



Bern, 1. November 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

X. __
(Antragsteller)

und

Bundeskanzlei BK

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 3. April 2023 beim Schweizerischen Bundesarchiv BAR um Einsicht in folgende Dossiers ersucht:
 - Dossier [E1004-03#2015/241#2065*](#): [REDACTED]¹ [REDACTED] Fall [REDACTED] [REDACTED] Vollzug der Vernichtungsbeschlüsse [nachfolgend: Dossier Nr. 1] und
 - Dossier [E1004-03#2016/233#597*](#): [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] eines Aktenstückes an die IAEO [nachfolgend: Dossier Nr. 2].
2. Der Antragsteller hat am 4. April 2023 beim BAR zusätzlich um Einsicht in (unter anderem) folgende Dossiers ersucht:
 - Dossier [E1004-03#2011/47#2113*](#): [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. [REDACTED] SR v. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Proliferation von Atomwaffentechnologie. Die [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [nachfolgend: Dossier Nr. 3];
 - Dossier [E1004-03#2012/15#1457*](#): [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Fall [REDACTED] [REDACTED] Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung". Stellungnahme des Bundesrates [nachfolgend: Dossier Nr. 4];

¹ Nach Angaben des BAR auf seiner Webseite dürfen die in Ziffer 1 und 2 geschwärzten Angaben gemäss Art. 12 Abs. 3 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung, VBGA; SR 152.11) erst nach Ablauf der Schutzfrist publiziert werden. Vor Ablauf der Schutzfrist ist eine Publikation nur nach Massgabe von Art. 11 und 13 des Bundesgesetzes über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA; SR 152.1) zulässig (2. Satz von Art. 12 Abs. 3 VBGA).

- Dossier [E1004-03#2012/15#1571*](#): ■■■ ■■■ Schreiben der ■■■ vom ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■; Fall ■■■ ■■■ ■■■ Entscheide im Zusammenhang mit den aufgetauchten Akten [nachfolgend: Dossier Nr. 5];
- Dossier [E1004-03#2012/15#1722*](#): BK. Vorladung des Bundesratsprechers als Auskunftsperson im Verfahren betr. "Beschlagnahmeverfügung in der ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■" Entbindung vom Amtsgeheimnis [nachfolgend: Dossier Nr. 6];
- Dossier [E1004-03#2012/15#2247*](#): ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ Entsiegelungsentscheid des Bundesstrafgerichts. Antwort des [Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements] EJPD auf das Schreiben des Eidg. Untersuchungsrichters vom ■■■ ■■■ ■■■ [nachfolgend: Dossier Nr. 7];
- Dossier [E1004-03#2012/15#2739*](#): ■■■. ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ v. ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ Hausdurchsuchung ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ [nachfolgend: Dossier Nr. 8];
- Dossier [E1004-03#2012/15#695*](#): ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ police menée contre inconnu par le procureur fédéral ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ 320 CP) dans le ■■■ de ■■■ ■■■ [nachfolgend: Dossier Nr. 9];
- Dossier [E1004-03#2012/15#82*](#): ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen ■■■; weiteres Vorgehen [nachfolgend: Dossier Nr. 10];
- Dossier [E1004-03#2013/6#2969*](#): ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■■■ [nachfolgend: Dossier Nr. 11];
- Dossier [E1004-03#2014/154#316*](#): ■■■ ■■■ Fall ■■■ ■■■ Vollzug des Bundesratsbeschlusses vom ■■■ ■■■ ■■■ Weiteres Vorgehen [nachfolgend: Dossier Nr. 12];
- Dossier [E1004-03#2015/241#2773*](#): ■■■ ■■■ ■■■ ■■■: ■■■ Verzögerung des Vollzugs der Vernichtungsbeschlüsse [nachfolgend: Dossier Nr. 13] und
- Dossier [E1004-03#2016/233#557*](#): ■■■ ■■■ Fall ■■■ ■■■ Vollzug des Bundesratsbeschlusses vom ■■■ ■■■ ■■■ Information der ■■■ [nachfolgend: Dossier Nr. 14].

3. Am 5. Mai 2023 teilte das BAR dem Antragsteller mit, dass die zuständige Verwaltungsstelle mit Schreiben vom 4. Mai 2023 beiden Gesuchen (Ziffer 1 und 2) gestützt auf die Bestimmungen von Art. 18 VBGA nicht entsprochen habe. Weiter habe die zuständige Stelle begründet, die angekehrten Dossiers bestünden ausschliesslich aus Unterlagen aus dem Mitberichtsverfahren. Dabei sei zu beachten, dass einerseits der Bundesrat als Kollegialbehörde nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) e contrario vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen sei und andererseits nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ "kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens" bestehe. Folglich führe die Beurteilung des Gesuchs nach Öffentlichkeitsgesetz zum Ergebnis, dass der Zugang zu den verlangten Dossiers nicht gewährt werden könne.
4. Auf ausdrückliche Nachfrage des Antragstellers hielt das BAR mit E-Mail vom 8. Mai 2023 fest, dass er aufgrund der parallelen Anwendung des Archivierungsgesetzes und des Öffentlichkeitsgesetzes sowohl eine beschwerdefähige Verfügung verlangen wie auch einen Schlichtungsantrag stellen könne.
5. Am 8. Mai 2023 reichte der Antragsteller im Zusammenhang mit beiden Zugangsverweigerungen vom 5. Mai 2023 jeweils einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
6. Mit E-Mail vom 9. Mai 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang der beiden Schlichtungsanträge.
7. Gleichentags gelangte der Beauftragte ans BAR und wies darauf hin, dass gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ die für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständige Behörde die gesuchstellende Person über eine Beschränkung oder Verweigerung des Zugangs informiert und diese summarisch begründet. Aus den Stellungnahmen des BAR vom 5. Mai 2023 an den Antragsteller gehe nicht hervor, ob das BAR vorliegend die zuständige Behörde sei oder wer die für die Bearbeitung der Zugangsgesuche zuständige Behörde sei resp. welche Behörde vorliegend den Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigert habe. Infolgedessen forderte der Beauftragte das

BAR auf, eine Kopie der Zugangsgesuche, der Stellungnahme(n) der Behörden sowie allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch einzureichen.

8. Am 10. Mai 2023 stellte das BAR dem Beauftragten die verlangten Dokumente zu und erklärte, "[d]ie im vorliegenden Fall für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen zuständige Behörde ist die Bundeskanzlei."
9. Am 15. Mai 2023 forderte der Beauftragte die Bundeskanzlei BK dazu auf, eine Kopie der Zugangsgesuche, die Stellungnahme(n) der BK, allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit den Zugangsgesuchen sowie Kopien aller von den Zugangsgesuchen mitumfassten Dokumente – inklusive jener Unterlagen, die nach Ansicht der BK keine amtlichen Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes seien oder nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fielen – einzureichen. Die BK habe die Möglichkeit, bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme zur Zugangsverweigerung einzureichen.
10. Gleichtags erklärte sich die BK auf entsprechende Nachfrage des BAR damit einverstanden, die von den Gesuchen erfassten Dokumente dem Beauftragten zuzustellen.
11. Ebenfalls am 15. Mai 2023 informierte die BK den Beauftragten über die für das Schlichtungsverfahren zuständige Kontaktperson, soweit die BK als zuständig erachtet werde. Gleichzeitig hielt die BK fest: "Die Zuständigkeit (BK oder EJPD und evtl. noch weitere) wird der EDÖB erst feststellen können, sobald er die amtlichen Dokumente vom BAR erhalten hat."
12. Mit E-Mail vom 17. Mai 2023 wies der Beauftragte die BK darauf hin, dass die Zuständigkeit im Zugangsverfahren nach Öffentlichkeitsgesetz durch die Behörde von Amtes wegen zu beurteilen sei. Der Beauftragte hielt darin weiter fest: "Wurde das Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, so obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten [...]".² Der Beauftragte könne die Zuständigkeit einer Behörde nicht rechtsverbindlich festlegen, sondern sich lediglich im Rahmen einer Empfehlung dazu äussern. Als Beispiel verwies er dazu auf Ziffer 39 seiner Empfehlung vom 12. Dezember 2022³.
13. In der Antwort-E-Mail der BK vom gleichen Tag erwog die BK, sie sei als "[...] abliefernde Stelle an das BAR nach BGA zuständig - das EJPD als Verfasserin der Dokumente nach BGÖ." Wenn sich der Beauftragte bereits jetzt zur Zuständigkeit äussern könnte, würde dies allen Beteiligten helfen, Klarheit schaffen und das Verfahren beschleunigen.
14. Am 27. Juni 2023 bzw. 7. Juli 2023 informierte das BAR den Beauftragten darüber, dass die archivierten Dossiers nun digitalisiert vorlägen und im Online-Zugang heruntergeladen werden könnten.
15. Mit E-Mail vom 4. August 2023 führte die BK gegenüber dem Beauftragten namentlich aus, dass die überwiegende Mehrheit der von den Zugangsgesuchen erfassten Dokumente vom EJPD stamme. Weiter brachte die BK vor: "Da wir uns nun [in] einem Schlichtungsverfahren nach BGÖ befinden, sollte u. E. das EJPD – mit Ausnahme eines Geschäfts [Dossier Nr. 6] – zuständig sein für die Stellungnahmen der von ihm erstellten Dokumente (Art. 12 BGÖ)." Der Beauftragte werde gebeten, der BK mitzuteilen und zu begründen, ob er für die übrigen Dossiers das EJPD oder die BK als zuständig erachte.
16. Am 8. August 2023 wiederholte der Beauftragte gegenüber der BK, was er bereits in der E-Mail vom 17. Mai 2023 festgehalten hat (vgl. Ziffer 12).
17. Mit E-Mail vom 14. September 2023 informierte der Beauftragte den Antragsteller und die BK darüber, dass vorliegend auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung verzichtet werde, sie im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhielten (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]).

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2019.

³ [EDÖB Empfehlung vom 12. Dezember 2022: BK / Archivierte Dossiers.](#)

18. In der entsprechenden Stellungnahme des Antragstellers vom selben Tag verlangt dieser Abklärungen, ob gestützt auf Art. 19 VBGA ein Teilzugang möglich wäre, zumal ihm im Rahmen anderer Gesuche im selben Themenkomplex Zugang gewährt worden sei.
19. Am 26. September 2023 reichte die BK eine ergänzende Stellungnahme ein und wiederholte darin vorab, nur zum in die Zuständigkeit der BK fallenden Dossier Nr. 6 Stellung zu nehmen. Für die anderen Dossiers sei das EJPD als Erstellerin der darin enthaltenen amtlichen Dokumente zuständig. Dossier Nr. 6 enthalte ausschliesslich amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens, weshalb nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ zum gesamten Dossier kein Recht auf Zugang bestehe.
20. Auf die weiteren Ausführungen der BK und des Antragstellers sowie auf die konsultierten 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

21. Der Antragsteller reichte zwei Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim BAR ein, welches diese an die BK weiterleitete. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an 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).
22. Beide Schlichtungsanträge haben den Zugang zu im BAR archivierten amtlichen Dokumenten zum Gegenstand. Beide Zugangsgesuche stammen vom selben Antragsteller und wurden von diesem beim BAR eingereicht, welches diese an die BK weiterleitete. In beiden Fällen hat die BK mit Stellungnahme vom 4. Mai 2023 (vom BAR am 5. Mai 2023 an den Antragsteller übermittelt) den Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigert, wobei die Formulierungen grösstenteils identisch sind und die Vorbringen in beiden Fällen übereinstimmen. Folglich rechtfertigt es sich, die Schlichtungsverfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.
23. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁴ 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.
24. Mit Inkrafttreten des totalrevidierten Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) am 1. September 2023 wurden der Schutz, die Bearbeitung und die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen aus dem Datenschutzgesetz ausgenommen. Das Datenschutzgesetz findet deshalb nur noch auf (Personen-)Daten natürlicher Personen Anwendung. Im revidierten Art. 9 Abs. 2 BGÖ wird für den Zugang von Personendaten auf das Datenschutzgesetz (neu Art. 36 DSG) verwiesen. In Bezug auf die Daten juristischer Personen verweist das Öffentlichkeitsgesetz neu auf Art. 57s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).
25. Angesichts der Tatsache, dass das Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht⁵ hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Beschwerdeverfahrens in Kraft getreten ist. Es weist darauf hin, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. "Es ist des-

⁴ BBl 2003 2024.

⁵ Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H.

halb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen." Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleich geblieben und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlichtungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes an.

B. Materielle Erwägungen

26. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuchs durch die Behörde.⁶
27. Die vorliegend zu beurteilenden Zugangsgesuche richten sich auf im Bundesarchiv archivierte Unterlagen, welche nach Angaben der BK einer verlängerten Schutzfrist von 50 Jahren nach Art. 11 BGA unterstehen. Folglich stellt sich vorab die Frage, ob das Öffentlichkeitsgesetz für den Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten während laufender Schutzfrist gemäss Archivierungsgesetz anwendbar ist.
28. Der Gesetzgeber hat sich nicht ausdrücklich zum Umgang mit amtlichen Dokumenten i.S. des Öffentlichkeitsgesetzes nach dem Zeitpunkt ihrer Archivierung geäussert, weswegen sowohl für die materielle wie auch für die formelle Koordination von Archivierungs- und Öffentlichkeitsgesetz keine verbindlichen Vorgaben existieren. Der in der allgemeinen Koordinationsbestimmung von Art. 4 BGÖ festgehaltene Vorbehalt von Spezialbestimmungen soll das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes und denjenigen Bestimmungen des Bundesrechts klären, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder die für den Zugang zu amtlichen Dokumenten eine abweichende Regelung vorsehen.⁷ Aus den Bestimmungen des Archivierungsgesetzes und insbesondere unter Beachtung des mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes einhergehenden Paradigmenwechsels ergeben sich nach Ansicht des Beauftragten keine Anhaltspunkte, dass diese Bestimmungen – soweit sie die Einsichtnahme in Archivgut während der Schutzfrist betreffen – Vorbehalte i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellen. Schliesslich finden sich weder im Öffentlichkeitsgesetz noch in den Materialien Hinweise, wonach die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf archivierte, unter Schutzfrist stehende amtliche Dokumente eingeschränkt ist. Folglich ist ein gesetzgeberischer Wille, den Zugang zu vormals grundsätzlich zugänglichen amtlichen Dokumenten infolge Archivierung einzuschränken, nicht ersichtlich. Schliesslich ist festzuhalten, dass keine der beteiligten Behörden Gegenteiliges vorgebracht hat.
29. Im Ergebnis ist das Öffentlichkeitsgesetz nach Ansicht des Beauftragten auf archivierte und unter Schutzfrist stehende amtliche Dokumente anwendbar. Infolgedessen hat der Beauftragte im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nach dem Öffentlichkeitsgesetz – im Anwendungs- resp. Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes – nur, aber immerhin die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuchs zu archivierten und unter Schutzfrist stehenden amtlichen Dokumenten durch die Behörde aufgrund und gestützt auf die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ).
30. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten im durch die Zugangsgesuche (vgl. Ziffer 1 und 2) definierten Umfang.
31. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁸ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung

⁶ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz 8.

⁷ COTTIER, Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 3.

⁸ BGE 142 II 340 E. 2.2.

der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.⁹ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁰

32. Die BK macht im Rahmen ihrer Stellungnahme an den Beauftragten vom 4. August 2023 geltend, dass die überwiegende Mehrheit der von den Zugangsgesuchen erfassten Dokumente vom EJPD stamme. Weiter brachte die BK vor: "Da wir uns nun [in] einem Schlichtungsverfahren nach BGÖ befinden, sollte u. E. das EJPD – mit Ausnahme eines Geschäfts [Dossier Nr. 6] – zuständig sein für die Stellungnahmen der von ihm erstellten Dokumente (Art. 12 BGÖ)." Der Beauftragte werde gebeten, der BK mitzuteilen und zu begründen, ob er für die übrigen Dossiers das EJPD oder die BK als zuständig erachte. Überdies wiederholte die BK in der ergänzenden Stellungnahme vom 26. September 2023, nur für Dossier Nr. 6 zuständig zu sein; für die anderen betroffenen Dossiers sei das EJPD als Erstellerin der darin enthaltenen amtlichen Dokumente zuständig.
33. Weiter bringt die BK in ihrer Stellungnahme gegenüber dem Antragsteller im Rahmen des Zugangsgesuchsverfahrens vor, die angebehrten Dossiers bestünden ausschliesslich aus Unterlagen aus dem Mitberichtsverfahren. Dabei sei zu beachten, dass einerseits der Bundesrat als Kollegialbehörde nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) e contrario vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen sei und andererseits nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ "kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens" bestehe. In der ergänzenden Stellungnahme vom 26. September an den Beauftragten wiederholt die BK die Vorbringen, wonach Dossier Nr. 6 ausschliesslich amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens enthalte, weshalb nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ zum gesamten Dossier kein Recht auf Zugang bestehe.
34. Der Bundesrat bildet in seiner Gesamtheit die Regierung und ist die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eigenossenschaft (Art. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG; SR 172.010]). Er trifft seine Entscheide als Kollegium (Art. 12 RVOG). Zwar leitet der Bundesrat die Bundesverwaltung. Er ist aber als eigenständige Behörde nicht Teil der Verwaltung. Als solche, d.h. als politisches Organ, untersteht der Bundesrat und sein Regierungshandeln daher nicht dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario). Was die einzelnen Bundesrätinnen und Bundesräte betrifft, muss allerdings unterschieden werden, ob sie als Mitglieder des Bundesrats handeln oder als Departementsvorsteherin oder -vorsteher und somit als Chefin oder Chef der Verwaltung. Handelt die Bundesrätin oder der Bundesrat als Mitglied des Gesamtbundesrats, unterliegt sie oder er nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. Handelt ein Bundesrat oder eine Bundesrätin als Chefin oder Chef der Verwaltung, so untersteht sie oder er dem Öffentlichkeitsgesetz. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Bundesrätin oder ein Bundesrat einen Bürgerbrief beantwortet.¹¹
35. Der Bundesrat fasst gemäss Art. 3 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) seine Beschlüsse in der Regel gestützt auf schriftliche Anträge und nach abgeschlossenem Mitberichtsverfahren. Nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Zweck der Verweigerung des Zugangs ist die Wahrung des Kollegialitätsprinzips im Sinne von Art. 12 RVOG sowie der freien Willensbildung des Bundesrates.¹² Der Ausschluss des Rechts auf Zugang zu diesen Dokumenten ist endgültig.¹³
36. Als Mitberichtsverfahren wird der letzte Verfahrensschritt vor einer Entscheidung des Bundesrats bezeichnet. Es sieht vor, die Geschäfte, welche der Bundesrat zu beschliessen hat, dessen Mitgliedern zum Mitbericht resp. zur Stellungnahme vorzulegen. Das Mitberichtsverfahren beginnt gemäss Art. 5 Abs. 1bis RVOV mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende

⁹ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

¹⁰ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

¹¹ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziffer 2.2.2.

¹² HÄNER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 8 N 2 mit Hinweis auf Empfehlung EDÖB vom 28. Mai 2013.

¹³ BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2.

Departement. Diesen unterzeichneten Bundesratsantrag überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss).

37. Die Begrifflichkeit der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ stimmt mit der Legaldefinition des Mitberichtsverfahrens nach RVOG überein, betrifft aber gemäss Rechtsprechung nur einen Teil desselben. Die Ausnahme nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ umfasst sämtliche während der Dauer des Mitberichtsverfahrens erstellten Dokumente, welche der Vorbereitung eines Entscheids des Bundesrats dienen, wie Mitberichte der anderen Departemente und den nachfolgenden Briefwechsel einschliesslich der formellen Vorschläge, die von konsultierten Stellen ausgehen,¹⁴ einschliesslich der Entwürfe, die im Zuge des Mitberichtsverfahrens zu Mitberichten, Repliken und Dupliken erarbeitet werden. Unter die Ausnahme fallen weiter die persönlichen Aufzeichnungen der Bundesratsmitglieder, ihrer Beraterinnen und Berater sowie weiterer Mitarbeitenden.¹⁵
38. Von der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht erfasst und somit nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes grundsätzlich zugänglich sind sämtliche Dokumente, die vor dem Beginn des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden und deren Inhalt über den Meinungs- und Willensbildungsprozess bzw. die Entscheidungsfindung des Bundesratskollegiums keinen Aufschluss gibt. Dies betrifft insbesondere Beilagen zum unterzeichneten Bundesratsantrag,¹⁶ die vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden, sowie den fertig gestellten, nicht unterzeichneten Entwurf des Bundesratsantrags inkl. Beilagen. Nicht unter Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen ausserdem amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens,¹⁷ ein auf Verlangen der Departementschefin oder des Departementschefs oder des Generalsekretariats angepasster Antragsentwurf und Dokumente, die der Vorsteher oder die Vorsteherin des Departements zur Korrektur an das Amt zurückschickt.¹⁸
39. Die Einsicht in die verlangten Dokumente erlaubt es dem Beauftragten, die Vorbringen der Behörde zu prüfen und eine entsprechende Beurteilung abzugeben. Dabei zeigt sich vorliegend, dass es sich bei den dem Beauftragten zugänglich gemachten Dokumenten teilweise um Dokumente des Mitberichts im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 37 f. hiervor) handelt. Da kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), kann die BK, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, an der Zugangsverweigerung zu Dokumenten des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung festhalten. Für diejenigen Dokumente, welche nicht als Dokumente des Mitberichtsverfahrens i.S. der Rechtsprechung zu qualifizieren sind, gewährt die BK im Rahmen ihrer Zuständigkeit den vollständigen Zugang, da die BK im Schlichtungsverfahren keine weiteren Zugangsverweigerungsgründe geltend gemacht hat. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten nicht widerlegt. Soweit die Zuständigkeit nicht bei der BK liegt, leitet sie die Gesuche zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter (vgl. dazu auch Ziffer 41 ff. hiernach).
40. Zu beurteilen bleibt der Zugang zu denjenigen amtlichen Dokumenten, für welche die BK ihre Zuständigkeit bestreitet. Diesbezüglich ist vorerst die Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zu beurteilen, für welche Art. 10 Abs. 1 BGÖ einschlägig ist.
41. Ein Zugangsgesuch ist nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ an die Behörde zu richten, die das amtliche Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin

¹⁴ Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3.

¹⁵ Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVerger A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2, A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25.

¹⁶ Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 25.

¹⁷ Dies ergibt sich e contrario aus Art. 8 Abs. 3 BGÖ, wonach der Bundesrat ausnahmsweise beschliessen kann, dass Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens auch nach der Beschlussfassung nicht zugänglich sind (vgl. BJ/EDÖB FAQ Ziff. 5.1.3); vgl. auch Urteil des BVerger A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3 m.H.

¹⁸ Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVerger A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.1 und A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1; Bundesamt für Justiz und Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 4.2.1.

erhalten hat. Erachtet sich eine Behörde für die Bearbeitung eines bei ihr eingereichten Zugangsgesuches als nicht zuständig, gebietet bereits das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Artikel 8, dass sie die Sache ohne Verzug an die zuständige Behörde verweist. Befindet die Behörde ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, so pflegt sie darüber ohne Verzug einen Meinungsaustausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Art. 8 Abs. 2 VwVG). Weiter hält die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz¹⁹ explizit fest: "Wurde das Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten." In der Öffentlichkeitsgesetzgebung sieht Art. 11 VBGÖ verschiedene Anwendungsfälle bei Zuständigkeitskonflikten vor.

42. Die BK beruft sich vorliegend nicht auf die Bestimmungen von Art. 11 VBGÖ. Die Federführung für die Erstellung der Dokumente der betreffenden Bundesratsgeschäfte liegt allenfalls dann bei der BK, soweit es ihre eigenen Geschäfte betrifft. Die Zuständigkeit für die Durchführung des Mitberichtsverfahrens ist von derjenigen für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen nach dem Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 10 Abs. 1 BGÖ zu unterscheiden.
43. In seiner E-Mail vom 10. Mai 2023 an den Beauftragten führt das BAR aus, im vorliegenden Fall sei die BK die für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen zuständige Behörde. Dabei verzichtet das BAR auf die Angabe, gestützt auf welche Rechtsgrundlage sich dies ergibt. Soweit sich die BK selbst als zuständig erachtet, verweist sie dafür auf das Archivierungsgesetz (vgl. Ziffer 13). Für das vorliegende Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten und entsprechend auch für das Schlichtungsverfahren sind die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der Öffentlichkeitsverordnung massgebend. Das Öffentlichkeitsgesetz enthält – soweit ersichtlich – keine Bestimmung, welche die Koordination im Allgemeinen resp. von Art. 10 Abs. 1 BGÖ mit dem Archivierungsgesetz regelt. Hinweise, dass die Regelung des Archivierungsgesetzes den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes vorgeht, werden von der BK nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Schliesslich berücksichtigen die Ausführungen in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz, wonach nach der Übergabe der Dokumente an das Bundesarchiv "wie bisher" die abliefernde Behörde auf Antrag des Bundesarchivs über den Zugang entscheidet²⁰, die vorliegende Konstellation – Auseinanderfallen der Rollen der Dokumentenerstellung und der Ablieferung - nicht²¹ und vermögen die in Art. 10 Abs. 1 BGÖ festgelegte Zuständigkeit nicht zu verdrängen.
44. Aus den dem Beauftragten vorliegenden Dokumenten geht hervor, dass die BK vorliegend nicht Erstellerin sämtlicher von den Zugangsgesuchen erfassten Dokumenten ist. Gleiches ergibt sich aus der Stellungnahme der BK, wonach "[...] die überwiegende Mehrheit der Dokumente vom EJPD stammen [...]. Da wir uns nun [in] einem Schlichtungsverfahren nach BGÖ befinden, sollte u. E. das EJPD – mit Ausnahme eines Geschäfts [Dossier Nr. 6] – zuständig sein für die Stellungnahmen der von ihm erstellten Dokumente (Art. 12 BGÖ)." Soweit die BK nicht Erstellerin dieser Dokumente und damit nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ nicht für die Bearbeitung der Gesuche zuständig ist, hat sie die Gesuche in diesem Umfang zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Stelle(n) weiterzuleiten (vgl. Ziffer 41).
45. Anzumerken bleibt, dass nach Auffassung des Beauftragten nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen die BK ihre Zuständigkeit für die Beurteilung der Zugangsgesuche nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes erst im Schlichtungsverfahren weitestgehend bestreitet.²² Die zuständige Behörde trägt – obwohl sie im Verfahren eine Parteirolle einnimmt – als hoheitlich auftretende Behörde, die insbesondere an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden ist, Verantwortung

¹⁹ BBI 2003 2019.

²⁰ BBI 2003 1978.

²¹ Der diesen Ausführungen angefügten Verweis "Art. 10 Abs. 1 BGÖ i.V.m. Art. 13 BGA" ist für diesen Fall widersprüchlich, da die Anwendung der beiden Bestimmungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis führt.

²² In einem sehr ähnlich gelagerten Fall (Schlichtungsgegenstand damals: Gesuch um Zugang zu im BAR archivierten Dokumenten des EJPD u.a. des Mitberichtsverfahrens, welche von der BK ans BAR abgeliefert worden sind) hat der Beauftragte der BK empfohlen, das Zugangsgesuch zwecks Bearbeitung an die zuständige(n) Behörde(n) weiterzuleiten (siehe dazu auch die [Empfehlung des EDÖB vom 12. Dezember 2022: BK / Archivierte Dossiers](#)).

für den rechtsstaatlichen Ablauf des Verfahrens um Zugang zu amtlichen Dokumenten.²³ Für die Forderung der BK gegenüber dem Beauftragten, während hängigen Schlichtungsverfahrens die Zuständigkeit von Behörden festzulegen (vgl. Ziffer 13 resp. 15), gibt es keine Rechtsgrundlage, weshalb ein solcher "Zwischenentscheid" des Beauftragten generell wie auch vorliegend abzulehnen ist resp. war.

46. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Beauftragte im Schlichtungsverfahren die Beurteilung des Zugangsgesuchs durch die Behörde nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes resp. der Öffentlichkeitsverordnung prüft. Soweit der Antragsteller in seiner ergänzenden Stellungnahme die Prüfung eines Teilzugangs zu den verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 19 VBGA verlangt, hat der Antragsteller dieses Begehren an die nach Massgabe der Archivierungsgesetzgebung zuständige Behörde zu richten.
47. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: *Mit Einsicht in die Dossiers ist für den Beauftragten hinreichend dargetan, dass es sich bei den verlangten Dokumenten teilweise um amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 37) handelt. In diesem Umfang besteht kein Recht auf Zugang (Art. 8 Abs. 1 BGÖ). Nach Auffassung des Beauftragten kann die BK im Rahmen ihrer Zuständigkeit an der Zugangsverweigerung festhalten, soweit es sich um amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung handelt. Für diejenigen Dokumente, welche nicht als Dokumente des Mitberichtsverfahrens i.S. der Rechtsprechung zu qualifizieren sind, gewährt die BK im Rahmen ihrer Zuständigkeit den vollständigen Zugang, da die BK im Schlichtungsverfahren nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte hinreichend dargelegt hat, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten oder Daten juristischer Personen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten nicht widerlegt. Da die Anwendbarkeit abweichender Zuständigkeitsbestimmungen nicht belegt und auch nicht ersichtlich ist, leitet die BK die Gesuche, soweit sie nicht gemäss Art. 10 Abs. 1 BGÖ zuständig ist, in diesem Umfang zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter und informiert den Antragsteller darüber.*

²³ Vgl. dazu Urteil des BVGer A-3215/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 7.4.6.

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

48. Die Bundeskanzlei kann im Rahmen ihrer Zuständigkeit an der Zugangsverweigerung zu amtlichen Dokumenten, welche im Sinne der Rechtsprechung dem Mitberichtsverfahren zuzuordnen sind (vgl. Ziffer 37), festhalten. Im Übrigen ist der Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren.
49. Die Bundeskanzlei leitet die Zugangsgesuche, soweit über Ziffer 48 hiervor hinausgehend, zwecks Bearbeitung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter.
50. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Bundeskanzlei den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
51. Die Bundeskanzlei erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
52. Die Bundeskanzlei erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
53. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
54. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X. __ (Antragsteller)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundeskanzlei BK
Bundeshaus West
3003 Bern
55. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - Generalsekretariat des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements GS-EJPD (per Einschreiben)
 - Schweizerisches Bundesarchiv BAR (per Einschreiben)

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip