



Bern, 7. Dezember 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragsteller)**

und

Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern GS-EDI

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 29. September 2023 beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern GS-EDI um Einsicht in folgende Dokumente ersucht:
"1. Antrag und Entscheid des Bundesrates an das EDI vom Februar 2020, eine Arbeitsgruppe mit den UVEK-Ämtern BAKOM, ESTI und BFE zu gründen;
2. Traktandenliste sowie Sitzungsprotokolle dieser Arbeitsgruppe seit ihrer Gründung;
3. TeilnehmerInnen-Liste der Arbeitsgruppe;
4. Aktennotizen, verschriftlichte Ergebnisse oder/sowie Berichte/Rapporte an das GSI-EDI zur Erfüllung des Arbeitsgruppenauftrags;
5. Korrespondenz der Arbeitsgruppe mit dem GS-EDI zur Beantwortung der nationalrätlichen Frage 23.3905."
2. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2023 nahm das GS-EDI Stellung und teilte dem Antragsteller mit, dass in Bezug auf Ziffer 1 des Zugangsgesuchs das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung finde, da der Bundesrat als Regierungsorgan von dessen Geltungsbereich ausgenommen sei. Die Dokumente, welche zu Ziffer 2 und 4 gehörten, dienten der Vorbereitung eines politischen Entscheids des Bundesrats und könnten gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst zugänglich gemacht werden, sobald der Entscheid gefällt worden sei. Gleichzeitig erklärte das GS-EDI zu den Ziffern 2-4: "So oder so ist das Bundesamt für Gesundheit (BAG) für die Gewährung des Zugangs zu diesen Dokumenten zuständig. Wir bitten Sie daher, mit dem BAG Kontakt aufzunehmen und dort zu gegebener Zeit ein entsprechendes Gesuch einzureichen." Schliesslich gebe es keine Korrespondenz

mit dem GS-EDI gemäss Ziffer 5, da die Stellungnahme des Bundesrates vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK vorbereitet worden sei.

3. Am 13. Oktober 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Antragsteller brachte darin vor, dass Dokumente des Bundesrats vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst würden, sofern dessen Mitglieder als Vorsteherin resp. Vorsteher des Departements agierten. Demzufolge sei zumindest der mit Ziffer 1 angeforderte Entscheid des Bundesrates ein Dokument im Besitz des GS-EDI, weil anhand dieses Auftrags unter der Verantwortung des EDI eine Arbeitsgruppe gegründet worden sei. Der Antragsteller führte weiter aus, dass der für den vom GS-EDI geltend gemachten Zugangsaufschub nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ erforderliche relativ enge Zusammenhang zwischen den Dokumenten und einem ausstehenden Entscheid vorliegend nicht bestehe. Soweit das GS-EDI das BAG oder das UVEK für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs als zuständig erachte, sei es die Pflicht des GS-EDI, das Gesuch unverzüglich weiterzuleiten. Dies habe das GS-EDI vorliegend unterlassen.
4. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrags.
5. Gleichentags forderte der Beauftragte das GS-EDI dazu auf, eine Kopie des Zugangsgesuchs, die Stellungnahme(n) des GS-EDI, allfällige weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch sowie Kopien aller vom Zugangsgesuch mitumfassten Dokumente – inklusive jener Unterlagen, die nach Ansicht des GS-EDI keine amtlichen Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes seien oder nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fielen – einzureichen. Das GS-EDI habe die Möglichkeit, bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme zur Zugangsverweigerung einzureichen.
6. Auf Nachfrage des GS-EDI übermittelte der Beauftragte am 30. Oktober 2023 mit ausdrücklichem Einverständnis des Antragstellers den Schlichtungsantrag ans GS-EDI.
7. Mit E-Mail vom 3. November 2023 lud der Beauftragte den Antragsteller und das GS-EDI zu einer Schlichtungssitzung ein.
8. Am 7. November 2023 reichte das GS-EDI das Zugangsgesuch und die Stellungnahme vom 11. Oktober 2023 ein. Weiter erklärte das GS-EDI, nur in Bezug auf Ziffer 1 des Zugangsgesuchs die zuständige Behörde zu sein. Das Ziel der Stellungnahme vom 11. Oktober 2023 habe darin bestanden, den Antragsteller so rasch als möglich über seine Zugangschancen in Bezug auf die verschiedenen verlangten Dokumente zu informieren; dies hätte dem Antragsteller ermöglicht, das Zugangsgesuch zu gegebener Zeit gezielter an die zuständige(n) Behörde(n) zu richten. "Ein direktes Weiterleiten des Gesuchs an die verschiedenen, zuständigen Behörden erachteten wir in diesem konkreten Einzelfall deshalb nicht als sinnvoll." Zu ergänzen sei, dass die Zuständigkeit für die Beantwortung der Interpellation 23.3905¹ ausdrücklich beim UVEK liege. Infolgedessen gelte dies auch für Ziffer 5 des Zugangsgesuchs, was der Antragsteller kaum übersehen konnte. Das GS-EDI reichte keine vom Zugangsgesuch mitumfassten Dokumente ein.
9. Am 9. November 2023 forderte der Beauftragte das GS-EDI erneut auf, dem Beauftragten Kopien aller das Zugangsgesuch betreffende Dokumente, inklusive jener Unterlagen, die nach Ansicht des GS-EDI keine amtlichen Dokumente gemäss Art. 5 Abs. 3 BGÖ seien oder nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fielen, einzureichen.
10. Am 14. November 2023 antwortete das GS-EDI und führte aus, dass der Antrag an den Bundesrat und der Beschluss des Bundesrates gemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt seien. Das GS-EDI könne lediglich auf die öffentlich zugänglichen Interpellationen Munz² und Schlatter³ hinweisen, welche über den Bundesratsbeschluss aus dem Jahr 2020 berichteten. Das GS-EDI reichte weiterhin das Zugangsgesuch betreffende Dokumente ein.

¹ Stellungnahme des Bundesrats vom 23. August 2023 zur Interpellation Schlatter "Wer kontrolliert die Einhaltung der Strahlungsnormen (SAR-Werte) für Mobiltelefone und andere Endgeräte?" vom 16. Juni 2023 (23.3905).

² Interpellation Munz "Gesundheitsgefährdung durch Handys wegen Nichteinhaltung der SAR-Werte" vom 18. Dezember 2023 (19.4496).

³ Siehe Fn. 1.

11. Gleichentags gelangte der Beauftragte wiederum ans GS-EDI und wies auf Art. 12b Abs. 1 Bst. b der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) hin, wonach die Behörde verpflichtet ist, dem Beauftragten die Dokumente zuzustellen. Er führte weiter aus: "Der Beauftragte hat im Rahmen des Schlichtungsverfahrens auch Zugang zu amtlichen Dokumenten, die der Geheimhaltung unterliegen (Art. 20 Abs. 1 BGÖ; Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2031). Verweigert eine Behörde dem Beauftragten den Zugang zu den verlangten Dokumenten unter Berufung auf Geheimhaltungsinteressen oder andere Argumente, wie den Geltungsbereich des BGÖ, verstösst sie gegen die ausdrücklichen Gebote in Art. 20 Abs. 1 BGÖ und Art. 12b VBGÖ, die für alle Dokumente gelten, auch wenn sie der Geheimhaltung unterliegen (vgl. Fragen- und Antwortenkatalog des EDÖB vom 13. Oktober 2022 für die Anhörung durch die GSK vom 28. Oktober 2022 zum BGÖ, B. Anhang, Seite 4 m.H.). Das GS-EDI hat in Erfüllung seiner rechtlichen Verpflichtungen dem Beauftragten Einsicht in die strittigen Dokumente zu gewähren (vgl. dazu ausführlich: Archivierung und Ablage von Dokumenten sowie Verfahren bei Zugangsgesuchen nach BGÖ: allgemeine Abklärungen zu den Vorgaben und im Kontext des Vorwurfes von nicht auffindbaren E-Mails im GS-EDI, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. Oktober 2023, Ziffer 3.2.2 S. 18)." Mit Verweis auf das Ausgeführte werde das GS-EDI erneut aufgefordert, die vom Zugangsgesuch erfassten Dokumente einzureichen.
12. Am 20. November 2023 reichte das GS-EDI dem Beauftragten einen unterzeichneten Bundesratsantrag mitsamt Beilagen und einen Bundesratsbeschluss ein und erklärte, es handle sich dabei um die einzigen Dokumente, welche zu Ziffer 1 des Zugangsgesuchs existierten.
13. Mit E-Mail vom 21. September 2023 informierte der Beauftragte den Antragsteller und das GS-EDI darüber, dass in Kenntnis der vom GS-EDI erst am 20. November 2023 übermittelten Dokumente und unter Berücksichtigung der bisher abgegebenen Stellungnahmen und insb. des vom GS-EDI klar zum Ausdruck gebrachten Willens, das Zugangsgesuch nicht weiterzuleiten, der Beauftragte zur Einschätzung gelange, dass vorliegend der direkte Erlass einer schriftlichen Empfehlung zur Erledigung des titelerwähnten Schlichtungsverfahrens am angemessensten ist. Nach Rücksprache mit dem Antragsteller werde folglich ausnahmsweise auf die Durchführung einer Schlichtungssitzung mit physischer Anwesenheit der Beteiligten verzichtet. Im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens erhielten der Antragsteller und das GS-EDI Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ). Innert gewährter Frist ist beim Beauftragten keine entsprechende Stellungnahme eingegangen. Das GS-EDI erklärte gegenüber dem Beauftragten lediglich, es bedaure, nicht die Möglichkeit zu einer Einigung zu erhalten.
14. Auf die weiteren Ausführungen des GS-EDI und des Antragstellers 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

15. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-EDI ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer am 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).
16. 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,

⁴ BBI 2003 2024.

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

B. Materielle Erwägungen

17. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuchs durch die Behörde.⁵
18. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten im durch das Zugangsgesuch definierten Umfang (vgl. Ziffer 1).
19. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁶ 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 der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.⁷ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewährleisten.⁸
20. Das GS-EDI macht in seiner Stellungnahme vom 11. Oktober 2023 gegenüber dem Antragsteller geltend, in Bezug auf Ziffer 1 des Zugangsgesuchs finde das Öffentlichkeitsgesetz keine Anwendung, da der Bundesrat als Regierungsorgan von dessen Geltungsbereich ausgenommen sei. In seinen Stellungnahmen an den Beauftragten erklärt das GS-EDI, zu Ziffer 1 lediglich einen unterzeichneten Bundesratsantrag und einen Bundesratsbeschluss identifiziert zu haben. Sowohl der Antrag an den Bundesrat wie auch der Bundesratsbeschluss seien als Dokumente des Mitberichtsverfahrens gemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellt. Es könne in diesem Zusammenhang lediglich auf die öffentlich zugänglichen Interpellationen und die entsprechenden Antworten des Bundesrats hinweisen.⁹
21. Der Antragsteller erklärt in seinem Schlichtungsantrag, Dokumente des Bundesrats würden vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst, sofern dessen Mitglieder als Vorsteherin resp. Vorsteher des Departements agierten. Demzufolge sei zumindest der mit Ziffer 1 angeforderte Entscheid des Bundesrates ein Dokument im Besitz des GS-EDI, weil anhand des damit erteilten Auftrags unter der Verantwortung des EDI eine Arbeitsgruppe gegründet worden sei.
22. 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

⁵ GUY-ÉCABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz 8.

⁶ BGE 142 II 340 E. 2.2.

⁷ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

⁸ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

⁹ Vgl. dazu Ziffer 10 oben.

Öffentlichkeitsgesetz. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Bundesrätin oder ein Bundesrat einen Bürgerbrief beantwortet.¹⁰

23. 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.¹¹ Der Ausschluss des Rechts auf Zugang zu diesen Dokumenten ist endgültig.¹²
24. 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 Departement. Diesen unterzeichneten Bundesratsantrag überreicht das federführende Departement der Bundeskanzlei zur Durchführung des Mitberichtsverfahrens. Das Mitberichtsverfahren endet mit der Beschlussfassung durch den Bundesrat (Bundesratsbeschluss).
25. 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 der Dokumente 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,¹³ 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.¹⁴
26. 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,¹⁵ die vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden, sowie den fertig gestellten, nicht unterzeichneten Entwurf des Bundesratsantrags inkl. Beilagen.¹⁶ 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
27. 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,

¹⁰ Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziffer 2.2.2.

¹¹ 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.

¹² BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.4.2.

¹³ Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3.

¹⁴ Zum Ganzen: BGE 136 II 399 E. 2.3.3; Urteile des BVGer 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.

¹⁵ Urteil des BVGer 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.

¹⁶ Vgl. BGE 136 II 399 E. 2.3.3.

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 BVGer 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 BVGer 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.

dass es sich beim dem Beauftragten zugestellten unterzeichneten Bundesratsantrag wie auch beim Bundesratsbeschluss um Dokumente des Mitberichts im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 25 f. hiervor) handelt. Da kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), kann das GS-EDI an der Zugangsverweigerung zum unterzeichneten Bundesratsantrag und zum Bundesratsbeschluss festhalten. Hingegen werden insbesondere Dokumente, welche vor dem Beginn des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden und deren Inhalt über den Meinungs- und Willensbildungsprozess bzw. die Entscheidungsfindung des Bundesratskollegiums keinen Aufschluss gibt, von Art. 8 Abs. 1 BGÖ nicht erfasst. Sofern vorliegend derartige Dokumente bzw. namentlich allfällige Beilagen zum Bundesratsantrag existieren, welche entsprechend des hiervor Ausgeführten nicht unter Art. 8 Abs. 1 BGÖ fallen (vgl. Ziffer 26), ist der Zugang zu diesen zu gewähren, da das GS-EDI bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte hinreichend dargelegt hat und für den Beauftragten auch nicht ersichtlich ist, 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. Soweit es sich dabei um Dokumente handelt, welche bereits öffentlich zugänglich sind, kann sich das GS-EDI darauf beschränken, dem Antragsteller die entsprechende Fundstelle mitzuteilen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VBGÖ).

28. Weiter macht das GS-EDI im Rahmen seiner Stellungnahme an den Antragsteller geltend, dass das BAG für die Beurteilung des Zugangs zu den Dokumenten gemäss den Ziffern 2-4 des Zugangsgesuchs zuständig sei. Zudem gebe es keine Korrespondenz mit dem GS-EDI gemäss Ziffer 5, da die Stellungnahme des Bundesrates vom UVEK vorbereitet worden sei. Schliesslich erklärte sich das GS-EDI in seiner Stellungnahme vom 7. November 2023 an den Beauftragten für die Zugangsbegehren Ziffer 2-5 sinngemäss nicht zuständig.
29. Der Antragsteller bringt in seinem Schlichtungsantrag vor, es sei die Pflicht des GS-EDI – soweit es das BAG oder das UVEK für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs als zuständig erachte – das Gesuch unverzüglich weiterzuleiten. Dies habe das GS-EDI vorliegend unterlassen.
30. 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 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.
31. Das GS-EDI macht für die Ziffern 2-5 des Zugangsgesuchs geltend, in diesem Umfang nicht für dessen Bearbeitung zuständig zu sein. Gleichzeitig verzichtet das GS-EDI bewusst darauf, das Zugangsgesuch zwecks Bearbeitung an die zuständigen Stellen weiterzuleiten. Hierzu ist vorab festzuhalten, dass die Zuständigkeit im Zugangsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Amtes wegen zu beurteilen und das Gesuch unverzüglich an die zuständige(n) Behörde(n) weiterzuleiten ist. Insofern besteht für die angefragte Behörde, welche nicht zuständig ist, eine Weiterleitungspflicht. Für den Beauftragten ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen das GS-EDI auf ein direktes Weiterleiten verzichtete und dies darüber hinaus als nicht sinnvoll erachtet (vgl. Stellungnahme des GS-EDI an den Beauftragten vom 7. November 2023). Immerhin hat der Antragsteller in seinem Schlichtungsantrag, dessen Inhalt dem GS-EDI vorliegend bekannt ist, genau dies moniert. Das GS-EDI musste demnach davon ausgehen, dass eine Weiterleitung

¹⁹ BBl 2003 2019.

entsprechend der behördlichen Pflicht – unabhängig vom Ergebnis der Beurteilung der Zugänglichkeit durch die zuständige Behörde – dem Interesse des Antragstellers entsprochen hätte. 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 für den rechtsstaatlichen Ablauf des Verfahrens um Zugang zu amtlichen Dokumenten.²⁰ Generell stellt sich die Frage, inwiefern ein Abweichen von der Weiterleitungspflicht überhaupt zulässig sein kann. Zu erwähnen bleibt schliesslich, dass sich das GS-EDI vorliegend nicht auf die Bestimmungen von Art. 11 VBGÖ beruft. Insgesamt kann der Beauftragte nicht erkennen, inwiefern die Weigerung des GS-EDI, das Zugangsgesuch soweit erforderlich an die zuständige(n) Behörde(n) weiterzuleiten, den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes entspricht.

32. Im Ergebnis stellt der Beauftragte fest, dass das GS-EDI weder im Zugangs- noch im Schlichtungsverfahren das Zugangsgesuch, soweit sich das GS-EDI nicht als zuständig erachtet, entgegen seiner Verpflichtung nicht an die für die Bearbeitung zuständige(n) Behörde(n) weitergeleitet hat. Infolgedessen empfiehlt der Beauftragte dem GS-EDI, dies nachzuholen und das Zugangsgesuch im Umfang der Ziffern 2-5 an die für dessen Bearbeitung zuständige(n) Behörde(n) weiterzuleiten.
33. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: *Aufgrund der Einsicht in die von Ziffer 1 des Zugangsgesuchs mitumfassten Dokumente ist für den Beauftragten hinreichend dargetan, dass es sich beim unterzeichneten Bundesratsantrag wie auch beim Bundesratsbeschluss um Dokumente des Mitberichtsverfahrens im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Ziffer 25 f. hiervor) handelt. Da kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), kann das GS-EDI an der Zugangsverweigerung zum unterzeichneten Bundesratsantrag und zum Bundesratsbeschluss festhalten. Sofern in diesem Zusammenhang Dokumente bzw. insbesondere Beilagen existieren, welche nicht von Art. 8 Abs. 1 BGÖ erfasst werden (vgl. Ziffer 26), hat das GS-EDI nach Ansicht des Beauftragten bis anhin die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs nicht widerlegt, weshalb der Zugang zu allfällig existierenden Dokumenten in diesem Umfang zu gewähren ist. Soweit es sich dabei um Dokumente handelt, welche bereits öffentlich zugänglich sind, kann sich das GS-EDI darauf beschränken, dem Antragsteller die entsprechende Fundstelle mitzuteilen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VBGÖ). Im Übrigen stellt der Beauftragte fest, dass das GS-EDI weder im Zugangs- noch im Schlichtungsverfahren das Zugangsgesuch – soweit sich das GS-EDI nicht als zuständig erachtet – entgegen seiner Verpflichtung nicht an die für die Bearbeitung zuständige(n) Behörde(n) weitergeleitet hat. Infolgedessen holt das GS-EDI dies nach und leitet das Zugangsgesuch im Umfang der Ziffern 2-5 zwecks Beurteilung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter und informiert den Antragsteller darüber.*

²⁰ Vgl. dazu Urteil des BVerG A-3215/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 7.4.6.

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

34. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern kann an der Zugangsverweigerung zum unterzeichneten Bundesratsantrag und zum Bundesratsbeschluss festhalten.
35. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern gewährt Zugang zu allfälligen Beilagen des Bundesratsantrags resp. teilt dem Antragsteller die Fundstellen mit, soweit diese öffentlich zugänglich sind.
36. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern leitet das Zugangsgesuch im Umfang der Ziffern 2-5 zwecks Bearbeitung an die zuständige(n) Behörde(n) weiter.
37. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern 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).
38. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
39. Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements 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)
Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern GS-EDI
Inselgasse 1
3003 Bern

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip