



Bern, 18. August 2022

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

X.
(Antragstellerin)

und

Generalsekretariat des Eidgenössischen Departementes für Verteidigung Bevölkerungsschutz und Sport GS-VBS

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Am 11. Februar 2022 hat die Antragstellerin (Journalistin) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim GS-VBS wie folgt um Zugang zu amtlichen Dokumenten ersucht:
"Crypto AG: Bericht Oberholzer zu Handen VBS: Der 'erste' Bericht Oberholzer zu Handen des VBS – bevor die Untersuchung Oberholzers in die Untersuchung der GPDeI integriert wurde. Konkrete Informationen zu Informationsbeschaffung oder Personennamen können geschwärzt werden. Kontext: Ich meine damit nicht den Bericht 'Oberholzer', der in den Bericht der GPDeI eingearbeitet wurde und als 'geheim' klassifiziert ist, sondern den Bericht vor dem Zusammenlegen der beiden Untersuchungen."
2. Nachfolgend werden in den Ziffern 3 bis 10 die Hintergründe des komplexen Sachverhalts, der diesem Zugangsgesuch zugrunde liegt, anhand des im Bundesblatt publizierten Berichts der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte (GPDeI) vom 2. November 2020 zum Fall Crypto AG (nachfolgend Inspektionsbericht GPDeI)¹ sowie der im Bundesblatt publizierten Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021² dargestellt:
3. Am 13. Februar 2020 beschloss die GPDeI an einer ausserordentlichen Sitzung, eine Inspektion zum Fall Crypto AG einzuleiten. Anlass für die Untersuchung der GPDeI, die unmittelbar nach der

¹ [Fall Crypto AG Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 2. November 2020, BBl 2021 156 \(nachfolgend Inspektionsbericht GPDeI\)](#), besucht am 17. August 2022.

² Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021, BBl 2021 1222, besucht am 17. August 2022.



Inspektionseröffnung ihre Arbeit aufnahm, waren Hinweise, wonach die Crypto AG im Auftrag ausländischer Nachrichtendienste Verschlüsselungsgeräte exportiert hatte, deren Verschlüsselung geknackt werden konnte.³

4. Nachdem die GPDeI sich am 19. Dezember 2019 neu konstituiert hatte, nahm sie an ihrer ersten Sitzung vom 20. Januar 2020 Kenntnis vom Beschluss des Bundesrates, alt Bundesrichter Dr. Niklaus Oberholzer mit einem Forschungsauftrag zur Aufarbeitung des Falles Crypto AG zu betrauen.⁴ Im Inspektionsbericht GPDeI⁵ erläutert die GPDeI, dass "der Bundesrat, auf Empfehlung des VBS, an seiner Sitzung vom 20. Dezember 2019 den Beschluss gefasst hat, einem Forschungsgremium das Mandat zu erteilen, den Fragekomplex rund um die Crypto AG aufzuarbeiten, und das VBS damit beauftragt [hat], dem Bundesrat bis zur Sitzung vom 15. Januar 2020 einen Vorschlag für die Leitung des Forschungsgremiums vorzulegen und bis Ende Februar 2020 über das weitere Vorgehen Bericht zu erstatten. [...] Aus der an der Sitzung getroffenen Sprachregelung geht hervor, dass der Bundesrat zu jenem Zeitpunkt davon ausging, dass es sich lediglich um eine historische Recherchearbeit handelt." Weiter ist dem GPDeI-Bericht zu entnehmen, dass "[a]n der Sitzung vom 15. Januar 2020 [...] der Bundesrat auf Antrag des VBS [entschieden hat,] alt Bundesrichter Dr. Niklaus Oberholzer als Leiter des Forschungsgremiums einzusetzen. Gemäss dem Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2020 war der Auftrag wie folgt definiert: Er sollte eine ganzheitliche Prüfung des Sachverhaltes um das Unternehmen Crypto AG ab 1945 bis zur Aufspaltung des Unternehmens im Februar 2018 durchführen. Dabei sollte untersucht werden, welche Rolle der Bundesverwaltung und den politischen Behörden zukam. Gemäss dem Antrag des VBS fielen aktuelle Fragen der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit von nachrichtendienstlichen Tätigkeiten in die Zuständigkeit der regulären Aufsichtsbehörden (Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten [AB-ND] und GPDeI) [...]."⁶ Weiter geht aus dem Bericht der GPDeI hervor, dass alt Bundesrichter Oberholzer zur Unterstützung seiner Arbeit auf Juristen einer renommierten Anwaltskanzlei zurückgreifen sollte, welche schliesslich nicht in Anspruch genommen wurde. Aus den dem Beauftragten vorliegenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass abgesehen von der Ernennung von alt Bundesrichter Oberholzer, ein Forschungsgremium eingesetzt worden wäre.
5. Im Inspektionsbericht der GPDeI wird ausgeführt, dass am 7. November 2019 in einer Sitzung mit der Departementsvorsteherin des VBS, dem Vizekanzler, dem Generalsekretär des VBS, der Generalsekretärin des EJPD und den Vertretern des NDB im Zusammenhang mit der Crypto AG beschlossen wurde, eine interdepartementale Arbeitsgruppe (IDAG) einzusetzen. "Zu jenem Zeitpunkt war die Informationsgrundlage unklar und mehrere Departemente wurden mit Gesuchen gemäss [dem Öffentlichkeitsgesetz] und des [Bundesgesetzes über die Archivierung, Archivierungsgesetz, BGA; SR 152.1] konfrontiert. Auftrag der IDAG war, die Informationen im Sinne einer Auslegeordnung zusammenzutragen, unter anderem um gestützt auf diese Arbeiten das weitere Vorgehen zu beschliessen. Der Sachverhalt rund um das Unternehmen Crypto AG sollte vertieft geprüft werden. Die Arbeitsgruppe traf sich zu einer ersten Sitzung am 18. November 2019 unter der Leitung des Generalsekretärs des VBS. Die Bundeskanzlei (BK) wurde miteinbezogen, da man davon ausging, dass auch der Gesamtbundesrat betroffen war und die BK die Information koordinieren sollte." Gemäss Inspektionsbericht GPDeI traf sich die IDAG fünfmal. Dazu führt die GPDeI aus: "Es scheint als hätten zwei Aspekte im Vordergrund der Tätigkeit der IDAG gestanden: Einsichtsgesuche im Sinne des BGÖ und die Erarbeitung der Chronologie durch den NDB. [...] Letztlich verzichtete die IDAG auf eine eigene, detaillierte Erarbeitung des Sachverhaltes mit Verweis auf die am 16. Januar 2020 begonnenen Arbeiten von Niklaus Oberholzer [...]. Der Bundesrat hat am 15. Januar 2020 beschlossen, dass die IDAG das eingesetzte Forschungsgremium um Herr Oberholzer beratend unterstützen soll. [...]. Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die IDAG im Sinne der oben genannten Aufgaben in erster Linie mit Fragen formeller Art beschäftigte und den Informationsaustausch zu den Medienanfragen sicherstellte. Vor dem Hintergrund der

³ Inspektionsbericht GPDeI, S. 8 und 38.

⁴ Inspektionsbericht GPDeI, S. 8.

⁵ [Inspektionsbericht GPDeI](#), S. 36.

⁶ Inspektionsbericht GPDeI, S. 4, 36.

Intervention der GPDel und auch mit dem Bekanntwerden der durchgeführten Standortbestimmung des NDB kam der IDAG lediglich eine koordinierende Funktion zu, deren Arbeiten dem Bundesrat nur beschränkt als Entscheidungsgrundlage dienen konnten."⁷

6. Als die GPDel ihre Untersuchung eröffnet hatte, war alt Bundesrichter Oberholzer bereits seit dem 16. Januar 2020 als externer Experte und Leiter des Forschungsgremiums tätig.⁸ Den in Ausführung des Bundesratsbeschlusses vom 15. Januar 2020 erstellten Schlussbericht Forschungsauftrag Crypto AG vom 22. März 2020, der Gegenstand des in Ziffer 1 erwähnten Zugangsgesuches ist, übermittelte alt Bundesrichter Oberholzer dem GS-VBS zuhanden des Bundesrats.
7. Am 14. Februar 2020 hat die GPDel dem Bundesrat die Eröffnung ihrer Inspektion angezeigt und ihm die Ermächtigung im Sinne von Art. 154a des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10) erteilt, die Untersuchung Oberholzer weiterzuführen. Am 21. Februar 2020 hat die GPDel dem Bundesrat dann mitgeteilt, dass sie diese Ermächtigung widerruft.⁹
8. In der Medienmitteilung vom 26. Februar 2020 hat die GPDel informiert, ihre bisherigen Abklärungen hätten gezeigt, dass ein Nebeneinander mehrerer Untersuchungen mit unterschiedlichen Auftraggebern für ihre Inspektion nicht zielführend sei. Sie erklärte: "Im Interesse einer raschen und effizienten Aufklärung der Angelegenheit hat die GPDel entschieden, dass die Abklärungen durch alt Bundesrichter Oberholzer ab sofort unter der Federführung der GPDel fortgesetzt werden. Damit werden alle Abklärungen zum Fall Crypto AG gestützt auf Art. 154a [ParlG] in der Inspektion der GPDel vereint."¹⁰
9. Der Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021 zum Inspektionsbericht GPDel¹¹ ist zu entnehmen, dass die Bundespräsidentin am 5. März 2020 der GPDel schriftlich mitgeteilt hat, "[...] dass der Bundesrat den Entscheid der GPDel, die Ermächtigung zur Weiterführung der Untersuchung durch Niklaus Oberholzer zu widerrufen, zur Kenntnis nehme. In diesem Schreiben sicherte der Bundesrat der GPDel zu, die reibungslose Übergabe der Dossiers zu gewährleisten und die Untersuchung der Delegation zu unterstützen." Weiter ist der Stellungnahme des Bundesrates zu entnehmen: "Der Bundesrat versteht die Absicht der GPDel, die Untersuchung unter einer einzigen Leitung durchzuführen, und hält sie für methodisch und inhaltlich sinnvoll."
10. Gemäss Inspektionsbericht nahm Herr Oberholzer am 2. März 2020 offiziell seine Arbeit als Untersuchungsbeauftragter der GPDel auf. "Er hatte Zugang zu allen Unterlagen, welche die GPDel erhalten hatte, und erhielt die Protokolle aller relevanten Anhörungen der Delegation zur Kenntnisnahme. [...]. Am 2. Juli 2020 besprach Herr Oberholzer den Entwurf seines Berichtes mit der GPDel und übergab ihn danach in seiner endgültigen Form der Delegation. Im Bericht werden alle verfügbaren Informationen zusammengetragen, darunter auch diejenigen, welche die GPDel aus Geheimhaltungsgründen im vorliegenden Inspektionsbericht ausgelassen hat [...]."¹² Anlässlich der Vorstellung und Kenntnisnahme des Jahresberichtes der GPK und GPDel in der Frühjahrs-session 2021 des National- und Ständerates äusserte sich der Präsident der GPDel im Nationalrat zum Expertenbericht, den alt Bundesrichter Oberholzer im Auftrag der GPDel erstellt hatte: "Für den Bericht arbeitete [alt Bundesrichter Oberholzer] die operativen Akten der Vorgängerorganisation des NDB auf und trug die relevanten Informationen zusammen. Er führte jedoch keine Anhörungen durch. Die sensiblen Details zur nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung mussten im Inspektionsbericht der GPDel somit nicht mehr im Einzelnen ausgeführt werden." Der rund hundertseitige, als geheim klassifizierte Bericht Oberholzer war ausschliesslich für die Delegation und den Bundesrat bestimmt. Der Bericht sollte es dem Bundesrat erlauben, sich im Detail über die vergangenen Aktivitäten des Nachrichtendienstes zu informieren. [...] Aus Sicht der GPDel war der Bericht Oberholzer geeignet, diese Lücken zu schliessen. Die GPDel hatte den Expertenbericht Oberholzer in Auftrag gegeben und die Ergebnisse mit ihm diskutiert und ihren Inspektionsbericht soweit nötig mit seinen Erkenntnissen ergänzt. Herr Oberholzer trägt die alleinige Verantwortung für den Inhalt seines Berichtes, der somit von der GPDel weder genehmigt noch

⁷ Inspektionsbericht GPDel, S. 33f.

⁸ Inspektionsbericht GPDel, S. 4, 36 und 38.

⁹ Inspektionsbericht GPDel, S. 38 und 42

¹⁰ [Medienmitteilung vom 26. Februar 2020: Crypto AG: Geschäftsprüfungsdelegation übernimmt Federführung der Abklärungen \(parlament.ch\), besucht am 17. August 2022.](#)

¹¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021 zum Inspektionsbericht GPDel, S. 4.

¹² Inspektionsbericht GPDel, S. 9.

abgeändert wurde. Deshalb konnte der Bericht Oberholzer nicht Gegenstand der Konsultation des Inspektionsberichtes der GPDel sein, anlässlich derer der Bundesrat gemäss Artikel 157 [ParlG] vor der Publikation Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt." Zur Einsicht des Bundesrates in diesen Bericht wird auf die Ausführungen des Präsidenten der GPDel an der vorerwähnten Vorstellung des Inspektionsberichts GPDel¹³ sowie auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021¹⁴ verwiesen.

11. Der Inspektionsbericht GPDel vom 2. November 2020 wurde im Bundesblatt (BBI 2021 156) veröffentlicht wie auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021 nach Art. 158 ParlG (BBI 2021 1222).¹⁵ Der im Auftrag der GPDel erstellte Expertenbericht Oberholzer wurde von der GPDel als geheim klassifiziert.
12. Aufgrund der vom GS-VBS im Schlichtungsverfahren zugestellten Unterlagen, des Inspektionsberichtes GPDel und der Vorstellung des Jahresberichtes 2020 der GPK und GPDel sind folgende Berichte zu unterscheiden:
 - a. Schlussbericht Forschungsauftrag Crypto AG vom 22. März 2020 alt Bundesrichter Oberholzer Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2020; Klassifikation vertraulich
Schlussbericht, zugestellt an das GS-VBS (siehe Ziffer 6)
Gegenstand des Zugangsgesuches nach Ziffer 1
 - b. Expertenbericht alt Bundesrichter Oberholzer, Datum unbekannt
Auftrag GPDel; Klassifikation geheim
Expertenbericht, zugestellt an die GPDel (siehe Ziffer 10)
 - c. Fall Crypto AG Bericht der GPDel vom 2. November 2020
veröffentlicht im Bundesblatt BBI 2021 156
Inspektionsbericht GPDel (siehe Ziffern 10)
 - d. Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021 zum Inspektionsbericht GPDel
veröffentlicht im Bundesblatt BBI 2021 1222 (siehe Ziffer 10).
13. Am 25. Februar 2022 verweigerte das GS-VBS den Zugang zu dem von der Antragstellerin verlangten Schlussbericht Forschungsauftrag Crypto AG vom 22. März 2020 (siehe Ziffer 1, nachfolgend Schlussbericht) vollständig. Es begründete dies der Antragstellerin mit der Argumentation, der Schlussbericht sei im Auftrag des Bundesrates zu seinen Händen verfasst und von ihm im Rahmen eines (vertraulichen) Mitberichtsverfahrens zur Kenntnis genommen worden. Nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ bestünde kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens.
14. Mit Schreiben vom 28. Februar 2022 reichte die Antragstellerin beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein. Sie zitiert darin den Inspektionsbericht der GPDel (S. 4, 9, 36 und 37) und erklärte, der von ihr verlangte Schlussbericht sei nicht Teil des Mitberichtsverfahrens (siehe Ziffer 26).
15. Der Beauftragte bestätigte mit Schreiben vom 3. März 2022 gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das GS-VBS dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
16. Mit E-Mail vom 15. März 2022 reichte das GS-VBS dem Beauftragten seine Stellungnahme u.a. mit folgenden Dokumenten ein:
 - Begleitblatt Bundesratsgeschäft vom 7. April 2020 mit unterzeichnetem Bundesratsantrag sowie zwei Beilagen (Entwurf des Beschlussdispositivs und Schlussbericht Forschungsauftrag Crypto AG vom 22. März 2020 (VERTRAULICH))
 - Begleitblatt Bundesratsgeschäft vom 7. April 2020 mit Bundesratsbeschluss vom 22. April 2020

¹³ 21.004 | Jahresbericht 2020 der GPK und der GPDel | Heer Alfred | Votum | Das Schweizer Parlament vgl. auch Votum Philippe Bauer im Ständerat 21.004 | Jahresbericht 2020 der GPK und der GPDel | Amtliches Bulletin | Das Schweizer Parlament, besucht am 27. Juli 2022.

¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Mai 2021, S. 4f.

¹⁵ BBI 2021 1222 (parlament.ch), besucht am 17. August 2022.

- Begleitblatt Bundesratsgeschäft vom 13. Januar 2020 mit Aussprachepapier und Beilage Entwurf des Beschlussdispositivs
- Begleitblatt Bundesratsgeschäft vom 13. Januar 2020 mit Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2020.

Das GS-VBS argumentiert auch in seiner Stellungnahme an den Beauftragten, der Schlussbericht unterliege nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. Einerseits sei dieses Gesetz auf den (Gesamt)Bundesrat nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario*). Andererseits gewähre das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ ausdrücklich keinen Zugang zu einem Dokument eines bundesrätlichen Mitberichtsverfahrens (Art. 8 Abs. 1 BGÖ).

17. Mit E-Mail vom 30. März 2022 ersuchte der Beauftragte das GS-VBS um die Zustellung des Vertrages vom 20. Januar 2020 zwischen dem VBS und alt Bundesrichter Oberholzer.
18. Mit E-Mail vom 4. April 2022 stellte das GS-VBS dem Beauftragten das gewünschte Dokument zu.
19. Am 12. Mai 2022 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die Parteien sich nicht einigen konnten.
20. Mit E-Mail vom 16. Mai 2022 präzisierte das GS-VBS betreffend Begleitblatt zum Bundesratsgeschäft vom 22. April 2020 (Bundesratsantrag vom 7. April 2020) seine Stellungnahme an den Beauftragten.
21. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin 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

22. Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS-VBS ein. Dieses verweigerte den Zugang zum verlangten Schlussbericht. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin 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).
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.¹⁶ 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

24. 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.¹⁷
25. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist der von alt Bundesrichter Oberholzer verfasste und beim GS-VBS eingereichte Schlussbericht (siehe Ziffer 12 Bst. a) und nicht sein Expertenbericht, den er als Untersuchungsbeauftragter für die GPDeI erstellt hat (siehe Ziffer 12 Bst. b).
26. Die Antragstellerin ordnet den von ihr verlangten Schlussbericht nicht dem Mitberichtsverfahren zu. Sie erklärt im Schlichtungsantrag: "Das VBS setzte alt Bundesrichter Oberholzer ein als

¹⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

¹⁷ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

Leiter eines Forschungsgremiums, das primär die Aufarbeitung historischer Ereignisse zur Aufgabe hatte. Im Laufe der Arbeiten zeigte sich (durch die Intransparenz innerhalb des VBS), dass die Dimension grösser war als angenommen, nicht nur 'historisch' und dass bisher nicht bekannte Dokumente zur Affäre 'Crypto AG' existierten. Oberholzer führte darauf mit den neuen Materialien eine Untersuchung zu Handen der GPDel. Die historische Aufarbeitung zu Handen des VBS schloss er zu diesem Zeitpunkt ab und übergab die Resultate an das VBS [...]. Wie die GPDel schreibt, war die Aufgabe Oberholzers und des Forschungsgremiums nicht die Unterstützung des Bundesrates bei der Bewältigung des Falles Crypto AG. Erst seine weitere Tätigkeit, nicht mehr im Forschungsgremium, sondern für die GPDel, führte zum sogenannten geheimen 'Oberholzer-Bericht', der in den GPDel-Bericht einfluss. Der geheime 'Oberholzer-Bericht' war dann zusammen mit dem Inspektionsbericht der GPDel die Basis für die Entscheidungsfindung des Bundesrats."

27. Das GS-VBS legt in seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 15. März 2022 dar, das Öffentlichkeitsgesetz gelte einerseits aufgrund von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ für die Bundesverwaltung und *e contrario* nicht für den (Gesamt-)Bundesrat. Andererseits gewähre das Öffentlichkeitsgesetz laut Art. 8 Abs. 1 BGÖ auch ausdrücklich keinen Zugang zu diesem Dokument des bundesrätlichen Mitberichtsverfahrens. Es führt aus, der Schlussbericht sei im Auftrag des Bundesrates zu seinen Handen verfasst und vom Bundesrat im Rahmen eines (vertraulichen) Mitberichtsverfahrens (Bundesratsantrag vom 7. April 2020 und -beschluss vom 22. April 2020) zur Kenntnis genommen worden. Aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BGÖ bestehe kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Im Detail führt das GS-VBS aus, der Schlussbericht sei gerade nicht, wie die Antragstellerin schreibe, zu Handen des VBS, sondern vielmehr zu Handen des Bundesrates entstanden. Dabei verwies das GS-VBS auf Ziff. 3 des Bundesratsantrags vom 13. Januar 2020 i.V.m. Ziff. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 15. Januar 2020 und auf den Bericht selber, insbesondere den Ingress. Schliesslich erklärte das GS-VBS: "Als der Bericht beim Generalsekretär VBS einging und die entsprechenden, bezeichnenderweise sehr kurzen Entwürfe des Bundesratsantrags (Beilage 4) und des Bundesratsbeschlusses (Beilage 5) faktisch als Begleitnotiz des tatsächlich für den Bundesrat bestimmten Berichts für das bundesrätliche Mitberichtsverfahren formuliert wurden, befand sich der Bericht daher bereits in der Sphäre des Bundesrates, der als Bundesratskollegium wie gesagt nicht dem BGÖ untersteht (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario*; s. dazu Ziff. 32, 35 und v.a. 34 der Empfehlung des EDÖB v. 6.12.2016 in Beilage 9). Dass keine Ämterkonsultation stattfand, veranschaulicht dies zusätzlich. Mit dem Bundesratsbeschluss vom 22. April 2020 (Beilage 5) nahm der Bundesrat am Ende des entsprechenden Mitberichtsverfahrens vom Bericht Kenntnis. Alles, was in das Mitberichtsverfahren geht, fällt unter Artikel 8 Absatz 1 BGÖ (kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens)."
28. Das Öffentlichkeitsgesetz gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ für die Bundesverwaltung. Der Begriff "Bundesverwaltung" ist in Artikel 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und in Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) definiert. Es handelt sich dabei um die gesamte, dem einzelnen Bundesratsmitglied in seiner Funktion als Departementschefin oder Departementschef unterstellte Verwaltung, d.h. die Departemente und Ämter, sowie der BK.
29. Demgegenüber ist der Bundesrat als Regierung, d.h. im Kernbereich seines Handelns als oberste leitende und vollziehende, im Kollegium entscheidende (Art. 177 Abs. 1 BV) Behörde des Bundes (Art. 174 BV; Art. 1 RVOG), dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellt. Für sein Regierungshandeln ist der Bundesrat als von der Verwaltung unabhängige politische Behörde daher vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario*). Gemäss Bundesgericht befindet der Bundesrat als Regierungsbehörde "über zahlreiche Sachgeschäfte und ist dem Kollegialitätsprinzip verpflichtet; seine Entscheide sind in erster Linie politisch motiviert [...]"¹⁸. Die Vorbereitung und der Vollzug der Bundesratsentscheide werden nach Departementen auf die einzelnen Bundesratsmitglieder verteilt (Art. 177 Abs. 2 BV). Nach Art. 177 Abs. 3 BV werden den Departementen oder den ihnen unterstellten Verwaltungs-

¹⁸ BGE 133 II 209 E. 3.1.

einheiten Geschäfte zur selbstständigen Erledigung übertragen. Der Bundesrat als reines Entscheidungsorgan kann seine Beschlüsse nicht selbst vollziehen, ausser in den Fällen, in denen der Vollzug der BK übertragen ist (Art. 179 BV).¹⁹

30. Befasst sich ein Bundesrat oder eine Bundesrätin mit einem Bundesratsgeschäft, bedeutet dies indessen nicht ipso facto, dass alle Dokumente eines solchen Dossiers Ausdruck eines Regierungshandelns sind.²⁰ Handelt ein Bundesrat oder eine Bundesrätin *in der Funktion als Departementsvorsteher oder Departementsvorsteherin*, ist diese Tätigkeit Verwaltungshandeln. Sie oder er tritt nicht als Mitglied der politischen Behörde Gesamtbundesrat auf, sondern handelt als Chef oder Chefin einer Verwaltungseinheit (siehe Ziffer 28). Auf diese Tätigkeit ist das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Das ist etwa der Fall, wenn ein Bundesrat oder eine Bundesrätin einem Amtsdirektor oder einer Amtsdirektorin einen Auftrag übermittelt. Diese Differenzierung in Bezug auf die Verwaltungsöffentlichkeit folgt der in der Bundesverfassung (Art. 178 Abs. 1 und 2 BV) und dem Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (Art. 1 und 2 RVOG) festgelegten Doppelrolle eines Bundesratsmitgliedes. Daher sind die einzelnen Bundesräte und Bundesrätinnen sowohl Mitglieder der Regierung als auch Leitende einer Verwaltungseinheit. In der Verbindung von Kollegialitäts- und Departementalprinzip (Art. 177 BV) liegt – im Vergleich zu anderen Regierungssystemen – das eigentlich Originäre an der Grundentscheidung des schweizerischen Verfassungsgebers.²¹ Die Wirkungsweise des Kollegialitätsprinzips ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit dem Departementalprinzip und damit aus der Doppelrolle, in der sich der einzelne Bundesrat oder die einzelne Bundesrätin als Kollegiumsmitglied und als Vorsteherinnen oder Vorsteher der Departemente befindet. Das Verhältnis der beiden kann nach drei Phasen – Meinungsbildung und Entscheidungsfindung, Entscheidung sowie Umsetzung der Entscheidung – differenziert werden.²² Die Doppelrolle des Bundesrates und das Wirken eines Bundesratsmitgliedes in den einzelnen Phasen im Zusammenwirken von Kollegialitätsprinzip und Departementalprinzip bei Bundesratsgeschäften spiegelt sich auch im persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ wider. Dies führt dazu, dass bei einem Bundesratsgeschäft, bspw. bei einer Ernennung oder Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eines Amtsdirektors oder einer Amtsdirektorin, entsprechend der Rechtsprechung, Folgendes gilt: Sofern die Ernennung oder Aufhebung durch den Bundesrat beschlossen wird, handelt es sich beim unterzeichneten Antrag des federführenden Departementes und des Bundesratsbeschlusses um Regierungshandeln, welches vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht erfasst wird. Der infolge des Bundesratsbeschlusses ausgearbeitete öffentlich-rechtliche Arbeitsvertrag bzw. Aufhebungsvertrag ist hingegen Verwaltungshandeln und unterliegt dem Öffentlichkeitsgesetz.²³
31. Das GS-VBS betrachtet den strittigen Schlussbericht als Dokument des Gesamtbundesrates (Regierungshandeln), auf den das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist. Zudem ordnet es den Schlussbericht als Dokument des Mitberichtsverfahrens ein, während die Antragstellerin dies verneint. Das GS-VBS zitiert in seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 15. März 2022 die Empfehlung des Beauftragten vom 6. Dezember 2016²⁴. Darin kam der Beauftragte zum Schluss, dass eine Statistik der Beschaffungszahlen des Bundesrates, welche von der BK als Stabsstelle des Bundesrates erhoben werden, logistische Gesamtausgaben des Bundesrates (z.B. Bürobedarf, Nahrungsmittel, Bekleidung, Transport oder Informatik) darstellen, die im Rahmen der Durchführung von Regierungsaufgaben des Bundesrates entstehen und somit nicht vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst sind (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario*).
32. Beim herausverlangten Schlussbericht handelt es sich um eine Beilage zum Bundesratsantrag vom 7. April 2020 (siehe Ziffer 16 Bst. a). Zu prüfen ist vorab, ob dieser Schlussbericht im Auftrag des Gesamtbundesrates, d.h. der Regierung, ausgefertigt wurde, mithin Regierungshandeln darstellt, wie dies das GS-VBS geltend macht.

¹⁹ EHRENZELLER in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014 (zitiert EHRENZELLER, St. Galler Kommentar), Art. 177 Rz 16.

²⁰ Urteil BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E.3.2.2.

²¹ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 177 Rz 3.

²² EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 177 Rz 7.

²³ BGE 136 II 399 E. 2.3.4; Urteil BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.1 f.; Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 2.2.2.

²⁴ Empfehlung vom 6. Dezember 2016: BK / Beschaffungszahlen der Bundesverwaltung, des Bundesrates und der Bundesversammlung.

33. Zur Stützung seiner Argumentation legt das GS-VBS in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 16. Mai 2022 an den Beauftragten u.a. dar, im Vertrag vom 20. Januar 2020 mit alt Bundesrichter Oberholzer stehe geschrieben, dass es sich dabei um einen Vertrag mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft (und nicht dem VBS) als Auftraggeberin handle. "Gegenstand dieses Auftrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Auftragnehmer war korrekterweise wiederum ausdrücklich, 'bis spätestens Ende Juni 2020 einen ersten Bericht an das VBS zuhanden des Bundesrates zu unterbreiten'."
34. Soweit der Beauftragte in seiner Praxis Einsicht in Dienstleistungsverträge, Beschaffungsverträge sowie Arbeitsverträge genommen hat, ist stets die Schweizerische Eidgenossenschaft Vertragspartnerin, wobei diese jeweils vom in der Sache zuständigen Departement bzw. einer Verwaltungseinheit vertreten wird. Allein aus der Aufführung der Eidgenossenschaft als Vertragspartnerin im fraglichen Vertrag lässt sich somit nicht ableiten, dass die dort geregelten Fragen der Sphäre der Regierung zuzurechnen wären. Andernfalls wären auch alle andern so abgeschlossenen Verträge des Bundes vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario*), was nicht im Sinne des Gesetzgebers war.
35. Das GS-VBS argumentiert in seiner Stellungnahme vom 15. März 2022, beim Schlussbericht handle es sich nicht um ein Dokument aus der Verwaltung, und hält dazu fest: "Das (GS-)VBS bzw. der Generalsekretär VBS fungierte bezüglich der Übermittlung des Berichts lediglich als 'Empfangsbote', als personalisierter/menschlicher Briefkasten für den Bundesrat – schliesslich hat der (Gesamt-)Bundesrat selber auch keine Postadresse. Als der Bericht beim Generalsekretär VBS einging und die entsprechenden, bezeichnenderweise sehr kurzen Entwürfe des Bundesratsantrags [...] und des Bundesratsbeschlusses [...] faktisch als Begleitnotiz des tatsächlich für den Bundesrat bestimmten Berichts für das bundesrätliche Mitberichtsverfahren formuliert wurden, befand sich der Bericht daher bereits in der Sphäre des Bundesrates, der als Bundesratskollegium wie gesagt nicht dem BGÖ untersteht. Dass keine Ämterkonsultation stattfand, veranschaulicht dies zusätzlich."
36. In Bezug auf die Postadresse ist nach dem Verständnis des Beauftragten nicht ein Generalsekretär oder eine Generalsekretärin bzw. ein Generalsekretariat eines Departementes die Postadresse für den Gesamtbundesrat als politische Behörde, auch wenn dieses die Postadresse des eigenen Departementes ist. Die Postadresse der Regierung (Gesamtbundesrat) ist die Bundeskanzlei als allgemeine Stabsstelle des Bundesrates, die das Sekretariat des Bundesrates führt.²⁵ Etwas anderes ist aus dem Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht (RVOG und RVOV) nicht ersichtlich. Auch aus einer nicht durchgeführten Ämterkonsultation, auf welche das GS-VBS hinweist, kann nicht abgeleitet werden, dass bei einem Dossier Regierungshandeln besteht. Entsprechend den Richtlinien für Bundesratsgeschäfte ist bei einem Aussprachepapier²⁶ eine Ämterkonsultation durchzuführen, wenn wichtige und strittige Rechtsfragen aufgeworfen werden. Beim Aussprachepapier vom 13. Januar 2020 wurde indessen keine Ämterkonsultation durchgeführt, weil es als vertraulicher Antrag bezeichnet wurde. Ebenso wurde im Antrag vom 7. April 2020, zu welchem der Schlussbericht als Beilage gehörte, das Geschäft als vertraulich bezeichnet und darauf hingewiesen, dass deshalb kein Ämterkonsultationsverfahren durchgeführt wurde.
37. In der ergänzenden Stellungnahme vom 16. Mai 2022 macht das GS-VBS weiter geltend, dass "[d]er [beim Begleitblatt] unter dem hervorgehobenen Geschäftstitel gemachte Hinweis auf den 'Schlussbericht an das VBS [...]' betreffend Empfänger einerseits zwar materiell weder (vollständig) dem tatsächlichen Auftrag des Bundesrates [entspricht], noch der entsprechenden Auftrags erledigung, andererseits formell aber die auftragsgemäss erfolgte Post-Zustellung an das VBS [abbildet]". Das GS-VBS macht damit sinngemäss geltend, dass trotz seiner in diversen Dokumenten ausgewiesenen Mitwirkung bei der Vorbereitung und Weiterleitung des fraglichen Berichts und trotz der in diesen Dokumenten verwendeten Titel und Bezeichnungen nicht davon ausgegangen werden könne, dass es sich dabei um ein Dokument der Verwaltung handelt.
38. Nach Auffassung des Beauftragten können weder die Betitelung noch die Bezeichnungen noch der Umfang eines Dokumentes allein massgebend sein für die Beantwortung der Frage,

²⁵ Vgl. auch SÄGESSER, in: Stämpflis Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2007 (zit. Handkommentar RVOG), Art. 30 RVOG, Rz 24.

²⁶ <https://intranet.bk.admin.ch/bk-intra/de/home/dl-koordination-bund/richtlinien-fuer-bundesratsgeschaeft/geschaeftsarten/aussprachepapier.html>, besucht am 17. August 2022.

ob dieses der Sphäre der Bundesverwaltung oder der Regierung zuzuordnen ist. Würde allein auf diese formellen Kriterien abgestellt, läge es im weitgehenden Ermessen der jeweiligen Departemente bzw. der Generalsekretariate, amtliche Dokumente bei der Vorbereitung von Bundesratsgeschäften einer der beiden Sphären zuzuführen. Damit bestünde die Gefahr einer Umgehung des Öffentlichkeitsgesetzes.

39. Vorliegend weisen in formeller Hinsicht die dem Beauftragten einsehbaren Dokumente aus, dass der Schlussbericht auf das Aussprachepapier vom 13. Januar 2020 der Departementsvorsteherin VBS zurückzuführen ist und dass dieser von alt Bundesrichter Oberholzer an den Generalsekretär des VBS adressiert und "zuhanden des Bundesrates" abgeliefert worden ist, wobei alt Bundesrichter Oberholzer in der Anrede auch die Vorsteherin des VBS ansprach. Für sich allein betrachtet, spricht die Ablieferung des Schlussberichts eines beauftragten Dritten an den Generalsekretär unter Mitrede der Vorsteherin des Departements dafür, den Bericht der Sphäre der Verwaltung zuzuordnen, zumal weder der Rückgriff auf externe Experten²⁷ noch der Verzicht auf eine Ämterkonsultation bei Verwaltungsgeschäften ungewöhnlich sind.
40. Gemäss Auftrag des Bundesrates sollte alt Bundesrichter Oberholzer den Sachverhalt um das Unternehmen Crypto AG ganzheitlich ab 1945 bis zur Abspaltung des Unternehmens im Februar 2018 prüfen und untersuchen, welche Rolle dabei der Bundesverwaltung und den politischen Organen zukam (siehe Ziffer 4). Es liegt auf der Hand, dass der beauftragte alt Bundesrichter Oberholzer für die Beschaffung historischer Dokumente zur seinerzeitigen Rolle der Verwaltung auf deren Mitwirkung angewiesen war. Da diese Dokumente zumindest für die letzten Jahre der bis zum Jahre 2018 reichenden Untersuchungsperiode schwergewichtig in der Zuständigkeit des VBS erstellt wurden, ist nachvollziehbar, weshalb der Bundesrat für die Abwicklung der ganzheitlichen Prüfung und Untersuchung diesem Departement eine namhafte Rolle zuwies. Dieses Departement und ihm unterstellte Bundesbehörden waren im Rahmen der IDAG mit anderen Departementen und diesen unterstellten Stellen sowie der Bundeskanzlei departementsübergreifend tätig und hatten alt Bundesrichter Oberholzer mit der Aufnahme seiner Prüfungs- und Untersuchungstätigkeit in seiner Arbeit zu unterstützen. Da es darum ging, die damalige Rolle der Bundesverwaltung und der politischen Organe durch einen externen Beauftragten auszuleuchten, ergibt sich, dass sich die in der IDAG vertretenen Stellen der Bundesverwaltung nicht in die Redaktionsarbeiten Oberholzers einzumischen hatten: Die Aufgaben der in der IDAG vertretenen Stellen der Bundesverwaltung waren, wie von der GPDel (siehe Ziffer 5) dargelegt, zunächst formeller und nach der Aufnahme der Arbeiten von alt Bundesrichter Oberholzer koordinierender Natur. Der Inspektionsbericht GPDel hält auch fest, dass der Bundesrat am 15. Januar 2020 beschlossen hat, dass die IDAG das eingesetzte Forschungsgremium um Herr Oberholzer beratend unterstützen soll.²⁸
41. Die unterstützende Rolle der involvierten Departemente und Bundesstellen deutet darauf hin, dass es sich bei der Prüfung und Untersuchung von alt Bundesrichter Oberholzer nicht um den ordentlichen, in die Zuständigkeitssphäre der Bundesverwaltung fallenden Typ einer Administrativuntersuchung nach Art. 27c Abs. 1 RVOV handelt, der als "anordnende Stelle" die Departementsvorstehenden und die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler nennt. Vielmehr ist im vorliegenden Fall von einer Untersuchung auszugehen, die mehr als ein Departement, einschliesslich die Bundeskanzlei, betrifft und nach Abs. 2 dieser Bestimmung deshalb vom Gesamtbundesrat anzuordnen ist.
42. Nach Ansicht des Beauftragten ist im konkreten Fall von einer speziellen Konstellation auszugehen: Gemäss Auftrag sollte der externe Experte die Rolle von Verwaltungsbehörden und politischen Organen ganzheitlich und insbesondere ohne Einschränkung auf ein einzelnes Departement prüfen und untersuchen. Dabei sollte die IDAG ihn unterstützen. Parallel dazu führte die GPDel eigene Anhörungen durch und beauftragte in der Folge schliesslich für ihre Untersuchung die gleiche externe Untersuchungsperson.
In Berücksichtigung der Gesamtumstände ist davon auszugehen, dass es sich beim vorliegend herausverlangten Schlussbericht materiell um eine Untersuchung des Gesamtbundesrates im

²⁷ Urteil des BVGer A-4049/2009 vom 3. Mai 2009 E. 8.1.

²⁸ Inspektionsbericht GPDel, S. 34.

Sinne von Art. 27c Abs. 2 RVOV handelt. Daraus folgt, dass dieser Schlussbericht – ungeachtet der Mitwirkung des VBS bei dessen Vorbereitung und Weiterleitung – und die besonderen Abklärungen (Prüfung und Untersuchung der Rolle der Bundesbehörden und der politischen Organe) der Regierung zuzurechnen ist.

43. Dass beim Schlussbericht von einem Dokument der Regierung auszugehen ist, lässt sich auch aus dem Inspektionsbericht der GPDel ableiten. Darin wird festgehalten, dass der Bundesrat alt Bundesrichter Oberholzer mit einer "Untersuchung" i.S.v. Art. 154a ParlG beauftragt hatte, deren Weiterführung einer formellen Bewilligung seitens der GPDel bedurfte.
44. *Zusammenfassend ergibt sich, dass der verlangte Schlussbericht von alt Bundesrichter Oberholzer unter Abwägung aller Umstände kein Dokument der Bundesverwaltung darstellt, sondern als Anwendungsfall einer Administrativuntersuchung im Sinne von Art. 27c Abs. 2 RVOV dem Gesamtbundesrat zuzuweisen ist, der nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellt ist.*
45. Selbst wenn der Beauftragte zum Schluss gekommen wäre, der fragliche Schlussbericht sei dem Verwaltungshandeln zuzuordnen und der persönliche Geltungsbereich nach Art. 2 Bst. a BGÖ demzufolge vorliege, bliebe offen, ob der Zugang zum verlangten Dokument zu bejahen wäre: Gemäss der Rechtsprechung²⁹ ist ein von einem beauftragten Dritten erstelltes fertiggestelltes Dokument (Art. 5 BGÖ), wie vorliegend der Schlussbericht, als Beilage zu einem Bundesratsantrag (im Gegensatz zum Bundesratsantrag, dem Bundesratsbeschluss und der entsprechenden Begleitblätter) kein Dokument des Mitberichtsverfahrens nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ und somit kein Dokument des Regierungshandelns. Demzufolge bestünde zwar ein grundsätzlicher Anspruch auf Zugang nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ. Dennoch bliebe zweifelhaft, ob der vollständige oder teilweise Zugang bei Anrufung der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c (innere und äussere Sicherheit) und Bst. d BGÖ (ausserpolitische Interessen oder internationale Beziehungen der Schweiz) im vorliegenden Fall bejaht werden könnte. Dies kann aufgrund des in Ziffer 44 dargelegten Fazits jedoch offen bleiben.
46. Der Beauftragte ist auf den Schlichtungsantrag der Antragstellerin eingetreten, weil die Herkunft des amtlichen Dokumentes (Verwaltung oder Regierung) strittig und angesichts der Komplexität des Falles nicht offensichtlich war.
47. Gemäss der Rechtsprechung³⁰ ist das Schlichtungsverfahren nach Art. 13 BGÖ ein Mediationsverfahren, auf welches die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) nicht direkt anwendbar sind. Verfügungscharakter hat erst die Verfügung der Behörde nach Art. 15 BGÖ, wenn diese von den Empfehlungen des Beauftragten abweichen will oder wenn eine antragstellende Person mit der Empfehlung nicht einverstanden ist und den Erlass einer Verfügung verlangt. Nach Guy-Écabert sind Entscheide des Beauftragten betreffend die Durchführung des Schlichtungsverfahrens keine Zwischenverfügungen und können auch nicht bei einer Beschwerdeinstanz angefochten werden. Nach dieser Ansicht ist konsequenterweise davon auszugehen, dass das Schlichtungsverfahren durch die Art. 13 und 14 BGÖ sowie 12 und 13 VBGÖ autonom geregelt wird.³¹ Im Öffentlichkeitsgesetz fehlt eine Bestimmung, in welcher Form der Beauftragte ein Schlichtungsverfahren abschliessen kann, wenn einerseits auf verlangte Dokumente das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist und damit andererseits Antragstellende durch eine entsprechende Einschätzung des Beauftragten in ihren Rechten beschwert sind. Nach Bhend/Schneider³² ist das Schlichtungsverfahren auch dann mit einer Empfehlung abzuschliessen, wenn zwischen den Beteiligten strittig ist, ob das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist, und der Beauftragte die Ansicht der Behörde teilt.
48. Durch die Einschätzung des Beauftragten, welche die vom GS-VBS vertretene Zugangsverweigerung im konkreten Fall stützt, wird die Antragstellerin beschwert. Damit ihr Anspruch auf eine Beurteilung der Zugangsverweigerung durch eine richterliche Behörde gewahrt werden kann

²⁹ BGE 136 II 399 E. 2.3.3f.; Urteil des BVGer A-2070/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.3.5 und 4.5; Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.5.2.3; Urteil des BVGer A-4049/2009 vom 3. Mai 2010 E. 8.1.

³⁰ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E.4.1.3.2.

³¹ GUY-ECABERT, Handbuch BGÖ, Art. 13 Rz 12.

³² BHEND/SCHNEIDER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 13 N 29.

(Rechtsweggarantie; Art. 29a BV), schliesst der Beauftragte dieses Schlichtungsverfahrens mit einer Empfehlung ab.

49. Abschliessend weist der Beauftragte darauf hin, dass ein Ausschluss des Zugangs nach Öffentlichkeitsgesetz nur die *passive* Behördeninformation gemäss Öffentlichkeitsgesetz betrifft. Die Einschätzung des Beauftragten hindert daher eine Behörde a priori nicht daran, im Rahmen ihres Ermessens in der *aktiven* Behördeninformation – weil sie es für legitim oder zweckmässig hält – den Inhalt des Schlussberichtes aus eigenem Antrieb (teilweise) zu veröffentlichen.³³

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

50. Das GS-VBS hält an der Verweigerung des Zugangs zum Schlussbericht gestützt auf Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ *e contrario* i.V.m. Art. 27c Abs. 2 RVOV fest.
51. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim GS-VBS den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen.
52. Das GS-VBS erlässt die Verfügung innert 20 Tagen 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 der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
54. Die Empfehlung wird eröffnet:

Einschreiben mit Rückschein (R)

X.

Einschreiben mit Rückschein (R)

Eidgenössisches Departement für Verteidigung
Bevölkerung und Sport VBS
Generalsekretariat VBS
3003 Bern

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter

³³ MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 11 und 24.