



Bern, 27. Mai 2015

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren

**X
(Antragsteller)**

und

Wettbewerbskommission WEKO

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 3. Oktober 2013 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Wettbewerbskommission WEKO Zugang verlangt zu „der kompletten wissenschaftlichen Arbeit“, welche zu einem Brief der WEKO an den Antragsteller vom 26. April 2012 geführt hatte. In besagtem Brief der WEKO war der Antragsteller über den Abschluss einer von ihm angeregten Marktbeobachtung informiert worden.
2. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 erklärte die WEKO dem Antragsteller, dass sie sein Gesuch dahingehend verstehen würde, dass er an Arbeitsdokumenten der damals zuständigen Sachbearbeiterin interessiert sei. Diese habe damals ein internes Memorandum verfasst, welches sie als Basis für den Brief an ihn genutzt habe. Bei diesem Memorandum handle es sich indes um eine nicht fertig gestellte, interne Arbeitsnotiz, deren Inhalt – soweit relevant – vollumfänglich in das an ihn gerichtete Schreiben eingeflossen sei. Diese Arbeitsnotiz sei zudem zum persönlichen Gebrauch bestimmt gewesen und gelte deshalb nicht als amtliches Dokument (Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c BGÖ), weshalb das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar sei. Weitere wissenschaftliche Arbeiten im Sinne des Zugangsgesuches lägen nicht vor. Dementsprechend könne auf das Zugangsgesuch nicht eingetreten werden.
3. Am 18. November 2013 reichte der Antragsteller beim Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein. Darin bezeichnete er die Stellungnahme der WEKO als unvollständig. Die Korrespondenz zwischen der WEKO und dem Bundesamt für Sozialversicherungen, dem zuständigen Berufsverband sowie ihm selbst sei ebenfalls Teil der wissenschaftlichen Arbeit und somit von seinem Zugangsgesuch umfasst. Diese Korrespondenz sei jedoch weder erwähnt noch ausgehändigt worden.
4. Mit Schreiben vom 20. November 2013 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang seines Schlichtungsantrages und forderte gleichentags von der WEKO die Einreichung aller relevanten Dokumente sowie einer ausführlich begründeten Stellungnahme.



5. Am 29. November 2013 reichte die WEKO eine Stellungnahme, das Memorandum und weitere mit der Angelegenheit im Zusammenhang stehende Dokumente, insbesondere die Korrespondenz mit dem Antragsteller sowie dem involvierten Berufsverband, ein. Hinsichtlich des Memorandums führte die WEKO aus, dass es sich dabei um ein internes Arbeitspapier der damals zuständigen Sachbearbeiterin handle, die dieses Dokument in Begleitung der internen Diskussionen im Hinblick auf das besagte Schreiben vom 26. April 2012 an den Antragsteller erstellt habe. Da die darin enthaltene Argumentensammlung nicht zu Ende geführt worden sei, stelle das Memorandum ein nicht fertig gestelltes Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ dar. Der relevante Inhalt des Dokuments finde sich allerdings im Schreiben an den Antragsteller wieder, weshalb die WEKO davon ausgehe, dass der Antragsteller (zumindest inhaltlich) vollständigen Zugang erhalten habe. Die WEKO beantragte daher, auf den Schlichtungsantrag nicht einzutreten, da kein formeller Antragsgrund für eine Schlichtung gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ vorliege.
6. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der WEKO sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

7. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten, einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.
8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der WEKO ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten (Ziffer 1). Alleine der Umstand, dass der Inhalt eines Dokuments nach Einschätzung der Behörde weitgehend Eingang in ein anderes, dem Antragsteller bereits vorliegendes Dokument gefunden hat, lässt den Anspruch auf Zugang zu ersterem nicht bereits als erfüllt gelten. Der Antragsteller verlangte Zugang zu einem bestimmten Dokument, welcher ihm verweigert wurde, weshalb er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt ist (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 2024.



Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).²

11. Hintergrund des Zugangsgesuchs ist eine von der WEKO auf Anregung des Antragstellers durchgeführte Marktbeobachtung, welche mit dem Schreiben vom 26. April 2012 an den Antragsteller ihren Abschluss fand. Daraufhin verlangte der Antragsteller Zugang zu „*der kompletten wissenschaftlichen Arbeit*“, die zu dem erwähnten Schreiben an ihn geführt hatte. Während die WEKO dies als Gesuch um Zugang zu Arbeitsnotizen (Memorandum) der zuständigen Sachbearbeiterin verstand, erachtete der Antragsteller noch weitere Dokumente – nämlich die Korrespondenz der WEKO mit den an der Marktbeobachtung beteiligten Akteuren – als Teil seines Zugangsgesuchs. Die WEKO reichte dem Beauftragten denn auch zusätzlich zum bereits erwähnten Memorandum ihre Korrespondenz mit dem Antragsteller sowie dem beteiligten Berufsverband ein.
12. Gemäss Art. 10 Abs. 3 BGÖ muss ein Zugangsgesuch hinreichend genau formuliert sein. Es muss zumindest jene Angaben enthalten, die es der Behörde ermöglichen, das verlangte amtliche Dokument zu identifizieren (Art. 7 Abs. 2 VBGÖ).³ Gelingt dies der Behörde nicht, kann sie die Präzisierung des Zugangsgesuchs verlangen (Art. 7 Abs. 3 VBGÖ). Im Gegenzug ist die Behörde allerdings verpflichtet, dem Gesuchstellenden Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben und ihn bei seinem Vorgehen zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ).⁴ Falls die Formulierung eines Zugangsgesuchs, wie vorliegend, einen gewissen Interpretationsspielraum lässt, empfiehlt sich im Rahmen der Unterstützungspflicht der Behörde eine Klärung des Gegenstands des Zugangsgesuchs, damit das Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten für alle Beteiligten möglichst ressourcenschonend und informell ist.⁵ Die Behörde kann dem Antragsteller in einem solchen Fall beispielsweise eine Liste mit den vorhandenen Dokumenten zukommen lassen, damit dieser sein Zugangsgesuch konkretisieren kann.⁶
13. Die WEKO hat sich einzig zur Zugänglichkeit des Memorandums geäussert. Dieses enthält eine Auflistung von anwendbaren rechtlichen Bestimmungen, kurzen Auszügen aus Gerichtsurteilen sowie einzelnen kurzen Kommentierungen. Die WEKO hat dem Antragsteller den Zugang mit der Begründung verweigert, es handle sich dabei um eine nicht fertig gestellte, interne Arbeitsnotiz, welche zudem zum persönlichen Gebrauch bestimmt gewesen sei (Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c BGÖ). Gegenüber dem Beauftragten führte die WEKO ergänzend aus, dass das Memorandum als internes Arbeitspapier erstellt worden sei, welches die internen Diskussionen

² CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

³ ISABELLE HÄNER, Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 32.

⁴ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 9.

⁵ Vgl. [Empfehlung EDÖB vom 10. Februar 2014: BLW / Bericht Selbsthilfemassnahmen der Branchenorganisation Milch](#), Ziff. II. B. 25.

⁶ ISABELLE HÄNER, a.a.O., Art. 10, Rz 34.



im Hinblick auf das Schreiben vom 26. April 2012 an den Antragsteller begleitet habe. Da zudem die darin enthaltene Sammlung von Argumenten nicht zu Ende geführt worden sei, handle es sich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ nicht um ein amtliches Dokument. Folglich gelange das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung.

14. Zunächst ist zu prüfen, ob das Memorandum ein *nicht fertig gestelltes* Dokument gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ darstellt. Nach Art. 1 Abs. 2 VBGÖ gilt ein Dokument als fertig gestellt, wenn es von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist (Bst. a) oder von der erstellenden Person dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Bst. b). Wesentliches Kriterium ist demnach, ob ein Dokument in seiner Endfassung vorliegt, d.h. definitiven Charakter aufweist.⁷
15. Den Ausführungen der WEKO ist zu entnehmen, dass das Memorandum der Vorbereitung eines anderen Dokumentes diene. Auch vorbereitende Dokumente sind fertig gestellt, nämlich wenn sie definitiven Charakter haben.⁸ Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Memorandum nicht in seiner Endfassung vorliegt. Selbst wenn – wie von der WEKO vorgebracht – die Sammlung der Argumente nicht zu Ende geführt worden ist, ändert dies nichts an seinem definitiven Charakter. Entscheidend für die Qualifikation als fertig gestelltes Dokument ist nicht seine inhaltliche Vollständigkeit, sondern ob es sich um ein in sich selber abgeschlossenes und nicht mehr in Bearbeitung stehendes Dokument handelt.⁹ Vorliegend wurde auch das auf dem Memorandum basierende Schreiben längst erstellt und dem Empfänger zugestellt. Folglich sind keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, weshalb das Memorandum zum jetzigen Zeitpunkt noch einer weiteren Bearbeitung bedürfte.
16. *Demzufolge handelt es sich beim Memorandum um ein fertig gestelltes Dokument im Sinne von Art. 1 Abs. 2 VBGÖ.*
17. Die WEKO machte gegenüber dem Antragsteller weiter geltend, beim Memorandum handle es sich um ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ, ohne jedoch die Gründe dafür darzulegen. Auch gegenüber dem Beauftragten ging die WEKO nicht näher auf diese Ausnahme vom Begriff des amtlichen Dokuments ein.
18. *Als zum persönlichen Gebrauch bestimmt* gilt gemäss Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autoren oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten. Darunter fallen auch Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (z.B. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen) und innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten ausgetauscht werden.¹⁰
19. Mangels detaillierter Informationen der WEKO ist für den Beauftragten nicht ersichtlich, welche Bedeutung dem Memorandum im Prozess dieser Marktbeobachtung effektiv zukam. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich dabei um mehr als nur eine Gedankenstütze bzw. ein blosses Arbeitshilfsmittel gehandelt hat. Vielmehr enthält das Memorandum eine systematische Auflistung der im Laufe der Diskussionen zusammengetragenen Argumente auf dessen Grundlage die WEKO in einem nächsten Schritt ein Schreiben verfasst hat. Das Memorandum erweckt daher den Eindruck eines gedanklich weiterentwickelten, inhaltlich ausgereiften

⁷ [Empfehlung EDÖB vom 10. November 2014: EDA / Korrespondenz](#), Ziff. II. B. 31; ROBERT BÜHLER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 5 N 24.

⁸ KURT NUSPLIGER, Handkommentar BGÖ, Art. 5, Rz 36; BVGE 2011/52 E. 5.1.1.

⁹ Vgl. BVGE 2011/52 E. 5.1.2.

¹⁰ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 3.



Dokuments, was gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegen die Annahme eines blossen „Arbeitshilfsmittels“ spricht.¹¹ Daher kann vorliegend auch offen bleiben, ob das Kriterium des „eng begrenzten Personenkreises“ erfüllt ist. Somit stellt das Memorandum kein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument dar (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VBGÖ).

20. *Im Ergebnis handelt es sich beim Memorandum um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ, welches grundsätzlich zugänglich ist.*
21. Dem Zugang zu einem amtlichen Dokument kann jedoch eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 oder ein besonderer Fall nach Art. 8 BGÖ entgegenstehen. Eine solche Ausnahme vom Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten wurde von der WEKO jedoch nicht geltend gemacht und ist für den Beauftragten auch nicht erkennbar.
22. *Demzufolge kommt der Beauftragte zum Schluss, dass der Zugang zum Memorandum zu gewähren ist.*
23. Die WEKO hat dem Beauftragten im Weiteren die Korrespondenz zwischen ihr und dem in die Marktbeobachtung involvierten Berufsverband zukommen lassen. Diese umfasst vier Briefe sowie eine Telefonnotiz. Die WEKO hat sich zur Zugänglichkeit dieser fünf Dokumente nicht geäussert, da diese ihrer Auffassung nach nicht vom Zugangsgesuch des Antragstellers umfasst ist. Folglich ist das Zugangsgesuchsverfahren in Bezug auf diese Dokumente noch nicht abgeschlossen. Daher empfiehlt der Beauftragte der WEKO das Verfahren auf Zugang zu diesen Dokumenten gemäss den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes durchzuführen und insbesondere den Berufsverband nach Art. 11 BGÖ anzuhören. Soweit die in den Dokumenten enthaltenen Informationen nicht ohnehin bereits öffentlich zugänglich sind (bspw. Prüfungsreglemente), sind für den Beauftragten nach einer ersten summarischen Prüfung keine schützenswerten Inhalte im Sinne der Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes erkennbar.
24. Dasselbe Vorgehen empfiehlt der Beauftragte bezüglich allenfalls weiterer in dieser Angelegenheit vorhandener Dokumente. Soweit der Antragsteller mit seinem Gesuch ebenfalls Zugang zu der Korrespondenz zwischen der WEKO und ihm selbst und damit zu seinen eigenen Personendaten verlangt (vgl. Ziff. 3), gilt es Art. 3 Abs. 2 BGÖ zu beachten, wonach sich der Zugang in einem solchen Fall nach dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1), insbesondere nach Art. 8 DSG, richtet.¹²
25. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis:*
 - *Der Zugang zum Memorandum ist zu gewähren.*
 - *Bezüglich der Korrespondenz zwischen der WEKO und dem Berufsverband ist ein Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss dem Öffentlichkeitsgesetz durchzuführen.*
 - *Der Zugang zu der Korrespondenz zwischen der WEKO und dem Antragsteller richtet sich grundsätzlich nach den Vorgaben des Datenschutzgesetzes.*

III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

26. Die Wettbewerbskommission gewährt den Zugang zum Memorandum.
27. Die Wettbewerbskommission gewährt den Zugang zu weiteren in dieser Angelegenheit

¹¹ BVGE 2011/52 E. 5.2.2.

¹² AMMANN/LANG, in: Passadelis, Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz 25.51 ff.



vorhandenen Dokumenten, insbesondere der Korrespondenz mit dem Berufsverband, gemäss den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und hört gegebenenfalls betroffene Drittpersonen an.

28. Die Wettbewerbskommission beachtet bei der Behandlung des Gesuchs um Zugang zu der Korrespondenz mit dem Antragsteller die Vorgaben von Art. 3 Abs. 2 BGÖ.
29. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Wettbewerbskommission den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
30. Die Wettbewerbskommission erlässt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
31. Die Wettbewerbskommission erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
32. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
33. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Wettbewerbskommission
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

Jean-Philippe Walter