



Bern, 25. September 2017

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X
(Antragsteller)**

und

Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartementes GS-EFD

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 10. Oktober 2016 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) u.a. bei der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) und dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) um Zugang zu sämtlichen Unterlagen der betreffenden Behörde rund um den Fall X. ersucht. Dabei stützte er sich auf den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010 „Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA“ (nachfolgend GPK-Bericht).¹ Am 29. August 2013 unterzeichneten die Schweiz und die USA eine Vereinbarung (Joint Statement), um den jahrelangen Steuerstreit der Banken mit den USA beizulegen (nachfolgend US-Programm).²
 2. Am 17. bzw. 18. Oktober 2016 nahmen die EFV und das SIF Stellung zum Zugangsgesuch. Nach erfolgtem Schriftenwechsel zwischen diesen und dem Antragsteller übernahm das GS-EFD mit der Zustimmung des Antragstellers die Federführung und Koordination der identisch lautenden Zugangsgesuche. Das GS-EFD verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten vollständig. In Bezug auf Dokumente der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) bzw. der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) machte es geltend, dass diese vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes gemäss Art. 2 Abs. 2 BGÖ ausgeschlossen und deren Dokumente daher nicht zugänglich seien. Einzelne Dokumente qualifizierte das GS-EFD als zum persönlichen Gebrauch bestimmt gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i. V. m. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31), weshalb diese die Voraussetzungen eines amtlichen Dokumentes nicht erfüllen würden. Schliesslich teilte das GS-EFD mit, selbst wenn das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar wäre, könne der Zugang zu den Dokumenten nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ nicht gewährt werden, da aussenpolitischen Interessen und die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt würden.
 3. Am 1. Dezember 2016 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er

¹ BBI 2010 3099.

² Vgl. dazu <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/us-steuerstreit.html>, besucht am 25. September 2017.



beantragte, dass der Beauftragte bei den erwähnten Stellen eine abschliessende Liste aller vorhandenen Dokumente rund um den Fall X. anfordere und dass er Einblick in sämtliche Akten der FINMA bzw. der EBK-Akten rund um die von der Behörde erwähnten Dokumente sowie allfällige weitere Dokumente erhalte, die bisher nicht aufgeführt worden seien. Demzufolge beantrage er „Einblick in sämtliche Unterlagen gestützt auf Art. 5 BGÖ“.

4. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS-EFD dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.
5. Am 16. Dezember 2016 reichte das GS-EFD nummerierte Dokumente und eine Stellungnahme ein.
6. Da sich der Beauftragte entschied, keine mündliche Schlichtungsverhandlung durchzuführen, gab er beiden Parteien gemäss Art. 12 Abs. 2 VBGÖ Gelegenheit zu einer ergänzenden Stellungnahme. Eine solche reichte das GS-EFD mit Schreiben vom 23. August 2017 ein. Der Antragsteller verzichtete auf eine weitere Stellungnahme.
7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des GS-EFD 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

8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der EFV und dem SIF ein. Er erhielt vom federführenden GS-EFD eine ablehnende Antwort. 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).
9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ 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

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁴
11. Das GS-EFD legt in Bezug auf einzelne Dokumente dar, dass diese zum persönlichen Gebrauch bestimmt und nur einem eng beschränkten Personenkreis zugänglich gewesen seien (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V. m. Art. 1 Abs. 3 VBGÖ). Daher sei diesbezüglich nicht von amtlichen Dokumenten auszugehen. Demgegenüber erklärt der Antragsteller, dass die

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



verlangten Dokumente einem grösseren Personenkreis zugänglich gewesen seien, da u.a. im GPK-Bericht (siehe Ziffer 1) von Vertretern von drei Departementen gesprochen werde.

12. Die vom GS-EFD angerufene Norm ist gemäss Rechtsprechung restriktiv anzuwenden. So verneinte das Bundesverwaltungsgericht den persönlichen Gebrauch bereits bei zwanzig Personen sowie bei einem kleinen Kreis zuständiger Kadermitarbeiter.⁵ Nach Einschätzung des Beauftragten ist somit vorliegend nicht davon auszugehen, dass die Dokumente bloss im Rahmen eines eng begrenzten Personenkreises verwendet wurden. Demzufolge liegen amtliche Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ vor.
13. Das GS-EFD erklärt vorweg, dass Dokumente, die es von der FINMA/EBK erhalten habe, nicht zugänglich seien, da diese vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen seien (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Demgegenüber argumentiert der Antragsteller das Bundesverwaltungsgericht habe kürzlich entschieden, Dokumente der FINMA seien vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst, wenn sie an eine andere Behörde weitergeleitet werden.
14. Entgegen der Auffassung des Antragstellers hielt das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 u.a. fest, dass die FINMA nicht dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht. Die Frage, ob deren Dokumente im Dokumentenbestand einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde grundsätzlich nach diesem Gesetz zugänglich sind, liess es offen. Jedoch hielt es fest, dass die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde vorfrageweise darüber zu befinden habe, ob der Zugang zu solchen Dokumenten der FINMA, im Vorhinein zu verweigern oder ob der Zugang nach Massgabe nach Art. 7 und 8 BGÖ zu gewähren sei.⁶

Das GS-EFD äusserte sich vorfrageweise dahingehend, dass seiner Ansicht nach die FINMA Dokumente von Vorhinein nicht zugänglich seien. Die Prüfung dieser Frage kann zum jetzigen Zeitpunkt aus verfahrensökonomischen Gründen offen bleiben, da der Zugang, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, zu allen amtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit dem Fall X. aufzuschieben ist.
15. Das GS-EFD argumentiert im Schreiben vom 25. November 2016 an den Antragsteller, es verweigere den Zugang, falls das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar wäre, gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ vollständig, da mit einer Offenlegung dieser Dokumente die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt würden. Im Zusammenhang mit dem Steuerstreit zwischen den USA und den Schweizer Banken (siehe Ziffer 1) seien weiterhin Verfahren im Gange. Im Schreiben vom 23. August 2017 an den Beauftragten ergänzt das GS-EFD, dass die relevanten Dokumente dieses Schlichtungsverfahrens Angaben zum Verlauf der Verhandlungen mit dem Department of Justice (DOJ) beinhalten würden. Es bestehe die Gefahr, dass eine Veröffentlichung dieser Informationen die Beziehungen zwischen den USA und der Schweiz unverhältnismässig belasten und sich allgemein auf die konstruktive Zusammenarbeit mit dem DOJ auswirken könnte.

Da das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz noch nicht abgeschlossen sei, sei der Zugang zu den verlangten Dokumenten wegen der Beeinträchtigung der wirtschaftspolitischen Interessen und der Aussenbeziehung der Schweiz zurzeit nicht möglich. Dies entspreche auch der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichtes im Urteil A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 (E. 6 ff.).
16. Demgegenüber erklärt der Antragsteller es handle sich vorliegend um einen konkreten Fall und der Steuerstreit zwischen der betroffenen Bank und der USA sei beendet. Sechs Jahre nach

⁵ Vgl. Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 m.w.H.

⁶ Vgl. Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.1.



dem GPK-Bericht sei es durchaus im öffentlichen Interesse Einblick in die Dokumenten zu nehmen.

17. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Ersteres kann sich aus der Offenlegung von Informationen ergeben, die zum Nachteil der Schweiz ausgenützt werden könnten. Letzteres kann eintreten, wenn sich durch die Veröffentlichung bestimmter Daten die Beziehungen zu anderen Staaten oder internationalen Organisationen verschlechtern könnten.⁷

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.⁸ Nach der Rechtsprechung liegt es in der Natur von Entscheiden politischer Natur und insbesondere aussenpolitischen Gehalts, dass sie der juristischen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind. So üben die gerichtlichen Instanzen bei der Überprüfung der politischen Opportunität des Entscheides eine gewisse Zurückhaltung, sofern der Entscheid insgesamt zumindest nachvollziehbar und sachlich ist.⁹

18. Wie das GS-EFD erklärt, war der Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit dem US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz Gegenstand eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes. Darin kommt im Ergebnis das Gericht zum Schluss, dass der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zurzeit vorhanden ist und der Zugang zum fraglichen Dokument bis zum Abschluss des US-Programms aufzuschieben ist.¹⁰
19. Die vorliegend nachgefragten Dokumente stehen nach den Darlegungen des GS-EFD im Zusammenhang mit dem US Programm (siehe Ziffer 1), welches noch nicht abgeschlossen sei. Für den Beauftragten besteht kein Anlass an der Richtigkeit der Angaben des GS-EFD zu zweifeln, wonach ein Zusammenhang zwischen den verlangten Dokumenten und dem US-Programm besteht und dieses noch nicht abgeschlossen ist. Für den Beauftragten ist die aktuelle Einschätzung des GS-EFD in Bezug auf das Risiko einer Offenlegung der nachgefragten Dokumente glaubhaft und nachvollziehbar. Demnach ist davon auszugehen, dass die Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen im Falle einer Offenlegung der verlangten Dokumente von einer gewissen Erheblichkeit wäre und ein ernsthaftes Risiko besteht, dass sie einträte. Der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ist zum jetzigen Zeitpunkt als erfüllt zu betrachten. Davon geht auch das GS-EFD aus, hat es doch erklärt, dass der Zugang zu den fraglichen Dokumenten zurzeit nicht möglich sei. Demzufolge ist der Zugang zu den verlangten Dokumenten aufzuschieben bis das US-Programm abgeschlossen ist. Dannzumal wird das GS-EFD dem Antragsteller eine Liste der relevanten Dokumente unterbreiten und ihm Gelegenheit geben, sein umfangreiches Zugangsgesuch zu präzisieren.¹¹ Das GS-EFD wird dann auch vorfrageweise prüfen, ob es den Zugang zu Dokumenten der FINMA bzw. der EBK von Vornherein verweigern oder ob es ihn nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes gewähren wird.¹² Weiter wird es prüfen, ob allenfalls Ausnahmegründe nach Art. 7 oder spezielle Fälle nach Art. 8 BGÖ bestehen. Alsdann wird es darüber befinden,

⁷ Vgl. Urteil des BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E.7.1.1.

⁸ Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 40.

⁹ Vgl. BGE 142 II 313 E. 4.3.

¹⁰ Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4.

¹¹ Vgl. Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.4.1.

¹² Vgl. Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.1.



ob bestimmte Personendaten zu anonymisieren und ob gegebenenfalls betroffene Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ anzuhören sein werden.¹³

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

20. Das GS-EFD schiebt den Zugang zu den verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ auf. Sobald das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz abgeschlossen ist, wird es das Zugangsgesuch erneut entsprechend den Erwägungen in Ziffer 19 beurteilen.
21. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim GS-EFD 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).
22. Das GS-EFD erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
23. Das GS-EFD erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
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:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
GS-EFD
3003 Bern

Adrian Lobsiger

¹³ Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 7.