



Bern, 17. August 2018

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

**X
(Antragsteller)**

und

Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Interessenvertreter) hat erstmals am 22. Dezember 2016 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI um Zugang zu einem von einem Dritten erstellten Bericht „Höhere Fachprüfung Immobilienreuehand“ ersucht.
2. Nachdem ihm das SBFI mitgeteilt hatte, dass der Bericht noch nicht fertig gestellt sei und folglich kein Zugang gewährt werden könne, reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Mangels Einigung erliess der Beauftragte am 15. März 2017 eine Empfehlung, in welcher er die Haltung des SBFI stützte.¹ Auf Ersuchen des Antragstellers erliess das SBFI am 12. April 2017 eine entsprechende Verfügung, welche unangefochten blieb.
3. Am 23. April 2018 ersuchte der Antragsteller beim SBFI gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz erneut um Zugang zu demselben Bericht.
4. Mit Schreiben vom 27. April 2018 teilte das SBFI dem Antragsteller mit, dass nach wie vor kein fertig gestelltes Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ vorliege, weshalb der Zugang weiterhin verweigert werde.
5. Daraufhin reichte der Antragsteller am 16. Mai 2018 beim Beauftragten erneut einen Schlichtungsantrag ein.
6. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte das SBFI am 29. Mai 2018 die betroffenen Dokumente und eine ergänzende Stellungnahme ein. Das SBFI erklärte, dass die Situation seit dem ersten Schlichtungsverfahren unverändert sei und das gewünschte Dokument nicht fertig gestellt und damit kein amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes sei.
7. Am 7. Juni 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien zwar nicht in der Sache, jedoch über das weitere Vorgehen einigen konnten. Der Beauftragte entschied, das Schlichtungsverfahren derweil zu sistieren.

¹ [Empfehlung EDÖB vom 15. März 2017: SBFI / Bericht Fachprüfung Immobilienreuehand.](#)



8. Entsprechend der erzielten Einigung über das weitere Vorgehen führte das SBFI im Nachgang zur Schlichtungsverhandlung bei den betroffenen Dritten eine Anhörung gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ durch. Am 12. Juli 2018 liess das SBFI sowohl den betroffenen Dritten als auch dem Antragsteller eine abschliessende Stellungnahme gemäss Art. 11 Abs. 2 bzw. Art. 12 Abs. 4 BGÖ zukommen. Darin hielt es an seiner abschlägigen Haltung zum Zugangsgesuch fest.
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, der angehörten Dritten und des SBFI 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

10. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SBFI ein. Dieses verweigerte den Zugang zum verlangten Dokument. 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).
11. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² 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

12. 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.³
13. Der Antragsteller verlangte Zugang zu einem von einem (privaten) Dritten erstellten Bericht vom Oktober 2016 im Zusammenhang mit Immobilienberufsprüfungen. Wie bereits im ersten Schlichtungsverfahren in dieser Angelegenheit ist vorliegend wiederum strittig, ob es sich beim verlangten Bericht um ein fertig gestelltes und damit amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes handelt (vgl. Ziff. 1 f.).
14. Die betroffene Dritte brachte in der Anhörung gegenüber dem SBFI vor, der fragliche Bericht sei nie über das Entwurfsstadium vom Oktober 2016 hinausgelangt. Nach Abschluss einer in dieser Sache erfolgten Aufsichtsbeschwerde und dem entsprechenden Aufsichtsbeschwerdeentscheid des SBFI habe intern keine Veranlassung mehr bestanden, noch separate Abklärungen vorzunehmen. Entsprechend sei der Bericht nie fertig gestellt worden und bilde lediglich nach wie vor eine Momentaufnahme in einem internen Meinungsbildungsprozess. Demzufolge handle es sich um kein amtliches Dokument im Sinne

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



von Art. 5 BGÖ. Auch sei der Bericht weder formal abgeseget (autorisiert) noch von der Verfasserin unterzeichnet worden. Somit fehle es dem Entwurf gerade an dem vom Öffentlichkeitsgesetz geforderten definitiven Charakter. „Hinzu kommt, dass der Entwurf [...] dem SBFI auch nie formell zugestellt worden ist, sondern nur zwecks Übersetzung.“

15. In seiner abschliessenden Stellungnahme vom 12. Juli 2018 an den Antragsteller und die angehörte Dritte führte auch das SBFI aus, ihm liege nach wie vor kein fertig gestellter Bericht, sondern nur das noch in Bearbeitung stehende Dokument aus dem Jahr 2016 vor, welches bereits Gegenstand des ersten Schlichtungsverfahrens gewesen sei. Gestützt auf die gesetzlichen Vorgaben erachte das SBFI das fragliche Dokument nach wie vor als nicht fertig gestellt. Zum einen sei das Dokument dem SBFI nicht unterzeichnet zugestellt worden. Zum anderen sei das Dokument dem SBFI lediglich zur Übersetzung und zur nachfolgenden Weiterbearbeitung durch die Erstellerin zugestellt worden, unbeachtlich des Inhalts. Der fragliche Bericht habe der Erstellerin zur internen Willensbildung gedient, was ebenso gegen eine definitive Übergabe spreche. Diese interne Meinungsbildung müsse auch nach einem allfälligen Verfahren und „über Zeit“ geschützt werden. Ansonsten würde die freie Meinungsbildung durch die ständige Möglichkeit der nachträglichen Publikation von Dokumenten verunmöglicht. Daher bestehe der Schutz auch über längere Zeit fort.
16. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VBGÖ gilt ein Dokument dann als fertig gestellt, wenn es von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist (Bst. a) oder von der erstellenden Person dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Bst. b). So sind die Unterzeichnung oder die Genehmigung eines Dokuments zwar gewichtige Hinweise darauf, dass ein Dokument fertig gestellt ist. Entscheidend ist jedoch vor allem, ob Anhaltspunkte für die Fertigstellung des Dokuments bestehen.⁴ Wesentliches Kriterium ist demnach, ob ein Dokument in seiner Endfassung vorliegt, d.h. definitiven Charakter aufweist. Entscheidend für die Qualifikation als fertig gestelltes Dokument ist nicht seine inhaltliche Vollständigkeit, sondern ob es sich um ein in sich selber abgeschlossenes und nicht mehr in Bearbeitung stehendes Dokument handelt.⁵
17. Der Grund für den Ausschluss von Dokumenten mit provisorischem Charakter gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ liegt darin, dass die Verwaltung ihren Handlungsspielraum bewahren und ihre Projekte mit der nötigen Freiheit entwickeln können muss, um sich möglichst ungestört und ohne Druckversuche von aussen eine Meinung zu bilden. Kann die freie Meinungs- und Willensbildung durch eine Publikation eines Dokumentes nicht oder nicht mehr beeinflusst werden, so spricht dies umgekehrt für die Annahme eines fertig gestellten Dokuments.⁶
18. Im vorliegenden Fall machten weder das SBFI noch die betroffene Dritte geltend, dass sich das verlangte Dokument inhaltlich noch in Bearbeitung befindet und Grundlage eines noch laufenden Meinungsbildungsprozesses bildet. Vielmehr räumten sie ein, dass das damit zusammenhängende Aufsichtsbeschwerdeverfahren bereits abgeschlossen ist und argumentierten, dass der verlangte Bericht nie fertig gestellt wurde, mithin ein „Entwurf“ bleiben wird. Es sind somit keine Anhaltspunkte vorhanden, dass es sich um ein Dokument handelt, welches nach der Vorstellung des Verfassers noch inhaltliche Änderungen erfahren wird und daher nicht als endgültig verstanden werden darf.
19. Würde man der Auffassung des SBFI folgen, wonach die interne Meinungsbildung auch nach deren Abschluss und "über Zeit" geschützt werden müsse, ansonsten die freie Meinungsbildung durch die ständige Möglichkeit der nachträglichen Publikation von Dokumenten verunmöglicht

⁴ BBI 2003 1998; BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

⁵ BVGE 2011/52 E. 5.1.2.

⁶ BBI 2003 1997; BVGE 2011/52 E. 5.1.3.



würde, könnte man jegliche Dokumente von vornherein dem Zugangsanspruch nach Öffentlichkeitsgesetz entziehen, indem man sie als „nicht fertig gestellt“ bezeichnet. Dies liesse sich jedoch nicht mit Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ vereinbaren. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass ein unfertiges Dokument aufgrund der äusseren Umstände – selbst ohne Zutun des Verfassers durch blossen Zeitablauf – zu einem fertig gestellten mutieren kann, wenn die Gefahr einer Beeinflussung entfällt.⁷ Andernfalls könnte der Zugangsanspruch nach Öffentlichkeitsgesetz, wie bereits erwähnt, nämlich nur schon dadurch vereitelt werden, dass ein Dokument niemals fertig gestellt wird.

20. Darüber hinaus haben weder das SBFI noch die betroffene Dritte konkret dargelegt, inwiefern ihre freie Meinungs- und Willensbildung gut zwei Jahre nach Erstellung des Dokuments und ein Jahr nach Abschluss des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens durch eine Zugänglichmachung dieses Berichts nach wie vor beeinträchtigt würde. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass das Öffentlichkeitsgesetz die Nachvollziehbarkeit der Verwaltungstätigkeit zu fördern bezweckt (vgl. Art. 1 BGÖ). Dementsprechend hat eine Bundesbehörde über ihr Verwaltungshandeln entsprechend der Zielsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes Transparenz zu schaffen. Dies gilt auch für das SBFI, welches vorliegend im Rahmen seiner Oberaufsicht über die Berufsprüfungen bzw. der höheren Fachprüfungen⁸ tätig geworden ist, wie sich den dem Sachverhalt zugrundeliegenden Unterlagen entnehmen lässt.
21. Somit gilt der Bericht - selbst wenn er inhaltlich unvollständig sein sollte – als fertig gestellt, da es sich nach Auffassung des Beauftragten um ein in sich selber abgeschlossenes und nicht mehr in Bearbeitung stehendes Dokument handelt. Demnach ist der vom Antragsteller verlangte Bericht als amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ zu betrachten, für welches die gesetzliche Vermutung des Zugangs gilt.

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

22. Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation prüft das vom Antragsteller verlangte Dokument auf das Vorhandensein von Ausnahmetatbeständen und gewährt sodann den Zugang entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Gegebenenfalls sind gestützt auf Art. 9 BGÖ gewisse Personennamen zu schwärzen.
23. Der Antragsteller und die angehörten Dritten können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
24. Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
25. Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
26. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers sowie der angehörten Dritten anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

⁷ Urteil des BVerger A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.1.2.

⁸ Art. 42 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (BBG; SR 412.10).



27. Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R)
X
- Einschreiben mit Rückschein (R)
Staatssekretariat für Bildung,
Forschung und Innovation
3003 Bern
- Einschreiben mit Rückschein (R)
Y

Reto Ammann