

**Isabelle Häner**

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch

Danielle Cara Hefti

B.A. HSG Kandidatin in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften
Telefon +41 58 258 10 00
danielle.hefti@bratschi.ch

Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz

In allen Fällen, in welchen das Geschäftsgeheimnis in Frage steht, kann auch eine Verletzung der Persönlichkeit entgegengehalten werden. Die Beziehung zwischen dem Öffentlichkeitsprinzip und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, d.h. dem Recht auf Datenschutz, ist jedoch komplex. Die jeweiligen damit verfolgten Interessen stehen sich scheinbar diametral gegenüber. Es ist indessen wichtig, dass im Einzelfall eine Harmonisierung der aus diesen beiden Grundsätzen folgenden Interessen angestrebt wird, wie dies auch die mittlerweile umfangreichen Rechtspraxis des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts sowie des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) aufzeigt. Wie eine solche Entscheidfindung im konkreten Fall aussehen kann und was die Tücken insbesondere betreffend die Beweislast sind, soll im vorliegenden Beitrag näher beleuchtet werden.

1. Das Öffentlichkeitsprinzip und dessen Zweck

Mit dem im Jahr 2006 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (SR 152.3; BGÖ) wurde auf Bundesebene die gesetzliche Grundlage geschaffen, um von dem Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt hin zu dem Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt zu gelangen. Nunmehr kann jede Person ohne Interessensnachweis gestützt auf Art. 6 BGÖ ein Gesuch um Einsicht in amtliche Dokumente und Auskunft über deren Inhalt stellen. Die Voraussetzungslosigkeit des Anspruchs ist auf die Idee des demokratischen Rechtsstaats zurückzuführen. Jede Person kann der Bundesverwaltung jederzeit auf die Finger schauen, wodurch sowohl das Vertrauen der Bürger und Bürgerinnen in das Funktionieren der staatlichen Institutionen als auch die Kontrolle des staatlichen Handelns gestärkt wird. Insbesondere mit Blick auf die Journalismusbranche und deren Aufgabe, Unzulänglichkeiten bei den Bundesorganen aufzudecken, hat das Prinzip eine für die Öffentlichkeit wichtige Bedeutung und – aufgrund der Voraussetzungslosigkeit vielfältigen geltend gemachten Zwecken – eine grosse Tragweite.

2. Interessenabwägung und Öffentlichkeitsfreundlichkeit

Der Anspruch auf Einsicht wird allerdings durch die Ausnahmetatbestände in Art. 7 ff. BGÖ beschränkt. Die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ aufgeführten Ausnahmen legen fest, wann das Recht auf Zugang zu den amtlichen Dokumenten aufgrund welcher öffentlicher oder privater Interessen eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, was im konkreten Fall von der beurteilenden Behörde nach erfolgter Schadensprüfung entschieden werden muss. Im Normalfall muss keine ausführliche Interessenabwägung durchgeführt werden, da beispielsweise Geschäftsgeheimnisse (lit. g) lediglich tangiert sein müssen, damit sie das Interesse an Offenlegung der Dokumente überwiegen. Das Gesetz setzt die Schwelle der nötigen Beeinträchtigung in diesen Fällen nach Abs. 1 also relativ tief fest.

Hingegen findet dann eine detaillierte Interessenabwägung statt, wenn durch die Gewährung der Einsicht in die amtlichen Dokumente in die Privatsphäre Dritter eingegriffen wird (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Droht also eine Gefährdung oder Verletzung der Persönlichkeit eines Dritten, werden das Interesse der Öffentlichkeit an der Offenlegung der amtlichen Dokumente und das Interesse der betroffenen Person an ihrer Privatsphäre in die Waagschale geworfen. Mögliche überwiegende öffentliche Interessen sind in Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (SR 152.31; VBGÖ) dargelegt. Dabei kann es sich beispielsweise um ein Informationsinteresse oder um den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit handeln. Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 6 VBGÖ scheint das Recht auf Privatsphäre grundsätzlich höher zu gewichten als den Zugang zu amtlichen Dokumenten, da das öffentliche Interesse daran gemäss Gesetzes- bzw. Verordnungstext nur «ausnahmsweise» überwiegen kann. Indessen ist auffällig, dass die Rechtspraxis der letzten Jahre – mit Ausnahme der Fälle, in denen es sich um den Schutz besonders schützenswerter Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. c Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1; DSG) handelt – eher öffentlichkeitsfreundlich gewesen zu sein scheint. So urteilten sowohl das Bundes- als auch das Bundesverwaltungsgericht in fast allen ihnen vorgelegten Fällen, dass das öffentliche Interesse an der Offenlegung der amtlichen Dokumente dasjenige auf Schutz der Persönlichkeit überwiege (vgl. z.B. BGE 142 II 340; BVGer, Urteil A-3829/2015 vom 20. November 2016).

Eines der wenigen Beispiele, in denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Privatsphäre höher gewichtet wurde, ist das Urteil 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015 des Bundesgerichts. Es ging in diesem Fall darum, dass eine Sterbehilfeorganisation um Einsicht in die gesamten Expert*innenberichte eines Nationalfondsprojekts über die Sterbehilfe ersuchte. Ausschlaggebend für die Ablehnung des Gesuchs waren die Auswirkungen, die eine Veröffentlichung der in den Gutachten vorhandenen negativen Äusserungen der Forschenden auf deren Karriere haben könnte. Gemäss Bundesgericht handelte es sich dabei um eine wesentliche Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung und auch Privatsphäre der Forschenden. Verglichen mit dem öffentlichen Interesse an der Offenlegung der Dokumente, das aufgrund der bereits umfangreichen Berichterstattung des Schweizerischen Nationalfonds eher gering war, überwog das Interesse der Forschenden klar.

3. Beweislastumkehr und -problematik

Diese Öffentlichkeitsfreundlichkeit ist darauf zurückzuführen, dass das Öffentlichkeitsprinzip eine Umkehr der Beweislast begründet, wie dies auch in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (A-8073/2015 vom 13. Juli 2016, E. 3) festgehalten wurde. Das bedeutet, dass die das Gesuch um Offenlegung der amtlichen Dokumente beurteilende Behörde die Vermutung der Aktenöffentlichkeit von Art. 6 BGÖ widerlegen muss, wenn sie den Zugang einschränken, aufschieben oder verweigern will. Damit dieser Beweis gelingt, reicht nicht bloss eine abstrakte Gefährdung der entgegenstehenden Interessen, sondern es bedingt vielmehr die Gefahr einer ernsthaften Schädigung der Persönlichkeit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, d.h. mit dem Eintritt der Verletzung der Persönlichkeit muss überwiegend gerechnet werden. Zudem muss sie von einigem Gewicht sein. Jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz genügt nicht (vgl. z.B. BGE 142 II 324, E. 3.4).

Die Unternehmen, bei denen der Schutz ihrer Persönlichkeit im Rahmen von Aktenoffenlegungen von Behörden auf Ersuchen von beispielsweise Medienleuten gefährdet ist, müssen sich darauf einstellen, dass sie – wollen sie die Offenlegung verhindern – eine konkrete, dadurch verursachte Schädigung ihrer Persönlichkeit vorweisen müssen, was im Einzelfall kein einfaches Unterfangen darstellt.

Wenn eine Verletzung der Persönlichkeit droht, muss bei der erwähnten Interessenabwägung Art. 7 Abs. 2 BGÖ gemeinsam mit Art. 9 BGÖ gelesen werden, der vorsieht, dass amtliche Dokumente, die Personendaten – also Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSGVO) – enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind (Abs. 1). Die Möglichkeit der Anonymisierung muss entsprechend bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden. Sollte dies nicht möglich sein, müssen die Zugangsgesuche nach Art. 19 DSGVO beurteilt werden (Abs. 2). Die Querverweise im Gesetz erschweren die Orientierung für die Betroffenen erheblich. Die Rechtsprechung geht pragmatisch vor und hält fest, es sei wichtig, dass eine Interessenabwägung stattfindet (BVGer, Urteil A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.3). In dem voraussichtlich Mitte 2022 in Kraft tretenden neuen DSGVO findet sich die Bestimmung neu in Art. 29 nDSG. Dessen Abs. 3 und 6, welche das Pendant zu den Abs. 1^{bis} und 4 des noch in Kraft stehenden DSGVO darstellen, stimmen vom Wortlaut her überein, was bedeutet, dass der Gesetzgeber keine Vereinfachung vorgenommen hat.

1. Fazit

Dem Öffentlichkeitsprinzip ist die Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der dabei nachzuweisenden ernsthaften Verletzung der Persönlichkeit zwar inhärent, weil jedoch die Rechtsprechung in Bezug auf den Nachweis der möglichen Persönlichkeitsverletzung in der Praxis recht streng ist und die überwiegenden Interessen am Schutz der Persönlichkeit nicht leichthin angenommen werden, erschwert dies den Nachweis in der Praxis sehr stark. Man kann sich fragen, ob dies richtig ist oder ob der Beweis nicht erleichtert werden soll, wenn eine drohende Persönlichkeitsverletzung schwer wiegen könnte. Jedenfalls kommt es bei der Interessenabwägung sehr stark auf den Einzelfall an und muss dem Gericht die individuell konkrete Ausgangslage genau dargelegt sowie mit

Beweisen untermauert werden. Für Unternehmen, bei welchen immer auch das Geschäftsgeheimnis ein Thema ist, entsteht jedenfalls ein erheblicher Aufwand, um sich erfolgreich gegen ein unberechtigtes Akteneinsichtsgesuch gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip zu wehren.

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
F +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