



Bern, 21. Dezember 2017

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**A
(Antragsteller 1)**

**B
(Antragsteller 2)**

**C
(Antragstellerin 3)**

**D
(Antragsteller 4)**

und

Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Ende 2016 informierte das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS über die vorläufige Freistellung des Oberfeldarztes der Armee.¹ Im Januar 2017 ordnete der Vorsteher des VBS eine Administrativuntersuchung an, um die Vorwürfe gegen den Oberfeldarzt und die Umstände von dessen vorläufiger Freistellung abklären zu lassen.² Nach Abschluss dieser Untersuchung informierte das VBS am 22. September 2017 mittels Medienmitteilung über die Ergebnisse dieser Administrativuntersuchung und die Aufhebung der Freistellung per 30. September 2017.³
2. Daraufhin gelangten mehrere Personen – darunter auch die Antragstellenden (Journalisten) – mit einem Zugangsgesuch gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) an das VBS und ersuchten insbesondere um Zugang zum Administrativuntersuchungsbericht. Der Antragsteller 2 verlangte darüber hinaus Zugang zum Auftrag des Departementsvorstehers VBS an den mit der Administrativuntersuchung beauftragten Rechtsanwalt sowie zu allen „Unterlagen, die dem

¹ Medienmitteilung VBS vom 09.12.2016: Oberfeldarzt der Armee vorläufig freigestellt [abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-64913.html>] (zuletzt besucht am 12.12.17)].

² Medienmitteilung VBS vom 23.01.2017: Administrativuntersuchung im Fall des Oberfeldarztes [abrufbar unter: <http://www.vbs.admin.ch/content/vbs-internet/de/home.detail.nsb.html/65356.html>] (zuletzt besucht am 12.12.17)].

³ Medienmitteilung VBS vom 22.09.2017: Oberfeldarzt der Armee: Administrativuntersuchung bestätigt Unschuld [abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-68207.html>] (zuletzt besucht am 12.12.17)].



Chef VBS vor der Einreichung der Strafanzeige bei der Bundesanwaltschaft als Dossier vorgelegt wurden“. Der Antragsteller 4 ersuchte sodann um „tous les documents pertinents concernant la suspension, puis la réhabilitation“ des Oberfeldarztes.

3. Am 13. Oktober 2017 erhielten die Antragstellenden je eine inhaltlich gleichlautende abschliessende Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ zu ihren Gesuchen. Das VBS teilte ihnen mit, dass zurzeit keine Einsicht in die Untersuchungsunterlagen gewährt werde (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Zum einen sei aufgrund der Untersuchungsergebnisse die Freistellung des Oberfeldarztes aufgehoben worden. Zum anderen seien weitere Massnahmen ergriffen und Abklärungen in die Wege geleitet worden, die noch nicht umgesetzt bzw. abgeschlossen seien. Diesbezüglich würden noch Entscheide anstehen, die das VBS frei und ohne Beeinflussung fällen wolle. Sobald diese Entscheide gefällt und umgesetzt worden seien, könne der mögliche Zugang (erneut) geprüft werden, insbesondere unter Berücksichtigung des Daten- und Persönlichkeitsschutzes. Dazu müssten allenfalls die betroffenen Personen angehört werden.
4. In der Folge reichten die vier Antragstellenden zwischen dem 16. und 27. Oktober 2017 je einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein, deren Erhalt der Beauftragte jeweils sogleich bestätigte. Am 21. November 2017 teilte er den Antragstellenden zudem mit, dass die Frist für das Schlichtungsverfahren gestützt auf Art. 12a Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.319) angemessen verlängert wird.
5. Auf Aufforderung des Beauftragten reichte das VBS am 7. November 2017 eine ergänzende Stellungnahme sowie von den Zugangsgesuchen betroffene Dokumente ein, namentlich den Administrativuntersuchungsbericht in einer als „Exemplar EDÖB“ bezeichneten Version.
6. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellenden und des 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

7. Die Antragstellenden reichten je ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim VBS ein. Dieses schob den Zugang zu den verlangten Dokumenten auf. Die Antragstellenden sind als Teilnehmende an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
8. Die Zugangsgesuche bzw. Schlichtungsanträge beziehen sich weitgehend auf dieselben Dokumente. Deshalb rechtfertigt es sich im jetzigen Verfahrensstadum, die Schlichtungsverfahren zu vereinigen und mit einer Empfehlung zu erledigen. Da die Schlichtungsanträge in unterschiedlichen Amtssprachen (deutsch und französisch) vorliegen, wird diese Empfehlung noch ins Französische übersetzt. Um allfällige Widersprüche oder Missverständnisse auszuschliessen, erklärt der Beauftragte jedoch die Empfehlung in deutscher Sprache für massgebend.



9. 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.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁵
11. Im Rahmen der Administrativuntersuchung wurden zum einen die konkret gegen den Oberfeldarzt erhobenen Vorwürfe untersucht und zum anderen die Umstände seiner vorläufigen Freistellung abgeklärt.⁶ Das VBS hat den Zugang zu den Ergebnissen dieser Untersuchung (Bericht) sowie zu den weiteren verlangten Dokumenten integral aufgeschoben und begründet dies damit, dass eine sofortige Offenlegung der Dokumente seine freie Meinungs- und Willensbildung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ hinsichtlich noch ausstehender Entscheide des VBS beeinträchtigen würde (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Aufgrund des Administrativuntersuchungsberichts habe der Departementsvorsteher VBS verschiedene personal- und organisationsrechtliche Massnahmen ergriffen, die sich aus den Empfehlungen des Berichts ergeben würden. Wenn der Zugang zu den beantragten Unterlagen zum jetzigen Zeitpunkt gewährt würde, könnten diese anstehenden Entscheide nicht frei und ohne Beeinflussung gefällt und nicht rechtskonform umgesetzt werden. Erst danach könne der mögliche Zugang erneut geprüft werden, insbesondere unter Berücksichtigung des Daten- und Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Personen.
12. Nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.⁷
13. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, den die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Dabei muss zwischen dem in Frage stehenden Dokument und dem jeweiligen politischen oder administrativen Entscheid eine relativ enge Verbindung bestehen.⁸ Damit das betreffende Dokument als Entscheidungsgrundlage gilt, muss dieses einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein.⁹ Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.
14. Art. 8 Abs. 2 BGÖ überschneidet sich mit der Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ¹⁰, auf welche sich das VBS ebenfalls beruft. Demnach kann der Zugang zu amtlichen

⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 2024.

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

⁶ Vgl. Medienmitteilung vom 23.01.2017 (Fn. 2).

⁷ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 32.

⁸ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 26 ff.

⁹ Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3.

¹⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 14.



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.

15. Erweist sich im Ergebnis eine Einschränkung des Zugangs als gerechtfertigt, so muss die Behörde in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips dafür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsgesetz am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.¹¹ Demnach darf der Zugang nicht komplett verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach den Ausnahmebestimmungen von Art. 7–9 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu denjenigen Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind.¹²
16. In seiner ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten legt das VBS die verschiedenen in Gang gesetzten bzw. geplanten Massnahmen dar. Das VBS erläutert hingegen nicht, ob und inwiefern die konkreten Inhalte der von den Antragstellenden verlangten Dokumente in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit den noch ausstehenden Entscheiden bzw. den noch nicht vollständig umgesetzten Massnahmen stehen sollen und worin die wesentliche Beeinträchtigung seiner freien Meinungs- und Willensbildung liegen soll.
17. Der Beauftragte schliesst aufgrund gewisser vom VBS genannten Massnahmen nicht aus, dass einzelne Dokumente oder Passagen für die damit verbundene Meinungs- und Willensbildung gewichtig und wesentlich und damit schützenswert im Sinne von „aufschubwürdig“ sein könnten. Er ist jedoch der Auffassung, dass sich vorliegend ein *vollständiger* Zugangsaufschub zu sämtlichen Inhalten aller Dokumente nicht mit den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbaren lassen.
18. Der Beauftragte gibt zu bedenken, dass beispielsweise einzelne Ergebnisse der Administrativuntersuchung sowie gewisse beschlossene Massnahmen bereits öffentlich kommuniziert wurden.¹³ Mit Abschluss der Administrativuntersuchung und der Aufhebung der Freistellung des Oberfeldarztes beurteilt der Beauftragte zudem den Meinungsbildungsprozess hinsichtlich der konkret gegen den Oberfeldarzt erhobenen Vorwürfe und die Beurteilung und Würdigung derselben als abgeschlossen. Folglich kann der Zugang zu den entsprechenden Informationen über die untersuchten Vorwürfe und zu weiteren bereits öffentlich bekannten Informationen gestützt auf Art. 8 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ nicht gänzlich aufgeschoben oder verweigert werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der angeführten öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, aber auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen. Zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann.¹⁴ Bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung zudem höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine *wesentliche* Beeinträchtigung.¹⁵
19. Schliesslich weist der Beauftragte darauf hin, dass gerade bei Verdacht auf verwaltungsinterne Missstände ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse an Transparenz besteht.¹⁶ Auch

¹¹ BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

¹² Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.2.

¹³ Vgl. Medienmitteilung vom 22.09.2017 (Fn. 3).

¹⁴ Urteil des BGer 1C_428/2016 vom 27. September 2017 E. 3.

¹⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 15.

¹⁶ Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.2.3.1.



die bereits erfolgte intensive Medienberichterstattung sowie die Anzahl der beim VBS in dieser Angelegenheit eingegangenen Zugangsgesuche sprechen für ein solches besonderes Informationsinteresse der Öffentlichkeit und rechtfertigen nach Ansicht des Beauftragten einen möglichst raschen Zugang zu den entsprechenden Informationen. Zumal sich auch die Politik mit den Ereignissen rund um die Freistellung des Oberfeldarztes beschäftigt.¹⁷

20. Damit gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die vom VBS geltend gemachten Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ höchstens auf näher zu bezeichnende Teile der herausverlangten Dokumente Anwendung finden können. Der generelle Zugangsaufschub erscheint dem Beauftragten unverhältnismässig, zumal dessen Dauer nicht hinreichend absehbar ist. Seiner Ansicht nach stehen nicht alle Dokumente und insbesondere nicht sämtliche Inhalte der Dokumente in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit noch ausstehenden Entscheiden, weshalb diesbezüglich auch keine wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung zu erwarten ist. Folglich empfiehlt der Beauftragte dem VBS, die Zugänglichkeit der verlangten Dokumente erneut zu überprüfen und dabei dem Verhältnismässigkeitsprinzip das nötige Gewicht einzuräumen.
21. Soweit der Zugang zu einzelnen Dokumenten oder Passagen *nicht* gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufgeschoben werden kann, hat das VBS die Dokumente zudem auf das Vorhandensein von weiteren Ausnahmetatbeständen gemäss dem Öffentlichkeitsgesetz hin zu überprüfen. Im Hinblick auf die in den Dokumenten enthaltenen Personendaten hat das VBS gegebenenfalls die betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ anzuhören. Aus prozessökonomischen Überlegungen regt der Beauftragte an, die betroffenen Dritten bereits im jetzigen Zeitpunkt zu sämtlichen in den Dokumenten enthaltenen Personendaten anzuhören, selbst wenn der Zugang zu einzelnen Inhalten vorübergehend noch aufgeschoben werden sollte. Nach erneuter Prüfung der Zugänglichkeit der Dokumente und durchgeführter Anhörungen informiert das VBS die Antragstellenden und betroffenen Drittpersonen über den Umfang der Zugangsgewährung. Wird der Zugang zu einzelnen Dokumenten oder gewissen Teilinhalten weiterhin aufgeschoben oder verweigert, ist dies hinreichend zu begründen.

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

22. Das Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport prüft die Zugänglichkeit der nachgesuchten Dokumente entsprechend den Erwägungen in den Ziffern 20 und 21 erneut und berücksichtigt dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip.
23. Die Antragstellenden können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
24. Das Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
25. Das Eidg. Departement 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).

¹⁷ Medienmitteilung GPK-N/S vom 25. September 2017 [abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpk-n-s-2017-09-25a.aspx> (zuletzt besucht am 12.12.17)].



26. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar still.
27. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
28. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Antragsteller 1
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Antragsteller 2
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Antragstellerin 3
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Antragsteller 4
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidg. Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport
Generalsekretariat
3003 Bern

Adrian Lobsiger