



Bern, 12. November 2012

## **Empfehlung**

### **gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung**

#### **zum Schlichtungsantrag von**

**X  
Antragsteller**

**gegen**

**Eidgenössische Finanzkontrolle EFK**

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat mit E-Mail vom 4. März 2011 bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle EFK, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), den Zugang zum Bericht „Finanzaufsichtsprüfung armasuisse Immobilien von Ende 2010“ verlangt.
  2. Am 9. März 2011 teilte die EFK dem Antragsteller mit, sie benötige für die Prüfung des Dokumentes noch einige Tage, weshalb sie es ihm nicht vor dem 9. April 2011 aushändigen könne. Gleichzeitig informierte sie ihn, gestützt auf Art. 16 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31), über die Höhe der zu erwartenden Gebühren. Diese würden voraussichtlich zwischen Fr. 300.- und Fr. 1'000.- liegen, je nachdem, ob noch andere Journalisten das gleiche Dokument verlangen und der Betrag dann aufgeteilt werden könne. Gleichzeitig forderte sie ihn auf, sein Gesuch innert 10 Tagen zu bestätigen, andernfalls es als zurückgezogen gelte.
  3. Auf Anfrage des Antragstellers vom gleichen Tag teilte ihm die EFK mit, dass das Dokument 22 Seiten umfasse. Einen Tag später bestätigte der Antragssteller sein Zugangsgesuch.
  4. Am 18. März 2011 stellte die EFK dem Antragsteller per E-Mail das gewünschte Dokument und ihre Stellungnahme zu. Sie teilte ihm mit, dass sie den Zugang zum Dokument „Aspekte des Portfolio- und Facility-Managements, EFK-Bericht No. 10222“ gewähre. Ferner orientierte sie ihn, sie werde ihm in der nächsten Woche per Post die Gebührenrechnung zustellen. Die Stellungnahme enthielt zudem folgende Rechtsmittelbelehrung: „Sind Sie mit dem erhobenen Betrag nicht einverstanden, steht Ihnen das Recht zu, eine Gebührenverfügung nach Artikel 11 Absatz 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung (RS 172.041.1) zu verlangen.“



5. Am 19. März 2011 bedankte sich der Antragsteller per E-Mail für die Zustellung des Dokuments, bemängelte jedoch die Einschwäzungen und bat die EFK, auf die Erhebung der Gebühr zu verzichten. Es sei nicht zulässig, einem Antragsteller Aufwände eines Amtes zu verrechnen, welche sich auf die Klärung der Unsicherheiten beziehen. Zudem sei nach Art. 3 der Allgemeinen Gebührenverordnung auf eine Gebührenerhebung zu verzichten, wenn ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ an einer Dienstleistung bestehe. Ein solches öffentliches Interesse sei vorliegend zweifellos gegeben. Ausserdem sei er der Meinung, dass für Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit Kosten der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) Schlichtungsinstanz sei.
6. Mit E-Mail vom 24. März 2011 erläuterte die EFK dem Antragsteller, dass der grosse Teil des Arbeitsaufwandes nicht durch das Einschwärzen entstanden sei, vielmehr habe sie für die Gesuchsbeurteilung Informationen der im Bericht erwähnten Verwaltungseinheit benötigt.
7. Am 1. April 2011 stellte die EFK dem Antragsteller eine Gebührenrechnung in der Höhe von Fr. 400.- zu. Dieser Betrag wurde in der Rechnung wie folgt aufgeschlüsselt: 8 Arbeitsstunden à Fr. 100 .-, verteilt auf zwei Gesuchsteller. Dieses Schreiben enthielt wiederum eine Rechtsmittelbelehrung (Ziffer 4).
8. Mit Schreiben vom 9. April 2011 (eingegangen am 12. April 2011) reichte der Antragsteller beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein. Er bemängelte, dass im Dokument Passagen abgedeckt wurden, die die EFK in vergleichbaren Dokumenten, die sie auf der Website publiziert, üblicherweise nicht abdeckt. Weiter bat er zu prüfen, „ob die EFK den Bericht ‚Aspekte des Portfolio- und Facility-Managements‘ angesichts des geringen Aufwands und der öffentlichen Relevanz des Berichts – nicht gebührenfrei zur Verfügung stellen muss.“
9. Der Beauftragte bestätigte am 19. April 2011 zuhanden des Antragstellers den Eingang des Schlichtungsantrages. Am selben Tag wurde die EFK aufgefordert, dem Beauftragten innert 10 Tagen eine Stellungnahme sowie alle relevanten Unterlagen einzureichen.
10. Am 20. April 2011 ersuchte die EFK um Fristerstreckung bis 16. Mai 2011, welche der Beauftragte am selben Tag gewährte.
11. Am 16. Mai 2011 reichte die EFK zusammen mit ihrer Stellungnahme folgende Dokumente ein:
  - den gesamten Schriftenwechsel;
  - das nachgefragte Dokument (Version nicht eingeschwärzt);
  - das nachgefragte Dokument (Version geschwärzt);
  - die Rechnung vom 1. April 2011;
  - die Zusammenstellung des Zeitaufwandes für die Behandlung des Gesuches; und
  - den Auszug aus dem Dokumentenmanagementsystem der EFK.

In der Stellungnahme führte die EFK u.a. aus, es läge, da der Zugang zum gewünschten Dokument gewährt worden sei, kein Sachverhalt mehr vor, der nach Art. 13 BGÖ zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtige.

12. Auf die weitere ausführliche Argumentation der EFK 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

#### Schlichtungsverfahren wegen teilweiser Zugangsbeschränkung

13. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.
14. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>1</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.
15. Der Antragsteller reichte bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ ein. Somit nahm er an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil.
16. Der Schlichtungsantrag vom 9. April 2011 (Eingang 12. April 2011) wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
17. Die EFK vertritt in ihrer Stellungnahme vom 16. Mai 2011 an den Beauftragten die Ansicht, der Antragsteller sei nicht berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, da sie ihm zusammen mit der Stellungnahme vom 18. März 2011 den Zugang zum gewünschten Dokument vollständig gewährt habe. Damit liege kein Sachverhalt mehr vor, der nach Art. 13 BGÖ zu einer Schlichtung berechtige.
18. Die EFK stellte dem Antragsteller das gewünschte Dokument teilweise eingeschwärzt zu. Sind in einem Dokument Einschwärzungen vorgenommen worden, kann – entgegen der Ansicht der EFK – nicht mehr von einer vollständigen Gewährung des Zugangs gesprochen werden. Vielmehr schränken die Einschwärzungen den Zugang zum Dokument ein.
19. *Entgegen der Ansicht der EFK ist der Antragsteller berechtigt einen Schlichtungsantrag zu stellen, weil ihm der Zugang zu den verlangten Dokumenten durch die Einschwärzungen nur teilweise gewährt wurde (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ).*
20. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.<sup>2</sup>
21. Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

---

<sup>1</sup> Botschaft BGÖ, BBl 2003 2023.

<sup>2</sup> Botschaft BGÖ, BBl 2003 2024.



Schlichtungsverfahren betreffend die Gebühren bei (teilweiser) Zugangsgewährung

22. Die EFK argumentiert in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten vom 16. Mai 2011 weiter, dass weder das Öffentlichkeitsgesetz noch die Verordnung zum Öffentlichkeitsgesetz ein Schlichtungsverfahren im Zusammenhang mit Gebühren vorsehe (Art. 13 Abs. 1 BGÖ e contrario). Entsprechend könne sich ein Schlichtungsverfahren über Gebühren auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Diese Auffassung vertrete auch das Bundesamt für Justiz<sup>3</sup>, welches dafür halte, dass der Gesuchsteller bei Streitigkeiten über die Höhe der Gebühren eine Verfügung von der zuständigen Behörde verlangen könne. Darüber hinaus argumentierte die EFK: „Die Ankündigung der Kosten und die Frist für die Gesuchsaufrechterhaltung nach Artikel 17 BGÖ erfüllen einen bestimmten Sinn und Zweck. Das Verhalten des Gesuchstellers, der zunächst im Wissen, dass die Behandlung des Gesuches zwischen CHF 300 und CHF 1'000.- kosten wird, ausdrücklich am Gesuch festhält, bei Erhalt der Rechnung aber keine oder weniger Gebühren bezahlen will (venire contra factum proprium), stellt einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar. Der Grundsatz gilt für den Gesuchsteller wie für die Behörde.“
23. Demzufolge ist zu klären, ob der Antragsteller neben der teilweisen Zugangsverweigerung auch die Gebühren im Schlichtungsverfahren prüfen lassen kann.
24. Die EFK wies den Antragsteller in ihrer Stellungnahme vom 18. März 2011 und in der Rechnung vom 1. April 2011 darauf hin, dass er eine Gebührenverfügung nach Art. 11 Abs. 2 AllGebV verlangen könne, wenn er mit dem Betrag nicht einverstanden sei. Eine solche hat, jedenfalls aufgrund der dem Beauftragten vorliegenden Unterlagen, der Antragsteller nicht begehrt. Vielmehr reichte er am 9. April 2011 einen Schlichtungsantrag ein.
25. Art. 17 BGÖ regelt, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten gebührenpflichtig ist (Abs. 1). Nach Abs. 2 werden keine Gebühren verlangt, wenn die Bearbeitung eines Gesuches einen geringen Aufwand erfordert (Bst. a. ); für das Schlichtungsverfahren (Bst. b); und für das Verfahren auf Erlass einer Verfügung (Bst. c). Weiter sind in Abs. 4 Spezialfälle vorgesehen, in welchen eine Gebühr verlangt werden kann. Schliesslich findet sich in Abs. 3 eine Gesetzesdelegation, wonach der Bundesrat die Einzelheiten und den Gebührentarif nach Aufwand festlegen kann. In der Verordnung regelt nun Art. 14 VBGÖ, dass die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung gelten, soweit die Öffentlichkeitsverordnung keine besonderen Normen enthält (Art. 15 und 16 VBGÖ). Darüber hinaus ist der Gebührentarif für das Öffentlichkeitsgesetz im Anhang 1 der Verordnung enthalten. Da Normen über Gebührenstreitigkeiten weder im Öffentlichkeitsgesetz noch in der Öffentlichkeitsverordnung enthalten sind, gelten nach Art. 14 VBGÖ die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung. Demnach erlässt die Behörde bei Streitigkeiten über die Rechnung nach Art. 11 Abs. 2 AllGebV eine Gebührenverfügung, wenn dies die gesuchstellende Person verlangt.
26. Der Antragsteller bemängelte in seinem Schlichtungsantrag nicht nur die teilweise Zugangsbeschränkung, sondern auch die für die Gesuchbearbeitung verlangten Gebühren. Sofern ein Antragsteller die Schlichtung in der Frage der Zugangsbeschränkung ersucht, muss der Beauftragte im Schlichtungsverfahren gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VBGÖ klären, ob die Bearbeitung des Zugangsgesuches rechtmässig und angemessen erfolgt ist (Ziffer 29). Das Ergebnis seiner Einschätzung in der Frage der Zugangsgewährung kann direkte Auswirkungen auf die Gebührenfrage haben. Ohne einen Entscheid in der Sachfrage

<sup>3</sup> Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Version vom 25. Februar 2010.



können die Gebühren nicht angemessen und sinnvoll festgesetzt werden. Somit hängen Sach- und Kostenfragen eng zusammen. Nur wenn der Schlichtungsantrag gleichzeitig gegen die Zugangsgewährung und die Gebührenbemessung möglich ist, kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Ergebnis der Beurteilung über die Zugangsgewährung auch Auswirkungen auf die Kostenfestsetzung haben kann.<sup>4</sup> Darüber hinaus rechtfertigt sich die Verbindung von Sach- und Kostenfrage zudem aus verfahrensökonomischen Gründen.<sup>5</sup> Demzufolge erscheint es zweckmässig und sachgerecht, einem Auseinanderfallen dieser beiden Streitgegenstände dadurch zu begegnen, dass ein Schlichtungsantrag über beide Fragen gestellt werden kann, um eine möglichst weitgehende Erörterung des Gesamtzusammenhanges des Antrags, einschliesslich der Aspekte der Angemessenheit (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ), zu ermöglichen. Zwar sieht das Öffentlichkeitsgesetz hinsichtlich der Gebühren kein Schlichtungsverfahren vor, schliesst es aber auch nicht aus. Ziel des Schlichtungsverfahrens ist es, in einem informellen Verfahren eine Einigung zwischen den Parteien zu erreichen. Die Gebührenfrage nun aus formellen Gründen gänzlich auszuklammern, insbesondere in Fällen, in welchen über die Hauptfrage – nämlich die Zugangsgewährung – noch nicht entschieden wurde, würde dieser Zielsetzung widersprechen. In der Lehre wird denn auch die Ansicht vertreten, dass auch bezüglich der Gebühren ein Schlichtungsantrag gestellt werden kann.<sup>6</sup> Demzufolge kann der Antragssteller in diesem Verfahrensstadium beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag stellen, wenn er sowohl die Zugangsbeschränkung als auch die Höhe der Gebühr bestreitet.<sup>7</sup>

27. Die EFK qualifizierte das Anliegen des Antragsstellers, die Gebührenrechnung überprüfen zu lassen, als Verstoss gegen Treu und Glauben (Ziffer 22). Damit stellt sich die Frage, welche rechtlichen Auswirkungen das Festhalten am Zugangsgesuch nach Art. 16 Abs. 2 VBGÖ hat. Wie die EFK dem Antragsteller zu Recht mitgeteilt hat, muss eine Behörde nach Art. 16 Abs. 2 VBGÖ den Gesuchsteller über die zu *erwartenden Gebühren* informieren, wenn die voraussichtlichen Kosten 100 Franken übersteigen.<sup>8</sup> Der Antragsteller muss innert 10 Tagen der Behörde ihr Gesuch bestätigen. Unterlässt er dies, gilt das Gesuch als zurückgezogen. Bestätigt er hingegen sein Gesuch, behält er *weiterhin das Recht, die Höhe der Gebühr zu bestreiten*, welche die Behörde am Ende des Zugangsgesuchsverfahrens tatsächlich fordert. Das ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 VBGÖ, der nämlich als *einzigste Rechtsfolge* vorsieht, dass das Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn seine Bestätigung ausbleibt. In diesem Verfahrensstadium, d.h. der Vorprüfung des Zugangsgesuches, weiss weder die Behörde, wie sie den Zugang letztlich materiell beurteilen und welche Gebühren sie tatsächlich in Rechnung stellen, noch der Gesuchsteller, welchen Zugang er tatsächlich von der Behörde erhalten und wie viel dieser effektiv kosten wird. Auch kann die gesuchstellende Person keinen Schlichtungsantrag einreichen, da die Behörde das Zugangsgesuch materiell noch nicht bearbeitet hat.<sup>9</sup> Demzufolge ist die Bestätigung des Gesuches nach Art. 16 Abs. 2 VBGÖ *weder eine Einwilligung in den Gebührenbetrag noch eine Verzichtserklärung auf ein Rechtsmittel*. Die gesuchstellende Person, welche die Gebührenberechnung von einer anderen Behörde überprüfen lassen will, nimmt also ein ihr zustehendes Recht wahr, unabhängig davon, ob sie

<sup>4</sup> FRIEDRICH SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz, § 10, RZ 91 und 94.

<sup>5</sup> HERBERT BURKERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17, RZ 39.

<sup>6</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17, RZ 39.

<sup>7</sup> Für weitere mögliche Anwendungsfälle, siehe Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziffer 8.2.7.

<sup>8</sup> Eine ähnliche Norm existiert in der AllGebV. Nach Art. 9 muss die Behörde informieren, wenn die Verfügung oder Dienstleistung einen *aussergewöhnlichen Aufwand* erfordert.

<sup>9</sup> Jedoch anders im Falle einer exzessiven Gebührenankündigung im Stadium von Art. 16 Abs. 2 VBGÖ, siehe Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziffer 8.2.7.



dieses Recht im Verfahren nach der Allgemeinen Gebührenverordnung oder in einem Schlichtungsverfahren geltend macht. Somit liegt im Verhalten des Antragstellers *kein Verstoss gegen Treu und Glauben* vor.

28. *Der Beauftragte ist der Ansicht, dass der Antragsteller berechtigt ist, einen Schlichtungsantrag zu stellen, da ihm der Zugang nur teilweise gewährt wurde. Zudem ist er vorliegend auch berechtigt, im Schlichtungsverfahren die Gebührenfrage prüfen zu lassen.*

## **B. Materielle Erwägungen**

29. 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. 2 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 4 BGÖ).<sup>10</sup>
30. Die Behörde muss dem Antragsteller nach Art. 12 Abs. 4 BGÖ in summarischer Weise schriftlich darlegen, weshalb sie den Zugang zum Dokument beschränkt oder verweigert. Sie muss ihren Entscheid in einer Weise *erläutern*, die es der antragstellenden Person erlaubt, diesen *zumindest* in den Grundzügen zu verstehen.<sup>11</sup> So geht auch aus der Botschaft hervor, dass die Zugangsverweigerung kurz zu begründen ist.<sup>12</sup>
31. Die EFK ging – trotz Einschwärzungen – von einer vollständigen Gewährung des Zugangs aus. Sie stellte dem Antragsteller am 18. März 2011 das Dokument zu, ohne die vorgenommenen Abdeckungen im Begleitbrief wenigstens summarisch entsprechend den gesetzlichen Vorgaben gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ zu begründen. Ohne begründete Einschwärzungen kann aber der Antragsteller nicht erkennen, welche Art von Informationen (Personendaten oder andere Informationen) abgedeckt wurden und aus welchen Ausnahmegründen diese vorgenommen wurden. Zu beachten ist, dass die Begründungen der Behörde nicht nur dazu dienen, dem Antragsteller das Verwaltungshandeln transparent zu machen, sondern letztlich auch dazu führen können, dass dieser allenfalls auf die Einreichung eines Schlichtungsantrages verzichtet.
32. Vorliegend hat die EFK in der Version, die sie dem Antragsteller zustellte, die Fussnote 18 und auf der Seite 19 das Datum der Schlusspräsentation entfernt. Da dies weder gekennzeichnet noch summarisch begründet wurde, war für den Antragsteller nicht erkennbar, dass Text verschwunden ist. Es gilt festzuhalten, dass das Öffentlichkeitsgesetz keine klaren Vorgaben für die Anonymisierung oder Abdeckung respektive für das Einschwärzen/Entfernen von Textpassagen enthält. Es entspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes, dass für die gesuchstellende Person ersichtlich ist, welche Textpassagen in einem Dokument von der Behörde anonymisiert respektive abgedeckt worden sind. Dies kann einerseits durch

<sup>10</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

<sup>11</sup> [Empfehlung vom 19. September 2011: Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV / Cockpits und Amtsreportings](#), Ziffer II. B. 1.

<sup>12</sup> Botschaft BGÖ, Botschaft BGÖ BBI 2003 2023.



Schwärzen oder durch eine andere Kennzeichnung erfolgen (bspw. durch Auslassungszeichen [...]). Wird der Text einfach entfernt, kann nicht nachvollzogen werden, welche Teile und in welchem Umfang Textpassagen gelöscht worden sind. Das ist nicht zulässig. Die Behörde muss diese Stellen kennzeichnen.<sup>13</sup>

33. *Der Beauftragte kommt zum Schluss, dass die Stellungnahme der EFK an den Antragsteller den Anforderungen einer summarischen Begründung gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ nicht genügt und sie somit das Öffentlichkeitsgesetz in diesem Punkt nicht rechtmässig angewendet hat.*
34. Aus verfahrensökonomischen Gründen<sup>14</sup> wird vor der Prüfung betreffend den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) nachfolgend zuerst beurteilt, ob dem Zugang zum fraglichen Dokument eine der Ausnahmegestimmungen nach den Artikeln 7f. BGÖ entgegensteht. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ zwei Bedingungen vorliegen: Das öffentliche (Bst. a – f) oder private (Bst. g – h) Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt und es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt. Die Behörde muss das Vorliegen einer Ausnahmeklausel gemäss Art. 7 f. BGÖ beweisen.<sup>15</sup>
35. Die EFK machte keine Ausnahmegestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ und keine der besonderen Fälle nach Art. 8 BGÖ geltend.
36. *Es sind keine Ausnahmegestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ und keine besonderen Fälle nach Art. 8 BGÖ vorhanden und für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Demzufolge sind die Funktions- und Organisationsbezeichnungen auf Seite 20 und die Fussnote 18 sowie das Datum des Schlussberichts auf Seite 19 offen zu legen.*
37. Der Bericht enthält Personendaten. Zu prüfen ist, ob und in welcher Form sie unter Berücksichtigung des Öffentlichkeitsgesetzes und des Datenschutzes zugänglich sind.
38. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz, DSG, SR 235.1).
39. Im Öffentlichkeitsgesetz sind in Art. 9 BGÖ die Grundsätze der Koordination zwischen Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetz geregelt. Nach Abs. 1 sind Personendaten, die in amtlichen Dokumenten enthalten sind, *nach Möglichkeit* vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Wenn ein Dokument nicht anonymisiert werden kann, etwa, weil sich das Zugangsgesuch auf Dokumente bezieht, die eine bestimmte vom Gesuchsteller bezeichnete Person betreffen, oder weil die Anonymisierung einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde, ist Art. 19 DSG anwendbar (Art. 9 Abs. 2 BGÖ).
40. Auch wenn gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ ein Dokument anonymisiert werden *kann*, muss es *nur soweit wie möglich* anonymisiert werden. Durch die Formulierung *nach Möglichkeit* räumt der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde einen Ermessensspielraum ein.<sup>16</sup> Auch bei Entscheiden nach Ermessen ist die Behörde aber nicht völlig frei. Sie darf nicht willkürlich entscheiden, sondern ist an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung des

<sup>13</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziffer 6.2.2.

<sup>14</sup> ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 43.

<sup>15</sup> BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 RZ 4.; BVGE 2011/52 E.6.

<sup>16</sup> ALEXANDER FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 9 RZ 20 ff.



öffentlichen Interesses beachten. Pflichtgemässes Ermessen bedeutet, dass ihr Entscheid nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen (zweckmässig) sein muss.<sup>17</sup> Demzufolge gilt die Anonymisierungsverpflichtung nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>18</sup> Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.<sup>19</sup> Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein.<sup>20</sup> Schliesslich ist stets zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes die Transparenz bezweckt hat. Die Publikation von Namen von Dritten, denen die Durchführung bestimmter Aufträge übertragen wurde, wird von der Lehre und Rechtsprechung im Übrigen generell als unproblematisch angesehen.<sup>21</sup>

41. Im gewünschten Bericht sind Personendaten einer Unternehmung enthalten, welche die EFK anonymisiert hat. Es ist somit zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Anonymisierungspflicht besteht.
42. Aus dem Dokument ist erkennbar, dass das Unternehmen, dessen Namen eingeschwärzt wurde, für eine Bundesbehörde tätig war, ist doch von deren Schlusspräsentation die Rede (S. 19 des Berichts). Daraus lässt sich schliessen, dass diese Firma in vertraglicher Beziehung zu einer Bundesbehörde steht/gestanden hat.
43. Berücksichtigt man die datenschutzrechtliche Qualität der im Bericht enthaltenden Personendaten, sind diese weder besonders schützenswert im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG noch Persönlichkeitsprofile im Sinne von Art. 3 Bst. d DSG. Vielmehr handelt es sich um einfache Personendaten (Firmenname, Verwaltungsangestellte) im Sinne von Art. 3 Bst. a DSG. Nach Ansicht des Beauftragten sind vorliegend bei einem Zugang weder datenbezogene Risiken (Datenmissbrauch durch Dritte) noch wirtschaftliche Einbussen (insbesondere eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Stellung) zu befürchten. Demzufolge ist die Privatsphäre des Unternehmens nicht beeinträchtigt, weshalb keine Anonymisierungspflicht der Behörde besteht.
44. Auch wenn man eine Anonymisierungspflicht nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ bejahen würde, käme der Beauftragte selbst in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 BGÖ zum selben Ergebnis. Aufgrund des mit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes neu eingefügten Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG dürfen Behörden Personendaten erstens *im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen* oder zweitens *gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz* bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b).
45. Ein überwiegendes öffentliches Interesse für die Zugänglichmachung der Personendaten ist namentlich denkbar, wenn die betroffene Person in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde steht, aus der ihr wirtschaftliche

<sup>17</sup> ULRICH HÄFELI/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 2010, RZ 441.

<sup>18</sup> Bundesamt für Justiz, Gutachten betreffend die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Abgaben über Beratungsmandate vom 5. Juli 2012, Ziffer 2.1.4.; ALEXANDER FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 9 RZ 20 ff.;

<sup>19</sup> DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup>, RZ 48, Zürich 2008.

<sup>20</sup> STEPHAN C. BRUNNER / ALEXANDER FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4. Oktober 2010, RZ 13.

<sup>21</sup> Bundesamt für Justiz, Gutachten betreffend die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Abgaben über Beratungsmandate vom 5. Juli 2012, Ziffer 2.1.4.; BVGE 2011/52 E. 7.1.1.; Urteil des BVer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.4.: „L'autorité compétente doit ainsi admettre le droit d'accéder aux données requises, lorsque celui-ci ne causera vraisemblablement aucune atteinte à la sphère privée de la personne en cause.“





Vorteile erwachsen (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Das ist z. B. dann der Fall, wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat. Zu beachten gilt, dass das Öffentlichkeitsgesetz explizit die Förderung der Transparenz über die Tätigkeit der Verwaltung bezweckt (Art. 1 BGÖ). Dieses mit dem Öffentlichkeitsgesetz für die Bürgerinnen und Bürger eingeführte unmittelbare Kontrollinstrument hat zur Folge, dass seither auch Verträge zwischen der Verwaltung und einem Privaten auf Gesuch hin zugänglich sind, es sei denn, es bestehen Ausnahmen nach Art. 7 ff. BGÖ. Es liegt im öffentlichen Interesse zu wissen, wem ein Auftrag erteilt wurde, wie die Behörde im Einzelfall gehandelt hat, wie Steuergelder eingesetzt werden und welchen Einfluss die beauftragten Personen auf das Verwaltungshandeln haben respektive hatten.

46. Im vorliegenden Fall besteht für die Bekanntgabe der Personendaten der Unternehmung ein überwiegendes öffentliches Interesse, da eine rechtliche Beziehung zwischen einer Bundesbehörde und dem Unternehmen vorhanden ist (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). In Bezug auf die privaten Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens ist es unwahrscheinlich, dass die Bekanntgabe des Firmennamens dessen Privatsphäre beeinträchtigt (Ziffer 43), zumal keine konkreten nachteiligen Folgen erkennbar sind. Ausserdem listet das Unternehmen auf seiner Website die von der EFK überprüfte Bundesbehörde als einer seiner Kunden auf und legt damit die Geschäftsbeziehung selber offen.
47. *Aufgrund der Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BGÖ<sup>22</sup> überwiegt deshalb nach Ansicht des Beauftragten das öffentliche Interesse der Bevölkerung am Zugang zum Namen des Unternehmens dessen Interesse am Schutz seiner Privatsphäre, weshalb der Zugang zu gewähren und der Firmenname nicht zu anonymisieren ist.*
48. Im Bericht sind auch Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung enthalten. Der in Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorgesehene Schutz von Personendaten gilt nicht im gleichem Umfang für Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung. Ihr individueller Schutzanspruch muss grundsätzlich vor dem kollektiven Transparenzanspruch der Öffentlichkeit zurücktreten. Haben diese Personen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gehandelt, können sie als Verwaltungsangestellte den Schutz ihrer Privatsphäre nicht in gleichem Masse geltend machen wie „private Dritte“. Sie müssen sich die in Ausübung ihrer öffentlichen Funktion vertretenen Ansichten und Positionen anrechnen lassen, weshalb in diesem Zusammenhang ihre Personendaten nicht zu anonymisieren sind. Nur wenn das Zugänglichmachen für die betroffenen Verwaltungsangestellten konkrete nachteilige Folgen hätte oder mit grosser Wahrscheinlichkeit haben könnte, ist darauf zu verzichten, was vorliegend aber nicht der Fall ist.<sup>23</sup>
49. Weiter kommt hinzu, dass die EFK vergleichbare Prüfberichte auf ihrer Website publiziert und dabei die Personendaten der Verwaltungsangestellten nicht anonymisiert.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BVGE 2011/52 E. 7.1.1.

<sup>23</sup> [Empfehlung vom 16. Juli 2012: ETHZ / Vertragsdokumente](#), Ziffer 25; BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 RZ 80; Alexander Flückiger, a.a.O., Art. 9 RZ 14.

<sup>24</sup> z. B. Immobilien der SBB, Aufsicht im Bereich der Milchwirtschaft, einsehbar unter dem Link: [http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=186&Itemid=187&lang=de](http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=186&Itemid=187&lang=de); zuletzt besucht am 17. Oktober 2012; Kontrolle der Werkleistungen im Baubereich, Querschnittsprüfung bei: Bundesamt für Bauten und Logistik, Eidgenössische Technische Hochschule Zürich, armasuisse Immobilien, einsehbar unter dem Link: [http://www.efk.admin.ch/index.php?searchword=armasuisse&ordering=&searchphrase=all&Itemid=196&option=com\\_search&lang=de#content](http://www.efk.admin.ch/index.php?searchword=armasuisse&ordering=&searchphrase=all&Itemid=196&option=com_search&lang=de#content), zuletzt besucht am 17. Oktober 2012.



50. *Nach Ansicht des Beauftragten sind im Falle der Zugänglichmachung der Personennamen keine entsprechenden konkreten nachteiligen Folgen für die betroffenen Verwaltungsangestellten erkennbar, weshalb ihre Personennamen nicht zu anonymisieren sind.*
51. Zu prüfen bleibt schliesslich, ob die Gebührenerhebung im konkreten Fall verhältnismässig ist.
52. Nach Art. 17 Abs. 1 BGÖ werden in der Regel Gebühren erhoben (Ziffer 25). Die Formulierung „in der Regel“ weist darauf hin, dass die Behörde einen gewissen Ermessensspielraum hat beim Entscheid, ob sie eine Gebühr erhebt oder nicht. Mit der Einräumung des Ermessens wird der Geltungsbereich der Allgemeinen Gebührenverordnung im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes eingeschränkt. Die Behörde ist nicht völlig frei in ihrem Ermessensentscheid (Ziffer 38); er muss nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen (zweckmässig) sein.<sup>25</sup> Die Behörde hat demnach zu prüfen, ob Ausnahmen von der Gebührenerhebung anwendbar sind, und berücksichtigt auch die Gründe für die Herabsetzung oder den Erlass der Gebühren (Art. 17 BGÖ und Art. 15 VBGÖ). Das bedeutet aber nicht, dass nur in diesen Fällen Gebühren reduziert bzw. auf die Gebührenerhebung verzichtet werden könnte. Die einschlägigen Bestimmungen der AllGebV (Art. 3 Abs. 1 und 2 Bst. a; Art. 13) sind ebenfalls anwendbar. Zu beachten ist auch Art. 7 Abs. 2 AllGebV, wonach bei der Festlegung der Gebühr die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind.<sup>26</sup>
53. Bei der Berechnung der Verwaltungsgebühren ist zudem das Äquivalenzprinzip zu beachten, wonach die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen muss zum Wert, den die staatliche Leistung für den Betroffenen hat. Dieses Prinzip, welches das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot konkretisiert, gilt grundsätzlich für alle Gebühren.<sup>27</sup> Darin eingeschlossen ist eine Abwägung der involvierten öffentlichen und privaten Interessen. Das Prinzip bildet einen wesentlichen Massstab für die Bewertung der (Un)Angemessenheit der Gebührenerhebung im Einzelfall.<sup>28</sup>
54. Der Transparenzanspruch steht an sich im öffentlichen Interesse.<sup>29</sup> Wegen der Gewichtung des Zugangsrechts kommt im Öffentlichkeitsgesetz dem Äquivalenzprinzip jedoch eine besondere Bedeutung zu. In dieser Thematik vertritt beispielsweise die deutsche Lehre zum Informationsfreiheitsgesetz, dass das Äquivalenzprinzip im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips nur modifiziert anwendbar ist: Einerseits muss der Zugang zu amtlichen Dokumenten noch in Anspruch genommen werden können. So ist konkret mit Rücksicht auf die praktische Wirksamkeit des Zugangsrechts die Erhebung einer niedrigen Gebühr angezeigt, auch wenn der Verwaltungsaufwand objektiv eine höhere Gebühr rechtfertigte. Andererseits bleibt, da der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nicht begründet werden muss, der wirtschaftliche Wert oder sonstige Nutzen für die gesuchstellende Person verborgen. Demzufolge lässt sich die Äquivalenz zwischen Verwaltungsleistung und individueller (finanzieller) Gegenleistung im Öffentlichkeitsgesetz kaum herstellen.<sup>30</sup> Auch wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass der Grundsatz der Gebührenpflicht im Lichte seiner Entstehung und seines Zweckes einschränkend auszulegen und zurückhaltend umzusetzen sei.<sup>31</sup> Der

<sup>25</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, RZ 440 f.

<sup>26</sup> THOMAS BRAUNSCHWEIG, in: Leges 2005/2, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, S. 33.

<sup>27</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich, 1990, RZ 2642.

<sup>28</sup> THOMAS BRAUNSCHWEIG, in: Leges 2005/2, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, S. 17.

<sup>29</sup> MARKUS SCHEFER, Öffentlichkeit und Geheimhaltung in der Verwaltung, in: Epiney/Hobi (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes, Zürich, S. 76f.

<sup>30</sup> FRIEDRICH SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz, § 10, RZ 54.

<sup>31</sup> HERBERT BURKERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17 RZ 10.



Gesetzgeber wollte mit der Erhebung von Gebühren die Wahrnehmung des Transparenzrechts nicht erschweren, sondern dies allenfalls insoweit steuern, als bei aufwändigen Gesuchen Kostenfolgen bedacht werden müssen, um die Kostenneutralität des Öffentlichkeitsgesetzes zu sichern.<sup>32</sup> Insbesondere wollte er mit entsprechenden Gebühren Extremfällen Einhalt gebieten.<sup>33</sup> Daher räumte er den Behörden in Art. 17 Abs. 1 BGÖ mit der Formulierung „in der Regel“ ein Ermessen bei der Gebührenerhebung ein, das nicht dazu führen sollte, der gewollten Transparenz der Verwaltung entgegenzuwirken (Ziffer 38). Von dem in Art. 17 Abs. 1 BGÖ enthaltenem Ermessenspielraum sollte immer so Gebrauch gemacht werden, dass der in Art. 1 BGÖ normierte Sinn und Zweck der Transparenznormen nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird.<sup>34</sup>

55. Für die Bemessung der Gebühren ist der Anhang I der Öffentlichkeitsverordnung massgebend. Er unterscheidet zwischen den Kosten der Reproduktion (Ziffer I) und den Kosten für die Prüfung und Vorbereitung von amtlichen Dokumenten (Ziffer II).
56. Der Antragsteller erklärte in seinem Schlichtungsantrag vom 9. April 2011, die EFK habe das Dokument nur marginal bearbeitet und zudem viele Passagen abgedeckt, die sie üblicherweise in solchen Dokumenten nicht abdecke. In fünf Punkten zählte er entsprechend abgedeckte Stellen auf. Weiter führte er aus, dass er der EFK seine Vorbehalte mitgeteilt und sie gebeten habe, auf die Gebühren zu verzichten. Dabei habe er diese explizit auf Art. 3 der Allgemeinen Gebührenverordnung hingewiesen, wonach die Bundesverwaltung auf die Gebührenerhebung verzichten könne, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe. Ein solches sei in diesem Fall zweifellos gegeben. Im Dokument hiesse es, das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) habe ihre Liegenschaften während Jahren vernachlässigt und die Instandhaltungslücke sei 4 Milliarden Franken gross. Ferner handle es sich dabei um einen Routinebericht der EFK. Weder Form noch Prüfungsgegenstand seien ausserhalb des Tagesgeschäftes der EFK. Die Berichte seien stets nach demselben Muster aufgebaut, so dass es für eine fachkundige Person einfach sein müsse, heikle Stellen zu eruieren und gegebenenfalls abzudecken.
57. Die EFK legte mit E-Mail vom 24. März 2011 dem Antragsteller dar, dass der grosse Teil des Arbeitsaufwandes nicht durch das Einschwärzen entstanden sei, sondern vielmehr habe sie für die Gesuchsbeurteilung Informationen der betroffenen Verwaltungseinheit benötigt. Nicht die EFK als oberstes Finanzaufsichtsorgan, sondern die betroffene Verwaltungseinheit verfüge über bestimmte Informationen, welche für die Gesuchsbeurteilung notwendig seien. Ferner erklärte die EFK, dass sie vorliegend ein überwiegendes öffentliches Interesse nicht ausmachen könne, weswegen sie nicht von einer Gebührenerhebung absehen könne.
58. Die EFK bekräftigte in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten vom 16. Mai 2011, dass der grosse Teil des Arbeitsaufwandes nicht durch das Einschwärzen entstanden sei, sondern durch die Abklärungen des zuständigen Mandatsleiters der EFK und den verantwortlichen Personen des VBS. Die Abklärung betreffend der Frage, ob eine Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ vorliege, könne nicht in jedem Fall spontan innert Sekunden gefällt werden. Oft brauche

<sup>32</sup> AB 2004 N1264; HERBERT BURKERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17 RZ 4;

<sup>33</sup> AB 2004 N1255 Votum BR Blocher: „Es kann natürlich sein, dass das ins ‚dicke Tuch‘ geht, wenn man das Öffentlichkeitsprinzip exzessiv anwendet und ganz komplizierte Dinge, die einen Riesenaufwand erfordern, herausgeben muss – und das auch noch gebühren- und kostenfrei, ohne Begründung. Dazu kommen wir dann bei der Gebührenerhebung. Ich bin der Meinung, dass für aufwendige Informationen eben auch entsprechende Kosten erhoben werden müssen, und zwar einfach, um diesen Extremfällen Einhalt zu gebieten.“; AB 2004 N 1264 Votum BR Blocher und NR Müller. Der NR wollte ursprünglich auf die Gebühren verzichten, schloss sich dann aufgrund der beiden vorerwähnten Voten der ständerätlichen Formulierung an.

<sup>34</sup> HERBERT BURKERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 17 RZ 6.



es für die Aufsichtsbehörde weitere Informationen. Wenn sie anhand der Informationsbeschaffung und den eigenen Überlegungen zum Schluss komme, dass die Meinungs- und Willensbildung des Amtes durchaus beeinträchtigt werde, aber nicht wesentlich genug, um den Zugang zu diesem Abschnitt des Berichts abzudecken, so sei ein verrechenbarer Arbeitsaufwand für die Behandlung des Gesuches angefallen, ohne dass eine Einschwärzung erfolgt sei. Sie äusserte sich u.a. auch zum Gebührenverzicht: „Stünde die Dienstleistung der Gewährung des Zugangs zu einem amtlichen Dokument grundsätzlich im öffentlichen Interesse, hätten Parlament und Bundesrat je einen gravierenden Fehler begangen, indem sie für den Regelfall einer Zugangsgewährung explizit eine Gebühr vorgesehen haben.“

59. Die EFK ist das oberste Finanzaufsichtsorgan des Bundes und hat als solches die Aufsicht über die gesamte Einnahmen- und Ausgabenseite des Finanzhaushaltes abzudecken<sup>35</sup>. Aufgrund einer Gesetzesänderung im Jahr 1999 kann sie, gestützt auf Art. 14 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG, SR 614.0), Berichte wie den hier zu beurteilenden, aktiv veröffentlichen. Dazu heisst es denn auch in der Botschaft betreffend die Revision des FKG: „Der Souverän hat ein legitimes Interesse daran, über die Verwendung der Steuergelder durch die Staatsverwaltung auf dem Laufenden gehalten zu werden. Die EFK soll deshalb die Kompetenz erhalten, nicht nur ihren jährlichen Tätigkeitsbericht, sondern auch einzelne Berichte, insbesondere im Bereich von Wirtschaftlichkeitsprüfungen, nach Behandlung des Geschäfts durch die Finanzdelegation zu publizieren.“
60. Der Zusammenhang zwischen der Publikation der Berichte der EFK und ihrer Offenheit ist denn in der Peer Review des norwegischen Rechnungshofes betreffend die Evaluation und Querschnittsprüfung durch die Eidgenössische Finanzkontrolle<sup>36</sup> festgehalten: „Die EFK betrachtet Offenheit als wichtiges Mittel zur Schaffung von Glaubwürdigkeit. Offenheit ermöglicht der EFK, ein Bild von sich als Organisation zu vermitteln, das von Qualität, Wesentlichkeit und Unabhängigkeit geprägt ist. Durch die Veröffentlichungen der Untersuchungen stellt sich die EFK unter anderem der Überprüfung ihrer Untersuchungen durch andere Organe mit der entsprechenden fachlichen Kompetenz.“
61. Den vorliegend zu beurteilenden Prüfbericht, der mit veröffentlichten Berichten der EFK vergleichbar ist, hat die EFK erst im Rahmen eines Zugangsgesuches nach Öffentlichkeitsgesetz (passive Information) zugänglich gemacht. Dafür verlangte sie Gebühren, was nach den gesetzlichen Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes auch möglich ist (Art. 17 BGÖ). Die Höhe der Gebühren begründet sie jedoch damit, dass der grosse Teil des Arbeitsaufwands durch die Rücksprache zwischen der EFK und dem VBS entstanden sei (Ziffer 57 und 58).
62. Nach dem Öffentlichkeitsgesetz ist eine Behörde, die ein Dokument selber erstellt hat, für die Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ zuständig (Art. 11 Abs. 1 und 2 VBGÖ e contrario). Verpflichtet, eine Anhörung bei einer anderen Behörde durchzuführen, ist sie aber nur dann, wenn sie ein Dokument *auf Ersuchen einer anderen Behörde* verfasst hat (Art. 11 Abs. 4 VBGÖ).
63. Das zu beurteilende Dokument wurde von der EFK *selbständig* und in Ausübung ihrer Aufsichtsfunktion erstellt. Deshalb ist sie allein für die Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ

---

<sup>35</sup> Überblick über die Stellung der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK), August 2010. S.4.

<sup>36</sup> Evaluationen und Querschnittsprüfungen durch die Eidgenössische Finanzkontrolle Peer Review vom Norwegischen Rechnungshof, Oslo März 2009, S. 21, abrufbar unter [http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=186&Itemid=187&lang=de](http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=186&Itemid=187&lang=de), zuletzt besucht am 17. Oktober 2012.



zuständig. Darüber hinaus befasste sich die EFK als Aufsichtsbehörde bei der Erstellung des Prüfberichts bereits eingehend mit dem Inhalt. Deshalb stellt sich die Frage, aus welchen Gründen sie noch Rücksprache mit der von ihr kontrollierten Behörde nehmen musste; insbesondere wenn bedacht wird, dass zwischen Endbericht (Nov. 2010) und Zugangsgesuch (anfangs März 2011) lediglich wenige Monate verstrichen sind.

64. Weiter erstellte sie dieses Dokument als Aufsichtsbehörde und somit *nicht auf Ersuchen* und *frei von spezifischer Vorgaben* der von ihr untersuchten Behörde.<sup>37</sup> Demzufolge war die EFK nach Öffentlichkeitsgesetz nicht verpflichtet, vor ihrer Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ die von ihr untersuchte Verwaltungsbehörde anzuhören (e contrario Art. 11 Abs. 4 VBGÖ). Deshalb kann sie diesen Aufwand nicht in Rechnung stellen.
65. Sie verlangte für das 22 Seiten umfassende Dokument eine Gebühr, welche sie wie folgt berechnete: 8 Arbeitsstunden (480 Min.) à 100 Franken. Wenn davon das Titelblatt sowie eine Seite Inhaltsverzeichnis, die beide keinen Aufwand verursachen, abgezählt werden, bedeutet dies umgerechnet, dass die EFK für die Eruiierung allfälliger Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgesetz des von ihr selber erstellten Prüfberichts durchschnittlich pro Seite 24 Minuten aufgewendet und in Rechnung gestellt hat. Diese Aufwandberechnung ist bereits für sich alleine betrachtet unverhältnismässig.
66. Selbst wenn diese Gebührenerhebung dem tatsächlichem Aufwand der EFK entspräche, ist im Öffentlichkeitsprinzip, wie oben erwähnt (Ziffer 52), das Äquivalenzprinzip modifiziert anzuwenden. Entgegen der Ansicht der EFK steht die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten im öffentlichen Interesse.<sup>38</sup> In Hinblick auf die praktische Wirksamkeit des passiven Zugangsrechts beim Zugang zu amtlichen Dokumenten ist daher eine niedrigere Gebühr zu berechnen oder allenfalls sogar darauf zu verzichten, selbst wenn der Verwaltungsaufwand eine höhere Gebühr rechtfertigen würde.<sup>39</sup>
67. *Aufgrund dieser Erwägungen kommt der Beauftragte zum Schluss, dass die EFK die Aufwendungen für die Rücksprache mit der von ihr kontrollierten Behörde nicht verrechnen darf. Zudem schätzt der Beauftragte den Aufwand der EFK als gering ein und erachtet die von ihr verlangten Gebühren in der Höhe von Fr. 800.- als unverhältnismässig.*
68. Abschliessend ist zu bemerken, dass die EFK im fraglichen Bericht feststellt, dass bei den Liegenschaften der untersuchten Behörde ein auf über 4 Milliarden Franken gewachsener Instandsetzungsbedarf vorhanden ist. Angesichts dieses hohen Betrages, der Tatsache, dass es sich hierbei um die Verwendung von Steuergeldern handelt, sowie der Erklärung der EFK, ihr sei Offenheit wichtig (Ziffer 60), stellt sich der Beauftragte die Frage, weshalb die EFK diesen Prüfbericht nicht – wie andere Prüfberichte auch – nach Art. 14 FKG *aktiv publiziert* hat. So hätte sie sich den Verwaltungsaufwand beim Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ersparen können.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> [Erläuterungen zur Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung](#), Ziff.4.5.

<sup>38</sup> MARKUS SCHEFER, Öffentlichkeit und Geheimhaltung in der Verwaltung, in: Epiney/Hobi (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes, Zürich, S. 76f.

<sup>39</sup> FRIEDRICH SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz, § 10, RZ 54.

<sup>40</sup> PASCAL MAHON/OLIVER CONIN, Brunner/Mader [Hsrg.], Stämpflis Handkommentar, Art. 6 RZ 66.



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

69. Die Eidgenössische Finanzkontrolle gewährt den vollständigen Zugang zum Bericht „Finanzaufsichtsprüfung armasuisse Immobilien von Ende 2010“, inklusive der Fussnote 18 und dem Datum der Schlusspräsentation auf Seite 19.
70. Die Eidgenössische Finanzkontrolle zieht den Gebührenbetrag in Wiedererwägung.
71. Die Eidgenössische Finanzkontrolle erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn sie in Abweichung von Ziffer 69 den Zugang nicht gewähren will. Die Eidgenössische Finanzkontrolle erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
72. Die Eidgenössische Finanzkontrolle erlässt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG, wenn sie in Abweichung von Ziffer 70 den Betrag der Gebühren nicht in Wiedererwägung ziehen will. Die Eidgenössische Finanzkontrolle erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
73. Der Antragsteller und die betroffene Drittperson können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
74. Gegen die Verfügung können der Antragsteller und die betroffene Drittperson beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
75. Die Eidgenössische Finanzkontrolle stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu.
76. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
77. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - X
  - Eidgenössische Finanzkontrolle EFK  
Monbijoustrasse 45  
3003 Bern
  - Betroffene Drittperson

Hanspeter Thür