



ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5 BGÖ

Eine Kommentierung von Joséphine Boillat / Stéphane Werly
Herausgegeben von Jérôme Gurtner / Bertil Cottier / Martine Stoffel

ZITIERVORSCHLAG

Joséphine Boillat/Stéphane Werly, Kommentierung zu Art. 5 BGÖ in: Jérôme Gurtner/Bertil Cottier/Martine Stoffel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

Kurzzitat: OK-Boillat/Werly, Art. 5 BGÖ N. XXX

Art. 5 Amtliche Dokumente

¹ Ein amtliches Dokument ist jede Information, die:

- a. auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist;
- b. sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist; und
- c. die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft.

² Als amtliche Dokumente gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Absatz 1 Buchstaben b und c erfüllen.

³ Nicht als amtliche Dokumente gelten Dokumente, die:

- a. durch eine Behörde kommerziell genutzt werden;
- b. nicht fertig gestellt sind; oder
- c. zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind.

GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen	3
II. Die Definition des amtlichen Dokuments (Art. 5 Abs. 1)	3
A. Auf einem Träger gespeicherte Informationen (Bst. a)	4
B. Eine Information, die sich im Besitz der Behörde befindet (lit. b)	5
C. Eine Information über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Bst. c)	6
D. Beispiele	8
III. Virtuelle Dokumente (Art. 5 Abs. 2)	8
IV. Dokumente, die keine amtlichen Dokumente sind (Art. 5 Abs. 3)	8
A. Von einer Behörde kommerzialisierte Dokumente (Bst. a)	9
B. Dokumente, die noch nicht fertiggestellt sind (Bst. b)	9
C. Dokumente, die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind (lit. c)	10
Literaturverzeichnis	11

I. VORBEMERKUNGEN

- 1 Das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (nachfolgend: BGÖ) gilt nur für «**amtliche Dokumente**», andere Dokumente sind grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Der Begriff «amtliches Dokument» ist in Art. 5 Abs. 1 BGÖ genau definiert, der drei kumulative Voraussetzungen aufzählt: Die Information muss auf einem beliebigen Träger festgehalten sein (Bst. a); sie muss sich im Besitz einer Behörde befinden (Bst. b); sie muss die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen (Bst. c).
- 2 Art. 5 Abs. 2 BGÖ präzisiert dies, indem er bestimmte **virtuelle Dokumente** ebenfalls als amtliche Dokumente betrachtet.
- 3 Schliesslich **schliesst Art. 5 Abs. 3 BGÖ** Dokumente aus, die von einer Behörde kommerzialisiert werden (Bst. a), die noch nicht abschliessend ausgearbeitet sind (Bst. b) oder die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Bst. c).

II. DIE DEFINITION DES AMTLICHEN DOKUMENTS (ART. 5 ABS. 1)

- 4 Entsprechend seinem Zweck definiert das **Gesetz weit** den Begriff der amtlichen Dokumente sowie den persönlichen (Art. 2 BGÖ) und sachlichen (Art. 3 BGÖ) Geltungsbereich, die Begünstigten und die Voraussetzungen für die Ausübung des Zugangsrechts (Art. 6 BGÖ). In der Praxis bedeutet dies ein weitreichendes Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, die sich im Besitz der Verwaltung befinden.
- 5 Abs. 1 lit. a BGÖ definiert den Begriff des Dokuments und unterscheidet ihn vom weiter gefassten Begriff der Information. Die Buchstaben b und c präzisieren den Begriff «amtlich» und verweisen dabei einerseits auf ein **persönliches** Erfordernis (Besitz durch die Behörde) und andererseits auf eine **materielle** Voraussetzung (Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe).
- 6 Der Begriff des amtlichen Dokuments ist gemäss BGÖ nicht gleichbedeutend mit dem Begriff des Dokuments in Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998 über die **Archivierung** (nachfolgend: BGA). Nach dieser Bestimmung sind Dokumente «alle Informationen, die auf einem beliebigen Träger gespeichert sind und im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes empfangen oder erstellt wurden, sowie alle Findemittel und Zusatzdaten, die zum Verständnis und zur Nutzung dieser Informationen erforderlich sind». Im Gegensatz zum BGÖ gilt das BGA auch für Dokumente, die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind. Das BGÖ verfolgt zudem andere Ziele als das BGA.
- 7 Die Tatsache, dass ein Dokument auf **rechtmässigem** oder **unrechtmässigem** Weg zu einer Behörde gelangt ist, hat keinen Einfluss auf seine Qualifikation als amtliches Dokument.
- 8 Die **Westschweizer Kantone** definieren amtliche Dokumente als alle Informationsträger, die Angaben zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe enthalten (Art. 22 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Freiburg vom 9. September 2009 über die Information und den Zugang zu Dokumenten [nachfolgend: LInf/FR]; Art. 25 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Genf vom 5. Oktober 2001 über die Information der Öffentlichkeit, den Zugang zu Dokumenten und den Schutz personenbezogener Daten [nachfolgend: LIPAD/GE]; Art. 70 Abs. 1 der interkantonalen Vereinbarung vom 8. und 9. Mai 2012 über Datenschutz und Transparenz in den Kantonen Jura und Neuenburg [nachfolgend: CPDT/JUNE]; Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Wallis vom 9. Oktober 2008 über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und die Archivierung [nachfolgend: LIPDA/VS]; Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Waadt vom 24. September 2002 über die Information [nachfolgend: LInfo/VD]). Die kantonalen

Rechtsvorschriften beziehen sich auf Botschaften, Berichte, Studien, genehmigte Protokolle, Statistiken, Register, Korrespondenz, Weisungen, Stellungnahmen, Vorentscheidungen oder Beschlüsse (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des Kantons Freiburg vom 14. Dezember 2010 über den Zugang zu Dokumenten [nachfolgend: OAD/FR]; Art. 25 Abs. 2 LIPAD/GE; Art. 70 Abs. 2 CPDT/JUNE; Art. 3 Abs. 2 LIPDA/VS).

A. Auf einem Träger gespeicherte Informationen (Bst. a)

- 9 Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a LTrans ist ein amtliches Dokument **jede auf einem beliebigen Träger gespeicherte Information**. Der Begriff ist somit unabhängig vom materiellen Träger definiert: Er umfasst Berichte, Stellungnahmen, Gutachten, Beschlüsse, Gesetzesentwürfe, Statistiken, Zeichnungen, Pläne, Ton- oder Bildaufzeichnungen, Dokumente auf Datenträgern (z. B. E-Mails oder im Internet veröffentlichte Seiten) oder auch Dokumente, die zur Erfassung und Kennzeichnung dieser Dokumente erstellt wurden. Das Dokument muss nicht von Menschen erstellt worden sein; es kann auch rein technisch hergestellt worden sein, sodass die Definition auch Dokumente umfasst, die durch künstliche Intelligenz erzeugt wurden.
- 10 Das Dokument muss einen **informativen Charakter** haben: Es muss „Informationen“ liefern. Somit hat die Öffentlichkeit keinen Anspruch auf Zugang zu leeren Datenträgern (unbeschriebene Papierbögen oder unformatierte Disketten). Anders verhält es sich mit Dokumentvorlagen in Papierform oder elektronischer Form (wie Stilvorlagen für die Bearbeitung und Gestaltung elektronischer Texte), sofern sie einen materiellen Inhalt haben, der in direktem Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe steht. Bei **elektronischen Datenträgern** unterliegen nicht die Festplatten von Computern, Datenbanken oder technische Datenverwaltungssysteme dem Recht auf Zugang, sondern die darauf gespeicherten Daten, die einen für Menschen lesbaren Informationsgehalt haben. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass ein Antragsteller, der den Inhaber eines Outlook-Kalenders und den betreffenden Zeitraum genau angegeben hatte, seinen Antrag klar genug formuliert hatte: Er wollte nicht Zugang zum Kalender im Sinne einer Datenbank erhalten, sondern vielmehr die darin gespeicherten Kalendereinträge bzw. den Inhalt des Kalenders einsehen. Schliesslich spielt auch die Relevanz der Informationen keine Rolle.
- 11 Die **Information muss dokumentiert sein**. Es ist daher nicht möglich, allgemeine Auskünfte über die Tätigkeit der Verwaltung zu verlangen, die sich nicht auf ein Dokument stützen lassen. Ebenfalls ausgeschlossen ist es, die Reaktion einer Person beim Lesen eines Dokuments oder den Inhalt eines nicht aufgezeichneten Gesprächs zu erfahren, da diese Informationen viel zu ungewiss sind, um ein vor Gericht geltend zu machen Recht zu begründen. In der Praxis birgt diese Voraussetzung die Gefahr, dass die Verwaltung ihre Arbeit nicht mehr dokumentiert, um sich dem LTrans zu entziehen. Es ist anzumerken, dass das kantonale Gesetz des Kantons Waadt eine andere Lösung vorsieht, da es ein einfaches Auskunftsgesuch zulässt (Art. 8 Abs. 1 LInfo/VD).
- 12 Das amtliche Dokument **muss in irgendeiner Form** existieren, da die Verwaltung nicht zur Erstellung eines nicht existierenden Dokuments verpflichtet werden kann. Eine Privatperson kann beispielsweise nicht verlangen, dass die Verwaltung eigens eine Zusammenfassung zu einem bestimmten Thema verfasst, ihr eine Rechtsauffassung zu einer strittigen Frage mitteilt, eine Übersetzung eines nur in einer Sprache verfassten Dokuments liefert oder nicht vorhandene Statistiken erstellt. Der Beschwerdeführer kann natürlich nicht den Nachweis für die Existenz eines amtlichen Dokuments erbringen, da er keinen Zugang zu den Daten selbst hat. Bei Streitigkeiten über die Existenz eines Dokuments obliegt es daher der beschwerten Behörde, die Nicht-Existenz einer Tatsache nachzuweisen, was in der Regel schwierig ist. Allerdings ist die Gegenpartei nach den Regeln von Treu und Glauben verpflichtet, bei der Beweisaufnahme mitzuwirken, insbesondere durch

Vorlage eines Gegenbeweises oder zumindest durch konkrete Hinweise auf das Vorliegen von Daten. Eine **Ausnahme** ist jedoch vorgesehen, um das Recht auf Zugang zu bestimmten amtlichen Dokumenten zu gewährleisten, die nur in virtueller Form existieren (Art. 5 Abs. 2 BGÖ). Wenn ein Antragsteller die Richtigkeit der von der Verwaltung festgestellten Nichtvorhandensein anzweifelt, müssen sowohl der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte als auch die Beschwerdeinstanz versuchen, die Frage der Existenz der Dokumente zu klären, indem sie die Plausibilität und die Ernsthaftigkeit der Behauptungen des Antragstellers und der Verwaltung gegeneinander abwägen.

- 13 Es kann vorkommen, dass die Verwaltung **ein Interesse daran hat, ein Dokument zu erstellen**, weil dies die zeitsparendste Lösung ist: In zwei getrennten Gesuchen hatte ein Journalist die IV-Stelle des Kantons Solothurn (IVSE) gebeten, ihm schriftlich mitzuteilen, in wie vielen Fällen zwei medizinische Sachverständige eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 40 % festgestellt hatten, die einen Anspruch auf Invalidenleistungen begründete (das erste Gesuch betraf 161 Gutachten, das zweite 75). Die IV-Stelle war diesen Anträgen nicht nachgekommen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn hatte diese Entscheidungen bestätigt. Das Bundesgericht hat jedoch den Beschwerden stattgegeben und die Fälle zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn zurückgewiesen. Nach Ansicht des Bundesgerichts würde die Anonymisierung von mehr als hundert Berichten oder Entscheiden zwar einen sehr grossen Arbeitsaufwand und eine ausserordentliche Belastung für die IV-Stelle bedeuten, doch könnte die Übermittlung einer gekürzten Fassung der Berichte (ein bis zwei Seiten) ausreichen, wobei jedoch präzisiert wird, dass der für die Entscheidung über das Auskunftsrecht des Beschwerdeführers erforderliche Arbeitsaufwand nicht bekannt sei und sich auch nicht aus den Akten ergebe. Schliesslich wies das Bundesgericht in Bezug auf die Rüge der VUV, dass ähnliche Gesuche in anderen Verfahren gestellt worden seien, darauf hin, dass es Aufgabe der VUV sei, die kostengünstigste Gesamtlösung zu finden. Daher kann es seiner Ansicht nach gerechtfertigt sein, die vom Beschwerdeführer geforderte Statistik künftig zu führen, auch wenn grundsätzlich kein individueller Anspruch darauf besteht. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn gab den Beschwerden statt, hob die Entscheide der IV-Stelle auf und wies diese an, dem Beschwerdeführer die Ergebnisse von 161 und 75 geschwärzten Gutachten auszuhändigen.
- 14 **Ist das angeforderte Dokument verloren gegangen**, muss die Behörde alles in ihrer Macht Stehende tun, um eine mögliche Kopie wiederzufinden.

B. Eine Information, die sich im Besitz der Behörde befindet (lit. b)

- 15 Gemäss der zweiten Voraussetzung muss die Information sich im Besitz der Behörde befinden, von der sie stammt oder der sie übermittelt wurde. Mit anderen Worten: Die ersuchte Stelle muss das angeforderte Dokument, das die Information enthält, nicht erstellt haben, aber es muss sich **tatsächlich in ihrem Besitz** befinden. Das bedeutet, dass die Behörde selbst Zugang zu den Informationen haben muss, um dem Antragsteller den Zugang gewähren zu können. Ist sie nicht im Besitz des Dokuments, obwohl sie dessen Urheberin oder Hauptadressatin ist, muss sie alle erforderlichen Massnahmen ergreifen, um Zugang zu ihm zu erhalten, oder dem Antragsteller mitteilen, wer im Besitz des Dokuments ist, sofern ihr dies bekannt ist. Hat sie das betreffende Dokument bereits an das Archiv abgegeben, muss sie in Absprache mit dem Bundesarchiv über die Gewährung des Zugangs entscheiden. Wenn eine Behörde Dokumente vernichtet, um sich dem BGÖ zu entziehen, wäre es gerechtfertigt, eine Verpflichtung zur Wiederbeschaffung dieser Dokumente zuzulassen. Der Fall ist nicht nur theoretischer Natur: Der Tätigkeitsbericht 2023/2024 des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten erwähnt einen Presseartikel, in dem berichtet wurde, dass im Zusammenhang mit dem Erpressungsversuch gegen Bundesrat Alain Berset

E-Mails im Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern (GS-EDI) nicht auffindbar waren oder gelöscht worden seien und dass dieser Sachverhalt Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens beim Datenschutzbeauftragten gewesen sei. Der Bericht hält auch fest, dass es der mit der Untersuchung der Angelegenheit beauftragten Kommission nicht möglich war, mit Sicherheit festzustellen, inwieweit die nicht auffindbaren E-Mails existiert haben und ob ein Teil davon vernichtet worden sein könnte. Hingegen ist eine Verpflichtung zur Wiederbeschaffung eines Dokuments auszuschliessen, wenn die Behörde es rechtmässig vernichtet hat, insbesondere weil die betreffende Aufgabe erledigt ist.

- 16 Die Behörde kann entweder Urheberin des in ihrem Besitz befindlichen Dokuments sein oder es erhalten haben. Es ist daher möglich, dass sie über ein **Dokument Dritter** verfügt, das nicht dem Grundsatz der Transparenz unterliegt. Personenbezogene oder rein private Informationen können von einem Zugangsgesuch erfasst sein, wenn das Dokument, in dem sie enthalten sind, die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Somit spielt auch die Herkunft der Dokumente keine Rolle.
- 17 Der Begriff «**Behörde**» umfasst die Bundesverwaltung sowie die öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Stellen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie Handlungen vornehmen oder Entscheidungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (nachfolgend: VwVG) sowie die Parlamentsdienste (Art. 2 Abs. 1 BGÖ).
- 18 Ist das Gesuch an eine Behörde gerichtet, die **nicht im Besitz des Dokuments** ist, so hat sie es unauffordernd und unverzüglich an die zuständige Behörde weiterzuleiten.

C. Eine Information über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Bst. c)

- 19 Damit ein Dokument als amtlich qualifiziert werden kann, muss die darin enthaltene Information schliesslich die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Massgebend ist dabei die **Verwendung** der Information; dient diese der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, so gilt das Dokument als amtlich. Der Anwendungsbereich des BGÖ ist weit zu verstehen: Ein relativ entfernter Bezug zu einer öffentlichen Aufgabe reicht aus.
- 20 Es muss sich um eine **öffentliche Aufgabe des Bundes** handeln. Dieser Begriff, der aus Art. 3 Abs. 1 BGÖ übernommen wurde, ist nicht mit dem Begriff des öffentlichen Interesses zu verwechseln. Denn bestimmte private Aufgaben können zwar von öffentlichem Interesse sein, ohne dass sie öffentliche Aufgaben darstellen.
- 21 Die Unterstellung der **Organe und Personen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts** im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ beschränkt sich auf die Bereiche, in denen sie als Behörden mit hoheitlichen Befugnissen handeln, d. h. wenn sie Entscheidungen im Sinne von Art. 5 VwVG⁴⁹ treffen.
- 22 Die **Informationen** können auch **privater Natur** sein. Ein privates Dokument, das sich im Besitz der Verwaltung befindet, kann ein amtliches Dokument sein, wenn es zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verwendet wird, beispielsweise wenn es eine Rolle in einem Entscheidungsprozess spielt, wie Bewilligungsunterlagen, die vom Gesuchsteller vorgelegt werden, oder Dokumente, die von einer Privatperson im Rahmen einer Aufsichtsaufgabe an die Behörde übermittelt werden. Das Gleiche gilt, wenn das Dokument für die Meinungsbildung eines Organs einer Verwaltungseinheit im Hinblick auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nützlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Informationen, die von Privatpersonen an die Bundesverwaltung übermittelt werden und die Voraussetzungen von Art. 5 VBGÖ erfüllen, als amtliche Dokumente zu qualifizieren und fallen somit in den Anwendungsbereich des BGÖ. Generell unterliegt der Bund auch im privatrechtlichen Bereich dem Grundsatz der Transparenz, insbesondere bei der Verwaltung seines Finanzvermögens oder beim Erwerb von Material und Lieferungen, die für die Erfüllung seiner

Aufgaben erforderlich sind. Im Übrigen hat das Bundesgericht in einer Beschwerde betreffend die Anwendung des Genfer Transparenzrechts eine Unterscheidung zwischen Verwaltungsvermögen, das unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, und Staatsvermögen, wenn der Staat als Privatperson handelt, die ihr Finanzvermögen verwaltet und keine öffentliche Aufgabe erfüllt, bestätigt. Dokumente, die sich auf erstere beziehen, unterliegen der Transparenz, Dokumente, die sich auf letztere beziehen, hingegen nicht.

- 23 Ist eine Verwaltungseinheit berechtigt, Tätigkeiten im Rahmen der **privaten Wirtschaft** auszuüben, insbesondere Dienstleistungen zu erbringen (z. B. das Institut für geistiges Eigentum), so handelt es sich bei diesem Teil ihrer Tätigkeit nicht um eine öffentliche Aufgabe.
- 24 Die **öffentlichen Register** über privatrechtliche Rechtsverhältnisse (z. B. Handelsregister, Grundbuch oder Zivilstandsregister) fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des Gesetzes, doch sind die besonderen Bestimmungen, denen sie unterliegen, als *lex specialis* auszulegen. Art. 4 lit. b BGÖ behält im Übrigen ausdrücklich die besonderen Bestimmungen anderer Bundesgesetze vor, die bestimmte Informationen unter vom Gesetz abweichenden Bedingungen für zugänglich erklären. Art. 970 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (nachfolgend: ZGB) führt beispielsweise eine solche Sonderregelung im Sinne dieser Norm ein.
- 25 Handschriftliche oder elektronische **persönliche Notizen** auf einem amtlichen Dokument stehen im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, sofern sie nicht ausschliesslich für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind und das Dokument nicht unvollständig ist.
- 26 **Rein technische Informationen** fallen unter die Definition des amtlichen Dokuments. Ausgenommen sind jedoch solche, deren Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe zu gering ist, da solche Informationen keinen materiellen Bezug zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe haben, sondern lediglich einen rein formalen Zusammenhang. So kann ein Mitarbeiter einer Behörde nicht verpflichtet werden, die Computerdatei, in der seine Arbeitspräferenzen gespeichert sind, d. h. die Datei, aus der insbesondere hervorgeht, dass er standardmässig eine bestimmte Sprache oder eine bestimmte Schriftart verwendet, *Cookies* oder E-Mail-Verbindungsdateien, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.
- 27 Die Rechtsprechung hat insbesondere Folgendes als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe angesehen:
 - Dokumente im Zusammenhang mit der Mietkontrolle, die durch das allgemeine Gesetz des Kantons Genf vom 4. Dezember 1977 über Wohnraum und Mieterschutz eingeführt wurde.
 - Die Durchführung einer Verwaltungsuntersuchung im Auftrag.
 - Ein vom Verfasser, einem Oberst des Generalstabs, als vertraulich eingestuftes Dienstvermerk.
 - Die Emissionsdaten (EMI-Daten) des Schornsteins des Kernkraftwerks Leibstadt.
 - Dokumente mit Informationen über die finanziellen Folgen der rechtswidrigen Entlassung eines Beamten.
 - Die Art und Weise, wie die Stadt Genf ihre Politik für die Zulassung von Plakatinhalten festgelegt hat, die sie auf ihren Plakatflächen zulässt.
 - Eine Vergleichsvereinbarung zwischen den Genfer Stadtwerken und anderen Parteien über die Entwicklung von Windkraftprojekten.
 - Die detaillierte Liste der finanziellen Risiken, die der Waadtländer Staatsrat bei der Aufstellung des Staatshaushalts 2023 berücksichtigt hat.

D. Beispiele

28 Zu den **amtlichen Dokumenten** gehören insbesondere:

- Ein Bericht, der von einem Bundesrat in seiner Eigenschaft als Departementsvorsteher in Auftrag gegeben wurde.
- Eine Liste der vierzig wichtigsten Lieferanten des Bundes für das Jahr 2011, da bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Transparenz gewährleistet sein muss, insbesondere um den Verdacht der Vetternwirtschaft zu vermeiden.
- Der Outlook-Kalender des Leiters des Bundesamtes für Rüstung (armasuisse), da er entscheidenden Einfluss auf die gesamten Verwaltungsaufgaben dieses Amtes hat.
- Bestimmte Dokumente über die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union.
- Die Emissionsdaten (EMI-Daten) des Kaminaufsatzes des Kernkraftwerks Leibstadt.
- Ein Arbeitspapier für die Mitarbeitenden des Staatssekretariats für Migration (SEM) zur Unterstützung bei der Bearbeitung von Asylgesuchen aus Eritrea.
- Ein Verwaltungsuntersuchungsbericht über die Asylbewerberunterkunft in Perreux.

III. VIRTUELLE DOKUMENTE (ART. 5 ABS. 2)

29 Grundsätzlich sind nur **amtliche Dokumente, die bereits existieren**, zugänglich. Eine Ausnahme ist jedoch vorgesehen, um das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten zu gewährleisten, die nur in latenter Form existieren und durch einfache informatische Manipulation leicht beschafft werden können (virtuelle Dokumente).

30 Art. 5 Abs. 2 bezieht sich auf **elektronische Datenbanken**, insbesondere auf Auszüge, die die Verwaltung auf ein individuelles Gesuch hin erstellen muss. Dieses Dokument ist zugänglich, sofern es durch einfache elektronische Verarbeitung auf der Grundlage der gespeicherten Informationen erstellt werden kann. Ist ein solches Ersuchen mit dem IT-System nicht ohne Weiteres zu erfüllen, entfällt die Verpflichtung zur Erstellung eines *Ad-hoc-Dokuments*.

31 Der Begriff «einfache elektronische Verarbeitung» bezieht sich auf einen durchschnittlichen Nutzer und wird daher mit der technologischen Entwicklung weiterentwickelt werden. Ein Beispiel für eine einfache elektronische Verarbeitung ist Folgendes: Informationen, die einer Behörde zur Verfügung stehen und von dieser lediglich in einer Tabelle in einem Excel-Dokument zusammengestellt wurden, wobei diese Informationen nach einer einfachen Suche lediglich in einer gängigen Software zusammengetragen wurden. Ein Problem könnte sich bei der Beurteilung des Komplexitätsgrades der Verarbeitung ergeben, wenn es sich um einen sehr technischen Aspekt handelt, über den nur die Behörde verfügt, und diese behauptet, dass die Bearbeitung nicht elementar ist.

32 Abgesehen von der Erstellung durch einfache elektronische Verarbeitung bereits vorhandener Informationen umfasst das Recht auf Zugang **nicht das Recht auf Erstellung eines nicht vorhandenen** Dokuments.

IV. DOKUMENTE, DIE KEINE AMTLICHEN DOKUMENTE SIND (ART. 5 ABS. 3)

33 Nicht **als amtliche Dokumente gelten** Dokumente, die von einer Behörde kommerzialisiert werden, die noch nicht abschliessend ausgearbeitet sind oder die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind.

- 34 Die **Westschweizer Kantone schliessen** von amtlichen Dokumenten aus: Notizen für den persönlichen Gebrauch, interne Dokumente, Entwürfe oder andere unvollendete Texte, Dokumente, die vermarktet werden, Dokumente, die in einem nichtstreitigen oder Streitigen Verfahren der Akteneinsicht entzogen sind, sowie noch nicht genehmigte Protokolle (Art. 22 Abs. 3 LInf/FR; Art. 25 Abs. 4 LIPAD/GE; Art. 70 Abs. 3 CPDT/JUNE; Art. 3 Abs. 2 LIPDA/VS; Art. 9 Abs. 2 LInfo/VD und Art. 14 der Verordnung des Kantons Waadt zur Anwendung des Gesetzes vom 24. September 2002 über die Information vom 25. September 2003).

A. Von einer Behörde kommerzialisierte Dokumente (Bst. a)

- 35 Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (nachfolgend: VÖPR) gilt als kommerziell vertriebenes Dokument **jede Information, die von einer Behörde gegen Entgelt** bereitgestellt wird, einschliesslich solcher, die einen direkten Nutzen für die Entwicklung eines Produkts hat. Diese Ausnahme besteht nicht im Gesetz des Kantons Bern vom 2. November 1993 über die Information der Öffentlichkeit (LIn/BE).
- 36 Die Dokumente müssen **tatsächlich vermarktet** werden. Sind sie nicht mehr verfügbar, beispielsweise weil die Auflage erschöpft ist, gilt die Ausnahme nicht mehr, und die Behörde muss prüfen, ob es sich um ein amtliches Dokument handelt, das dem Transparenzprinzip unterliegt.
- 37 Der Begriff «kommerziell vertriebenes Dokument» umfasst auch Dokumente, die nicht formell kommerziell vertrieben werden, aber deren direkte Grundlage bilden, wie beispielsweise geografische Datenbanken, die zur Erstellung von Karten dienen. Vermarktete Dokumente von Dritten unterliegen dem Gesetz, jedoch nur, wenn sie die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Daher fallen Bücher einer Verwaltungsbibliothek grundsätzlich nicht unter das Gesetz, da sie nur indirekt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Die Sonderbestimmung von Art. 19 BPG, wonach die Verwendung von Archiven zu kommerziellen Zwecken bewilligungspflichtig ist und der Bund am Gewinn beteiligt wird, gilt nur für Dokumente, die als Archive im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BPG definiert sind.

B. Dokumente, die noch nicht fertiggestellt sind (Bst. b)

- 38 Damit ein Dokument als amtlich gilt, reicht es nicht aus, dass die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 BGÖ erfüllt sind, wenn das Dokument nicht als im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ fertiggestellt qualifiziert werden kann. Um amtlich zu sein, muss ein Dokument **endgültig** sein.
- 39 Der Begriff des **unfertigen Dokuments**, der dem Begriff des internen Dokuments vorgezogen wird, ist rechtlich unbestimmt, sodass der Bundesrat in Art. 1 Abs. 2 VBG: Ein Dokument hat den Endstand erreicht, wenn es von der Behörde, von der es stammt, unterzeichnet wurde oder wenn der Verfasser es dem Empfänger endgültig übermittelt hat, insbesondere zu Informationszwecken oder zur Stellungnahme oder zum Erlass eines Beschlusses. Die in dieser Norm genannten Elemente sind wichtige Anhaltspunkte dafür, wann ein Dokument als abgeschlossen zu betrachten ist. Weitere Anhaltspunkte für die Vollständigkeit eines Dokuments sind seine Genehmigung, seine Erfassung in einem Klassifizierungs-, Organisations- oder Informationssystem der Verwaltung sowie sein Zweck oder seine Bedeutung.
- 40 Der Grund für diese Ausnahme liegt in dem Bestreben, der Verwaltung so weit wie möglich zu ermöglichen, **sich in Ruhe eine Meinung zu bilden** und ihre Handlungsautonomie zu wahren. Sie dient auch dazu, Missverständnisse aufgrund des vorläufigen Charakters des Dokuments oder daraus resultierenden Druck von außen zu vermeiden.

41 Beispiele für Dokumente, die **noch nicht endgültig ausgearbeitet** sind:

- Ein vor der endgültigen Korrektur (handschriftlich oder elektronisch) durchgestrichener oder mit Anmerkungen versehener Text, eine in Ausarbeitung befindliche Übersichtstabelle, der vorläufige Entwurf eines Berichts, ein Projektentwurf, Sitzungsentwürfe, informelle Arbeitsnotizen, Textentwürfe, Zusammenfassende Notizen für eine Sitzung, Notizen, die bei der Durchführung interner Revisionen erstellt wurden und die Grundlage für einen Revisionsbericht bilden.
- Ein sogenanntes autorisiertes Interview, das noch sichtbare Korrekturen enthält.

42 **Fertiggestellte Dokumente** sind hingegen:

- Ein Entscheidungsentwurf des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) über die Aufnahme eines Arzneimittels in die Spezialitätenliste.
- Ein unvollendetes Dokument, das mit der Zeit zu einem abgeschlossenen Dokument geworden ist, wenn die Meinungsbildung der Verwaltung abgeschlossen ist und somit keine Einflussnahme mehr möglich ist. Ein (nicht unterzeichneter) Entwurf kann daher auch ein abgeschlossenes Dokument sein, sofern das Dokument in seiner endgültigen Fassung vorliegt und der Meinungsbildungsprozess abgeschlossen ist.
- Ein Dokument zur Entscheidungshilfe, sofern es sich um eine Richtlinie handelt, die Beispiele auflistet und Kriterien für die Beurteilung des konkreten Falls durch den zuständigen Rahmen festlegt.
- Eine Liste von Vorschlägen, die in einer Arbeitsgruppe erstellt wurde und nicht zur Überprüfung an die einzelnen Mitglieder dieser Gruppe weitergeleitet wird, sondern ihnen lediglich als Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen dient und ein vollständiges, nicht mehr änderbares Dokument darstellt.
- Der Outlook-Kalender des ehemaligen Generaldirektors von armasuisse, soweit der angeforderte Kalenderauszug einen bereits abgeschlossenen Zeitraum betrifft.
- Die letzte Fassung eines Gesprächs, d. h. das sogenannte autorisierte Gespräch ohne sichtbare Korrekturen.

43 Unvollendete Dokumente sind nicht zu verwechseln mit **vorbereitenden Dokumenten**, die ebenfalls abgeschlossen sein können, wenn sie ihr endgültiges Ausarbeitungsstadium erreicht haben. Als Beispiele können genannt werden: die verschiedenen aufeinanderfolgenden Entwürfe eines nationalen Strassenplans, Studienentwürfe für Eisenbahnstrecken, Teil- oder vorläufige Entwürfe eines Dokuments (sofern sie in sich abgeschlossen sind), die verschiedenen Dokumente eines öffentlichen Vergabeverfahrens (wie Vertragsentwürfe vor der Unterzeichnung) oder ein vorläufiger Bericht, der zur Übergabe an den Empfänger bereit ist.

C. Dokumente, die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind (lit. c)

44 Dokumente, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind, gelten nicht als amtliche Dokumente. Gemäss Art. 1 Abs. 3 VTrans sind Dokumente zum persönlichen Gebrauch alle Informationen, die zu beruflichen Zwecken erstellt werden, aber **ausschliesslich vom Verfasser oder einem begrenzten Personenkreis** als Hilfsmittel verwendet werden, wie Notizen oder Arbeitskopien. Nach der Lehre fällt die Verwaltungspraxis einer Behörde nicht unter die Ausnahme für Dokumente zum persönlichen Gebrauch; dies wäre hingegen bei Kondolenzkarten der Fall.

- 45 Der **Inhalt** oder der **Zweck des Schriftstücks ist entscheidend**, nicht seine Bezeichnung (z. B. «Merkblatt»), sodass persönliche Notizen amtliche Dokumente darstellen können, wenn sie Dritten zur Stellungnahme übergeben wurden oder als Grundlage für eine Entscheidung dienen.
- 46 Gemäss der Botschaft des Bundesrats, der Rechtsprechung und der Lehre gehören ebenfalls zur Kategorie der **Dokumente zum persönlichen Gebrauch**:
- Textentwürfe, Zusammenfassungen für die Erstellung eines Berichts, Sitzungsprotokolle und Aufzeichnungen, die zur Erstellung eines Protokolls dienen sollen.
 - Persönliche Tabellen, die einen Schreibtisch schmücken.
 - Eine Postkarte, die ein Mitarbeiter seinen Kollegen aus dem Urlaub geschickt hat.
 - Der Terminkalender des ehemaligen Staatsanwalts der Republik und des Kantons Genf, der nach Feststellung der Justizbehörde ausschließlich für den Gebrauch seines Inhabers bestimmt war und keine Rolle bei der Organisation, Führung und Kommunikation seiner Gerichtsbarkeit oder seiner Kanzlei spielte.
- 47 Die folgenden Dokumente sind hingegen **nicht für den persönlichen Gebrauch bestimmt**:
- Ein Dokument, das an etwa zwanzig Mitglieder einer Arbeitsgruppe gerichtet ist.
 - Eine Auflistung von Vorschlägen, die keine einfache Hilfsliste aus einem „Brainstorming“ ist, die als Denkhilfe erstellt wurde, sondern ein endgültiges Dokument, das aus einer systematischen Überlegung hervorgegangen ist und die verschiedenen Vorschläge klassifiziert und sortiert.
 - Der elektronische Terminkalender des ehemaligen Direktors von armasuisse, auch wenn der Kreis der Personen, die ihn einsehen dürfen, auf die obersten Führungskräfte dieser öffentlichen Unternehmung beschränkt ist.
 - Ein Dokument mit der Abkürzung APPA (Asylpraxis/Pratique en matière d'asile/Prassi in materia d'Asilo) zu Eritrea, das für eine Vielzahl von Mitarbeitenden des SEM bestimmt ist und dessen Tätigkeit leitet.
 - Mitteilungen von Mitarbeitenden an eine interne Arbeitsgruppe, die sich mit Personalbelangen befasst (anonymer Brief; E-Mail).
- 48 Drei **Kantone der Romandie** definieren Notizen zum persönlichen Gebrauch als Arbeitsnotizen, die im Hinblick auf die künftige Abfassung eines Dokuments angefertigt werden, als Sitzungsnotizen, die gegebenenfalls angefertigt werden, wenn keine gesetzliche oder reglementarische Verpflichtung zur Erstellung von Protokollen besteht, als Notizen, die im Rahmen eines Gesprächs angefertigt werden, oder als kommentierte Kopien (Art. 2 Abs. 3 OAD/FR; Art. 6 der Verordnung des Kantons Genf zur Umsetzung des Gesetzes über die Information der Öffentlichkeit, den Zugang zu Dokumenten und den Schutz personenbezogener Daten vom 21. Dezember 2011 [nachfolgend: RIPAD/GE]; Art. 13 Abs. 2 RELIPDA/VS).

LITERATURVERZEICHNIS

Boillat Joséphine/Werly Stéphane, Le principe de transparence dans les cantons romands, in : Droit public de l'organisation – Responsabilité des collectivités publiques – Fonction publique, Annuaire 2019/20 de l'Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2020, p. 31-58 (cité : Boillat/Werly, Le principe de transparence dans les cantons romands).

Boillat Joséphine/Werly Stéphane, Transparence passive – Les aspects pratiques, in : Métille Sylvain (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021, p. 207-242 (cité : Boillat/Werly, Transparence passive).

Bühler Robert, Commentaire de l'art. 5 LTrans, in : Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (édit.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2024.

Burger Dominique/Gillioz Pierre, Transparence dans l'administration : quelques réflexions, in : Foëx Bénédic/Hirsch Laurent (édit.), Transparence et secret dans l'ordre juridique, Genève 2010, p. 317-327.

Cottier Bertil, La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux fédéraux et cantonaux, ainsi que des recommandations du Préposé fédéral à la transparence et à la protection des données, in : Pasquier Martial (édit.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 37-55 (cité : Cottier, La transparence au crible de la jurisprudence).

Cottier Bertil, Le droit d'accès aux documents officiels, in : Métille Sylvain (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021, p. 139-161 (cité : Cottier, Le droit d'accès aux documents officiels).

Fanti Sébastien, La notion de document officiel en droit fédéral, ainsi qu'en droit valaisan, RVJ 2016, p. 393-440.

Flückiger Alexandre, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale, DEP 2009, p. 749-788.

Flueckiger Christian, Principes de procédure poussés dans les cordes par celui de la transparence, in : Boillat Joséphine/Werly Stéphane (édit.), 20 ans de transparence à Genève, Zurich 2022, p. 149-171, https://suigeneris-verlag.ch/img/uploads/pdf/oa_pdf-033-1675100892.pdf, consulté le 6.03.2025.

Gavillet Aurélie, La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse, Berne 2018.

Gurtner Jérôme, La jurisprudence des tribunaux fédéraux relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, plaidoyer 4 (2022), p. 26-33.

Hehemann Lena/Winkler André, Das neue Datenschutzgesetz und seine Implikationen für das Öffentlichkeitsgesetz – Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten und Daten juristischer Personen, in : Epiney Astrid/Havalda Stefanie/Fischer-Barnicol Paul A. (édit.), Transparence et information dans la nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Zurich/Genève 2024, p. 39-71.

Poledna Tomas/Schlauri Simon/Schweizer Samuel, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, Berne 2017.

Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, 31^e Rapport d'activités 2023/24 (cité : PFPDT, Rapport d'activités 2023/24).

Walter Jean-Philippe, Première partie – Principes généraux/Accès aux documents officiels contenant des données personnelles et droit à la protection des données, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Zurich 2017, p. 77-107.