



EDÖB-A-173D3401/2

Bern, 31. Juli 2020

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragsteller)**

und

**Generalsekretariat
Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Am 13. Februar 2020 hat die Geschäftsprüfungsdelegation der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte (GPDel) beschlossen, in Zusammenhang mit der öffentlich bekannt gewordenen Zusammenarbeit zwischen der Schweizer Firma Crypto AG und ausländischen Nachrichtendiensten eine formelle Inspektion durchzuführen. Diese Inspektion bezweckt, einerseits Berührungspunkte von Bundesstellen mit den in dieser Angelegenheit relevanten ausländischen Nachrichtendiensten zu untersuchen, und andererseits abzuklären, inwieweit der Bundesrat über die Sachlage bezüglich der Firma Crypto AG informiert gewesen ist. Die GPDel begrüsst die vom Bundesrat bereits in Auftrag gegebenen Untersuchungen und ermächtigt ihn gestützt auf Art. 154a des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10), die Arbeiten von alt Bundesrichter Oberholzer weiterführen zu lassen.¹ Am 26. Februar 2020 informierte die GPDel mit einer Medienmitteilung darüber, dass die Abklärungen i.S. Crypto AG ab sofort unter der Federführung der GPDel fortgesetzt würden, da sich bei bisherigen Abklärungen gezeigt hätte, dass das Nebeneinander mehrerer Untersuchungen mit unterschiedlichen Auftraggebern für ihre Inspektion nicht zielführend sei, weshalb im Interesse einer raschen und effizienten Aufklärung der Angelegenheit die vom Bundesrat bereits in Auftrag gegebenen Abklärungen ab sofort unter der Federführung der GPDel fortgesetzt würden.²
2. Am 19. Februar 2020 stellte der Antragsteller (Journalist) beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (GS-VBS) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) ein Zugangsgesuch. Er verlangte Einsicht in „alle

¹ Siehe Medienmitteilung der GPDel vom 13. Februar 2020 <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpk-n-s-2020-02-13.aspx> (zuletzt besucht am 31.07.2020).

² Siehe Medienmitteilung der GPDel vom 26. Februar 2020 <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpdel-2020-02-26.aspx> (zuletzt besucht am 31.07.2020).



Sitzungsprotokolle inklusive aller Beilagen sowie allfällige Schriftwechsel (E-Mail o.ä.) der interdepartementalen Arbeitsgruppe, die zur Koordination des Falls der Crypto AG unter Leitung des GS-VBS eingesetzt wurde“. Die interdepartementale Arbeitsgruppe (IDAG), deren erstes Sitzungsprotokoll vom 19. November 2019 datiert, steht nicht in (direktem) Zusammenhang mit der vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Untersuchung resp. mit der Inspektion der GPDel. Aus den dem Beauftragten eingereichten Unterlagen ist kein definitiver Aufgabenbeschrieb der IDAG ersichtlich. Es geht aber zumindest hervor, dass sich die IDAG u.a. mit der verwaltungsinternen Koordination in Zusammenhang mit den zu erwartenden Publikationen in den Medien betreffend die Crypto AG und der Klärung der Sachlage beschäftigte.

3. Mit Stellungnahme vom 9. März 2020 an den Antragsteller schob das GS-VBS den Zugang auf und verwies darauf, dass die GPDel die Federführung der Abklärungen i.S. Crypto AG übernommen habe. Zurzeit werde keine Einsicht in die vom Antragsteller gewünschten Unterlagen gewährt, da durch die Gewährung des Zugangs gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organs oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt und/oder nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt werden könne.
4. Am 28. März 2020 reichte der Antragsteller aufgrund des Aufschubs des Zugangs durch das GS-VBS einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
5. Mit Schreiben vom 31. März 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller und dem GS-VBS den Eingang des Schlichtungsantrages. Beiden wurde auch mitgeteilt, dass der Beauftragte das Schlichtungsverfahren aus Gründen der öffentlichen Gesundheit (Massnahmen betreffend Corona Virus) schriftlich durchführen werde und sie Gelegenheit hätten, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Der Beauftragte forderte das GS-VBS zudem auf, die betroffenen Dokumente einzureichen.
6. Am 6. April 2020 reichte das GS-VBS per Post ein Übermittlungsschreiben mit der Beilage eines als geheim klassifizierten Dokuments beim Beauftragten ein.
7. Am 8. April 2020 reichte das GS-VBS dem Beauftragten weitere Dokumente nach (s. Ziff. 13). Zur Begründung des Zugangsaufschubs verwies es auf seine Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ an den Antragsteller vom 9. März 2020. Zusätzlich wies es darauf hin, dass die Beilage 11 (Antwortmail der GPDel) seines Erachtens „nicht unter das BGÖ fällt (vgl. Art. 2 BGÖ) und damit vom vorliegenden Gesuch – unabhängig von unserer sonstigen Begründung – ausgenommen ist.“ Auch für Dokumente vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes sei dieses nach Art. 23 BGÖ nicht anwendbar. Des Weiteren teilte das GS-VBS mit, es verzichte auf die Einreichung des E-Mail-Verkehrs, welcher „nur zur Terminfindung und Organisation der Besprechungen diene.“
8. Mit E-Mail vom 9. April 2020 reichte der Antragsteller ebenfalls eine ausführliche Stellungnahme ein. Darin führte er u.a. aus, dass „die Inspektion der GPDel zu den historischen Verbindungen zwischen der Crypto AG und ausländischen Nachrichtendiensten [...] keine Entscheide [beinhaltet], für die gemäss Art. 7, Abs. 1, Bst. a BGÖ die freie Meinungs- und Willensbildung beeinträchtigt wäre.“ Selbst wenn von einem Entscheid gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ ausgegangen werden könne, stelle die Einsicht in die verlangten Sitzungsprotokolle inklusive aller Beilagen sowie allfällige Schriftwechsel keine "wesentliche" Beeinträchtigung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ dar. Des Weiteren sei im Zusammenhang mit der Inspektion der GPDel gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ keine "konkrete Massnahme" zu erkennen. Selbst wenn Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ auf einzelne Teile der angefragten Dokumente anwendbar seien,



dürfe das Zugangsgesuch vom 19. Februar 2020 gemäss dem Verhältnismässigkeitsgebot nicht als Ganzes abgelehnt werden und der Zugang sei teilweise zu gewähren.

9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des GS-VBS 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

10. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-VBS 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).
11. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ 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

12. 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.
13. Das GS-VBS hat dem Beauftragten mit Stellungnahme vom 8. April 2020 folgende als vom Zugangsgesuch betroffene Dokumente eingereicht:
 - Fünf Sitzungsprotokolle der IDAG (Beilagen 3-6 und 8 der Stellungnahmen des GS-VBS vom 6. und 8. April 2020 an den Beauftragten),
 - ein als geheim klassifiziertes Dokument (Beilage 10),
 - die Antwortmail der GPDel (Beilage 11) an die GS-VBS

Das Zugangsgesuch umfasst gemäss seinem Wortlaut ebenfalls folgende, dem Beauftragten jedoch nicht zugestellte amtliche Dokumente:

 - E-Mails, welche der Organisation und Terminplanung der IDAG gedient haben (s. Ziff. 7).
14. Bei den weiteren vom GS-VBS dem Beauftragten zugestellten Dokumenten (Beilagen 1-2, 7 sowie 9) handelt es sich um das Zugangsgesuch des Antragstellers vom 19. Februar 2020, eine E-Mail des Antragstellers vom 3. März 2020 an das GS-VBS, die Stellungnahme des GS-VBS vom 9. März 2020 an den Antragsteller sowie das Übermittlungsschreiben vom 6. April 2020 des GS-VBS an den Beauftragten betreffend das geheime Dokument.
15. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes hat ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden. Jede Person hat nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ grundsätzlich das Recht, amtliche Dokumente einzusehen, ohne dass sie dabei ein besonderes Interesse nachweisen müsste. Aufgrund des im Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



Öffentlichkeitsprinzips besteht daher eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Diesbezüglich liegt es nicht mehr im freien Ermessen der Behörde, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will oder nicht.⁴ Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, inwiefern eine oder mehrere im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Ausnahmeregelungen (nach Art. 7-9 BGÖ) erfüllt sind. Demzufolge muss eine Behörde, wenn sie den Zugang zu amtlichen Dokumenten teilweise oder vollständig verweigern oder aufschieben will, die Vermutung des Zugangs zu den Dokumenten widerlegen. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁵ Der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes besteht nach Art. 1 BGÖ darin, die Transparenz über die Organisation, den Auftrag und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern. Dadurch soll das Vertrauen der Bürger und Bürgerinnen in die staatlichen Institutionen gefördert werden. Mit dem im Öffentlichkeitsgesetz verankerten Öffentlichkeitsprinzip (vgl. Art. 6 BGÖ), mit Geheimhaltungsvorbehalt nach Art. 7 ff. BGÖ, soll Transparenz geschaffen werden, damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können.⁶ Der Öffentlichkeitsgrundsatz bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden. Des Weiteren trägt das Transparenzgebot zur Verwirklichung der Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie zur Verwaltungsmodernisierung bei.⁷

16. Das GS-VBS teilte in seiner E-Mail vom 8. April 2020 an den Beauftragten mit Verweis auf Art. 2 BGÖ und ohne weitergehende Ausführungen mit, dass die Antwortmail der GPDel seines Erachtens nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz falle (s. Ziff. 7). Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung (Bst. a), für Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlassen (Bst. b), und für die Parlamentsdienste (Bst. c).
17. Die GPDel fällt als ein Organ der Bundesversammlung (Art. 31 i.V.m. 53 ParlG) nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Gemäss Lehre untersteht der Zugang zu amtlichen Dokumenten der parlamentarischen Organe dem Geheimhaltungsprinzip, namentlich wenn es sich hierbei um Unterlagen der Parlamentsdienste für die parlamentarischen Kommissionen handelt oder wenn sie die Beratungen der parlamentarischen Kommissionen betreffen, welche gemäss Art. 47 ParlG von Gesetzes wegen vertraulich sind.⁸
18. Bei der Antwortmail der GPDel handelt es sich indes nicht um ein von ihr aus eigener Initiative erstelltes Dokument, sondern um eine von ihr auf Ersuchen einer Behörde ausgearbeitete Stellungnahme. Die GPDel hat diese Auskunft dem GS-VBS, einer Behörde i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ, als Hauptadressatin entsprechend Art. 10 BGÖ zugestellt, was für die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes spricht.

⁴ Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 3.1; Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

⁵ Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1; Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 3.1.

⁶ Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1.

⁷ BGE 142 II 313 E. 3.1; Urteil des BGER 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.1; Urteil des BVGer A-816/2019 vom 9. April 2020 E. 3.

⁸ THOMAS SÄGESSER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 2 Rz. 41 ff.



19. Vor einer Entscheidung über den Zugang hat das GS-VBS in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 4 VBGÖ die GPDel anzuhören.⁹
20. Das VBS hält im E-Mail vom 8. April 2020 fest, dass das Öffentlichkeitsprinzip für Dokumente vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes nach Art. 23 BGÖ nicht anwendbar ist, ohne die hiervon betroffenen Dokumente explizit zu bezeichnen. Die Übergangsbestimmung von Art. 23 BGÖ besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz auf amtliche Dokumente anwendbar ist, welche nach ihrem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden. Vor dem 1. Juli 2006 erstellte Dokumente fallen e contrario nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz.
21. Zu beachten ist, dass im Wortlaut der Übergangsbestimmung von Art. 23 BGÖ von amtlichen Dokumenten, nicht aber von Inhalten die Rede ist. Demnach ist das Öffentlichkeitsgesetz auf ein nach dem 1. Juli 2006 erstelltes oder empfangenes Dokument selbst dann anwendbar, wenn dieses Informationen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes resp. Inhalte aus einem vor diesem Datum erstellten oder empfangenen Dokument enthält.
22. Die dem Beauftragten eingereichten Unterlagen wurden alle nach Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erstellt und erfüllen somit die Voraussetzungen des amtlichen Dokumentes nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.
23. Gemäss Art. 20 BGÖ hat der Beauftragte im Rahmen des Schlichtungsverfahrens Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche der Geheimhaltung unterliegen (Abs. 1). Dabei unterstehen er und sein Personal dem Amtsgeheimnis im gleichen Ausmass wie die Behörden, in deren amtliche Dokumente sie Einsicht nehmen oder die ihnen Auskunft erteilen. Der Beauftragte äussert sich daher nicht über den Inhalt des geheim klassifizierten Dokuments (Beilage 10).
24. Das Öffentlichkeitsgesetz enthält keine Kategorien interner Dokumente, welche generell nicht zugänglich wären.¹⁰ Klassifizierungsvermerke wie "intern", "vertraulich" oder "geheim" schliessen für sich allein einen Zugang daher nicht aus. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts muss sich die Geheimhaltung als solche auf eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 ff. BGÖ stützen können.¹¹ Der Zugang darf daher nur beschränkt werden, soweit die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmungen erfüllt sind. Die zuständige Stelle muss bei Gesuchen um Zugang zu amtlichen Dokumenten, unabhängig von einem allfälligen Klassifizierungsvermerk überprüfen, ob der Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist (Art. 13 Abs. 3 der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes, ISchV; SR 510.411). Bezieht sich das Zugangsgesuch auf klassifizierte Dokumente, so richten sich die Zuständigkeit und das Vorgehen nach den Vorschriften über den Informationsschutz und die Klassifizierung (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ). Die zuständige Stelle prüft, ob das Dokument entklassifiziert werden kann. Folglich ist vorliegend bezüglich des geheimen Dokuments (Beilage 10) zu prüfen, ob eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 ff. BGÖ anwendbar ist und der Zugang dazu vom GS-VBS gestützt darauf vollständig oder teilweise verweigert werden kann.
25. Das GS-VBS beruft sich bei allen zu beurteilenden Dokumenten auf die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung.

⁹ Urteil des BVGer A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4.2.

¹⁰ KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 8.

¹¹ Urteil des BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 2.3.



Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.¹²

26. Das GS-VBS verweigert in der Stellungnahme vom 9. März 2020 an den Antragsteller den Zugang zu den verlangten Dokumenten aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ. Gemäss dieser Ausnahmebestimmung kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer *wesentlichen* Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosses Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.¹³ Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine *wesentliche* Beeinträchtigung.¹⁴
27. Worin die *wesentliche* Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung der GPDeI besteht, hat das GS-VBS weder im Zugangs- noch im Schlichtungsverfahren dargelegt. In der Stellungnahme vom 9. März 2020 gibt das GS-VBS einzig den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ wieder und in der E-Mail vom 8. April 2020 verweist es auf seine Stellungnahme vom 9. März 2020, ohne im Einzelnen auszuführen, wie die GPDeI durch die Gewährung des Zugangs zu den vom Antragsteller verlangten Dokumenten (Ziff. 13) in ihrer Willensbildung wesentlich beeinträchtigt werden könnte.
28. Der Schutz von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ wird auch Behörden zuteil, welche gemäss Art. 2 BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz selbst nicht unterstehen, so u.a. auch legislativen Organen wie der

¹² BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E 3.4.

¹³ BBI 2003 2007.

¹⁴ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15.



GPDel. Diese hat die vom Bundesrat in Auftrag gegebene Untersuchung in Sachen Crypto AG übernommen und setzt sie als eigene formelle Inspektion fort. Dabei ist es nach Ansicht des Beauftragten offensichtlich, dass sie zur Erhebung der Sachlage auch auf Dokumente der übernommenen Untersuchung zurückgreifen kann.

29. Hinsichtlich des als geheim klassifizierten Dokumentes ist es für den Beauftragten offensichtlich, dass die GPDel bei der Durchführung der Inspektion wesentlich in ihrer freien Meinungs- und Willensbildung beeinträchtigt wird, wenn der Zugang zu diesem Dokument zum jetzigen Zeitpunkt gewährt wird. Das GS-VBS schiebt daher den Zugang zum geheim klassifizierten Dokument bis zum Abschluss der Inspektion der GPDel gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ auf. Dannzumal beurteilt das GS-VBS den Zugang zum geheim klassifizierten Dokument erneut.
30. Die Sitzungsprotokolle der IDAG (s. Ziff. 2) enthalten die Hauptinhalte der einzelnen Besprechungen. Dabei handelt es sich u.a. um Information zu ihrer internen Organisation und Koordination der involvierten Behörden sowie um Inhalte, die aufgrund der Berichterstattungen in den Medien heute bereits bekannt sind. Weiter geht es um das geplante verwaltungsinterne Vorgehen bei allfälligen Zugangsgesuchen gemäss Öffentlichkeitsgesetz respektive Einsichtsgesuchen gemäss Bundesgesetz über die Archivierung (SR 152.1). Darüber hinaus enthalten die Sitzungsprotokolle Informationen, welche im Falle einer Zugangsgewährung zum gegenwärtigen Zeitpunkt wiederum die Meinungs- und Willensbildung der GPDel wesentlich beeinträchtigen könnten, etwa soweit darin Hinweise auf das geheim klassifizierte Dokument enthalten sind resp. Inhalte aus diesem Dokument aufgeführt werden. Das GS-VBS schiebt den Zugang zu diesen Passagen der Sitzungsprotokolle bis zum Abschluss der Inspektion der GPDel gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ auf. In welchem Umfang hierbei Schwärzungen aufgrund des Zusammenhangs mit der vom Bundesrat beauftragten Untersuchung und nunmehr von der GPDel fortgeführten Inspektion notwendig sind, kann der Beauftragte mangels Einblick in die Unterlagen der Untersuchung resp. der Inspektion indes nicht beurteilen.
31. Entsprechend dem Grundsatz des Verhältnismässigkeitsprinzips muss die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsgesetz am wenigsten beeinträchtigende Form der Zugangsbeschränkung gewählt werden.¹⁵ Demnach darf der Zugang nicht komplett verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach den Ausnahmestimmungen von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu denjenigen Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind.¹⁶ Daher ist der Zugang zu den übrigen Inhalten der Sitzungsprotokolle zu gewähren, soweit nicht die vom GS-VBS ebenfalls geltend gemachte Ausnahmeklausel von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zur Anwendung gelangt.
32. Das GS-VBS macht des Weiteren ohne eingehender zu konkretisieren geltend, dass die Herausgabe der unter Ziff. 13 aufgeführten Dokumente die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen würde (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es sei dabei zu verlangen, „dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden

¹⁵ BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

¹⁶ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.2.



droht.“¹⁷ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁸ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.¹⁹ Nicht von Art. 7 Abs. 1 lit. b erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.“²⁰

33. Im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, welcher von einer Bundesbehörde auch für bundesverwaltungsexterne Organe und Institutionen geltend gemacht werden kann, können sich nach Ansicht des Beauftragten auf die Ausnahmebestimmung von Bst. b nur Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGÖ für die von ihnen ergriffenen Massnahmen berufen. Das GS-VBS hat im Schlichtungsverfahren nicht aufgezeigt, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme des GS-VBS vorbereiten und wie die zielkonforme Durchführung damit beeinträchtigt würde. Nach Ansicht des Beauftragten gelangt die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung.
34. Hinsichtlich des vom GS-VBS grundsätzlich nicht bestrittenen Zugangs zum E-Mail-Verkehr, welcher gemäss Angaben des GS-VBS lediglich der Terminfindung und Organisation der Besprechungen der IDAG diene, erachtet es der Beauftragte aus verfahrensökonomischen Gründen als zweckmässig, wenn der Antragsteller, sollte er tatsächlich am Zugang zu diesen Dokumenten interessiert sein, dies dem GS-VBS umgehend anzeigt.
35. Zusammenfassend kommt der Beauftragte zu folgender Einschätzung: Bis zum Abschluss der formellen Inspektion der GPDel schiebt das GS-VBS gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ den Zugang zum geheim klassifizierten Dokument vollständig und zu den Sitzungsprotokollen der IDAG teilweise auf (Ziff. 29f.). Das GS-VBS beurteilt den Zugang zur Antwortmail der GPDel erneut (Ziff. 18f).
Andere Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes wurden nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich.

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

36. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport schiebt den Zugang zum geheim klassifizierten Dokument bis zum Abschluss der Inspektion der GPDel auf.
37. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport gewährt einen teilweisen Zugang zu den Sitzungsprotokollen der IDAG und berücksichtigt dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip.
38. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport beurteilt den Zugang zur Antwortmail der GPDel erneut.

¹⁷ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1.

¹⁸ BGE 144 II 77 E. 4.3.

¹⁹ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; Urteil des BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2.

²⁰ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1.



39. Der Gesuchsteller zeigt dem Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport umgehend an, wenn er am E-Mail-Verkehr betreffend die Organisation und Terminplanung der IDAG tatsächlich interessiert ist.
40. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
41. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
42. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
43. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
44. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Generalsekretariat VBS
Maulbeerstrasse 9
3003 Bern
45. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - Sekretariat der Geschäftsprüfungsdelegation GPDel
Parlamentsdienste
3003 Bern

Adrian Lobsiger