



Bern, 26. September 2019

**Empfehlung  
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

**im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X und Y  
(Antragstellerinnen)**

**und**

**Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde RAB**

**I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Am 4. Dezember 2018 gab die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde RAB (RAB) in einer Medienmitteilung bekannt, dass sie eine ad hoc-Überprüfung bei der KPMG AG im Zusammenhang mit den Revisionsdienstleistungen für die PostAuto AG für die Jahre 2013-2017 abgeschlossen hatte. Dabei wurden teilweise erhebliche Mängel festgestellt.<sup>1</sup>
2. Die Antragstellerinnen (zwei Unternehmen) haben mit Schreiben vom 15. Juli 2019 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der RAB um «Zustellung einer Kopie des Prüfungsberichts der RAB betreffend die Überprüfung der Revisionstätigkeiten der KPMG für PostAuto sowie die dem Prüfungsbericht beiliegenden oder darin referenzierte Dokumente» ersucht.
3. Mit Schreiben vom 5. August 2019 lehnte die RAB den Zugang zum verlangten Prüfungsbericht und weiteren Dokumenten ab. Sie machte geltend, Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz; RAG; SR 221.302) sei eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. b BGÖ, welche die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes ausschliesse. «Für den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten und Informationen existiert der spezialgesetzliche Vorbehalt im RAG, wonach die RAB über laufende und abgeschlossene Verfahren nur in ihrem Tätigkeitsbericht bzw. nur dann informiert, wenn dies aus Gründen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen erforderlich ist.» Sie präzisiert indessen, dass der Vorbehalt nur im Rahmen von Informationen betreffend laufende und abgeschlossene Verfahren gelte, «für sämtliche Informationen aus anderen Tätigkeitsbereichen der RAB [ist] das BGÖ demgegenüber mangels spezialgesetzlichen Vorbehalts anwendbar».
4. Mit Schreiben vom 22. August 2019 reichten beide Antragstellerinnen einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Sie verweisen auf zwei vom Beauftragten erlassene Empfehlungen vom 27. November 2017 und 19. Dezember 2017, in welchen er festgehalten hat, dass Art. 19 Abs. 2 RAG keine

---

<sup>1</sup><https://www.rab-asr.ch/#/news>, zuletzt besucht am 24.09.2019.



spezialrechtlich geregelte aktive Informationstätigkeit der RAB im Sinne eines Vorbehalts nach Art. 4 Bst. b BGÖ darstellt.

5. Am 27. August 2019 forderte der Beauftragte die RAB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Mit Schreiben vom 28. August 2019 bestätigte er gegenüber den Antragstellerinnen den Eingang des Schlichtungsantrages.
6. Mit Schreiben vom 29. August 2019 reichte die RAB den «Bericht 51/2018 zur ad hoc-Überprüfung der KPMG AG» vom 3. Dezember 2018, jedoch keine der darin referenzierten Dokumente ein. In ihrer ergänzenden Stellungnahme verweist sie auf zwei beim Bundesverwaltungsgericht hängige Verfahren, welche ebenfalls die Frage betreffen, ob Art. 19 Abs. 2 RAG als spezialgesetzliche Regelung im Sinne von Art. 4 Bst. b BGÖ zu qualifizieren ist. Da die RAB bis zur Klärung dieser Grundsatzfrage ihre bisherige Praxis fortführen werde, schlägt sie vor, bis dann das vorliegende Schlichtungsverfahren zu sistieren.
7. Am 4. September 2019 kontaktierte der Beauftragte telefonisch einen Vertreter der Antragstellerinnen und informierte ihn über den Vorschlag der RAB, das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Gerichtsurteils zu sistieren. Die Antragstellerinnen sprachen sich gegen eine Sistierung aus.
8. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen und der RAB 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**

9. Die Antragstellerinnen reichten ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der RAB ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerinnen sind als Teilnehmerinnen 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).
10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>2</sup> 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**

11. 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.
12. Nach Auffassung der RAB stellt Art. 19 Abs. 2 RAG eine spezialgesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. b BGÖ dar, die dem Öffentlichkeitsgesetz vorgeht. Demnach informiere die RAB über laufende oder abgeschlossene Verfahren nur dann, wenn dies aus Gründen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen erforderlich sei. Die Möglichkeit der

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung im Sinne eines „naming and shaming“ sei in der Aufsicht des Revisionsmarktes nicht vorgesehen, anders als etwa im Bereich der Aufsicht über den Finanzmarkt. Der Regelung liege die Überlegung zu Grunde, dass sich aufsichtsrechtliche Massnahmen der RAB praktisch immer auf Unterlagen und Informationen stützen, die dem Revisionsgeheimnis (Art. 730b Abs. 2 OR) unterlägen, als Geschäftsgeheimnis des geprüften Revisionsunternehmens gälten sowie mit Blick auf den Persönlichkeits- und Datenschutz der betroffenen Personen relevant seien. Die RAB mache daher keine über die Medienmitteilung vom 4. Dezember 2018 hinausgehende Informationen öffentlich zugänglich.

13. Vorweg ist zu bemerken, dass das Revisionsgeheimnis nach Art. 730b Abs. 2 OR nicht die RAB, sondern die Revisionsstelle bzw. die Revisoren bindet. Dieses schützt vorwiegend wirtschaftliche Informationen im Sinne von Geschäftsgeheimnissen.<sup>3</sup> Für die RAB gilt das im Art. 34 RAG statuierte Amtsgeheimnis. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes ist dieses in seiner Tragweite indirekt neu definiert worden. Dem Amtsgeheimnis unterliegen nur noch Informationen, die nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen, die durch spezialgesetzliche Bestimmungen als geheim erklärt werden oder die unter eine der im Öffentlichkeitsgesetz selbst vorgesehenen Ausnahmebestimmungen fallen.<sup>4</sup>
14. Art. 19 RAG trägt die Überschrift „Information der Öffentlichkeit“ und besagt in Abs. 1, dass die RAB jährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit und Praxis veröffentlicht. Gemäss Abs. 2 informiert sie über laufende und abgeschlossene Verfahren nur, wenn dies aus Gründen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen erforderlich ist. Demnach ist die RAB nach Art. 19 Abs. 1 RAG verpflichtet zu informieren, während sie nach Abs. 2 informieren kann.<sup>5</sup>
15. Seit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes wird klar zwischen der aktiven und der passiven Behördeninformation unterschieden.<sup>6</sup> Die aktive Information, die sog. Information von Amtes wegen, wird vom Öffentlichkeitsgesetz nicht erfasst.<sup>7</sup> Aktive Informationstätigkeiten sind einerseits allgemein (Art. 180 BV, Art. 10 RVOG) und andererseits spezialrechtlich (bspw. Veröffentlichung von Erlassen und Verträgen gemäss Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt, Publikationsgesetz, PubIG, SR 170.512; die Berichterstattung des Beauftragten nach Art. 30 des Bundesgesetzes über den Datenschutz, DSG; SR 235.1) geregelt. Bei der aktiven Information verfügt die Behörde grundsätzlich über einen grossen Ermessensspielraum, ob und in welchem Umfang sie Informationen veröffentlichen will.<sup>8</sup> Demgegenüber regelt das Öffentlichkeitsgesetz die passive Information. und zeichnet sich explizit dadurch aus, dass die gesuchstellende Person mit ihrem Gesuch einerseits Inhalt und Umfang der verlangten Information bestimmt und andererseits, in welcher Form (Dokumenteneinsicht oder eine Auskunft über den Inhalt) sie Zugang zum Dokument wünscht. Aufgrund des im Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht die Vermutung zu Gunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde. Somit liegt es nicht im freien Ermessen der

<sup>3</sup> DANIEL S. WEBER, Die Revisionsstelle zwischen Auskunfts-, Anzeige- und Schweigepflicht – Aktuelle Fragen des Revisionsgeheimnisses, Reprax, 2/10 S. 17.

<sup>4</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 1.1.2.

<sup>5</sup> Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vom 28. August 2013, BBI 2013 6883.

<sup>6</sup> BRUNNER, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, ZBI 111/2010, 599 ff.

<sup>7</sup> BBI 2003 1977.

<sup>8</sup> BRUNNER/MADER, Handkommentar BGÖ, Einl. Rz. 86 ff.



Behörde, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will.<sup>9</sup> Hierzu hielt das Bundesgericht explizit fest, dass die Interessenabwägung der Behörde nach Öffentlichkeitsgesetz kein Ermessensentscheid ist.<sup>10</sup> Zudem erklärte es deutlich, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz der Transparenz der Verwaltung dient und das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern soll; er bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden und deren (Aufsichts-)Tätigkeit.<sup>11</sup>

16. Nach Ansicht des Beauftragten wird in Art. 19 Abs. 2 RAG lediglich spezialrechtlich die aktive Informationstätigkeit der Behörde geregelt. Gemäss Bundesverwaltungsgericht kann aus einer solchen Bestimmung, deren zufolge die Behörde gewisse Informationen von sich aus (also aktiv) zugänglich zu machen hat, nicht gefolgert werden, jeder beantragte weitergehende Zugang könne verweigert werden. Dies gilt schon gar nicht, wenn die entsprechenden Normen nicht klar regeln, welche Informationen zu veröffentlichen sind, sondern dies dem Ermessen der zuständigen Behörde überlassen.<sup>12</sup> Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten auf Gesuch hin besteht demnach vorliegend unabhängig von der spezialrechtlich geregelten aktiven Informationstätigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 RAG. Diese stellt deshalb keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. b BGÖ dar. Folglich ist auch die Aufsichtstätigkeit der RAB vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst.
17. Der Anspruch auf Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz gilt indessen nicht absolut, sondern wird durch Ausnahmen begrenzt. So sieht beispielsweise Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ vor, dass der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn dadurch Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Auch trägt das Öffentlichkeitsgesetz dem Schutz der Persönlichkeit bzw. dem Schutz der Privatsphäre Dritter Rechnung (Art. 9 BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Sofern Personendaten nicht anonymisiert werden können, kommt Art. 19 DSG zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Folglich müssen allfällige Persönlichkeitsrechte von betroffenen Personen sowie allfällige Geschäftsgeheimnisse im Rahmen eines Zugangsverfahrens gemäss Öffentlichkeitsgesetz berücksichtigt werden.
18. Kommt die Behörde bei der Prüfung des Zugangsgesuches zum Ergebnis, eine Einschränkung des Zugangs sei gerechtfertigt, muss sie in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.<sup>13</sup> In diesen Fällen ist ein teilweiser Zugang zu denjenigen Informationen zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen oder durch Aufschub.<sup>14</sup>
19. Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zu folgendem Ergebnis: Es liegt keine Spezialbestimmung nach Art. 4 BGÖ vor, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangt. Die RAB gewährt den Zugang zu den verlangten Dokumenten nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes. In Bezug auf das Vorhandensein von allfälligen Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) sowie Personendaten (Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ) sind vorgängig die betroffenen Drittpersonen anzuhören (Art. 11 BGÖ).

---

<sup>9</sup> Urteil BGer 1C\_428/2016 vom 27. September 2017 E. 2.3; Urteil des BVerger A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 3.1.

<sup>10</sup> BGer 1C\_394/2016 vom 27. September 2017 E. 4.10.

<sup>11</sup> Urteil des BGer 1C\_428/2016 vom 27. September 2015 E. 5.1 m.w.H.

<sup>12</sup> Urteil des BVerger A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 4.2.

<sup>13</sup> BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

<sup>14</sup> Urteil des BVerger A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.2.



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

20. Die RAB gewährt den Zugang zum verlangten Prüfungsbericht sowie zu den beiliegenden oder darin referenzierten Dokumenten entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und hört die betroffenen Drittpersonen an.
21. Die Antragstellerinnen können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der RAB 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).
22. Die RAB erlässt eine Verfügung, wenn sie mit dieser Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
23. Die RAB erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang der 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 werden die Namen der Antragstellerinnen anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
25. Diese Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Y

Reto Ammann