

EDOEB empfehlung-vom-17-juli-2024-gs-vbs-protokolle-und-korrespondenzbeeinträchtigung-2024-07-17 vom 17. Juli 2024

EDÖB, 2024-07-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-17-juli-2024-gs-vbs-protokolle-und-korrespondenzbeeinträchtigung-2024-07-17

FR: EDOEB

empfehlung-vom-17-juli-2024-gs-vbs-protokolle-und-korrespondenzbeeinträchtigung-2024-07-17 du 17 juillet 2024

IT: EDOEB

empfehlung-vom-17-juli-2024-gs-vbs-protokolle-und-korrespondenzbeeinträchtigung-2024-07-17 del 17 luglio 2024

Erwägungen

E. 1

Im Jahr 2016 kaufte die damalige RUAG Holding AG in Italien gebrauchte Leopard 1 Panzer sowie diverse Ersatzteile. Zu Beginn des Jahres 2023 wurde die RUAG MRO von Rheinmetall angefragt, ob sie die in der Zwischenzeit in Italien eingelagerten Leopard 1 Panzer kaufen könne. Der Kaufvertrag wurde am 13. Februar 2023 unter dem Vorbehalt der Bewilligung der zuständigen Stellen unterzeichnet. Nach Verweigerung der Bewilligung durch den Bundesrat wurden Unstimmigkeiten betreffend des Panzerkaufs und -verkaufs festgestellt, die Fragen der Zusammenarbeit zwischen der RUAG MRO mit dem Bund als Eigner aufwarfen. Vor diesem Hintergrund wurde eine umfassende externe Untersuchung durch die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) in Auftrag gegeben, in der einerseits geprüft werden sollte, ob die Compliance-Vorgaben beim Kauf eingehalten wurden. Andererseits sollte das Zusammenspiel der Governance zwischen der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat der RUAG MRO sowie des Eigners überprüft werden.¹

E. 2

Vor diesem Hintergrund hat der Antragsteller (Journalist) am 7. November 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (GS VBS) um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: - "Sämtliche Korrespondenz zwischen dem VBS und dem Verwaltungsrat der Ruag MRO von Oktober 2019 bis Juli 2023.

¹ Medienmitteilung des Bundesrats, Externe Untersuchung im Zusammenhang mit dem Leopard-1-Kampfpanzern der RUAG MRO, abrufbar unter: Externe Untersuchung im Zusammenhang mit den Leopard-1-Kampfpanzern der RUAG MRO (admin.ch) (zuletzt besucht am 16.07.2024).

2/9 - Protokolle sämtlicher Treffen zwischen dem VBS und dem Verwaltungsrat Ruag MRO von Oktober 2019 bis Juli 2023."

E. 3

Am 13. November 2023 nahm das GS VBS Stellung und verweigerte den Zugang vollständig. Es führte aus, dass "die Chefin VBS [...] eine umfassende externe Untersuchung beschlossen [hat], um die Umstände des Panzerkaufs (Leopard 1) im Jahre

2016 und die Vertragsunterzeichnung mit Rheinmetall untersuchen zu lassen." Die ersuchten Dokumente "betreffen exakt den von der externen Untersuchung begutachteten Zeitraum." Die externe Untersuchung sei noch nicht abgeschlossen und über allfällige Folgen noch nicht entschieden. Daher könne kein Zugang zu der ersuchten Korrespondenz bzw. den Protokollen gewährt werden. Das GS VBS machte als Aufschubgründe sowohl Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ als auch Art. 8 Abs. 2 BGÖ geltend.

E. 4

Am selben Tag reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Daten- schutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Seines Erachtens schiebe das GS VBS "eine Schutzbehauptung vor, wenn es auf eine Administrativuntersuchung verweist." Im Fokus des Zugangsgesuches stünden "die Vorgänge, die vor dem Auftrag einer Administrativuntersuchung passiert sind, nicht jene ab Erteilen eines Auftrags."

