

**Andreas Brenner**

Dr.iur. HSG, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 14 00
andreas.brenner@bratschi.ch

Handelt die Bundesverwaltung transparent? – Das Öffentlichkeitsprinzip, ein kurzer Überblick

Mit der Einführung des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (SR 152.3, BGÖ) im Jahr 2006 wurde ein erster Schritt zu einem transparenteren Staat gemacht. Jede Person hat seither gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip die Möglichkeit, von den Bundesbehörden Auskunft und Einsicht in amtliche Dokumente zu erhalten. Eingeschränkt wird dieses Recht in Einzelfällen, bspw. beim Schutz von Personendaten oder für den Schutz der Durchführung behördlicher Massnahmen. Die aktuelle Handhabung des Öffentlichkeitsprinzips schafft in der Bundesverwaltung aber nicht die gewünschte Transparenz. Es besteht weiterhin Handlungsbedarf.

Die Nachvollziehbarkeit und Legitimität staatlichen Handelns ist ein Grundpfeiler einer funktionierenden Demokratie. Kurzum das gesamte Staatshandeln muss transparent sein. Der Grundsatz der Transparenz ist zwar nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft (SR 101; BV) verankert, lässt sich aber aus Art. 5 ableiten. Was heisst nun aber Transparenz? Eine genaue Definition dieses Begriffs gibt es zwar nicht, Transparenz bezieht sich aber auf die Verständlichkeit, Erhältlichkeit und Erkennbarkeit von Informationen. Durch Transparenz wird eine höhere Informationsgerechtigkeit geschaffen, das Machtgefälle zwischen Staat und Gesellschaft wird verringert und sie bildet dadurch einen wichtigen Baustein der demokratischen Informationsgesellschaft. Nur das Vorliegen ausreichender Informationen ermöglicht es, in der Öffentlichkeit einen breiten Diskurs zu führen, was schliesslich auch zu einer höheren Legitimation von Verwaltungshandeln führt.

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (SR 152.3, BGÖ) per 1. Juli 2006 wurden die gesetzlichen Grundlagen geschaffen, um von einer unter Geheimhaltung arbeitenden zu einer für die Allgemeinheit offenen Bundesverwaltung zu gelangen. Geplant war der Paradigmenwechsel vom Prinzip der Geheimhaltung zum Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung. Seither hat auf Bundesebene jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten, sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt (Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Das Öffentlichkeitsprinzip

als Teilgehalt des Transparenzprinzips soll einen Beitrag zur Informationsfreiheit leisten, die Voraussetzungen für eine demokratische Mitwirkung und Kontrolle durch die Schweizer Bevölkerung schaffen und die Verwaltung modernisieren.

Ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten kann eine Bürgerin oder ein Bürger an eine von über 250 Verwaltungsstellen des Bundes stellen (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Das Gesuch um Einsicht in amtliche Dokumente muss nicht begründet werden (Art. 5 BGÖ). Ein Dokument wird als amtliches Dokument qualifiziert, wenn es auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet wurde, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und es die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Keine amtlichen Dokumente sind Dokumente, welche von der Behörde kommerziell genutzt werden, nicht fertig gestellt wurden oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind. Keine amtlichen Dokumente können bspw. im Zusammenhang mit Zivil- oder Strafverfahren verlangt werden (Art. 3 BGÖ).

Sofern das Gesuch amtliche Dokumente betrifft, die Personendaten¹ enthalten, hat die Behörde die betroffene Person zu konsultieren, sofern sie die Gewährung des Zugangs in Betracht zieht. Es erfolgt eine erste Interessensabwägung der Behörde. Fällt diese positiv aus, gibt sie der betroffenen Person zehn Tage Zeit, zur Veröffentlichung der amtlichen Dokumente Stellung zu nehmen. Die betroffene Person kann der Veröffentlichung grundsätzlich zustimmen (die Behörde um Schwärzung bzw. Anonymisierung ersuchen) oder sie ablehnen. Nach Eingang der Stellungnahme der betroffenen Person erfolgt die finale Interessenabwägung der Behörde und die Stellungnahme an die gesuchstellende Person.

Grundsätzlich hat die Bundesbehörde innert 20 Tagen nach Eingang des Gesuchs zu entscheiden, ob der Zugang zu den Akten gewährt oder verweigert wird (Art. 12 BGÖ). In Ausnahmefällen, bei umfangreichen, komplexen oder schwer beschaffbaren Dokumenten, kann sie die Frist um 20 Tage verlängern, wenn die Rechtslage im Zusammenhang mit Personendaten zu klären ist.

Wird der Zugang verwehrt und das Gesuch abgewiesen oder bleibt es unbeantwortet, ist ein Schlichtungsverfahren beim eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten einzuleiten. Sofern es diesem nicht gelingt, durch Vermittlung eine Einigung zu erzielen, hat er eine Empfehlung bezüglich des Gesuchs abzugeben. Basierend auf dieser Empfehlung kann die Gesuchstellerin, sofern der Zugang verwehrt bleibt, eine anfechtbare Verfügung verlangen und diese beim Bundesverwaltungsgericht anfechten.

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten gilt nicht unbeschränkt. Er ist bei jedem Gesuch gestützt auf die gesetzlichen Ausnahmetatbestände, welche in Art. 7 ff. BGÖ geregelt sind, sowie aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips zu prüfen. Die Einsicht in die amtlichen Dokumente kann verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden, wenn bspw. die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz, die aussenpolitischen Beziehungen, die wirtschafts-, währungs- oder geldpolitischen

¹ Unter Personendaten sind alle Angaben zu verstehen, welche sich auf eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Person beziehen. Der Begriff der Personendaten ist dem von Art. 3 des Bundesgesetzes über den Datenschutz gleichgestellt.

Interessen der Schweiz gefährdet werden könnten. Weiter ist dies bspw. auch zum Schutz von Personendaten Dritter möglich, oder um das geistige Eigentum, Berufs-, Geschäfts oder Fabrikationsgeheimnisse zu schützen. Ebenfalls eingeschränkt wird der Zugang, wenn andernfalls die Durchsetzung von behördlichen Massnahmen, wie bspw. Zwangs- oder Aufsichtsmaßnahmen, verhindert oder erschwert würden.

Weitere Aspekte der Informationsfreiheit werden vom Öffentlichkeitsprinzip des BGÖ jedoch nicht erfasst. Dies betrifft bspw. die Öffentlichkeit von Sitzungen von Justizorganen oder von Behörden auf Bundesebene. Auch nicht vom BGÖ erfasst ist die Öffentlichkeit der kantonalen Behörden. Jeder Kanton hat eine eigenständige Ausgestaltung von Öffentlichkeitsgesetzen. Die Hürden in den Kantonen, um an die relevanten Informationen zu kommen, sind unterschiedlich hoch. Teilweise halten einzelne Kantone im Jahr 2021, und dies 15 Jahre nach in Kraft treten des BGÖ, am Prinzip der Geheimhaltung fest. Dass dies nicht zeitgemäss ist, steht ausser Frage.

Obwohl das Öffentlichkeitsprinzip und die daraus abgeleiteten Rechte gut klingen, gibt es in der Praxis Handlungsbedarf. Der Zugang zu den gewünschten Dokumenten kann ein langwieriger und steiniger Weg sein. Zudem ergaben Untersuchungen, dass in der Schweiz ein Teil der Behörden das Öffentlichkeitsprinzip nur bedingt oder gar nicht befolgen oder den Zugang unnötig erschweren. Dies kann durch eine verzögerte Bearbeitung von Gesuchen, bewusstes Nichtdokumentieren von Vorgängen oder einer zu restriktiven Handhabung des Zugangsrechts, bspw. mit der Argumentation, dass das gewünschte Dokument nicht dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehe, geschehen. Dies obwohl eine eher grosszügige Gewährung von Einsichtsrechten in Bezug auf den Grundsatz der Transparenz und die Legitimation der Verwaltungsakte gerade auch im Interesse der Behörden ist und zu begrüssen wäre. Somit muss festgestellt werden, dass der Paradigmenwechsel hin zu einer transparenten Bundesverwaltung (noch) nicht vollzogen wurde.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch