die sich in den Akten befindlichen Dokumente wird, soweit sie für die Empfehlung wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

### **A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ**

12. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BJ eingereicht. Dieses leitet in der Folge das Zugangsgesuch betreffend die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 an das EDA weiter. Das EDA bearbeitete das Gesuch und verweigerte den Zugang zu den fraglichen Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren 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.
13. 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.<sup>4</sup> 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.

---

<sup>3</sup> Vgl. EDÖB Empfehlung vom 10. November 2014 BJ / Korrespondenz.

<sup>4</sup> BBI 2003 2024.



## B. Materielle Erwägungen

14. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ 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 gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).<sup>5</sup>

### Zuständigkeit der Behörde

15. Der Antragsteller ist der Ansicht, dass das EDA nicht für die Bearbeitung der Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 zuständig sei. Er verlangt, dass der Beauftragte den Entscheid des EDA für ungültig erkläre und das Dossier an das BJ zurückweise. Für die Begründung verweist er auf seinen Schlichtungsantrag vom 5. Juni 2014, den er gegen die Stellungnahme des BJ vom 15. Mai 2014 eingereicht hat.<sup>6</sup>
16. Der Beauftragte hält fest, dass der Antragsteller gegen die Empfehlung vom 18. Dezember 2013 beim BJ keine Verfügung nach Art. 15 Abs.1 BGÖ verlangt hat. Der Empfehlung entsprechend wies das BJ das Zugangsgesuch für die Beurteilung der Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 weiter an das EDA, was nicht zu beanstanden ist.
17. *Demzufolge muss das EDA das Zugangsgesuch betreffend die Beurteilung der Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 nicht an das BJ zurückweisen.*

### Sachlicher Geltungsbereich

18. Laut Angaben des EDA stehen die Dokumente Nr. 29 und 33 im Zusammenhang mit dem Amtshilfeersuchen, welches die US Behörden am 5. Januar 2012 an die FINMA gestellt hat. Es berief sich betreffend die Dokumente Nr. 29 und 33 auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziffer 3 BGÖ und erklärte, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht für Verfahren der internationalen Amtshilfe gelte. Das Amtshilfeverfahren sei ein wichtiges Element der internationalen Behördenzusammenarbeit.
19. Zu klären ist daher, ob das Öffentlichkeitsgesetz auf die fraglichen Dokumente anwendbar ist. Art. 3 BGÖ enthält eine Negativliste zum sachlichen Geltungsbereich.<sup>7</sup> Dokumente, die Teil eines in der Norm genannten *hängigen Verfahrens* sind, bleiben für die gesamte Dauer dieses Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen. *Nach Abschluss des Verfahrens* sind bestimmte amtliche Dokumente wieder zugänglich, nämlich jene, welche bereits vorher bestehen und nicht explizit für das Verfahren erstellt worden sind.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

<sup>6</sup> Vgl. Empfehlung vom 10. November 2014 BJ / Korrespondenz.

<sup>7</sup> STAMM-PFISTER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 N 1.

<sup>8</sup> Vgl. [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 2.2.3.](#)



20. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ sind Verfahren der *internationalen Rechts- und Amtshilfe* vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen.<sup>9</sup> Der Begriff Amtshilfe ist gesetzlich nicht definiert. Gemeint ist die Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden, wobei von der genannten Norm nur die grenzüberschreitende Amtshilfe gemeint ist.<sup>10</sup>
21. Aus den Unterlagen ist ersichtlich, dass die US Behörden am 5. Januar 2012 ein Amtshilfeverfahren an die FINMA gestellt haben. Es handelt sich somit um ein internationales Amtshilfeverfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ. Diese Norm gilt für alle Dokumente, die *nach Eingang des entsprechenden Amtshilfeersuchens* explizit im Zusammenhang mit diesem Verfahren entstanden sind.<sup>11</sup> Aus den zugestellten Unterlagen ist erkennbar, dass die fraglichen Dokumente nach dem Eingang des Amtshilfeverfahrens, d.h. nach dem Ersuchen der ausländischen Behörde, entstanden sind. Sie sind somit dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen, auch nach dem Abschluss des Amtshilfeverfahrens.
22. *Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ gilt für die Dokumente Nr. 29 und 33. Daher ist für sie das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar. Das EDA hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten Nr. 29 und 33 fest, auch wenn das Amtshilfeverfahren abgeschlossen ist.*

#### Amtliches Dokument

23. Art. 5 BGÖ regelt welche Dokumente unter den Begriff „amtliches Dokument“ fallen. Als nicht amtliche Dokumente gelten nach dessen Abs. 3 noch nicht fertig gestellte Dokumente (Bst. b) bzw. Dokumente, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Bst. c). Ist eine der beiden Ausnahmen erfüllt, kommt das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung.
24. Als ein zum *persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument* gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGO jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten. Es werden zwei Kategorien unterschieden: Einerseits geht es um Informationen, die zwar für *dienstliche Zwecke* verwendet werden, deren Gebrauch aber einzig dem Verfasser oder der Verfasserin vorbehalten sind. Darunter können auch Dokumente fallen, die innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitern oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden.<sup>12</sup> Es handelt sich hierbei um Arbeitshilfsmittel. Als solche gelten bspw. Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen sowie unter Umständen E-Mails. Andererseits gelten als zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente, jene die sich zwar im Besitz der Behörde befinden, aber *nicht dienstlichen Zwecken* dienen. Das sind bspw. Briefe oder E-Mails, die persönliche an Bundesmitarbeiter adressiert werden, allerdings nicht mit einer dienstlichen Sache zusammenhängen. Demzufolge sind jedoch private Schreiben mit amtlichem Inhalt amtliche Dokumente, da sie für dienstliche Zwecke bestimmt sind.<sup>13</sup>
25. In seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 25. August 2014 wendet das EDA ein, dass seine Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29, 33 gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ als zum

<sup>9</sup> [EDÖB Empfehlung 10. Oktober 2013 BJ / Verfahrensakten EMGR](#), Ziff. 13 ff.

<sup>10</sup> BSK BGÖ, STAMM-PFISTER, Art. 3 BGÖ N 17.

<sup>11</sup> Vgl. [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013](#), Ziff. 2.2.3.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 2011/51 (=Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011), E. 5.2.1.

<sup>13</sup> MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 5, RZ 40 f.



persönlichen Gebrauch bestimmt seien. Sie hätten der Arbeitsgruppe bzw. den einzelnen Akteuren als Arbeits- und Vorbereitungshilfsmittel gedient. Dadurch hätte das künftige Vorgehen geplant, Dokumente erstellt und nötige Schritte eingeleitet werden können. Es erläutert: „Das Dossier ‚Steuerstreit mit den USA‘ bedingt aufgrund der Komplexität und der fachlichen Vielschichtigkeit die Zusammenarbeit verschiedener Fachstellen innerhalb der Bundesverwaltung setzt einen intensiven Meinungs- und Informationsaustausch innerhalb dieser interdepartementalen Arbeitsgruppe voraus.“ Weiter erklärt das EDA, dass der Einsatz moderner Kommunikationsmittel, wie E-Mail, sei aufgrund der räumlichen Distanz der Mitglieder der Arbeitsgruppe unabdingbar und ersetze den direkten Kontakt. Anstatt dass diese ihre persönlichen Notizen an einer Besprechung erstellen würden, erhielten sie die schriftlichen Überlegungen und Einschätzungen ihrer Kollegen per E-Mail. Die räumliche Distanz und die dadurch bedingte Verwendung moderner Telekommunikationstechnologien dürften nicht dahingehend ausgelegt werden, die Dokumente seien „abgeschlossener“ oder „offizieller“ als Gesprächsnotizen und Aufzeichnungen, wie sie bei Treffen gemacht werden, bei denen sich die Involvierten physisch treffen würden. Die zur Diskussion stehenden Dokumente seien allesamt E-Mails, welche lediglich dem Informationsaustausch innerhalb der Arbeitsgruppe oder zwischen Arbeitsgruppe und den jeweiligen Vorgesetzten der Arbeitsgruppenmitglieder gedient hätten. Sie seien einzig dem eng begrenzten Personenkreis der Arbeitsgruppe oder deren Vorgesetzten vorbehalten.

26. Da die Dokumente Nr. 29 und 33 aufgrund des fehlenden sachlichen Geltungsbereichs gemäss Art 3 BGÖ nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen (Ziffer 22), ist die Frage des amtlichen Dokumentes nur betreffend die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16 und 17 zu prüfen.
27. Vorweg ist zu bedenken, dass die Verwendung moderner Kommunikationsmittel nicht automatisch bedeutet, dass jedes E-Mail und jeder E-Mail-Anhang als amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ zu werten ist. So können auch elektronisch erstellte Dokumente Arbeitshilfsmittel sein<sup>14</sup>, so etwa, wenn in einem Dokument Korrekturen und Kommentare eingefügt werden. Es ist immer im Einzelfall zu prüfen, ob das Dokument die erforderlichen Kriterien nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ erfüllt.
28. Wie das EDA erklärt, sind die zu beurteilenden E-Mails zwischen den Behörden ausgetauscht worden. Diese Tatsache und der Inhalt der E-Mails zeigen eindeutig den direkten Bezug mit einer dienstlichen Sache, nämlich dem Steuerstreit USA Schweiz. Die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29, 33 dienen dienstlichen Zwecken.
29. Das Argument des EDA, dass die fraglichen Dokumente nur einem eng begrenzten Personenkreis vorbehalten waren, nämlich den einzelnen Akteuren der Arbeitsgruppe, ist nicht zielführend. Im konkreten Fall stellt der Beauftragte fest, dass sich aus den dem ihm vorliegenden Unterlagen keine expliziten Hinweise finden, dass eine Arbeitsgruppe eingesetzt wurde. Zweifelsohne ist erkennbar, dass die Behörden interdepartemental ausgetauscht haben. Diese entspricht an sich normalem Verwaltungshandeln, das dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegt. Auch wenn eine interdepartementale Arbeitsgruppe bestanden hätte, heisst das für sich allein betrachtet noch nicht, dass die gesamte Korrespondenz in der Folge pauschal dem Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz entzogen werden kann, mit dem Argument, die Dokumente hätten den Mitglieder einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zum persönlichen Gebrauch gedient. Im konkreten Fall ist auch nicht von einem „eng begrenzten Personenkreis“ auszugehen. Zudem wäre dieses Kriterium für sich allein betrachtet auch noch nicht ausschlaggebend. Ansonsten könnte das Öffentlichkeitsgesetz für alle Geschäfte, an welchen nur ein eng begrenzter Personenkreis beteiligt ist, ausgehebelt werden. Wesentlich ist zunächst

---

<sup>14</sup> BBI 2003 2000.



die Qualität des jeweiligen Dokumentes. Die zu beurteilenden Dokumente sind E-Mails. Sie sind nach Ansicht des Beauftragten keine Begleitnotizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge oder Gedankenstützen von Mitarbeitern des EDA oder Texte, die zur Korrektur versandt wurden. Sie sind daher nicht als Arbeits- und/oder Vorbereitungsmittel des EDA zu qualifizieren. Demzufolge sind die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16 und 17 keine zum persönlichen Gebrauch bestimmten Dokumente (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VBGÖ).

30. Zu prüfen ist weiter, ob die fraglichen Dokumente als fertig gestellte Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V. m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ gelten. Dies ist der Fall, wenn das Dokument, das von der Behörde erstellt ist, unterzeichnet ist (Bst. a) *oder* von der erstellenden Person definitiv dem Adressaten bzw. der Adressatin zur Kenntnis- und Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage übergeben wurde (Bst. b).
31. Wesentlich für die Frage, ob fertig gestellte Dokumente im Sinne von Bst. b vorliegen ist, ob diese in ihrer Endfassung vorliegen, d.h. definitiven Charakter haben. Dabei sind rein formelle Kriterien nicht ausschlaggebend, sonst könnte die Verwaltung mit formellen Mitteln, wie etwa der Bezeichnung „Entwurf“ Dokumente dem Öffentlichkeitsgesetz entziehen.<sup>15</sup> Die fraglichen E-Mails enthalten nach Ansicht des Beauftragten Einschätzungen des EDA zu einer dienstlichen Sache. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass diese E-Mails einen vorläufigen Charakter aufweisen, d.h. Dokumente sind, die nach der Vorstellung des Verfassers noch eine weitere Bearbeitung bedürfen und noch nicht als endgültig verstanden werden dürfen.<sup>16</sup> Diese E-Mails sind definitiv an eine andere Verwaltungsbehörde übermittelt worden, so dass diese die darin enthaltenen Informationen in eigener Verantwortung in ihr Verwaltungshandeln einbinden bzw. diese nutzen konnte. Somit konnte die empfangende Behörde den Inhalt der E-Mails als Entscheidungsgrundlage, Vorbereitungsmaterial bzw. zur Planung ihrer nächsten Schritte verwenden.<sup>17</sup> Diese E-Mails des EDA sind daher klar endgültige Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 Bst. b VBGÖ.
32. *Demzufolge sind die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16 und 17 amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ und gelten daher grundsätzlich als zugänglich.*
33. Der Anspruch auf Zugang zu diesen E-Mails kann jedoch scheitern, wenn Ausnahmen nach Art. 7 f. BGÖ entgegenstehen. Das EDA macht denn auch Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ geltend.

#### Überwiegende öffentliche oder private Interessen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ

34. Die Interessenabwägung zu den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ aufgezählten privaten und öffentlichen Interessen nimmt der Gesetzgeber in abschliessender Weise selber vor. Im Einzelfall hängt jedoch die *Wirksamkeit dieser Ausnahmeklauseln* einerseits davon ab, dass die Beeinträchtigung des geschützten Interesses im Fall einer Offenlegung von einer *gewissen Erheblichkeit* sein muss, und andererseits, dass ein *ernsthaftes Risiko* bezüglich des Eintritts besteht, mithin der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge und mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Hierfür trägt die Behörde die Beweislast.<sup>18</sup> Daher sind für die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16 und 17 zu prüfen, ob das EDA Ausnahmegründe nach Art. 7 BGÖ genügend überzeugend dargelegt hat.

<sup>15</sup> BSK BGÖ, BÜHLER, Art. 5 BGÖ N 26.

<sup>16</sup> Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2009, § 2 RZ 46.

<sup>17</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014, E. 6.4.1.

<sup>18</sup> BGE 2011/53 (=Urteil des BVGer A-2434/2013 vom 9. Dezember 2013), E. 8.1; vgl. zur Umkehr der Beweislast Urteil des BVGer A-2186/2013 vom 14. Februar 2014, E. 4.3.



Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ

35. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, *wenn durch seine Gewährung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können*. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz zählen die Aussenbeziehungen gemeinsam mit den Sicherheitsfragen zu den sensiblen Bereichen staatlicher Tätigkeit. „[Sämtliche Staaten], welche das Öffentlichkeitsgesetz eingeführt haben, [schränken] die Veröffentlichung von Auskünften und Informationen, welche die Wahrnehmung ihrer Interessen in auswärtigen Angelegenheiten stören, ein. Insbesondere die Informationsbeschaffung über Situationen, Vorgänge und Absichten des Auslands sind für die Führung der Aussenpolitik und der Pflege von Aussenbeziehungen von grosser Bedeutung. Auch für die erfolgreiche Verhandlungsführung ist ferner entscheidend, dass die entsprechenden Unterlagen nicht an die Öffentlichkeit oder an die Gegenseite gelangen. [...]“<sup>19</sup> Grundsätzlich können alle Bereiche der auswärtigen Beziehungen, in denen amtliche Informationen anfallen, an deren Bekanntwerden der Bund kein Interesse hat, erfasst werden. So kann es sich um rechtliche, politische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder militärische (etc.) Beziehungen handeln.<sup>20</sup> Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein.<sup>21</sup> 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>22</sup>
36. Das EDA verweigerte den Zugang zu den Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d und f BGÖ. Dabei trennte es in seinen Stellungnahmen gegenüber dem Antragsteller und dem Beauftragten die Begründungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f und d BGÖ argumentativ nicht. Ausserdem verweist es auf das Schreiben des BJ vom 15. Mai 2014 und die dort unter Bst. c gemachten Ausführungen.
37. In Bezug auf die Verflechtung der Lieferung von Mitarbeiterdaten mit dem US Programm zur Bereinigung des Steuerstreites verweist der Beauftragte auf seine Ausführungen in der Empfehlung vom 10. November 2014 BJ / Korrespondenz. Hieraus ergibt sich auch, dass der Beauftragte die damalige Einschätzungen der Sachlage durch das EDA als wichtig erachtet hat, zumal mit den von den beteiligten Behörden geltend gemachten Ausnahmegründe konkret auch aussenpolitische Fragestellungen zu beantworten sind. Darüber hinaus unterbreitete das EDA anlässlich der Beurteilung seiner erstellten Dokumente eine aktuellere Einschätzung zum Steuerstreit USA Schweiz. Es beruft sich dabei auf ein Gespräch zwischen Vertretern des EDA und Vertretern des Departement of Justice (DOJ) Mitte Juli 2014, in welchem das DOJ – „[...] wie bereits mehrfach in der Vergangenheit - ein weiteres Mal deutlich zum Ausdruck [gebracht hat], dass es immer davon ausging, dass die Verhandlungen und Gespräche vertraulich geführt werden. So hielten die DOJ-Vertreter fest, dass sie regelmässig mit Informationsersuchen seitens der Medien konfrontiert seien und diese gestützt auf den Freedom of Information Act [...] (Informationsfreiheitsgesetz der USA) konsequent ablehnen. Im Wissen um diese Haltung versteht es sich von selbst, dass die Veröffentlichung der Dokumente die Beziehung zwischen der Schweiz und den USA massiv beeinträchtigen würde und dass angesichts der Bedeutsamkeit und der Aktualität der Thematik negative Auswirkungen auf die weiteren diplomatischen Beziehungen mit den USA nicht ausgeschlossen werden könnten. Des

<sup>19</sup> BBI 2003 2010.

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch SCHOCH, a.a.O., § 3 16 und 18.

<sup>21</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, RZ 30.

<sup>22</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 31.



Weiteren müsste bei einer Zugangsgewährung damit gerechnet werden, dass sich dies negativ auf die Verhandlungen der Banken mit dem DOJ auswirken könnte. Dies hätte unweigerlich zur Folge, dass der Schweiz auch in wirtschaftlicher Hinsicht Schaden entstehen würde. [...] „Bei den Dokumenten handelt es sich um einzelne E-Mails, welche ein kleiner Teil eines grösseren Schriftwechsels mit Personen anderer Departemente in der gleichen Sache enthalten. Es wäre verfehlt, die Dokumente isoliert vom übrigen Schriftverkehr zu beurteilen.“

38. Der Beauftragte ist auch von der aktuelleren Prognose des EDA überzeugt. Es hat in genügender Begründungsdichte nachgewiesen, dass die Beeinträchtigungen der wirtschaftspolitischen Interessen und der internationalen Beziehungen der Schweiz im Falle der Offenlegung der fraglichen Dokumente von einer *gewissen Erheblichkeit* sind und ein *ernsthaftes Risiko* besteht, dass sie eintreten.
39. Hingegen ist dieser Ausnahmegrund gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ nach Ansicht des Beauftragten vorliegend nur *vorübergehender Natur*. Davon geht wohl auch das BJ in seiner Stellungnahme vom 15. Mai 2014 aus, auf welche sich auch das EDA stützt, hat dieses doch erklärt: „Aus all diesen Gründen kann zum jetzigen Zeitpunkt keine Einsicht in die oben genannten Dokumente gewährt werden.“ Weiss die Behörde bereits zum Zeitpunkt des Gesuches, ab wann kein Interesse an der Aufrechterhaltung besteht, schiebt sie den Zugang auf.<sup>23</sup> Demnach ist der Zugang zu den fraglichen Dokumenten aufzuschieben. Sobald die Verhandlungen bzw. das US-Programm abgeschlossen ist, entfällt der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ und der Zugang ist zu gewähren, unter Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Zu beachten ist allerdings, dass aufgrund internationaler Abkommen oder diplomatischer Gepflogenheiten die Schweiz zur Geheimhaltung ausländischer Dokumente verpflichtet sein kann, so dass Informationen, die ein Staat *vertraulich* übergeben hat, vom Empfängerstaat grundsätzlich nur mit Zustimmung des Absenders offen gelegt werden dürfen. Diese kann dann gelockert sein, wenn der Absenderstaat ebenfalls ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hat. In diesem Fall kann das Dokument bekannt gegeben werden. Allerdings ist die Praxis des Absenderstaates nicht massgebend. Entscheidend ist wie die Schweizer Behörden die Frage im Einzelfall beantworten.<sup>24</sup>
40. *Der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ist zum jetzigen Zeitpunkt erfüllt. Das EDA hält an der Zugangsverweigerung zu den Dokumenten 7, 8, 11, 16 und 17 fest. Sobald das US Programm im Steuerstreit zwischen der USA und der Schweiz abgeschlossen ist, ist der Zugang zu den genannten Dokumenten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren.*

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

41. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten weist das Zugangsgesuch vom 12. September 2013 betreffend die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 nicht zur Beurteilung an das BJ zurück.
42. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten Nr. 29 und 33 fest, auch wenn das Amtshilfverfahren abgeschlossen ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ).

<sup>23</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: a.a.O., Art. 7, RZ 10.

<sup>24</sup> Vgl. dazu BBI 2003 2011; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: a.a.O., Art. 7, RZ 33, vgl. hierzu auch Urteil des BVGer, A-1156/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 8.3.3.



43. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten schiebt den Zugang zu den Dokumenten Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ auf. Sobald das US Programm im Steuerstreit zwischen der USA und der Schweiz abgeschlossen ist, gewährt das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten den Zugang zu den erwähnten Dokumenten nach Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.
44. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es mit den Empfehlungen nicht einverstanden ist.
45. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
46. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim EDA den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
47. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
48. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
49. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - X.
  - Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA  
3003 Bern
50. Die Empfehlung geht zur Kenntnis an:
  - Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF  
3003 Bern
  - Bundesamt für Justiz BJ  
3003 Bern

Hanspeter Thür