



Bern, 27. Juli 2016

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

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

1. Der im Ausland wohnhafte Antragsteller (Privatperson) hat am 7. Oktober 2015 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Schweizerischen Bundeskanzlei (BK) um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
  - Consortiumvertrag „vote électronique“ vom 10. November 2014 zwischen den Kantonen ZH, GL, FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG.
  - Softwarelizenzvertrag vom 1. Juli 2009 zwischen dem Kanton Zürich und dem Consortium zur Ermöglichung einer Beherbergung der Auslandschweizer bei Urnengängen, bestehend aus den Kantonen FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG und der BK als Koordinatorin.
  - Auditbericht der Firma „Objectif sécurité“ vom 9. Juli 2015 (Analysis of anonymisation and confidentiality of the e-voting system) im Auftrag des Consortiums „vote électronique“.
  - Gesuch des Kantons St. Gallen vom 9. Juni 2015 an den Bundesrat um Erteilung der Grundbewilligung zum Einsatz eines e-voting-Systems anlässlich der Nationalratswahlen 2015.
2. Am 27. Oktober 2015 nahm die BK Stellung zum Gesuch und teilte dem Antragsteller mit, dass ihm der Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigert werde. Zur Begründung führte die BK folgende Argumente an: Der Zugang zum Consortiumvertrag „vote électronique“ sowie zum Softwarelizenzvertrag werde auf Grund von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Beziehung zwischen Bund und Kantonen) verweigert. Der Auditbericht und das Gesuch des Kantons St. Gallen könnten nicht öffentlich gemacht werden, da der Bundesrat vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht erfasst sei (Art. 2. Abs. 1 Bst. a BGÖ) und zudem kein Zugang zu Dokumenten aus dem Mitberichtsverfahren (Art. 8. Abs. 1 BGÖ) bestehe.
3. Gleichentags reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2015 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die BK dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.



5. Am 9. November 2015 reichte die BK die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme ein. Als Beilagen waren dieser die Stellungnahmen der Kantone zum Zugangsgesuch angehängt, die im Rahmen einer Konsultation eingegangen waren. Die Stellungnahme der BK an den Beauftragten deckte sich im Wesentlichen mit jener vom 27. Oktober 2015 an den Antragsteller (vgl. Ziffer 2). Die BK teilte mit, dass sie an der geplanten vollständigen Zugangsverweigerung festhalte, und ergänzte ihre Stellungnahme wie folgt:  
In Bezug auf den Consortiumvertrag „vote électronique“ und den Softwarelizenzvertrag (Verweigerung auf Grund von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ, Beziehung zwischen Bund und Kantonen) wird dargelegt, dass die Nichtbewilligung der Gesuche des Konsortiums die Zusammenarbeit bereits belastet habe. Die politischen Rechte seien zudem ein sensibler Bereich auf Grund der vorhandenen Aufgabenverflechtung. Das an sich gute Verhältnis zu den Kantonen solle durch die Veröffentlichung der Dokumente nicht weiter belastet, sondern wiederhergestellt werden. Der Antragsteller habe zudem auch im Kanton St. Gallen ein Gesuch um Herausgabe der in Frage stehenden Dokumente eingereicht, was auf Grund der Zuständigkeitsverteilung ohnehin sachgerechter sei.<sup>1</sup> In Bezug auf den Auditbericht und das Gesuch des Kantons St. Gallen (Verweigerung auf Grund von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ, Bundesrat ist vom persönlichen Geltungsbereich nicht erfasst, und Art. 8 Abs. 1 BGÖ, kein Zugang zu Dokumenten aus dem Mitberichtsverfahren) präzisierte die BK, dass mit dem Antrag vom 17. Juni 2015 an den Bundesrat (Erteilung einer Grundbewilligung für die Nationalratswahlen 2015) das Mitberichtsverfahren ausgelöst worden sei. Bezüglich des ergänzten Antrags (mitumfassend den Antrag auf Ablehnung des Gesuchs des Consortiums „vote électronique“) habe keine weitere Ämterkonsultation mehr stattgefunden. Die beiden Dokumente seien jedoch integraler Bestandteil des damals laufenden Mitberichtsverfahrens gewesen. Diese beiden Dokumente seien dem Bundesrat zwar nicht direkt vorgelegt worden, die Departemente hätten jedoch die Möglichkeit zu deren Einsichtnahme gehabt.
6. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der BK sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

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

7. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der BK ein. Dieses 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).
8. 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>2</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.

---

<sup>1</sup> Dieses Verfahren wurde inzwischen auf Grund des vorliegenden Schlichtungsverfahrens sistiert.

<sup>2</sup> 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

9. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).<sup>3</sup>
10. Vorgängig ist zu untersuchen, ob die agierende Behörde in den persönlichen Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 Abs. 1 BGÖ). Dies wird von der BK namentlich für den Auditbericht der Firma „Objectif sécurité“ vom 9. Juli 2015 sowie für das Gesuch des Kantons St. Gallen vom 9. Juni 2015 (Grundbewilligung für e-voting-System) bestritten (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ), da es sich dabei angeblich um Dokumente des Bundesrates handeln soll.
11. Der persönliche Anwendungsbereich ist gegeben, falls es sich um eine Einheit der Bundesverwaltung handelt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ), um Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Artikel 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlassen, (Bst. b) oder falls die Parlamentsdienste betroffen sind (Bst. c).
12. Aus Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ (e contrario) ergibt sich, dass der Gesamtbundesrat zwar der Bundesverwaltung vorsteht, jedoch als eigenständige Behörde nicht Teil der Bundesverwaltung ist und deshalb nicht dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht.<sup>4</sup> Handlungen der BK werden von dieser Ausnahme vom Geltungsbereich nicht erfasst, wenn die BK nicht unmittelbar als Stab des Bundesratskollegiums amtiert, sondern, wie im vorliegenden Fall besondere Vollzugsaufgaben erfüllt, die ihr als Behörde von der Rechtsordnung übertragen worden sind: Nach Art. 1 Abs. 4 Bst. a der Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei (OV-BK; SR 172.210.10) hat die BK dafür zu sorgen, dass die Volksrechte und die politischen Rechte wahrgenommen werden können, und gemäss Art. 27a der Verordnung über die politischen Rechte (VPR, SR 161.11) erfüllt die BK besondere Aufgaben zur Instruktion des Verfahrens zur Erteilung der Grundbewilligung im Zusammenhang mit „e-voting“. Der Bundesrat erteilt diese, wenn die BK gestützt auf die eingereichten Belege und Zertifikate festgestellt hat, dass sich das vom Kanton gewählte elektronische Abstimmungssystem dazu eignet, die Versuche bundesrechtskonform durchzuführen (Art. 27b Bst. b VPR).
13. Aufgrund ihrer besonderen Pflicht zur Prüfung von Belegen und Zertifikaten im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Grundbewilligung lässt sich ableiten, dass die BK alle 4 herausverlangten Dokumente, die mit diesem Verfahren in unmittelbarem Zusammenhang stehen, als Hauptadressatin i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGÖ erhalten hat. Als solche war sie zuständig für die Entgegennahme des Zugangsgesuchs sowie die Stellungnahme i.S.v. Art. 12 Abs. 1 BGÖ.

<sup>3</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 13, Rz 8.

<sup>4</sup> BBl 2003 1985; Empfehlung EDÖB vom 20. Juli 2012: BK / Hildebrand, Ziff. 19.



Diese Zuständigkeit kraft Hauptadressatenschaft erstreckt sich namentlich auch auf das Bewilligungsgesuch des Kantons St. Gallen. Dass dieses an den Gesamtbundesrat gerichtet war, ändert nichts daran, dass die BK im Rahmen ihrer Aufgabe, die Eignung kantonaler E-Voting-Systeme zu beurteilen, nach Art. 27b Bst. b. VPR zur Prüfung aller dafür notwendigen Dokumente angehalten ist. Wenn einzelne von ihnen an den für den Erlass der Grundbewilligung zuständigen Bundesrat adressiert sind, vermag dies somit nicht von der Hauptadressatenschaft der BK abzulenken. Auch eine unterschiedliche Provenienz und Autorenschaft der herausverlangten Dokumente<sup>5</sup> spricht nicht gegen die Zuständigkeit der BK zur Entgegennahme und Beurteilung des Zugangsgesuchs für alle herausverlangten Dokumente. Sowohl der Softwarelizenzvertrag, den die BK in ihrer Eigenschaft als „Kordinatorin“ miterstellte hatte, wie auch die anderen 3 Dokumente, die von Dritten stammen, welche dem BGÖ nicht unterstehen, hat die BK aufgrund der besonderen Aufgaben zur Prüfung von Belegen und Zertifikaten im Rahmen des erwähnten Verfahrens entgegengenommen (Ziff. 12).

14. Bei allen 4 Dokumenten handelt es sich somit nicht um solche, die sich der Sphäre des Bundesrates zuordnen liessen. Daher findet das BGÖ auf alle herausverlangten Dokumente Anwendung, und deren Prüfung durch die BK im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Grundbewilligung sind als Handlungen einer Einheit der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ zu qualifizieren.
15. Des Weiteren ist zu untersuchen, ob die verlangten Unterlagen „amtliche Dokumente“ im Sinne von Art. 5 BGÖ darstellen. Dies ist für alle 4 Dokumente zu bejahen, weil sie auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sind (Art. 5 Abs. 1 Bst. a), die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Ziff. 12-13) betreffen (Bst. c) und sich im Besitz einer Behörde (BK) befinden, da sie dieser mitgeteilt worden sind (Bst. b).
16. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die BK vorliegend in den persönlichen Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ) fällt und dass alle 4 Dokumente amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ darstellen.*
17. Nachfolgend gilt es für jedes einzelne Dokument zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz gewährt werden kann. Es ist dabei vor allem zu klären, ob der Zugang aufgrund des Vorliegens von Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 BGÖ oder – wie von der BK vorgebracht wird – auf Grund eines besonderen Falles kein Recht auf Zugang besteht, weil es sich um Dokumente des Mitberichtsverfahrens i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BGÖ handelt.

Consortiumvertrag „vote électronique“ vom 10. November 2014 zwischen den Kantonen ZH, GL, FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG

18. Der vorliegende Vertrag befasst sich mit den Aufgaben und der Organisation im Zusammenhang mit der elektronischen Ausübung der politischen Rechte. Dieser Vertrag zeichnet sich durch seinen rein technischen Inhalt aus. Unter Hinweis auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Beziehung zwischen Bund und Kantonen) verweigert die BK den Zugang zum betreffenden Dokument.
19. Für die Auslegung ist wesentlich, dass Art. 6 Abs. 1 BGÖ jeder Person das Recht einräumt, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über deren Inhalt zu erhalten. Es besteht somit eine Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> PARTSCH/BOURESH/BEHND/SCHNEIDER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 10 N 27.

<sup>6</sup> BBI 2003 2002.



20. Der Beauftragte ruft in Erinnerung, dass die Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs der Behörde obliegt. Sie hat zu beweisen, dass die von ihr angerufenen, in Art. 7 BGÖ aufgestellten Ausnahmeklauseln erfüllt sind.<sup>7</sup> Gelingt der Behörde dieser Beweis nicht bzw. tritt sie diesen gar nicht erst an, bleibt die gesetzliche Vermutung des Zugangs aufrecht, sodass im Zweifelsfall für einen Zugang zu entscheiden ist.<sup>8</sup> Dem Ausnahmecharakter entsprechend muss gemäss Lehre und Rechtsprechung die Beeinträchtigung von einer gewissen Erheblichkeit sein und ein ernsthaftes Risiko bezüglich ihres Eintritts bestehen, mithin der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge und mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreffen.<sup>9</sup>
21. Wie bereits weiter vorne erwähnt, begründete die BK die vollständige Verweigerung des Zugangs zum betreffenden Dokument mit dem Hinweis auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Beziehung zwischen Bund und Kantonen). Mit dieser Ausnahmebestimmung soll vor allem berücksichtigt werden, dass gewisse Kantone kein Öffentlichkeitsprinzip kennen oder dieses anders definieren. Folglich ist die Ausnahmebestimmung primär auf Dokumente anwendbar, die von einem Kanton erstellt wurden, der einen weniger weit gehenden Zugang zu amtlichen Dokumenten kennt als der Bund.<sup>10</sup> Der Zugang kann diesfalls eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden.
22. Als Grundsatz kann festgehalten werden, dass mit einer zu grosszügigen Anwendung der Ausnahmebestimmung (Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ) die Gefahr von pauschalen Zugangsverweigerungen einhergehen könnte, sobald einzelne Informationen einen Zusammenhang mit Kantonen aufweisen, die nicht dem Öffentlichkeitsprinzip folgen. Zudem kann festgestellt werden, dass der fragliche Vertrag zu einem Zeitpunkt erstellt wurde, indem das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) schon seit 8 Jahren in Kraft war, weshalb alle Beteiligten damit rechnen mussten, dass die betreffenden Dokumente vom bundesrechtlichen Öffentlichkeitsprinzip erfasst werden könnten.
23. Vorliegend hat die Mehrheit der am Consortium „vote électronique“ beteiligten Kantone (ZH, FR, SO, SH, SG, AG) das Öffentlichkeitsprinzip in ihren Gesetzgebungen implementiert. Diese Kantone und selbst solche, die (noch) nicht dem Transparenzprinzip folgen (GR, GL), waren mit der Herausgabe des fraglichen Dokumentes einverstanden. Einzig der Kanton Thurgau widersetzte sich mit dem Argument, dass hierfür gar nicht der Bund, sondern die kantonalen Behörden zuständig seien.
24. Die BK präzisierte ihre Stellungnahme dahingehend, dass die politischen Rechte – infolge der bestehenden Aufgabenverflechtung – ein sensibler Bereich seien. Laut BK solle das an sich gute Verhältnis zu den Kantonen durch die Veröffentlichung der Dokumente nicht weiter belastet, sondern wiederhergestellt werden.
25. Der Beauftragte erachtet diese Argumente der BK, wonach das Zugänglichmachen der Dokumente die Beziehung zwischen Bund und Kantonen beeinträchtigen würde, nicht als hinreichend begründet, um den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ anwenden zu können. Deren Feststellungen, wonach die politischen Rechte ein sensibler Bereich seien oder dass die Nichtbewilligung der Gesuche des Konsortiums die Zusammenarbeit bereits belastet habe, beziehen sich auf das abgeschlossene Verfahren zur Erteilung einer Grundbewilligung.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-3269/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 3.1, BBI 2003 2002; MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, RZ 11.

<sup>8</sup> BVGer A-5489/2012 vom 8. Oktober 2013 E. 6.1; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 4; STEPHAN C. BRUNNER, Interessenabwägung im Vordergrund, digma 4/2004, S. 162; Empfehlung EDÖB vom 29. August 2008: EDA / Bericht zur schweizerischen Energieaussenpolitik, Ziff. II.B.4; Empfehlung EDÖB vom 21. Oktober 2010: VBS / Bericht „Islamistische Imame“, Ziff. II.B.8.

<sup>9</sup> Urteil des BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 9.

<sup>10</sup> Urteil des BVGer A-1177/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.2.3 m.H.



Angesichts des Umstandes, dass im hängigen Zugangsverfahren 9 von 10 Kantone mit der Herausgabe des Consortiumvertrages einverstanden waren, ist nicht einzusehen, inwiefern sich allfällige Verstimmungen im Verfahren zur Erteilung der Grundbewilligung auf das Zugangsverfahren übertragen sollten. Die ganz überwiegende Zustimmung der betroffenen Kantone zum beantragten Zugang müsste wenn schon eher dafür sprechen, dass es zu Verstimmungen kommen könnte, wenn dieser verweigert würde. Weiter gilt es zu beachten, dass der Kanton Thurgau nicht die Zugänglichmachung an sich, sondern die Zuständigkeit des Bundes zu deren Gewährung in Frage stellte. Ein Einwand also, der formell-rechtlicher Natur ist, und durch die vorstehenden Erwägungen zur Hauptadressatenschaft widerlegt werden konnte (Ziff. 12-13). Aufgrund der rechtlichen Klärung dieser Bedenken des Kantons Thurgau ist somit auch nicht davon auszugehen, dass die Herausgabe zu einer Verstimmung mit diesem Kanton führen könnte.

26. Nichts ändern an dieser Beurteilung kann sich auch bei Berücksichtigung der neusten, vom Bundesgericht noch unbestätigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach schon *die begründete Möglichkeit einer Beeinträchtigung* der Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen genügen kann, um die Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ zur Anwendung zu bringen.<sup>11</sup> Da der hier in Frage stehende Consortiumvertrag einen ausschliesslich technischen Inhalt aufweist, kann er nicht in eine Kategorie von politisch problematischen Dokumenten fallen, sodass auch eine *bloss begründete Möglichkeit einer Beeinträchtigung* der Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen ausser Betracht fallen muss.
27. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass auf das fragliche Dokument die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ keine Anwendung findet, da der formelle Einwand des Kantons Thurgau, welcher einzig der Herausgabe scheinbar entgegensteht, entkräftet werden kann. Eine Offenlegung des verlangten Dokumentes ist deshalb nicht geeignet, die Zusammenarbeit zwischen der BK und den betroffenen Kantonen zukünftig zu beeinträchtigen.*

Softwarelizenzvertrag vom 1. Juli 2009 zwischen dem Kanton Zürich und dem Consortium zur Ermöglichung einer Beherbergung der Auslandschweizer bei Urnengängen, bestehend aus den Kantonen FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG und der BK als Koordinatorin

28. Der Vertrag befasst sich mit der Erteilung von Nutzungsrechten an der Software „vote électronique“. Die BK begründete auch diese vollständige Verweigerung des Zugangs mit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Beziehung zwischen Bund und Kantonen).
29. In Bezug auf diese Thematik kann integral auf die obigen Erwägungen (Ziff. 21-27) verwiesen werden. Mit dem Softwarelizenzvertrag vom 1. Juli 2009 verhält es sich gleich wie mit dem Consortiumvertrag „vote électronique“. Auch dieser Vertrag mit seinem rein technischen Inhalt, der in keiner Weise irgendwelche Vertraulichkeiten zwischen Bund und Kanton offenbart, ist inhaltlich gesehen ein unproblematisches Dokument.
30. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ auch auf den Softwarelizenzvertrag keine Anwendung findet, da eine Offenlegung des verlangten Dokumentes nicht geeignet erscheint, die Zusammenarbeit zwischen der BK und den betroffenen Kantonen zukünftig zu beeinträchtigen.*

---

<sup>11</sup> Urteil des BVGer A-5146/2015 vom 10. Februar 2016 E. 5.4.



Auditbericht der Firma „Objectif sécurité“ vom 9. Juli 2015 (Analysis of anonymisation and confidentiality of the e-voting system) im Auftrag des Consortiums „vote électronique“

31. Das Gutachten befasst sich mit der Einschätzung der Sicherheit und etwaiger Gefahren in Bezug auf das elektronische Abstimmungssystem der Konsortiumskantone. Die BK verweigerte den Zugang u.a. mit der Begründung, dass das betreffende Dokumente integraler Bestandteil des Mitberichtsverfahrens (Art. 8 Abs. 1 BGÖ) gewesen sei.
32. Die Verhandlungen des Bundesrates und das Mitberichtsverfahren sind gemäss Art. 21 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) nicht öffentlich.<sup>12</sup> Zur Wahrung des Kollegialitätsprinzips im Bundesrat sieht Art. 8 Abs. 1 BGÖ vor, dass kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht.<sup>13</sup> Das Mitberichtsverfahren beginnt mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement oder die Bundeskanzlei (Art. 5 Abs. 1bis der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung RVOV, SR 172.010.1). Es ist Gegenstand und Zweck dieser Bestimmung, den Zugang zu sämtlichen amtlichen Dokumenten des letzten Verfahrensschrittes vor einem Entscheid des Bundesrates der Öffentlichkeit zu verweigern,<sup>14</sup> um die Willensbildung des Bundesrates nicht zu beeinflussen.
33. Unter das Mitberichtsverfahren fallen alle damit in Zusammenhang stehenden Dokumente, d.h. der (unterzeichnete) Antrag des federführenden Departements, die Mitberichte der anderen Departemente und der BK, die etwaigen Antworten (Repliken und Dupliken) und die entsprechenden Entwürfe oder Begleitblätter, die von den Bundesämtern oder von Dienststellen der Departemente erstellt werden.<sup>15</sup>
34. Dokumente hingegen, die bloss *Anlagen* eines Bundesratsantrages darstellen, geniessen nicht den in Art. 8 Abs. 1 BGÖ vorgesehen Schutz.<sup>16</sup> Dieser dient einzig dazu, den Prozess der Meinungsbildung des Bundesrates und die Kollegialität zu bewahren,<sup>17</sup> und richtet sich daher auf Dokumente, die sich direkt mit dem Entscheidungsprozess befassen und nicht auf solche, die bloss als Grundlage desselben dienen.<sup>18</sup>
35. Für den *während* des Mitberichtsverfahrens erstellten Auditbericht („integraler Bestandteil“) muss – mangels expliziter Rechtsprechung – auf die oben erwähnten allgemeinen Grundsätze (Ziff. 32-34) zurückgegriffen werden. Im Resultat kann festgehalten werden, dass die in Art. 8 Abs. 1 BGÖ vorgesehene Ausnahmebestimmung auf den Auditbericht aus folgenden Gründen keine Anwendung findet:
36. Erstens stellt der Auditbericht ein Gutachten einer privaten Informatikfirma dar, das weder von einem Bundesamt noch von einer Dienststelle eines Departementes erstellt worden ist. Zweitens

---

<sup>12</sup> Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013: seco / Handgranaten, Ziff. 20; Recommandation PFPDT du 27 mai 2013: DFF / OCDE, Chiff. 14.

<sup>13</sup> Empfehlung EDÖB vom 30. Juli 2007: BFM / Kriterienliste, Ziff. 3; Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013: seco / Handgranaten, Ziff. 23.

<sup>14</sup> MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 12.

<sup>15</sup> BGE 136 II 399 E. 2.3.3; BVGer Arrêt du 27 février 2014, A-4500/2013 E.3.5.2.3: (« le secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans couvre ladite proposition, les co-rapports des autres départements et les échanges ultérieurs d'écritures, y compris les propositions formalisées émanant des offices consultés... »); Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013: seco / Handgranaten, Ziff. 23; MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 20.

<sup>16</sup> BGE 136 II 399 E. 2.3.3: « En revanche, *les documents qui accompagnent* la proposition au Conseil fédéral ne sont pas en tant que tels soumis au secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans»; BVGer Arrêt du 27 février 2014, A-4500/2013 E.3.5.2.3.

<sup>17</sup> BVGer Arrêt du 27 février 2014, A-4500/2013 E. 4.2.2: « La réserve insérée à l'art. 8 al. 1 LTrans au sujet de cette procédure vise en effet uniquement à préserver la liberté d'action du Conseil fédéral et la collégialité qui doit régner entre ses membres. »

<sup>18</sup> BVGer Arrêt du 27 février 2014, A-4500/2013 E. 4.2.2: « Elle vise dès lors les actes qui concernent directement la procédure décisionnelle et non tout ce qui sert de base pour ce faire. »



lassen sich aus diesem Dokument mit seinem ausschliesslich technischen Inhalt, keine Rückschlüsse auf den Entscheidungsprozess anlässlich des Mitberichtsverfahrens ziehen, der Auditbericht dient im Gegenteil bloss als technische Basisinformation für die departementale Entscheidungsfindung (Ziff. 34). Drittens kann alleine der Zeitpunkt der effektiven Erstellung des Dokumentes resp. die Einreichung bei einer Bundesbehörde während des Mitberichtsverfahrens, nicht relevant sein. Andernfalls stünde es im Belieben der Behörde – bei Einreichung der Dokumente erst während eines laufenden Mitberichtsverfahrens – diese vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen. Vorliegend wäre die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips ausser Frage gestanden, wenn der Auditbericht – wie üblich – bereits im Ämterkonsultationsverfahren, resp. im Zeitpunkt der Signatur des Bundesratsantrages durch den Departementschef oder die Bundeskanzlerin, verfügbar gewesen wäre. Aus der späten Beauftragung der privaten Informatikfirma darf keine Erschwerung der Zugänglichmachung amtlicher Dokumente resultieren.

37. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ auf den Auditbericht keine Anwendung findet.*
38. Obwohl von der BK nicht ausdrücklich geltend gemacht, erachtet es der Beauftragte vorliegend als angezeigt, desweiteren zu prüfen, ob die Bekanntgabe und Darstellung der im Bericht aufgezeigten Sicherheitslücken zu einer Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (elektronischer Abstimmungsprozess) führen könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ).
39. Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz kann diese Ausnahmebestimmung angerufen werden, wenn durch die Zugänglichmachung der verlangten Informationen, die eine Massnahme vorbereiten, die betreffende Massnahme ihr Ziel nicht mehr – bzw. nicht vollumfänglich – erreichen würde. Als Beispiele werden z.B. Informationen über Aufsichtsmassnahmen, Inspektionen der Steuerbehörden usw. genannt.<sup>19</sup>
40. Die Lehre sowie das Bundesverwaltungsgericht sind der Meinung, dass diese Bestimmung nicht wörtlich anzuwenden ist, da sich ansonsten die Nichtzugänglichkeit unzähliger Informationen rechtfertigen liesse.<sup>20</sup> Folglich ist es wichtig, dass die Ausnahmebestimmung nur zur Anwendung gelangt, wenn die Offenlegung der durchzuführenden Massnahmen deren Erfolg ernsthaft gefährdet. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen der Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.<sup>21</sup>
41. Die Wirksamkeit einer Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ ist als gegeben zu betrachten, wenn die Behörde das Bestehen eines Schadensrisikos darlegen kann. Zwei Bedingungen sind zu beachten: Zum einen muss die Beeinträchtigung des geschützten Interesses im Fall einer Offenlegung von einer gewissen Erheblichkeit sein, zum anderen muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass sie eintritt. Der Schaden muss dabei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreffen.<sup>22</sup> Im Zweifelsfall ist es angemessen, zugunsten des Zugangs zu entscheiden.<sup>23</sup>
42. Vorliegend geht es um einen Auditbericht, der sehr detailliert alle Phasen der Datenbearbeitung während des elektronischen Abstimmungsprozesses beleuchtet (Vorbereitung, Stimmabgabe,

<sup>19</sup> BBI 2003 2009; Empfehlung EDÖB vom 13. Januar 2016: EJPD / Liste der freihändigen Vergaben, Ziff.18. Empfehlung EDÖB vom 4. Februar 2016: ISB / IKT, Ziff. 22.

<sup>20</sup> Urteil des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, Rz 24; Empfehlung EDÖB vom 18. Juni 2015: BAV / Ereignisdatenbank, Ziff. 19.

<sup>21</sup> Urteil des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1.

<sup>22</sup> Urteil des BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 9.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7; Empfehlung EDÖB vom 4. Februar 2016: ISB / IKT, Ziff. 15.



Auswertung usw.). Dabei werden die aufgedeckten Sicherheitslücken benannt und bezüglich ihres Gefahrenpotentials eingestuft.

43. Jedes Softwareprodukt weist Lücken, Schwachstellen oder "Exploits"<sup>24</sup> auf, die mit den nötigen Ressourcen aufgedeckt werden könnten. Deshalb ist es zur Vermeidung von Angriffen unabdingbar, weder Informationen zur eingesetzten Software<sup>25</sup> noch zu bestehenden Sicherheitslücken offenzulegen. Die Geheimhaltung stellt einen weiteren Schutzmechanismus dar, der von einem Angreifer zunächst überwunden werden müsste. Unter dem Gesichtspunkt der Verminderung des Risikos ist deshalb eine Streuung der Information zu vermeiden.<sup>26</sup> Diese Sicherheitsüberlegungen umfassen auch die Namen der 3 Personen auf Seite (ii) des Auditberichtes. Damit soll eine Erleichterung von Hackerangriffen im hochsensiblen Bereich der politischen Rechte vermieden werden.
44. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) sind – anstelle einer vollständigen Verweigerung des Zugangs – Streichungen oder Abdeckungen vorzunehmen.<sup>27</sup> Daher sind alle Informationen, die sich mit den noch nicht gelösten Sicherheitsmängeln (Probleme 3 und 5) befassen, unkenntlich zu machen. Folgende Stellen des Auditberichts sind folglich abzudecken: Kapitel samt Titel (1.4; 2.1.4; 2.3; 3) und Anhang A.
45. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) in Bezug auf die folgenden Stellen des Auditberichts gegeben sind: Kapitel samt Titel (1.4; 2.1.4; 2.3; 3) und Anhang A. Die Namen der 3 Privatpersonen auf der „Seite ii“ des Auditberichts sind zu anonymisieren.*

Gesuch des Kantons St. Gallen vom 9. Juni 2015 an den Bundesrat um Erteilung der Grundbewilligung zum Einsatz eines e-voting-Systems anlässlich der Nationalratswahlen 2015

46. Das Gesuch umfasst neben dem eigentlichen Schreiben auch 4 Beilagen, die sich ausführlich mit dem Wahlablauf in technischer Hinsicht auseinandersetzen. Die BK verweigerte den Zugang u.a. mit der Begründung, dass das betreffende Dokumente integraler Bestandteil des Mitberichtsverfahrens (Art. 8 Abs. 1 BGÖ) gewesen sei.
47. *Für die Beantwortung dieser Frage, kann grundsätzlich auf die vorstehenden Erwägungen unter Ziff. 32-34 verwiesen werden, wonach blosse Beilagen eines Bundesratsantrages nicht unter die Ausnahmen von Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen. Auf eine nähere Begründung kann indessen verzichtet werden, da bei Herausgabe des vorliegenden Dokuments der Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Verhältnis Bund-Kantone) greift und dessen Zugänglichmachung entgegensteht.*
48. Grundsätzlich kann bezüglich dieses Ausnahmegrundes auf die Ausführungen in obigen Erwägungen (Ziff. 21-26) verwiesen werden. Mit dieser Ausnahmebestimmung soll vor allem berücksichtigt werden, dass gewisse Kantone kein Öffentlichkeitsprinzip kennen oder dieses anders definieren. Folglich ist die Ausnahmebestimmung primär auf Dokumente anwendbar, die von einem Kanton erstellt wurden, der einen weniger weit gehenden Zugang zu amtlichen

<sup>24</sup> Systematische Möglichkeit in der elektronischen Datenverarbeitung, Schwachstellen auszunutzen, die bei der Entwicklung eines Programms nicht berücksichtigt wurden.

<sup>25</sup> Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.3; Empfehlung EDÖB vom 26. November 2014: ÜPF / Liste Softwareprodukte, Ziff. 18-22.

<sup>26</sup> Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.4; Empfehlung EDÖB vom 26. November 2014: ÜPF / Liste Softwareprodukte, Ziff. 18-22.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-1592/2014 vom 22. Januar 2015 E. 5.4 und Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.7.4.4.



Dokumenten kennt als der Bund.<sup>28</sup> Der Zugang kann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn die Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen Kantonen beeinträchtigt werden können.<sup>29</sup>

49. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 10. Februar 2016<sup>30</sup> wurde mitunter der Zugang zu einem Dokument (Verfügungsentwurf) verweigert, da dieser Einblick in die nicht öffentliche Meinungsbildung im Kanton ermöglicht hätte. Genau dieser Sachverhalt ist vorliegend auch gegeben, da das Gesuch des Kantons St. Gallen Einblick in ein Regierungsratsgeschäft bieten würde, das nicht publikums-öffentlich ist.<sup>31</sup>
50. Zudem hält das St. Gallische Öffentlichkeitsgesetz<sup>32</sup> ausdrücklich fest, dass dieses Gesetz keinen Anspruch auf Zugang zu nicht öffentlichen Verhandlungen öffentlicher Organe verschafft (Art. 2 Abs. 4 OeffG) bzw. dass vom Recht auf Informationszugang Informationen und Dokumente über nicht öffentliche Verhandlungen, insbesondere Sitzungsunterlagen und Aufzeichnungen, ausgenommen sind (Art. 7 Abs.1 lit. b OeffG). Das Dokument des Regierungsrates wäre also im Kanton St. Gallen selber nicht zugänglich. Selbst für ein äquivalentes Dokument auf Bundesebene (Dokument des Gesamtbundesrates) würde die Herausgabe aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes auf Bundesebene (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario) verweigert.
51. Daher kann eine Beeinträchtigung der Beziehung (Bund-Kantone) im Sinne der Rechtsprechung durch Herausgabe dieses vertraulichen Regierungsratsdokuments nicht ausgeschlossen werden.
52. *Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass auf das Gesuch des Kantons St. Gallen die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ Anwendung findet.*
53. *Der Beauftragte gelangt damit zu folgenden Ergebnissen:*
  - *Die BK hat den Zugang zum Consortiumvertrag „vote électronique“ sowie zum Softwarelizenzvertrag vollumfänglich zu gewähren, da die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ auf diese Dokumente keine Anwendung findet.*
  - *Der Zugang zum Auditbericht ist im Grundsatz ebenfalls zu gewähren, jedoch sind hier auf Grund von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) einige Kapitel samt Titel (1.4; 2.1.4; 2.3; 3) sowie der Anhang A vollständig abzudecken. Die Namen der 3 Privatpersonen auf der „Seite ii“ des Auditberichts sind zu anonymisieren.*
  - *Hingegen ist der Zugang zum Gesuch des Kantons St. Gallen aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Verhältnis Bund-Kantone) zu verweigern.*

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

54. Die Schweizerische Bundeskanzlei gewährt den vollständigen Zugang zu folgendem Dokument: Consortiumvertrag „vote électronique“ vom 10. November 2014 zwischen den Kantonen ZH, GL, FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG.

<sup>28</sup> Urteil des BVGer A-1177/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.2.3 m.H.

<sup>29</sup> Urteil des BVGer A-5146/2015 vom 10. Februar 2016 E. 5 (hängig vor BGer).

<sup>30</sup> Urteil des BVGer A-5146/2015 vom 10. Februar 2016 (hängig vor BGer).

<sup>31</sup> E contrario Art. 77 Abs. 1 Geschäftsreglement des Kantonsrates (GeschKR, sGS 131.11): «die Verhandlungen des Kantonsrates sind öffentlich».

<sup>32</sup> Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (OeffG, sGS 140.2).



55. Die Schweizerische Bundeskanzlei gewährt den vollständigen Zugang zu folgendem Dokument: Softwarelizenzvertrag vom 1. Juli 2009 zwischen dem Kanton Zürich und dem Consortium zur Ermöglichung einer Beherbergung der Auslandschweizer bei Urnengängen, bestehend aus den Kantonen FR, SO, SH, SG, GR, AG und TG und der BK als Koordinatorin.
56. Die Schweizerische Bundeskanzlei gewährt den teilweisen Zugang zum Auditbericht der Firma „Objectif sécurité“ vom 9. Juli 2015 (Analysis of anonymisation and confidentiality of the e-voting system), indem einzig die Kapitel samt Titel (1.4; 2.1.4; 2.3; 3) sowie der Anhang A vollständig abgedeckt werden. Die Namen der 3 Privatpersonen auf der „Seite ii“ des Auditberichts sind zu anonymisieren.
57. Die Schweizerische Bundeskanzlei verweigert den Zugang zum Gesuch des Kantons St. Gallen vom 9. Juni 2015 an den Bundesrat um Erteilung der Grundbewilligung zum Einsatz eines e-voting-Systems anlässlich der Nationalratswahlen 2015.
58. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Schweizerischen Bundeskanzlei 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).
59. Die Schweizerische Bundeskanzlei erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
60. Die Schweizerische 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).
61. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, still: vom 15. Juli bis und mit 15. August.
62. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
63. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Per E-Mail (verschlüsselt)  
X
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Schweizerische Bundeskanzlei  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Adrian Lobsiger