E. 5

Mit Schreiben vom 15. November 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS VBS dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 6

Am 29. November 2023 nahm das GS VBS gegenüber dem Beauftragten Stellung, indem es vollumfänglich auf die Antwort an den Gesuchsteller vom 13. November 2023 verwies. Die Behörde reichte dem Beauftragten die ersuchten Dokumente nicht ein.

E. 7

Am 20. Februar 2024 publizierte die EFK den Bericht zur Prüfung der Einhaltung der Compliance- Vorgaben bei Geschäften mit dem Leopard 1 Panzer (Ziff. 1).2

E. 8

Mit E-Mail vom selben Tag forderte der Antragsteller das GS VBS dazu auf, Einsicht in die ersuchten Dokumente zu gewähren, da die Begründung der Behörde, warum es die Dokumente nicht zur Verfügung stellen wolle, mit der Veröffentlichung des Berichts entfalle.

E. 9

Das GS VBS informierte den Antragsteller ebenfalls am 20. Februar 2024 darüber, dass bereits Kontakt mit der EFK hinsichtlich der Herausgabe der Dokumente bestehe. Allerdings wies die Behörde darauf hin, dass "die EFK noch eine Prüfung der Governance [Hervorhebung im Original] im Jahr 2024 vornehmen will." Bisher stehe zudem die "Rückmeldung der EFK für eine Freigabe von Dokumenten [...], die sie für die Prüfung der Governance im 2024 nicht mehr benötigen" aus. Sofern die Dokumente von der EFK nicht mehr benötigt werden, werde das GS VBS deren Zugänglichmachung prüfen.

E. 10

Am 26. Februar 2024 teilte das GS VBS dem Beauftragten mit, dass die EFK noch keine weiteren Dokumente "freigeben" kann.

E. 11

Am 29. Februar 2024 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien wie folgt einigen konnten: 1. "Der Antragsteller schränkt sein Gesuch vom 7. November 2023 ein auf die Dokumente betreffend die Geschäfte mit dem Leopard-1-Panzer. 2. Das GS VBS nimmt bis zum 28. März 2024 Stellung zum eingeschränkten Gesuch (Ziff. 1) mit Kopie an den EDÖB. 3. Gewährt das GS VBS Zugang zum eingeschränkten Gesuch (Ziff. 1), ist das Schlichtungsverfahren erledigt. 4. Andernfalls hält der Antragsteller an seinem Schlichtungsantrag fest und teilt dies dem EDÖB bis am 11. April 2024 mit."

E. 12

Am 28. März 2024 teilte das GS VBS dem Antragsteller im Sinne der Einigung mit, dass der Zugang zu den Dokumenten betreffend die "Geschäfte mit dem Leopard-1-Panzer" aufzuschieben sei. Die "zweite Prüfung der EFK", in der das Zusammenspiel der Governance zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat der RUAG MRO sowie des Eigners untersucht wird, "ist noch

2 Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK), Prüfung der Einhaltung der Vorgaben bei Geschäften mit dem Leopard 1 Panzer, abrufbar unter: Prüfung der Einhaltung der Vorgaben bei Geschäften mit dem Leopard 1 Panzer (admin.ch) (zuletzt besucht am 16.07.2024).

3/9 nicht abgeschlossen und über entsprechende Folgen der Untersuchungen wurde noch nicht entscheiden." Somit könne zum aktuellen Zeitpunkt weiterhin kein Zugang aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ gewährt werden. Ebenso sei auch Art. 8 Abs. 2 BGÖ zu berücksichtigen. Erst nach Abschluss der Prüfung, könne "retrospektiv [Hervorhebung im Original] gesehen korrekt beurteilt werden", welche "der von Ihnen verlangten Dokumente in welchem Umfang letztlich tatsächlich die Grundlage für erst noch zu treffende politische und/oder administrative Entscheide darstellen werden." Im vorliegenden Fall könne nach Ansicht des GS VBS erst nach einem Entscheid für jedes Dokument mit der "erforderlichen Sicherheit (rückblickend) festgestellt werden, ob zwischen ihm und dem politischen oder administrativem Entscheid ein genügend enger Zusammenhang besteht und ob es für den betreffenden Entscheid das nötige materielle Gewicht aufweist."

E. 13

Am 9. April 2024 informierte der Antragsteller den Beauftragten darüber, dass er vollumfänglich an seinem Schlichtungsantrag festhält.

E. 14

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des GS VBS sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen. II Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

E. 15

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS VBS ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der

Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

E. 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.³ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben. B. Materielle Erwägungen

E. 17

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.⁴

E. 18

Um diese Aufgabe wahrnehmen zu können, hat der Gesetzgeber dem Beauftragten im Rahmen seiner Schlichtungstätigkeit bestimmte Rechte eingeräumt (Art. 20 Abs. 1 BGÖ), die ihn ermächtigen, die verlangten Dokumente einzusehen und Auskünfte zu erhalten, damit er sich ein eigenes Bild von u.a. den gegenständlichen Dokumenten und deren amtlichen Charakter machen kann.⁵ Nur so kann er seinen gesetzlichen Auftrag erfüllen.⁶ Die Auskunfts- und Einsichtsrechte in Art. 20 Abs. 1 BGÖ werden durch Art. 12b Abs. 1 VBGÖ konkretisiert. Der Behörde obliegt nach Art. 12b

3 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 4 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 5 COSSALI SAUVAIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 20, Rz. 9; BBl 2003 2031; Bundesamt für Justiz BJ, Question diverses relatives à la procédure de médiation LTrans du 8 mars 2023, p. 7 (notiz-mediation-f.pdf), zuletzt besucht am 16.07.2024; Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, 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, Ziff. 4.5. 6 Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, 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, Ziff. 4.5.

4/9 Abs. 1 VBGÖ eine Pflicht zur Mitwirkung im Schlichtungsverfahren, u.a. durch die fristgerechte Einreichung der erforderlichen Dokumente (Bst. b).⁷

E. 19

Der Beauftragte hält fest, dass das GS VBS ihm vorliegend die ersuchten Dokumente nicht zuge- stellt hat (s. Ziff. 6). In solchen Fällen kann er die von der gesuchstellenden Person verlangten Dokumente nicht ordentlich prüfen und auch nur in begrenztem Masse eine Empfehlung abgeben resp. hat kaum eine andere Wahl, als im Zweifel für den Zugang zu empfehlen.⁸ Vorliegend hat das GS VBS denn den Aufschub der Prüfung und somit des Zugangs aufgrund der von der EFK durchgeführten Untersuchung geltend gemacht. Damit rechtfertigt sich die summarische Prüfung der vorgebrachten Aufschubgründe in Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ.

E. 20

Strittig ist vorliegend der Zugang zu "sämtliche[r] Korrespondenz zwischen dem GS VBS und dem Verwaltungsrat der RUAG MRO von Oktober 2019 bis Juli 2023" sowie zu den "Protokolle[n] sämtlicher Treffen zwischen dem GS VBS und dem Verwaltungsrat der RUAG MRO" im selben Zeitraum. Es ist unbestritten, dass es sich bei den jeweiligen Dokumenten um amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ handelt.

E. 21

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. 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 Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁹

E. 22

Das GS VBS macht gegenüber dem Antragsteller geltend, dass die externe Untersuchung der EFK noch nicht abgeschlossen und über "entsprechende Folgen" noch nicht entschieden worden sei. Deshalb sei im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ der Zugang zu der ersuchten Korrespondenz sowie zu den verlangten Protokollen aufzuschieben. Der Aufschub gelte "nicht nur für die noch laufende Untersuchung der EFK, sondern auch für nachfolgende, darauf basierende Entscheide, Anordnungen, Umsetzungsmassnahmen u. dgl."

E. 23

Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.¹⁰

7 Bundesamt für Justiz, Änderung der Öffentlichkeitsverordnung Kommentar der neuen Bestimmungen vom 11. März 2011, S. 2; Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, 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, Ziff. 4.5. 8 S. Empfehlung des EDÖB vom 05.05.2023, armasuisse / Acquisition des nouveaux avions de combat; Schwegler, in: Blechta/Vasella (Hrsg.), Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK BGÖ), Art. 20, Rz. 30 m.w.H. 9 Urteile des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E.3.2.2 m.H.; A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1. 10 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 4; BGE 142 II 324 E. 3.4.

5/9

E. 24

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosses Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Gemäss Botschaft und Rechtsprechung¹¹ ist nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.¹² Als "wesentlich" gefährdet kann die freie Meinungs- und Willensbildung nur gelten, wenn sie sich als Folge der Veröffentlichung weitgehend nicht mehr verwirklichen liesse oder sie noch beeinflusst werden könnte, nachdem der Entscheid bereits getroffen ist.¹³ Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine wesentliche Beeinträchtigung.¹⁴

E. 25

Aus den in diesem Verfahren zur Verfügung stehenden Informationen (Ziff. 9 und 10) ergibt sich, dass sich das GS VBS mit der EFK dazu ausgetauscht hat, ob letztere die ihr zugestellten Dokumente noch benötigt oder ob gewisse Dokumente "freigegeben" werden können, um deren Zugang sodann im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes zu prüfen. Diese Abklärung führte zum Ergebnis, dass bis zum jetzigen Zeitpunkt keine Dokumente von der EFK "freigegeben" werden könnten und daher der Zugang aufzuschieben sei. Die Dokumente seien laut GS VBS demnach noch Teil der zweiten Prüfung der EFK zum Zusammenspiel der Governance zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat der RUAG MRO sowie des Eigners. Damit macht die Behörde geltend, dass die freie Meinungs- und

Willensbildung der EFK noch nicht abgeschlossen sei und durch eine Bekanntgabe der Informationen wesentlich beeinträchtigt werden könnte, wobei sie keine weiteren Erläuterungen betreffend die zu befürchtenden wesentlichen Beeinträchtigungen vorbringt. Auch stellt die Behörde in ihrer pauschalen Aussage zur "Freigabe" der Dokumente durch die EFK nicht dar, inwiefern die ersuchten Dokumente in den konkreten Meinungs- und Willensbildungsprozess der EFK Eingang finden. Darüber hinaus könne laut GS VBS bei einer Bekanntgabe die Meinungs- und Willensbildung zu "Entscheidungen, Anordnungen, Umsetzungsmassnahmen u. dgl." wesentlich beeinträchtigt werden, ohne näher auszuführen, um was für Entscheidungen, Anordnungen oder Massnahmen es sich dabei handeln könnte und von wem sie allenfalls getroffen bzw. angeordnet werden. Das GS VBS bringt demnach in allgemeiner Art und ohne weitergehende Begründung die Anwendung der Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ vor. Nach Ansicht des Beauftragten belegt die Behörde somit nicht, dass die verlangten Dokumente in direktem Zusammenhang mit der Meinungs- und Willensbildung der EFK oder des GS VBS stehen bzw. wie ihre Offenlegung diese im konkreten Fall wesentlich beeinträchtigen könnte.

E. 26

Das GS VBS vermochte somit bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen, dass bei jetziger Zugänglichmachung der verlangten Informationen ein ernsthaftes Risiko für eine wesentliche Beeinträchtigung seiner Meinungs- oder Willensbildung oder derjenigen einer anderen Bundesbehörde zu erwarten ist. Insgesamt erachtet der Beauftragte daher den Aufschub aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ für diese Informationen als nicht hinreichend dargetan.

11 BBl 2003 2007; Urteile des BVGer A-2352/2017 vom 11. Dezember 2019, E. 4.5.1; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.2.3; A-2186/2013 vom 14. Februar 2014 E. 6.3. 12 BBl 2003 2007. 13 BGE 133 II 209 E. 4.2; Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.7.1. 14 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 15; Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.7.1.

6/9

E. 27

Zwischenfazit: Das GS VBS hat bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt, dass bei Bekanntgabe der verlangten Informationen die freie Meinungs- und Willensbildung wesentlich beeinträchtigt werden könnte.

E. 28

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme(n) beeinträchtigt zu werden droht."¹⁵ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende

Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁶ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.¹⁷ Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.¹⁸ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

E. 29

Das GS VBS hat sich bis anhin darauf beschränkt, die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ lediglich summarisch zu begründen. Es ist für den Beauftragten nicht erkennbar und wird von der Behörde auch bis anhin nicht eingehender belegt, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigen könnte. Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung des Ausnahmetatbestands bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte anhand konkreter Dokumente nachgewiesen hat, ist der Beauftragte der Ansicht, dass der Zugang zu den verlangten Informationen nicht aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ aufgeschoben werden kann.

E. 30

Zwischenfazit: Das GS VBS hat bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargetan, dass Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zur Anwendung gelangt.

E. 31

Das GS VBS bringt gegenüber dem Antragsteller im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BGÖ vor, dass aufgrund des noch ausstehenden Abschlusses der externen Untersuchung durch die EFK und der Entscheide über "entsprechende Folgen" der Zugang aufzuschieben sei, bis der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage stellen, getroffen worden ist. Darüber hinaus ist die Behörde der Ansicht, dass erst dann korrekt beurteilt werden könne, welche "der [vorliegend ersuchten] Dokumente in welchem Umfang letztlich tatsächlich die Grundlage für erst noch zu treffende politische und/oder administrative Entscheide darstellen kann", wenn diese getroffen wurden. D.h. es könne erst "rückblickend" bzw. "retrospektiv" festgestellt werden, ob zwischen den ersuchten Dokumenten und dem administrativen oder politischen Entscheid ein genügend enger Zusammenhang bestehe und ob diese für den betreffenden Entscheid das nötige materielle Gewicht aufweisen. Nur nachdem der Entscheid "nach Artikel 8 Absatz 2 BGÖ getroffen sein wird, wird die Prüfung der fraglichen Dokumente im Rahmen des BGÖ nicht nur genügend sicher (weil rückblickend statt mutmassend prospektiv), sondern voraussichtlich auch einfacher und schneller erfolgen können".

E. 32

Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Es handelt sich bei dieser Bestimmung somit nicht um eine Verweigerung des Zugangs, sondern um einen Zugangsaufschub. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der

15 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 16 BGE 144 II 77 E. 4.3. 17 Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1. 18 Urteile des BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023 E. 4.4.1 f.; A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E 5.4.2.

7/9 Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störung und äussere Beeinflussungen. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.¹⁹ Im weiteren Sinne könnte jedes amtliche Dokument mehr oder weniger direkt einem politischen oder administrativen Entscheid zugrunde liegen und so der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes über diesen Gesetzesartikel ausgehebelt werden. Um diese nicht mit dem Gesetzeszweck zu vereinbarende Konsequenz zu vermeiden, muss das betreffende Dokument einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, gilt das fragliche Dokument als Entscheidungsgrundlage nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ.²⁰ Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.²¹ Es kann ausserdem nicht dem Zweck des Öffentlichkeitsprinzips entsprechen, Unterlagen (pauschal) vom Gesetz ausnehmen zu wollen, nur weil sie immerzu einem neuerlichen Entscheid zugrunde gelegt werden könnten.²² Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.²³ Schliesslich genügt es nicht, wenn sich die Behörde auf die Willensbildung einer anderen Behörde beruft.²⁴

E. 33

Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen denselben Schutzzweck, wobei Letzterer weiter gefasst ist und den Entscheidungsprozess umfassend schützt, ohne dass eine wesentliche Beeinträchtigung desselben nachzuweisen wäre.²⁵ Indessen fällt ein Dokument nur dann unter Art. 8 Abs. 2 BGÖ, wenn die oben genannten Anforderungen erfüllt sind (Ziff. 33).

E. 34

Das GS VBS macht geltend, dass die vorliegend ersuchten Dokumente Grundlage eines politischen oder administrativen Entscheids seien, ohne zu nennen, welche Dokumente konkret vorhanden sind und inwiefern diese einen engen Zusammenhang mit einem politischen oder administrativen Entscheid aufweisen. Es ist für den Beauftragten nicht nachvollziehbar, auf welche konkreten Dokumente sich der Aufschiebungsbezug beziehen soll und inwiefern diese Dokumente tatsächlich einem administrativen oder politischen Entscheid des GS VBS zugrunde liegen. Sofern sich das GS VBS auf noch ausstehende politische oder administrative Entscheide der EFK bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass es laut Lehre²⁶ nicht genügt, wenn sich die Behörde auf die Willensbildung einer anderen Behörde beruft. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass aus den dem Beauftragten in diesem Verfahren zur Verfügung stehenden Informationen nicht ersichtlich ist, ob die vorliegend interessierenden Dokumente von der EFK überhaupt gesichtet resp. für ihre Prüfung herangezogen wurden. Betreffend die allfälligen Entscheide über "entsprechende Folgen",

die nach Abschluss der zweiten Untersuchung der EFK zu treffen seien, ist zu bemerken, dass Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht herangezogen werden kann, wenn ein Dokument lediglich bei künftigen gleich- gelagerten – aber noch abstrakten – Entscheiden als Grundlage dienen könnte, ohne einen konkreten Bezug im Sinne der Rechtsprechung herzustellen.²⁷ Die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs konnte somit nach Ansicht des Beauftragten nicht widerlegt werden.

E. 35

In Bezug auf die Argumentation des GS VBS, wonach die Frage, ob ein Dokument die Grundlage eines politischen bzw. administrativen Entscheids darstellt und einen entsprechend engen Zusammenhang hat, erst nach dem jeweiligen Entscheid evaluiert werden kann, hält der Beauftragte fest, dass eine derartige Auslegung den Sinn und Zweck vom Öffentlichkeitsprinzip unterläuft. Art. 8 Abs. 2 BGÖ bezweckt einerseits, dass die betroffene Behörde ihren Entscheid treffen kann, ohne äusserem Druck ausgesetzt zu werden (vgl. Ziff. 32). Andererseits ermächtigt die Bestimmung zur frühzeitigen Einsicht in all jene Dokumente, die nicht von beträchtlichem materiellem

19 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz. 32; Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4. 20 Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3; A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1. 21 MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz. 30. 22 Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.2; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3. 23 Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014–2018, Ziff. 28. 24 HÄNER, in: BSK/BGÖ, Art. 8, Rz. 10 m.w.H. 25 Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H. 26 HÄNER, in: BSK BGÖ, Art. 8, Rz. 10 m.w.H. 27 Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.2 m.w.N.; A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.4.

8/9 Gewicht für einen konkreten behördlichen oder politischen Entscheid sind und keinen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem solchen aufweisen.²⁸ Wie bereits unter Ziffer 32 beschrieben könnte jedes amtliche Dokument mehr oder weniger direkt einem politischen oder administrativen Entscheid zugrunde liegen. Es ist also an der zuständigen Behörde zu prüfen und nachzuweisen, welche Dokumente und Informationen eine besondere Rolle im Sinne der Rechtsprechung für die unabhängige Entscheidungsfindung spielen und deren frühzeitige Zugänglichkeit eine solche gefährden könnte. Die vorliegende Lesart des GS VBS einer "retrospektiven" Prüfung der Relevanz eines Dokuments für einen Entscheid wurde von der Rechtsprechung bereits sinngemäss verworfen,²⁹ da damit wiederum jedes amtliche Dokument mehr oder weniger direkt einem künftigen politischen oder administrativen Entscheid zugrunde gelegt und somit vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen werden könnte. Sie widerspricht dem Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips.

E. 36

Zwischenfazit: Der Beauftragte ist der Ansicht, dass das GS VBS bis anhin nicht dargetan hat, dass es sich um einen besonderen Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGÖ handelt.

E. 37

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das GS VBS hat bis anhin nicht dargetan, dass der Zugang nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ oder Art. 8

Abs. 2 BGÖ aufgeschoben werden kann. Der Grundsatz des freien Zugangs zu den ersuchten Dokumenten konnte somit bis anhin nicht widerlegt werden.

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

28 Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3; A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1. 29 Urteile des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3; A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1.

9/9 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 38

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport gewährt den Zugang zu den ersuchten Dokumenten.

E. 39

Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 40

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 41

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 42

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 43

Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X.__ (Antragsteller) - Einschreiben mit Rückschein (R)

Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport Bundeshaus Ost 3003 Bern

Reto Ammann Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

Lena Hehemann Juristin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.