



Bern, 28. Januar 2021

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**
im Schlichtungsverfahren zwischen
X.
(Antragsteller)
und

Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements GS-EFD

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 21. November 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Bundeskanzlei BK ein Zugangsgesuch eingereicht. Darin berief er sich auf eine Sendung von Schweizer Radio und Fernsehen SRF, in welcher Bundesrat Ueli Maurer zur Aussage, die Corona-Krise sei mit den hohen Fallzahlen und Todesfällen aus dem Ruder gelaufen, wie folgt geantwortet habe: "Wir sind bewusst dieses Risiko eingegangen, weil wir eine Güterabwägung gemacht haben." Zudem nahm der Antragsteller Bezug auf ein Strategie-Dokument, das er gestützt auf ein Zugangsgesuch beim Bundesamt für Gesundheit BAG erhalten hatte, und erklärte u.a., er könne aus diesem Dokument "[...] weder qualitativ noch quantitativ sinnvoll herauslesen, wieviele [sic] Tote die Landesregierung bereit ist in Kauf zu nehmen, um vermeintliche [sic] die Wirtschaft und das gesellschaftliche Leben am 'Leben' zu lassen. [...]. Gerne verlange ich gestützt auf das BGÖ Zugang zu amtlichen Dokumenten, die auf rationale und verschriftlichte [sic] Weise aufzeigen, wie diese 'Güterabwägung' denn so aussieht."
2. Am 26. November 2020 leitete die BK dieses Zugangsgesuch an das ihrer Ansicht nach zuständige Eidgenössische Finanzdepartement EFD weiter.
3. Das Generalsekretariat des EFD (GS-EFD) verweigerte dem Antragsteller am 27. November 2020 den Zugang zu den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten und begründete dies wie folgt: "Ihr Gesuch bezieht sich auf Verhandlungen des Bundesrates. Gemäss Art. 21 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) sind die Verhandlungen des Bundesrates nicht öffentlich. Der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt ausserdem nicht für den Bundesrat (siehe Art. 2 [BGÖ]). Die Dokumente der Verhandlungen des Bundesrates sind deshalb nicht öffentlich. Ihr Gesuch um Zugang zu Dokumenten der Verhandlungen des Bundesrates wird also verweigert."
4. Am 1. Dezember 2020 ergänzte der Antragsteller sein Zugangsgesuch wie folgt: "Ich gehe davon aus, dass nicht der Bundesrat die Grundlagen [sic] zur 'Güterabwägung' vorgenommen hat: können Sie mir sagen, auf den amtlichen Dokumenten welcher Behörde [sic] genau sich der Bundesrat abgestützt hat, um diese Entscheidungen vorzunehmen; können Sie mir die amtlichen Dokumente eben dieser Behörde, die das EFD sicher auch empfangen



hat, zustellen bzw. auf diese verweisen? Falls der Bundesrat sich auf den Rat privater Akteure verlassen hat, wäre ich froh um eine Liste dieser Dokumente im Titel bzw., falls diese im Internet öffentlich sind, würde ich gerne die URLs zu den entsprechenden Dokumenten erhalten. Ich präzisiere mein Zugangsgesuch entsprechend dahingehend, dass nicht die Diskussion und der Entscheid des Bundesrats an und für sich verlangt werden, sondern die (amtlichen) Dokumente, auf die sich der Bundesrat für seine 'Güterabwägung' stützt."

5. Das GS-EFD antwortete dem Antragsteller am 2. Dezember 2020 wie folgt: "Wie in unserer Stellungnahme vom 27. November 2020 erläutert, sind die Dokumente der Verhandlungen des Bundesrates nicht öffentlich. Dem Öffentlichkeitsprinzip entzogen ist auch die Information, welche Dokumente Bestandteil eines Bundesratsantrags sind und damit als Grundlage für den Entscheid des Bundesrates dienen." Diese Stellungnahme versah das GS-EFK mit einer Rechtsmittelbelehrung.
6. Dieser Rechtsmittelbelehrung zur Folge reichte der Antragsteller am 2. Dezember 2020 einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein, in welchem er erklärte, das GS-EFD behauptete, dass selbst Entscheidungsgrundlagen des Bundesrates dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen seien. "[W]enn wir bedenken, dass es hier nicht einfach um irgendwelche Entscheidungsgrundlagen geht, sondern um solche, die über die Anzahl von Corona-Toten entscheiden sowie um solche, die den Fortgang der Gesamtwirtschaft bestimmen, finde ich das im Sinne vom öffentlichen Interesse schwierig."
7. Am 4. Dezember 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS-EFD dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
8. Am 14. Dezember 2020 stellte das GS-EFD dem Beauftragten die Verfahrensakten zu, nicht jedoch die Dokumente, zu welchen Zugang verlangt wurde, und erklärte: "Das EFD ist nicht in der Lage, die verlangten Akten vorzulegen. Diese umfassen das Dossier zu einem Geschäft des Bundesrates vom 18. November 2020 (Coronavirus). Das vom Gesuchsteller verlangte Dossier befindet sich nicht in den Händen des EFD, sondern in jenen der Bundeskanzlei. Als Akten des Mitberichtsverfahrens fallen die Dokumente zudem, wie in der Stellungnahme des EFD vom 27. November 2020 erläutert, nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes." Eine Kopie dieses an den Beauftragten gerichteten E-Mails sandte das GS-EFD an die BK. Auf eine weitergehende Stellungnahme verzichtete das GS-EFD.
9. Gleichentags ersuchte der Beauftragte die BK gestützt auf Art. 12b der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) um Klärung des Sachverhaltes und der Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuches und bat die BK auch um die Zustellung des Dossiers sowie des Dokumentes betreffend die Weiterleitung des Zugangsgesuches vom 21. November 2020 (siehe Ziffer 1) an das GS-EFD.
10. Mit E-Mail vom 15. Dezember 2020 sandte die BK dem Beauftragten neben einer Stellungnahme folgende Dokumente zu: Zugangsgesuch des Antragstellers vom 21. November 2020 an die BK, entsprechendes Weiterleitungs-E-Mail vom 25. November 2020 der BK an das GS-EFD (siehe Ziffer 1), Zugangsgesuch des Antragstellers vom 24. Oktober 2020 (Strategie des Bundesrats im Umgang mit der Eindämmung vom neuen Coronavirus) an die BK sowie das diesbezügliche Weiterleitungs-E-Mail der BK vom 25. November 2020 an das BAG. Zum Zugangsgesuch betreffend das BAG informierte die BK den Beauftragten wie folgt: "Dies sollte der Transparenz und der Vollständigkeit dienen, weil [der Antragsteller] diesen Zusammenhang in seinem Gesuch vom 21. November 2020 selber thematisierte." In der Stellungnahme an den Beauftragten vom 15. Dezember 2020 erklärte die



BK, es treffe zu, dass die vom GS-EFD erwähnten Geschäfte, wie alle anderen Bundesratsgeschäfte im Mitberichtsverfahren auch, sich bei der BK befänden, weil diese das Mitberichtsverfahren regle und zu diesem Zweck die Geschäftsdatenbank EXE-BRC betreibe. Das hiesse indes nicht, dass sich diese Dokumente ausschliesslich bei der BK befinden würden. Beim Mitberichtsverfahren handle es sich um den Entscheidfindungsprozess des Bundesrates, an welchem sämtliche Mitglieder des Bundesrates beteiligt seien. Die Zuständigkeit betreffend den Zugang zu den jeweiligen im Mitberichtsverfahren entstandenen amtlichen Dokumente liege jeweils bei denjenigen Departementen, welche die Dokumente verfasst hätten. Am 18. November 2020 hätte der Bundesrat fünf verschiedene Corona Geschäfte behandelt und aus dem Mailverkehr gehe nicht hervor, welches Geschäft genau gemeint sei. Vermutungsweise könnte es sich anhand der vorliegenden Informationen um das Geschäft "Coe" handeln: "Botschaft zu Änderungen des Covid-19-Gesetzes und des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes". Die BK führte weiter aus: "Dies ist das einzige Corona-Geschäft für die Bundesratssitzung vom 18. November 2020, bei welchem das EFD federführend war. Zuständig für den Entscheid über den Zugang zum Antrag des EFD ist hier u. E. das antragstellende EFD. Dieses hat über den Zugang zu seinem Antrag und zu seinen während des Mitberichtsverfahrens entstandenen Stellungnahmen zu entscheiden. Für die anderen Dokumente, welche die anderen Departemente erstellt haben, sind diese betreffend Zugang zuständig. Im Ergebnis würden indes alle beteiligten Departemente in Anwendung von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a BGÖ, der den Bundesrat vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausschliesst, zum Schluss kommen, dass die verlangten Dokumente des Bundesrates nicht unter das BGÖ fallen nicht zugänglich gemacht werden dürfen – analog der u. E. korrekten Stellungnahme des EFD vom 27. November 2020. Bei fraglichem Geschäft hat die BK als Stabstelle des Bundesrates einzig den *Bundesratsbeschluss* verfasst, der *nicht* Gegenstand des Gesuches ist, womit sich eine Zustellung an den EDÖB erübrigt. Dessen ungeachtet wäre der Bundesratsbeschluss als das Mitberichtsverfahren beschliessende Dokument nach Artikel 8 Absatz 1 BGÖ ohnehin nicht zugänglich. Dies gilt für sämtliche amtlichen Dokumente des Mitberichtsverfahrens. So lautet Artikel 8 Absatz 1 BGÖ klar: 'Es besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens.' Damit der EDÖB feststellen kann, ob der Bundesratsbeschluss zugänglich gemacht werden kann oder nicht, muss der Bundesratsbeschluss dem EDÖB somit nicht zugestellt werden. Allfällige andere Dokumente [die] vor dem Mitberichtsverfahren entstanden sind und beispielsweise Teil der Ämterkonsultation waren, können erst zugänglich gemacht werden, wenn der Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, definitiv getroffen ist (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Augenscheinlich geht aus dem Gesuch nicht genau hervor, welche amtliche Dokumente exakt verlangt werden. In der Sache bedauerlich ist, dass eine Präzisierung des Gesuchs nach Artikel 7 Absatz 3 VBGÖ von der Behörde aus verfahrensrechtlichen Gründen wohl nicht mehr verlangt werden kann." Eine Kopie dieses an den Beauftragten gerichteten E-Mails sandte die BK an das GS-EFD.

11. Bezugnehmend auf die Stellungnahme der BK teilte der Beauftragte mit E-Mail vom 15. Dezember 2020 dem GS-EFD gestützt auf die in Art. 20 BGÖ festgelegten Einsichts- und Auskunftsrechte des Beauftragten mit, die Frage, welche Dokumente nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich seien oder nicht, sei Streitgegenstand des hängigen Schlichtungsverfahrens, weshalb der Beauftragte um die Zustellung der fraglichen Dokumente ersuche. Sofern keine Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ bestünden, die sich auf das präzisierte Zugangsgesuch (E-Mail des Antragstellers vom 1. Dezember 2020) beziehen, solle dies dem Beauftragten glaubhaft dargelegt werden. In diesem Zusammenhang verwies der Beauftragte auf Art. 5 BGÖ, wonach der grundsätzliche Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach



Öffentlichkeitsgesetz nur existierende Dokumente betreffe (inkl. solche, die sich aufgrund eines einfachen elektronischen Vorhanges erstellen lassen).

12. Am 16. Dezember 2020 erklärte das GS-EFD dem Beauftragten: "Das EFD anerkennt, dass der EDÖB im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens auch Zugang zu Dokumenten hat, die der Geheimhaltung unterliegen. Dieses Recht ist jedoch aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips beschränkt: Der Anspruch besteht, soweit der Zugang notwendig ist, um eine Empfehlung abgeben zu können [...]. Diese Voraussetzung ist in Bezug auf die Akten des Mitberichtsverfahrens nicht erfüllt. Dies aus folgendem Grund: Die Akten des Mitberichtsverfahrens sind gemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ per se vom Zugang ausgeschlossen, eine inhaltliche Prüfung ist zur Beurteilung des Zugangsanspruchs nicht notwendig. Das EFD verweigert aus diesen Gründen die Herausgabe des Dossiers des Mitberichtsverfahrens zur 'Botschaft zu Änderungen des Covid-19-Gesetzes und des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes' (EXE-Nr. 2020.2742). Das EFD hält im Übrigen an seiner Stellungnahme vom 27. November 2020 fest. "Das Gesuch des Antragstellers beziehe sich auf Verhandlungen des Bundesrates, die nach Art. 21 RVOG nicht öffentlich seien. Der Antragsteller halte zwar fest, dass er nicht um Zugang zur Diskussion und zum Entscheid des Bundesrates ersuche, sondern um Zugang zu den Dokumenten, auf die er sich bei seinem Entscheid gestützt habe. Es sei aber nicht ersichtlich, auf welche Akten ausserhalb des Mitberichtsverfahrens sich das Gesuch beziehen könnte. "Das Gesuch [des Antragstellers] um Zugang zu Dokumenten der Verhandlungen des Bundesrates ist also abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist." Eine Kopie dieses an den Beauftragten gerichteten E-Mails sandte das GS-EFD an die BK.
13. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des GS-EFD 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

14. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der BK eingereicht, welches dieses Zuständigkeitshalber an das GS-EFD weiterleitete. Das GS-EFD verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (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).
15. 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 zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



B. Materielle Erwägungen

16. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.²
17. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes hat ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden. Seither liegt es nicht mehr im freien Ermessen der Behörde, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will oder nicht.³ Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ wird vielmehr jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Gemäss Öffentlichkeitsgesetz besteht jedoch eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 oder ein spezieller Fall nach Art. 8 Abs. 1-4 BGÖ erfüllt sind. Mislingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁴ Gemäss Art. 2 gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung, nicht jedoch für den Bundesrat als politische Kollegialbehörde (siehe Ziffer 20).
18. Das GS-EFD verweigert dem Antragsteller den Zugang zu den mit dem Zugangsgesuch ersuchten Dokumenten mit dem Argument, dass die Dokumente der Verhandlungen des Bundesrates nicht öffentlich seien, und erklärt zudem: "Dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen ist auch die Information, welche Dokumente Bestandteil eines Bundesratsantrags sind und damit als Grundlage für den Entscheid des Bundesrates dienen."
19. Das GS-EFD macht im Schlichtungsverfahren geltend, es sei nicht ersichtlich, auf welche Akten ausserhalb des Mitberichtsverfahrens sich das Zugangsgesuch beziehe (Ziffer 12), und impliziert damit, das Zugangsgesuch erlaube die Identifikation der verlangten Dokumente nicht (Art. 7 Abs. 2 VBGÖ). Aufgrund der vom GS-EFD eingereichten Unterlagen ist indes davon auszugehen, dass es zum Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuches die verlangten Dokumente identifizieren konnte, zumal es vom Antragsteller keine Präzisierung gemäss Art. 7 Abs. 3 VBGÖ verlangt hatte. Im Übrigen sei daran erinnert, dass einer Behörde hierbei auch eine Unterstützungsplicht zukommt (Art. 6 Abs.1 BGÖ i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VBGÖ).⁵ Demzufolge erachtet der Beauftragte das Zugangsgesuch als inhaltlich hinreichend genau formuliert, um die vor resp. nach der Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellten amtlichen Dokumente zu identifizieren.⁶
20. Der Bundesrat bildet in seiner Gesamtheit die Regierung und ist die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eigenossenschaft (Art. 1 RVOG). Er trifft seine Entscheide als Kollegium (Art. 12 RVOG). Zwar leitet der Bundesrat die Bundesverwaltung. Er ist aber als eigenständige Behörde nicht Teil der Verwaltung. Als solche, d.h. als politisches Organ, untersteht der Bundesrat und sein Regierungshandeln daher nicht dem Öffentlichkeitsgesetz (e contrario Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Was die einzelnen Bundesräte und Bundesrätinnen betrifft, muss allerdings unterschieden werden, ob sie als Mitglieder des Bundesrats handeln oder als Departementsvorsteher oder -vorsteherin und somit als Chef oder Chefin der Verwaltung. Handelt der Bundesrat oder die Bundesrätin als Mitglied des Gesamtbundesrats, unterliegt er

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

³ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

⁴ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

⁵ MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz 16; COSSALI SAUVAIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 20 Rz 8.

⁶ HÄNER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 32 ff.



nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. Handelt ein Bundesrat oder eine Bundesrätin als Chef oder Chefin der Verwaltung, so untersteht er oder sie dem Öffentlichkeitsgesetz. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein Bundesrat oder Bundesrätin einen Bürgerbrief beantwortet oder wenn ein Bundesrat oder eine Bundesrätin einem Amtsdirektor eine handschriftliche Notiz mit einem bestimmten Auftrag übermittelt.⁷

21. Der Bundesrat fasst gemäss Art. 3 RVOG seine Beschlüsse in der Regel gestützt auf schriftliche Anträge und nach abgeschlossenem Mitberichtsverfahren. Nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Zweck der Verweigerung des Zugangs ist die Wahrung des Kollegialitätsprinzips im Sinne von Art. 12 RVOG sowie der freien Willensbildung des Bundesrates.⁸ Der Ausschluss des Rechts auf Zugang zu diesen Dokumenten ist endgültig.⁹
22. Als Mitberichtsverfahren wird der letzte Verfahrensschritt vor einem Entscheid des Bundesrats bezeichnet. Es sieht vor, die Geschäfte, welcher der Bundesrat zu beschliessen hat, dessen Mitgliedern zum Mitbericht resp. zur Stellungnahme vorzulegen. Das Mitberichtsverfahren beginnt gemäss Art. 5 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) *mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement*, d.h. mit dem vom Departementschef oder der Departementschefin unterzeichnetem Antrag. Diesen *unterzeichneten Bundesratsantrag* überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss). Es umfasst sämtliche *während seiner Dauer erstellten Dokumente*, welche der Vorbereitung eines Entscheides an den Bundesrat dienen, einschliesslich persönlicher Aufzeichnungen der Bundesratsmitglieder, ihrer Beraterinnen und Berater sowie weiterer Mitarbeitenden sowie die gesamte in diesem Zusammenhang erfolgte Kommunikation zwischen den Departementen und dem Bundesrat hinsichtlich des Entscheidfindungsprozesses. Das Öffentlichkeitsprinzip findet also auf amtliche Dokumente, die zur Vorbereitung der Entscheide des Bundesrates dienen, keine Anwendung.¹⁰
23. Anlagen resp. Beilagen zu einem Antrag eines Departementschefs oder einer Departementschefin an den Bundesrat, die *vor der Eröffnung eines Mitberichtsverfahrens entstanden* sind, gelten nicht als Dokumente des Mitberichtsverfahrens bzw. des bundesrätlichen Entscheidungfindungsprozesses. Deren Offenlegung verletzt daher nicht das Kollegialitätsprinzip des Bundesrates. Dies auch deshalb, weil sie gemäss Rechtsprechung im Regelfall keine Rückschlüsse auf den Meinungs- und Willensbildungsprozess *innerhalb des Bundesrates* zulassen.¹¹ Das grundsätzliche Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Ämterkonsultationen betreffen, besteht indessen erst nach dem Entscheid des Bundesrates. Mit dieser Lösung wird gewährleistet, dass die freie Meinungs- und Willensbildung der Exekutive nicht beeinträchtigt wird.¹²

⁷ Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziffer 2.2.2.

⁸ HÄNER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 8 N 2 mit Hinweis auf Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013.

⁹ BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2.

¹⁰ Urteil des BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.1f.

¹¹ Urteil des BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.5 mit Hinweis auf BGE 136 II 399 E. 2.3.2f.

¹² BBI 2003 2014 f.



24. Es liegt im Ermessen des Bundesrates, Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens ausnahmsweise auch nach seinem Entscheid vom Zugangsrecht auszunehmen (Art. 8 Abs. 3 BGÖ). Der Beschluss über die Ausnahme von der Zugänglichkeit amtlicher Dokumente wird mit dem Beschluss zur Hauptsache gefasst und muss im Beschlussdispositiv vorgesehen sein.¹³
25. Der Anspruch nach Art. 6 BGÖ hängt davon ab, ob die verlangten Dokumente als amtliche Dokumente i.S. von Art. 5 BGÖ gelten. Es kann strittig sein, ob Dokumente überhaupt existieren oder ob ein Dokument die in Art. 5 definierte Qualität aufweist. Es gehört somit zu den Aufgaben des Beauftragten nicht nur zu prüfen, ob die Behörde das Gesuch um Zugang zu Dokumenten rechtskonform behandelt hat, sondern auch, ob sie dies angemessen getan haben (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ). Zur Prüfung der Dokumentenqualität muss sich der Beauftragte selber ein vollständiges Bild über alle verfügbaren Dokumente machen können, die im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch stehen. Daher liegt es nicht im Ermessen der Verwaltungsbehörde zu bestimmen, in welche Dokumente sie dem Beauftragten Einsicht gewährt. Art. 12 Abs. 1 Bst. b VBGÖ, eine Ausführungsbestimmung des Art. 20 BGÖ, hält fest, dass die Behörden dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren die erforderlichen Dokumente zuzustellen haben. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Beauftragten umfassen damit alle in Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren stehenden Dokumente. Gemäss Lehre kann der Zugang dem Beauftragten auch dann nicht verwehrt werden, wenn die Frage strittig ist, ob das Dokument in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. Im Zweifel muss dem Beauftragten der Zugang gewährt werden.¹⁴
26. Das GS-EFD stellte dem Beauftragten keine das Zugangsgesuch betreffende Dokumente zu. Es erklärte, es erkenne zwar, dass der Beauftragte im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens auch Zugang zu Dokumenten habe, die der Geheimhaltung unterliegen. Dieses Recht sei jedoch aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips beschränkt. Der Anspruch bestehe nur soweit der Zugang notwendig sei, um eine Empfehlung abgeben zu können. Diese Voraussetzung sei *in Bezug auf die Akten des Mitberichtsverfahrens* nicht erfüllt, da diese per se vom Zugang ausgeschlossen seien und daher eine inhaltliche Prüfung zur Beurteilung des Zugangsanspruchs nicht notwendig sei. Aufgrund dessen beantragte das GS-EFD, dass das Gesuch um Zugang zu Dokumenten der Verhandlungen des Bundesrates abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (siehe Ziffer 12).
27. Zwar steht, wie das GS-EFD ausführt, in der deutschen Fassung der Botschaft¹⁵ zu Art. 20 BGÖ, dass aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips der Beauftragte so weit Zugang zu Dokumenten hat, als notwendig ist, um eine Empfehlung abzugeben. An gleicher Stelle wird allerdings festgehalten, dass der Beauftragte uneingeschränkten Zugang zu den verlangten Unterlagen hat. Weniger klar ist diesbezüglich der Text der französischen Fassung der Botschaft¹⁶. In Artikel 20 hat der Gesetzgeber die Informationsrechte des Beauftragten für alle amtlichen Dokumente und ausdrücklich auch jene für anwendbar erklärt, die der Geheimhaltung unterliegen. Gleichzeitig hat er den Beauftragten und dessen Personal strikten Amtsgeheimnispflichten unterstellt. Damit wird klar, dass kein Raum für die Verwaltung bestehen kann, amtliche Dokumente unter Berufung auf Geheimhaltungsinteressen oder

¹³ Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziffer 5.1.3. MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 41ff.

¹⁴ [Kommentar des BJ zur Teilrevision VBGÖ](#), Art. 12 b VBGÖ, (zuletzt besucht am 21. Januar 2021), S. 2f.; COSSALI SAUVAIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 20 Rz 5ff.; SCHWEGLER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz SK BGÖ), 3. Auflage, Basel 2014, Art. 20 Rz 17.

¹⁵ BBI 2003 2031.

¹⁶ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1972.



andere Kriterien wie den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes vorfrageweise der Überprüfung des Beauftragten zu entziehen. Könnte die beweisbeschwerde Verwaltung (siehe Ziffer 18) vorfrageweise *nach eigenem Ermessen die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes bestimmen, wäre der Beauftragte* letztlich nicht mehr in der Lage ist, seinen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen.¹⁷

28. Aus den Akten ergibt sich nicht, dass das GS-EFD das Bestehen von amtlichen Dokumenten im Sinne von Art. 5 BGÖ in Abrede stellt. Vielmehr beruft es sich einzig allgemein auf den Spezialfall von Art. 8 Abs. 1 BGÖ und zeigte damit im Schlichtungsverfahren nicht auf, ob die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente tatsächlich Teil des Mitberichtsverfahrens oder Teil des Ämterkonsultationsverfahrens waren. Auch erklärte es nicht, dass allenfalls Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens ausnahmsweise durch einen Bundesratsbeschluss vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen wurden (siehe Ziffer 22 ff.).
29. Das GS-EFD verweigerte dem Beauftragten unberechtigterweise die Zustellung der streitgegenständlichen Dokumente. Damit verunmöglichte es ihm, die Dokumentenqualität nach Art. 5 BGÖ und das Vorliegen eines der Spezialfälle von Art. 8 BGÖ zu überprüfen. Mit anderen Worten konnte der Beauftragte im Schlichtungsverfahren aufgrund der fehlenden Mitwirkung des GS-EFD somit weder klären, ob erst *nach* der Eröffnung des Mitberichtsverfahrens entsprechende Dokumente erstellt wurden, welche zweifelsfrei nicht zugänglich wären (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), noch, dass Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens ausnahmsweise in den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 BGÖ fallen.
30. *Fazit: Das GS-EFD wollte im Schlichtungsverfahren weder belegen noch nachweisen, dass ein Spezialfall nach Art. 8 BGÖ besteht. Indem es dem Beauftragten die Einsicht in die fraglichen Dokumente verweigerte, hinderte es diesen zu prüfen, ob die Voraussetzung für das Vorliegen eines Spezialfalls nach Art. 8 BGÖ gegeben sind.*

Mit dem gewählten Vorgehen vermochte das GS-EFD die gesetzliche Vermutung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz (Art. 6 BGÖ, Ziffer 18) nicht zu widerlegen.

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

31. Das GS-EFD gewährt den vollständigen Zugang zu den Dokumenten, welche die vom Antragsteller ersuchten Informationen beinhalten, da es das Vorliegen eines Spezialfallen nach Art. 8 BGÖ weder belegt noch nachgewiesen hat.
32. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim GS-EFD 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).
33. Das GS-EFD erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
34. Das GS-EFD erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

¹⁷ BRUNNER/MADER, in: Handkommentar BGÖ, Einleitung Rz 39.



35. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
36. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X.
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Generalsekretariat EFD
3003 Bern
37. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - (A-Post)
Bundeskanzlei
3003 Bern

Adrian Lobsiger