



Abteilung I
A-916/2014

Urteil vom 4. Dezember 2014

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richter Christoph Bandli, Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiber Andreas Meier.

Parteien

Hansjürg **Zumstein**,
SRF Schweizer Radio und Fernsehen,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Öffentlichkeitsprinzip; Zugang zu amtlichen Dokumenten.

Sachverhalt:**A.**

Am 12. September 2013 stellte Hansjürg Zumstein beim Bundesamt für Justiz (BJ) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten. Dies im Rahmen seiner journalistischen Recherchen zum Steuerkonflikt mit den USA. Es ging ihm darum, im Zusammenhang mit der "im Dezember 2011 schliesslich nicht durchgeführte[n] Lieferung von Unterlagen an die US-Behörden" Einsicht in folgende Dokumente zu erhalten:

- "Korrespondenz in dieser Sache von und mit dem Direktor und Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz im Zeitraum 16. Dezember 2011 bis und mit 18. Januar 2012 (inkl. Mailverkehr)"
- "Korrespondenz in dieser Sache zwischen den erwähnten Personen und der Departementsvorsteherin im erwähnten Zeitraum (inkl. Mailverkehr)"

B.

Das BJ setzte Hansjürg Zumstein am 26. September 2013 davon in Kenntnis, dass sein Gesuch grundsätzlich positiv beantwortet werden könne. Da dieses auch gewisse Dokumente anderer mitbeteiligter Behörden betreffe, würden momentan aber noch die gemäss Art. 11 der Öffentlichkeitsverordnung vom 24. Mai 2006 (VBGÖ, SR 152.31) notwendigen Konsultationen laufen. Am 17. Oktober 2013 teilte das BJ Hansjürg Zumstein sodann mit, im Rahmen der Konsultationen habe sich gezeigt, dass die Behandlung des Gesuchs an das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) zu übertragen sei.

C.

Das SIF nahm am 25. Oktober 2013 zum Gesuch von Hansjürg Zumstein Stellung und verweigerte den Zugang zu den betreffenden Dokumenten.

D.

Hansjürg Zumstein stellte am 25. Oktober 2013 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (nachfolgend: EDÖB) einen Schlichtungsantrag nach Art. 13 BGÖ. Er machte geltend, nicht das SIF, sondern das BJ sei nach Art. 11 VBGÖ für die Behandlung seines Gesuchs zuständig. Weiter machte er geltend, dem Gesuch sei zu entsprechen.

E.

Der EDÖB erliess am 18. Dezember 2013 eine Empfehlung im Sinn von

Art. 14 BGÖ. Er zog in Erwägung, dass auch Kompetenzkonflikte Gegenstand des Schlichtungsverfahrens bilden könnten. Es sei daher die Frage zu klären, ob die zwischen dem BJ und dem SIF vereinbarte Behördenzuständigkeit gesetzeskonform sei. Der EDÖB kam zum Schluss, die Behandlung des Zugangsgesuchs obliege dem BJ. Da dieses noch keine abschliessende Stellungnahme im Sinn von Art. 12 BGÖ abgegeben habe, könne er das Zugangsgesuch von Hansjürg Zumstein somit nicht materiell prüfen.

Immerhin aber hielt der EDÖB in materieller Hinsicht Folgendes fest: Das BJ und das SIF hätten in einer vom EDÖB angeforderten Liste diejenigen Dokumente nicht aufgeführt, die von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) verfasst oder versandt worden seien. Das BJ und das SIF hätten dies damit begründet, dass die FINMA dem BGÖ nicht unterstehe. Es treffe zwar zu, dass das BGÖ gemäss seinem Artikel 2 Absatz 2 für die FINMA nicht gelte. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten beziehe sich nach der Konzeption des BGÖ jedoch nicht nur auf Dokumente, die von einer dem Gesetz unterstellten Behörde stammten. Hätten Dokumente der FINMA in den Dokumentenbestand einer Behörde nach Art. 2 Abs. 1 BGÖ Eingang gefunden und würden sie zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verwendet, so seien auch sie unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 7 und 8 BGÖ zugänglich. Dies ergebe sich aus Art. 5 Abs. 1 BGÖ. Das Zugangsgesuch sei in solchen Fällen gestützt auf Art. 10 Abs. 1 BGÖ an diejenige Behörde zu richten, die Hauptadressatin des betreffenden Dokuments sei. Die FINMA sei somit Privaten gleichgestellt, die Dokumente an eine dem BGÖ unterstellte Behörde senden würden.

Gestützt auf diese Überlegungen empfahl der EDÖB dem BJ, das Verfahren betreffend das Zugangsgesuch von Hansjürg Zumstein weiterzuführen und im Sinn von Art. 12 BGÖ zum Gesuch Stellung zu nehmen. Das BJ solle dabei davon ausgehen, dass amtliche Dokumente der FINMA, die sich in seinem Besitz befinden würden, unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 7 und 8 BGÖ zugänglich seien. Der EDÖB machte das BJ und das SIF darauf aufmerksam, dass sie gestützt auf Art. 15 BGÖ innert 20 Tagen eine Verfügung zu erlassen hätten, sollten sie mit diesen Empfehlungen nicht einverstanden sein. Weiter forderte der EDÖB die FINMA auf, ebenfalls eine Verfügung zu erlassen, sollte sie nicht damit einverstanden sein, dass ihre Dokumente unter Vorbehalt von Art. 7 und 8 BGÖ zugänglich gemacht werden.

F.

Am 14. Januar 2014 informierte die FINMA Hansjürg Zumstein darüber, dass sie beabsichtige, die in der Empfehlung des EDÖB erwähnte Verfügung zu erlassen. Sie gab Hansjürg Zumstein Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen. Dieser teilte darauf mit, er sei mit der Empfehlung des EDÖB einverstanden und teile dessen materielle Erwägungen.

G.

Am 21. Januar 2014 erliess die FINMA gestützt auf Art. 25 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) eine Feststellungsverfügung. Die getroffenen Feststellungen lauten dahingehend, dass Hansjürg Zumstein bezüglich der Dokumente, welche das BJ von der FINMA empfangen habe, kein Recht auf Zugang im Sinne des BGÖ habe und ihm keine Einsicht in diese Dokumente zu gewähren sei.

Zur Begründung führte die FINMA aus, die Finanzmarktaufsicht bezwecke nach Art. 5 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) den Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Die FINMA sei somit in einem finanz- und wirtschaftspolitisch höchst sensiblen Bereich tätig und verfüge über einen sehr grossen Bestand an nicht öffentlichen und sensiblen Daten. Weiter sei die Unabhängigkeit der FINMA, ähnlich wie diejenige der Schweizerischen Nationalbank (SNB), für die Erfüllung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben von herausragender Bedeutung. Aus diesen Gründen gelte das BGÖ gemäss seinem Artikel 2 Absatz 2 für die FINMA nicht, genauso wie es für die SNB nicht gelte. Auch nach Ansicht des Gesetzgebers reiche es im Fall der FINMA also nicht aus, die Ausnahmetatbestände nach Art. 7 BGÖ zu prüfen. Werde die Rechtsauffassung des EDÖB bestätigt, habe dies somit weitreichende Folgen für die Zusammenarbeit der FINMA mit Behörden, die dem BGÖ unterstünden und mit denen sie bisher einen offenen Austausch gepflegt habe.

H.

Hansjürg Zumstein (nachfolgend: Beschwerdeführer) erhebt am 21. Februar 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 21. Januar 2014. Er beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihm im Rahmen seines Gesuchs vom 12. September 2013 auch Zugang zu amtlichen Dokumenten der FINMA zu gewähren, die sich im Besitz des BJ befinden würden.

I.

Die FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 13. Mai 2014, die Beschwerde sei abzuweisen.

J.

Der Beschwerdeführer reicht keine weitere Stellungnahme ein.

K.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG dar. Die FINMA gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. e VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Art. 4 Abs. 1 FINMAG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG und Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese formell beschwert. Obschon die konkreten journalistischen Recherchen, in deren Rahmen er sein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten gestellt hat, unterdessen bereits abgeschlossen sind, ist das nach Art. 48 Abs. 1 VwVG geforderte aktuelle praktische Interesse an der Beschwerdeführung weiterhin zu bejahen. Denn streitig ist, ob sich der Beschwerdeführer auf das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

berufen kann, wie es sich aus dem BGÖ ergibt. Dieses Gesetz macht den Anspruch auf Zugang nicht vom Nachweis eines besonderen Interesses abhängig (vgl. BVGE 2011/52 E. 3 sowie Urteile des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 4 und A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 4). Aus diesem Grund kann auch die Behandlung der Beschwerde nicht von einem besonderen Interesse abhängig gemacht werden. Der Beschwerdeführer ist damit zur Beschwerde berechtigt.

1.3 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. dazu Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.4 Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, kann die angefochtene Verfügung mangels Zuständigkeit der Vorinstanz indes nicht materiell geprüft werden.

1.4.1 Nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ ist das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht dem BGÖ unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Diese Behörde hat zum Gesuch Stellung zu nehmen und nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren nötigenfalls eine Verfügung zu erlassen (vgl. Art. 12 bzw. 15 BGÖ). Wie sich aus Art. 2 Abs. 2 BGÖ ergibt, handelt es sich bei der Vorinstanz indes nicht um eine Behörde im Sinne dieser Bestimmungen, sondern, wenn schon, um eine "Dritte, die nicht dem BGÖ untersteht". Es obliegt somit nicht der Vorinstanz, sondern dem BJ (oder allenfalls dem SIF), über das Gesuch des Beschwerdeführers um Zugang zu amtlichen Dokumenten zu befinden. Somit hat diese Behörde auch über die Vorfrage zu befinden, ob der Zugang zu den Dokumenten der Vorinstanz von vornherein zu verweigern ist oder ob er nach Massgabe von Art. 7 und 8 BGÖ zu gewähren ist.

Das in Art. 25 VwVG vorgesehene Institut der Feststellungsverfügung ändert daran nichts: Auch eine solche Verfügung kann nach Art. 25 Abs. 1 VwVG nur von der "in der Sache zuständigen Behörde" erlassen werden. Wird durch die Feststellungsverfügung eine Frage "vorentschieden", ist daher jene Behörde zuständig, welche später ohnehin (durch Leistungs- oder Gestaltungsverfügung) entscheiden würde (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Art. 25 Rz. 9; vgl. auch ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009 [nachfolgend: Praxiskommentar], Art. 25 Rz. 15).

1.4.2 Der EDÖB hat sich in seiner Empfehlung zwar zum Kompetenzkonflikt zwischen BJ und SIF geäußert. Auch er ist aber nicht davon ausgegangen, dass die Vorinstanz über das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers zu befinden haben könnte. Vielmehr hat er ausgeführt, da die Vorinstanz dem BGÖ nicht unterstellt sei, seien die Bestimmungen von Art. 11 Abs. 1 bis 3 VBGÖ auf sie nicht anwendbar. Damit war für ihn unerheblich, dass die Federführung im Sinne dieser Bestimmungen für eine gewisse Zeit allenfalls bei der Vorinstanz gelegen hatte. Dennoch hat er die Vorinstanz aufgefordert, eine Verfügung zu erlassen, sollte sie nicht damit einverstanden sein, dass ihre Dokumente unter Vorbehalt von Art. 7 und 8 BGÖ zugänglich gemacht werden.

Es ist nachvollziehbar, dass sich die Vorinstanz unter diesen Umständen zum Erlass der angefochtenen Verfügung veranlasst sah. Denn sie musste in Erwägung ziehen, dass ihr Schweigen andernfalls als Zustimmung gewertet werden könnte. Festzuhalten ist gleichwohl, dass eine Empfehlung des EDÖB keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG darstellt und keine bindende Wirkung entfaltet (vgl. Urteil des BVGer A-3403/2013 vom 17. November 2013 E. 3.2 [letzter Absatz]). Schon gar nicht kann sich eine solche Wirkung gegenüber der Vorinstanz ergeben, für die das BGÖ nicht gilt. Durch die Empfehlung des EDÖB konnte vorliegend somit keine Zuständigkeitsordnung verbindlich vorgegeben werden.

Kommt hinzu, dass der EDÖB gestützt auf Art. 15 BGÖ auch das BJ bzw. das SIF aufgefordert hat, sich zur erwähnten Vorfrage gegebenenfalls in einer Verfügung zu äussern. Im Ergebnis hat er damit ein verfügungsweise wahrzunehmendes "Vetorecht" mehrerer Behörden konstruiert. Zwar kommt es vor, dass sich verschiedene Behörden im Rahmen verschiedener Verfahren zum gleichen Sachverhalt zu äussern haben. Zu denken ist etwa an Verkehrsregelverletzungen, die sowohl von einer Strafbehörde – die eine strafrechtliche Beurteilung vornimmt – als auch von einer Verwaltungsbehörde – die Administrativmassnahmen prüft – beurteilt werden. Hingegen ist es nach der Konzeption des VwVG nicht vorgesehen, dass verschiedene Verwaltungsbehörden in ein und demselben Fall parallel über die gleichen materiellen Fragen befinden (vgl. dazu Art. 7 ff. VwVG). Wenn mehrere Behörden die Behandlung der gleichen Sache für sich beanspruchen, liegt vielmehr ein sogenannter "positiver Kompetenzkonflikt" vor, der nach Art. 9 Abs. 3 VwVG zu bereinigen ist (vgl. dazu MICHEL DAUM, in: Kommentar VwVG, Art. 9 Rz. 9 ff., und THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar, Art. 9 Rz. 16 ff.). Dem Interesse der Vorinstanz, ihren Standpunkt einzubringen, kann vorliegend im Übrigen Rech-

nung getragen werden, indem diese von der zuständigen Behörde in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 4 VBGÖ ins Verfahren einbezogen wird.

1.4.3 Die sachliche Unzuständigkeit einer Behörde stellt einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Weiter kann das Gebot der Rechtssicherheit der Annahme der Nichtigkeit entgegenstehen. Die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (vgl. BGE 129 V 485 E. 2.3, BGE 127 II 32 E. 3g sowie ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, Rz. 961; vgl. auch BVGE 2008/59 E. 4.2 sowie Urteil des BVGer A-5837/2010 vom 4. April 2011 E. 4.1).

Vorliegend kommt der Vorinstanz auf dem Gebiet des BGÖ generell keine Entscheidungsgewalt zu. Da der EDÖB verschiedene Behörden parallel aufgefordert hat, eine Verfügung zu erlassen, spricht zudem auch das Gebot der Rechtssicherheit für die Annahme der Nichtigkeit. Die angefochtene Verfügung erweist sich damit als nichtig.

1.4.4 Nichtige Verfügungen entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Sie können somit auch nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein. Auf Beschwerden gegen nichtige Verfügungen ist daher nicht einzutreten, die Nichtigkeit der Verfügung ist aber im Dispositiv festzustellen (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.1 und 2.3, BVGE 2008/59 E. 4.3 sowie Urteile des BVGer A-3358/2011 vom 23. Oktober 2012 E. 1.3.3 und A-5837/2010 vom 4. April 2011 E. 4.1; vgl. zudem MARKUS MÜLLER, in: Kommentar VwVG, Art. 44 Rz. 1).

2.

2.1 Tritt das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde nicht ein, auferlegt es dem Beschwerdeführer als unterliegender Partei in der Regel die Verfahrenskosten (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Weiter sieht es von der Zusprechung einer Parteientschädigung ab (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Wird auf die Beschwerde deshalb nicht eingetreten, weil sich die angefochtene Verfügung als nichtig erwiesen hat, verlegt das Bundesverwaltungsgericht die Kosten jedoch regelmässig anders (vgl. z.B. Urteile des BVGer A-5837/2010 vom 4. April 2011 E. 5 und 6, A-6829/2010 vom 4. Februar 2011 E. 4 und A-1219/2007 vom 1. Oktober 2008 E. 5).

2.2 Aufgrund der Empfehlung des EDÖB ist es vorliegend nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung erlassen hat. Ebenfalls hatte der Beschwerdeführer Anlass, diese anzufechten. Er hat unter den gegebenen Umständen zudem ein Interesse an der ausdrücklichen Feststellung der Nichtigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht. Ob ihm der Zugang zu den Dokumenten der Vorinstanz gewährt wird, bleibt mit dem vorliegenden Entscheid sodann offen. Unter diesen Umständen ist der Beschwerdeführer nicht als unterliegend im Sinn von Art. 63 Abs. 1 VwVG zu betrachten, weshalb ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Vorinstanz hat gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG ebenfalls keine Verfahrenskosten zu tragen.

2.3 Eine Parteientschädigung steht dem Beschwerdeführer, obschon er als obsiegend zu betrachten ist, nicht zu, da er nicht anwaltlich vertreten ist und ihm durch die Beschwerdeführung keine nennenswerten Kosten entstanden sind (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Es wird festgestellt, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 21. Januar 2014 nichtig ist.

2.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Post- oder Bankverbindung anzugeben.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Steiger

Andreas Meier

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: