



Bern, 3. Februar 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragssteller)**

und

Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern GS-EDI

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragssteller (Journalist) ersuchte am 17. August 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern (GS-EDI) um Zugang zur Korrespondenz des ehemaligen Medienchefs mit dem Vorsteher des EDI im Zeitraum zwischen dem 1. Mai und dem 30. Juni 2022. Das GS-EDI nahm am 24. August 2022 wie folgt Stellung: "Unsere internen Nachforschungen haben ergeben, dass es keine amtlichen Dokumente gibt, welche Ihrem Gesuch entsprechen".
2. In der Folge ersuchte der Antragsteller am 25. August 2022 gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz beim GS-EDI um Zugang zum "gesamten Mailverkehr und weitere[n] Dokumente[n] (Protokolle, etc.), welche mein Zugangsgesuch vom 17. August 2022 betreffen".
3. Am 6. Oktober 2022 nahm das GS-EDI Stellung zum Zugangsgesuch und teilte dem Antragsteller mit, dass es ihm "keine Dokumente liefern [kann]. Die gesetzlichen Grundlagen sehen vor, dass die Verwaltungseinheiten den Nachweis über die eigene Geschäftstätigkeit aufgrund einer systematischen Geschäftsverwaltung der geschäftsrelevanten Informationen erbringen (vgl. Art. 2 GE-VER-Verordnung i.V. mit Art. 22 RVOV). Würde der gesamte, interne Mailverkehr einer Verwaltungseinheit bei der Bearbeitung eines BGÖ-Gesuches darunterfallen, so müsste auch dieser



Mailverkehr systematisch erfasst und archiviert werden. Dem ist jedoch nicht so. Denn es fehlt namentlich an der erwähnten Geschäftsrelevanz. Dieser interne Mailverkehr erfüllt nicht eine öffentliche Aufgabe, auch wenn er in Zusammenhang mit der Bearbeitung einer solchen anfällt. Es handelt sich deshalb nicht um amtliche Dokumente i.S. des BGÖ."

4. Am 7. Oktober 2022 reichte der Antragssteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
5. Am 11. Oktober 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragssteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS-EDI dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
6. Am 27. Oktober 2022 teilte das GS-EDI dem Beauftragten mit, es gehe beim Zugangsgesuch "um den internen Mailverkehr (Protokolle etc. gibt es nicht) zwischen den Personen, welche das BGÖ-Gesuch vom 17. August 2022 bearbeitet haben. Wie Sie unserer Stellungnahme vom 6. Oktober 2022 entnehmen können, sind wir der Ansicht, dass dazu kein Zugang gewährt werden kann, weil keine "amtlichen Dokumente" i.S. des BGÖ vorliegen." Dem Beauftragten wurde indessen der Schriftwechsel mit dem Antragsteller, aber keine Dokumente bezüglich des "internen Mailverkehrs" zugestellt.
7. Am 31. Oktober 2022 wandte sich der Beauftragte an das GS-EDI mit der Aufforderung, ihm "den vollständigen verwaltungsinternen Schriftwechsel zuzustellen, welcher die Bearbeitung des Zugangsgesuchs von [Antragsteller] vom 17.8.2022 betrifft. Es geht auch um eventuelle E-Mails, die nicht exklusiv intern im GS-EDI ausgetauscht wurden. Es geht auch um eventuelle Dokumente, welche in Zusammenarbeit zwischen dem GS-EDI und einer anderen Verwaltungsstelle erstellt wurden oder dem GS-EDI als Hauptadressat zugestellt wurden." Der Beauftragte bat das GS-EDI, für jedes Dokument aufzuführen, welcher Tatbestand von Art. 5 BGÖ Anwendung findet.
8. Am 2. November 2022 antwortete das GS-EDI dem Beauftragten, es gäbe "zu diesem Geschäft keine Mails, welche mit einer anderen Verwaltungsstelle ausgetauscht worden sind. Wir haben Ihnen alle Dokumente zugestellt, welche zum BGÖ-Gesuch von [Antragsteller] vom 27.09.2022 abgelegt sind."
9. Am gleichen Tag präzisierte der Beauftragte gegenüber dem GS-EDI seine Anfrage, ihm auch diejenigen Dokumente zuzustellen, welche "das GS-EDI nicht als amtliche Dokumente betrachtet." Dem Beauftragten wurden keine Unterlagen zugestellt.
10. Am 3. November 2022 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
11. Auf die weiteren Ausführungen des Antragsstellers und des GS-EDI 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

12. Der Antragssteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-EDI ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragssteller 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).
13. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung,

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

ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

14. 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.²
15. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der verwaltungsinterne Schriftwechsel, welcher die Bearbeitung des Zugangsgesuchs des Antragstellers vom 17. August 2022 betrifft.
16. Das GS-EDI teilte dem Antragsteller mit, es könne ihm keine Dokumente liefern. Die gewünschten Unterlagen seien keine amtlichen Dokumente i.S. des Öffentlichkeitsgesetzes, weil der interne Mailverkehr keine öffentliche Aufgabe erfülle. Es erklärte ihm weiter, dass der GS-interne E-Mailverkehr, welcher bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches nach dem Öffentlichkeitsgesetz entsteht, nicht geschäftsrelevant im Sinne von Art. 2 der Verordnung über die elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung (GEVER-Verordnung; SR 172.010.441) i.V.m. Art. 22 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) sei. Somit seien solche Unterlagen nicht systematisch zu erfassen und zu archivieren.
17. Das Öffentlichkeitsgesetz verleiht einen subjektiven Anspruch auf Zugänglichmachung von amtlichen Dokumenten oder Auskunft über deren Inhalt zu erhalten (Art. 6 BGÖ). Es zielt darauf ab, Entscheidungsprozesse der Verwaltung transparenter zu machen,³ das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren zu fördern sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns zu erhöhen.⁴ Es muss als Instrument zur Stärkung demokratischer Rechte und als zusätzliches, unmittelbares Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch Bürgerinnen und Bürger betrachtet werden. Letztlich hält die Botschaft des Bundesrates zum Öffentlichkeitsgesetz fest, dass eine allgemeine Kultur der Geheimhaltung zu vermehrten Indiskretionen führt, während eine offene Politik des Informationszugangs zur Relativierung und zur objektiven Beurteilung der Bedeutung solcher Vorfälle beitragen wird.⁵
18. Sofern der persönliche (Art. 2 BGÖ) und sachliche (Art. 3 BGÖ) Geltungsbereich gegeben sind und keine Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ bestehen, gewährt Art. 6 Abs. 1 BGÖ jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste.⁶ Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁷
19. Der Anspruch auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz bezieht sich nur auf ein amtliches Dokument, das vorliegt, wenn es die in Art. 5 Abs. 1 oder 2 BGÖ festgehaltenen Bedingungen erfüllt. Der Tatbestand vom ersten Absatz ist an drei kumulative Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss die Information auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sein (Bst. a), zweitens muss sie sich im Besitz der angefragten Behörde befinden (Bst. b) und drittens muss sie der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (Bst. c). Im vorliegenden Fall geht es zuerst darum zu prüfen, ob die verlangten Dokumente in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe des GS-EDI entstanden sind (Bst. c).
20. Das Zugangsgesuch vom 17. August 2022 wurde beim GS-EDI eingereicht, welches seine Zuständigkeit bejahte, indem es am 24. August 2022 dazu Stellung nahm (Art. 10 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 4 BGÖ). Die Zuständigkeit des GS-EDI ist somit nicht bestritten. Der Vollzug des Öffentlichkeitsgesetzes ist eine öffentliche Aufgabe der Bundesverwaltung, somit auch des GS-EDI.

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

³ BBl 2003 1976.

⁴ BGE 142 II 313 E. 3.1.

⁵ BBl 2003 1973 f.

⁶ Urteil des BGer 1C_299/2019 vom 7. April 2020 E. 2.

⁷ Urteil des BGer 1C_299/2019 vom 7. April 2020 E. 2; Urteil des BVer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

Allfällige Dokumente, die für die Beurteilung des Zugangsgesuches erstellt wurden, wurden somit in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe erstellt. Diese Art von Aufzeichnungen enthält Informationen über den Verlauf der Gesuchsbearbeitung,⁸ womit das Verwaltungshandeln der Behörde bei der Beurteilung eines Zugangsgesuches ersichtlich wird. Der grundsätzlichen Aussage des GS-EDI, wonach der interne E-Mailverkehr nicht eine öffentliche Aufgabe erfüllt, obwohl er in Zusammenhang mit der Bearbeitung einer solchen anfällt (Ziff. 3), kann sich der Beauftragte nicht anschliessen. Überdies kennt das Öffentlichkeitsgesetz keine Kategorie der "internen" Dokumente, die generell nicht zugänglich wären.⁹ Korrespondenz und sonstige Aufzeichnungen, welche im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entstehen, erfüllen nach Ansicht des Beauftragten die Voraussetzung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ.

