

Universität Basel
Juristische Fakultät

**Geltung des Öffentlichkeitsprinzips bei bundesnahen
Unternehmen**

Patrizio Merz

Matrikel-Nr. 16-056-921

4. Master-Semester

Schallengasse 28

4313 Möhlin

079 946 18 77

patrizio.merz@stud.unibas.ch

Grosse Masterarbeit

Betreuerin: Prof. Dr. iur. Nadja Braun Binder MBA

Beginn der Arbeit: 1. Oktober 2021

Abgabe-Datum: 31. März 2022

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Materialien	XII
Abkürzungen	XV
1 Einleitung.....	1
1.1 Ausgangslage.....	1
1.2 Zielsetzung und Fragestellung.....	2
1.3 Aufbau der Arbeit und Abgrenzung.....	2
2 Einführung in das Öffentlichkeitsprinzip.....	4
2.1 Grundlagen.....	4
2.1.1 Bundesverfassung.....	4
2.1.2 Entstehung des BGÖ.....	4
2.1.3 Sinn und Zweck des BGÖ.....	5
2.1.4 Geltungsbereich.....	6
2.1.5 Amtliches Dokument.....	6
2.1.5.1 Begriff.....	6
2.1.5.2 Verfahren und Zugang zu amtlichen Dokumenten.....	7
2.1.5.3 Gebühren.....	8
2.2 Ausnahmeregelungen.....	10
2.2.1 Übersicht.....	10
2.2.2 Ausnahmen im persönlichen Geltungsbereich.....	10
2.2.2.1 Expliziter Ausschluss der SNB und der FINMA.....	10
2.2.2.2 Bundesrätliche Ausschlusskompetenz.....	11
2.2.3 Ausnahmen im sachlichen Geltungsbereich.....	12
2.2.3.1 Verfahrensrechtliches Akteneinsichtsrecht.....	12
2.2.4 Ausnahmen im zeitlichen Geltungsbereich.....	13
2.2.5 Vorbehalt von Spezialbestimmungen.....	13
2.2.6 Ausnahmekatalog (Art. 7 BGÖ).....	13
2.2.7 Besondere Fälle (Art. 8 BGÖ).....	15
2.3 Verknüpfung BGÖ und Datenschutzrecht.....	15
2.3.1 Aktuelle Regelung.....	15
2.3.2 Neues Datenschutzgesetz.....	17
2.3.3 Funktion des EDÖB.....	17
3 Bundesnahe Unternehmen.....	19

3.1	Einordnung im Bundesrecht.....	19
3.1.1	Verfassungsrechtliche Grundlage	19
3.1.2	Bundesgesetzliche Regelung.....	19
3.2	Auslagerungen aus der Bundesverwaltung.....	20
3.2.1	Trend zu Auslagerungen.....	20
3.2.2	Festlegung von Grundsätzen	20
3.2.3	Rechtsformen für ausgelagerte Organisationen	21
3.2.3.1	Übersicht.....	21
3.2.3.2	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	22
3.2.3.2.1	Charakterisierung	22
3.2.3.2.2	Abgrenzung zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft.....	23
3.3	Begriff öffentliches Unternehmen	24
3.4	Beispiele von bundesnahen Unternehmen.....	25
3.4.1	Schweizerische Post AG.....	25
3.4.2	Schweizerische Bundesbahnen AG	26
3.4.3	Swisscom AG	27
3.4.4	RUAG (BGRB Holding AG).....	28
3.5	Anwendbarkeit des BGÖ auf bundesnahe Unternehmen.....	28
3.5.1	Vernehmlassungsvorlage.....	28
3.5.2	Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens	29
3.5.3	Botschaft.....	30
3.5.4	Erlasskompetenzen	31
3.5.5	Verfügungskompetenzen	32
4	Auswirkungen des Öffentlichkeitsprinzips auf die Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen	34
4.1	Öffentliches Interesse an bundesnahen Unternehmen.....	34
4.1.1	Politisches Spannungsfeld	34
4.1.2	Rolle der Medien.....	35
4.2	Bundesnahe Unternehmen und Wettbewerb	36
4.2.1	Allgemeines	36
4.2.2	Wettbewerbssituation der bundesnahen Unternehmen.....	38
4.2.2.1	Schweizerische Post AG	38
4.2.2.2	Schweizerische Bundesbahnen AG	38
4.2.2.3	Swisscom AG.....	39
4.2.2.4	RUAG (BGRB Holding AG).....	39

4.3	Einsichtsgesuche bei bundesnahen Unternehmen	40
4.4	Aufsicht über bundesnahe Unternehmen	41
4.4.1	Aufsicht über bundesnahe Unternehmen im Allgemeinen	41
4.4.1.1	Vorbemerkungen.....	41
4.4.1.2	Organisationsaufsicht durch den Bundesrat	41
4.4.1.3	Parlamentarische Oberaufsicht	42
4.4.2	Aufsichtsinstrumente des Bundesrats	44
4.4.3	Aufsichtsinstrumente der parlamentarischen Oberaufsicht.....	44
4.4.4	Aufsichtsbehörden der bundesnahen Unternehmen	45
4.4.5	Einsichtsgesuche bei den Aufsichtsbehörden	46
4.4.6	Fazit.....	46
4.5	Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen	47
4.5.1	Vorbemerkungen	47
4.5.2	Verbot der Bekanntgabe von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen.....	48
4.5.2.1	Definition Geschäftsgeheimnis	48
4.5.2.2	Definition Fabrikationsgeheimnis.....	49
4.5.3	Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse bundesnaher Unternehmen.....	49
4.5.4	Fazit.....	53
4.6	Rechtsschutz	54
5	Beurteilung der Auswirkungen des Öffentlichkeitsprinzips auf die Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen.....	56
5.1	Zum heutigen System.....	56
5.2	Mögliche Entwicklungen	58
6	Schlussbetrachtungen.....	61
7	Lauterkeitserklärung	65

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AUER CHRISTOPH Öffentlichkeitsprinzip im Wandel, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 118/2017, S. 57 f., Zürich 2017
- BAUMANN PHIL Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Diss., Zürich/Basel/Genf 2019
- BIAGGINI GIOVANNI BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
(zit. BIAGGINI, N ... zu Art. ... BV)
- BLECHTA GABOR Zielsetzung, Entstehung und Systematik des Öffentlichkeitsgesetzes, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor (Hrsg.) Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014
(zit. BLECHTA, BSK, Entstehung und Systematik, N ...)
- BOLLER MARCEL/
HUNKEMÖLLER PIA Zugangsrecht zu amtlichen Dokumenten, in: Rusch Arnold (Hrsg.), Aktuelle juristische Praxis, S. 771 ff., Zürich 2020
- BRUNNER STEPHAN/
MADER LUZIUS (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar, Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsgesetz der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Bern 2008
(zit. BEARBEITER, SHK, N ... zu Art. ... BGÖ)
- DIESELBEN Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsgesetz der Verwaltung: Entstehung, Konzept, Kontext, in: Brunner Stephan/Mader Luzius (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsgesetz der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Bern 2008

(zit. BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N ...)

- BUOB FRANZISKA Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2008
(zit. BUOB, N ... zu § ...)
- DUCREY PATRIK Fallstricke für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb, in: Hettich Peter (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der HSG, Band 62, St. Gallen 2009
- FREUDIGER PATRICK Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Diss., Bern 2016
- GUTZWILLER ROMAN Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2017
- GYGI FRITZ Verwaltungsrecht: Eine Einführung, Bern 1986
- HÄFELIN ULRICH/
MÜLLER GEORG/
UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2020
- HÄNER ISABELLE Organisationsrecht (ausgewählte Fragen), in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015
(zit. HÄNER, Organisationsrecht)

- DIESELBE Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuere Entwicklungen, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 104/2003, S. 281 ff., Zürich 2003
(zit. HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip)
- DIESELBE Funktion des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten beim öffentlichen Zugang zu den amtlichen Akten, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006
(zit. HÄNER, Funktion des EDÖB)
- HÄSLER PHILIPP Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Diss., Bern 2005
- HAUSER MATTHIAS Formen ausgelagerter Handlungseinheiten, in: Schaffhauser René/Poledna Thomas (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002
- HILB MARTIN/
HÖSLY BALZ/
MÜLLER ROLAND Wirksame Führung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen (New Public Corporate Governance), Bern/Stuttgart/Wien 2013
- HÖCHNER CLAUDIA Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, Analyse und Forderungen im Kontext der Aufsicht und Steuerung durch den Bundesrat, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Diss., Bern 2020
- KIENER REGINA Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
(zit. KIENER, N ... zu § 18)
- KRÄHENMANN BEAT Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1987

- LIENHARD ANDREAS ET AL. Beurteilung der Corporate Governance des Bundes anhand der Analyse von vier Unternehmen, Schlussbericht zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung, Bern/Luzern/St. Gallen/Lausanne 2019
- MABILLARD RAMON Kommentierung des Art. 6 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Bern 2016
(zit. MABILLARD, SHK, N ... zu Art. 6 UWG)
- MADER LUZIUS Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes - Einführung in die Grundlagen, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006
- MASTRONARDI PHILIPPE/
SCHINDLER BENJAMIN/
LOUIS PATRIK Kommentierung des Art. 169 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Gallen 2014
(zit. MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, N ... zu Art. 169 BV)
- MAURER-LAMBROU URS/
BLECHTA GABOR (Hrsg.) Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014
(zit. BEARBEITER, BSK, N ... zu Art. ... BGÖ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/
FORSTMOSER PETER/
SETHE ROLF Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018
(zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, N ... zu § ...)
- MÜLLER MARKUS Kommentierung des Art. 187 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015
(zit. MÜLLER, N ... zu Art. 187 BV)
- NOBEL PETER Privatisierung – Organisatorische Belange und Kapitalmarktaspekte, in: Von der Crone Hans Caspar et al. (Hrsg.),

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Sonderheft), S. 10 ff., Zürich 1999

- NOBEL PETER/
WEBER ROLF
Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021
(NOBEL/WEBER, N ... zu Kap. ...)
- RHINOW RENÉ/
SCHMID GERHARD/
BIAGGINI GIOVANNI
UHLMANN FELIX
Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
(zit. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N ... zu § ...)
- RÜTSCHKE BERNHARD
Was sind öffentliche Aufgaben?, in: Bommer Felix et al. (Hrsg), Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, S. 153 ff., Bern 2013
- SÄGESSER THOMAS
Stämpflis Handkommentar, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Bern 2007
(zit. SÄGESSER, SHK, N ... zu Art ... RVOG)
- SAXER URS
Öffentlichkeitsinformation von Behörden im Rechtsstaat, in: Cottier Bertil et al. (Hrsg), Medialex, S. 19 ff., Bern 2004
- SCHEDLER KUNO/
MÜLLER ROLAND/
SONDEREGGER ROGER
Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2016
- SCHLATTER ELIANE
Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss., Zürich/Basel/Genf 2009
- SCHOCH FRIEDRICH
Staat und Behörden / Etat et autorités – Der transparente Staat, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015
- STÖCKLI ANDREAS
Behördenmitglieder in der obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Ein Beitrag

zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Diss.,
Fribourg/Bern 2012

- STOLL MARTIN Bei allem, was Recht ist: Wie Medienschaffende mit Öffentlichkeitsgesetzen Inhalte schaffen, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2019/2020, S. 109 ff., Bern 2020
- TSCHANNEN PIERRE Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung?, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012
(zit. TSCHANNEN, Bundesverwaltung)
- DERSELBE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021
(zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)
- TSCHANNEN PIERRE/
ZIMMERLI ULRICH/
MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
(zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N ... zu § ...)
- TSCHERRIG ULYSSE Preise als Geschäftsgeheimnisse, in: sui-generis, S. 214 ff., Zürich 2019
- UHLMANN FELIX Kontrolle von und in öffentlichen Unternehmen des Bundes unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Post, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2018/2019, S. 89 ff., Bern 2019
- VETTER JONAS/
CORTESI JACQUELINE Corporate Governance für bundesnahe Unternehmen, in: Die Volkswirtschaft 91/5, S. 16-18, Bern 2018

- VOGEL STEFAN Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 104/2003, S. 418 ff., Zürich 2003
(zit. VOGEL, Aktiengesellschaft)
- DERSELBE Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss., Zürich 2000
(zit. VOGEL, Marktteilnehmer)
- WEBER ROLF Datenschutz versus Öffentlichkeitsprinzip, Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes, Zürich 2010
- WERDER HANS Grundsätze der «Good Governance» für öffentliche Unternehmen, in: Hettich Peter (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der HSG, Band 62, St. Gallen 2009
- ZÄCH ROGER Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Rusch Arnold et al. (Hrsg.), Aktuelle juristische Praxis, S. 857 ff., Zürich 1992

Materialien

Botschaften:

Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10. Juni 1996, BBI 1996 III 1306 ff.
(zit. Botschaft TUG)

Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBI 1997 I 909 ff.
(zit. Botschaft Bahnreform)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 ff.
(zit. Botschaft BGÖ)

Botschaft zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG vom 5. April 2005, BBI 2006 3763 ff.
(zit. Botschaft Swisscom)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 20. Mai 2009, BBI 2009 5265 ff.
(zit. Botschaft POG)

Botschaft über die Weiterentwicklung der ziel- und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) vom 20. November 2013, BBI 2014 767 ff.
(zit. Botschaft NFB)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBI 2017 6941 ff.
(zit. Botschaft revDSG)

Vernehmlassung zum BGÖ:

EJPD, für mehr Öffentlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und erläuternder Bericht, Vernehmlassungsvorlage, Bern 2000

(zit. Vernehmlassungsvorlage BGÖ)

Zusammenstellung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom März 2001

(zit. Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren BGÖ)

Berichte des Bundesrats:

Bericht des Bundesrats über die Aufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen und rechtlich verselbständigten Betrieben vom 25. Juni 1997 (nicht publiziert)

(zit. Aufsichtsbericht)

Bericht des Bundesrats «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)» vom 23. Juni 2004, BBI 2004 4569 ff.

(zit. Bericht Bundesrat)

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate Governance Bericht) vom 13. September 2006, BBI 2006 8233 ff.

(zit. CG-Bericht)

Der Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015, Bern 2017

(zit. Staat und Wettbewerb)

Weitere Materialien:

Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte über ihre Tätigkeiten vom Mai 1999 bis Mai 2000 vom 23. Mai 2000, BBI 2000 4601 ff.

(zit. Bericht GPK)

Bundesamt für Justiz und Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen vom 7. August 2013

(zit. Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip)

UHLMANN FELIX, Gutachten zu Händen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates betreffend Oberaufsicht über die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 28. August 2013

(zit. Gutachten UHLMANN)

OECD (2016), OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015, OECD Publishing, Paris

(zit. OECD-Leitsätze)

Parlamentarische Initiative. Gebührenregelung. Öffentlichkeitsprinzip in der Bundesverwaltung. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 15. Oktober 2020, BBl 2020 8657 ff.

(zit. Bericht Gebührenregelung)

Digitale Verwaltung Schweiz, Für die digitale Transformation im Bundesstaat, Grundlagenbericht vom März 2021

(zit. Grundlagenbericht digitale Verwaltung)

Staatskanzlei Kanton Bern, Vortrag zum Gesetz über die Information der Bevölkerung vom 17. November 2021, Geschäftsnummer 2019.STA.544

(zit. Vortrag Informationsgesetz)

Generalsekretariat UVEK, Presse und Informationsdienst, die Post

<[https://www.uvek.admin.ch/dam/uvek/de/dokumente/dasuvek/Fakten-](https://www.uvek.admin.ch/dam/uvek/de/dokumente/dasuvek/Faktenblatt%20Post.pdf.download.pdf/Faktenblatt%20Post%20D.pdf)

blatt%20Post.pdf.download.pdf/Faktenblatt%20Post%20D.pdf> (zuletzt besucht am 16.03.2022)

(zit. Faktenblatt Post)

Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AllgGebV	Allgemeine Gebührenverordnung vom 8 September 2004, SR 172.041.1
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004, SR 152.3
BGRB	Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997, SR 934.21
BJ	Bundesamt für Justiz
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1
BPG	Bundspersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle

EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartment
et al.	et alli
etc.	et cetera
f. (ff.)	und nächstfolgende(n) Seite(n)
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FLAG	

PBG	Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009, SR 745.1
POG	Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010, SR 783.1
PostCom	Eidgenössische Postkommission
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafengebiete
resp.	respektive
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR 172.010.1
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen AG
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998, SR 742.31
SHK	Stämpflis Handkommentar
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
TUG	Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997, SR 784.11
u.a.	unter anderem
USB	Universal Serial Bus
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241
VBGÖ	Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006, SR 152.31
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.32
vgl.	vergleiche

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Der Schweizerische Bundestaat darf kein opakes Gebilde sein, denn die Öffentlichkeit hat ein Recht zu erfahren, was hinter den staatlichen Türen geschieht.¹ Mit Blick auf die heutige Informations- und Kommunikationsgesellschaft ist die Öffentlichkeitskommunikation ein zentrales Element der informierenden Staatstätigkeit.² Die staatlichen Aktivitäten sind für die Öffentlichkeit überwiegend durch Erlasse oder konkrete Massnahmen mit direktem Einfluss auf das gesellschaftliche Leben und die einzelnen Personen sichtbar.³ Weitere Tätigkeiten des Staates, wie z.B. interne Entscheidungsprozesse, spielen sich in den Verwaltungsräumlichkeiten ab und bleiben i.d.R. der Öffentlichkeit verborgen.⁴ Damit die Einbettung der staatlichen Aktivitäten in die (Medien-) Öffentlichkeit funktioniert, bedarf es daher der Einsicht der Öffentlichkeit in diese Aktivitäten.⁵

Ein wichtiges Instrument zur Umsetzung dieser Öffentlichkeitsinformation stellt das Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (BGÖ), mit dem darin enthaltenden Öffentlichkeitsprinzip im Zusammenhang mit der Einsicht in amtliche Dokumente, dar. Dessen Einführung führte zu einer Weiterentwicklung der Informationspolitik der Bundesbehörden.⁶ In der praktischen Anwendung ist das BGÖ für die Medienschaffenden von besonderer Bedeutung.⁷ Durch Zugangsgesuche der Journalistinnen und Journalisten gelangen relevante Informationen an die Öffentlichkeit, wodurch Debatten initiiert werden, die im Interesse der Allgemeinheit liegen.⁸

Das Öffentlichkeitsprinzip dient jedoch nicht nur der Medienlandschaft, sondern ermöglicht jeder Person, amtliche Dokumente der Behörden einzusehen, wobei im BGÖ die Passivinformation (sog. Hol-Prinzip) verankert ist.⁹ Die aktive Informationstätigkeit (sog. Bring- oder Schuld-Prinzip), bei welcher Behörden von sich aus Informationen preisgeben, regelt das Gesetz nicht.¹⁰

¹ Vgl. SAXER, S. 19.

² Vgl. SAXER a.a.O.

³ BOLLER/HUNKEMÖLLER, S. 771.

⁴ BOLLER/HUNKEMÖLLER a.a.O.

⁵ Vgl. SAXER, S. 19.

⁶ Botschaft BGÖ, S. 1973.

⁷ STOLL, S. 112.

⁸ STOLL a.a.O.

⁹ BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N 41.

¹⁰ Vgl. BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, a.a.O.

1.2 Zielsetzung und Fragestellung

Die vorliegende Arbeit hat in einem ersten Teil zum Ziel, eine Übersicht über das Öffentlichkeitsprinzip im Generellen zu vermitteln. Es soll dargestellt werden, weshalb es dieses Prinzip gibt, d.h. der Hintergrund hinter der Einführung des BGÖ soll aufgezeigt werden. Weiter sind die zentralen Bestimmungen des BGÖ zu beleuchten und zu diskutieren.

In einem zweiten Teil liegt die Absicht darin, herauszukristallisieren, inwiefern das Öffentlichkeitsprinzip für bundesnahe Unternehmen gilt. Einerseits geht es in diesem Teil darum, die bundesnahen Unternehmen vorzustellen und zu erläutern, welche Bedeutung sie im Bundesrecht haben. Andererseits wird spezifisch untersucht, welche Auswirkungen das Öffentlichkeitsprinzip auf die Wettbewerbsfähigkeit der bundesnahen Unternehmen hat. Es wird unterschieden zwischen direkten und indirekten Einsichtsgesuchen und anhand einer Analyse beurteilt, bei welcher Art von Gesuchen die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen tendenziell grösser ist.

Für die vorliegende Arbeit ergeben sich somit die folgenden zentralen Fragestellungen, deren Beantwortung die Hauptzielsetzung dieser Arbeit darstellt:

Inwiefern gilt das Öffentlichkeitsprinzip für die bundesnahen Unternehmen?

Welche Auswirkungen hat die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips auf die Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen?

1.3 Aufbau der Arbeit und Abgrenzung

Zuerst erfolgt ein Überblick über das Öffentlichkeitsprinzip. Dabei werden die Grundlagen und die Ausnahmeregelungen erklärt. Zudem wird eine Verbindung zwischen dem Öffentlichkeitsprinzip und dem Datenschutzrecht hergestellt. Danach steht die Einordnung der bundesnahen Unternehmen im Bundesrecht im Vordergrund. Insbesondere wird in diesem Teil der vorliegenden Arbeit aufgeführt, welche Gründe für die Schaffung von bundesnahen Unternehmen sprechen und mögliche Rechtsformen dieser Unternehmen diskutiert. Anschliessend wird dargestellt, inwieweit die bundesnahen Unternehmen direkt dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind. Hinsichtlich der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen könnte die Aufsichtstätigkeit der Aufsichtsbehörden eine zentrale Bedeutung einnehmen. In den dazugehörigen Ausführungen wird das Aufsichtssystem beschrieben und die Rolle der Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip veranschaulicht. Danach folgt weiter die Beschreibung, wie sich die bundesnahen Unternehmen rechtlich gegen Einsichtsgesuche

wehren können. Eine abschliessende Beurteilung, ein Ausblick über zukünftige Entwicklungen sowie eine Schlussbetrachtung bilden den Schluss dieser Arbeit.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Öffentlichkeitsprinzip auf Bundesebene. Kantonale Regelungen und Besonderheiten werden nur am Rande erwähnt. Zudem bilden ausländische Öffentlichkeitsgesetze nicht Gegenstand dieser Arbeit. Ferner erfolgt eine Beschränkung auf die vier Unternehmen Schweizerische Post AG (Post), Schweizerische Bundesbahnen AG (SBB), Swisscom AG (Swisscom) und BGRB Holding AG (RUAG). Diese vier Unternehmen wurden ausgewählt, weil sie am besten für eine entsprechende Analyse geeignet sind, stehen sie doch im Gegensatz zu anderen bundesnahen Unternehmen, wie z.B. die Skyguide AG, mit einem substantziellen Teil ihrer Leistungen in einer Wettbewerbssituation.¹¹

¹¹ Staat und Wettbewerb, S. 5.

2 Einführung in das Öffentlichkeitsprinzip

2.1 Grundlagen

2.1.1 Bundesverfassung

Das Öffentlichkeitsprinzip wird in der Bundesverfassung nicht explizit erwähnt.¹² Der vollzogene Paradigmenwechsel durch den Bund vom einstigen Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip bedurfte keiner Verfassungsänderung.¹³ Das Prinzip wird einzig auf Gesetzesstufe, nämlich im BGÖ, verwirklicht.¹⁴ Das Bundesgericht hat in einem Urteil allerdings aus der Medienfreiheit (Art. 17 BV) einen Anspruch der Medien auf Informationen abgeleitet, ohne dabei festzulegen, ob dies auch für die Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss Art. 16 BV in Bezug auf alle Personen gilt.¹⁵ Art. 16 Abs. 3 BV ist jedoch eng mit dem Öffentlichkeitsgesetz verbunden, denn mit der Einführung des BGÖ sind amtliche Dokumente als «allgemein zugängliche Quellen» im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen.¹⁶ Somit hat das Öffentlichkeitsprinzip eine grundrechtliche Dimension.¹⁷

2.1.2 Entstehung des BGÖ

Lange gehörte die staatliche Verwaltung nach vorherrschendem Verständnis nicht zu den allgemein zugänglichen Informationsquellen.¹⁸ Nach und nach vollzogen einzelne Kantone den Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip.¹⁹ Eine Vorreiterrolle nahm dabei der Kanton Bern ein, welcher das Öffentlichkeitsprinzip im Rahmen der Verfassungsrevision im Jahre 1995 auf kantonaler Ebene verankert hat.²⁰ Im Bund dauerte der legislatorische Entscheidungsprozess wesentlich länger.²¹ 1982 entstand zum ersten Mal die Idee eines Öffentlichkeitsgesetzes, als die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingesetzte Expertenkommission ein entsprechendes Gesetz vorschlug.²² Im Jahr 2000 ging ein erster Entwurf des Öffentlichkeitsgesetzes in die Vernehmlassung.²³ 2003 endete der Prozess mit der tatsächlichen Verabschiedung der Gesetzesvorlage

¹² BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N 42.

¹³ BIAGGINI, N 13 zu Art. 181 BV.

¹⁴ HÄNER, Organisationsrecht, N 28.29.

¹⁵ BGE 137 I 8 E. 2.3 ff. S. 11 ff.

¹⁶ BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N 43.

¹⁷ MADER, S. 14.

¹⁸ BGE 104 Ia 88 E. 12 S. 102; BIAGGINI, N 11 zu Art. 16 BV.

¹⁹ BIAGGINI a.a.O.

²⁰ AUER, S. 57.

²¹ MADER, S. 13.

²² MADER a.a.O.

²³ BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N 13.

vom Bundesrat an das Parlament.²⁴ Das Gesetz wurde schliesslich am 17. Dezember 2004 verabschiedet und am 1. Juli 2006 in Kraft gesetzt.²⁵

Nicht nur die lange Dauer bis zur Entstehung ist ungewöhnlich, sondern auch der Umstand, dass in diesem Entwicklungsprozess alle aus rechtlicher und gesetzestechnischer Sicht erdenklichen Möglichkeiten (Verfassungsbestimmung, Gesetz, Verordnung, Weisungen) erwogen oder vorgeschlagen wurden, und die verwaltungsinterne Verantwortlichkeit für das Geschäft mehrmals gewechselt wurde (zunächst das Bundesamt für Justiz (BJ), dann die Bundeskanzlei und nachher wieder das BJ).²⁶

2.1.3 Sinn und Zweck des BGÖ

Bevor das BGÖ in Kraft trat, herrschte im Bund beim Zugangsrecht zu Verwaltungsinformationen, wie bereits unter Ziff. 2.1.1 erwähnt, das System der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt.²⁷ Das Handeln der Verwaltung war geheim und konnte nur ausnahmsweise öffentlich überprüft werden.²⁸ Dieses System stützte sich insbesondere auf Art. 22 BPG und auf Art. 320 StGB.²⁹ Mit der Einführung des BGÖ erfolgte dann ein Paradigmenwechsel zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt.³⁰ Mit dieser Änderung geht einerseits das Recht einher, amtliche Dokumente einzusehen, andererseits begründet sie die Pflicht der Behörden, über den Inhalt amtlicher Dokumente Auskunft erteilen müssen, sofern keine gesetzliche Ausnahme vorliegt.³¹ Das Öffentlichkeitsprinzip ist in Art. 6 Abs. 1 BGÖ explizit festgehalten.

Art. 1 BGÖ besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz zum Zweck hat, «die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung (zu) fördern» und «zur Information der Öffentlichkeit» (beizutragen). Aus dieser Formulierung ist allerdings weder der Grund für die Schaffung bzw. Förderung der Transparenz, noch die Gründe und Motive für die Gewährleistung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten erkenntlich.³² In der Botschaft werden drei wesentliche Ziele, die mit dem Öffentlichkeitsgesetz erreicht werden sollen, deutlich gemacht³³: Das Öffentlichkeitsgesetz soll zur Verwirklichung der Grundrechts der Informationsfreiheit beitragen, die Transparenz als Voraussetzung für

²⁴ MADER, S. 12 f.

²⁵ BLECHTA, BSK, Entstehung und Systematik, N 1.

²⁶ MADER, S. 13.

²⁷ Botschaft BGÖ, S. 1965.

²⁸ Botschaft BGÖ a.a.O.

²⁹ BLECHTA, BSK, Entstehung und Systematik, N 8.

³⁰ BRUNNER/MADER, SHK, Entstehung, Konzept, Kontext, N 8; Urteil des BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 2.1.

³¹ BOLLER/HUNKEMÖLLER, S. 771.

³² MADER, S. 13 f.

³³ MADER, S. 14.

die demokratische Mitwirkung und Kontrolle verbessern und als Instrument für die Modernisierung der Verwaltung dienen, indem die Verwaltung bürgernäher, dienstleistungs- sowie effizienzorientierter gemacht wird.³⁴ Interessanterweise gelten analoge Zielsetzungen auch für die Digitalisierung der Verwaltungstätigkeit.³⁵

2.1.4 Geltungsbereich

An diesem Punkt stellt sich nun die Frage, auf welche Behörden und Personen das BGÖ anwendbar ist. In den persönlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a einerseits die Bundesverwaltung. Der Begriff der Bundesverwaltung richtet sich nach Art. 178 BV und Art. 2 RVOG.³⁶ Beschrieben werden sowohl die zentrale als auch die dezentrale Bundesverwaltung.³⁷ Zudem wird in Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ festgehalten, dass auch Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung in den persönlichen Geltungsbereich des BGÖ fallen, sofern sie Erlasse oder Verfügungen erlassen. Die Parlamentsdienste als Verwaltung der Bundesversammlung sind gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c BGÖ ebenfalls dem Anwendungsbereich des BGÖ unterstellt.

Bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs sieht Art. 3 Abs. 1 BGÖ eine Negativliste von verschiedenen Verfahren vor. Alle in dieser Bestimmung nicht erwähnten Bereiche fallen grds. in den sachlichen Geltungsbereich.³⁸

2.1.5 Amtliches Dokument

2.1.5.1 Begriff

Zentral im BGÖ ist der Begriff des amtlichen Dokuments, denn nicht jedes Dokument, das irgendwo bei einer Behörde zu finden ist, fällt unter das Öffentlichkeitsprinzip. Damit das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist, muss es sich bei den Dokumenten um sog. amtliche Dokumente handeln.³⁹ «Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft» (Art. 5 Abs.1 lit. a-c BGÖ). Wenn die Dokumente allerdings «durch eine Behörde kommerziell genutzt werden», «nicht fertiggestellt sind» oder «zum

³⁴ BRUNNER, SHK, N 6 zu Art 1 BGÖ; MADER a.a.O.

³⁵ Vgl. dazu die Zielsetzung im Grundlagenbericht digitale Verwaltung, S. 2.

³⁶ STAMM-PFISTER, BSK, N 1 zu Art. 2 BGÖ.

³⁷ MADER, S. 19; SÄGESSER, SHK, N 21 ff. zu Art. 2 BGÖ.

³⁸ STAMM-PFISTER, BSK, N 1 zu Art. 3 BGÖ.

³⁹ BOLLER/HUNKEMÖLLER, S. 773.

persönlichen Gebrauch bestimmt sind», gelten sie nicht als amtliches Dokument (Art. 5 Abs. 3 lit a-c BGÖ).⁴⁰

Die Voraussetzungen zur Bestimmung eines amtlichen Dokuments sind weit zu verstehen.⁴¹ So können die Dokumente nicht nur in Papierform, sondern auch als Bilder auf einem USB-Stick gespeichert oder im Anhang einer E-Mail vorhanden sein.⁴² Auch Dokumente, die erst latent vorhanden sind und durch eine elementare Computermanipulation hergestellt werden, zählen als amtliche Dokumente und können dementsprechend ebenfalls Gegenstand eines BGÖ-Gesuchs sein.⁴³ Diese weite Begriffsdefinition ist m.E. sinnvoll, denn sie dient der Gewährleistung des uneingeschränkten Öffentlichkeitsprinzips und damit einer möglichst weitgehenden Verwaltungstransparenz. Die weite Begriffsfassung macht es möglich, das Öffentlichkeitsprinzip über weite Strecken umzusetzen, so dass gewisse Medien nicht schon im Voraus wegen ihrer Beschaffenheit ausgeschlossen werden müssen.⁴⁴

2.1.5.2 Verfahren und Zugang zu amtlichen Dokumenten

Nach den Ausführungen zum Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips, dem Geltungsbereich und welche Art von Dokumenten unter dieses Prinzip fällt, stellt sich im Folgenden die Frage, wie man Einsicht in solche Dokumente nehmen kann, resp. wie das Zugangsverfahren konkret ausgestaltet ist. Das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten ist in Art. 10 ff. BGÖ geregelt. Um Einsicht in ein amtliches Dokument zu erlangen, muss ein Gesuch an die Behörde gerichtet werden, die das Dokument erstellt hat oder die es von Dritten, die nicht dem BGÖ unterstellt sind, als Hauptadressatin erhalten hat (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Das Gesuch muss hinreichend genau formuliert sein (Art. 10 Abs. 3 BGÖ). Die hinreichend genaue Formulierung darf allerdings nicht zu streng ausgelegt werden.⁴⁵ Die zuständige Behörde muss das amtliche Dokument ohne grössere Schwierigkeiten identifizieren können.⁴⁶ Eine bestimmte Form sowie eine Begründung werden nicht verlangt (Art 7 Abs. 1 VBGÖ). Nach Eingang des Gesuchs hat die betroffene Behörde 20 Tage Zeit, um Stellung zu beziehen (Art. 12 Abs. 1 BGÖ). Nach Art. 12 Abs. 2 BGÖ kann diese Frist ausnahmsweise nochmals um 20 Tage

⁴⁰ Im Kanton Bern soll das Gesetz über die Information der Bevölkerung revidiert werden (Vortrag Informationsgesetz, S. 2). Interessant ist u.a., dass der Begriff Dokument (bzw. Akte) nicht mehr verwendet werden soll und durch den Begriff Information ersetzt wird (Vortrag Informationsgesetz, S. 10).

⁴¹ BOLLER/HUNKEMÖLLER a.a.O.

⁴² BÜHLER, BSK, N 9 zu Art. 5 BGÖ.

⁴³ Botschaft BGÖ, S. 1996.

⁴⁴ BOLLER/HUNKEMÖLLER, S. 773.

⁴⁵ Botschaft BGÖ, S. 2020.

⁴⁶ Botschaft BGÖ a.a.O.

verlängert werden, sofern es sich um umfangreiche, komplexe oder schwer beschaffbare Dokumente handelt.

Jede Person hat Zugang zu amtlichen Dokumenten, d.h. unabhängig ihrer konkreten Interessenslage.⁴⁷ Sowohl natürliche als auch juristische Personen sind Träger des Zugangsrechts nach Art. 6 BGÖ und können unabhängig von ihrem (Wohn-) Sitz und unabhängig von der Nationalität ein Zugangsgesuch stellen.⁴⁸ Eine Altersgrenze ist nicht vorgesehen, so können also auch Minderjährige Einsicht in amtliche Dokumente verlangen.⁴⁹ Ausserdem muss das Gesuch nicht selbst gestellt werden.⁵⁰ Auch ein Vertreter kann das Gesuch für den Träger des Zugangsrecht stellen.⁵¹ Für die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips ist zentral, dass die Anonymität der gesuchstellenden Person gewährleistet wird und das Gesuch nicht begründet werden muss.⁵² Aus praktischen Gründen kann die Nichtbekanntgabe der Identität jedoch nicht immer eingehalten werden (etwa wenn die Dokumente per Post zugesendet werden oder wenn eine Rechnungsstellung aufgrund allfälliger Gebühren erfolgt).⁵³ Darüber hinaus hat das Gesuch diejenigen Angaben zu enthalten, die für eine Identifizierung des gewünschten amtlichen Dokuments erforderlich sind.⁵⁴ Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sind jedoch nur die für die Identifizierung unabdingbaren Angaben anzugeben.⁵⁵

Ganz nach dem Prinzip «access to one, access to all» muss, sobald einer Person Zugang zu einem amtlichen Dokument gewährt wird, ist jeder weiteren Personen beim selben Dokument in selben Umfang Einsicht zu gewähren (Art. 3 VBGÖ).

2.1.5.3 Gebühren

Wird ein Gesuch um Einsicht in ein amtliches Dokument gestellt, besteht i.d.R. eine Pflicht, Gebühren zu entrichten.⁵⁶ Im BGÖ ist die Gebührenerhebung in Art. 17 geregelt. Diese Bestimmung soll aber nicht die Wahrnehmung des Transparenzrechts erschweren, sondern nur die aufwändigen Gesuche mit einer Kostenauflegung steuern.⁵⁷ Darüber hinaus dient sie dem öffentlichen Interesse an einer zweckmässigen und rationellen

⁴⁷ HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip, S. 284.

⁴⁸ BHEND/SCHNEIDER, BSK, N 14 zu Art. 10 BGÖ.

⁴⁹ Botschaft BGÖ, S. 2001.

⁵⁰ BHEND/SCHNEIDER, BSK, N 14 zu Art. 10 BGÖ.

⁵¹ BHEND/SCHNEIDER, BSK, a.a.O.

⁵² HÄNER, SHK, N 6 zu Art. 10 BGÖ.

⁵³ HÄNER, SHK, N 31 zu Art. 10 BGÖ.

⁵⁴ HÄNER, SHK, N 32 zu Art. 10 BGÖ.

⁵⁵ HÄNER, SHK, a.a.O.

⁵⁶ Botschaft BGÖ, S. 2026.

⁵⁷ BURKERT, SHK, N 4 zu Art. 17 BGÖ.

Verwaltung.⁵⁸ Bei geringem Aufwand (lit. a), im Schlichtungsverfahren (lit. b) und bei Verfahren, die mit dem Erlass einer Verfügung enden (lit. c), werden gemäss Art. 17 Abs. 2 BGÖ dagegen keine Gebühren erhoben. In Abs. 3 wird die Festlegung der Einzelheiten und des Gebührentarifs an den Bundesrat delegiert, der diese Kompetenz in den Art. 14 bis 16 BGÖ und im Anhang 1 VBGÖ wahrgenommen hat. Sollte die VBGÖ in einem Bereich keine Regelung enthalten, sind die Bestimmungen in der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV) anwendbar (Art. 14 VBGÖ).

Eine von Edith Graf-Litscher eingereichte parlamentarische Initiative (16.432) im Jahr 2016 verlangte die Abkehr von der Gebührenpflicht zur Kostenlosigkeit des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Begründet wurde dies damit, dass in den meisten Fällen auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet wird. Zudem erweist sich die Gebührenpraxis in den verschiedenen Departementen als unterschiedlich. So werden in gewissen Departementen praktisch nie Gebühren erhoben, während in anderen Departementen teilweise Rechnungen über mehrere Tausend Franken gestellt werden. Sehr hohe Beträge haben eine abschreckende Wirkung und sind widersprechen dem Grundgedanken des Öffentlichkeitsprinzips. Aufgrund der verschiedenen Unzulänglichkeiten soll die Gebührenregelung revidiert werden. Neu soll nun eine einzige Ausnahmebestimmung bestehen, die bei einer besonders aufwändigen Bearbeitung eines Zugangsgesuchs eine Gebühr von maximal 2000 Franken erlaubt.⁵⁹

Diese Abkehr zur Kostenlosigkeit der Zugangsgesuche birgt das Risiko, dass die Behörden mit Gesuchen überflutet werden. Doch überwiegen m.E. die grosse Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips und die Tatsache der ungleichen behördlichen Praxis den potenziellen Mehraufwand. Mit der vorgesehenen Regelung kann sichergestellt werden, dass im Bund eine einheitliche Praxis herrscht, indem nur bei einem hohen Aufwand eine Gebühr erhoben wird. Mit der Möglichkeit der Gebührenerhebung bei hohem Bearbeitungsaufwand kann zudem in den Konstellationen, in denen Gesuchstellerinnen oder Gesuchsteller ohne besonderes Interesse ein Gesuch stellen und die Behörden so zu einer unnötig hohen Arbeitsbelastung zwingen, eine abschreckende Wirkung erzielt werden.

⁵⁸ Botschaft BGÖ, S. 2026.

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen Bericht Gebührenregelung, S. 8658 f.

2.2 Ausnahmeregelungen

2.2.1 Übersicht

Das Öffentlichkeitsprinzip gilt nicht uneingeschränkt. Verschiedene Ausnahmeregelungen schränken das Prinzip ein. So existieren Ausnahmen im persönlichen Geltungsbereich⁶⁰. Dazu gehört auch die Ausschlusskompetenz des Bundesrats gemäss Art. 2 Abs. 3 BGÖ. Ausnahmen gibt es auch im sachlichen und im zeitlichen Geltungsbereich.⁶¹ Weiter ist im BGÖ ein Vorbehalt von Spezialbestimmungen verankert. Schliesslich wird in Art. 7 BGÖ ein Ausnahmekatalog festgehalten, und Art. 8 BGÖ regelt besondere Fälle. Im Folgenden werden die einzelnen Ausnahmebestimmungen erläutert, welche der Gesetzgeber im BGÖ vorgenommen hat.

2.2.2 Ausnahmen im persönlichen Geltungsbereich

2.2.2.1 Expliziter Ausschluss der SNB und der FINMA

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BGÖ werden die beiden Organisationen Schweizerische Nationalbank (SNB) und Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) ausdrücklich vom persönlichen Anwendungsbereich des BGÖ ausgeschlossen. Der explizite Ausschluss der SNB und der FINMA ist auf die institutionelle Unabhängigkeit der jeweiligen Organisation sowie auf ihr heikles wirtschaftliches und politisches Tätigkeitsgebiet zurückzuführen.⁶² Die Rechtsfolge dieser Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich ist, dass der gesamte Erlass auf diese Organisationen nicht anwendbar ist und somit auch nicht die Umschreibung des Begriffs eines amtlichen Dokuments, was besonders relevant ist, denn eine Behörde, die Dokumente von der SNB oder FINMA erhält, muss diese von Gesetzes wegen als geheim behandeln, auch wenn bei ihr die Kriterien eines amtlichen Dokuments grds. erfüllt wären.⁶³

Es ist allerdings fraglich, ob der explizite Ausschluss dieser beiden Organisationen zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit und der Berücksichtigung der Sensibilität ihrer Tätigkeitsbereiche notwendig ist oder ob der Ausnahmekatalog in Art. 7 BGÖ nicht ausreichen würde, um ihre Interessen vollständig zu berücksichtigen.⁶⁴ Die Ausnahme der SNB und der FINMA hat dementsprechend auch keinen materiellen Grund, sondern basiert lediglich auf politischen und historischen Hintergründen.⁶⁵

⁶⁰ Siehe Art. 2 BGÖ.

⁶¹ Siehe Art. 3 BGÖ und Art. 23 BGÖ.

⁶² SÄGESSER, SHK, N 48 zu Art. 2 BGÖ.

⁶³ SÄGESSER, SHK, N 50 zu Art. 2 BGÖ.

⁶⁴ SÄGESSER, SHK, N 54 und N 58 zu Art. 2 BGÖ; STAMM-PFISTER, BSK, N 23 f. zu Art. 2 BGÖ.

⁶⁵ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 9.

2.2.2.2 Bundesrätliche Ausschlusskompetenz

Neben der expliziten Ausschlussbestimmung der SNB und FINMA findet sich mit der bundesrätlichen Ausschlusskompetenz eine weitere Einschränkung im persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips. Gemäss Art. 2 Abs. 3 BGÖ hat der Bundesrat die Kompetenz, weitere verwaltungsinterne oder verwaltungsexterne Stellen vom Geltungsbereich des BGÖ auszunehmen. Die Voraussetzungen für die Wahrnehmung dieser Kompetenz sind in den Art. 2 Abs. 3 lit. a-c BGÖ umschrieben. Es genügt, wenn alternativ eine Voraussetzung erfüllt ist. Bei Art. 2 Abs. 3 lit. a BGÖ muss die Ausnahme vom Geltungsbereich für die betroffene Organisation erforderlich sein, damit sie ihre übertragenen Aufgaben erfüllen kann. Hierbei handelt es sich um Bereiche, dies es erfordern, dass die Erfüllung bestimmter Aufgaben nahezu ausschliesslich durch eine Bearbeitung von Personendaten oder von Daten, die als Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind, erfolgt.⁶⁶ Eine zusätzliche Ausnahme kann nach Art. 2 Abs. 3 lit. b BGÖ vorgesehen werden, wenn die Gefahr einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit droht. Dies ist dann der Fall, wenn die betroffene Organisation in einem Bereich wettbewerbsmässig tätig ist, in dem sie dem BGÖ unterstellt ist.⁶⁷ Schliesslich können gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. c BGÖ Organisationen vom Geltungsbereich ausgenommen werden, wenn ihre Aufgaben von geringer Bedeutung sind. Diese Bedingung ist erfüllt, wenn mindestens eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt: Kleine Adressatengruppe, keine Beeinträchtigung von Rechten oder Interessen eines grösseren Personenkreises und kein Erfordernis nach nennenswerten finanziellen Aufwendungen des Bundes im fraglichen Bereich.⁶⁸

Während der explizite Ausschluss der SNB und der FINMA rechtspolitische Entscheidungen darstellen, wurde diese Regelung aus Gründen der Praktikabilität ins Gesetz aufgenommen.⁶⁹ SÄGESSER vertritt zudem die Ansicht, dass bei den Ausnahmenregelungen in Abs. 2 und Abs. 3 eine Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsfolgen vorliegt.⁷⁰ Bei Abs. 2 soll auch bei amtlichen Dokumenten der SNB und der FINMA, die einer anderen Behörde übermittelt werden, das gesamte Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung kommen.⁷¹ Hingegen handle es sich bei Abs. 3 um eine Ausnahme vom Geltungsbereich und somit würden die Dokumente bei der Übermittlung an eine andere Behörde, die dem BGÖ untersteht, dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen.⁷² STAMM-PFISTER

⁶⁶ Botschaft BGÖ, S. 1988.

⁶⁷ Botschaft BGÖ a.a.O.

⁶⁸ Botschaft BGÖ a.a.O.

⁶⁹ STAMM-PFISTER, BSK, N 29 zu Art. 2 BGÖ; ähnlich SÄGESSER, SHK, N 48 zu Art. 2 BGÖ.

⁷⁰ SÄGESSER, SHK, N 50 zu Art. 2 BGÖ.

⁷¹ SÄGESSER, SHK, a.a.O.

⁷² SÄGESSER, SHK, N 51 zu Art. 2 BGÖ.

zweifelt am Willen des Gesetzgebers, unterschiedliche Rechtsfolgen vorzusehen, da in der Botschaft keinerlei Hinweise für eine solche Unterscheidung zu finden sind und sich der Wortlaut von Abs. 3 («weitere Einheiten») auf Abs. 2 bezieht, was als Gleichbehandlung der beiden Abs. bezüglich ihrer Rechtsfolgen betrachtet werden kann.⁷³

2.2.3 Ausnahmen im sachlichen Geltungsbereich

2.2.3.1 Verfahrensrechtliches Akteneinsichtsrecht

In welchen Verfahren amtliche Dokumente vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen sind, wird in Art. 3 Abs. 1 BGÖ definiert. Gemäss dieser Bestimmung findet das BGÖ auf Verfahren, die in Spezialgesetzen geregelt werden, keine Anwendung.⁷⁴ Es handelt sich hierbei um Zivilverfahren, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechts- und Amtshilfe, internationale Verfahren zur Streitbeilegung, Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege oder um Schiedsverfahren (Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 1-6 BGÖ). Weiter ist das BGÖ nicht anwendbar, wenn es um die Akteneinsichtnahme einer Partei im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren geht (Art. 3 Abs. 1 lit. b BGÖ).

Die Ausnahmeregelung gemäss Art. 3 Abs. 1 BGÖ gilt für hängige wie auch für abgeschlossene Verfahren.⁷⁵ SCHWEIZER/WIDMER sind der Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz ohne weiteres auch auf abgeschlossene Verfahren Anwendung finden soll.⁷⁶ Denn sobald ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen worden ist und auch keine ausserordentlichen Rechtsmittel mehr ergriffen werden können, sind die Spezialgesetze nicht mehr anwendbar und so sehen sie keinen Grund, das BGÖ von der Anwendung auszunehmen.⁷⁷ Ebenso vertritt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) in ständiger Empfehlungspraxis die Meinung, dass bestimmte amtliche Dokumente nach Abschluss des Verfahrens in den Geltungsbereich des BGÖ fallen.⁷⁸ Weder der Gesetzestext noch die klar formulierte Aussage in der Botschaft rechtfertigen jedoch, trotz der gewichtigen Gegenargumente, die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes auf abgeschlossene Verfahren.⁷⁹

⁷³ STAMM-PFISTER, BSK, N 29 zu Art. 2 BGÖ.

⁷⁴ BOLLER/HUNKEMÖLLER, S. 773.

⁷⁵ Botschaft BGÖ, S. 1989.

⁷⁶ SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 12 zu Art. 3 BGÖ.

⁷⁷ Insbesondere die Gefahr von Normenkollisionen ist nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr vorhanden (SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.).

⁷⁸ Damit die amtlichen Dokumente nach Abschluss des Verfahrens in den Anwendungsbereich des BGÖ fallen, müssen sie vor der Verfahrenseröffnung und nicht explizit für das Verfahren erstellt worden sein (Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 2. Februar 2017, S. 3).

⁷⁹ STAMM-PFISTER, BSK, N 5 zu Art. 3 BGÖ.

2.2.4 Ausnahmen im zeitlichen Geltungsbereich

Amtliche Dokumente sind der Öffentlichkeit nur zugänglich, wenn sie nach dem Inkrafttreten des BGÖ von einer Behörde erstellt wurden oder wenn die Behörde sie nach diesem Zeitpunkt empfangen hat (Art. 23 BGÖ). Das BGÖ erklärt aber nicht eindeutig, was für amtliche Dokumente gilt, die regelmässig aktualisiert werden.⁸⁰ Hier ist der Zeitpunkt der definitiven Fertigstellung des Dokuments massgebend.⁸¹ Mit jeder Aktualisierung gilt ein amtliches Dokument als neu, weshalb für die Prüfung der Anwendbarkeit des BGÖ immer die letzte Aktualisierung als entscheidender Zeitpunkt gewählt werden muss.⁸² Bei amtlichen Dokumenten, die einer Behörde übermittelt werden, ist der Zeitpunkt der Empfangnahme massgebend.⁸³ Das Dokument ist somit auch dann öffentlich zugänglich, wenn es zwar vor dem Inkrafttreten des BGÖ erstellt wurde, jedoch erst nachher der Behörde übermittelt wurde.⁸⁴

2.2.5 Vorbehalt von Spezialbestimmungen

In Art. 4 BGÖ wird das Verhältnis zwischen dem BGÖ und den Sonderregelungen in anderen Bundesgesetzen geregelt.⁸⁵ Gemäss Art. 4 lit. a BGÖ gehen spezielle Geheimhaltungsvorschriften in anderen Bundesgesetzen dem BGÖ vor. Dabei handelt es sich z.B. um die Schweigepflichtnormen in der Sozialversicherungsgesetzen oder um das Steuergeheimnis.⁸⁶ Zudem sieht Art. 4 lit. b BGÖ vor, dass Bundesgesetze mit einer spezifischen Öffentlichkeitsregelung ebenfalls dem BGÖ vorgehen. Hierbei handelt es sich etwa um den Zugang zu öffentlichen Registern des Privatrechts (Grundbuch, Zivilstandsregister, Handelsregister etc.).⁸⁷

2.2.6 Ausnahmekatalog (Art. 7 BGÖ)

Der Ausnahmekatalog in Art. 7 BGÖ beinhaltet eine Reihe von Fällen, bei denen überwiegende private oder öffentliche Interessen unter Umständen dazu führen, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann.⁸⁸ Neun Ausnahmebestimmungen sind in Art. 7 BGÖ festgehalten, wovon sechs überwiegende öffentliche Interessen (Abs. 1 lit. a bis f) und drei überwiegende

⁸⁰ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 11.

⁸¹ Urteil des BVGer A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 3.2.

⁸² Urteil des BVGer A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 a.a.O.

⁸³ FÜZESSÉRY MINELLI, SHK, N 12 zu Art. 23 BGÖ.

⁸⁴ FÜZESSÉRY MINELLI, SHK, a.a.O.

⁸⁵ COTTIER, SHK, N 3 zu Art. 4 BGÖ.

⁸⁶ MADER, S. 24.

⁸⁷ MADER a.a.O.

⁸⁸ Botschaft BGÖ, S. 2004.

private Interessen (Abs. 1 lit. g und h, Abs. 2) schützen.⁸⁹ Es handelt sich um die folgenden Interessen:

- Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde (Abs. 1 lit. a)
- Zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen (Abs. 1 lit. b)
- Gewährleistung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz (Abs. 1 lit. c)
- Schutz der aussenpolitischen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz (Abs. 1 lit. d)
- Schutz der Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen oder der Kantone untereinander (Abs. 1 lit. e)
- Schutz der wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz (Abs. 1 lit. f)
- Schutz der Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse (Abs. 1 lit. g)
- Schutz von Informationen Dritter, die einer Behörde mit deren Geheimhaltungszusicherung freiwillig mitgeteilt haben (Abs. 1 lit. h)
- Schutz der Privatsphäre Dritter (Abs. 2)

Der Gesetzgeber hat mit der Aufzählung dieser Geheimhaltungsinteressen bereits eine Interessenabwägung vorweggenommen.⁹⁰ Es findet folglich keine Abwägung zwischen dem Zugangsinteressen und dem Geheimhaltungsinteressen statt.⁹¹ Damit eines der genannten öffentlichen oder privaten Interessen eine Geheimhaltung eines amtlichen Dokuments rechtfertigen kann, muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass ein substantieller Schaden eintritt.⁹² Eingeschränkt werden kann der Zugang nur dann, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass die in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigt werden.⁹³ Ist dies gegeben, wird der Zugang verweigert.⁹⁴ Dabei spielt es auch keine Rolle, aus welchen Gründen die gesuchstellende Person Einsicht haben möchte.⁹⁵ Ob mehrere verschiedene Interessen aufgezählt werden, ist für die Interessenabwägung nicht relevant.⁹⁶

⁸⁹ COTTIER, SHK, N 3 zu Art. 7 BGÖ.

⁹⁰ HÄNER/STEIMEN, BSK, N 3 zu Art. 7 BGÖ.

⁹¹ HÄNER/STEIMEN, BSK, a.a.O.

⁹² COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 5 zu Art. 7 BGÖ.

⁹³ Botschaft BGÖ, S. 2006.

⁹⁴ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 5 zu Art. 7 BGÖ.

⁹⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.

⁹⁶ TSCHERRIG, Nr. 11.

2.2.7 Besondere Fälle (Art. 8 BGÖ)

Art. 8 BGÖ regelt die Anwendung des BGÖ in einigen Sonderfällen, bei denen es keine Abwägung im Einzelfall gibt oder diese zumindest aufgeschoben wird.⁹⁷ Einerseits sind amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens für die Öffentlichkeit nicht zugänglich (Art. 8 Abs. 1 BGÖ). Andererseits dürfen amtliche Dokumente, die für einen politischen oder administrativen Entscheid die Grundlage darstellen, nicht zugänglich gemacht werden, bevor dieser Entscheid getroffen wurde (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Ausnahmsweise können amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens auch nach dem Entscheid nicht zugänglich gemacht werden, wenn der Bundesrat dies so beschliesst (Art. 8 Abs. 3 BGÖ). Unter keinen Umständen der Öffentlichkeit zugänglich sind hingegen amtliche Dokumente über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen (Art. 8 Abs. 4 BGÖ). Uneingeschränkt zugänglich sind schliesslich jedoch die Berichte über die Evaluation der Leistungsfähigkeit der Bundesverwaltung sowie über die Wirksamkeit ihrer Massnahmen (Art. 8 Abs. 5 BGÖ).

Es ist an dieser Stelle ergänzend anzufügen, dass ein amtliches Dokument, das gemäss BGÖ grds. nicht dem Öffentlichkeitsprinzip untersteht, immer noch im Rahmen der aktiven Informationspolitik der Behörden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden kann.⁹⁸

2.3 Verknüpfung BGÖ und Datenschutzrecht

2.3.1 Aktuelle Regelung

Die Abgrenzung zwischen dem datenschutzrechtlichen Zugang und dem Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz wird in Art. 3 Abs. 2 BGÖ geregelt.⁹⁹ Sind die Voraussetzungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) erfüllt, hat das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht Vorrang vor dem Zugangsrecht gemäss Öffentlichkeitsgesetz.¹⁰⁰ Das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG ist älter als das allgemeine Zugangsrecht nach Art. 6 BGÖ und unterscheidet sich von diesem in Bezug auf den Zweck und die Voraussetzungen.¹⁰¹ Denn das datenschutzrechtliche Zugangsrecht ist ein Behelf der betroffenen Person und basiert auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, daher ist es nicht zu verwechseln mit einem allgemeinen Zugangsrecht gemäss BGÖ.¹⁰²

⁹⁷ MADER, S. 27.

⁹⁸ MAHON/GONIN, SHK, N 11 zu Art. 8 BGÖ.

⁹⁹ STAMM-PFISTER, BSK, N 30 zu Art. 3 BGÖ.

¹⁰⁰ STAMM-PFISTER, BSK, a.a.O.

¹⁰¹ STAMM-PFISTER, BSK, N 31 zu Art. 3 BGÖ.

¹⁰² STAMM-PFISTER, BSK, a.a.O.

Art. 3 Abs. 2 BGÖ regelt den besonderen Fall, bei dem eine Person Zugang zu einem amtlichen Dokument verlangt, das seine eigenen Personendaten enthält.¹⁰³ Wenn das amtliche Dokument allerdings auch Personendaten von Dritten enthält, ist Art. 9 BGÖ anwendbar.¹⁰⁴ Die Bestimmungen zum Schutz der Personendaten befinden sich in Art. 9 BGÖ. Gemäss dieser Bestimmung sind einerseits die Personendaten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ), andererseits wird bei amtlichen Dokumenten, die nicht anonymisiert werden können, das Zugangsgesuch nach Art. 19 DSG beurteilt, wobei sich das Zugangsverfahren jedoch nach dem BGÖ richtet (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Bei der Anonymisierung von Dokumenten ist zu beachten, dass eine Re-Identifikation durch Dritte nicht möglich ist.¹⁰⁵

Dass die Personendaten in einem amtlichen Dokument zuerst anonymisiert werden müssen, bevor der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, stellt eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Art. 5 Abs. 2 BV dar.¹⁰⁶ Spezialgesetzliche Bestimmungen oder ein unverhältnismässig hoher Aufwand können einer Anonymisierung entgegenstehen.¹⁰⁷ Ferner kann es sein, dass eine Anonymisierung die inhaltliche Aussagekraft des amtlichen Dokuments beeinträchtigt und daraus folgend ein Konflikt zwischen dem Recht auf Informationszugang und dem Schutz der Personendaten entsteht.¹⁰⁸ Die materiellen Bestimmungen des Datenschutzrechts bestimmen dann, ob in einer solchen Konstellation der Zugang gewährt werden kann oder nicht.¹⁰⁹

Wird die Privatsphäre einer Person nicht beeinträchtigt, ist die Behörde nicht zur Anonymisierung verpflichtet.¹¹⁰ In diesem Fall könnte die Anonymisierung sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein, denn mit der Einführung des BGÖ hat der Gesetzgeber die Transparenz bezweckt und daher sollte, wenn immer möglich die vollständige, d.h. nicht anonymisierte, Dokumenteinsicht das Ziel sein.¹¹¹ Ist eine Anonymisierung nicht möglich und liegt keine Zustimmung der betroffenen Personen vor, kann gemäss Art. 6 VBGÖ der Zugang trotzdem gewährt werden, wenn öffentliche Interessen das Interesse der betroffenen Person auf Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen. Ein solches öffentliches Interesse kann nach Art. 6 Abs. 2 lit. c VBGÖ vorliegen, wenn die betroffene Person mit der dem BGÖ unterstellten Behörde in einer

¹⁰³ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 17.

¹⁰⁴ STAMM-PFISTER, BSK, N 33 zu Art. 3 BGÖ.

¹⁰⁵ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 13.

¹⁰⁶ FLÜCKIGER, SHK, N 22 zu Art. 9 BGÖ.

¹⁰⁷ FLÜCKIGER, SHK, N 23 f. zu Art. 9 BGÖ.

¹⁰⁸ SCHOCH, S. 273.

¹⁰⁹ SCHOCH a.a.O.

¹¹⁰ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 13.

¹¹¹ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr beachtliche Vorteile erwachsen. Z.B. hat die Behörde mit einer Privatperson einen Vertrag geschlossen und dieser Vertrag bringt der Privatperson namhafte wirtschaftliche Vorteile.¹¹² Eine Einsicht kann in diesem Fall durchaus von öffentlichem Interesse sein, stellt das BGÖ doch auch ein Instrument der Korruptions- und Betrugsbekämpfung dar.¹¹³

2.3.2 Neues Datenschutzgesetz

Das revidierte Datenschutzgesetz wird gemäss dem BJ aller Voraussicht nach auf den 1. September 2023 in Kraft treten.¹¹⁴ Neu wird u.a. der Geltungsbereich eingeschränkt und gilt in Zukunft nur noch für natürliche Personen (Art. 1 revDSG). Dies hat zur Folge, dass beim Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Daten juristischer Personen enthalten, keine Einschränkung mehr aus Datenschutzgründen erfolgen kann, sondern nur wenn dadurch Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenkundig gemacht werden (Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ).¹¹⁵ Um die Rechte juristischer Personen beim Zugang zu amtlichen Dokumenten zu garantieren, wenn ein Gesuch sich auf Dokumente bezieht, bei denen die Gewährung des Zugangs die Privatsphäre der juristischen Person beeinträchtigen könnte, müssen einige Bestimmungen des BGÖ angepasst werden.¹¹⁶ U.a. muss Art. 9 BGÖ ergänzt werden, indem auch amtliche Dokumente, welche Daten juristischer Personen enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind.¹¹⁷

2.3.3 Funktion des EDÖB

Ein weiterer Zusammenhang zwischen dem DSG und dem BGÖ besteht in der Funktion des EDÖB. Der EDÖB erfüllt auf Bundesebene im Zusammenhang mit dem Funktionieren des Öffentlichkeitsprinzips verschiedene Aufgaben, die im BGÖ in den Art. 18 ff. geregelt sind. Eine wichtige Aufgabe des EDÖB ist gemäss Art. 18 lit. a BGÖ die Leitung des Schlichtungsverfahrens, wenn zwischen einer Behörde und einer gesuchstellenden Person sowie einer allfälligen Drittperson Uneinigkeit besteht. Bleibt die Uneinigkeit bestehen, kann der EDÖB im Anschluss des Schlichtungsverfahrens eine Empfehlung abgeben. Ist die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller oder eine betroffene Drittperson mit der Empfehlung nicht einverstanden, besteht die Möglichkeit, eine Verfügung zu verlangen (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). Sofern die Behörde von der Empfehlung abweichen möchte, kann sie das Verfahren selbst von Amtes wegen einleiten (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

¹¹² Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

¹¹³ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

¹¹⁴ BJ, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>> (zuletzt besucht am 21.03.2022).

¹¹⁵ Botschaft revDSG, S. 7012.

¹¹⁶ Botschaft revDSG a.a.O.

¹¹⁷ Botschaft revDSG, S. 7112.

Wird eine Verfügung erlassen, richtet sich das Verfahren nach dem VwVG und die Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Als letzte Instanz entscheidet schliesslich das Bundesgericht.¹¹⁸

Neben der Schlichtungsfunktion übernimmt der EDÖB gegenüber Privaten und Behörden ausserdem eine Informationsfunktion in Bezug auf Modalitäten beim Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 18 lit. b BGÖ). Zudem äussert sich der EDÖB bei Erlassentwürfen und Massnahmen des Bundes, welche das Öffentlichkeitsprinzip wesentlich betreffen (Art. 18 lit. c BGÖ). Ferner erstattet er dem Bundesrat regelmässig Bericht, in dem er den aktuellen Stand betreffend Vollzug, Wirksamkeit und Kosten des BGÖ übermittelt.¹¹⁹

¹¹⁸ Vgl. zum Ganzen HÄNER, Funktion des EDÖB, S 61.

¹¹⁹ EDÖB, <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/oeffentlichkeitsprinzip/ueberblick/aufgaben-des-edoeb.html>> (zuletzt besucht am 31.01.2022).

3 Bundesnahe Unternehmen

3.1 Einordnung im Bundesrecht

3.1.1 Verfassungsrechtliche Grundlage

Die Bestimmung über die Bundesverwaltung findet sich in der BV in Art. 178. In der BV fallen unter den Begriff der Bundesverwaltung sowohl die Einheiten der zentralen als auch die der dezentralen Bundesverwaltung.¹²⁰ Die Einheiten der zentralen Bundesverwaltung werden vom Bundesrat geführt, die der dezentralen Einheiten nicht, werden jedoch einem Departement zugeordnet.¹²¹ Die BV geht folglich von einem zweigliedriger Verwaltungsbegriff aus. Daneben gibt es in Art. 178 Abs. 3 BV die Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die Verwaltungsaufgaben erfüllen und sich ausserhalb der Bundesverwaltung befinden. In diesem Zusammenhang wird von Auslagerung gesprochen (Aufgabenauslagerung).¹²² In der Lehre werden drei Formen unterschieden: Bei der Dezentralisierung verbleibt die Aufgabenerfüllung bei einem staatlichen Aufgabenträger, der jedoch nicht zur Zentralverwaltung gehört; die Aufgabenerfüllung kann bei der Privatisierung durch einen privaten Träger geleistet werden; die Aufgabenerfüllung erfolgt durch ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen.¹²³

3.1.2 Bundesgesetzliche Regelung

Die Verfassungsbestimmung von Art. 178 BV wird in den bundesgesetzlichen Regelungen, d.h. im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) und in der dazu gehörenden Verordnung (RVOV), konkretisiert.¹²⁴ Unterschieden wird auf Gesetzesstufe zwischen der zentralen Bundesverwaltung und den dezentralisierten Verwaltungseinheiten.¹²⁵ Art. 2 Abs. 4 RVOG besagt, dass nicht zur Bundesverwaltung gehörende Organisationen des öffentlich und privaten Rechts durch die Bundesgesetzgebung mit Verwaltungsaufgaben betraut werden können. Folglich muss an dieser Stelle definiert werden, welche dieser Organisationen zur Bundesverwaltung gehören und welche nicht. Art. 7a Abs. 1 RVOV bestimmt, aus welchen Verwaltungseinheiten die dezentrale Bundesverwaltung besteht. In Art. 7a Abs. 1 lit. c und d RVOV werden zur dezentralen Bundesverwaltung, die durch Gesetz errichteten, rechtlich verselbständigten öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Stiftungen sowie Anstalten (lit. c) und die vom Bund kapital- und

¹²⁰ BIAGGINI, N 7 zu Art. 178 BV.

¹²¹ BIAGGINI, N 6 zu Art. 178 BV.

¹²² BIAGGINI, N 21 zu Art. 178 BV.

¹²³ BIAGGINI, N 20 zu Art. 178 BV. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind. i.d.R. Gesellschaften des Zivilrechts. Das Gemeinwesen kann Vertreter in die Organe entsenden, ohne Gesellschafter zu werden. Vorausgesetzt wird in solchen Fällen ein öffentliches Interesse des Gemeinwesens (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 zu § 10).

¹²⁴ SÄGESSER, SHK, N 9 zu Art. 2 RVOG.

¹²⁵ UHLMANN, S. 91.

stimmenmässig beherrschten Aktiengesellschaften (lit. d) dazugezählt. Jedoch gehören sie nur dann zur dezentralen Bundesverwaltung, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen.¹²⁶ Erbringen solche Einheiten überwiegend Dienstleistungen am Markt, sind sie im Umkehrschluss folglich aus der zentralen Bundesverwaltung ausgelagert.

3.2 Auslagerungen aus der Bundesverwaltung

3.2.1 Trend zu Auslagerungen

In den letzten Jahrzehnten gab es im Bund einen Trend zu Auslagerungen von Einheiten aus der Bundesverwaltung.¹²⁷ Die Gründe dafür sind vielfältig.¹²⁸ Zu erwähnen sind einerseits die verschiedenen Verwaltungsreformen, insbesondere das New Public Management mit dem Erfordernis nach Effizienzsteigerung¹²⁹, andererseits wurde der Bund in den letzten Jahrzehnten u.a. mit einer wachsenden Komplexität der staatlichen Aufgabenerfüllung, bspw. durch technologische Entwicklungen, konfrontiert.¹³⁰ Mit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung wird die Verantwortung des Bundes auf die Gewährleistung¹³¹ reduziert und stellt den Bund vor verschiedene Fragen: Welche Organisationseinheiten sind aufgrund ihrer Aufgaben geeignet?¹³² Ist eine Einheit geeignet, stellt sich die weitere Frage nach der Rechtsform.¹³³ Die Wahl der Rechtsform steht insbesondere im Zusammenhang mit der gewünschten staatlichen Einflussnahme (Steuerung).¹³⁴ Ausserdem stellt sich immer auch die Frage, ob eine Beteiligung anderer Gemeinwesen oder von Dritten möglich sein soll oder nicht (sog. Allianzfähigkeit).¹³⁵

3.2.2 Festlegung von Grundsätzen

Bis 2006 orientierte sich der Bund am sog. Vier-Kreise-Modell, das er im Zusammenhang mit dem Projekt Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget (FLAG) einführte.¹³⁶ Die Steuerung durch den Markt ist in diesem Modell umso intensiver, je weiter aussen eine Einheit angesiedelt ist.¹³⁷ Ist eine Einheit näher am Zentrum, wird sie bei

¹²⁶ Siehe auch Art. 6 Abs. 3 RVOV.

¹²⁷ Vgl. CG-Bericht, S. 8248.

¹²⁸ CG-Bericht, S. 8246 f.; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 61.

¹²⁹ Bei New Public Management (NPM) geht es darum, die Verwaltung effizienter zu gestalten und privatwirtschaftliche Grundsätze anzuwenden. Die Verwaltung soll unternehmerisch Denken und Handeln (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 36 zu § 5).

¹³⁰ Vgl. CG-Bericht, S. 8246.

¹³¹ Sog. Gewährleistungsverantwortung (CG-Bericht, S. 8246).

¹³² Ausführlich dazu FREUDIGER, passim.

¹³³ GUTZWILLER, Nr. 73.

¹³⁴ FREUDIGER, S. 405.

¹³⁵ Vgl. Botschaft POG, S. 5278.

¹³⁶ CG-Bericht, S. 8248.

¹³⁷ CG-Bericht a.a.O.

der Aufgabenerfüllung durch die Politik gesteuert.¹³⁸ In einer späteren Phase wurde das Konzept im Corporate-Governance-Bericht modifiziert.¹³⁹ In diesem Bericht legt der Bundesrat die Grundsätze für die Steuerung von Organisationen fest und formuliert einheitliche Kriterien für die Beurteilung der Auslagerung von Bundesaufgaben.¹⁴⁰ Es werden vier Aufgabentypen unterschieden: der erste Typ umfasst Ministerialaufgaben (u.a. die Politikvorbereitung sowie hoheitliche Aufgaben); der zweite Dienstleistungen mit Monopolcharakter (Bildung, Forschung und Kultur); beim dritten Typ handelt es sich um die Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht und der vierte beinhaltet schliesslich die Dienstleistungen am Markt.¹⁴¹ Geeignet für eine Auslagerung aus der zentralen Bundesverwaltung sind abgesehen von den Ministerialaufgaben grds. alle Typen.¹⁴²

3.2.3 Rechtsformen für ausgelagerte Organisationen

3.2.3.1 Übersicht

Für ausgelagerte bzw. verselbständigte Einheiten sind grds. verschiedene öffentlich-rechtliche wie auch privatrechtliche Rechtsformen denkbar.¹⁴³ Bei einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform liegt der Vorteil darin, dass der Bund das Organisationsrecht der verselbständigten Einheit auf seine spezifischen Bedürfnisse festlegen kann.¹⁴⁴ Indessen ist das Organisationsrecht und damit die Möglichkeiten des Bundes als Eigner bei den privatrechtlichen Rechtsformen weitgehend durch das Privatrecht vorbestimmt.¹⁴⁵ Im öffentlichen Recht dominiert die Rechtsform der Anstalt.¹⁴⁶ Die privatrechtliche Aktiengesellschaft ist bei privatrechtlichen Rechtsformen am weitesten verbreitet.¹⁴⁷ Eine bedeutende Mischform stellt die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft dar.¹⁴⁸ Es handelt sich bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft um eine öffentlich-rechtliche Organisationsform, die sich jedoch weitgehend an die privatrechtliche Rechtsform der Aktiengesellschaft anlehnt.¹⁴⁹

Der Bundesrat kommt im Corporate-Governance-Bericht zur folgenden Schlussfolgerung: Für ausgelagerte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, ist in grds. Hinsicht die

¹³⁸ CG-Bericht a.a.O.

¹³⁹ CG-Bericht a.a.O.; Botschaft NFB, S. 781; TSCHANNEN, Bundesverwaltung, S. 520.

¹⁴⁰ CG-Bericht, S. 8234.

¹⁴¹ CG-Bericht, S. 8234 und 8259.

¹⁴² CG-Bericht, S. 8265.

¹⁴³ Vgl. CG-Bericht, S. 8267.

¹⁴⁴ CG-Bericht a.a.O.

¹⁴⁵ CG-Bericht a.a.O.

¹⁴⁶ CG-Bericht, S. 8268.

¹⁴⁷ CG-Bericht a.a.O.

¹⁴⁸ CG-Bericht a.a.O.

¹⁴⁹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 ZU § 10.

öffentlich-rechtliche Organisationsform vorzusehen.¹⁵⁰ Die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft soll nur dann zum Zuge kommen, wenn die Organisationen mit der Mehrzahl ihrer Leistungen am Markt auftreten, wenn zweitens die Voraussetzungen zur wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllt sind, wenn sie drittens nicht hoheitlich handeln und wenn sich viertens Dritte beteiligen können sollen.¹⁵¹ Andere privatrechtliche Rechtsformen bzw. öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die sich weitgehend am Privatrecht orientieren, sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu wählen.¹⁵² Dazu gehört die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, auf die im Folgenden näher eingegangen wird, insbesondere weil diese Rechtsform für die drei bundesnahen Betriebe Post, SBB und Swisscom gewählt wurde.

3.2.3.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

3.2.3.2.1 Charakterisierung

Das typische Merkmal einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft ist, dass sie unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen wird.¹⁵³ Die Organisation richtet sich nach dem betreffenden Spezialgesetz und den Statuten.¹⁵⁴ Als Ergänzung zum Spezialgesetz kommen die aktienrechtlichen Vorschriften des OR zur Anwendung.¹⁵⁵ Es ist umstritten, welcher Rechtsnatur sie unterliegt, wobei allerdings mehrheitlich die Zuordnung zum öffentlichen Recht vorliegen dürfte.¹⁵⁶ Als Aktionäre kommen neben der öffentlichen Hand auch Private in Betracht, die allerdings bei Entscheidungen in aller Regel das letzte Wort dem Gemeinwesen überlassen müssen.¹⁵⁷ Die Kantone sind auch befugt, gestützt auf Art. 763 Abs. 1 OR spezialgesetzliche Aktiengesellschaften zu errichten.¹⁵⁸

Die Schaffung von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften ist möglich, weil der Bundesgesetzgeber nicht an den *Numerus clausus* der im Bundesprivatrecht zur Auswahl stehenden Gesellschaftstypen gebunden ist.¹⁵⁹ Mit Blick auf die Wahrung der einheitlichen Rechtsordnung und im Interesse der Rechtssicherheit, sollte eine Abweichung vom privaten Gesellschaftsrecht nur ausnahmsweise sowie nur bei einem ausgewiesenen

¹⁵⁰ CG-Bericht, S. 8269.

¹⁵¹ CG-Bericht a.a.O.

¹⁵² CG-Bericht a.a.O.

¹⁵³ BUOB, N 51 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1695; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 10.

¹⁵⁴ BUOB a.a.O.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN a.a.O.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER a.a.O.; VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 419.

¹⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN a.a.O.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER a.a.O.; VOGEL, Aktiengesellschaft a.a.O.

¹⁵⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1696; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 53; Die Frage der Rechtsnatur ist allerdings aufgrund der Funktion der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft als Verwaltungsträger und der damit verbundenen Pflicht, sich an die rechtsstaatlichen Grundsätze und an die Grundrechte zu halten, nur von theoretischem Interesse (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 10).

¹⁵⁷ BUOB, N 52 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN a.a.O.

¹⁵⁸ BUOB, N 68 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1703; VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 420.

¹⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1697; VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 419 f.

Interesse erfolgen.¹⁶⁰ So wird auch im bereits erwähnten Corporate-Governance-Bericht¹⁶¹, indem der Bundesrat zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben Stellung nahm, für Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft und nur in begründeten Ausnahmefällen die Form der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft vorgeschlagen.¹⁶² Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. dann vorliegen, wenn dem Gemeinwesen eine qualifizierte Sonderstellung aufgrund eines Leistungsauftrags eingeräumt wird.¹⁶³

Beispiele von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften auf Bundesebene sind die Post¹⁶⁴, die Swisscom¹⁶⁵ und die SBB¹⁶⁶.

3.2.3.2.2 Abgrenzung zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft

Das Gemeinwesen kann die Erfüllung seiner Aufgaben auch durch Verwaltungsträger mit der Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ausführen lassen.¹⁶⁷ Eine solche privatrechtliche Aktiengesellschaft kann sowohl im Eigentum eines einzigen Staatsträgers stehen als auch durch mehrere verschiedene staatliche Träger gehalten und betrieben werden.¹⁶⁸ Private sind eher selten beteiligt und falls doch, besteht eine klare staatliche Majorisierung.¹⁶⁹ Im Gegensatz zur spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft muss bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft die Form des Privatrechts gewahrt werden.¹⁷⁰ Die privatrechtliche Form darf also nicht mittels öffentlich-rechtlicher Regelungen geändert werden und demzufolge dürfen auch keine Sonderrechte, wie sie bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften vorkommen können, bestehen.¹⁷¹ Die vollumfängliche Unterstellung unter das Privatrecht ermöglicht zwar eine grössere unternehmerische Gestaltungsfreiheit¹⁷², doch sind auch solche Organisationen an die Grundrechte gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gebunden.¹⁷³ Ein weiterer Unterschied zu Aktiengesellschaften, die nur private Aktionäre haben, ist die Zielsetzung, die in erster Linie

¹⁶⁰ BUOB, N 53 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN a.a.O.; VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 420.

¹⁶¹ Siehe Ziff. 3.2.2.

¹⁶² CG-Bericht, S. 8286.

¹⁶³ HAUSER, S. 43.

¹⁶⁴ Art. 2 Abs. 1 POG.

¹⁶⁵ Art. 2 Abs. 1 TUG.

¹⁶⁶ Art. 2 Abs. 1 SBBG.

¹⁶⁷ CG-Bericht, S. 8286; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1707; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, N 61 zu § 1.

¹⁶⁸ BUOB, N 23 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1708.

¹⁶⁹ BUOB, N 24 zu § 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1709.

¹⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1711.

¹⁷¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN a.a.O.

¹⁷² Zu denken ist hier etwa an die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse oder an die Festsetzung der Saläre (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, N 62 zu § 1).

¹⁷³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, N 62 zu § 1.

nicht in der Erzielung von Gewinnen liegt, sondern in der Erbringung von Dienstleistungen für die Allgemeinheit.¹⁷⁴

Ein Beispiel für ein öffentliches Unternehmen mit der Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist die RUAG.¹⁷⁵

3.3 Begriff öffentliches Unternehmen

Die erwähnten Unternehmen SBB, Post, Swisscom und RUAG sind öffentliche Unternehmen.¹⁷⁶ Was ist darunter zu verstehen? Das allgemeine Verwaltungsrecht kennt keine einheitliche Definition der Bezeichnung «öffentliches Unternehmen».¹⁷⁷ Gemäss der Definition von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER ist ein öffentliches Unternehmen «jede staatliche oder staatlich beherrschte Organisationseinheit, welche unmittelbar Verwaltungsaufgaben wirtschaftlicher Natur erfüllt und dabei eine gewisse Handlungsfreiheit hat».¹⁷⁸ Von wirtschaftlichen Verwaltungsaufgaben ist dann die Rede, wenn das Gemeinwesen marktfähige Güter und Dienstleistungen anbietet.¹⁷⁹ Von Unternehmen der Privatwirtschaft unterscheiden sich öffentliche Unternehmen in zwei wichtigen Elementen.¹⁸⁰ I.d.R. erbringen sie Leistungen für die Öffentlichkeit, also sog. «Service-public-Leistungen» und zum anderen unterliegen sie demokratischen Prinzipien, da sie (mindestens teilweise) Eigentum der öffentlichen Hand sind.¹⁸¹ Demzufolge liegt seitens der Politik ein legitimes Interesse vor, auf solche öffentlichen Unternehmen einzuwirken.¹⁸²

Die unternehmerische Betätigung des Staates kann monopolistisch ausgeübt werden oder aber auch in einer Wettbewerbssituation mit Privaten.¹⁸³ Darüber hinaus besteht sogar die Möglichkeit, dass öffentliche Unternehmen parallel im Monopol- und im Wettbewerbsbereich tätig sind.¹⁸⁴ Damit sich der Staat aber unternehmerisch betätigen kann, muss er gewisse Voraussetzungen erfüllen.¹⁸⁵ Dabei stehen besonders grundrechtliche Fragen im Zentrum.¹⁸⁶

¹⁷⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE a.a.O.

¹⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 BGRB.

¹⁷⁶ Die in dieser Arbeit behandelten öffentlichen Unternehmen werden in der Literatur auch als «bundesnahe Unternehmen» bezeichnet (vgl. HÖCHNER, S. 12; VETTER/CORTESI). In der vorliegenden Arbeit werden diese Begriffe folglich als Synonym verwendet.

¹⁷⁷ Vgl. STÖCKLI, S. 9; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 10; UHLMANN, S. 91.

¹⁷⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER a.a.O.

¹⁷⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2a zu § 10.

¹⁸⁰ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 35.

¹⁸¹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER a.a.O.

¹⁸² SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER a.a.O.

¹⁸³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 35 zu § 18.

¹⁸⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 41 zu § 18.

¹⁸⁵ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 53 zu § 18.

¹⁸⁶ M.w.H. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 54 ff. zu § 18; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 ff. zu § 10.

3.4 Beispiele von bundesnahen Unternehmen

3.4.1 Schweizerische Post AG

Die Schweizerische Post ist Anbieterin von Postdiensten sowie Finanzdienstleistungen und ist zudem im Bereich des Personentransports tätig.¹⁸⁷ Durch die Liberalisierung des Post- und Telekommunikationswesens (PTT-Reform) im Jahr 1998 wurde die Post als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit konzipiert.¹⁸⁸ Seit der Totalrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Schweizerischen Post (POG) ist die Post seit dem 17. Dezember 2010 nun als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ausgestaltet.¹⁸⁹ Mit dieser Umwandlung sollte die Post besser an ihr Markumfeld angepasst werden.¹⁹⁰ So soll die Umwandlung der Rechtsform «die Kapitalmarktfähigkeit der Post, d.h. deren Fähigkeit eigene Finanzmittel zu beschaffen oder Fremdmittel aufzunehmen, verbessern und ihre Kooperationsfähigkeit erhöhen, respektive ihr erleichtern, Allianzen einzugehen».¹⁹¹ Zwar macht der Bund der Post bezüglich der strukturellen Ausgestaltung des Unternehmens keine Vorgaben, er hat aber in seiner Eignerfunktion Informations- und Einflussrechte, die bei einer privatrechtlichen Konzeption so nicht möglich wären.¹⁹² Durch die Vorgabe der strategischen Ziele, die der Bund im Rahmen der Eignerstrategie jeweils für die Dauer von vier Jahren vorgibt, hat er ein Steuerungsinstrument, das einerseits für die Vorgabe der unternehmerischen Tätigkeit dient und andererseits den Bund als Eigner gegenüber der Post bindet.¹⁹³ Als Aktionär der Post muss der Bund stets über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen (Art. 6 POG). Sie dient der Sicherstellung, dass die Post die öffentlichen Interessen erfüllen kann.¹⁹⁴ Die Post gehört zu 100% dem Bund.¹⁹⁵

Die Post hat die gesetzliche Verpflichtung, die Grundversorgung im Bereich der Postdienstleistungen und der Finanzdienstleistungen sicherzustellen.¹⁹⁶ Aufgrund der selbständigen strukturellen Ausgestaltung steht es ihr jedoch grds. frei, Tochtergesellschaften zu gründen, Bereiche auszulagern oder auch Anteile an den Tochtergesellschaften

¹⁸⁷ Botschaft POG, S. 5271.

¹⁸⁸ Botschaft POG, S. 5270.

¹⁸⁹ STÖCKLI, S. 145.

¹⁹⁰ Botschaft POG, S. 5278.

¹⁹¹ Botschaft POG a.a.O.

¹⁹² CG-Bericht, S. 8268; Botschaft POG, S. 5278 ff.

¹⁹³ Botschaft POG, S. 5281.

¹⁹⁴ Botschaft POG, S. 5280.

¹⁹⁵ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post.html>> (zuletzt besucht am 26.03.2022).

¹⁹⁶ Botschaft POG, S. 5280.

zu veräussern.¹⁹⁷ So hat die Post trotz der politischen Steuerung den für ihr Wettbewerbsumfeld nötigen Handlungsspielraum.¹⁹⁸

Gemäss Art. 8 Abs. 1 POG bilden die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle die Organe der Post. Bestimmungen zu deren konkreten Aufgaben sind im POG nicht zu finden, so dass sich diese nach den aktienrechtlichen Vorschriften des OR richten.¹⁹⁹

3.4.2 Schweizerische Bundesbahnen AG

Die Kernaufgaben der SBB sind in Art. 3 Abs. 1 SBBG umschrieben. Es handelt sich um Dienstleistungen im Verkehr, d.h. in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr, Güterverkehr und in den damit zusammenhängenden Bereichen. Bis zur Bahnreform war die SBB eine unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt.²⁰⁰ Als Folge dieser Reform ist die SBB seit dem 1. Januar 1999 eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.²⁰¹ Zur Diskussion stand auch die Umwandlung der SBB in eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit, doch der Bundesrat vertrat schliesslich die Ansicht, dass das aktienrechtliche Instrumentarium aufgrund der Stärkung der unternehmerischen Verantwortung und der Autonomie vorteilhafter ist.²⁰² Weiter waren die besseren Voraussetzungen für allfällige Beteiligungen der SBB und die Angleichung an die Organisationsformen der konzessionierten Transportunternehmen (KTU), was zu einer Gleichbehandlung der Bahnunternehmen führen sollte, zentrale Gründe für die Wahl der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft.²⁰³

Als Aktionär muss der Bund die kapital- und stimmenmässige Mehrheit haben (Art. 3 Abs. 3 SBBG). Solange der Bund einziger Aktionär ist, werden die Befugnisse der Generalversammlung durch den Bundesrat wahrgenommen (Art. 10 Abs. 2 SBBG). Wie bei der Post²⁰⁴ legt der Bundesrat gemäss Art. 8 Abs. 1 SBBG auch bei der SBB alle vier Jahre die strategischen Ziele fest und hat dadurch eine direkte Einflussmöglichkeit auf die strategische Unternehmensführung.²⁰⁵

¹⁹⁷ Botschaft POG, S. 5281.

¹⁹⁸ Botschaft POG, S. 5280 ff.

¹⁹⁹ STÖCKLI, S. 146.

²⁰⁰ Botschaft Bahnreform, S. 944.

²⁰¹ Botschaft Bahnreform a.a.O.

²⁰² Botschaft Bahnreform a.a.O.

²⁰³ Botschaft Bahnreform a.a.O.

²⁰⁴ Siehe Ziff. 3.4.1.

²⁰⁵ VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 425.

Nach Art. 9 SBBG bilden die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Generaldirektion und die Revisionsstelle die Organe der SBB. Im Übrigen befinden sich im SBBG zentrale Sonderbestimmungen über die Befugnisse der Organe, die von den Bestimmungen im OR abweichen.²⁰⁶

3.4.3 Swisscom AG

Die Swisscom entstand im Rahmen der Liberalisierung des Post- und Fernmeldewesens und der damit verbundenen organisatorischen Aufteilung der PTT-Betriebe per 1. Januar 1998.²⁰⁷ Zwei Bundesgesetze sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen: Das Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG) sowie das Fernmeldegesetz (FMG). Die Swisscom ist nach Art. 2 Abs. 1 TUG eine weitere spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und verfolgt gemäss Art. 3 Abs. 1 TUG den Zweck, in der Schweiz und im Ausland Fernmelde- und Rundfunkdienste und damit zusammenhängende Produkte sowie Dienstleistungen anzubieten. Das massgebende Gesetz für die Swisscom ist das FMG.²⁰⁸ Die Swisscom ist aufgrund der Grundversorgungskonzession in Art. 14 FMG verpflichtet, die Erfüllung der Zwecke des Art. 1 FMG zu gewährleisten.²⁰⁹ Mit der Ausgestaltung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft wurden die Voraussetzungen für die Beteiligung Dritter geschaffen, was die Fähigkeit strategische Allianzen und Kooperationen einzugehen verbessern sollte.²¹⁰ Ein weiteres Argument für die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft war ausserdem die Möglichkeit der Beschaffung von privatem Risikokapital, das für die Tätigkeit am Wachstumsmarkt notwendig war.²¹¹

Die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle bilden die Organe der Swisscom (Art. 7 TUG). Der Bund ist gemäss Art. 6 Abs. 1 TUG verpflichtet, die kapital- und stimmenmässige Mehrheit zu haben. Derzeit hält er 51% des Aktienkapitals.²¹² Da der Rest von Privaten gehalten wird, kann die Swisscom als gemischtwirtschaftliches Unternehmen qualifiziert werden.²¹³ Die spezialgesetzlichen Abweichungen sind so gering, dass sich die Frage stellte, ob die Rechtsform der

²⁰⁶ Z.B. finden sich solche Bestimmungen in den Art. 6 und 7 Abs. 2 SBBG (BGE 132 III 470 E. 3.3 S. 473 f.).

²⁰⁷ BUOB, N 60 zu § 3; STÖCKLI, S. 143.

²⁰⁸ BUOB a.a.O.

²⁰⁹ Z.B. gehört das qualitativ hochstehende Anbieten von Fernmeldediensten zu den Zwecken nach Art. 1 FMG.

²¹⁰ Botschaft TUG, S 1316 f.

²¹¹ Botschaft TUG, S 1317.

²¹² UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/swisscom.html>> (zuletzt besucht am 26.03.2022).

²¹³ STÖCKLI, S. 144.

privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht die bessere Variante gewesen wäre.²¹⁴ Trotzdem fand die bundesrätliche Vorlage, die Aktien der Swisscom ganz an Private zu verkaufen und sie in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft umzuwandeln, in der Bundesversammlung keine Zustimmung.²¹⁵

3.4.4 RUAG (BGRB Holding AG)

Seit dem 1. Januar 2020 bestehen unter der Dachgesellschaft BGRB Holding AG mit der RUAG MRO Holding AG und der RUAG International Holding AG zwei unabhängige Unternehmen.²¹⁶ Die RUAG MRO erbringt militärische Leistungen für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), wie z.B. die Instandhaltung der Kampffjets und die RUAG International hat ihr Tätigkeitsgebiet in den Märkten der Luft- und Raumfahrt.²¹⁷ Durch die Entwicklung der ehemaligen RUAG Holding AG vom eigentlichen Rüstungsbetrieb zu einem Technologiekonzern, bei dem die Ausrüstung der Armee nur noch ein kleiner Teil der Unternehmenstätigkeit ausmachte, hat sich der Bundesrat 2018 zu dieser Unternehmungsentflechtung entschlossen.²¹⁸

Bei der Dachgesellschaft und auch bei den Sub-Holdings handelt es sich um privatrechtliche Aktiengesellschaften (Art. 3 Abs. 1 BGRB). Der Bund ist Alleinaktionär der BGRB Holding und seine Interessen nimmt er durch den Bundesrat wahr.²¹⁹ Der Bundesrat legt dementsprechend auch alle vier Jahre die strategischen Ziele fest (Art. 3 Abs. 1^{bis} BGRB). Aufgrund der privatrechtlichen Ausgestaltung dieser Unternehmen kommen die aktienrechtlichen Vorschriften des OR zur Anwendung, was zur Folge hat, dass die Organe der Unternehmen zwingend aus der Generalversammlung, dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle bestehen müssen.²²⁰

3.5 Anwendbarkeit des BGÖ auf bundesnahe Unternehmen

3.5.1 Vernehmlassungsvorlage

In der Vernehmlassungsvorlage wurde festgehalten, dass das BGÖ auch für die dezentralen Verwaltungseinheiten gelten solle, weil sie in irgendeiner Form der zentralen

²¹⁴ NOBEL, S. 19.

²¹⁵ STÖCKLI, S. 144 f.; zu den Gründen für die Abgabe der Mehrheitsbeteiligung vgl. Botschaft Swisscom, S. 3781 ff.

²¹⁶ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html#mitteilungen>> (zuletzt besucht am 16.01.2022).

²¹⁷ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html#mitteilungen>> (zuletzt besucht am 16.01.2022).

²¹⁸ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html#mitteilungen>> (zuletzt besucht am 16.01.2022).

²¹⁹ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html#mitteilungen>> (zuletzt besucht am 16.01.2022).

²²⁰ SÄGESSER, SHK, N 154 zu Art. 2 RVOG.

Bundesverwaltung zugeordnet sind.²²¹ Darüber hinaus sollten auch die «Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht zur Bundesverwaltung angehören, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind», dem BGÖ unterstellt werden.²²² Zu solchen Organisationen gehören u.a. die Post, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), die Schweizerische Nationalbank (SNB), die Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Swisscom), die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) sowie das Rüstungsunternehmen des Bundes (RUAG).²²³ Die Anwendung des BGÖ sei gerechtfertigt, weil solche Organisationen letztlich öffentliche Aufgaben wahrnehmen.²²⁴ Allerdings wird in der Vorlage präzisiert, dass das Öffentlichkeitsprinzip nur soweit Anwendung findet, als solche Organisationen öffentliche Aufgaben erfüllen und diesbezügliche Unterlagen betreffen.²²⁵ Es geht folglich nur um solche Unterlagen, welche eine öffentliche Aufgabe betreffen.²²⁶ Allerdings ist eine Differenzierung nicht immer einfach vorzunehmen.²²⁷ Aus diesem Grund sollte auf eine gesetzliche Verankerung, was Unterlagen sind, die eine öffentliche Aufgabe betreffen, verzichtet werden.²²⁸ Die Unterscheidung sollte im Einzelfall erfolgen.²²⁹ Weiter wird in der Vorlage erläutert, dass die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen dürfe.²³⁰ Schliesslich sollten auch die Geschäftspartner solcher Organisationen geschützt werden.²³¹

3.5.2 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Beim EJPD sind über 70 Stellungnahmen eingegangen, darunter auch solche bundesnaher Unternehmungen.²³² Die Geltung des BGÖ für Unternehmungen, welche Aufgaben des Bundes erfüllen, wurde nicht einheitlich beurteilt, insbesondere sahen die SBB, die Post sowie die Swisscom grosse praktische Probleme im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsbereich, weil dieser Bereich nicht klar vom Monopolbereich getrennt werden könne.²³³ Weil sie Wettbewerbsnachteile befürchteten, sprachen sie sich gegen eine

²²¹ Vernehmlassungsvorlage BGÖ, S. 22.

²²² Vernehmlassungsvorlage BGÖ, S. 23.

²²³ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁴ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁵ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁶ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁷ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁸ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²²⁹ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²³⁰ Vernehmlassungsvorlage BGÖ a.a.O.

²³¹ Vernehmlassungsvorlage BGÖ, S. 24.

²³² Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren BGÖ, S. 1.

²³³ Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren BGÖ, S. 3.

Unterstellung aus.²³⁴ Die SBB und die Swisscom vertraten zudem die Meinung, aktienrechtliche Grundsätze stehen einer Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips entgegen.²³⁵

3.5.3 Botschaft

Im Vergleich zum Vernehmlassungsentwurf wurden verschiedene Änderungen vorgenommen. Im Zusammenhang mit den bundesnahen Unternehmungen wurde schliesslich festgehalten, dass das Öffentlichkeitsprinzip auf ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen nur anwendbar ist, wenn sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen nach Art. 5 VwVG erlassen (Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ).²³⁶ Folglich sind die bundesnahen Unternehmen dem BGÖ nur in Bereichen unterstellt, in denen sie hoheitlich tätig sind.²³⁷ Als hoheitliches Handeln versteht man die einseitige öffentlich-rechtliche Regelung eines Rechtsverhältnisses.²³⁸ Private unterliegen dabei einem Subordinationsverhältnis gegenüber dem Staat.²³⁹ Von Amtes wegen oder auf Gesuch hin können öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten von Privaten festgelegt werden.²⁴⁰ Die Regelung in Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ erlaubt es, auf eine konkrete Auflistung von unterstellten Unternehmen zu verzichten.²⁴¹ Somit ist die Aufzählung der verwaltungsexternen Personen und Organisation in der Botschaft obsolet.²⁴² Im bundesrätlichen Entwurf wurde die Erlasskompetenz noch nicht als Kriterium für eine Gesetzesunterstellung berücksichtigt.²⁴³ Erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen wurde schliesslich auch die rechtsetzende Tätigkeit eingefügt.²⁴⁴

Unter einem Erlass sind rechtsetzende Instrumente wie Verordnungen, Bestimmungen über Gebühren oder Tarife sowie Reglemente zu verstehen.²⁴⁵ Nicht wesentlich ist dabei, ob die Erlasse der Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen.²⁴⁶ Als Verfügungen gelten individuelle Hoheitsakte, die an einen Einzelnen gerichtet sind und verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehungen rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher oder erzwingbarer Weise regeln.²⁴⁷ Sollte eine betreffende Organisation anstelle einer Verfügung einen formlosen Akt erlassen, findet das Öffentlichkeitsgesetz trotzdem Anwen-

²³⁴ Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren BGÖ a.a.O.

²³⁵ Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren BGÖ, S. 7.

²³⁶ Botschaft BGÖ, S. 1987.

²³⁷ Botschaft BGÖ a.a.O.

²³⁸ BGE 114 V 219 E. 3c S. 221.

²³⁹ BGE 114 V 219 a.a.O.

²⁴⁰ RÜTSCHKE, S. 155.

²⁴¹ SÄGESSER, SHK, N 35 zu Art. 2 BGÖ.

²⁴² Diese Liste findet sich in der Botschaft auf S. 1987.

²⁴³ SÄGESSER, SHK, N 32 zu Art. 2 BGÖ; STAMM-PFISTER, BSK, N 19 zu Art. 2 BGÖ.

²⁴⁴ SÄGESSER, SHK, a.a.O.; STAMM-PFISTER, BSK, a.a.O.

²⁴⁵ SÄGESSER, SHK, N 33 zu Art. 2 BGÖ; STAMM-PFISTER, BSK, a.a.O.

²⁴⁶ SÄGESSER, SHK, a.a.O.

²⁴⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 849.

dung, wenn eine Verfügung im formellen Sinn hätte verlangt werden können.²⁴⁸ Nicht unter das Öffentlichkeitsprinzip fallen hingegen verwaltungsvertragliches und informelles Verwaltungshandeln.²⁴⁹

Nachdem nun die Kontroverse in der Entstehung des Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ veranschaulicht wurde und der Gesetzgeber sich schliesslich bei den bundesnahen Unternehmen für Verfügungs- und Erlasskompetenzen als massgebendes Kriterium der BGÖ-Unterstellung entschieden hat, stellt sich nun die Frage, welche praktische Bedeutung diese Bestimmung hat. Mit anderen Worten gilt es nun im Folgenden herauszufinden, ob die in dieser Arbeit behandelten bundesnahen Unternehmen über solche Kompetenzen verfügen.

3.5.4 Erlasskompetenzen

SÄGESSER nennt als Beispiel für eine Erlasskompetenz der Post die Festlegung der Preise im Bereich der reservierten Dienste, die im Postgesetz geregelt ist (Art. 18 Abs. 3 PG).²⁵⁰ Mit Blick auf die Ausführungen zu den Verfügungskompetenzen in der Botschaft²⁵¹, die explizit diejenigen Bereiche als dem BGÖ zugänglich erklären, in denen die verwaltungsexternen Organisationen hoheitlich tätig sind, ist nach der hier vertretenen Auffassung das wesentliche Merkmal der hoheitlichen Tätigkeit analog auch auf die Erlasskompetenzen anwendbar.²⁵² So sind demzufolge alle amtlichen Dokumente in Bereichen, in denen die bundesnahen Betriebe hoheitliche rechtsetzende Bestimmungen erlassen, dem Öffentlichkeitsprinzip zugänglich, d.h. überall dort, wo z.B. Preise hoheitlich festgelegt werden, wie beim genannten Beispiel im Bereich der reservierten Dienste der Post.

In einer Empfehlung setzte sich der EDÖB mit einem Gesuch um Einsicht in das Betriebskonzept des Bahnhofs Herrliberg-Feldmeilen, welches an die SBB gestellt wurde, auseinander.²⁵³ Die SBB wehrte sich gegen das Einsichtsgesuch mit der Begründung, dass es sich bei diesem Betriebskonzept um ein internes Arbeitspapier handelt, und solche Betriebskonzepte nicht hoheitlich verfügt werden.²⁵⁴ Der EDÖB folgte der Stellungnahme der SBB, im Bereich des Baus von Eisenbahnanlagen sei sie nicht hoheitlich tätig

²⁴⁸ STAMM-PFISTER, BSK, N 17 zu Art. 2 BGÖ.

²⁴⁹ HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip, S. 289.

²⁵⁰ SÄGESSER, SHK, N 33 zu Art. 2 BGÖ.

²⁵¹ Botschaft BGÖ, S. 1987.

²⁵² Im Gegensatz zur Bundesverwaltung, die auch in den Bereichen, in denen sie sich des Privatrechts bedient, dem Öffentlichkeitsprinzip unterworfen ist (Botschaft BGÖ, S. 1994).

²⁵³ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 1. Juli 2011, S. 1.

²⁵⁴ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 1. Juli 2011, S. 1 f.

und habe darum auch keine rechtsetzende oder verfügende Kompetenzen.²⁵⁵ Diese Kompetenzen werden in diesem Fall durch das BAV wahrgenommen.²⁵⁶

3.5.5 Verfügungskompetenzen

Als Beispiel einer Verfügungskompetenz kann bei der SBB die in Art. 18a Abs. 2 PBG geregelte Kompetenz angeführt werden, Verfügungen zur Umsetzung der Benützungsvorschriften betreffend ihrer Anlagen und Fahrzeuge zu erlassen. In Art. 23 Abs. 2 EBG findet sich eine ähnliche Bestimmung. Auch im öffentlichen Beschaffungswesen finden sich mit Art. 4 Abs. 2 lit. e und f BöB i.V.m. Art. 51 Abs. 1 BöB Hinweise auf etwaige Verfügungskompetenzen. Allerdings sind weitere ausdrücklichen Kompetenzen der bundsnahen Unternehmen in ihren jeweiligen anwendbaren Gesetzen kaum zu finden. Im alten Postgesetz vom 30. April 1997 hatte die Post gemäss Art. 18 Verfügungskompetenzen im Zusammenhang mit der Platzierung von Kundenbriefkästen und der Möglichkeit, Vorzugspreise für die Beförderung von Zeitschriften und Zeitungen zu gewähren.

Grds. bedarf die Verfügungsbefugnis aufgrund des hoheitlichen und durchsetzbaren Charakters einer hinreichend klaren gesetzlichen Grundlage.²⁵⁷ Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG zu erlassen, stellt ein Privileg der öffentlichen Gewalt dar und basiert auf der staatlichen Souveränität.²⁵⁸ Verfügungsbefugnisse können jedoch bei verwaltungsexternen Organisationen implizit angenommen werden, wenn es für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unerlässlich ist und dies kein Spezialgesetz ausschliesst.²⁵⁹ Eine Verfügungsbefugnis besteht mithin nicht bereits dann, wenn eine öffentliche Aufgabe an die betroffene verwaltungsexterne Organisation übertragen wird.²⁶⁰ Sollte bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben die Verfügungsbefugnis nicht explizit im Gesetz geregelt sein, ist mittels Auslegung das Bestehen, der Umfang und der genaue Anwendungsbereich dieser Befugnis zu ermitteln.²⁶¹ Ist die Rechtslage nach der Auslegung weiterhin unsicher, ist aufgrund der Rechtssicherheit der Rechtsunterworfenen eine Verfügungsbefugnis zu verneinen.²⁶² Unabhängig von der expliziten oder impliziten Übertragung der Verfügungskompetenz, muss sich die Delegationsklausel, welche die öffentliche Aufgabe an die verwaltungsexterne Organisation delegiert, zwingend auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen.²⁶³ Dies schliesst eine Ermächtigung an den Bundesrat,

²⁵⁵ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 1. Juli 2011, S. 2.

²⁵⁶ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 1. Juli 2011 a.a.O.

²⁵⁷ Urteil des BGer 2C_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2.

²⁵⁸ BGE 144 II 376 E. 7.1 S. 379 (übersetzt in: Pra 108/2019 Nr. 65, S. 643 ff.).

²⁵⁹ BGE 144 II 376 a.a.O. (übersetzt in: Pra 108/2019 Nr. 65, S. 643 ff.).

²⁶⁰ BGE 137 II 409 E. 6.2 S. 412 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶¹ BGE 137 II 409 a.a.O. (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶² BGE 137 II 409 a.a.O. (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶³ BGE 137 II 409 E. 6.3 S. 413 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

entsprechende Rechtsnormen zu erlassen, die die öffentlichen Aufgaben und die entsprechenden Befugnisse präzisieren, welche das Gesetz den verwaltungsexternen Organisationen übertragen hat, nicht aus.²⁶⁴ Bei hoheitlichen Aufgaben oder wenn Rechte und Pflichten von Personen betroffen sind, unterliegt die Delegationsnorm zu Gunsten des Bundesrats aber strengen Anforderungen.²⁶⁵ So muss die Delegation genügend präzise sein und die Grundzüge der delegierten Rechtsetzungskompetenz umschreiben, nämlich den Zweck, den Gegenstand und den Umfang der dem Bundesrat übertragenen Befugnisse.²⁶⁶

Schliesslich hat der EDÖB in einer Empfehlung m.E. richtigerweise festgehalten, dass auch eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft auch ohne Verfügungskompetenz dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt ist, wenn sie hinsichtlich eines Einzelgeschäfts eine öffentliche Aufgabe übernimmt, die eigentlich von einer Bundesbehörde hätte wahrgenommen werden müssen.²⁶⁷ Ansonsten könnte die Bundesbehörde sich ohne weiteres regelmässig dem Anwendungsbereich des BGÖ entziehen, indem sie einzelne öffentliche Aufgaben auslagert.²⁶⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht kann man diese Folgerung auch für die in dieser Arbeit behandelten Unternehmen anwenden.

²⁶⁴ BGE 137 II 409 E. 6.4 S. 413 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶⁵ BGE 137 II 409 a.a.O. (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶⁶ BGE 130 I 26 E. 5.1 S. 43; BGE 137 II 409 a.a.O. (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 73, S. 493 ff.).

²⁶⁷ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 9. August 2012, S. 8 f.

²⁶⁸ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 9. August 2012, S. 9.

4 Auswirkungen des Öffentlichkeitsprinzips auf die Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen

4.1 Öffentliches Interesse an bundesnahen Unternehmen

4.1.1 Politisches Spannungsfeld

Unternehmen, die sich ganz oder teilweise in Bundeshand befinden, stehen in einem politischen Spannungsfeld und unterliegen einer nicht zu unterschätzenden Beeinflussung durch die Politik.²⁶⁹ Dies ist auch nachvollziehbar, weil die Basis für das öffentliche Engagement im Wirtschaftsgeschehen immer ein politischer Wille ist.²⁷⁰ Das Umfeld, in dem sich diese Unternehmen befinden, ist daher zumindest auch politisch geprägt, weshalb sie sich in grundsätzlicher Weise von privaten Unternehmen unterscheiden.²⁷¹ Bei den privaten Unternehmen richtet sich die unternehmerische Tätigkeit nach den Entscheidungen der Kunden, d.h. nach den Marktmechanismen bzw. den Wettbewerbsregeln.²⁷² Öffentliche Unternehmen sind hingegen zusätzlich noch den politischen Einflussnahmen und Prozessen ausgesetzt.²⁷³

Der Bund befindet sich in seiner Rolle als Eigner²⁷⁴ der bundesnahen Unternehmen in einem komplexen politischen Spannungsfeld mit vielen Interessenskonflikten.²⁷⁵ Als Eigner ist er einerseits dafür verantwortlich, die strategischen Ziele zu definieren und den Verwaltungsrat zu bestimmen.²⁷⁶ Der Bund hat aber andererseits auch die Aufgabe, für die wettbewerbliche Wirtschaftsordnung zu sorgen und die flächendeckende Grundversorgung zu gewährleisten.²⁷⁷ Zudem ist er oftmals auch ein grosser Kunde dieser Unternehmen.²⁷⁸ Die Unternehmen sind zunehmend dem Wettbewerb ausgesetzt und müssen daher privatwirtschaftlichen Effizienzkriterien genügen, haben aber gleichzeitig die Verpflichtung, einen öffentlichen Leistungsauftrag zu erfüllen und vielfältigen politischen Erwartungen nachzukommen.²⁷⁹

²⁶⁹ DUCREY, S. 82.

²⁷⁰ HILB/HÖSLY/MÜLLER, S. 104.

²⁷¹ HILB/HÖSLY/MÜLLER, S. 106.

²⁷² HILB/HÖSLY/MÜLLER, S. 107.

²⁷³ HILB/HÖSLY/MÜLLER a.a.O.

²⁷⁴ In der Literatur wird auch der Begriff «Eigentümer» verwendet (vgl. HÖCHNER, S. 99).

²⁷⁵ Staat und Wettbewerb, S. 7

²⁷⁶ Staat und Wettbewerb a.a.O.

²⁷⁷ Staat und Wettbewerb a.a.O.

²⁷⁸ Staat und Wettbewerb a.a.O.

²⁷⁹ WERDER, S. 41.

Als Schlussfolgerung kann festgehalten werden, dass sich im Spannungsfeld von öffentlichem Leistungsauftrag, politischer Einflussnahme und gesteigerten Kundenerwartungen die Steuerung von bundesnahen Unternehmen als schwierig erweist.²⁸⁰ Die Steuerung muss sicherstellen, dass der durch die Politik definierte öffentliche Auftrag erfüllt wird und die Unternehmen dabei noch wettbewerbsfähig bleiben, mit anderen Worten nicht übersteuert werden.²⁸¹

4.1.2 Rolle der Medien

Die Quellen, wie die Öffentlichkeit zu Informationen über bundesnahe Unternehmen gelangt, sind vielfältig. Zu erwähnen sind alle öffentlich zugänglichen Informationen via Internet, öffentliche Diskussionen im Parlament sowie Informationen, welche die Medien an die Öffentlichkeit tragen. Neben dem generellen Informationsbedürfnis der Bevölkerung besteht auch ein gewisses Kontrollbedürfnis.²⁸² Dies ist m.E. nachvollziehbar, weil erstens der Bund an diesen Unternehmen finanziell beteiligt ist und zweitens auch die Bevölkerung einen finanziellen Beitrag in Form von Steuergeldern leistet. Die Medien besitzen bei der Beeinflussung von Meinungen der Bevölkerung und sogar der Justiz eine ausgeprägte Macht und werden deswegen teilweise auch als «vierte Staatsgewalt» bezeichnet.²⁸³ Ihre zentrale Rolle bei der Meinungsbildung der Öffentlichkeit ist auch im Zusammenhang mit den bundesnahen Unternehmen deutlich erkennbar. So gab es in den letzten Jahren immer wieder Situationen, in denen die bundesnahen Unternehmen Post, SBB, Swisscom und RUAG medial in die Schlagzeilen gerieten. Zu erwähnen sind an dieser Stelle z.B. der sog. «Postauto-Skandal», die Berichterstattung über den möglichen Subventionsbetrug der SBB oder die Artikel betreffend das Datenleck bei der Swisscom.²⁸⁴ Auch die RUAG erhielt z.B. mit den eventuell überhöhten Preisen bei der Wartung von Kampffjets und Helikoptern der Armee negative Publizität.²⁸⁵ Missstände kommen selbstverständlich auch in privaten Unternehmen vor, doch es besteht der Eindruck, dass die öffentlichen Unternehmen tatsächlich für mehr Schlagzeilen zu sorgen scheinen.²⁸⁶ Dies liegt mit grosser Wahrscheinlichkeit daran, dass die öffentliche Empörung bei bundesnahen Betrieben grösser ist, als bei rein privaten Unternehmen.²⁸⁷ Es erstaunt daher nicht, dass eine Lohnerhöhung des CEOs bei einem Betrieb wie der SBB

²⁸⁰ WERDER a.a.O.

²⁸¹ WERDER, S. 42.

²⁸² UHLMANN, S. 103.

²⁸³ NOBEL/WEBER, N 52 zu Kap. 1.

²⁸⁴ UHLMANN, S. 90.

²⁸⁵ Tages-Anzeiger online <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/ruag-hat-zu-viel-geld-von-der-armee-verlangt/story/18907614>> (zuletzt besucht am 08.02.2022).

²⁸⁶ UHLMANN, S. 90.

²⁸⁷ UHLMANN a.a.O.

zweifellos zu einer stärkeren öffentlichen Diskussion führt, wie wenn ein privates Unternehmen die CEO-Lohnerhöhung im selben Rahmen vornehmen würde.²⁸⁸

4.2 Bundesnahe Unternehmen und Wettbewerb

4.2.1 Allgemeines

Unter Wettbewerb wird generell die Situation verstanden, wenn mehrere Unternehmen versuchen mit der Marktgegenseite geschäftlich tätig zu werden und sich dabei gegen die Konkurrenzunternehmen durchsetzen müssen.²⁸⁹ Damit es zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbstätigkeit kommen kann, muss zuerst erörtert werden, weshalb sich bundesnahe Unternehmen überhaupt im Wettbewerb mit privaten Unternehmen befinden dürfen. Weiter stellt sich dann die Frage, inwiefern diese Unternehmen befugt sind, im Markt zu agieren resp. an welche rechtlichen Rahmenbedingungen sie sich halten müssen.

Zunächst ist es entscheidend, dass die Verfassung die wirtschaftliche Tätigkeit nicht von vornherein ausschliesst.²⁹⁰ Als wirtschaftliches Staatshandeln ist die unmittelbare Teilnahme des Staates am Wirtschaftsgeschehen durch eigene unternehmerische Tätigkeit zu verstehen.²⁹¹ In der BV gibt es keine Bestimmung, die die Zulässigkeit des staatlichen Wirtschaftens ausdrücklich thematisiert.²⁹² Verschiedene Bestimmungen in der BV belegen, dass das Verfassungsrecht die staatliche Wirtschaftstätigkeit und die damit einhergehende Schaffung öffentlicher Unternehmen grds. stillschweigend genehmigt.²⁹³ Solche impliziten Ermächtigungen finden sich bspw. in den Bestimmungen betreffend den Eisenbahnen und weiteren Verkehrsträgern (Art. 87 BV), dem Post- und Fernmeldewesen (Art. 92 BV) oder der Herstellung, Beschaffung und Vertrieb von Kriegsmaterial (Art. 107 Abs. 2 BV).²⁹⁴

Im Generellen wird bei der staatlichen Wirtschaftstätigkeit unterschieden zwischen den Unternehmen, die monopolistisch tätig sind, und solchen, die im Wettbewerb mit Privaten stehen.²⁹⁵ Während der Staat bei einer Monopolsituation in bestimmten Bereichen als einziger Anbieter der entsprechenden Leistungen qualifiziert werden kann, ist er in

²⁸⁸ Vgl. Tages-Anzeiger online, <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/so-viel-verdienen-die-chiefs-von-sbb-post-ruag-und-srg/story/13160759>> (zuletzt besucht am 25.01.2022).

²⁸⁹ ZÄCH, S. 858.

²⁹⁰ STÖCKLI, S. 23.

²⁹¹ Vgl. SCHLATTER, S. 12.

²⁹² KRÄHENMANN, S. 149; STÖCKLI, S. 23.

²⁹³ STÖCKLI, S. 24; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 110.

²⁹⁴ STÖCKLI, a.a.O.

²⁹⁵ KRÄHENMANN, S. 122; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 35 zu § 18; STÖCKLI, S. 25; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 75.

einer Wettbewerbssituation grds. den privaten Wirtschaftsteilnehmern gleichgestellt.²⁹⁶ Die öffentlichen Unternehmen sind aber in ihrer Tätigkeit nicht auf einen Bereich beschränkt, sondern können sehr wohl gleichzeitig monopolistisch und wettbewerblich tätig sein.²⁹⁷

Es ist selten der Fall, dass ein öffentliches Unternehmen in einer reinen Konkurrenzsituation zu einem privaten Unternehmen steht, geniesst doch das öffentliche Unternehmen oftmals Vorteile, z.B. bei der Steuerpflicht, bei der Finanzierung oder etwa beim Zugang zur staatlichen Infrastruktur.²⁹⁸ Allerdings bestehen hier infolge der Wettbewerbsgesetzgebung gewisse Schranken.²⁹⁹ Denn die staatliche Wirtschaftstätigkeit ist ohne weiteres an die Vorgaben des Kartellgesetzes gebunden.³⁰⁰ Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, ob sich öffentliche Unternehmen wie ihre privaten Konkurrenten auf die Grundrechte, insbesondere auf die Wirtschaftsfreiheit, berufen können.³⁰¹

Öffentliche Unternehmen sind durch gewisse Faktoren gegenüber privaten Unternehmen benachteiligt.³⁰² Ein gutes Beispiel stellt das Kreditvergabeverbot der PostFinance dar.³⁰³ Aus Sicht der öffentlichen Unternehmen mag es als Nachteil empfunden werden, dass für sie strenge Rechenschaftspflichten gelten, die ausgeprägter sind als bei privaten Unternehmen.³⁰⁴ Strenge Rechenschaftspflichten sind m.E. folgerichtig, weil öffentliche Unternehmen eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen.³⁰⁵ Als weitere gewichtige Nachteile gegenüber privaten Unternehmen sind zweifelsohne auch die Einschränkungen des Gesetzgebers bezüglich der Expansion in ausländische Märkte und betreffend das Eingehen von Risiken zu erwähnen.³⁰⁶

²⁹⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 36 ff. zu § 18.

²⁹⁷ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 41 zu § 18.

²⁹⁸ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 39 zu § 18.

²⁹⁹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN a.a.O.

³⁰⁰ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 117 zu § 18; Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts.

³⁰¹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 119 zu § 18. Sowohl HÄSLER als auch SCHLATTER bejahen die Grundrechtsgeltung (HÄSLER, S. 217; SCHLATTER, S. 140); BAUMANN spricht sich für eine funktionale Abgrenzung aus. Dabei soll für die öffentlichen Unternehmen eine Grundrechtsberechtigung in den Bereichen gelten, in denen sie privatwirtschaftlich tätig sind, also den gleichen Regeln unterstellt sind, wie die privaten Konkurrenten (BAUMANN, Nr. 128); Das Bundesgericht hat die Frage in den Entscheiden zur Swisscom offengelassen (BGE 131 II 13, E. 6.4.1 S. 27 f.; BGE 127 II 8, E. 4c S. 17).

³⁰² Staat und Wettbewerb, S. 9.

³⁰³ Staat und Wettbewerb a.a.O.

³⁰⁴ Staat und Wettbewerb a.a.O.

³⁰⁵ Vgl. dazu auch die Leitsätze der OECD, welche hohe Transparenzstandards bei staatseigenen Betrieben verlangen, insbesondere im Zusammenhang mit Aktivitäten, die im öffentlichen Interesse ausgeübt werden (OECD-Leitsätze, S. 27 ff.).

³⁰⁶ Staat und Wettbewerb, S. 9.

4.2.2 Wettbewerbssituation der bundesnahen Unternehmen

4.2.2.1 Schweizerische Post AG

Die Post befindet sich mit ihren Konzerngesellschaften in unterschiedlichen Märkten. Ihre vier Hauptmärkte sind der Kommunikationsmarkt (z.B. PostMail), der Logistikmarkt (PostLogistics), der Finanzdienstleistungsmarkt (PostFinance) und der Personenverkehrsmarkt (PostAuto).³⁰⁷ Für die nationale Beförderung von Briefen bis 50 Gramm³⁰⁸ und die Leistungen im regionalen Personenverkehr, welche von PostAuto als konzessionsiertes Transportunternehmen erbracht werden, besteht ein Wettbewerbsausschluss.³⁰⁹ Bei allen anderen Dienstleistungen befindet sich die Post im Wettbewerb mit anderen Anbietern.³¹⁰ Zu den Konkurrenten zählen im Paketmarkt z.B. DHL oder DPD, im Bereich der Finanzdienstleistungen andere Banken und im regionalen Personenverkehr andere Transportunternehmen.³¹¹ Die Post ist mit ihren zahlreichen Gesellschaften zudem in verschiedenen anderen Bereichen aktiv und auch in gewissen ausländischen Märkten tätig, wie z.B. in Liechtenstein, wo sie Beteiligungen an der Liechtensteinischen Post AG hat.³¹²

4.2.2.2 Schweizerische Bundesbahnen AG

Die SBB besteht insgesamt aus vier Divisionen: SBB Personenverkehr, SBB Infrastruktur, SBB Cargo und SBB Immobilien.³¹³ Diese Divisionen sind jeweils in unterschiedlichen Märkten aktiv.³¹⁴ Was den Personenverkehr anbelangt, hat der Bund aufgrund des Personenbeförderungsregals das ausschliessliche Recht, Reisende gewerbsmässig regelmässig zu transportieren.³¹⁵ Mittels Konzession hat der Bund dieses Recht an die SBB abgetreten, und die SBB ist nun das einzige Schweizer Unternehmen mit einer solchen Konzession.³¹⁶ Im Gegensatz zum Personenfernverkehr befindet sich die SBB im Güterverkehr in einer Wettbewerbssituation mit anderen in- und ausländischen Unternehmen.³¹⁷ Von Bedeutung ist hier nicht nur der intramodale Wettbewerb, der zwischen den verschiedenen Eisenbahnverkehrsunternehmen stattfindet, sondern auch der intermodale Wettbewerb, d.h. der Wettbewerb mit Unternehmen des Güterverkehrs auf

³⁰⁷ Staat und Wettbewerb, S. 30.

³⁰⁸ Sog. reservierter Dienst (Art. 18 Abs. 1 PG).

³⁰⁹ Staat und Wettbewerb, S. 32.

³¹⁰ Staat und Wettbewerb a.a.O.

³¹¹ Faktenblatt Post, S. 2.

³¹² Staat und Wettbewerb, S. 35 f.

³¹³ Staat und Wettbewerb, S. 38.

³¹⁴ Staat und Wettbewerb a.a.O.

³¹⁵ Staat und Wettbewerb, S. 39.

³¹⁶ Staat und Wettbewerb a.a.O.; Die SBB hat demnach im Personenfernverkehr ein faktisches Monopol.

³¹⁷ Staat und Wettbewerb a.a.O.

der Strasse.³¹⁸ Obwohl der Immobilienmarkt zwar nicht zum Kerngeschäft der SBB zählt, ist sie eine der grössten Immobilienanbieterinnen der Schweiz.³¹⁹ Schliesslich ist die SBB an zahlreichen in- sowie ausländischen Unternehmen beteiligt.³²⁰

4.2.2.3 Swisscom AG

Die Swisscom nimmt als Anbieterin von Fernmeldediensten auf dem liberalisierten Schweizer Fernmeldemarkt eine starke Stellung ein.³²¹ Zu den Schlüsselbereichen dieses Marktes zählen die Festnetztelefonie, die Mobiltelefonie, Breitband oder digitales Fernsehen.³²² Neben diesem Hauptmarkt ist die Swisscom auch auf verschiedenen Nebenmärkten tätig, wie z.B. im Immobilienmarkt.³²³ Die Swisscom ist im In- und Ausland in Besitz zahlreicher Tochtergesellschaften und hat Beteiligungen an assoziierten Gesellschaften.³²⁴ Zu den Konkurrenten der Swisscom zählen u.a. Sunrise oder Salt.³²⁵

4.2.2.4 RUAG (BGRB Holding AG)

Unter der BGRB Holding AG bestehen, wie bereits erwähnt³²⁶, die RUAG MRO AG und die RUAG International AG. Die RUAG MRO erbringt sicherheitsrelevante Leistungen für das VBS. Sie ist auf Land-, Luft-, Kommunikations-, Führungs- und Aufklärungs-systeme spezialisiert.³²⁷ Zusätzlich ist sie mit RUAG Real Estate im Immobilienbereich tätig. Die RUAG International ist in Luft- und Raumfahrtbereich tätig und in die vier Geschäftsbereiche Space, Aerostructures, MRO International und Ammotec gegliedert.³²⁸ Sie soll mittelfristig privatisiert werden.³²⁹ Als Konkurrenzunternehmen der RUAG MRO ist z.B. im Bereich der Wartung von Privat- und Business-Jets die Jet Aviation Business Jets AG zu erwähnen.³³⁰

³¹⁸ Staat und Wettbewerb, S. 42.

³¹⁹ Staat und Wettbewerb, S. 40.

³²⁰ Staat und Wettbewerb, S. 41.

³²¹ Staat und Wettbewerb, S. 26.

³²² Staat und Wettbewerb a.a.O.

³²³ Staat und Wettbewerb, S. 26 f.

³²⁴ Staat und Wettbewerb, S. 27 f.

³²⁵ Staat und Wettbewerb, S. 26.

³²⁶ Siehe Ziff. 3.4.4.

³²⁷ RUAG, <<https://www.ruag.ch/de/ueber-uns/ueber-uns/ruag-als-kompetenzzentrum-unsere-erfolgsgeschichten>> (zuletzt besucht am 27.01.2022).

³²⁸ RUAG, <<https://www.ruag.com/de/ueber-ruag/organisation/geschaeftsbereiche>> (zuletzt besucht am 27.01.2022).

³²⁹ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html>> (zuletzt besucht am 27.01.2022).

³³⁰ NZZ online, <<https://www.nzz.ch/articleF4WKV-Id.410065?reduced=true>> (zuletzt besucht am 16.03.2022).

4.3 Einsichtsgesuche bei bundesnahen Unternehmen

Es wurde ausgeführt, dass auch bundesnahe Unternehmen durchaus in einer Wettbewerbssituation stehen. Folglich besteht ein gewisses Gefahrenpotenzial, wenn Informationen über Tätigkeiten durch Einsichtsgesuche an die Öffentlichkeit gelangen und dementsprechend auch für mögliche Konkurrenzunternehmen zugänglich wären, die solche Informationen zum eigenen Vorteil ausnützen könnten. An dieser Stelle muss deshalb zuerst die Frage beantwortet werden, ob die bundesnahen Unternehmen mit vielen Einsichtsgesuchen konfrontiert werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Gefahrenpotenzial mit steigender Anzahl an Einsichtsgesuchen zunimmt. Allerdings ist es nicht nur eine Frage der Quantität, sondern es muss auch die Art der Einsichtsgesuche beachtet werden. Zudem muss auch untersucht werden, ob andere Quellen ein Gefahrenpotenzial darstellen können, dass Informationen zum Nachteil der bundesnahen Unternehmen zu Konkurrenten gelangen. Zu denken ist da insbesondere an Informationen, welche über die Aufsichtsbehörden zu den Konkurrenten gelangen könnten.

Der EDÖB muss gemäss Art. 19 Abs. 1 BGÖ dem Bundesrat regelmässig Bericht über seine Tätigkeiten erstatten. Er tut dies in seinen jährlichen Tätigkeitsberichten. Bei der Analyse dieser Berichte wird deutlich, dass zwar die jährliche Anzahl an Gesuchen stetig zunahm, jedoch findet sich verhältnismässig wenig, was in Zusammenhang mit Gesuchen bei den bundesnahen Unternehmen stehen könnte. Zum einen lässt sich aufgrund dieser Tatsache die Vermutung aufstellen, dass Einsichtsgesuche direkt bei den Unternehmen von geringer Relevanz sind. Zum anderen wird diese Vermutung mit Blick auf die Empfehlungen des EDÖB zusätzlich verstärkt. Lediglich die bereits unter Ziff. 3.5.4 angesprochene Empfehlung³³¹ bezüglich der SBB und eine Empfehlung³³² hinsichtlich eines Gesuchs um Einsicht in ein Dokument bei der PostFinance, basieren auf einem Einsichtsgesuch, das direkt bei einem der vier in dieser Arbeit behandelten bundesnahen Unternehmen gestellt wurde. Auf beide Gesuche wurde im Übrigen mangels Erlass- und Verfügungskompetenz nicht eingegangen.

Die praktische Relevanz der Einsichtsgesuche, die direkt bei den bundesnahen Unternehmen gestellt werden, scheint tatsächlich gering zu sein. Anhand dieser Aussage könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das Öffentlichkeitsprinzip für die bundesnahen Unternehmen nicht von erheblicher Bedeutung ist. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass die bundesnahen Unternehmen von Bundesbehörden beaufsichtigt werden, die gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ vollständig dem Öffentlichkeitsprinzip

³³¹ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 1. Juli 2011.

³³² Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 21. September 2007.

unterstehen.³³³ Amtliche Dokumente von bundesnahen Unternehmen, die sich im Besitz solcher Behörden befinden, sind für die Öffentlichkeit zugänglich.³³⁴ Die folgenden Ausführungen sollen sich nun dieser Thematik widmen.

4.4 Aufsicht über bundesnahe Unternehmen

4.4.1 Aufsicht über bundesnahe Unternehmen im Allgemeinen

4.4.1.1 Vorbemerkungen

Die verschiedenen Formen der Aufsicht spielen auch bei bundesnahen Unternehmen eine Rolle. Insbesondere muss im Kontext dieser Arbeit die Frage untersucht werden, ob zwischen der Aufsicht und dem Öffentlichkeitsprinzip ein Zusammenhang besteht und wenn ja, muss ihr Verhältnis zueinander geklärt werden. Die Bundesaufsicht lässt sich generell in die folgenden drei Formen gliedern: Dienstaufsicht, Organisations- bzw. Verbandsaufsicht und Oberaufsicht durch das Parlament³³⁵, wobei in den folgenden Ausführungen auf die Dienstaufsicht nicht weiter eingegangen wird. Denn die Dienstaufsicht findet nur innerhalb eines einzelnen Verwaltungsträgers statt und setzt eine hierarchische Organisation voraus.³³⁶

4.4.1.2 Organisationsaufsicht durch den Bundesrat

Die Bundesverfassung verpflichtet den Bundesrat zur Beaufsichtigung der Bundesverwaltung und anderer Träger von Aufgaben des Bundes (Art. 187 Abs. 1 lit. a BV). Diese Aufsicht bedeutet generell das Überprüfen und Überwachen der Aufgabenwahrnehmung und ist ein Bestandteil seiner Führungsfunktion.³³⁷ Die dezentralisierten Verwaltungseinheiten und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören, beaufsichtigt er nach Massgabe der besonderen Bestimmungen (Art. 8 Abs. 4 RVOG). Zudem legt er die strategischen Ziele der verselbständigten Organisationen fest (Art. 8 Abs. 5 RVOG). Der Bundesrat ist bei seiner Aufsichtsaufgabe und -verantwortung auf die Unterstützung durch verschiedene Stellen, insbesondere durch die Bundeskanzlei, die Generalsekretariate der Departemente, das BJ, die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) sowie den EDÖB, angewiesen.³³⁸

³³³ UHLMANN, S. 104.

³³⁴ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 7 f.

³³⁵ KIENER, N 41 zu § 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 31 zu § 5.

³³⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 32 zu § 5.

³³⁷ SÄGESSER, SHK, N 35 zu Art. 8 RVOG; vgl. auch Aufsichtsbericht, S. 8.

³³⁸ MÜLLER, N 5 zu Art. 187 BV.

Die Aufsicht über die zentrale Bundesverwaltung ist gemäss Art. 38 RVOG umfassend. In diesem Artikel wird u.a. festgehalten, dass der Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin grundsätzlich über uneingeschränkte Weisungs-, Kontroll- und Selbsteintrittsrechte verfügt. Für die bundesnahen Betriebe gilt Art. 38 RVOG nicht. Die Aufsicht durch den Bundesrat über die ausgelagerten Einheiten wird in der Spezialgesetzgebung betreffend Gegenstand, Umfang und Grundsätzen geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 24 Abs. 3 RVOG). Die Aufsicht über die ausgelagerten Einheiten ist also eingeschränkter als die Aufsicht über die zentrale Bundesverwaltung. Dies ist m.E. sinnvoll, weil die ausgelagerten Einheiten für ihre Tätigkeiten betriebliche und aufgabenbezogene Autonomie benötigen. Gegenstand und Reichweite der Aufsicht kann nicht pauschal für alle Einheiten definiert werden und muss zwingend mit dem Autonomiebereich koordiniert werden. Im Autonomiebereich haben die bundesnahen Unternehmen eine Entscheidungsfreiheit und die Aufsichtsinstanz hat folglich keine Befugnis, mit Weisungen auf die Besorgung der entsprechenden Aufgaben einzugreifen.³³⁹ Demnach ist in diesem Bereich allein die Unternehmensleitung für die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe im gesetzlich umschriebenen Rahmen zuständig.³⁴⁰ Die Aufsichtsaufgabe des Bundesrats wird u.a. durch die parlamentarische Oberaufsicht ergänzt.

4.4.1.3 Parlamentarische Oberaufsicht

Die Bundesversammlung übt gemäss Art. 169 Abs. 1 BV u.a. die Oberaufsicht über die anderen Träger von Aufgaben des Bundes aus. Die bundesnahen Unternehmen zählen auch zu den Trägern von Aufgaben des Bundes. Im Bundesgesetz über die Bundesversammlung (ParlG) wird die Oberaufsicht näher beschrieben. Diese dient der Prüfung der Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmässigkeit des Handelns der Beaufsichtigten (Art. 26 Abs. 3 ParlG). Der Schwerpunkt der Prüfung liegt dabei auf den erstgenannten drei Kriterien (Art. 52 Abs. 2 ParlG). Die parlamentarische Oberaufsicht ist zwar selbständiger Natur, geht in ihrer Praxis jedoch auf die Aufsichtstätigkeit und -ergebnisse des Bundesrats ein.³⁴¹ Besonders bei der Aufsicht über die verwaltungsexternen Einheiten knüpft die parlamentarische Oberaufsicht wesentlich an die bundesrätliche Kontrolle über die Einhaltung der gesetzten strategischen Ziele an.³⁴²

³³⁹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 34 zu § 5.

³⁴⁰ Vgl. GYGI, S. 51.

³⁴¹ MÜLLER, N 6 zu Art. 187 BV.

³⁴² MÜLLER a.a.O.

Die parlamentarische Oberaufsicht ist in erster Linie ein Mittel der Gewaltenhemmung.³⁴³ Grds. erfolgt sie *ex post*.³⁴⁴ Sie beschränkt sich darauf, Informationen zu sammeln, Kritik auszusprechen, Empfehlungen vorzuschlagen und allenfalls auch Massnahmen anzustossen.³⁴⁵ Es besteht keine Befugnis, Entschiede aufzuheben.³⁴⁶ Gegenstand der parlamentarischen Aufsicht ist die Art und Weise, wie der Bundesrat seine Führungs- und Aufsichtsfunktion wahrnimmt.³⁴⁷ Als Illustration kann an dieser Stelle ein Auszug aus dem Bericht der Geschäftsprüfungskommission anlässlich der Neuorientierung der Oberaufsicht über Post, Swisscom und SBB angeführt werden: «Gegenstand der Oberaufsicht ist die Frage, ob der Bundesrat die Eigenerinteressen des Bundes wahrgenommen hat. Betroffen sind dabei nicht nur die dem Bundesrat übertragenen Eigeneraufgaben im engeren Sinn (Genehmigung des Geschäftsberichts und Rechnung, Vornahme von Wahlen, Festlegung und Kontrolle der Ziele). Als Eigener (Eigentümer bzw. Hauptaktionär) muss sich der Bund und somit der Bundesrat auch Rechenschaft über alle Ereignisse geben, die das ordentliche Funktionieren der Unternehmen beeinträchtigen könnten.»³⁴⁸

Die Frage, ob der autonome Bereich der verselbständigten Organisationen der parlamentarischen Oberaufsicht entzogen ist und die Einflussmöglichkeiten nur soweit reichen als der Bundesrat Einflussmöglichkeiten hat, ist umstritten.³⁴⁹ Gemäss UHLMANN gibt es keine Bereiche der Staatstätigkeit, die von vorneherein von der Oberaufsicht ausgeschlossen sind.³⁵⁰ Allerdings erwähnt er in seinem Gutachten Grundsätze, welche die Oberaufsicht begrenzen sollen.³⁵¹ Für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist der Grundsatz der Geheimniswahrung. Die Oberaufsicht soll dem Sichtbarmachen der politischen Verantwortung dienen.³⁵² Hierbei besteht allerdings ein Spannungsverhältnis zur Vertraulichkeit gewisser staatlicher Informationen.³⁵³ Der Gesetzgeber hat zur Wahrung von Geheimnissen deshalb ein Kaskadensystem geschaffen, an dessen Spitze die Geschäftsprüfungsdelegationen stehen.³⁵⁴ Geheimhaltungspflichten können ihnen schon von Verfassung wegen nicht entgegengehalten werden (Art. 169 Abs. 2 BV). Allerdings gilt dieser Informationsanspruch nicht absolut, sondern er muss in einem Zusammen-

³⁴³ KIENER, N 41 zu § 18.

³⁴⁴ KIENER, N 43 zu § 18.

³⁴⁵ BIAGGINI, N 2 zu Art. 169 BV.

³⁴⁶ BIAGGINI, a.a.O.; bekräftigt in Art. 26 Abs. 4 ParlG.

³⁴⁷ BIAGGINI, N 13 zu Art. 169 BV.

³⁴⁸ Bericht GPK, S. 4602 f.

³⁴⁹ Gutachten UHLMANN, Nr. 28.

³⁵⁰ Gutachten UHLMANN, Nr. 31.

³⁵¹ Gutachten UHLMANN a.a.O.

³⁵² KIENER, N 43 zu § 18 m.V.a. TSCHANNEN, Staatsrecht, Nr. 1325.

³⁵³ Gutachten UHLMANN, Nr. 31.

³⁵⁴ Gutachten UHLMANN a.a.O.

hang mit der Erfüllung der Aufgabe im Rahmen der Oberaufsicht stehen.³⁵⁵ Die weitestgehenden Informationsrechte haben die parlamentarischen Untersuchungskommissionen.³⁵⁶ Bei Vorkommnissen von grosser Tragweite in der Bundesverwaltung haben die Eidgenössischen Räte die Möglichkeit, durch einfachen Bundesbeschluss Untersuchungskommissionen einzusetzen, die Sonderrechte besitzen.³⁵⁷ Sie können Zeugen einvernehmen und dürfen auch gegen den Willen des Bundesrats Einblick in alle Amtsgeheimnisse haben.³⁵⁸ Schliesslich ist anzufügen, dass seit 2012 ein Gesetz in Kraft ist, welches die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigten Einheiten regelt.³⁵⁹

4.4.2 Aufsichtsinstrumente des Bundesrats

In seinem Bericht über die Grundversorgung in der Infrastruktur hat der Bundesrat Aufsichtsinstrumente über die Erbringung der Grundversorgung bzw. Steuerung der bundsnahen Unternehmen festgelegt. Es handelt sich dabei um Gesetze und Verordnungen, die zur Definition des Leistungsumfangs dienen (z.B. Fernmeldegesetz und Fernmeldeverordnung zur Definition des Leistungsauftrags). Weitere Instrumente sind, je nach gesetzlicher Ordnung, Konzessionen und Leistungsvereinbarungen sowie die Aufsichtstätigkeiten über die Einhaltung der Gesetzesvorschriften. Zudem sind strategischen Zielesetzungen, die gestützt auf die spezialgesetzlichen Grundlagen getätigt werden und die Rechte, welche der Bund als Aktionär hat, namentlich die Mitwirkungsrechte an der Generalversammlung sowie Informationsrechte- und Traktandierungsrechte, ebenfalls von zentraler Bedeutung.³⁶⁰

4.4.3 Aufsichtsinstrumente der parlamentarischen Oberaufsicht

Die Aufsichtsinstrumente der parlamentarischen Oberaufsicht besitzen im Vergleich zu denjenigen des Bundesrats eher eine begrenzte Wirkungskraft.³⁶¹ Klassische Aufsichtsinstrumente sind die Prüfung und Genehmigung der jährlichen Geschäftsberichte des Bundesrats und die Abnahme der Staatsrechnung.³⁶² Weiter stehen unspezifische Instrumente wie z.B. die parlamentarische Initiative (z.B. auf Einsetzung einer Untersuchungskommission), der Auftrag, das Postulat, die Interpellation oder die Anfrage zur Verfügung.³⁶³ Bedeutender sind die den einzelnen Ratsmitgliedern bzw. den Kommissio-

³⁵⁵ BIAGGINI, N 24 zu Art. 169 BV.

³⁵⁶ Gutachten UHLMANN, Nr. 35.

³⁵⁷ MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, N 31 zu Art. 169 BV.

³⁵⁸ MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, a.a.O.

³⁵⁹ Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigten Einheiten (AS 2011 5859).

³⁶⁰ Vgl. zum Ganzen Bericht Bundesrat, S. 4582.

³⁶¹ Vgl. BIAGGINI, N 18 zu Art. 169 BV.

³⁶² BIAGGINI a.a.O.

³⁶³ BIAGGINI a.a.O.

nen zustehenden parlamentarischen Auskunfts- und Einsichtsrechte und Untersuchungsbefugnisse.³⁶⁴ Bspw. hat der Bundesrat vertiefte Berichte über die Erfüllung der strategischen Ziele der bundesnahen Unternehmen für die parlamentarischen Aufsichtskommissionen zu verfassen.³⁶⁵

4.4.4 Aufsichtsbehörden der bundesnahen Unternehmen

Die Eigentümerrolle bei der Post, SBB und Swisscom nimmt das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zusammen mit der EFV wahr.³⁶⁶ Beim Generalsekretariat UVEK ist der Direktionsstab für öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen für die Aufsichtsaufgaben federführend.³⁶⁷ Im Postbereich ist das zum UVEK gehörende Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) für die Gesetzgebung und für die Aufsicht über den Grundversorgungsbereich im Zusammenhang mit den Dienstleistungen im Zahlungsverkehr zuständig.³⁶⁸ Die Eidgenössische Postkommission (PostCom) ist dafür verantwortlich, die generelle Aufsicht über den schweizerischen Postmarkt und die Sicherstellung der Grundversorgung im Postbereich und des fairen Wettbewerbs auszuüben.³⁶⁹ Im Bereich der PostFinance ist die FINMA zuständig.³⁷⁰ Bei der SBB ist das Bundesamt für Verkehr (BAV) hinsichtlich der technischen und betrieblichen Bestimmungen die massgebende Aufsichtsinstanz.³⁷¹ Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) ist für die Swisscom im Bereich der Regulierung und Überwachung des Telekommunikationsmarkts verantwortlich.³⁷² Für die BGRB Holding als Dachgesellschaft der RUAG MRO und der RUAG International übernimmt das VBS die Kontrolle und Steuerung.³⁷³ Ebenso

³⁶⁴ BIAGGINI, N 19 zu Art. 169 BV.

³⁶⁵ LIENHARD ET AL., S. 149.

³⁶⁶ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/steuerung.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁶⁷ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/steuerung.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁶⁸ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁶⁹ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁷⁰ PostFinance, <<https://www.postfinance.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation.html>> (zuletzt besucht am 16.03.2022).

³⁷¹ UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/sbb.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁷² UVEK, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/swisscom.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁷³ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

ist das VBS für die RUAG MRO zuständig.³⁷⁴ Die RUAG International untersteht der Aufsicht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD).³⁷⁵

4.4.5 Einsichtsgesuche bei den Aufsichtsbehörden

Die Gesuchstellung um Einsicht in amtliche Dokumente direkt bei den bundesnahen Unternehmen unterliegt, wie bereits festgestellt wurde³⁷⁶, einem engen Anwendungsbereich. Die Aufsichtsbehörden, wie z.B. das UVEK, sind dem BGÖ als Teil der Bundesverwaltung, vorbehaltlich allfälliger Ausnahmebestimmungen, uneingeschränkt unterstellt (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ). Die Aufsichtstätigkeit hat zur Folge, dass die Behörden in Besitz unzähliger Dokumente der von ihnen beaufsichtigten Unternehmen sind. Diese Dokumente gelten bei entsprechender Qualifizierung als amtliches Dokument und sind der Öffentlichkeit gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip zugänglich.

Der EDÖB wurde in der Vergangenheit dementsprechend mit Zugangsgesuchen konfrontiert, die nicht direkt bei den Unternehmen gestellt wurden, sondern indirekt bei den Aufsichtsinstanzen. Die letzte Empfehlung, welcher der EDÖB in diesem Zusammenhang aussprach, betraf ein Gesuch an die PostCom, in welchem ein Journalist verschiedene Fragen bezüglich der Schliessung von Poststellen stellte.³⁷⁷ Mit einer brisanteren Thematik war der EDÖB beim Gesuch an die EFK um Einsicht in den Prüfungsbericht betreffend der Untersuchung der mutmasslich überhöhten Preise, welche die RUAG der Armee in Rechnung gestellt haben soll, beschäftigt.³⁷⁸ Es ist jedoch auch hier darauf hinzuweisen, dass es wenige Empfehlungen des EDÖB im Zusammenhang mit Gesuchen an die Aufsichtsbehörden gibt, die darauf abzielen, Dokumente über bundesnahe Unternehmen herauszugeben.

4.4.6 Fazit

Die bundesnahen Unternehmen unterstehen einer Vielzahl an Aufsichtsmechanismen, die von verschiedenen Instanzen wahrgenommen werden. Zwischen der betriebswirtschaftlich motivierten Verselbständigung der bundesnahen Unternehmen und der politisch begründeten Anbindung an die staatliche Aufsicht besteht ein schwer aufzulösendes Spannungsfeld.³⁷⁹ Bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, das Verhältnis zwischen Autonomie der Unternehmensleitung und der

³⁷⁴ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁷⁵ VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html>> (zuletzt besucht am 16.02.2022).

³⁷⁶ Siehe Ziff. 4.3.

³⁷⁷ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 16. Juli 2021, S. 1.

³⁷⁸ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 19. September 2019, S. 1.

³⁷⁹ MÜLLER, N 13 zu Art. 187 BV.

staatlichen Aufsicht durch Spezialgesetz zu definieren, während sich bei privatrechtlich organisierten Unternehmen die Aufsichtstätigkeit auf die privatrechtlichen Einwirkungs- und Kontrollrechte beschränken.³⁸⁰ Die Wahl der Rechtsform der bundesnahen Unternehmen ist hinsichtlich der Aufsichtstätigkeit dementsprechend, wie weiter vorne ausgeführt³⁸¹, von zentraler Bedeutung.³⁸²

Aufgrund der durchaus intensiven Aufsichtstätigkeit sind die zuständigen Behörden in Besitz amtlicher Dokumente, welche die beaufsichtigten Unternehmen betreffen. Diese Dokumente sind der Öffentlichkeit zugänglich, sofern die Behörde dem BGÖ unterstellt ist. Die Dokumente, die sich in Besitz der Bundesversammlung und ihren Organen, wie z.B. die Kommissionen und Delegationen, befinden, unterstehen nicht dem Öffentlichkeitsprinzip.³⁸³ Infolge der möglicherweise durchaus zahlreichen amtlichen Dokumente, die bei den Aufsichtsbehörden vorhanden sind, ist der Schutz der Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen von besonderer Bedeutung. Denn sind in den Dokumenten etwaige Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthalten, kann deren Bekanntgabe an die Öffentlichkeit zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

4.5 Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen

4.5.1 Vorbemerkungen

Die Aufsichtsbehörden der bundesnahen Unternehmen verfügen über zahlreiche Informationen zur Geschäftstätigkeit der bundesnahen Unternehmen.³⁸⁴ Diese Informationen basieren auf unterschiedlichen Grundlagen, wie z.B. auf den Konzessions-, Bewilligungs- oder Zulassungsverfahren, der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, der Gewährung von Subventionen oder Exportbeiträgen, der Erhebung von Steuern, den Kontroll- und Ermittlungsmassnahmen oder der Erstellung von Statistiken.³⁸⁵ Nicht alle der im Zusammenspiel mit den Behörden generierten Informationen sind vertraulich, denn einige haben die bundesnahen Unternehmen bspw. selbst veröffentlicht.³⁸⁶ Zu denken ist hier etwa an die Informationen, die in den Jahresberichten veröffentlicht werden.³⁸⁷

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf diejenigen Informationen, die bei Bekanntgabe an Dritte zu möglichen wettbewerblichen Nachteilen für die bundesnahen

³⁸⁰ HÄNNI/STÖCKLI, Nr. 1796.

³⁸¹ Siehe Ziff. 3.2.1.

³⁸² HÄNNI/STÖCKLI, Nr. 1796.

³⁸³ SÄGESSER, SHK, N 41 zu Art. 2 BGÖ.

³⁸⁴ Vgl. COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 41 zu Art. 7 BGÖ.

³⁸⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER a.a.O.

³⁸⁶ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER a.a.O.

³⁸⁷ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER a.a.O.

Unternehmen führen könnten. Das Verbot der Bekanntgabe von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ ist dabei die zentrale Bestimmung. Es gibt in der schweizerischen Gesetzgebung keine Definition, was unter Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen zu verstehen ist.³⁸⁸ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich an Art. 162 StGB und Art. 6 UWG orientiert und als Geheimnis «alle Tatsachen (...), die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, wobei der Geheimnisherr an ihnen ein berechtigtes Interesse haben muss und sie tatsächlich geheim halten will», definiert.³⁸⁹ Unterschieden wird also zwischen einem objektiven und einem subjektiven Geheimhaltungsinteresse.³⁹⁰ Es ist in der Praxis allerdings schwierig, aufgrund dieser allgemeinen Definition, eine Information als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis zu qualifizieren.³⁹¹ Deswegen werden nun zuerst diese beiden Begriffe genauer definiert.

4.5.2 Verbot der Bekanntgabe von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen

4.5.2.1 Definition Geschäftsgeheimnis

Als Geschäftsgeheimnisse gelten Kenntnisse, die für den geschäftlichen Erfolg von Bedeutung sein können, wie z.B. Kenntnisse über die Organisation, die Kalkulation der Preise, den Kundenkreis, die Produktion oder den Geschäftsgang.³⁹² Geschäftsgeheimnisse vermitteln ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens.³⁹³ Nicht alle Geschäftsdaten sind als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren, sondern nur solche, deren Bekanntgabe die Möglichkeit von Wettbewerbsverzerrungen oder des Verlusts von Marktanteilen mit sich bringt.³⁹⁴ Voraussetzung für Wettbewerbsverzerrungen ist das Vorliegen von mindestens einem Konkurrenzunternehmen auf dem entsprechenden Markt.³⁹⁵ Für das betroffene Unternehmen, welches seine Geschäftsgeheimnisse gewahrt haben möchte, kommt es auf die mögliche Beeinflussung des Geschäftsergebnisses an.³⁹⁶ Für ein allfälliges Konkurrenzunternehmen ist die Frage, welcher Vorteil sich aus der Einsicht in die Geschäftsgeheimnisse ergeben könnte, von Bedeutung.³⁹⁷ Wichtig ist, dass das betroffene Unternehmen bzw. die mit dem Gesuch konfrontierte Behörde detailliert darlegt, welche

³⁸⁸ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 29.

³⁸⁹ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.; vgl. auch Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2014 E. 5.2.2.1 m.w.H.

³⁹⁰ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

³⁹¹ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

³⁹² BGE 118 Ib 547 E. 5a S. 559 (übersetzt in: Pra 92/1993 Nr. 150, S. 578 ff.).

³⁹³ HÄNER, BSK, N 38 zu Art. 7 BGÖ.

³⁹⁴ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 20. Februar 2013, S. 7 f.

³⁹⁵ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 28.

³⁹⁶ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 4. Dezember 2012, S. 6.

³⁹⁷ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 8. Juni 2010, S. 4.

Informationen als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind.³⁹⁸ Ein pauschaler Hinweis auf das Vorliegen solcher Geheimnisse erfüllt folglich diese Anforderungen nicht.³⁹⁹

4.5.2.2 Definition Fabrikationsgeheimnis

Fabrikationsgeheimnisse sind technische Informationen, die nicht öffentlich zugänglich und für das Unternehmen von grossem Wert sind.⁴⁰⁰ Es handelt sich hierbei um das technische Wissen, das eine Anleitung zum technischen Handeln enthält.⁴⁰¹ Dabei kann es sich bspw. um Fabrikationsanleitungen, Forschungsergebnisse, geheime technische Regeln, Zusammensetzungen eines Produkts, Konstruktionen einer Maschine, Bezugsquellen oder etwa um Herstellungsverfahren- oder mittel handeln.⁴⁰² Die Kenntnisse werden für die Herstellung von Produkten verwendet, sind am fertigen Produkt äusserlich nicht sichtbar und somit geheimnisfähig.⁴⁰³ Auch beim Fabrikationsgeheimnis ist detailliert darzulegen, welche Informationen geheim sind.⁴⁰⁴

4.5.3 Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse bundesnaher Unternehmen

Die bundesnahen Unternehmen mussten in der Praxis bereits verschiedentlich die Bekanntgabe ihrer Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse verteidigen. So wehrte sich die RUAG im bereits angesprochenen Fall⁴⁰⁵ gegen die Offenlegung des Prüfungsberichts der EFK. Die RUAG stand medial in der Kritik, weil sie in den Jahren 2013 bis 2017 für den Unterhalt von Kampffjets und Armeehelikoptern eine zu hohe Gewinnmarge erzielte.⁴⁰⁶ Die EFK überprüfte darauf auf Ersuchen der RUAG diese Rechnungsjahre.⁴⁰⁷ Ein Journalist wollte danach gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip Zugang zu diesem Bericht, den die EFK mit der Begründung ablehnte, dass der Bericht als vertraulich klassifiziert wurde.⁴⁰⁸ Der EDÖB empfahl jedoch den Zugang zum Bericht, u.a. weil weder die EFK noch die RUAG mit der von der Rechtsprechung geforderten hinreichenden Begründungsdichte das Bestehen von Geschäftsgeheimnissen darlegen konnten.⁴⁰⁹ Die EFK erliess darauffolgend eine Verfügung, in der sie, auf entsprechenden Antrag der RUAG, den Zugang verweigerte.⁴¹⁰ Eine Offenlegung des Berichts würde zu einer

³⁹⁸ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 30.

³⁹⁹ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip a.a.O.

⁴⁰⁰ BGE 103 IV 283 E. 2b S. 284.

⁴⁰¹ Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 25. Juni 2012, S. 8.

⁴⁰² MABILLARD, SHK, N 15 zu Art. 6 UWG.

⁴⁰³ HÄNER, BSK, N 42 zu Art. 7 BGÖ.

⁴⁰⁴ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 30.

⁴⁰⁵ Siehe Ziff. 4.4.5.

⁴⁰⁶ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 A.

⁴⁰⁷ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 a.a.O.

⁴⁰⁸ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 B.

⁴⁰⁹ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 a.a.O.

⁴¹⁰ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 C.

Verfälschung des Wettbewerbs führen, da der Bericht Geschäftsgeheimnisse in Form von Informationen über die Preiskalkulation mit allen Kostenpositionen enthalten würde.⁴¹¹ Der Journalist hat daraufhin beim Bundesverwaltungsgericht gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben und vollständigen Zugang verlangt.⁴¹² Die RUAG wehrte sich vor dem Bundesverwaltungsgericht mit dem Argument, dass im Bericht ein vertraulicher Teil enthalten sei.⁴¹³ Dieser Teil umfasste Zahlen und Details zu den Nettoumsätzen, Herstellkosten, Bruttogewinnen, Materialkosten, Kosten für Marketing und Verkauf, Forschung und Entwicklung, Administration, Abschreibungen, dem immateriellen Anlagevermögen, den kalkulatorischen Zuschlägen und die Preiskalkulation der ganzen Division RUAG Aviation sowie Angaben zur Geschäftsstrategie.⁴¹⁴ Neben dem Profit, den die Konkurrenten mit diesen Angaben erzielen könnten, würde durch die negative Auswirkung der Publikation auf das Geschäftsergebnis der RUAG auch der Bund als Alleinaktionär und letztlich auch der Steuerzahler geschädigt.⁴¹⁵ Es war unumstritten, dass die streitgegenständlichen Informationen nicht öffentlich bekannt waren, in einer Beziehung zur Geheimnisträgerin stehen und diese einen subjektiven Geheimhaltungswillen hat.⁴¹⁶ Umstritten war also einzig, ob auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestanden habe.⁴¹⁷ Schliesslich konnte die RUAG in ihrer Argumentation nicht überzeugend ausführen, weshalb eine Offenlegung des Berichts zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde.⁴¹⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat das objektive Geheimhaltungsinteresse mangels hinreichend wahrscheinlichem Schadensrisiko schliesslich verneint.⁴¹⁹ Auch eine Schädigung des Bundes und der Steuerzahler stufte das Bundesverwaltungsgericht in seinen Ausführungen als unwahrscheinlich ein.⁴²⁰

Wie die RUAG wehrte sich auch die SBB vor dem Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Bekanntgabe vermeintlicher Geschäftsgeheimnisse.⁴²¹ In diesem Fall verlangte ein Journalist beim BAV Einsicht in die vollständigen und nicht anonymisierten Einträge der Nationalen Ereignisdatenbank (NEDB).⁴²² Dabei begrenzte er sich auf die 26 wichtigsten

⁴¹¹ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 a.a.O.

⁴¹² Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 D.

⁴¹³ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E.

⁴¹⁴ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.2.3.

⁴¹⁵ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 a.a.O.; Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet eine Schädigung von Bund und Steuerzahlern als Wettbewerbsverzerrung im weiteren Sinne.

⁴¹⁶ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.2.3.

⁴¹⁷ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.3.2.

⁴¹⁸ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 a.a.O.

⁴¹⁹ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.4.2.

⁴²⁰ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 7.4.3.

⁴²¹ Es handelt sich um das Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016.

⁴²² Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 A.

Transportunternehmen der Schweiz.⁴²³ Das Gesuch sollte inkl. der Angaben zu den Gefährdungen, Störungen und Schadenssummen gewährt werden, was allerdings von den betroffenen Transportunternehmen bewilligt werden musste.⁴²⁴ Lediglich ein Unternehmen willigte in die Einsicht der Gefährdungen und Störungen ein und zwölf Unternehmen gewährten die Bekanntgabe der Schadenssummen.⁴²⁵ Im darauffolgenden Schlichtungsverfahren beim EDÖB wurde eine Einigung betreffend der Schadenssummen erzielt, nicht jedoch im Zusammenhang mit den Angaben zu den Gefährdungen und Störungen.⁴²⁶ Die Transportunternehmen befürchteten, dass die Gewährung der Einsicht in die verlangten Dokumente Auswirkungen auf ihr Geschäftsergebnis hätte haben können, insbesondere durch Wettbewerbsverzerrungen oder einen Reputationsschaden.⁴²⁷ Das Bundesverwaltungsgericht stellte zwar fest, dass die herausverlangten Daten grds. Geschäftsgeheimnisse darstellen.⁴²⁸ Allerdings fehlte es auch in diesem Fall an einem objektiven Geheimhaltungsinteresse.⁴²⁹ Die Wahrscheinlichkeit, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden von einer gewissen Erheblichkeit eintreten würde, war nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben.⁴³⁰ Die meisten Strecken des öffentlichen Verkehrs würden aufgrund rechtlicher oder zumindest faktischer Monopole kein Alternativangebot vorsehen.⁴³¹ Die Konsumenten könnten folglich i.d.R. nicht auf ein anderes Transportunternehmen ausweichen.⁴³² Weiter führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass es wohl eine unwahrscheinliche Kumulation von mehreren schwerwiegenden Zwischenfällen eines bestimmten Transportunternehmens vorliegen müsste, damit eine erhebliche Zahl an Kunden die Transportdienste zukünftig meiden würde.⁴³³ Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wurde vom Bundesgericht im Urteil 1C_428/2016 vom 27. September 2017 bestätigt.

Die Swisscom gelangte an das Bundesverwaltungsgericht, da sie gegen eine Verfügung des EDÖB Beschwerde erhoben hatte.⁴³⁴ Der EDÖB erlaubte mittels Verfügung die Einsicht in die Dokumente, die er im Zusammenhang mit der Beratung der Swisscom erstellt hatte.⁴³⁵ Die Swisscom war damals medial in Kritik geraten, weil sie bekannt gegeben

⁴²³ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴²⁴ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 C.

⁴²⁵ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴²⁶ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 D.

⁴²⁷ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 5.4.6.

⁴²⁸ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.3.

⁴²⁹ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴³⁰ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴³¹ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴³² Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴³³ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 a.a.O.

⁴³⁴ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 C.

⁴³⁵ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 B.e.

hatte, dass Unbekannte die Zugriffsrechte eines Vertriebspartners entwendet und sich verschiedene Daten, wie Namen, Adressen, Telefonnummern und Geburtsdaten verschafft hatten.⁴³⁶ Infolgedessen beriet der EDÖB die Swisscom im Sinne von Art. 28 DSG und eröffnete zudem ein Verfahren zur Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 29 DSG, um die möglichen Folgeschäden des Datenvorfalles zu beurteilen.⁴³⁷ Gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip wollte der Gesuchsteller darauffolgend Einsicht in die in diesem Zusammenhang entstandenen Dokumente erhalten.⁴³⁸ Die Swisscom wehrte sich gegen dieses Gesuch, u.a. weil sie die Bekanntgabe ihrer Geschäftsgeheimnisse verhindern wollte.⁴³⁹ Als Geschäftsgeheimnisse nannte die Swisscom die Analyse der Risiken von Folgeschäden des Datenvorfalles, denn deren Offenlegung hätte die Gefahr mit sich gebracht, dass Rückschlüsse auf das strategische Vorgehen und die Organisation der Swisscom bei Hackerangriffen, Phishing, unerwünschter Werbung, Systemfehler und Datendiebstahl möglich gewesen wären.⁴⁴⁰ Weiter hätte das Einsichtsgesuch Dokumente betroffen, die den exakten zeitlichen Ablauf und die konkreten Ursachen der Zwischenfälle beinhalteten.⁴⁴¹ Auch diese Informationen waren gemäss der Einschätzung der Swisscom Geschäftsgeheimnisse.⁴⁴² Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinen Ausführungen zum Ergebnis, dass die Swisscom nicht konkret aufzeigen konnte, warum die betroffenen Informationen als Geschäftsgeheimnisse hätten qualifiziert werden sollen.⁴⁴³ Die Risikoanalyse hing nicht mit dem Geschäftsmodell, der Organisation oder dem technischen System der Swisscom zusammen, und die Information zu den Massnahmen beim Umgang mit den Risiken enthielten keine aufschlussreichen Detailangaben zu technischen Vorkehrungen, aus welchen Dritte einen erheblichen Nutzen hätten ziehen können und die sich bei Veröffentlichung negativ auf den Geschäftserfolg hätten auswirken können.⁴⁴⁴ Die Analyse der Ursachen wären gemäss Bundesverwaltungsgericht zwar potenziell geeignet gewesen, Geschäftsgeheimnisse darzustellen, aber die ursächlichen Bedingungen konnten aufgrund der veränderten technischen Verhältnisse sowie der getroffenen Massnahmen nicht mehr auftreten.⁴⁴⁵ Auch hier war es nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Geheimhaltung dieser Angaben einen Wettbewerbsnachteil hätten verhindern können.⁴⁴⁶

⁴³⁶ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 A.a.

⁴³⁷ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 A.b.

⁴³⁸ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 B.a.

⁴³⁹ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 C.

⁴⁴⁰ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 E. 6.1.

⁴⁴¹ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 a.a.O.

⁴⁴² Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 a.a.O.

⁴⁴³ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 E. 6.3.2.

⁴⁴⁴ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 a.a.O.

⁴⁴⁵ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 E. 6.3.5.

⁴⁴⁶ Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 a.a.O.

4.5.4 Fazit

Die erwähnten Beispiele dokumentieren die Taktik der bundesnahen Unternehmen, um die Bekanntgabe von Dokumenten zu verhindern resp. einzuschränken. Sie versuchen jeweils das Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen anzuführen und deren mögliche Verletzung mit der Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen. Allerdings ist ihre Begründung oft wenig konkret, mitunter pauschal und genügt so nicht, um die Herausgabe von Dokumenten zu verhindern. Der drohende Schaden muss für das jeweilige Unternehmen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit grosser Wahrscheinlichkeit eintreffen.⁴⁴⁷ Die Ausnahmeklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ muss restriktiv ausgelegt werden.⁴⁴⁸ Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips ist die restriktive Auslegung sinnvoll, denn sollte bereits die geringste Möglichkeit eines entstehenden Schadens eine Verweigerung oder Einschränkung des Zugangs rechtfertigen, würde der Paradigmenwechsel zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt durch eine weite Auslegung der Ausnahmeklauseln untergraben.⁴⁴⁹ Folglich sollte schon bereits in Zweifelsfällen der Zugang zu den amtlichen Dokumenten gewährt werden.⁴⁵⁰ Die bundesnahen Unternehmen oder die zuständigen Behörden dürfen keine Interessenabwägung vornehmen.⁴⁵¹ Es ist mithin nicht erlaubt, dass z.B. die Post oder das BAV eine Abwägung zwischen ihrem Interesse und dem Interesse der gesuchstellenden Person vornehmen.⁴⁵² Entscheidend ist alleine, dass die Bekanntgabe der Dokumente ein erhebliches und ernsthaftes Schadenrisiko mit sich bringt.⁴⁵³ Die Beweislast obliegt dabei der Behörde oder dem bundesnahen Unternehmen.⁴⁵⁴ Weiter ist zu beachten, dass Verweigerungsgründe zwar parallel vorliegen können, eine Kumulation von verschiedenen Ausnahmeregelungen im BGÖ führt aber nicht zu einer Verstärkung der Durchschlagskraft einzelner Ausnahmeklauseln.⁴⁵⁵

Aufgrund der wichtigen Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips sollte beim Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen nicht sogleich das ganze Dokument unzugänglich gemacht werden. Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip muss stets die mildeste mögliche Einschränkung vorgenommen werden.⁴⁵⁶ Eine mildere Form als das Verwei-

⁴⁴⁷ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 4 zu Art. 7 BGÖ; TSCHERRIG, Nr. 10.

⁴⁴⁸ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.; TSCHERRIG a.a.O.

⁴⁴⁹ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.

⁴⁵⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.

⁴⁵¹ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 5 zu Art. 7 BGÖ; HÄNER/STEIMEN, BSK, N 3 zu Art. 7 BGÖ; TSCHERRIG, Nr. 10.

⁴⁵² Vgl. COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, a.a.O.; a.M. WEBER, Nr. 91.

⁴⁵³ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, SHK, N 4 zu Art. 7 BGÖ; HÄNER/STEIMEN, BSK, N 4 zu Art. 7 BGÖ; TSCHERRIG, Nr. 10.

⁴⁵⁴ Botschaft BGÖ, S. 2002.

⁴⁵⁵ TSCHERRIG, Nr. 11.

⁴⁵⁶ Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 34.

gern der Herausgabe eines Dokuments ist z.B. das Einschwärzen bestimmter Textpassagen oder das Auslassen der fraglichen Textpassagen mittels Auslassungszeichen.⁴⁵⁷

4.6 Rechtsschutz

Wird ein Gesuch um Einsicht in amtliche Dokumente gestellt, stellt sich die Frage, wie sich das betroffene Unternehmen gegen die Bekanntgabe seiner Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse wehren kann. Es muss dabei unterschieden werden, ob das Gesuch direkt bei einem bundesnahen Unternehmen oder indirekt bei einer Behörde gestellt wurde.

Wird ein Gesuch direkt bei einem bundesnahen Unternehmen gestellt, kann dieses die Einsicht in die fraglichen Dokumente, unter Hinweis auf allfällige Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, verweigern resp. einschränken. Sollte die gesuchstellende Person mit der Ablehnung oder Einschränkung des Gesuchs nicht einverstanden sein, wird sie dem EDÖB einen Schlichtungsantrag stellen. Wie bereits erwähnt, hat der Antrag im Normalfall gemäss Art. 12 Abs. 1 BGÖ innerhalb von 20 Tagen zu erfolgen.⁴⁵⁸ Danach gibt der EDÖB bei gescheiterter Schlichtung gemäss Art. 14 BGÖ den beteiligten Parteien eine schriftliche Empfehlung ab, ob er die Einsicht gewähren oder verweigern würde. Nach Erhalt der Empfehlung hat die gesuchstellende Person auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 1 BGÖ das Recht, vom bundesnahen Unternehmen innerhalb von zehn Tagen eine Verfügung nach Art. 5 VwVG zu verlangen. Gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. a BGÖ muss das bundesnahe Unternehmen bei einer Abweichung von der Empfehlung des EDÖB von sich aus eine Verfügung erlassen, sofern das Gesuch nicht vollumfänglich gutgeheissen wird. Die gesuchstellende Person kann diese Verfügung gemäss Art. 33 lit. h VGG vor Bundesverwaltungsgericht anfechten. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gutheissen, hat das bundesnahe Unternehmen die Möglichkeit, gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG vor Bundesgericht gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts Beschwerde zu erheben.

Sofern ein Gesuch bei einer Behörde gestellt wurde, welche z.B. aufgrund einer Aufsichtstätigkeit in Besitz von amtlichen Dokumenten bundesnaher Unternehmen ist, informiert die Behörde das betroffene bundesnahe Unternehmen und gibt diesem gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ die Möglichkeit, innert zehn Tagen Stellung zu beziehen. Voraussetzung dafür ist gemäss Art. 3 lit. a DSG das Vorliegen von Personendaten in den betroffenen amtlichen Dokumenten.⁴⁵⁹ Als weitere Voraussetzung muss es sich bei der

⁴⁵⁷ Vgl. Fragen zum Öffentlichkeitsprinzip, S. 35.

⁴⁵⁸ Siehe Ziff. 2.1.5.2.

⁴⁵⁹ FLÜCKIGER, SHK, N 5 zu Art. 11 BGÖ.

gesuchstellenden Person um eine Drittperson handeln. Zudem hat die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht zu ziehen, damit das bundesnahe Unternehmen zur Stellungnahme berechtigt ist.⁴⁶⁰ Die Stellungnahme darf nicht das Zugangsgesuch generell betreffen, sondern beschränkt sich auf die für das bundesnahe Unternehmen relevanten Daten.⁴⁶¹ Mit der Einführung des revidierten Datenschutzgesetzes wird Art. 11 BGÖ geändert, da der Geltungsbereich im revDSG, wie bereits erwähnt wurde⁴⁶², nur noch natürliche Personen betrifft. Damit das rechtliche Gehör juristischer Personen weiterhin gewährleistet ist, wird im neuen Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 BGÖ der Begriff der «Privatsphäre» verwendet.⁴⁶³ Neu hat somit die Behörde das bundesnahe Unternehmen zu konsultieren, sollte die Gefahr bestehen, dass dessen Privatsphäre beeinträchtigt werden kann, wie z.B. die Beeinträchtigung des guten Rufs des Unternehmens oder eine drohende Bekanntgabe von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen.⁴⁶⁴ Das bundesnahe Unternehmen kann in seiner Stellungnahme den Antrag stellen, die Herausgabe des fraglichen Dokuments zu verweigern oder als mildere Massnahme zumindest diejenigen Stellen, welche z.B. Geschäftsgeheimnisse enthalten, zu schwärzen. Sollte die entscheidende Behörde entgegen diesem Antrag vollständig auf das Einsichtsgesuch eintreten, kann das bundesnahe Unternehmen nach Art. 13 Abs. 1 lit. c BGÖ beim EDÖB einen Schlichtungsantrag einreichen. Nach der Empfehlung des EDÖB hat die Behörde gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. b BGÖ i.V.m. Art. 15 Abs. 3 BGÖ innerhalb von 20 Tagen eine Verfügung zu erlassen, wenn das Dokument Personendaten enthält. Aufgrund der Revision des Datenschutzgesetzes wird auch diese Bestimmung geändert, indem neu die Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter das ausschlaggebende Kriterium sein wird.⁴⁶⁵ Die Verfügung kann gemäss Art. 33 lit. d VGG im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts besteht gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG die Möglichkeit, vor Bundesgericht Beschwerde zu erheben.

⁴⁶⁰ Vgl. FLÜCKIGER, SHK, a.a.O.

⁴⁶¹ Vgl. BHEND/SCHNEIDER, BSK, N 9 zu Art. 11 BGÖ.

⁴⁶² Siehe Ziff. 2.3.2.

⁴⁶³ Botschaft revDSG, S. 7113.

⁴⁶⁴ Botschaft revDSG a.a.O.

⁴⁶⁵ Botschaft revDSG a.a.O.

5 Beurteilung der Auswirkungen des Öffentlichkeitsprinzips auf die Wettbewerbsfähigkeit bundesnaher Unternehmen

5.1 Zum heutigen System

Auf der Basis der theoretischen Grundlagen zum Öffentlichkeitsprinzip und der Ausführungen zu den bundesnahen Unternehmen, folgt nun eine abschliessende Beurteilung über die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips auf die bundesnahen Unternehmen. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf den Auswirkungen auf deren Wettbewerbsfähigkeit gelegt.

Einleitend kann festgehalten werden, dass es im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips auf bundesnahe Unternehmen wenige Streitfälle gibt. Im Vernehmlassungsverfahren zum Öffentlichkeitsprinzip hatten sich die bundesnahen Unternehmen gegen eine Unterstellung ausgesprochen, weil sie befürchteten, durch die Unterstellung in ihrer praktischen Geschäftstätigkeit eingeschränkt zu werden. Der Gesetzgeber berücksichtigte insofern ihre Argumente und schränkte die Anwendung auf die Bereiche ein, in denen sie hoheitlich tätig sind. Die Erfahrungen seit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes zeigen, dass die Besorgnisse demnach grösstenteils unbegründet waren. Zwar nahmen die bundesnahen Unternehmen bei Einsichtsgesuchen in einzelnen Fällen Stellung und versuchten, die Gewährung der Einsicht zu verhindern. Dabei argumentierten sie u.a. damit, dass eine Bekanntgabe des Inhalts zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde, weil im fraglichen Dokument Geschäftsgeheimnisse enthalten seien. Damit ein Einsichtsgesuch aufgrund des Vorliegens von Geschäftsgeheimnissen allerdings verhindert werden kann bzw. die fraglichen Stellen im Sinne eines mildereren Mittels geschwärzt werden können, muss der drohende Schaden detailliert begründet werden. Diese eher restriktive Auslegung der Ausnahmeklausel von Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ ist mit Blick auf die grds. Zugänglichkeit amtlicher Dokumente gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ sinnvoll. Eine zu extensive Anwendung der Ausnahmeregelungen würde dem Öffentlichkeitsprinzip zuwiderlaufen und wäre mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar. In Bezug auf die in der vorliegenden Arbeit untersuchten Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit wird diese Auffassung zusätzlich dadurch unterstrichen, dass gemäss den vom Autor getätigten Recherchen kein Fall öffentlich bekannt ist, bei dem ein Einsichtsgesuch tatsächlich eine merkliche Wettbewerbsverzerrung zur Folge hatte. Allerdings bleibt anzufügen, dass ein Nachweis einer merklichen Wettbewerbsverzerrung nicht ohne weiteres erbracht werden könnte. Die Feststellung, dass durch die Unterstellung der bundesnahen Unternehmen unter das Öffentlichkeitsgesetz keine Wettbewerbsnachteile entstehen, legt nahe, dass private Konkurrenten der bundesnahen Unternehmen, die vom Öffentlichkeitsprinzip mangels staatlicher Aufsicht

nicht oder weniger betroffen sind, keine spürbaren Wettbewerbsvorteile geniessen. Somit kann abschliessend festgehalten werden, dass das Öffentlichkeitsprinzip die bundesnahen Unternehmen weder in ihrem hoheitlichen noch in ihrem privatrechtlichen Aufgabengebiet spürbar einschränkt. Der Schutz, den die Ausnahmeklausel von Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ in Bezug auf die Wahrung der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse bietet, erweist sich zudem als ausreichend.

Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass es aufgrund medialer Berichterstattung zukünftig zu einer Verzerrung des Wettbewerbs kommen könnte oder mindestens zu einer kurzfristigen wirtschaftlichen Beeinträchtigung bundesnaher Unternehmen. Diese Unternehmen stehen wegen der staatlichen Beteiligung und den folglich involvierten Steuergeldern im Interesse der Öffentlichkeit und daher auch im Fokus medialen Berichterstattung. Es sind demnach eher die Medien und nicht etwaige Konkurrenten, die an den amtlichen Dokumenten bundesnaher Unternehmen interessiert sind.⁴⁶⁶ Die Medien sehen sich dafür verantwortlich, Missstände im Staat aufzudecken und die Öffentlichkeit zu informieren, was mit den Steuergeldern passiert. Ein Aufdecken von Missständen und die damit verbundene negative Berichterstattung könnte deswegen zu einer mindestens kurzfristigen Reduktion der Einnahmen führen. So könnte etwa ein Missstand bei der Swisscom dazu führen, dass einige Kundinnen und Kunden aus Empörung ihr Abonnement kündigen und zur Konkurrenz wechseln.

Der Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ ist relativ beschränkt, da die bundesnahen Unternehmen kaum Erlass- und Verfügungskompetenzen besitzen. Von grösserer Bedeutung ist hingegen Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ. Die Aufsichtsbehörden als Teil der Bundesverwaltung sind dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt. Diese Aufsichtsbehörden haben kraft ihrer Funktion ein weitgehendes Einsichtsrecht in Dokumente bundesnaher Unternehmen. Folglich können interessierte Stellen via Aufsichtsbehörden Einsicht in amtliche Dokumente dieser Unternehmen verlangen. Deswegen bedarf der Schutz der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse bundesnaher Unternehmen eines guten Zusammenspiels resp. Austauschs von Informationen, zwischen den Aufsichtsbehörden und den bundesnahen Unternehmen. Erfolgt bei einer Behörde ein Zugangsgesuch, muss beim Vorliegen von Geheimnissen das bundesnahe Unternehmen kontaktiert werden, damit dieses ihr Recht zur Stellungnahme geltend machen kann und so die Gelegenheit erhält, darzulegen, weshalb das Gesuch abzulehnen oder nicht in vollem Umfang darauf einzutreten sei. Da es auch in diesem Zusammenhang nur wenige Streitfälle

⁴⁶⁶ Vgl. dazu die Fälle unter Ziff. 4.5.3.

gibt, kann als Schlussfolgerung festgehalten werden, dass dieses Zusammenspiel in der Praxis eingespielt ist und gut funktioniert.

5.2 Mögliche Entwicklungen

Primär stellt sich die Frage, wie sich die Unterstellung unter das Öffentlichkeitsprinzip auf die bundesnahen Unternehmen entwickeln könnte. In der vorliegenden Arbeit wurde festgestellt, dass der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ auf die bundesnahen Unternehmen eher beschränkte Geltung hat. Folglich ist fraglich, ob dieser Gesetzesartikel obsolet ist. Diese Frage ist zu verneinen. M.E. sollte dieser Gesetzesartikel auch in Zukunft im BGÖ enthalten sein, auch wenn der praktische Anwendungsbereich bis anhin eher gering war. In den Bereichen, in denen die bundesnahen Unternehmen hoheitlich handeln und Erlasse oder Verfügungen erlassen können, sollte auch zukünftig jede Person die Möglichkeit haben, durch Einsicht in die entsprechenden amtlichen Dokumente bspw. nachvollziehen zu können, welche Gründe das bundesnahe Unternehmen zu einem bestimmten Entschluss bewogen haben. Aufgrund der staatlichen Beteiligungen an diesen Unternehmen ist es gerechtfertigt, dass die Öffentlichkeit über eine gewisse Kontrollbefugnis verfügt. Durch die Transparenz des staatlichen Handelns wird dieses auch legitimiert. Allerdings könnte durch eine Erweiterung der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips die öffentliche Legitimation der staatlichen Tätigkeiten noch erweitert werden, indem alle Dokumente im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt werden und nicht nur diejenigen, die im Zusammenhang mit Erlassen oder Verfügungen stehen. Diese Regelung findet sich oft im kantonalen Recht.⁴⁶⁷ Kantone, welche das Vollbringen von öffentlichen Aufgaben als Kriterium für eine Unterstellung unter das Öffentlichkeitsgesetz voraussetzen, sind z.B. die Kantone Basel-Stadt⁴⁶⁸, Basel-Landschaft⁴⁶⁹ sowie Zürich⁴⁷⁰.

Weiter ist zu beachten, dass Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ nicht nur für die bundesnahen Unternehmen gilt, sondern für alle Organisation des öffentlichen und privaten Rechts, die Erlasse oder Verfügungen erlassen. Dass der Gesetzesartikel auch für diese Organisationen eine gewisse Bedeutung hat, zeigt z.B. ein Fall der Versicherungsgesellschaft Mobilier AG, mit dem sich der EDÖB auseinandergesetzt hatte.⁴⁷¹ In seiner Empfehlung stellte der EDÖB fest, dass auch eine Versicherungsgesellschaft in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt, wenn sie im Geschäftsfeld der obligatorischen Unfall-

⁴⁶⁷ Vgl. SÄGESSER, SHK, N 31 zu Art. 2 BGÖ.

⁴⁶⁸ § 3 Abs. 1 lit. b Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 09.06.2010.

⁴⁶⁹ § 3 Abs. 1 lit. b Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 10.02.2011.

⁴⁷⁰ § 3 Abs. 1 lit. c Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich vom 12.02.2007.

⁴⁷¹ Es handelt sich dabei um die Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 20. August 2019.

versicherung Verfügungen erlässt.⁴⁷² Solche Fälle bestätigen die Relevanz von Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ.

Eine mögliche zukünftige Entwicklung könnte die Schaffung einer zentralen Datenbank sein, in der alle Dokumente aufgeführt sind, die sich in Besitz der Verwaltung befinden.⁴⁷³ Eine solche Datenbank würde es den gesuchstellenden Personen erlauben, genauere Angaben zu den gewünschten Dokumenten zu machen und der Verwaltung dementsprechend aufwändiges Suchen und Zusammenstellen der herauszugebenden Dokumente ersparen. Die Einführung einer entsprechenden Datenbank war bereits vor knapp zehn Jahren einmal diskutiert worden, doch wurde das Projekt aus Angst vor sprunghaft steigenden Einsichtsgesuchen und der damit verbundenen Kosten und Kapazitätsproblemen wieder verworfen.⁴⁷⁴ In Bezug auf die bundesnahen Unternehmen und die weiteren Organisationen gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ dürfte eine solche Datenbank m.E. zu einem kaum bewältigenden bürokratischen Mehraufwand führen, welcher im Vergleich zu seinem Nutzen, nämlich der Information der Öffentlichkeit über die vorhandenen amtlichen Dokumente, in keinem vernünftigen Verhältnis steht.

Da sich die bundesnahen Unternehmen in den letzten Jahren privatwirtschaftlichen Grundsätzen angenähert haben, ist es denkbar, dass diese Entwicklung in Zukunft noch weitergehen könnte. In diesem Zusammenhang sind verschiedene Konstellationen auseinanderzuhalten. Bei der Post geht es um ihre Expansionspläne, die von Politikern und Marktteilnehmern kritisch beobachtet werden.⁴⁷⁵ Im Übrigen steht sie unter Verdacht, ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen.⁴⁷⁶ Die Firma Abacus Research AG hat eine entsprechende Anzeige eingereicht.⁴⁷⁷ Bei der Swisscom und der RUAG International steht die Diskussion um eine Privatisierung im Vordergrund.⁴⁷⁸ Diese drei Beispiele zeigen, dass die bundesnahen Unternehmen auch in Zukunft für Diskussionsstoff sorgen werden. Schliesslich wird auch gefordert, dass diejenigen Bereiche, in denen diese bundesnahen Unternehmen aufgrund ihrer Staatsnähe gegenüber konkurren-

⁴⁷² Empfehlung BGÖ/EDÖB vom 20. August 2019, S. 5.

⁴⁷³ Ein entsprechendes System kennt z.B. Norwegen (STOLL, S. 117).

⁴⁷⁴ Öffentlichkeitsgesetz.ch, <<https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/2013/10/panische-angst-vor-transparenz/>> (zuletzt besucht am 23.03.2022).

⁴⁷⁵ Handelszeitung online, <<https://www.handelszeitung.ch/newsticker/software-firma-abacus-klagt-bei-der-weko-gegen-die-post>> (zuletzt besucht am 23.03.2022).

⁴⁷⁶ Handelszeitung online, <<https://www.handelszeitung.ch/newsticker/software-firma-abacus-klagt-bei-der-weko-gegen-die-post>> (zuletzt besucht am 23.03.2022).

⁴⁷⁷ Handelszeitung online, <<https://www.handelszeitung.ch/newsticker/software-firma-abacus-klagt-bei-der-weko-gegen-die-post>> (zuletzt besucht am 23.03.2022).

⁴⁷⁸ Vgl. dazu Handelszeitung online, <<https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/die-swisscom-ist-reif-fur-die-privatisierung>> (zuletzt besucht am 23.03.2022) und VBS, <<https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/bundesnahe-betriebe/ruag.html>> (zuletzt besucht am 23.03.2022).

zierenden privatrechtlichen Unternehmen im Vorteil sind, noch stärker reguliert werden sollten, um den Wettbewerbsvorteil einzudämmen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Vgl. die gleichlautenden Motionen 20.3531 von Ständerat Andrea Caroni und 20.3532 von Ständerat Beat Rieder. Sie fordern zudem, dass sich die bundesnahen Unternehmen wieder vermehrt auf den Service public konzentrieren.

6 Schlussbetrachtungen

In der vorliegenden Arbeit wurde untersucht, inwiefern das Öffentlichkeitsprinzip auf die bundesnahen Unternehmen Post, SBB, Swisscom und RUAG anwendbar ist. Dabei lag ein besonderer Fokus auf möglichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen.

Wie erörtert wurde, hat das Öffentlichkeitsprinzip in der Bundesverfassung keine explizite Grundlage. Wegen der engen Verbindung mit dem Grundrecht gemäss Art. 16 Abs. 3 BV erhält das Öffentlichkeitsprinzip allerdings eine grundrechtliche Dimension. Nichtsdestotrotz wäre m.E. angesichts der Bedeutung des Prinzips zur Wahrnehmung der demokratischen Rechte eine Aufnahme in die Bundesverfassung gerechtfertigt. Es war nicht der Bund, sondern einzelne Kantone, die zuerst den Wechsel vom System der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt vornahmen. Im Bund dauerte der legislatorische Entscheidungsprozess lange. Am 17. Dezember 2004 wurde schliesslich das BGÖ verabschiedet und ist nun seit dem 1. Juli 2006 in Kraft.

Mit der Einführung des BGÖ sollten drei wesentliche Ziele erreicht werden: Leistung eines Beitrags zur Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit, Verbesserung der demokratischen Mitwirkung und Kontrolle sowie die Modernisierung der Verwaltung. Generell betrachtet wurden m.E. diese Ziele erreicht. Für die bundesnahen Unternehmen gilt das BGÖ nur soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen erlassen.

Alle Personen, sowohl natürliche als auch juristische, können unabhängig ihrer konkreten Interessenslage bei der zuständigen Stelle ein Einsichtsgesuch stellen. I.d.R. ist die Einsicht in amtliche Dokumente gebührenpflichtig, wobei bei Gesuchen, die lediglich einen geringen Aufwand verursachen, auf eine Gebühr verzichtet werden kann. Nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fallen die beiden Organisationen SNB und FINMA. Weiter findet es auf in Spezialgesetzen geregelte Verfahren keine Anwendung. Von besonderer Bedeutung ist der Ausnahmekatalog in Art. 7 BGÖ, in dem in Abs. 1 lit. g u.a. der Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen geregelt wird.

Für das Funktionieren des Öffentlichkeitsprinzips auf Bundesebene ist der EDÖB zuständig. Er hat z.B. die Funktion, Schlichtungsverhandlungen durchzuführen, wenn etwa zwischen einer Behörde und der gesuchstellenden Person Uneinigkeit herrscht. Sollte sich das Problem zwischen diesen beiden Parteien im Schlichtungsverfahren nicht lösen lassen, kann der EDÖB eine schriftliche Empfehlung verfassen. Die gesuchstellende

Person kann eine Verfügung verlangen, um dann allenfalls eine Beschwerde einzureichen.

Auslagerungen von Organisationen aus der Zentralverwaltung des Bundes erfolgten aus unterschiedlichen Gründen. Zu nennen sind z.B. die Gewährung der Konkurrenzfähigkeit, Anpassung an Entwicklungen im Ausland, die Erhöhung der unternehmerischen Autonomie und das Ermöglichen von Beteiligungen Dritter. In grds. Hinsicht sind alle öffentlich-rechtlichen sowie privatrechtlichen Rechtsformen denkbar. Die Rechtsform ist von Bedeutung, weil sie die Grundlage für die Steuerung bildet.

Bei den behandelten bundesnahen Unternehmen dominiert die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft. Die Post, die SBB und die Swisscom weisen diese Rechtsform auf. Die RUAG wurde als privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgestaltet. Im Gegensatz zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft hat die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft den Vorteil, dass sie mittels öffentlich-rechtlicher Regelungen geändert werden kann und so die Gewährung gewisser Sonderrechte ermöglicht. Hinsichtlich der direkten Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips auf die vier behandelten bundesnahen Unternehmen kann festgehalten werden, dass der Anwendungsbereich des BGÖ stark eingeschränkt ist. Einerseits erfolgte ihre Unterstellung nur soweit sie Erlasse oder Verfügungen erlassen können. Andererseits kommt hinzu, dass sie kaum Erlass- oder Verfügungskompetenzen aufweisen.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Öffentlichkeitsprinzip für die bundesnahen Unternehmen nicht relevant ist. Zu erwähnen ist die Bedeutung im Zusammenhang mit der Wettbewerbsfähigkeit. Zudem befinden sich bundesnahe Unternehmen in einem politischen Spannungsfeld. Im Gegensatz zu ihren privatwirtschaftlichen Konkurrenten stehen sie nicht nur im Wettbewerb, sondern sind zusätzlich noch der politischen Einflussnahme ausgesetzt. Weiter werden die bundesnahen Unternehmen von den Medien beobachtet, welche die Öffentlichkeit bei besonderen Vorkommnissen informieren. Es scheint, als ob die bundesnahen Unternehmen für mehr Schlagzeilen als private Unternehmen sorgen. Im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe, der staatliche Beteiligung und letztlich auch der Beteiligung der Bevölkerung in Form von Steuergeldern, ist das grössere Interesse an den bundesnahen Unternehmen m.E. nachvollziehbar. In dieser Ausgangslage erweist sich die Eignerrolle und damit die Führungsaufgabe des Bundes als komplex.

Die Bundesverfassung ermächtigt den Staat stillschweigend, wirtschaftlich tätig zu sein und öffentliche Unternehmen zu schaffen. Im Vergleich zu privaten Unternehmen sind

die bundesnahen Unternehmen durch gewisse Faktoren, wie z.B. den strengeren Rechenschaftspflichten, benachteiligt. Das Öffentlichkeitsprinzip birgt zudem ein gewisses Risiko, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu beeinträchtigen, sollten mögliche Konkurrenzunternehmen durch Einsichtsgesuche in amtliche Dokumente an geheime Geschäftsinformationen gelangen. Allerdings ist die Gefahr bei direkten Einsichtsgesuchen eher begrenzt. Dies im Gegensatz zu den indirekten Einsichtsgesuchen. Bei diesen Gesuchen handelt es sich um die Fälle, in denen eine gesuchstellende Person an eine Behörde gelangt, die in Besitz von Dokumenten eines bundesnahen Unternehmens ist. Besonders die Aufsichtsbehörden als Teil der Bundesverwaltung besitzen im Zusammenhang mit ihrer Aufgabe zahlreiche Dokumente. Sofern diese Dokumente als amtliche Dokumente qualifiziert werden können, sind sie aufgrund von Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ der Öffentlichkeit zugänglich. Enthalten diese Dokumente Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, kann deren Bekanntgabe zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Das Verbot der Bekanntgabe ist ausdrücklich im Ausnahmekatalog in Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ festgehalten. Diese Ausnahmeklausel wird in der Praxis allerdings restriktiv ausgelegt. Die bundesnahen Unternehmen haben sich in der Vergangenheit oft mit pauschalen Begründungen gegen eine Herausgabe der amtlichen Dokumente gewehrt. Damit ein Einsichtsgesuch mit der Begründung vom Vorhandensein von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen verweigert werden kann, muss aufgezeigt werden, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintreten wird. Entscheidend ist folglich allein, dass die Bekanntgabe der Dokumente ein erhebliches und ernsthaftes Schadenrisiko mit sich bringt. Die Behörde oder das bundesnahe Unternehmen darf aus diesem Grund bei einem Einsichtsgesuch keine Interessenabwägung zwischen ihrem Interesse und dem Interesse der gesuchstellenden Person vornehmen.

Die bundesnahen Unternehmen können sich rechtlich gegen Einsichtsgesuche wehren. Hierbei ist der Rechtsschutz bei direkten Einsichtsgesuchen vom Rechtsschutz bei indirekten Einsichtsgesuchen zu unterscheiden. Stellt eine Person das Einsichtsgesuch direkt beim bundesnahen Unternehmen, kann diese Person bei einer Einsichtsverweigerung dem EDÖB einen Schlichtungsantrag stellen. Bei Uneinigkeit und nach der schriftlichen Empfehlung durch den EDÖB hat das bundesnahe Unternehmen auf Verlangen der gesuchstellenden Person eine Verfügung zu erlassen, welche vor Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, die Einsicht in das entsprechende Dokument zu gewähren, kann das bundesnahe Unternehmen vor Bundesgericht Beschwerde erheben. Wurde das Einsichtsgesuch hingegen bspw. bei einer Aufsichtsbehörde gestellt, gibt diese dem bundesnahen Unternehmen die Gelegenheit, zum Einsichtsgesuch Stellung zu beziehen. Das Unternehmen kann in seiner Stellungnahme den Antrag stellen, die Bekanntgabe des

amtlichen Dokuments zu verweigern oder als mildere Massnahme zumindest diejenigen Stellen zu schwärzen, die z.B. Geschäftsgeheimnisse enthalten. Wenn die Behörde trotz dieses Antrags das Gesuch vollständig gutheisst, kann das Unternehmen beim EDÖB einen Schlichtungsantrag einreichen und die nach der Empfehlung durch die Behörde erlassene Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht anfechten. Schliesslich kann das bundesnahe Unternehmen gegen den ergangenen Gerichtsentscheid vor Bundesgericht Beschwerde erheben.

7 Lauterkeitserklärung

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich meine Arbeit selbständig ohne fremde Hilfe verfasst habe und meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Quellen in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Alle Quellen, die wörtlich oder sinngemäss übernommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass unlauteres Verhalten zum Ausschluss vom Studium der Rechtswissenschaften führen kann.

Möhlín, 31. März 2022
