



Kathrin Lanz Kneissler

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Counsel

Telefon +41 58 258 16 00

kathrin.lanz@bratschi.ch

Zugang zu Rechtsgutachten für politische Schlüsse

Juristische Gutachten von Anwältinnen oder Anwälten, welche für Behörden erstellt wurden, unterliegen nicht dem Anwaltsgeheimnis in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip. Allenfalls muss das Gutachten nicht in jedem Zeitpunkt offengelegt werden.

Behörden beschaffen sich Fachwissen oder Fachmeinungen mitunter bei Personen ausserhalb der Verwaltung. Es ist heute unbestritten, dass solche Berichte, Expertisen, Rechtsgutachten etc. «amtliche Dokumente» im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes des Bundes bzw. der kantonalen Öffentlichkeitsgesetze sind. Das sind nämlich gemäss Art. 5 des eidgenössischen Öffentlichkeitsgesetzes Informationen, die auf einen beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sind, die sich im Besitz einer Behörde befinden, von der sie stammen oder der sie mitgeteilt worden sind, und welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Als solche müssen sie grundsätzlich der Öffentlichkeit zur Einsicht zugänglich gemacht werden, wenn ein entsprechendes Gesuch gestellt wird. Dies, sobald das erstellte Dokument vom Privaten der Behörde zugestellt worden ist.

Hat eine Behörde verschiedene Varianten einer Vorlage entworfen, muss sie sich dafür entscheiden, mit welcher Variante sie weiterfahren will. Dazu holt sie bspw. ein Rechtsgutachten ein, um die Varianten von einem Dritten rechtlich einordnen zu lassen. Dieses Rechtsgutachten bezeichnet vielleicht eine Variante als rechtlich zulässig oder rechtlich risikoreich. Die Behörde entscheidet sich nun z.B. für die rechtlich risikoreiche Variante in Kenntnis der Vorbehalte des Rechtsgutachtens. Eine private Gruppe, welche der gewählten Variante kritisch entgegensteht, möchte vor den Entscheid der Behörde bzw. nach deren Entscheid Einsicht in die rechtliche Beurteilung erlangen. Steht ihr dieses Recht zu?

Grundsätzlich hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von Behörden Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Holt die Behörde also beispielsweise ein Rechtsgutachten bei einer Anwältin oder einem Anwalt ein, muss sie – und die Anwältin oder der Anwalt – damit rechnen, dass dieses mithilfe des Öffentlichkeitsgesetzes des Bundes oder der entsprechenden kantonalen Gesetze herausverlangt wird und an die Öffentlichkeit gelangt. Dabei darf der Zugang nicht mit dem Argument verweigert werden, dass das von der Anwältin oder vom

Anwalt erfasste Dokument dem Anwaltsgeheimnis unterstehe. Dieses verpflichtet einzig die Anwaltschaft und nicht die Behörden; die Behörden können sich nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Soweit (ausnahmsweise) private Interessen eines Dritten, bspw. Personendaten, betroffen sind, muss die Behörde jedoch die Anwältin oder den Anwalt als Dritte anhören, bevor sie Zugang zum Rechtsgutachten gewährt.

Der Zugang kann allerdings nach Art. 7 des Öffentlichkeitsgesetzes des Bundes insbesondere dann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn die freie Willensbildung einer Behörde wesentlich beeinträchtigt werden kann. Die kantonalen Öffentlichkeitsgesetze kennen ähnliche Bestimmungen. In Bezug auf die Beschlussfassung der Behörde muss also der Zeitpunkt der Einsicht geprüft werden. Die genannte Ausnahme fällt nämlich dahin, wenn der entsprechende Beschluss der Behörde gefällt ist, allenfalls wenn er rechtskräftig geworden ist. Dann muss dem Gesuch um Einsicht stattgegeben werden, wenn nicht ein anderer Ausnahmegrund angerufen werden kann.

Dazu könnte mit dem Begriff der noch **nicht fertiggestellten** Dokumente gearbeitet werden. Diese sind vorerst abzugrenzen von den vorbereiteten Dokumenten, wie die im Beispiel genannten Varianten. Diese können zwar als Entwürfe, Vorentwürfe, Varianten etc. eines Dokuments angesehen werden, sie sind aber in diesem Sinne abgeschlossen und fertig, wenn sie zum Beschluss vorgelegt werden. Der Entwurf ist demgegenüber ein Dokument, das noch nicht fertiggestellt ist. Im genannten Beispiel müssten die Varianten also spätestens nach Rechtskraft des getroffenen Beschlusses offengelegt werden, dazu auch das fertiggestellte Rechtsgutachten, wenn es nicht in der Entwurfsphase stecken geblieben wäre. Beauftragte könnten daher versucht sein, ihr Gutachten der Behörde als Entwurf abzugeben, um die Einsicht durch die Öffentlichkeit zu vermeiden. Da der Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes jedoch weit ausgelegt werden muss, dürfte dieser «Kniff» kaum erfolgreich sein, wenn der Behörde nach der Entwurfsfassung nie eine definitive Version zugestellt wurde.

Ebenso wenig kann der Zugang verhindert werden, wenn die Anwältin oder die Behörde das Dokument als **vertraulich** oder geheim erklären. Liegen keine Gründe vor, welche die Einsicht ausnahmsweise ausschliessen oder aufschieben, wie z.B. weil die Einsicht die freie Meinungsbildung beeinträchtigt oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart würden, nützt ein solcher Hinweis nicht. Der Ausnahmegrund, wonach die Einsicht verweigert werden kann, wenn die Behörde die Geheimhaltung zugesichert hat, muss unseres Erachtens eng ausgelegt werden und darf nicht das Öffentlichkeitsprinzip aushebeln.

Unter Umständen sind die Anwältin, der Anwalt und die Behörde also gut beraten, bestimmte Themen nicht schriftlich festzuhalten, sondern sich mündlich auszutauschen. Das ist dann der Fall, wenn die Informationen noch stark abwägenden Charakter haben, wenn damit ein diffuses Bild vorerst geschärft und strukturiert werden soll, wenn pointierte Meinungen gegenübergestellt werden sollen oder wenn provokative Haltungen erprobt werden.

Es fragt sich, ob sich damit die Vorbereitung und Dokumentation einer Beschlussfassung der Behörde künftig verändert. Werden bisher dokumentierte, aber nicht offengelegte Informationen künftig anders oder nicht mehr dokumentiert werden oder finden die Behörden einen offenen Weg mit dem Informationszugang gegenüber der Öffentlichkeit?

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