21. Verbunden mit der Voraussetzung der "Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe" vertritt das GS-EDI die Auffassung, dass der interne E-Mailverkehr einer Verwaltungseinheit bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches nicht geschäftsrelevant im Sinne von Art. 2 der GEVER-Verordnung i.V. mit Art. 22 RVOV sei. Somit seien diese Unterlagen nicht systematisch zu erfassen und zu archivieren. Der Beauftragte weist darauf hin, dass die Qualifikation einer schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnung als amtliches Dokument ausschliesslich von den Bedingungen von Art. 5 Abs. 1 oder 2 BGÖ und nicht vom Nachweis über die eigene Geschäftstätigkeit aufgrund einer systematischen Geschäftsverwaltung gemäss Art. 22 RVOV und somit auch nicht vom Begriff der "Geschäftsrelevanz" gemäss Art. 2 Abs. 2 der GEVER-Verordnung abhängig ist. Nur weil eine Behörde ein Dokument als nicht «geschäftsrelevant» einstuft und es in ihrem Geschäftsverwaltungssystem nicht erfasst, bedeutet dies nicht, dass es sich dabei nicht um ein amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes handeln kann.
22. Wenn ein Zugangsgesuch eingereicht wird, hat die zuständige Behörde zu klären, ob die gewünschten amtlichen Dokumente vorhanden sind. Vorliegend ist noch zu prüfen, ob entsprechende Informationen auf einem Informationsträger aufgezeichnet sind (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ) und ob sie sich im Besitz des GS-EDI befinden (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ).
23. Anlässlich der Sitzung erläuterte das GS-EDI den intern festgelegten Prozess für die Bearbeitung der Zugangsgesuche und präziserte, dass das Zugangsgesuch vom 17. August 2022 gemäss ordentlichem Prozess bearbeitet wurde. Das GS-EDI konnte indessen weder bestätigen noch ausschliessen, dass sich beim GS-EDI gesuchsrelevante Unterlagen befinden oder befunden haben könnten. Es ist somit davon auszugehen, dass das GS-EDI bis anhin noch nicht hinreichend geprüft hat, ob besagte Dokumente vorhanden sind. Der Beauftragte stellt fest, dass das Zugangsgesuch vom 25. August 2022 bisher nicht rechtmässig und angemessen bearbeitet wurde (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ).
24. Identifiziert das GS-EDI bei der Bearbeitung des Zugangsgesuches diesbezügliche Unterlagen, wird bei jedem Dokument zu prüfen sein, ob es sich um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 oder allenfalls Abs. 2 BGÖ handelt und keine eine Ausnahme gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b (nicht fertig gestellt) oder gemäss Bst. c (für den persönlichen Gebrauch bestimmt) vorliegt. Ob einer dieser Ausnahmetatbestände in Betracht käme, muss für den Beauftragten offen bleiben, da ihm keine identifizierten Dokumente vorliegen.
25. Der Beauftragte gibt schliesslich noch Folgendes zu Bedenken: Im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes übt der Beauftragte die Aufgabe einer Schlichtungsbehörde aus (Art. 18 Bst. a BGÖ). Er hat dabei weder eine Aufsichtsfunktion noch verfügt er über Befugnisse, Sachverhaltsdarstellungen der Beteiligten zu überprüfen. Als Schlichtungsbehörde hört er die Beteiligten an, strebt zwischen ihnen eine Einigung an und unterbreitet ihnen, falls notwendig, Vorschläge (Art. 11 Abs. 2 VBGÖ). Da das vorliegende Zugangsgesuch vom GS-EDI bisher nicht nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes bearbeitet wurde, konnte der Beauftragte seine Schlichtungsaufgaben nicht zielführend wahrnehmen.
26. *Zusammenfassend ist festzuhalten, dass davon auszugehen ist, dass für die Behandlung des Zugangsgesuches vom 17. August 2022 erstellte Aufzeichnungen amtliche Dokumente im*

⁸ BBI 2003 1991.

⁹ KURT NUSPLIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 5 Rz. 8.

Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ darstellen. Das Zugangsgesuch vom 25. August 2022 ist vom GS-EDI nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu bearbeiten.

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

27. Das GS-EDI bearbeitet das Zugangsgesuch vom 25. August 2022 nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Es eröffnet dem Antragsteller seine Einschätzung aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen direkt in einer Verfügung.
28. Der Antragssteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim GS-EDI 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).
29. Das GS-EDI erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
30. Das GS-EDI erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
31. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers und der betroffenen Drittpersonen anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
32. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Generalsekretariat des Eidgenössischen
Departements des Innern GS-EDI
3003 Bern

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter

Alessandra Prinz
Juristin
Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip