



Bern, 31. August 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragsteller)**

und

Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung BWL

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 31. März 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung BWL um Zugang ersucht zum "[...] Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (inkl. Anhänge), in der ersten Version, die den Teilnehmern des Sounding Boards abgegeben wurde [...]".
2. Am 17. April 2023 nahm das BWL Stellung und verweigerte den Zugang vollständig. Das BWL brachte vor, der verlangte Verordnungsentwurf sei nicht fertig gestellt und überdies ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument und stelle somit kein amtliches Dokument i.S. des Öffentlichkeitsgesetzes dar.
3. Am 8. Mai 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 9. Mai 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BWL dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
5. Am 31. Mai 2023 reichte das BWL die betroffenen Dokumente ein. Auf eine ergänzende Stellungnahme verzichtete das BWL.
6. Am 29. Juni 2023 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten. Aufgrund der Vorbringen des BWL im Rahmen der Schlichtungssitzung wurde

dieses zwecks Ergänzung des Sachverhalts mit E-Mail ebenfalls vom 29. Juni 2023 aufgefordert, bis am 12. Juli 2023 ergänzende Angaben zu machen und weitere Dokumente einzureichen. Konkret verlangte der Beauftragte vom BWL Folgendes:

- Ergänzende Angaben:
 - zur Natur und Funktionsweise des vom BWL im Schreiben vom 17. April 2023 an den Antragsteller erwähnten Sounding Boards, insbesondere auch Rechte und Pflichten (Mandate) der Mitglieder sowie Auswahl und Zusammensetzung (Auflistung der Mitglieder);
 - dazu, welchen Personen und Organisationen bzw. Behörden der vorliegend strittige Verordnungsentwurf vom 7. Oktober 2022 konkret zur Kenntnis gebracht wurde, und zwar unabhängig von der Form (Abgabe in Papierform, digital, im Rahmen einer Power-Point-Präsentation etc.) und inklusive der Personen ausserhalb des Sounding Boards.
 - Zustellung folgender Dokumente:
 - ungeschwärzte Version sämtlicher dem Antragsteller gemäss Schreiben des BWL vom 13. März 2023 zugänglich gemachter Dokumente;
 - die von den Mitgliedern des Sounding Boards unterschriebenen «Vertraulichkeitsabreden».
7. Am 12. Juli 2023 liess das BWL dem Beauftragten die verlangten Angaben zukommen und übermittelte die ungeschwärzte Version sämtlicher dem Antragsteller gemäss Schreiben des BWL vom 13. März 2023 zugänglich gemachter Dokumente (vgl. Ziffer 6). Hingegen führte das BWL aus, explizite Vertraulichkeitsabreden existierten nicht. Die Teilnehmenden des Sounding Board würden der Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 63 des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG; SR 531) unterstehen und hätten gegen persönliche Unterschrift ihre ausgedruckten, mit Wasserzeichen versehenen Exemplare des Verordnungsentwurfs erhalten.
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BWL 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

9. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BWL 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).
10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

11. 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

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

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

12. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu Dokumenten gemäss Zugangsgesuche (vgl. Ziffer 1). Die vom BWL eingereichte Beilage 4a (Bezeichnung: Entwurf der Verordnung über Verbote und Beschränkungen der Verwendung elektrischer Energie vom 7. Oktober 2022 (clean)) ist nach Ansicht des Beauftragten vom Zugangsgesuch erfasst.
13. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.³ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente 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.⁴ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁵
14. Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).⁶ Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Das Öffentlichkeitsgesetz gilt umfassend für alle amtlichen Dokumente.⁷ Deshalb spielt der Dokumentenbegriff beim Recht auf Zugang zu Informationen nach dem Öffentlichkeitsgesetz eine zentrale Rolle.⁸
15. Das BWL macht in seiner Stellungnahme vom 17. April 2023 geltend, der verlangte Verordnungsentwurf sei nicht fertig gestellt und stelle ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument dar, weshalb es sich gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c BGÖ nicht um ein amtliches Dokument handle und das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung finde. Zu beurteilen ist demnach, ob der vom Antragsteller verlangte Verordnungsentwurf ein amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellt.
16. Der Antragsteller macht in seinem Zugangsgesuch geltend, der verlangte Verordnungsentwurf sei ein fertig gestelltes und damit amtliches Dokument und verweist auf zwei Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, in welchem es zum einen eine Auflistung von in eine Arbeitsgruppe eingebrachte Vorschläge als fertig gestelltes Dokument qualifizierte.⁹ Im andern Fall habe das Gericht festgehalten, dass Dokumente, welche einer Airline, dem Flughafen und einem Kanton übergeben worden seien, amtliche Dokumente darstellten.¹⁰ Im Schlichtungsantrag ergänzt der Antragsteller, im vorliegenden Fall habe das BWL die Entwürfe nicht nur einer kleinen, eng begrenzten Gruppe, sondern der Konferenz Kantonaler Energiedirektoren EnDK, und damit zuhanden aller Kantone, und den 10 wichtigsten Wirtschaftsverbänden, somit praktisch der ganzen Wirtschaft der Schweiz übergeben. Dies ergebe sich aus Dokumenten, die das BWL im Rahmen eines früheren Zugangsgesuchs teilweise zugänglich gemacht habe. Aus diesen Gründen seien die Entwürfe, die im Rahmen des Sounding Boards übergeben wurden, als amtliche Dokumente zu beurteilen.
17. Das BWL führt in seiner Stellungnahme an den Antragsteller vom 17. April 2023 aus, der Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (Stand der Arbeiten per Anfang Oktober 2022) sei den Teilnehmern im Rahmen des Sounding Board als Arbeitspapier für ihre Überlegungen in Papierform abgegeben worden. Der im Rahmen des Sounding Board diskutierte Verordnungsentwurf sei weder unterzeichnet noch auf andere Weise als finalisiert gekennzeichnet worden. Zudem sei der Entwurf vom Ersteller den Adressaten

³ BGE 142 II 340 E. 2.2.

⁴ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

⁵ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

⁶ BBI 2003 1190; ROBERT BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechte [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 BGÖ Rz. 4 und 6; NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 5.

⁷ BVGE 2011/52 E. 3.

⁸ NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz 5.

⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011.

¹⁰ Vgl. Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014.

auch nicht definitiv übergeben worden. Insgesamt erfülle der Entwurf keine der Voraussetzungen für fertig gestellte und damit amtliche Dokumente. Auch aus den vom Antragsteller zitierten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts lasse sich für den vorliegenden Fall nichts ableiten. So handle es sich beim Sounding Board nicht um eine offiziell eingesetzte Arbeitsgruppe mit dem Auftrag, zuhanden des Gesetzgebers konkrete Vorschläge zu erarbeiten. Das Sounding Board habe vielmehr dazu gedient, die Umsetzung der Massnahmen der wirtschaftlichen Landesversorgung im Falle einer Strommangellage in Verordnungsrecht in einem frühen Entwurfsstadium auf ihre Praxistauglichkeit zu spiegeln.

18. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ gelten Dokumente, die nicht fertig gestellt sind, nicht als amtliche Dokumente. Bei der Bezeichnung "nicht fertig gestelltes Dokument" handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, welcher unter anderem durch Art. 1 Abs. 2 VBGÖ weiter konkretisiert worden ist.¹¹ Gemäss Art. 1 Abs. 2 VBGÖ gilt ein Dokument dann als fertig gestellt, wenn es von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist (Bst. a) oder von der erstellenden Person dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Bst. b). "Definitiv" ist die Übergabe dann, wenn es danach weitestgehend an der Empfängerin oder am Empfänger liegt, wie sie mit dem Dokument weiter verfahren will. Hingegen gilt der Austausch eines Dokuments innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten zwecks Korrektur, Ergänzung oder Finalisierung somit nicht als Übergabe an eine Adressatin oder einen Adressaten im Sinne der vorliegenden Bestimmung.¹² Weitere gewichtige Indizien für die Fertigstellung eines Dokumentes sind seine Unterzeichnung oder Genehmigung, die Registrierung in einem Klassifikations-, Organisations- oder Informationssystem der Verwaltung sowie seine Bedeutung.¹³ Entscheidend ist jedoch vor allem, ob Anhaltspunkte für die Fertigstellung des Dokuments bestehen.¹⁴ Wesentliches Kriterium ist demnach, ob ein Dokument in seiner Endfassung vorliegt, d.h. definitiven Charakter aufweist. Entscheidend für die Qualifikation als fertig gestelltes Dokument ist nicht seine inhaltliche Vollständigkeit, sondern ob es sich um ein in sich selber abgeschlossenes und nicht mehr in Bearbeitung stehendes Dokument handelt.¹⁵
19. Als Beispiele nicht fertig gestellter Dokumente erwähnt die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz namentlich: Ein handschriftlich oder elektronisch aufgezeichneter Text mit Streichungen oder Anmerkungen vor seiner Schlusskorrektur, eine zusammenfassende Übersicht in Bearbeitung, eine provisorische Fassung eines Berichts, eine Projektskizze, Notizen aus einer Sitzung, informelle Arbeitsnotizen, der Vorentwurf eines Textes, zusammenfassende Notizen für eine Versammlung, Notizen, die bei der Durchführung von internen Revisionen angefertigt werden und welche die Grundlage für einen Revisionsbericht darstellen usw.¹⁶
20. Schliesslich können auch vorbereitende Dokumente fertig gestellt sein, wenn sie einen definitiven Charakter aufweisen.¹⁷ So sind beispielsweise "[...] die verschiedenen Entwürfe eines Nationalstrassenplans, die Vorentwürfe bezüglich eines Eisenbahntrassees, die Teil- oder Vorentwürfe eines Dokuments – soweit sie in sich selber abgeschlossen sind – [...] keine nicht fertig gestellten Dokumente, die ohne weiteres vom vorliegenden Gesetz ausgeschlossen wären."¹⁸
21. Der Grund für den Ausschluss von Dokumenten mit provisorischem Charakter gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ liegt darin, dass die Verwaltung ihren Handlungsspielraum bewahren und ihre Projekte mit der nötigen Freiheit entwickeln können muss, um sich möglichst ungestört und ohne Druckversuche von aussen eine Meinung zu bilden. Kann die freie Meinungs- und Willensbildung

¹¹ NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 32 f.

¹² Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ] vom 24. Mai 2006 zur Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [nachfolgend: Erläuterungen zur VBGÖ], S. 2).

¹³ Urteil des BVerfG A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.4.1

¹⁴ BBI 2003 1998; BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

¹⁵ BVGE 2011/52 E. 5.1.2.

¹⁶ BBI 2003 1997 ff.; vgl. auch BVGE 2011/25 E. 5.1.1 ff. und BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

¹⁷ Urteil des BVerfG A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.4.1.

¹⁸ BBI 2003 1999 f.; so auch Urteil des BVerfG A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.4.1.

durch eine Publikation eines Dokumentes nicht oder nicht mehr beeinflusst werden, so spricht dies umgekehrt für die Annahme eines fertig gestellten Dokuments.¹⁹

22. Das BWL hat den Verordnungsentwurf gemäss eigenen Angaben den Teilnehmenden im Rahmen des Sounding Board als Arbeitspapier für ihre Überlegungen in Papierform abgegeben. Das Sounding Board bestehe aus Vertreterinnen und Vertretern der Wirtschaftsdachverbände, wobei sich die betreffenden Personen in unterschiedlicher Zusammensetzung getroffen hätten. Hinzu kämen Vertretende der Kantone. Der Zweck dieses Gremiums sei gemäss Einladungsschreiben der Einbezug der Bedürfnisse der Wirtschaft und der Kantone in die Bewirtschaftungsmassnahmen im Falle einer schweren Strommangellage. Die Teilnehmenden des Sounding Boards repräsentierten unterschiedliche Branchen und ihre Gruppe sei der wirtschaftlichen Landesversorgung (WL) angegliedert. Die Teilnehmenden hätten gegen persönliche Unterschrift ihre ausgedruckten, mit Wasserzeichen versehenen Exemplare in Empfang genommen. Weiter lässt sich den Ausführungen des BLW entnehmen, dass der strittige Verordnungsentwurf weiteren Personen inner- (z.B. der Task Force Energie des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF) und ausserhalb der Verwaltung zur Kenntnis gebracht worden ist. Damit hat das BWL den Verordnungsentwurf (resp. in einigen Fällen nur auszugsweise) sowohl dem Sounding Board, anderen Dienststellen und Verwaltungsbehörden wie auch verwaltungsexternen Dritten zur Kenntnis gebracht bzw. übermittelt.
23. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBGÖ ist ein Dokument als fertig gestellt zu betrachten, das einer bestimmten Person, Stelle oder Behörde *definitiv* übergeben wurde. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Zustellung des Dokuments zur Kenntnis- oder Stellungnahme, als Entscheidungsgrundlage oder im Hinblick auf eine sonstige weitere Verwendung erfolgte.²⁰ Die Übergabe bzw. Zugänglichmachung an andere Verwaltungsbehörden wie auch verwaltungsexterne Dritte (vgl. Ziffer 22) ist gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz und Rechtsprechung als gewichtigen Hinweis dafür zu betrachten ist, dass es sich um ein fertig gestelltes Dokument handelt.²¹ Die Art der Übermittlung – Übergabe in Papierform, Präsentation im Rahmen einer Videokonferenz oder Zurverfügungstellung auf einem Sharepoint-Server – kann dabei keine Rolle spielen.
24. Vorliegend hat das BWL gegenüber dem Antragsteller weiter ausgeführt, den Verordnungsentwurf den Teilnehmenden im Rahmen des Sounding Board als Arbeitspapier für ihre Überlegungen abgegeben zu haben. Das Sounding Board habe insbesondere dazu gedient, die Umsetzung der Massnahmen der wirtschaftlichen Landesversorgung im Falle einer Strommangellage im Verordnungsrecht in einem frühen Entwurfsstadium auf ihre Praxistauglichkeit zu spiegeln. Der Verordnungsentwurf wurde den Mitgliedern des Sounding Boards demnach nicht etwa zu dessen Überarbeitung übergeben,²² sondern diene ihnen als Grundlage für die Überprüfung auf deren Praxistauglichkeit. Auch ist der Austausch auch nicht zwecks Korrektur, Ergänzungen und Finalisierung erfolgt.²³ Die Übergabe diene folglich zumindest der Kenntnisnahme. Allerdings geht aus dem Beauftragten vorliegenden Dokumenten hervor, dass die Teilnehmenden des Sounding Boards im Rahmen der Sitzung eingeladen worden sind, zum Verordnungsentwurf Stellung zu nehmen. In Anbetracht dessen ist davon auszugehen, dass die Übergabe des Verordnungsentwurfs mitunter auch zum Zweck der Stellungnahme erfolgt ist. Ausserdem ist aus den ergänzenden Angaben des BWL vom 12. Juli 2023 ersichtlich, dass der Verordnungsentwurf in virtuellen Sitzungen präsentiert und im Rahmen der Diskussion in der Abteilung Elektrizität (AEL) des Fachbereichs Energie der Wirtschaftlichen Landesversorgung diversen Personen zur Kenntnis gebracht worden ist. Die vorliegende Konstellation entspricht demnach exemplarisch den Fällen einer definitiven Übergabe, wie er in den Erläuterungen zur Öffentlichkeitsverordnung aufgeführt ist.
25. Die Übergabe ist dann definitiv, wenn es danach weitestgehend an der Empfängerin liegt, wie sie mit dem Dokument weiter verfahren will.²⁴ Vorliegend wurde der Verordnungsentwurf dem

¹⁹ BBI 2003 1997; BVGE 2011/52 E. 5.1.3.

²⁰ Erläuterungen zur VBGÖ, Ziffer 2 S. 2.

²¹ BBI 2003 1998; BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

²² Vgl. Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 5.1.2.

²³ Vgl. BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

²⁴ Erläuterungen zur VBGÖ, Ziffer 2 S. 2.

Sounding Board übergeben, um diesen bzw. die darin vorgesehenen Massnahme auf ihre Praxistauglichkeit zu spiegeln. In dieser Konstellation handelt es sich um den in diesem Zeitpunkt definitiven Entwurf, welcher in dieser Form überprüft werden soll. Den Mitgliedern des Sounding Board stand es offen, sich zum Verordnungsentwurf in diesem Entwurfsstadium zu äussern oder nicht. Aus welchen Gründen sämtliche anderen Personen, welchen der Verordnungsentwurf zur Kenntnis gebracht wurde, in der Entscheidung, wie sie mit dem Dokument weiter verfahren wollen, eingeschränkt sind, wird vom BWL nicht dargetan. Das BWL beschränkt sich auf den allgemeinen Hinweis, dass der im Rahmen des Sounding Board diskutierte Verordnungsentwurf die Voraussetzung der definitiven Übergabe nicht erfülle. Eine weitergehende Begründung wird nicht vorgebracht. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Sachverhalt (insb. in Anbetracht der weitreichenden Offenlegung innerhalb verschiedener Verwaltungseinheiten, externer Dritter und ggü. dem Sounding Board) offensichtlich nicht mit dem Austausch eines Dokuments innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten zwecks Korrektur, Ergänzung oder Finalisierung gilt somit verglichen werden kann, worin keine (definitive) Übergabe i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBGÖ zu sehen wäre.²⁵ Dass der Verordnungsentwurf sowohl dem Sounding Board, anderen Dienststellen und Verwaltungsbehörden wie auch verwaltungsexternen Dritten zur Kenntnis gebracht bzw. übergeben wurde, weist nach Ansicht des Beauftragten vielmehr darauf hin, dass das Dokument definitiven Charakter aufweist und es sich um ein in sich selber abgeschlossenes Dokument handelt, zumal inhaltliche Vollständigkeit gerade nicht entscheidend ist (vgl. Ziffer 18).

26. Hinzu treten weitere Anhaltspunkte, welche für die Fertigstellung des Verordnungsentwurfs sprechen. So ist vorab die Datierung der Entwurfsversion zu nennen, welche darauf hinweist, dass es sich um ein zu diesem Zeitpunkt in sich selber abgeschlossenes Dokument handelt, dass in genau dieser Form anderen Verwaltungseinheiten, verwaltungsexternen Dritten und dem Sounding Board zugänglich gemacht werden soll. Zudem erlaubt die Datierung im Rahmen von Diskussionen und Stellungnahmen eine Identifizierung und eine Referenzierung auf genau diese Version.
27. Abschliessend ist klarzustellen, dass allein die Tatsache, dass der Verordnungsentwurf als Entwurf bezeichnet wird, nicht bedeutet, dass das Dokument nicht fertig gestellt ist. Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz sind nicht fertig gestellte Dokumente nicht mit vorbereitenden Dokumenten zu verwechseln: "Die verschiedenen Entwürfe eines Nationalstrassenplans, die Vorentwürfe bezüglich eines Eisenbahntrassees, die Teil- oder Vorentwürfe eines Dokuments – soweit sie in sich selber abgeschlossen sind – [...] sind beispielsweise keine nicht fertig gestellten Dokumente, die ohne weiteres vom vorliegenden Gesetz ausgeschlossen wären."²⁶
28. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Zwischenergebnis: Aufgrund des hiervor Aufgeführten ist davon auszugehen, dass es sich beim verlangten Verordnungsentwurf um ein in sich selber abgeschlossenes Dokument handelt, welches infolgedessen die Qualität eines fertig gestellten Entwurfes erreicht. Gegenteiliges wird vom BWL im Schlichtungsverfahren auch nicht in plausibler Weise dargelegt. Der Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (inkl. Anhänge), in der ersten Version, die den Teilnehmern des Sounding Boards abgegeben wurde, ist nach Ansicht des Beauftragten als fertiggestelltes Dokument im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBGÖ zu qualifizieren.
29. In seiner Stellungnahme an den Antragsteller macht das BWL weiter geltend, alle Verordnungsentwürfe seien ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch abgegeben worden. In den unterschiedlichen Stadien, welche ein Verordnungsentwurf durchlaufe, bis er nach Einschätzung der zuständigen Behörde als ein für die Ämterkonsultation bereiter Vorentwurf gelten könne, sei er als Arbeitshilfsmittel zu bewerten und falle nicht unter den Begriff des amtlichen Dokuments.
30. Als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten. Gemäss den Erläuterungen zur Öffentlichkeitsverordnung vom 24. Mai 2006 ist das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises gegeben,

²⁵ Vgl. NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 34.

²⁶ BBl 2003 1999 f.; so auch Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.4.1

wenn die Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (bspw. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen), innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden²⁷, wobei dieser Austausch auf analogem wie auch elektronischem Weg stattfinden kann. Zu der in den 1990er Jahren in der Bundesverwaltung eingeführten E-Mail sind inzwischen weitere elektronische Übertragungskanäle wie z.B. das in der Bundesverwaltung verwendete Threema Work hinzugekommen. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz vom 12. Februar 2003 nennt als weitere Beispiele für Arbeitshilfsmittel Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, mit Anmerkungen versehene Textentwürfe oder persönliche handschriftliche oder elektronische Aufzeichnungen auf einem amtlichen Dokument,²⁸ wobei anzumerken ist, dass die Natur der Aufzeichnung als Arbeitshilfsmittel nicht davon abhängen kann, ob es analog oder elektronisch übertragen und hernach aufgezeichnet wird.

31. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, ab wie vielen Personen das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises überschritten ist. Die vom BWL angerufene Norm ist gemäss Rechtsprechung restriktiv anzuwenden. So erachtete das Bundesverwaltungsgericht den persönlichen Gebrauch bei einem Kreis von rund zwanzig Personen als nicht mehr gegeben,²⁹ wobei das Gericht in konkreten Fall nebst dem Personenkreis auch die objektive Wirkung des Terminkalenders des Rüstungschefs in seiner Gesamtheit auf den aussenstehenden Betrachter in Erwägung zog, was zeigt, dass das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises für sich allein betrachtet noch nicht ausschlaggebend sein kann, um einen persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ zu begründen. Wesentlich sind nebst dem Adressatenkreis auch der Charakter und die Qualität des Dokumentes, die sich auch daraus ableiten lassen, weshalb bzw. zu welchem Zweck ein solches erstellt und ausgetauscht wurde.³⁰
32. Nach Angaben des BWL wurde der Verordnungsentwurf unter anderem der Abteilung Elektrizität (AEL) des Fachbereichs Energie der Wirtschaftlichen Landesversorgung, der Task Force Energie des WBF, den Teilnehmenden des Sound Board sowie verwaltungsexternen Dritten und damit über 40 Personen übergeben resp. zur Kenntnis gebracht. Aufgrund dieser weitreichenden Offenlegung ist vorliegend nach Ansicht des Beauftragten bereits die Voraussetzung des eng begrenzten Personenkreises nicht erfüllt. Schliesslich handelt es sich beim Verordnungsentwurf auch nicht lediglich um handschriftliche Notizen, Gedankenstützen oder Begleitnotizen. Zudem wäre es an der den Zugang bestreitenden Verwaltung gewesen, für den Verordnungsentwurf anhand dessen Eigenarten begründet darzulegen, weshalb er als blosses Arbeitshilfsmittel im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren ist.³¹ Angesichts des gedanklich weit entwickelten und strukturierten Charakters des dem Beauftragten vorliegenden Verordnungsentwurfs ist zumindest nicht offensichtlich, weshalb es sich bei diesem um blosses Arbeitshilfsmittel handeln soll.³² Das BWL hat somit vorliegend nicht rechtsgenügend dargetan, aus welchen Gründen der Verordnungsentwurf zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ bestimmt sein soll. Nach Ansicht des Beauftragten ist damit weder das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises noch dasjenige des Arbeitshilfsmittels gegeben und er kommt zum Ergebnis, dass es sich beim Verordnungsentwurf nicht um ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ handelt.
33. Im Ergebnis stellt der Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (inkl. Anhänge), in der ersten Version, die den Teilnehmenden des Sounding Boards abgegeben wurde, nach Ansicht des Beauftragten ein amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes dar, für welches die gesetzliche Vermutung des Zugangs mit Beweislastumkehr gilt (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BGÖ).

²⁷ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 2, S. 3.

²⁸ BBl 2003 1999 f.

²⁹ Vgl. Urteil des BVerfG A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 unter Verweis auf BVGE 2011/52 E. 5.2.2.

³⁰ Empfehlung EDÖB vom 20. August 2015: EDA / Protokoll einer Sitzung in der Schweizer Botschaft in Bangkok, Ziff. 19.

³¹ Urteil des BVerfG 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 2.5.2; Urteile des BVerfG A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 und A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.5.1; BVGE 2011/52 E. 5.2.2.

³² vgl. dazu Empfehlung EDÖB vom 23. Januar 2023: EDA / Dokumente Steuerstreit und mobile Kommunikation.

34. In Bezug auf den Hinweis des BWL auf die Geheimhaltungsbestimmung von Art. 63 LVG weist der Beauftragte auf Folgendes hin: Art. 63 LVG besagt, dass wer beim Vollzug des Gesetzes mitwirkt, zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, und bringt lediglich das Amtsgeheimnis in abgewandelter Form zum Ausdruck,³³ welches in Art. 22 des Bundespersonalgesetz (BPG; SR 172.220.1) festgehalten ist. Das Amtsgeheimnis gemäss Art. 22 BPG stellt keine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ dar.³⁴ Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes beschränkt sich der Anwendungsbereich des Amtsgeheimnisses des Bundespersonals auf diejenigen Informationen, die nach dem Öffentlichkeitsgesetz nicht zugänglich sind.³⁵ Die Tragweite von Art. 22 BPG wurde somit durch die Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes indirekt neu definiert.³⁶ Gleiches – nämlich, dass sie keine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellen – gilt für sämtliche spezialgesetzlichen Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die das Amtsgeheimnis lediglich in abgewandelter Form zum Ausdruck bringen.³⁷ In der Folge vermag Art. 63 LVG im Zusammenhang mit dem Zugang zu amtlichen Dokumenten keine Wirkung zu entfalten, welche über die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes hinausgeht. Abgesehen von den hiervor beurteilten Bestimmungen zu den Voraussetzungen des amtlichen Dokuments macht das BWL keine Ausnahmebestimmungen oder besonderen Fälle geltend. Solche sind für den Beauftragten denn auch nicht ersichtlich.
35. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Beim Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (inkl. Anhänge), in der ersten Version, die den Teilnehmern des Sounding Boards abgegeben wurde, handelt es sich um ein amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ, für welche die grundsätzliche gesetzliche Vermutung des freien Zugangs gilt (Art. 6 BGÖ). Andere Ausnahmebestimmungen wurden vom BWL im Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht und sind für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zum erwähnten Verordnungsentwurf somit nicht widergelegt. Folglich empfiehlt der Beauftragte dem BWL, den vollständigen Zugang zum Verordnungsentwurf zu gewähren.*

³³ Vgl. Botschaft vom 3. September 2014 zur Totalrevision des Landesversorgungsgesetzes, BBI 2014 7119, BBI 2014 7168 f.

³⁴ BBI 2003 1978; COTTIER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 9.

³⁵ BBI 2003 1990.

³⁶ STAMM-PFISTER, in: BSK BGÖ, Art. 4 Rz. 8.

³⁷ COTTIER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 10.

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

36. Das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung gewährt vollständigen Zugang zum Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie (inkl. Anhänge), in der ersten Version, die (u.a.) den Teilnehmenden des Sounding Boards abgegeben wurde (Beilage 4a, vgl. Ziffer 12).
37. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung 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).
38. Das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
39. Das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
40. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
41. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X. __ (Antragsteller)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung BWL
Bernastrasse 28
3003 Bern

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip