



Bern, 12. Dezember 2022

## **Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

### **im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X. \_\_  
(Antragstellerin)**

**und**

**Bundeskanzlei BK**

#### **I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Die Antragstellerin (Privatperson) hat am 7. Januar 2021 beim Schweizerischen Bundesarchiv BAR unter anderem um Einsicht in folgende Dossiers ersucht:
  - Dossier E1004-03#2014/154#115\*: EJPD. Inkraftsetzung des revidierten Artikels 41 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG) infolge der parlamentarischen Initiative Lustenberger. Änderung des Bürgerrechtsgesetzes. Fristausdehnung für die Nichtigerklärung (Dossier) und
  - Dossier E1004-03#2017/96#1463\*: EJPD. 14.3382 Po. Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR v. 15.5.2014 Bilanz über die Umsetzung des Rechts auf Anhörung nach Artikel 12 der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen in der Schweiz.
2. Am 15. Februar 2021 teilte das BAR der Antragstellerin mit, dass die Bundeskanzlei BK als zuständige Verwaltungsstelle mit Schreiben vom 9. Februar 2021 dem Gesuch insb. in Bezug auf die unter Ziffer 1 erwähnten Dossiers gestützt auf die Bestimmungen von Art. 18 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung, VBGA; SR 152.11) nicht entsprochen habe und die Einsicht verweigere.
3. Am 17. Januar 2022 gelangte die Antragstellerin erneut ans BAR und bat um Beurteilung des Zugangsgesuchs durch die BK nach den Vorgaben des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3). In der E-Mail vom 15. Februar 2021 sei ihr die Einsichtnahme nur gestützt auf das Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA; SR 152.1) verweigert worden, wohingegen eine Beurteilung nach dem Öffentlichkeitsgesetz gefehlt habe.

4. Am 24. Januar 2022 teilte das BAR der Antragstellerin mit, ihr Zugangsgesuch sei durch die BK sowohl nach den Vorgaben des Archivierungsgesetzes wie auch nach denjenigen des Öffentlichkeitsgesetzes beurteilt worden; allerdings habe das BAR der Antragstellerin diesen Teil der Stellungnahme nicht weitergeleitet. Gleichzeitig übermittelte das BAR der Antragstellerin den Inhalt der Stellungnahme der BK betreffend die Beurteilung nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in welcher die BK ausführte, in den angebehrten Dossiers seien Unterlagen aus dem Mitberichtsverfahren enthalten. Dabei sei zu beachten, dass einerseits der Bundesrat als Kollegialbehörde nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen sei und andererseits nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ "kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens" bestehe. Folglich führe die Beurteilung des Gesuchs nach Öffentlichkeitsgesetz zum Ergebnis, dass der Zugang zu den verlangten Dossiers nicht gewährt werden könne.
5. Am 24. Januar 2022 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Die Antragstellerin brachte darin insbesondere vor, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Dossiers zwar Unterlagen aus dem Mitberichtsverfahren und amtliche Dokumente des Bundesrates enthalten würden. Die BK lege jedoch nicht mit der erforderlichen Begründungsdichte dar, dass es sich ausschliesslich um solche handle.
6. Mit Schreiben vom 25. Januar 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages.
7. Am 26. Januar 2022 forderte der Beauftragte die BK dazu auf, vorerst eine Kopie des Zugangsgesuchs, die Stellungnahme der BK vom 9. Februar 2021, allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme zur Zugangsverweigerung einzureichen.
8. Am 3. Februar 2022 stellte die BK dem Beauftragten die Stellungnahme der BK vom 9. Februar 2021 zu.
9. Am 8. Februar 2022 forderte der Beauftragte das BAR dazu auf, eine Kopie des Zugangsgesuchs, die Stellungnahmen des BAR vom 15. Februar 2021 und 24. Januar 2022 an die Antragstellerin sowie allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch einzureichen. Gleichentags reichte das BAR dem Beauftragten die verlangten Dokumente ein.
10. Am 19. April 2022 forderte der Beauftragte die BK dazu auf, Kopien aller vom Zugangsgesuch mitumfassten Dokumente – inklusive jener Unterlagen, die nach Ansicht der BK keine amtlichen Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes sind oder nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen – einzureichen.
11. Mit Schreiben vom 20. April 2022 informierte der Beauftragte die Antragstellerin darüber, dass vorliegend auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde, sie im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhalte (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]). In der entsprechenden Stellungnahme vom 1. Mai 2022 machte die Antragstellerin insbesondere geltend, dass der Verweis auf das EJPD im Dossier-Titel darauf hinweise, dass die Zuständigkeit für die Bearbeitung der Thematik nicht beim Bundesrat, sondern beim EJPD und damit bei der Bundesverwaltung gelegen habe. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass sich in diesen Dossiers amtliche Dokumente befänden, die gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz zugänglich gemacht werden könnten. Aufgrund des lediglich pauschalen Verweises auf das Mitberichtsverfahren resp. auf den Bundesrat sei eine Überprüfung, ob die vollständige Zugangsverweigerung gerechtfertigt sei, nicht möglich.
12. Mit E-Mail vom 29. April 2022 teilte die BK dem Beauftragten mit, das Zugangsgesuch betreffe "[...] einzig Unterlagen des Bundesrates, welcher gemäss Internetseite des EDÖB «als Exekutivorgan» «vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen» ist (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ im Umkehrschluss). Dieser formelle Aspekt wird unabhängig vom Inhalt der Dokumente beurteilt. Eine materielle Prüfung entfällt aber vorliegend ohnehin, weil die formelle Prüfung zum Schluss kommt, dass es um Dokumente einer vom BGÖ nicht erfassten Behörde (Bundesrat)

geht." Zudem handle es sich nicht um amtliche Dokumente der BK, sondern – wenn schon – des EJPD. Ausserdem seien die Dokumente weder im Besitz des EJPD noch der BK, sondern des BAR.

13. Am 16. Mai 2022 wandte sich der Beauftragte mit einer E-Mail gleichzeitig an die BK, das EJPD sowie das BAR und hielt vorab fest, dass dem Beauftragten bis anhin keine das Zugangsgesuch betreffenden amtliche Dokumente zugestellt worden seien. Art. 12 Abs. 1 Bst. b VBGÖ, eine Ausführungsbestimmung des Art. 20 BGÖ, halte fest, dass die Behörden dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren die erforderlichen Dokumente zuzustellen haben. Ohne Einsicht in entsprechende Dokumente werde es dem Beauftragten verunmöglicht, seine ihm durch das Öffentlichkeitsgesetz zugewiesenen Aufgaben pflichtgemäss zu erfüllen. Der Beauftragte ersuchte die für das vorliegende Verfahren zuständige Behörde um Zustellung der für die Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches erforderlichen Dokumente.
14. Am 17. Mai 2022 teilte das BAR dem Beauftragten mit, dass es als Behörde mit physischem Besitz der betreffenden Unterlagen die Einsicht in diese sicherstellen könne, dafür jedoch die kurze Einverständniserklärung der aktenproduzierenden (abliefernden) Stelle als materiell für die Unterlagen zuständige Stelle benötige. Gleichentags führte die BK in einer E-Mail an den Beauftragten aus, "[...] dass die BK vorliegend gemäss BGA als an das BAR abliefernde Stelle formell zuständig [ist]."
15. Am 4. August 2022 teilte die BK dem Beauftragten mit, dass es für das EJPD in Ordnung sei, wenn die BK dem BAR "[...] das Einverständnis für eine Einsicht des EDÖB in die fraglichen Unterlagen erteilt."
16. Am 17. August 2022 wurde dem Beauftragten Einsicht in die beiden verlangten Dossiers (vgl. Ziffer 1) gewährt.
17. Auf die weiteren Ausführungen der BK und der Antragstellerin 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**

18. Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAR ein, welches dieses zuständigkeitshalber an die BK weiterleitete. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ).
19. Die BK brachte in ihrer Stellungnahme vom 3. Februar 2022 vor, die Frist von 20 Tagen für die Einreichung eines Schlichtungsantrags gemäss Art. 13 Abs. 2 BGÖ sei von der Antragstellerin nicht eingehalten worden.
20. Gemäss Art. 13 Abs. 2 BGÖ ist der Schlichtungsantrag dem Beauftragten innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme oder nach Ablauf der der Behörde für die Stellungnahme zur Verfügung stehenden Frist schriftlich zu stellen.
21. Die Stellungnahme der BK zum Zugangsgesuch wurde von dieser am 9. Februar 2021 an das BAR versandt. Erst nachdem sich die Antragstellerin erneut an das BAR gewandt hatte (siehe Ziffer 3), leitete das BAR die Stellungnahme der BK am 24. Januar 2022 an die Antragstellerin weiter. Das Öffentlichkeitsgesetz stellt für die Bemessung der Frist zur Einreichung eines Schlichtungsantrags vorab auf den Empfang der Stellungnahme der Behörde ab. Aus der dem Beauftragten vorliegenden Korrespondenz zwischen der Antragstellerin, dem BAR und der BK ist ersichtlich, dass die ablehnende Stellungnahme der BK der Antragstellerin erst am 24. Januar 2022 zugegangen und diese gleichentags mit einem Schlichtungsantrag an den Beauftragten gelangt ist. Soweit die BK vorbringt, die Frist für das Einreichen eines Schlichtungsantrags sei vorliegend nicht eingehalten, ist nicht hinreichend dargelegt, dass die Antragstellerin die Stellungnahme der BK nicht am 24. Januar 2022 empfangen hat resp. inwiefern mit dem am selben Tag beim Beauftragten eingereichten Schlichtungsantrag die 20-tägige Frist gemäss Art. 13 Abs. 2 BGÖ

nicht eingehalten ist. Schliesslich lässt sich aus dem Umstand der Nicht-Weiterleitung resp. der erst aufgrund erneuter Nachfrage der Antragstellerin erfolgten Weiterleitung der Stellungnahme der BK durch das BAR nichts zu Ungunsten der Antragstellerin ableiten.

22. Der Beauftragte kommt damit zu folgendem Zwischenergebnis: Der Schlichtungsantrag wurde fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) und formgerecht (einfache Schriftlichkeit) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
23. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>1</sup> 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.

## **B. Materielle Erwägungen**

24. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuchs durch die Behörde.<sup>2</sup>
25. Das vorliegend zu beurteilende Zugangsgesuch richtet sich auf im Bundesarchiv archivierte Unterlagen, welche nach Angaben des BAR einer Schutzfrist von 30 Jahren nach Art. 9 BGA unterstehen. Folglich stellt sich vorab die Frage, ob das Öffentlichkeitsgesetz für den Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten während laufender Schutzfrist gemäss Archivierungsgesetz anwendbar ist.
26. Der Gesetzgeber hat sich nicht ausdrücklich zum Umgang mit amtlichen Dokumenten i.S. des Öffentlichkeitsgesetzes nach dem Zeitpunkt ihrer Archivierung geäussert, weswegen sowohl für die materielle wie auch für die formelle Koordination von Archivierungs- und Öffentlichkeitsgesetz keine verbindlichen Vorgaben existieren. Der in der allgemeinen Koordinationsbestimmung von Art. 4 BGÖ festgehaltene Vorbehalt von Spezialbestimmungen soll das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes und denjenigen Bestimmungen des Bundesrechts klären, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder die für den Zugang zu amtlichen Dokumenten eine abweichende Regelung vorsehen.<sup>3</sup> Aus den Bestimmungen des Archivierungsgesetzes und insbesondere unter Beachtung des mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes einhergehenden Paradigmenwechsels ergeben sich nach Ansicht des Beauftragten keine Anhaltspunkte, dass diese Bestimmungen – soweit sie die Einsichtnahme in Archivgut während der Schutzfrist betreffen – Vorbehalte i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellen. Schliesslich finden sich weder im Öffentlichkeitsgesetz noch in den Materialien Hinweise, wonach die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf archivierte, unter Schutzfrist stehende amtliche Dokumente eingeschränkt ist. Folglich ist ein gesetzgeberischer Wille, den Zugang zu vormals grundsätzlich zugänglichen amtlichen Dokumenten infolge Archivierung einzuschränken, nicht ersichtlich. Schliesslich ist festzuhalten, dass keine der beteiligten Behörden Gegenteiliges vorgebracht hat.
27. Im Ergebnis ist das Öffentlichkeitsgesetz nach Ansicht des Beauftragten auf archivierte und unter Schutzfrist stehende amtliche Dokumente anwendbar. Infolgedessen hat der Beauftragte im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nach dem Öffentlichkeitsgesetz – im Anwendungs- resp. Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes – nur, aber immerhin die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuchs zu archivierten und unter Schutzfrist stehenden amtlichen Dokumenten durch die Behörde (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ) aufgrund und gestützt auf die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen.
28. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten im durch das Zugangsgesuch (vgl. Ziffer 1) definierten Umfang.

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

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

<sup>3</sup> COTTIER, Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 3.

29. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>4</sup> Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.<sup>5</sup> Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>6</sup>
30. Die BK macht im Rahmen ihrer Stellungnahme an den Beauftragten vom 29. April 2022 geltend, dass es sich vorliegend "[...] nicht um amtliche Dokumente der BK, sondern – wenn schon – des EJPD [...]" handle. Weiter seien die Dokumente "[...] weder im Besitz des EJPD noch der BK, sondern des BAR." In der Stellungnahme vom 17. Mai 2022 ergänzt die BK, sie selbst gelte "[...] vorliegend lediglich für den Bundesratsbeschluss als «Erstellerin» und ist betr. Bundesratsbeschluss materiell zuständig. Auch nach BGÖ wäre das EJPD materiell für die von ihm erstellten Dokumente zuständig. Da die Dokumente aber physisch nicht beim EJPD, sondern beim BAR vorhanden sind, bleibt die BK formell als abliefernde Stelle zuständig."
31. Weiter bringt die BK in ihrer Stellungnahme gegenüber der Antragstellerin im Rahmen des Zugangsgesuchsverfahrens vor, in "[...] den angebehrten Dossiers sind Unterlagen aus dem Mitberichtsverfahren enthalten." Der Zugang zu den mit dem Zugangsgesuch ersuchten Dokumenten wird von der BK einerseits mit dem Argument verweigert, der Bundesrat sei als Kollegialbehörde nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ im Umkehrschluss vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen. Andererseits bestehe nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. In den Stellungnahmen an den Beauftragten wiederholt die BK diese Vorbringen.
32. Der Bundesrat bildet in seiner Gesamtheit die Regierung und ist die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eigenossenschaft (Art. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG; SR 172.010]). 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 (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario). Was die einzelnen Bundesrätinnen und Bundesräte betrifft, muss allerdings unterschieden werden, ob sie als Mitglieder des Bundesrats handeln oder als Departementsvorsteherin oder -vorsteher und somit als Chefin oder Chef der Verwaltung. Handelt die Bundesrätin oder der Bundesrat als Mitglied des Gesamtbundesrats, unterliegt sie oder er nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. Handelt ein Bundesrat oder eine Bundesrätin als Chefin oder Chef der Verwaltung, so untersteht sie oder er dem Öffentlichkeitsgesetz. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Bundesrätin oder ein Bundesrat einen Bürgerbrief beantwortet.<sup>7</sup>
33. Der Bundesrat fasst gemäss Art. 3 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) 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.<sup>8</sup> Der Ausschluss des Rechts auf Zugang zu diesen Dokumenten ist endgültig.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> BGE 142 II 340 E. 2.2.

<sup>5</sup> Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

<sup>6</sup> Urteil des BVerger A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

<sup>7</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziffer 2.2.2.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> BVerger A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2.

34. 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 Abs. 1bis RVOV mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement. Diesen unterzeichneten Bundesratsantrag überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss).
35. Die Begrifflichkeit der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ stimmt mit der Legaldefinition des Mitberichtsverfahrens nach RVOG überein, betrifft aber gemäss Rechtsprechung nur einen Teil desselben. Die Ausnahme nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ umfasst sämtliche während der Dauer des Mitberichtsverfahrens erstellten Dokumente, welche der Vorbereitung eines Entscheids des Bundesrats dienen, wie Mitberichte der anderen Departemente und den nachfolgenden Briefwechsel einschliesslich der formellen Vorschläge, die von konsultierten Stellen ausgehen,<sup>10</sup> einschliesslich der Entwürfe, die im Zuge des Mitberichtsverfahrens zu Mitberichten, Repliken und Dupliken erarbeitet werden. Unter die Ausnahme fallen weiter die persönlichen Aufzeichnungen der Bundesratsmitglieder, ihrer Beraterinnen und Berater sowie weiterer Mitarbeitenden.<sup>11</sup>
36. Von der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht erfasst und somit nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes grundsätzlich zugänglich sind sämtliche Dokumente, die vor dem Beginn des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden und deren Inhalt über den Meinungs- und Willensbildungsprozess bzw. die Entscheidungsfindung des Bundesratskollegiums keinen Aufschluss gibt. Dies betrifft insbesondere Beilagen zum unterzeichneten Bundesratsantrag,<sup>12</sup> die vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden, sowie den fertig gestellten, nicht unterzeichneten Entwurf des Bundesratsantrags inkl. Beilagen. Nicht unter Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen ausserdem amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens,<sup>13</sup> ein auf Verlangen der Departementschefin oder des Departementschefs oder des Generalsekretariats angepasster Antragsentwurf und Dokumente, die der Vorsteher oder die Vorsteherin des Departements zur Korrektur an das Amt zurückschickt.<sup>14</sup>
37. Die Einsicht in die verlangten Dokumente erlaubt es dem Beauftragten, die Vorbringen der Behörde zu prüfen und eine entsprechende Beurteilung abzugeben. Dabei zeigt sich vorliegend, dass es sich bei den dem Beauftragten zugänglich gemachten Dokumenten teilweise um Dokumente des Mitberichts im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 35 f. hiervor) handelt. Da kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), kann die BK, die sich bis anhin als formell zuständig erachtet (Ziffer 30), an der Zugangsverweigerung zu Dokumenten des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung festhalten. Soweit die Zuständigkeit nicht bei der BK liegt, leitet sie das Gesuch zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter (vgl. dazu auch Ziffer 39 ff. hiernach).
38. Zu beurteilen bleibt der Zugang zu denjenigen amtlichen Dokumenten, welche nicht im Sinne der Rechtsprechung zum Mitberichtsverfahren hinzuzurechnen und folglich nach dem Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich zugänglich sind. Diesbezüglich ist vorerst die Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zu beurteilen, für welche Art. 10 Abs. 1 BGÖ einschlägig ist.
39. Ein Zugangsgesuch ist nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ an die Behörde zu richten, die das amtliche Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin

<sup>10</sup> Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3.

<sup>11</sup> Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVerger A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2, A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25.

<sup>12</sup> Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25.

<sup>13</sup> Dies ergibt sich e contrario aus Art. 8 Abs. 3 BGÖ, wonach der Bundesrat ausnahmsweise beschliessen kann, dass Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens auch nach der Beschlussfassung nicht zugänglich sind (vgl. BJ/EDÖB FAQ Ziff. 5.1.3); vgl. auch Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 m.H.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVerger A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.1 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz und Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 4.2.1.

erhalten hat. Erachtet sich eine Behörde für die Bearbeitung eines bei ihr eingereichten Zugangsgesuches als nicht zuständig, gebietet bereits das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Artikel 8, dass sie die Sache ohne Verzug an die zuständige Behörde verweist. Befindet die Behörde ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, so pflegt sie darüber ohne Verzug einen Meinungsaustausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt. Weiter hält die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz<sup>15</sup> explizit fest: "Wurde das Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten." In der Öffentlichkeitsgesetzgebung sieht Art. 11 VBGÖ verschiedene Anwendungsfälle bei Zuständigkeitskonflikten vor.

40. Aus den dem Beauftragten vorliegenden Dokumenten geht hervor, dass die BK vorliegend nicht Erstellerin derjenigen amtlichen Dokumente ist, die nicht zum Mitberichtsverfahren im durch die Rechtsprechung definierten Sinn gehören. Gleiches ergibt sich aus der Stellungnahme der BK, wonach "[...] nach BGÖ [...] das EJPD materiell für die von ihm erstellten Dokumente zuständig [wäre]." Da die BK nicht Erstellerin dieser Dokumente und damit nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ nicht für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig ist, hat sie das Gesuch in diesem Umfang zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Stelle(n) weiterzuleiten.
41. Keine der beteiligten Behörden beruft sich vorliegend auf die Bestimmungen von Art. 11 VBGÖ. Die Federführung für die Erstellung der Dokumente der betreffenden Bundesratsgeschäfte liegt nur bei der BK, soweit es ihre eigenen Geschäfte betrifft, was hier nicht zutreffend ist. Die Zuständigkeit für die Durchführung des Mitberichtsverfahrens ist von derjenigen für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen nach dem Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 10 Abs. 1 BGÖ zu unterscheiden.
42. Soweit sich die BK selbst als formell zuständig erachtet, verweist sie dafür auf das Archivierungsgesetz (vgl. Ziffer 14). Für das vorliegende Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten und entsprechend auch für das Schlichtungsverfahren sind die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der Öffentlichkeitsverordnung massgebend. Das Öffentlichkeitsgesetz enthält – soweit ersichtlich – keine Bestimmung, welche die Koordination im Allgemeinen resp. von Art. 10 Abs. 1 BGÖ mit dem Archivierungsgesetz regelt. Hinweise, dass die Regelung des Archivierungsgesetzes den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes vorgeht, werden von der BK nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Schliesslich berücksichtigen die Ausführungen in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz, wonach nach der Übergabe der Dokumente an das Bundesarchiv "wie bisher" die abliefernde Behörde auf Antrag des Bundesarchivs über den Zugang entscheidet<sup>16</sup>, die vorliegende Konstellation – Auseinanderfallen der Rollen der Dokumentenerstellung und der Ablieferung - nicht<sup>17</sup> und vermögen die in Art. 10 Abs. 1 BGÖ festgelegte Zuständigkeit nicht zu verdrängen.
43. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: *Mit Einsicht in die Dossiers ist für den Beauftragten hinreichend dargetan, dass es sich bei den verlangten Dokumenten teilweise um amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 35) handelt. In diesem Umfang besteht kein Recht auf Zugang (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), weshalb die BK nach Auffassung des Beauftragten an der Zugangsverweigerung festhalten kann, soweit die Zuständigkeit bei der BK liegt; andernfalls leitet sie das Gesuch zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter. Für diejenigen amtlichen Dokumente, welche nicht im Sinne der Rechtsprechung zum Mitberichtsverfahren hinzuzurechnen sind (vgl. Ziffer 36), ist die BK nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ nicht für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig. Da die Anwendbarkeit abweichender Zuständigkeitsbestimmungen nicht belegt und auch nicht ersichtlich ist, leitet die BK das Gesuch in diesem Umfang zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter und informiert die Antragstellerin darüber.*

---

<sup>15</sup> BBI 2003 2019.

<sup>16</sup> BBI 2003 1978.

<sup>17</sup> Der diesen Ausführungen angefügten Verweis "Art. 10 Abs. 1 BGÖ i.V.m. Art. 13 BGA" ist für diesen Fall widersprüchlich, da die Anwendung der beiden Bestimmungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis führt.

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

44. Die Bundeskanzlei kann an der Zugangsverweigerung zu amtlichen Dokumenten, welche im Sinne der Rechtsprechung dem Mitberichtsverfahren zuzuordnen sind (vgl. Ziffer 35), im Rahmen ihrer Zuständigkeit festhalten.
45. Die Bundeskanzlei leitet das Zugangsgesuch, soweit über Ziffer 44 hiervor hinausgehend, zwecks Bearbeitung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter.
46. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Bundeskanzlei den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
47. Die Bundeskanzlei erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
48. Die Bundeskanzlei erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
49. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
50. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X. \_\_
  
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundeskanzlei BK  
Bundeshaus West  
3003 Bern
51. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
  - Generalsekretariat des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements GS-EJPD (per Einschreiben)
  - Schweizerisches Bundesarchiv BAR (per Einschreiben)

Adrian Lobsiger  
Der Beauftragte

André Winkler  
Jurist Direktionsbereich  
Öffentlichkeitsprinzip