



Bern, 23. Januar 2015

Empfehlung
nach Art. 14 des Bundesgesetzes über das
Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung
zum Schlichtungsantrag von
X (Antragsteller),
vertreten durch Rechtsanwalt A,
gegen
Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA)

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist), vertreten durch einen Rechtsanwalt, hat, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), am 29. April 2013, per E-Mail das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) um Zugang zu Dokumenten über Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) ersucht. Der Antragsteller bezieht sich in seinem Gesuch auf Dokumente, die in der Pressemitteilung des EDA vom 15. Juli 2010¹ betreffend die Amtshilfe im Zusammenhang mit den Vermögenswerten von Parteien und Massenorganisationen der ehemaligen DDR erwähnt werden.
 2. Am 3. Mai 2013 hat das EDA den Antragsteller per E-Mail gebeten, sein Gesuch innerhalb von 10 Tagen zu präzisieren (Art. 7 Abs. 3 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung; [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31]); andernfalls gelte sein Gesuch als zurückgezogen (Art. 7 Abs. 4 VBGÖ).
 3. Am 13. Mai 2013 hat der Antragsteller das EDA brieflich gebeten, ihm eine Liste der vorhandenen Dokumente zuzustellen, damit er präzisieren könne, zu welchen Dokumenten er um Zugang ersuche. Die Behörde hat den Erhalt dieses Schreibens am 16. Mai 2013 bestätigt.
 4. Am 3. Juni 2013 hat die Behörde den Antragsteller brieflich darüber informiert, dass sie etwas Zeit brauche, um eine solche Liste zu erstellen, und dass die Frist nach Art. 12 Abs. 2 BGÖ verlängert würde.
 5. Am 7. Juni 2013 hat das EDA dem Antragsteller eine chronologisch aufgebaute Liste der vorhandenen Dokumente zugestellt, die im Zusammenhang mit den Vermögenswerten der ehemaligen DDR in der Schweiz stehen. Zudem hat die Behörde dem Antragsteller ein Treffen

¹ www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=de&msg-id=34313 (letztmals aufgerufen am 21.01.2015)



mit einem Spezialisten vorgeschlagen, damit dieser allfällige Fragen zur Liste beantworten und über die weitere Behandlung des Gesuchs befinden könne.

6. Am 14. Juli 2013 hat der Antragsteller per E-Mail sein Gesuch präzisiert und Zugang zu den folgenden Dokumenten verlangt: «*Note an die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland mit Bankunterlagen vom 14.07.2010*». Er hat ergänzt, dass ein Treffen nicht möglich sei, weil er nicht in der Schweiz wohne. Die Behörde hat am 16. Juli 2013 den Erhalt des E-Mails bestätigt und dem Antragsteller mitgeteilt, sie werde das Gesuch prüfen und darüber entscheiden.
7. Am 4. September 2013 hat das EDA per E-Mail Stellung genommen. Es hat im Wesentlichen jeglichen Zugang zu den Dokumenten verweigert: Diese würden nicht in den materiellen Geltungsbereich des BGÖ fallen, da sie ein Verfahren der internationalen Rechts- und Amtshilfe nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ betreffen. Die Behörde wies den Antragsteller darauf hin, dass er nach Art. 13 BGÖ innerhalb von 20 Tagen ab Empfang der Stellungnahme beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragten) einen Schlichtungsantrag stellen könne.
8. Der Antragsteller hat mit Schreiben vom 23. September 2013 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag eingereicht.
9. Am 24. September 2013 hat der Beauftragte den Empfang des Schlichtungsantrags schriftlich bestätigt und das EDA per E-Mail über den Eingang informiert. Nach einer Fristverlängerung bis 31. Oktober 2013 hat das EDA dem Beauftragten, wie verlangt, eine vollständige Kopie des Dossiers sowie eine detaillierte Stellungnahme zugestellt. Einleitend legte das EDA dar, wie es zum Amtshilfeersuchen durch die Bundesrepublik Deutschland mit diplomatischer Note vom 16. Juni 2006 kam, und verwies u.a. auf die Einsetzung der *Unabhängigen Kommission zur Überprüfung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der DDR (UKPV)*, die nach dem Fall der Mauer in Berlin dafür zuständig war, nach Vermögenswerten zu suchen, die von der ehemaligen Regierung der DDR veruntreut worden waren. Das EDA ergänzte, dass der Bundesrat am 17. Oktober 2007 nach Art. 184 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV, SR 101) beschlossen hatte, vierzehn Banken dazu aufzufordern, in dieser Sache Nachforschungen anzustellen und das Resultat der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), der Vorgängerin der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), zu übergeben. Die FINMA übergab die Dokumente am 29. Januar 2009 dem EDA. Schliesslich, so die Behörde weiter, beschloss der Bundesrat mit diplomatischer Note vom 25. Juni 2010, die eingegangenen Bankunterlagen der Bundesrepublik Deutschland zu übergeben. Dies unter der Bedingung, dass die Unterlagen ohne Einwilligung der Schweiz in gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden dürfen. Anschliessend hat das EDA in seiner Stellungnahme erneut bestätigt, dass die Dokumente, für die der Antragsteller das Zugangsgesuch gestellt hatte, nicht unter den materiellen Geltungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ fallen würden. Die Behörde fügte hinzu, dass – sollte dem ersten Argument nicht gefolgt werden – der Zugang zu den Dokumenten aufgrund des Bankgeheimnisses sowieso nicht gewährt werden könne (Art. 47 des Bankengesetzes [SR 952.0] i.V.m. Art. 4 BGÖ [Vorbehalt von Spezialbestimmungen]), zum Tragen kämen aber auch Art. 7 Abs. 1 Bst. d und g BGÖ (Bst. d: ausserpolitische Interessen oder internationale Beziehungen; Bst. g: Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse). Zu guter Letzt erwähnte das EDA, dass die Personendaten von Banken, Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Banken sowie Kundinnen und Kunden von Banken auf jeden Fall unter den Schutz der Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ i.V.m. Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) fallen würden.
10. Auf die weitergehende Ausführungen 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 nach Artikel 14 BGÖ

11. Der Antragsteller hat beim EDA ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer eines vorgängigen Gesuchsverfahrens ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde dem Beauftragten formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) eingereicht (Art. 13 BGÖ).
12. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter der Leitung des Beauftragten statt. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt allein dem Beauftragten.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte nach Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

13. 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).³
14. Es ist angezeigt, zuerst zu prüfen, ob die vom Schlichtungsantrag betroffenen Dokumente aufgrund eines internationalen Amtshilfeverfahrens nicht unter den Geltungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ fallen, wie dies die Behörde geltend macht.
15. Artikel 3 BGÖ regelt den materiellen Geltungsbereich dieses Gesetzes in einer Negativliste.⁴ Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ schliesst die Anwendung dieses Gesetzes für eine bestimmte Anzahl Verfahren aus. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit solchen Verfahren ist in den jeweiligen Verfahrensgesetzen geregelt. Ziffer 3 regelt, dass das Öffentlichkeitsgesetz bei Dokumenten, die Teil eines Verfahrens der Rechts- und Amtshilfe auf internationaler Ebene sind, nicht zur Anwendung kommt. Der Begriff der Amtshilfe wird weder im Gesetz⁵ definiert noch in der Praxis einheitlich verwendet.⁶ Er betrifft das Zusammenwirken und die Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden.⁷ Eine bestimmte Behörde kann

² Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 2024

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, N 8.

⁴ STAMM-PFISTER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (BSK BGÖ), 2. Aufl., Basel 2014, Art. 3, N 1 und 3.

⁵ BSK BGÖ, STAMM-PFISTER, Art. 3, N 17.

⁶ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, St. Gallen 2012, S. 258, N 1073.

⁷ BSK BGÖ, STAMM-PFISTER, *ibid.*



demnach eine andere Behörde unterstützen, insbesondere durch die Bekanntgabe von Informationen, damit Letztere Aufgaben, zu denen sie von Amtes wegen verpflichtet ist, wahrnehmen kann.⁸ Diese Unterstützung wird sowohl innerhalb wie auch ausserhalb oder denn im Vorfeld von Administrativverfahren gewährt.⁹

Dokumente, die Teil eines in Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ genannten *hängigen Verfahrens* sind, bleiben für die gesamte Dauer dieses Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen.¹⁰ Nach Abschluss des Verfahrens sind bestimmte amtliche Dokumente wieder zugänglich, nämlich jene, welche bereits vorher bestanden haben und nicht explizit für das Verfahren erstellt worden sind. Hingegen fallen Dokumente, die eindeutig im Rahmen des besagten Verfahrens erarbeitet resp. einer Behörde übermittelt worden sind, nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.¹¹

16. Im vorliegenden Fall hat Deutschland die Schweiz mittels diplomatischer Note vom 16. Juni 2006 um Amtshilfe ersucht. Darin bat Deutschland die Schweiz um Unterstützung, um die Tatbestände im Zusammenhang mit in der Schweiz lagernden versteckten oder veruntreuten Vermögenswerten der ehemaligen Regierung der DDR zu ermitteln. In der Folge hat der Bundesrat beschlossen, vierzehn Banken zu Nachforschungen aufzufordern und die mit dieser Sache zusammenhängenden Bankdokumente auszuhändigen. Das EDA beschloss, diese Dokumente mit diplomatischer Note vom 14. Juli 2010 Deutschland zu übergeben. Aus der Abfolge der obigen Ereignisse geht klar hervor, dass die Bankdokumente wie auch die diplomatische Note vom 14. Juli 2010 integraler Bestandteil eines abgeschlossenen Amtshilfeverfahrens sind. Die diplomatische Note wurde nur verfasst, um das Amtshilfeverfahren abzuschliessen. Dieses Dokument ist integraler Bestandteil des Verfahrens und fällt mit dessen Abschluss nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Die zur diplomatischen Note gehörenden Bankdokumente befanden sich vor dem genannten Verfahren noch nicht im Besitz einer Bundesbehörde. Die Banken übergaben die Dokumente erst der Verwaltung, nachdem der Bundesrat den erwähnten Beschluss gefasst hatte. Die Dokumente wurden der Verwaltung nur übergeben, damit diese das Amtshilfeverfahren umsetzen konnte. Der Abschluss des Verfahrens ändert nichts am Status der Dokumente: Die Dokumente fallen gemäss den Ausführungen unter Ziffer 15 nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.
17. *Der Beauftragte ist der Ansicht, dass die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ).*
18. Da die vom Antragsteller verlangten Dokumente nicht unter des Öffentlichkeitsgesetzes fallen, prüft der Beauftragte die anderen vom EDA vorgebrachten Argumente zur Rechtfertigung der Zugangsverweigerung nicht.
19. *Der Beauftragte kommt zum Schluss, dass das EDA den Zugang zur diplomatischen Note vom 14. Juli 2010 wie auch zu den dazugehörenden Bankdokumenten zu Recht verweigert hat, weil diese nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ fallen.*

⁸ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, St. Gallen 2012, *ibid.*, N 1074.

⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, St. Gallen 2012, *ibid.*, N 1073.

¹⁰ Bundesamt für Justiz / Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen](#), 7. August 2013, Ziff. 2.2.3; *contra*: Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 2024 .

¹¹ [Empfehlung des EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz](#), II.B.30; Bundesamt für Justiz / Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufige gestellte Fragen](#), 7. August 2013, Ziff. 2.2.3 ; AMMANN/LANG, in: Passadelis, Rosenthal, Thür [Hrsg.]. Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, Rz. 25.22.



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

20. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten hält an der vollständigen Zugangsverweigerung zu der an Deutschland gerichteten diplomatischen Note vom 14. Juli 2010 sowie zu den dazugehörigen Bankdokumenten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ) fest.
21. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
22. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder dem Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
23. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten stellt dem Beauftragten eine Kopie der Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
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
 - Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
Freiburgstrasse 130
3003 Bern

Jean-Philippe Walter