



Bern, 23. Januar 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragssteller)**

und

Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 22. März 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Justiz BJ, beim Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF und beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA Folgendes verlangt: "Gestützt auf das beiliegende Bundesverwaltungsgerichts-Urteil beantrage ich Einsicht in die im Urteil^[1] erwähnten Unterlagen. [...] Eingeschlossen sind neu auch sämtliche Textnachrichten (SMS, Whatsapp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten (analog Mailverkehr). [...] Vorab ist dem Gesuchsteller eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder zuzustellen [...]".
2. Am 25. März 2022 bestätigte das BJ im Namen des BJ, des EDA und des SIF den Eingang des Zugangsgesuchs und informierte den Antragsteller darüber, dass die Bearbeitung aufgrund der Komplexität des Ersuchens und der Beinhaltung von Personendaten länger dauern werde als 20 Tage und verwies auf Art. 12 Abs. 2 BGÖ.
3. Am 5. Mai 2022 nahm das EDA gegenüber dem Antragsteller Stellung und wies darauf hin, dass die im EDA vorhandenen amtlichen Dokumente im Zusammenhang mit dieser Angelegenheit nicht Gegenstand des referenzierten Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht gewesen seien. Das Urteil äussere sich zu den Dokumenten im EDA dementsprechend nicht.

¹ Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015.

Hingegen habe das EDA über die Verweigerung des Zugangs zu den diesbezüglichen Dokumenten gegenüber dem Antragsteller am 1. Dezember 2014 eine Verfügung erlassen, welche in Rechtskraft erwachsen sei. Auch eine erneute Prüfung derselben amtlichen Dokumente des EDA würde zu keinem anderen Ergebnis führen, da gemäss Einschätzung des SIF nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Steuerstreit als beendet gelte. Was die gewünschten Textnachrichten von Behördenmitgliedern betreffe, verfüge das EDA über keinerlei entsprechende amtliche Dokumente. Ebenso wenig bestehe eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder, welche in dieser Angelegenheit tätig waren.

4. Am 6. Mai 2022 reichte der Antragssteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
5. Mit Schreiben vom 9. Mai 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte gleichentags das EDA dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
6. Am 24. Mai 2022 reichte das EDA die betroffenen Dokumente und eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin brachte das EDA vor, dass der Antragsteller mit dem vorliegend zu beurteilenden Zugangsgesuch insbesondere sein Gesuch vom 12. September 2013 wiederhole. Soweit das ursprüngliche Gesuch vom 12. September 2013 Dokumente des EDA betraf, sei dieses mit Verfügung vom 1. Dezember 2014 an den Antragsteller abschliessend beantwortet worden. Eine erneute Prüfung der Zugänglichkeit der Dokumente des EDA würde aus heutiger Perspektive nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Einerseits könne der Steuerstreit nicht als abgeschlossen angesehen werden und andererseits habe das EDA den Zugang zu diesen Unterlagen unter Hinweis auf den noch offenen Steuerstreit nicht aufgeschoben, sondern in Anwendung diverser Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes per Verfügung vom 1. Dezember 2014 rechtskräftig verweigert. Dem Ersuchen um Zugang zu den gewünschten mobilen Textnachrichten der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder sowie zur Liste mit den Namen ebendieser könne nicht entsprochen werden, da diese Informationen nicht in Form eines amtlichen Dokuments i.S.v. Art. 5 BGÖ vorlägen. Das EDA beantragte schliesslich die Vereinigung der Verfahren betreffend die drei Behörden, an welche das Zugangsgesuch vom 22. März 2022 gerichtet war. Es begründete dies damit, dass die Gesuchsbeantwortung durch die drei betroffenen Behörden eng koordiniert worden sei und mit verfahrensökonomischen Überlegungen.
7. Am 3. Juni 2022 gelangte der Beauftragte ans SIF und ersuchte dieses, sich zur Frage, ob der Steuerstreit mit den USA beendet sei oder nicht, zu äussern. In seiner Ergänzung vom 23. Juni 2022 verwies das SIF im Wesentlichen auf die bereits gegenüber dem EDA und dem BJ angegebene Einschätzung vom 28. April 2022.
8. Am 28. Juni 2022 lud der Beauftragte den Antragsteller und alle beteiligten Behörden zu einer gemeinsamen Schlichtungssitzung ein, welche in der Folge vom August in den September und schliesslich in den November verschoben werden musste.
9. Mit E-Mail vom 8. November 2022 informierte der Beauftragte das EDA und den Antragsteller darüber, dass auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde, beide im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhielten (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]).
10. Mit E-Mail vom 10. November 2022 verwies das EDA im Wesentlichen auf die Stellungnahme vom 24. Mai 2022. Im Hinblick auf das Ersuchen um Zugang zu mobilen Textnachrichten der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder sowie um Zugang zu einer Liste mit den Namen der Behördenmitglieder bestätigte das EDA noch einmal, dass im EDA keine solchen Dokumente existierten.
11. Am 24. November 2022 reichte der Antragsteller eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin erzog der Antragsteller in Bezug auf das vorliegende Schlichtungsverfahren, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA entgegen den Ausführungen des BJ, SIF und EDA als abgeschlossen betrachtet werden könne, weshalb der Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren sei. Zudem wies der Antragsteller unter Hinweis auf den *Dokumentationsfilm Die Akte*

UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses darauf hin, dass die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im Eidgenössischen Finanzdepartement EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und dieser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Folglich müssten sowohl beim SIF wie auch beim EDA SMS vorliegen. Der Antragsteller wies ausserdem darauf hin, dass sämtliche Korrespondenz zwischen dem SIF und dem EDA seit dem 22. März 2022 ebenfalls Teil des Zugangsgesuchs sei. Nur auf diese Weise könne er sich vergewissern, dass es nicht zu unerlaubter Löschung von Unterlagen gekommen sei. In der Beilage fanden sich die im Rahmen des Zugangsgesuchs geführte Korrespondenz, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 sowie E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Antragsteller und der Firma A. __ (Zeitraum: 22. März 2022 bis 18. November 2022).

12. Auf die weiteren Ausführungen des Antragsstellers und des EDA 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

13. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim EDA ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. 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).
14. Das EDA beantragt in seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2022 die Vereinigung des vorliegenden Schlichtungsverfahrens mit denjenigen Verfahren zwischen dem Antragsteller und dem SIF bzw. dem BJ, welche ihren Ursprung ebenfalls im Zugangsgesuch vom 22. März 2022 haben (vgl. Ziffer I). Der Antragsteller hat sein Zugangsgesuch gleichzeitig an das BJ, das SIF und das EDA gerichtet. Die betroffenen Behörden haben zum Zugangsgesuch jeweils separat Stellung genommen und dabei lediglich den Zugang zu bei der jeweiligen Behörde vorhandenen amtlichen Dokumente beurteilt. Die drei Zugangsverfahren weisen folglich je einen unterschiedlichen Verfahrensgegenstand auf.² Auch ist die Beurteilung der Behörden nicht identisch: mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts schiebt das BJ den Zugang auf³, wohingegen das EDA den Zugang verweigert. Schliesslich betrifft auch die gemäss Vorbringen des SIF⁴ nur einheitlich zu beantwortende Vorfrage zur Beendigung des Steuerstreits zwischen den USA und der Schweiz keine beim SIF befindlichen amtlichen Dokumente. Weder das BJ noch das SIF oder das EDA haben bis anhin dargelegt und für den Beauftragten ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen vorliegend die Verfahren im Stadium des Zugangsverfahrens nicht vereinigt wurden, dies aber im Schlichtungsverfahren erfolgen soll. Anzumerken bleibt, dass es dem EDA resp. den betroffenen Behörden unbenommen ist, im allenfalls auf das Schlichtungsverfahren nachfolgenden Verfügungsverfahren die entsprechenden Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten zu vereinigen. Aufgrund des Ausgeführten wird dem Antrag des EDA auf Verfahrensvereinigung nicht entsprochen.
15. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁵ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung,

² Vgl. zur Verfahrensvereinigung Urteil des BGer 2C_321/2018 vom 7. August 2018 E. 3.

³ Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: BJ / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 6.

⁴ Vgl. Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: SIF / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation, Ziffer 6.

⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

16. 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.⁶
17. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu den amtlichen Dokumenten im durch das Zugangsgesuch (vgl. Ziffer I) definierten Umfang, soweit es sich um amtliche Dokumente des EDA handelt. Das Zugangsbegehren lässt sich in drei Hauptaspekte unterteilen:
 - im Urteil des BVGer erwähnte Dokumente [nachfolgend: Dokumente zum Steuerstreit];
 - sämtliche Textnachrichten (SMS, WhatsApp, Threema, Signal), welche die relevanten Behördenmitglieder in Ausübung ihrer Amtspflichten in dieser Sache verfassten [nachfolgend: mobile Korrespondenz] und
 - eine Liste mit den Namen der relevanten Behördenmitglieder [nachfolgend: Auflistung der Behördenmitglieder].

Soweit der Antragsteller in der ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 erklärt, sämtliche Korrespondenz zwischen dem SIF und dem EDA seit dem 22. März 2022 sei ebenfalls Teil des Zugangsgesuchs vom 22. März 2022, kann dem nicht zugestimmt werden. Diese Ergänzung des Antragstellers stellt – im Verhältnis zum ursprünglichen Zugangsbegehren – eine Erweiterung respektive Abänderung des Schlichtungsgegenstands dar. Der Verfahrensgegenstand kann im Schlichtungsverfahren im Verhältnis zum Zugangsgesuchsverfahren nur konkretisiert resp. eingeschränkt werden. Eine Erweiterung oder Abänderung des Verfahrensgegenstands im Schlichtungsverfahren ist grundsätzlich nicht zulässig.⁷ Dieses Begehren ist demzufolge nicht Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens.

18. Zu beurteilen ist vorab die Zugänglichkeit zur Auflistung der Behördenmitglieder nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Das EDA führt im Zugangsgesuchsverfahren aus, dass die gewünschte Liste mit den Behördenmitgliedern nicht existiere. In seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2022 an den Beauftragten hält das EDA erneut fest, dass eine Liste mit den Namen der in dieser Sache tätigen Behördenmitglieder nicht vorhanden sei, weswegen ein Zugang von vornherein ausser Betracht falle. Der Antragsteller macht diesbezüglich sowohl gegenüber dem EDA im Zugangsgesuchsverfahren wie auch in der Stellungnahme vom 24. November 2022 keine weiteren Vorbringen.
19. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁸ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.⁹ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁰

⁶ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

⁷ BVGE 2014/24 E. 1.4.1 mit Hinweisen.

⁸ BGE 142 II 340 E. 2.2.

⁹ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

¹⁰ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

20. Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).¹¹ Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Nicht als amtliche Dokumente gelten gemäss Art. 5 Abs. 3 BGÖ Dokumente, die durch eine Behörde kommerziell genutzt werden (Bst. a), nicht fertig gestellt sind (Bst. b) oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Bst. c). Zur Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ, wonach die Information "auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet" sein muss, führt der Bundesrat in seiner Botschaft aus, dass sich das Einsichtsgesuch auf ein bereits existierendes amtliches Dokument beziehen muss. Das Öffentlichkeitsprinzip bezweckt nicht, die Verwaltung zur Erstellung eines noch nicht existierenden Dokuments zu verpflichten.¹² Allerdings gelten nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ als amtliche Dokumente auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ erfüllen (sog. virtuelle Dokumente).
21. Stellt die Verwaltung die Nichtexistenz amtlicher Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ fest und bezweifelt der Antragsteller diese Auskunft, hat der Beauftragte weitere Abklärungen vorzunehmen, um die Glaubwürdigkeit und die Ernsthaftigkeit der Vorbringen des Antragstellers und der Verwaltung gegeneinander abwägen zu können.¹³ Zu klären ist die Frage, ob tatsächlich von einer Nichtexistenz von amtlichen Dokumenten auszugehen ist.
22. Das EDA hat dem Antragsteller mitgeteilt, dass die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht existiere, was es gegenüber dem Beauftragten ebenfalls mehrfach ausdrücklich festgehalten und zugesichert hat. Der Beauftragte vermag keine Hinweise zu erkennen, wonach die verlangte Auflistung existieren sollte. Gleichzeitig hat der Antragsteller weder im Rahmen des Zugangsgesuchsverfahrens noch in seiner Stellungnahme im Schlichtungsverfahren Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vorgebracht.
23. Die Ausführungen des EDA, wonach die verlangte Auflistung der Behördenmitglieder nicht im Sinne eines amtlichen Dokuments gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ existiert, sind nach Ansicht des Beauftragten hinreichend plausibel. Es bleibt zu prüfen, ob die Auflistung der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden kann und folglich als amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ gilt.
24. Beim Begriff des "einfachen elektronischen Vorgangs" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz spricht von Dokumenten, welche erst latent vorhanden sind und die leicht durch eine elementare Computermanipulation hergestellt werden können.¹⁴ Dabei hat der Gesetzgeber in erster Linie an elektronische Datenbanken gedacht, da in diesen Fällen der verlangte Auszug als Dokument (noch) nicht existiert, die vorhandene Software jedoch darauf ausgerichtet ist, solche Auszüge zu generieren. Dass hierfür ein Knopfdruck genügen muss, lässt sich weder dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 BGÖ noch aus den Materialien entnehmen.¹⁵ Der Begriff des einfachen elektronischen Vorgangs bezieht sich auf den Gebrauch durch einen durchschnittlichen Benutzer.¹⁶ Daraus ist zu folgern, dass der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, solange ein gewöhnlicher Benutzer ohne spezielle Computerkenntnisse das gewünschte Dokument hierdurch aus vorhandenen Informationen generieren kann.¹⁷
25. Weder das EDA noch der Antragsteller haben sich zum Aspekt der Erstellung dieser Auflistung mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs geäussert. Die Erstellung einer Auflistung

¹¹ BBI 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 BGÖ Rz. 4 und 6; KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 5.

¹² BBI 2003 1992; vgl. auch ROBERT BÜHLER, in: BSK BGÖ, Art. 5 BGÖ Rz. 10.

¹³ Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.4.

¹⁴ BBI 2003 1996.

¹⁵ Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2.

¹⁶ BBI 2003 1996.

¹⁷ Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 5.2 mit Hinweisen.

der Behördenmitglieder durch einen einfachen elektronischen Vorgang erfordert, dass die gewünschte Information – nämlich die Angabe, wer für ein bestimmtes Geschäft eine relevante Rolle innehat – im System vorhanden ist resp. dass die vorhandene Software die Relevanz von involvierten Personen im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäft beurteilen und filtern kann. Entsprechende Hinweise sind vorliegend nicht ersichtlich und werden vom Antragsteller auch nicht vorgebracht. Hierzu ist zu anmerken, dass eine allfällige manuelle Zusammenstellung einer Liste mit Absenderinnen und den entsprechenden Empfängern bestimmter Korrespondenz in der Regel nicht ohne weiteres einen einfachen elektronischen Vorgang im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellt: Auch wenn der für die Generierung eines Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann, besteht das vorliegend notwendige Prozedere aus einer Aneinanderreihung von hauptsächlich manuell durchzuführenden Arbeitsschritten. Schliesslich führt der Antragsteller in seinem Zugangsgesuch aus, die entsprechende Liste allenfalls zu ergänzen. Es stellt sich die Frage, ob der Antragsteller selbst nicht davon ausgeht, dass die Auflistung der Behördenmitglieder wie gewünscht erstellt werden kann. Ansonsten müsste sie nicht mehr angepasst werden.

26. Im Ergebnis erblickt der Beauftragte keine Hinweise, dass die vom Antragsteller gewünschte Auflistung der Behördenmitglieder mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann. Gestützt auf das Ausgeführte empfiehlt der Beauftragte dem EDA, in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder an seinem Bescheid festzuhalten, dass kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert (vgl. Ziffer 59). Der Vollständigkeit halber wird der Antragsteller darauf hingewiesen, dass er – wie es in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz für derartige Fälle vorgesehen ist¹⁸ – unter den allgemeinen Bedingungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der dazugehörigen Öffentlichkeitsverordnung und unter Kostenfolge Zugang zu den vorhandenen Einzeldaten verlangen kann.
27. Zu beurteilen ist weiter der Zugang zur mit dem Zugangsgesuch verlangten mobilen Korrespondenz (vgl. Ziffer 17). Das EDA gibt sowohl gegenüber dem Antragsteller im Zugangsgesuchsverfahren wie auch dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren an, über keine SMS oder Mitteilungen anderer mobiler Messenger-Dienste in dieser Angelegenheit zu verfügen, weswegen kein Zugang gewährt werden könne.
28. Der Antragsteller weist in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 auf den Dokumentationsfilm *Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses* darauf hin, wonach die damalige Departementsvorsteherin des EDA gemäss eigener Aussage mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im EFD in dieser Sache per SMS kommunizierte und dieser auf diese Weise entscheidende Anweisungen für Verhandlungen mit dem United States Department of Justice DOJ bzw. dem Internal Revenue Service IRS erhielt. Folglich seien die Aussagen des SIF und des EDA, es gebe keinen SMS-Verkehr, nicht korrekt.
29. Mobile Kommunikationsformen und -inhalte sind – sofern sie die Voraussetzungen von Art. 5 BGÖ erfüllen – auch amtliche Dokumente nach dem Öffentlichkeitsgesetz und nach diesem damit grundsätzlich zugänglich,¹⁹ was vorliegend von keiner Seite bestritten wird. Das EDA gibt lediglich an, nicht über die verlangte mobile Korrespondenz zu verfügen. Der Antragsteller hält dem entgegen, dass gemäss Aussage der damaligen Departementsvorsteherin des EDA im Rahmen der erwähnten Dokumentation in dieser Sache per SMS kommuniziert worden sei. Damit ist allerdings noch nicht dargetan, dass diese mobile Korrespondenz beim EDA oder bei einer anderen Behörde vorhanden ist. Vielmehr sind Hinweise, dass aktuell mobile Korrespondenz der involvierten Mitarbeitenden der betroffenen Behörden beim EDA vorhanden ist, für den Beauftragten nicht ersichtlich und werden auch nicht vorgebracht. Immerhin hat das EDA mehrfach festgehalten, nicht über die fragliche mobile Korrespondenz zu verfügen. Zu prüfen ist, ob die mobile Korrespondenz – sofern sie denn (noch) existiert – wie vom Antragsteller gefordert zu beschaffen ist (Beschaffungspflicht).

¹⁸ BBI 2003 1996.

¹⁹ Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz erfasst Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ auch elektronische Nachrichten (BBI 2003 1991); siehe zum Ganzen auch: Bundesamt für Justiz: Notiz "Auslegeordnung zu ausgewählten Aspekten des Öffentlichkeitsgesetzes" vom 12. Oktober 2020, Ziffer 3 S. 4 f. (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/> > Staat & Bürger > Zugang zu amtlichen Dokumenten > Dokumentation zur Umsetzung [zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2022]).

30. Das Öffentlichkeitsgesetz kennt keine Bestimmung, welche die Beschaffung von Dokumenten explizit regelt. Allerdings hat eine Behörde gemäss Botschaft als Erstellerin oder Hauptadressatin indes alle erforderlichen Massnahmen zur Beschaffung eines sich nicht mehr in ihrem Besitz befindlichen Dokuments zu ergreifen.²⁰ Fraglich ist demnach, ob dem EDA vorliegend für (noch) nicht in seinem Besitz befindliche Dokumente eine (Wieder-)Beschaffungspflicht zukommt, sofern diese die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe betreffen.
31. Zur Wiederbeschaffungspflicht hat sich das Bundesgericht wie folgt geäussert resp. die entsprechende Beurteilung durch die Vorinstanz gutgeheissen: Für amtliche Dokumente, die sich einmal in Besitz der Behörde befanden, ist eine Wiederbeschaffungspflicht im Fall der Entledigung oder beim Verlust von Dokumenten zu bejahen, bei rechtmässiger oder vorschriftsmässiger Besitzaufgabe ist eine Wiederbeschaffungspflicht hingegen zu verneinen.²¹
32. Im vom Antragsteller erwähnten Dokumentationsfilm Die Akte UBS – Das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses²² führt die damalige Departementsvorsteherin des EDA aus, mit dem Staatssekretär für internationale Finanzfragen im EFD in dieser Sache per SMS kommuniziert zu haben. Insbesondere habe sie – wie sie selbst erklärte – dem Staatssekretär geschrieben: "Ne lâchez pas, bon courage". Die Aussagen der damaligen Departementsvorsteherin des EDA weisen darauf hin, dass zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass mobile Korrespondenz im Zusammenhang mit dem interessierenden Kontext beim EDA als amtliche Dokumente vorhanden war. Das EDA hat sich im Schlichtungsverfahren bis anhin nicht dazu geäussert. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, warum die Ausführungen der damaligen Departementsvorsteherin des EDA zur versandten SMS nicht zutreffend sein sollten. Aufgrund des hiervor Ausgeführten ist für den Beauftragten nicht hinreichend dargetan, dass sich die verlangte mobile Korrespondenz als amtliche Dokumente nicht zu einem früheren Zeitpunkt bereits beim EDA befunden hat und darum wiederzubeschaffen und nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich zu machen ist. Im Ergebnis empfiehlt der Beauftragte dem EDA, den Zugang zur mobilen Korrespondenz nach erfolgter Wiederbeschaffung gemäss den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren, sofern es sich dabei um amtliche Dokumente in dessen Anwendungsbereich handelt (vgl. Ziffer 60).
33. Unabhängig davon ist daran zu erinnern, dass Verwaltungseinheiten des Bundes gemäss Art. 22 Abs. 1 RVOV verpflichtet sind, den Nachweis über die eigene Geschäftstätigkeit aufgrund einer systematischen Geschäftsverwaltung zu führen. Das EDA hat bis anhin im Schlichtungsverfahren nicht ausgeführt, ob und in welchem Umfang für allfällig existierende mobile Korrespondenz im Zusammenhang mit der Thematik "Steuerstreit CH-USA" aufgrund deren Wichtigkeit eine Nachweispflicht besteht.
34. Zu beurteilen ist schliesslich der Zugang zu den Dokumenten zum Steuerstreit (vgl. Ziffer 17). Mit diesem Zugangsbegehren wiederholt der Antragsteller sinngemäss sein Gesuch vom 12. September 2013²³ in Bezug auf die Dokumente des EDA. Das EDA identifizierte in diesem Zusammenhang die auf der dem Antragsteller am 28. Februar 2014 zugestellten Liste aufgeführten Dokumente, soweit die Zuständigkeit für die Beurteilung deren Zugänglichkeit beim EDA liegt. Vom Zugangsbegehren betreffend die Dokumente zum Steuerstreit sind vorliegend von den 34 aufgelisteten Dokumente demnach die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16, 17, 29 und 33 erfasst.²⁴
35. In seiner Stellungnahme an den Antragsteller vom 5. Mai 2022 verweist das EDA zur Hauptsache auf die Verfügung vom 1. Dezember 2014, mit welcher das EDA den Zugang zu den diesbezüglichen im EDA vorhandenen amtlichen Dokumenten verweigert hat. Aufgrund dieses expliziten Verweises ist davon auszugehen, dass das EDA die in der Verfügung gemachten Vorbringen auch vorliegend zu berücksichtigen seien. In Bezug auf die Dokumente Nr. 29 und 33 kommt das

²⁰ BBl 2003 1993.

²¹ Urteil des BGer 1C_394/2016 vom 27. September 2017 E. 2.4.7; Empfehlung EDÖB vom 19. Februar 2019: ENSI / Dokumente Strahlendosis, Ziff. 25.

²² SRF-Dokumentation Die Akte UBS, ab Minute 48:00, abrufbar unter <https://www.srf.ch/play/tv/> > Themen > Dok & Reportagen > Suche > "Die Akte UBS" (zuletzt abgerufen am 14. Dezember 2022).

²³ Vgl. Urteil des BVer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 Erwägung A des Sachverhalts.

²⁴ Bei gewissen Dokumenten handelt es sich um E-Mail-Korrespondenz zwischen Schweizer Behörden. In diesen Fällen umfasst der Schlichtungsgegenstand nur die vom BJ verfassten E-Mails aus der Korrespondenz.

EDA in der erwähnten Verfügung zum Schluss, dass das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ nicht zur Anwendung gelange und daher, wie dies auch der Beauftragte empfehle, kein Anspruch auf Zugang zu den betroffenen Dokumenten bestehe. Hierzu kann vollumfänglich auf die Ausführungen und das entsprechende Ergebnis der Beurteilung des Beauftragten in seiner Empfehlung vom 10. November 2014 (adressiert an den gleichen Antragsteller) verwiesen werden²⁵, an welcher auch der Zeitablauf nichts ändert.

36. Daraus ergibt sich, dass nach Ansicht des Beauftragten Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ für die Dokumente Nr. 29 und 33 gilt und für diese Dokumente das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist. Das EDA kann an der Verweigerung des Zugangs zu diesen Dokumenten auch nach Abschluss des Amtshilfeverfahrens festhalten.
37. Das EDA macht in der Verfügung weiter geltend, die zur Diskussion stehenden Dokumente seien als Notizen und Gedankenstützen zu verstehen, die nur einem eng begrenzten Personenkreis zur Verfügung stünden. Es handle sich allesamt um E-Mails, welche lediglich dem Informationsaustausch innerhalb der Arbeitsgruppe oder zwischen Arbeitsgruppe und den jeweiligen Vorgesetzten der Arbeitsgruppenmitglieder als Arbeits- und Vorbereitungshilfsmittel dienten, durch welche das künftige Vorgehen geplant und die nötigen Schritte eingeleitet werden konnten. Dementsprechend seien die Dokumente, wie in Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ vorgesehen, als zum persönlichen Gebrauch bestimmt anzusehen, womit sie nicht als amtliche Dokumente i.S. des BGÖ gelten würden.
38. Zu prüfen ist demnach, ob es sich bei den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten um zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ handelt. Da die Dokumente Nr. 29 und 33 aufgrund des fehlenden sachlichen Geltungsbereichs gemäss Art 3 BGÖ nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen (Ziffer 36), ist die Frage des amtlichen Dokuments bzw. sämtliche hiernach zu prüfende Vorbringen nur betreffend die Dokumente Nr. 7, 8, 11, 16 und 17 zu beurteilen.
39. Als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten. Gemäss den Erläuterungen zur Öffentlichkeitsverordnung vom 24. Mai 2006 ist das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises gegeben, wenn die Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (bspw. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen), innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden²⁶, wobei dieser Austausch auf analogem wie auch elektronischem Weg stattfinden kann. Zu der in den 1990er Jahren in der Bundesverwaltung eingeführten E-Mail sind inzwischen weitere elektronische Übertragungskanäle wie z.B. die in der Bundesverwaltung verwendete SMS oder Threema Work hinzugekommen. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz vom 12. Februar 2003 nennt als weitere Beispiele für Arbeitshilfsmittel Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, mit Anmerkungen versehene Textentwürfe oder persönliche handschriftliche oder elektronische Aufzeichnungen auf einem amtlichen Dokument,²⁷ wobei anzumerken ist, dass die Natur der Aufzeichnung als Arbeitshilfsmittel nicht davon abhängen kann, ob es analog oder elektronisch übertragen und hernach aufgezeichnet wird.
40. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, ab wie vielen Personen das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises überschritten ist. Die vom EDA angerufene Norm ist gemäss Rechtsprechung restriktiv anzuwenden. So erachtete das Bundesverwaltungsgericht den persönlichen Gebrauch bei einem Kreis von rund zwanzig Personen als nicht mehr gegeben,²⁸ wobei das Gericht in konkreten Fall nebst dem Personenkreis auch die objektive Wirkung des Terminkalenders des Rüstungschefs in seiner Gesamtheit auf den aussenstehenden Betrachter in Erwägung zog, was zeigt, dass das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises für sich allein betrachtet noch nicht ausschlaggebend sein kann, um einen persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5

²⁵ Vgl. Empfehlung des EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 18-22 und 42.

²⁶ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 2, S. 3.

²⁷ BBl 2003 1999 f.

²⁸ Vgl. Urteil des BVerfG A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 unter Verweis auf BVGE 2011/52 E. 5.2.2.

Abs. 3 Bst. c BGÖ zu begründen. Wesentlich sind nebst dem Adressatenkreis auch der Charakter und die Qualität des Dokumentes, die sich auch daraus ableiten lassen, weshalb bzw. zu welchem Zweck ein solches erstellt und ausgetauscht wurde.²⁹

41. Das Argument des EDA, dass die fraglichen Dokumente nur einem eng begrenzten Personenkreis vorbehalten waren, nämlich den einzelnen Akteuren der Arbeitsgruppe, ist somit für sich allein noch nicht zielführend. Im konkreten Fall stellt der Beauftragte fest, dass die ihm vorliegenden Dokumente unterschiedliche Adressatenkreise betreffen, die sich nicht nur hinsichtlich der Anzahl der Kommunikationsteilnehmenden, sondern auch hinsichtlich der hierarchischen Unterstellungsverhältnisse unterscheiden. Vorliegend hat sich das EDA indessen auf pauschale Hinweise zum Adressatenkreis beschränkt und ist nicht auf weitere Eigenarten konkret bezeichneter Dokumente eingegangen. Demzufolge hat sie nach der allgemeinen Beweislastverteilung (vgl. Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) und dem Gebot der restriktiven Anwendung der Bestimmung die Beweis- bzw. Darlegungslast für die Bestimmung der fraglichen Dokumente zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ resp. die Folgen der Beweislosigkeit des vorliegend nicht hinreichend belegten Behauptung dieses persönlichen Gebrauchs zu tragen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich keine expliziten Hinweise finden, dass eine Arbeitsgruppe eingesetzt wurde. 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 könnte. Zudem wäre es an der den Zugang bestreitenden Verwaltung gewesen, für jedes der einer allgemeinen Zugangsvermutung unterliegenden Dokumente anhand dessen Eigenarten begründet darzulegen, weshalb es als blosses Arbeitshilfsmittel im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren ist.³⁰ Angesichts des gedanklich weit entwickelten und strukturierten Charakters der dem Beauftragten vorliegenden Dokumente ist zumindest nicht offensichtlich, weshalb es sich bei diesen in ihrer Gesamtheit um blosses Arbeitshilfsmittel handeln soll. Das EDA hat somit vorliegend nicht rechtsgenügend dargetan, welche konkret bezeichneten Dokumenten aus welchen Gründen zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ bestimmt sein sollen. Obwohl der Beauftragte nicht ausschliessen kann, dass einzelne Dokumente blosses Hilfsmittel darstellen könnten, ist deshalb davon auszugehen, dass es sich um amtliche Dokumente nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ handelt.
42. Das EDA beruft sich in seiner Verfügung schliesslich auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d und f BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten verweigert werde, wenn durch seine Gewährung die ausserpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt bzw. wenn durch seine Gewährung die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet werden könnten. Dabei trennte das EDA die Begründungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f und d BGÖ argumentativ nicht, sondern führte Folgendes aus: "Diese Zugangsverweigerungsgründe gelten für alle fraglichen Dokumente. Die Dokumente enthalten u.a. Einschätzungen der Vertretung in Washington zu Dokumenten und Zusammenfassungen von Gesprächen des EDA-Vertreters mit dem DOJ (Department of Justice). Die Haltung und die Absichten des DOJ sind daraus ersichtlich. Das DOJ brachte mehrfach deutlich zum Ausdruck, dass es immer davon ausging und nach wie vor davon ausgeht, dass die Verhandlungen und Gespräche vertraulich geführt werden. So hielten die DOJ-Vertreter fest, dass sie regelmässig mit Informationssuchen seitens der Medien konfrontiert seien und diese gestützt auf den Freedom of Information Act konsequent ablehnten. 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 negative Auswirkungen auf die weiteten diplomatischen Beziehungen mit den USA nicht ausgeschlossen werden könnten. Die im Rahmen des Austauschs von Lösungsvarianten erstellten Dokumente enthalten Einschätzungen, die nicht nur für den Steuerstreit mit den USA, sondern auch in analogen souveränitätspolitischen Auseinandersetzungen, welche ohne weiteres auch in Zukunft vorkommen können, relevant sind. Im Hinblick auf derartige zukünftige ausserpolitische Auseinandersetzungen kann es den Interessen der Schweiz schaden, wenn öffentlich zugänglich ist, welche Lösungsvarianten im Steuerstreit mit den USA intern besprochen und mit welchen Argumenten intern diskutiert wurde. Würden solche internen Diskussionen öffentlich

²⁹ Empfehlung EDÖB vom 20. August 2015: EDA / Protokoll einer Sitzung in der Schweizer Botschaft in Bangkok, Ziff. 19.

³⁰ Urteil des BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 2.5.2; Urteile des BVer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 und A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.5.1; BVGE 2011/52 E. 5.2.2.

gemacht, könnte dies zukünftig auch der freien internen Meinungsäusserung in der aussenpolitischen Entscheidungsfindung in solchen Fragen abträglich sein. Auch dies wäre nicht im aussenpolitischen Interesse der Schweiz. Daher ist die Empfehlung des EDÖB, welcher den Zugang zu den Dokumenten lediglich zur Aufschiebung empfiehlt, nicht haltbar." Darüber hinaus gibt das EDA in der Stellungnahme vom 24. Mai 2022 an, eine erneute Prüfung der Zugänglichkeit der Dokumente des EDA würde aus heutiger Perspektive nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Dies unter anderem darum, weil der Steuerstreit nicht als abgeschlossen angesehen werden könne.

43. Der Antragsteller führt im Zugangsgesuch aus, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA hinsichtlich der Kategorie-1-Banken mit einer einzigen Ausnahme als gelöst betrachtet werden könne, weswegen die Dokumente gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nun frei zugänglich seien. Einzige Ausnahme sei die Firma A. __, die aber gemäss ihrem Geschäftsbericht von keiner (oder höchstens einer geringfügigen) Busse ausgehe und entsprechend auch keine Rückstellung gebildet habe. Diese Vorbringen wiederholte der Antragsteller in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 24. November 2022 und fügte ergänzend hinzu, die Firma A. __ gebe sich überzeugt, in Übereinstimmung mit den amerikanischen Gesetzen gehandelt zu haben, was sich aus der vom Antragsteller ebenfalls eingereichten E-Mail-Korrespondenz (vgl. Ziffer 11) ergebe. Der Hinweis auf die laufende Bewährungsfrist bis 2024 werde nicht näher umschrieben. Weiter widerspreche die Ausdehnung der Begründung auf Kategorie-2-Banken erstens dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, welches sich ausschliesslich auf Banken der Kategorie 1 beziehe. Zweitens werde diese Kategorie gemäss dem Dokument *Chronologie US-Steuerstreit*³¹ des SIF als gelöst betrachtet, weswegen dieses Argument unsinnig sei. Im Übrigen sei auch der Verweis auf neue Zusatzverhandlungen im Rahmen der Kategorie 2 nicht ausreichend begründet und diene nur dazu, Transparenz im Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit zu verhindern. Im Ergebnis könne der Steuerstreit als abgeschlossen betrachtet werden, weshalb der Zugang zu den einverlangten Dokumenten zu gewähren sei.
44. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.³²
45. Die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ schützt die wirtschaftlichen-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz. Wirtschaftliche Interessen der Schweiz sind vornehmlich dann berührt, wenn der Eidgenossenschaft Wettbewerbsnachteile drohen, mit anderen Worten, die Offenlegung von amtlichen Dokumenten ihr Wettbewerbsnachteile zufügen würde.³³ Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass der Bund entsprechende Strategien ohne Druck von aussen

³¹ https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Internationale-Steuerpolitik/US-Steuerstreit/US%20Steuerstreit-Chronologie.pdf.download.pdf/20160127_US%20Steuerstreit_Chronologie_d.pdf (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

³² BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E. 3.4.

³³ Vgl. dazu SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz IFG, § 3 Ziffer 6 IFG.

erarbeiten kann. Die Lehre spricht sich für eine restriktive Anwendung der Ausnahmereglung aus.³⁴

46. Bezüglich der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ legt das EDA bis anhin nicht konkret dar, inwiefern durch die Bekanntgabe der amtlichen Dokumente die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz erheblich beeinträchtigt werden können und gleichzeitig ein ernsthaftes Risiko für den Eintritt der Beeinträchtigung besteht. Allgemeine bzw. grundsätzliche Überlegungen genügen jedoch in der Regel nicht, um das Zugangsrecht nach Art. 7 BGÖ einzuschränken.³⁵ In den Ausführungen des EDA ist nicht mehr als ein pauschaler Verweis auf die erwähnte Ausnahmenorm zu erblicken. Das EDA hat nach Ansicht des Beauftragten bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ nicht hinreichend dargelegt, weswegen die gesetzliche Vermutung des grundsätzlich freien Zugangs zu diesen Dokumenten nicht widergelegt ist.
47. Das EDA macht weiter geltend, die Gewährung des Zugangs zu den verlangten Dokumenten sei gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zu verweigern. Diese Ausnahmebestimmung gilt, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Dies betrifft auch Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können.³⁶ 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. Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein. 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.³⁷ Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen.³⁸
48. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es nach der Rechtsprechung in der Natur von Entscheiden politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts liegt, dass sie der justiziiellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtgemäss nutzen.³⁹
49. Soweit die betroffenen Dokumente Informationen von den USA enthalten, an welchen diese ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse haben, scheint die Beeinträchtigung der bilateralen Beziehungen im Falle der Bekanntgabe derartiger Inhalte plausibel. Allerdings zeigt das EDA nicht auf, für welche Informationen dies konkret zutrifft. Ebenfalls einsichtig ist, dass die Veröffentlichung von Inhalten zur Haltung und Absichten des DOJ die USA durchaus verärgern könnte, wenn die diesbezügliche Vertraulichkeit nach Auffassung der USA zu gewährleisten sei. Das EDA führt zudem aus, dass in den Dokumenten Einschätzungen und Lösungsvarianten für die aussenpolitischen Auseinandersetzungen mit den USA enthalten, deren Bekanntgabe der freien internen Meinungsäusserung in der aussenpolitischen Entscheidungsfindung in analogen zukünftigen

³⁴ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 39.

³⁵ Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.3.

³⁶ Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.2.

³⁷ Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: BJ / Korrespondenz, Ziffer 40.

³⁸ Urteil des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 m.H.

³⁹ Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3.

aussenpolitischen Auseinandersetzungen abträglich wäre, was nicht im aussenpolitischen Interesse der Schweiz sei. Dabei legt das EDA nicht dar, welche Aspekte dies konkret sein sollen und inwiefern diese in derartigen souveränitätspolitischen Auseinandersetzungen relevant sein sollten. Hinzu kommt, dass allein die Tatsache, dass gewisse Überlegungen irgendeinmal in Zukunft relevant sein könnten, die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ nicht zu begründen vermag – ansonsten könnte mit diesem Argument fast alles vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen werden. Generell sind die Ausführungen des EDA auf die gesamten Dokumente bezogen und das EDA bringt vor, dass die Verweigerungsgründe integral für alle Dokumente gelten würden. Damit ist der erforderlichen Begründungsdichte für eine vollständige Zugangsverweigerung nach Ansicht des Beauftragten nicht Genüge getan. Auch wenn die aufgeführten Argumente eine gewisse Überzeugungskraft haben, sind sie nicht derart, dass sie eine vollständige Verweigerung des Zugangsgesuchs rechtfertigen würden. Insbesondere fehlen konkrete Darlegungen, weshalb im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips gegebenenfalls kein eingeschränkter Zugang gewährt werden kann.⁴⁰

50. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann offen bleiben, wie weit nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine teilweise Zugangsverweigerung gerechtfertigt ist, da der Zugang, wie vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Beurteilung des Zugangs zu anderen Dokumenten zum Steuerstreit mit den USA ausgeführt, bis zum Abschluss des US-Programms im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz aufzuschieben ist.⁴¹ Nach dessen Abschluss sei der Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren. Der Begriff "US-Programm" ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in einem weiten Sinn zu verstehen.⁴² Was den Abschluss des US-Programms betrifft, ist "präzisierend festzuhalten, dass dies die Bereinigung der Probleme der Kategorie-1-Banken mitumfasst."⁴³
51. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist für sämtliche vorliegend in Frage stehenden amtlichen Dokumente – sofern sie vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst werden – der Zugang bis zum Abschluss des US-Programms resp. des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA aufzuschieben. Folglich ist zu prüfen, ob dieser Steuerstreit abgeschlossen ist oder nicht.
52. Das EDA verweist in seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 24. Mai 2022 mitunter auch auf die Beurteilung des gemäss EDA für die Verhandlungen zwischen der Schweiz und den USA in diesem Kontext sachlich zuständige SIF, welches in seiner Prüfung vom 28. April 2022 zu folgendem Ergebnis gelangt: "Gemäss Kenntnisstand des SIF kam es bis anhin nicht zum Verfahrensabschluss aller Kategorie-1-Banken und es läuft bei mindestens einer Kategorie-1-Bank eine Bewährungsfrist bis 2024. Des Weiteren kam es auch in jüngerer Vergangenheit zum Abschluss von Zusatzvereinbarungen zwischen Kategorie-2-Banken und dem amerikanischen Justizdepartement (DOJ) und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Vereinbarungen im direkten Konnex zum US-Programm unterzeichnet werden. Auch im Zusammenhang mit dem US-Programm laufen offenkundig Verfahren gegen Bankmitarbeitende in den USA und es sind bilaterale Gespräche zu Amtshilfeverfahren im gleichen Kontext im Gange. Aufgrund all dieser Indizien kann nicht abschliessend determiniert werden, ob der Steuerstreit mit den USA als beendet erachtet werden kann oder nicht. Es muss unter diesen Umständen davon ausgegangen werden, dass der Steuerstreit nicht als beendet gilt." Das EDA stütze sich bei der Prüfung einer allfälligen Offenlegung der eigenen Dokumente im heutigen Zeitpunkt auf die Einschätzung des SIF und sei aufgrund der sachlichen Zuständigkeit des SIF an diese gebunden.
53. Die Ausführungen des Antragstellers zur Frage der Beendigung des Steuerstreits im Zugangsgesuch wie auch in der ergänzenden Stellungnahme sind insofern widersprüchlich, als dass er gleichzeitig mit dessen Beendigung eine Ausnahme erwähnt. Die Ausnahme betreffe die Firma A. ___, welche auf ihrer Homepage folgendes schreibt: "[A. ___] steht seit Oktober 2012 in

⁴⁰ Vgl. Urteil des BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.6 mit Verweis auf: HÄNER, Handkommentar BGÖ Art. 15 Rz 8.

⁴¹ BVerger A-306/2015 E. 6.5 -> Verweis auf Empfehlung EDÖB

⁴² BVerger A-306/2015 E. 6.4.

⁴³ BVerger A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4 und 8.

Kontakt mit den US-Behörden bezüglich ihrer Vermögensverwaltungsgeschäfte mit US-amerikanischen Kunden. In diesem Zusammenhang hat [A. ___] sachdienliche Informationen und Unterlagen bereitgestellt, die ihres Erachtens die Einhaltung der geltenden rechtlichen und regulatorischen Bestimmungen aufzeigen. [A. ___] hat sich bei den noch laufenden Ermittlungen der US-Behörden stets kooperativ verhalten. [A. ___] ist nicht in der Lage zu beurteilen, wann in dieser Angelegenheit eine Einigung erfolgen wird.⁴⁴ Für den Beauftragten ergeben sich daraus keine eindeutigen Hinweise, wonach die Angelegenheit für die Firma A. ___ abgeschlossen ist. Vielmehr geht aus der gewählten Formulierung hervor, dass der Zeitpunkt einer Einigung gerade nicht abgeschätzt werden kann. Schliesslich vermag auch die Tatsache, dass eine betroffene Institution gemäss eigener Aussage keine spezifischen Rückstellungen macht bzw. gemacht hat, nicht als Beleg für die Beendigung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA gelten.

54. Das EDA verweist für die Beurteilung, ob der fragliche Steuerstreit abgeschlossen ist, auf die Einschätzung des SIF. Das SIF vertritt die Interessen der Schweiz in Finanz-, Währungs- und Steuerfragen sowohl gegenüber Partnerländern als auch in den zuständigen internationalen Gremien⁴⁵ und damit die Interessen der Schweiz in internationalen Steuerfragen innerhalb der Bundesverwaltung. Im vorliegend komplexen Umfeld ist bei der Beantwortung solch spezifischer Fragen – wie dies bei Fragen ausserpolitischen Gehalts allgemein der Fall ist – der Fachbehörde einen gewissen Ermessensspielraum zu belassen.⁴⁶ Ein Abstellen des EDA auf die vom SIF vorliegend vorgenommene Einschätzung erweist sich nach Ansicht des Beauftragten als vertretbar.
55. In der vom EDA übernommenen Beurteilung des SIF gibt dieses an, dass es gemäss seinem Kenntnisstand bis anhin nicht zum Verfahrensabschluss aller Kategorie-1-Banken gekommen sei. Das Bundesgericht hat in einem anderen Entscheid Folgendes festgehalten: "Insbesondere solange unbestrittenermassen weiterhin Strafverfahren gegen Kategorie-1-Banken laufen, ist auch der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA noch nicht abgeschlossen."⁴⁷ Im Ergebnis und gestützt auf das Ausgeführte ist die vom SIF als Fachbehörde abgegebene Einschätzung, wonach "[...] davon ausgegangen werden [muss], dass der Steuerstreit nicht als beendet gilt", für den Beauftragten plausibel. Demnach ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Zugang bis zur Beendigung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA zumindest aufzuschieben und dann zumal nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren.⁴⁸ Unter diesen Umständen kann auf Ausführungen betreffend die Relevanz der Kategorie-2-Banken im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der Beendigung des Steuerstreits verzichtet werden.
56. Insgesamt schliesst der Beauftragte vorliegend nicht aus, dass gewisse in den Dokumenten enthaltene Aspekte die ausserpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigen könnten, stellt aber fest, dass die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ für eine vollständige Zugangsverweigerung vom EDA bis anhin nicht im von der Rechtsprechung für den vorliegenden Sachverhalt (ausser-)politischen Gehalts geforderten Mass begründet wurde. Hingegen hat das EDA im Schlichtungsverfahren hinreichend plausibel dargelegt, dass der Steuerstreit mit den USA noch nicht abgeschlossen ist, weswegen der Zugang zu den verlangten Dokumenten – in Anlehnung und Übereinstimmung mit der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts – weiterhin resp. bis zur Beendigung des Steuerstreits mit den USA aufzuschieben ist.
57. Der Beauftragte empfiehlt dem EDA, den Zugang zu den Dokumenten Nr. 7, 8 (1. E-Mail⁴⁹), 11, 16 (2. E-Mail) und 17 (2. und 4. E-Mail) gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ aufzuschieben.

⁴⁴ Abrufbar unter www.pictet.com/ch/de > Unternehmensnachrichten > US Department of Justice (DoJ) (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

⁴⁵ www.sif.admin.ch > Das SIF > Auftrag (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

⁴⁶ Vgl. Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 5.3.3 in fine.

⁴⁷ Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 6.5; Gegenstand dieses Verfahrens ist der Zugang zu "sämtlichen Unterlagen im Staatssekretariat für internationale Finanzfragen [bzw.] in der EFV rund um die Anklage sowie den Strafprozess gegen Raoul Weil" resp. Einsicht in Dokumente, auf welche der GPK-Bericht (Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats und des Ständerats vom 30. Mai 2010 "Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA") Bezug genommen bzw. aus denen er zitiert habe.

⁴⁸ Vgl. Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4 und 8.

⁴⁹ Hinweis: Die Angabe der E-Mail bezieht sich in der vorliegenden Empfehlung auf die Reihenfolge in chronologischer Hinsicht (d.h. die 1. E-Mail entspricht derjenigen E-Mail, welche in zeitlicher Hinsicht zuerst versandt worden ist).

Sobald das US-Programm im Steuerstreit zwischen der USA und der Schweiz abgeschlossen ist, gewährt das EDA den Zugang zu den erwähnten Dokumenten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der einschlägigen Rechtsprechung (vgl. Ziffer 62).

58. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis:*
Das EDA hat im Schlichtungsverfahren hinsichtlich der Auflistung Behördenmitglieder plausibel dargelegt, dass die vom Antragsteller gewünschte Auflistung weder beim EDA vorhanden ist noch mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann und folglich kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ existiert.
In Bezug auf die mobile Korrespondenz hat das EDA hingegen nicht hinreichend dargetan, dass sich diese in Form von amtlichen Dokumenten nicht zu einem früheren Zeitpunkt bereits beim EDA befunden hat, weshalb sie zu beschaffen und nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich zu machen ist.
Hinsichtlich der Dokumente Nr. 29 und 33 und deren Anhänge gilt Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ, weswegen das Öffentlichkeitsgesetz für diese Dokumente nicht anwendbar ist. Das EDA kann auch nach Abschluss des Amtshilfeverfahrens an der Zugangsverweigerung festhalten.
Schliesslich hat das EDA hinreichend plausibel dargelegt, dass der Steuerstreit mit den USA noch nicht abgeschlossen ist, weswegen der Zugang zu den Dokumenten Nr. 7, 8 (1. E-Mail), 11, 16 (2. E-Mail) und 17 (2. und 4. E-Mail) – in Anlehnung und Übereinstimmung mit der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts – weiterhin resp. bis zur Beendigung des Steuerstreits mit den USA aufzuschieben ist.

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

59. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten hält in Bezug auf die Auflistung der Behördenmitglieder an seinem Bescheid, über keine amtlichen Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ zu verfügen, fest.
60. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten beschafft die vom Zugangsgesuch erfasste mobile Korrespondenz und gewährt Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.
61. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten Nr. 29 und 33 fest, auch wenn das Amtshilfeverfahren abgeschlossen ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 BGÖ).
62. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten schiebt den Zugang auf zu den Dokumenten Nr. 7, 8 (1. E-Mail), 11, 16 (2. E-Mail) und 17 (2. und 4. E-Mail) gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ auf. Sobald das US-Programm im Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz abgeschlossen ist, gewährt das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten den Zugang zu den erwähnten Dokumenten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung. Sofern einzelne Dokumente zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ bestimmt sein sollten, ist dies hinreichend begründet nachzuweisen.
63. Der Antragssteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten 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).
64. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
65. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

66. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragsstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
67. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R)
X. __ (Antragsteller)

 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA
3003 Bern
68. Eine Kopie dieser Empfehlung geht zur Kenntnis an:
- Bundesamt für Justiz BJ, 3003 Bern (per Einschreiben)
 - Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF, 3003 Bern (per Einschreiben)

Adrian Lobsiger
Der Beauftragte

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip