

Bericht über die Administrativuntersuchung betreffend die Herausgabe von Unterlagen an die "NZZ am Sonntag"

Datum 23. September 2024
An Schweizerische Eidgenossenschaft
Von Homburger AG, [REDACTED] Untersuchungsorgan

I.	Ausgangslage und Sachverhalt.....	3
A.	Gegenstand der Administrativuntersuchung.....	3
B.	Auftrag.....	3
C.	Vorgehen des Untersuchungsorgans.....	4
1.	Vorbereitungsphase.....	4
2.	Beteiligte an der Untersuchung.....	4
3.	Akten.....	4
4.	Befragungen.....	5
5.	Schriftliche Eingaben.....	6
D.	Sachverhalt.....	6
1.	Mandat der Expertengruppe betreffend Aufgaben- und Subventionsprüfung 2024.....	6
2.	Berichterstattung zuhanden des Bundesrates durch die Expertengruppe Gaillard.....	7
3.	Schriftenwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und dem VBS.....	8
4.	BGÖ-Gesuch und Gewährung des Zugangs zu Dokumenten.....	9
5.	Information von Dr. Gaillard.....	14
6.	Erstellung der Aktennotiz vom 30. August 2024.....	15
II.	Fragen an und Antworten des Untersuchungsorgans.....	15
III.	Erläuterungen.....	19
A.	Informationssicherheitsrecht.....	19
1.	Rechtliche Grundlagen.....	19
1.1	Klassifizierungsregeln.....	19
1.2	Bearbeitungsvorschriften.....	22
1.3	Rechtsfolgen einer Verletzung des ISG.....	24
2.	Klassifizierung der von der Gewährung des Zugangs betroffenen Dokumente.....	25
2.1	Vorbemerkungen.....	25
2.2	Klassifizierung der Herausgegebenen Dokumente.....	26
3.	Briefwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und dem VBS.....	28

3.1	Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard (Adressaten).....	28
3.2	Hinweise zu den Bearbeitungsvorschriften (Art der Bearbeitung und Übermittlung).....	29
4.	Herausgabe von Dokumenten durch die Gruppe Verteidigung im Rahmen des BGÖ-Gesuchs	30
4.1	Zulässigkeit der Übermittlung der Informationen in den Herausgegebenen Dokumenten (Adressat)	30
4.2	Einhaltung der Bearbeitungsvorschriften (Art der Bearbeitung und Übermittlung).....	31
4.3	Schlussfolgerungen bezüglich Herausgabe unter Aspekten des ISG	31
B.	Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz.....	32
1.	Verhältnis des Öffentlichkeitsprinzips der Bundesverwaltung zu Informationssicherheitsvorschriften	32
2.	Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes: Ausschluss des Bundesrates	33
2.1	Grundlagen.....	33
2.2	Beurteilung	34
3.	Zuständigkeit.....	35
3.1	Grundlagen.....	35
3.2	Beurteilung	37
4.	Vorbehaltene Geheimnisvorschriften i.S.v. Art. 4 BGÖ	40
5.	Amtliches Dokument.....	41
6.	Zugangsverweigerungsgründe	41
6.1	Kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens (Art. 8 Abs. 1 BGÖ)	42
6.2	Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid	43
6.3	Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung.....	44
7.	Schlussfolgerungen betreffend Herausgabe unter Aspekten des BGÖ.....	45
IV.	Empfehlungen.....	46
Anhang		47

I. Ausgangslage und Sachverhalt

A. Gegenstand der Administrativuntersuchung

- ¹ Mit E-Mail vom 29. August 2024, 08:49 Uhr, hat [REDACTED] der Neuen Zürcher Zeitung AG (NZZ), bei [REDACTED] gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (**Öffentlichkeitsgesetz** oder **BGÖ**; SR 152.3) ein Gesuch um Zugang zum "Briefwechsel der Gaillard Gruppe und der Armeespitze" gestellt (**BGÖ-Gesuch**).¹
- ² Am 29. August, 11:04 Uhr, versandte [REDACTED] per E-Mail in Beantwortung des BGÖ-Gesuchs folgende Dokumente [REDACTED]²
 1. Das Schreiben vom 28. Juni 2024 (**Schreiben Gaillard**) von Dr. oec. publ. Serge Gaillard, Präsident der Expertengruppe "Aufgaben- und Subventionsprüfung" (**Expertengruppe Gaillard**), an Daniel Büchel, Generalsekretär VBS (**GS VBS**), und Korpskommandant Thomas Süssli, Chef der Armee³ (**CdA**);
 2. Der Auszug (**Beilage Schreiben Gaillard**) von Ziff. 5.4 des Zwischenberichts der Expertengruppe Gaillard (**Zwischenbericht**), der dem GS VBS und dem CdA zusammen mit dem Schreiben Gaillard als Beilage zu diesem übermittelt wurde;
 3. Das Antwortschreiben des GS VBS und des CdA an die Expertengruppe Gaillard vom 8. Juli 2024 (**Antwortschreiben**, zusammen mit dem Schreiben Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard, die **Herausgegebenen Dokumente**).

B. Auftrag

- ³ Mit Auftrag BE-2024-345 zur Durchführung einer Administrativuntersuchung vom 30. August 2024 beauftragte die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (**VBS**), die Anwaltskanzlei Homburger AG, eine Administrativuntersuchung gemäss Art. 27a ff. der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (**RVOV**; SR 172.010.1) beim CdA und seinem Stabsbereich betreffend die Herausgabe von Unterlagen an die NZZ und allfällig damit zusammenhängende Rechtsverstösse (**Administrativuntersuchung**) durchzuführen.⁴ Als Untersuchungsorgan wurde Homburger AG, [REDACTED] (**Untersuchungsorgan**), eingesetzt.

¹ Act. 007, E-Mail-Korrespondenz [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr bzw. 11:04 Uhr, mit dem Betreff: "Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1 f.

² Act. 007, E-Mail-Korrespondenz [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr bzw. 11:04 Uhr, mit dem Betreff: "Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1.

³ Gemäss Stellenbeschrieb ist der CdA Mitglied der Departementsleitung des VBS. Er trägt die Gesamtverantwortung für die Armee und den Departementsbereich Verteidigung. Zu den Hauptaufgaben gehören die Führung, die Ausbildung und die Weiterentwicklung der Armee und des Departementsbereichs Verteidigung (Act. 026, Stellenbeschreibung der Funktion "Chef der Armee" vom 13. September 2016, S. 1).

Gemäss Angaben des CdA im Rahmen der Befragung hat er in Bezug auf Medienanfragen die Kompetenz, über Themen, die in seinen Verantwortlichkeitsbereich fallen, in den Medien zu sprechen (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 3).

⁴ Act. 001-01, Auftrag BE-2024-345 zur Durchführung einer Administrativuntersuchung vom 30. August 2024 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Homburger AG.

Im Rahmen des Auftrags betreffend die Administrativuntersuchung wurden folgende Fragen gestellt:

1. Durften diese Dokumente wie erfolgt [REDACTED] herausgegeben werden?
 2. Wenn nein, welche Rechtsverstösse liegen vor?
 3. Wurden die Unterlagen korrekt klassifiziert (Klassifizierungsvermerk)?
 4. Erfolgte der Umgang oder die Herausgabe der Unterlagen gemäss Informationsschutzvorschriften?
 5. Empfehlung zum weiteren Vorgehen, insbesondere Handlungsbedarf.
- 4 Nicht unmittelbar Gegenstand dieser Administrativuntersuchung sind die (informationssicherheitsrechtliche) Behandlung der Herausgegebenen Dokumente [REDACTED] und das diesbezügliche Handeln der Expertengruppe Gaillard. Soweit für die Einordnung der Herausgabe der Unterlagen an die NZZ am Sonntag durch den CdA und seinen Stabsbereich relevant, werden die entsprechenden Vorgänge – wie sie sich aus den Actoren ergeben – vorfrageweise im Hinblick auf die Erhebung des relevanten Sachverhalts beleuchtet, oder es wird von alternativen Vorgesehnissen ausgegangen. Entsprechend beurteilt dieser Bericht auch die Rechtmässigkeit des Handelns [REDACTED], der Expertengruppe Gaillard oder deren Mitglieder nicht. Für den Fall, dass ein Interesse bestehen sollte, diese Vorgesehnisse ebenfalls genauer zu prüfen, empfiehlt das Untersuchungsorgan, durch die zuständigen Stellen eine entsprechende Administrativuntersuchung in die Wege leiten zu lassen.

C. Vorgehen des Untersuchungsorgans

1. Vorbereitungsphase

- 5 Der Auftrag zur Durchführung der Administrativuntersuchung wurde am 30. August 2024 erteilt.⁵ In Abstimmung mit der Auftraggeberin wurde in der Folge vereinbart, den Untersuchungsbericht bis am 23. September 2024 vorzulegen.

2. Beteiligte an der Untersuchung

- 6 Das Untersuchungsorgan führte die Administrativuntersuchung mit der Unterstützung von Mitarbeitenden der Homburger AG durch. Das Untersuchungsorgan führte die Befragungen persönlich durch.

3. Akten

- 7 Dieser Administrativuntersuchung liegen die im Anhang aufgeführten Akten (Actoren) gemäss separatem Actorenverzeichnis zugrunde.

⁵ Act. 001-01, Auftrag BE-2024-345 zur Durchführung einer Administrativuntersuchung vom 30. August 2024 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Homburger AG, S. 4.

- 8 Das Studium der Actoren diene der Feststellung des relevanten Sachverhalts und der Vorbereitung der Befragungen der in den Sachverhalt involvierten Personen.

4. Befragungen

- 9 Zwecks Erhebung bzw. Ergänzung des relevanten Sachverhalts führte das Untersuchungsorgan Befragungen der in den Sachverhalt involvierten Personen durch. Folgende Personen wurden im Rahmen der Administrativuntersuchung befragt:

— Korpskommandant Thomas Süssli, CdA;

— [REDACTED]

— [REDACTED]

— [REDACTED]

- 10 Anlässlich der Befragungen wurden die befragten Personen vom Untersuchungsorgan über den Gegenstand der Administrativuntersuchung informiert und über ihre Verfahrensrechte im Sinne der RVOV bzw. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) belehrt. Einleitend und abschliessend wurden die befragten Personen jeweils darauf hingewiesen, dass die Befragungen und deren Inhalte vertraulich sind. Die befragten Personen konnten im Anschluss an die Befragungen das jeweilige Protokoll einsehen und kontrollieren. Anschliessend wurden die Protokolle unterzeichnet und damit seitens der befragten Personen deren Richtigkeit bestätigt.

- 11 Die Befragungen fanden am 4., 5. und 9. September 2024 in den Büroräumlichkeiten der Homburger AG in Zürich statt.⁶ Der CdA wurde von RA Dr. Lukas Bürge [REDACTED] begleitet.

- 12 Den befragten Personen wurde das rechtliche Gehör gewährt. Sie konnten am 18. bzw. am 19. September 2024 die sie betreffenden Akten und den sie betreffenden Sachverhalt im Entwurf zu diesem Bericht in den Büroräumlichkeiten der Homburger AG in Zürich einsehen und ihre Stellungnahmen zu Protokoll geben.⁷ Der CdA wurde von RA Dr. Lukas Bürge, [REDACTED] begleitet. [REDACTED] haben anlässlich der Einsichtnahme darauf verzichtet, eine Stellungnahme zu Protokoll gegeben. Anlässlich der Einsichtnahmen durch den CdA¹⁰ [REDACTED] wurde jeweils eine Stellungnahme zu Protokoll gegeben, die, soweit aus Sicht des Untersuchungsorgans erforderlich, in diesem finalen Bericht berücksichtigt wurden.

⁶ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024; Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁷ Act. 045, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]
Act. 046, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]
Act. 047, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]
Act. 048, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts durch Thomas Süssli vom 19. September 2024.

⁸ Act. 045, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]

⁹ Act. 046, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]

¹⁰ Act. 048, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts durch Thomas Süssli vom 19. September 2024.

¹¹ Act. 047, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]

5. Schriftliche Eingaben

13

[REDACTED]

14

[REDACTED]

D. Sachverhalt

- 15 Der nachfolgend dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Dokumenten (Actoren) im Anhang gemäss separatem Actorenverzeichnis und den anlässlich der Befragungen gemachten Angaben der beteiligten Personen.

1. Mandat der Expertengruppe betreffend Aufgaben- und Subventionsprüfung 2024

- 16 Am 8. März 2024 beauftragte der Bundesrat vor dem Hintergrund struktureller Defizite im Bundeshaushalt die Expertengruppe Gaillard mit der Durchführung einer Aufgaben- und Subventionsprüfung. Die Expertengruppe setzt sich wie folgt zusammen: Dr. oec. publ. Serge Gaillard, Präsidium (ehemaliger Direktor der Eidgenössischen Finanzverwaltung); Ursula Schneider Schüttel (alt Nationalrätin, ehemalige Präsidentin Finanzdelegation); Jacques Bourgeois (alt Nationalrat, ehemaliges Mitglied der Finanzkommission); Prof. Aymo Brunetti (Professor für Volkswirtschaftslehre der Universität Bern, ehemaliger Leiter der Direktion Wirtschaftspolitik im Staatssekretariat für Wirtschaft); Prof. Christoph Schaltegger (Professor für Politische Ökonomie der Universität Luzern, ehemaliger Referent im EFD).¹⁴
- 17 Das Mandat der Expertengruppe Gaillard wurde am 8. März 2024 öffentlich publiziert.¹⁵ Als Ziel der Aufgaben- und Subventionsprüfung wurde insbesondere die strukturelle Bereinigung des Bundeshaushalts genannt. Zu diesem Zweck wurde die Expertengruppe Gaillard damit beauftragt, bis voraussichtlich September 2024 ausgabenseitige Massnahmen zur Haushaltsentlastung vorzuschlagen.

12

[REDACTED]

13

[REDACTED]

14

Act. 033, Medienmitteilung vom 8. März 2024: "Bundesrat setzt externe Expertengruppe zur Bereinigung des Bundeshaushalts ein".

15

Act. 032, Aufgaben- und Subventionsüberprüfung 2024 – Mandat der Expertengruppe, verabschiedet vom Bundesrat am 8. März 2024; Act. 044, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September, 15:24 Uhr, mit dem Betreff "AW: Administrativuntersuchung [HMB-M.FID1054694]".

- ¹⁸ Die Expertengruppe Gaillard ist gemäss Mandat zur Verschwiegenheit verpflichtet und berichtet bis zum Abschluss ihrer Arbeiten ausschliesslich zuhanden des Bundesrates.¹⁶ Alle Verwaltungseinheiten und die Generalsekretariate müssen der Expertengruppe verlangte Informationen rasch und vollständig zur Verfügung stellen.¹⁷

2. Berichterstattung zuhanden des Bundesrates durch die Expertengruppe Gaillard

- ¹⁹ Wir wurden seitens der Auftraggeberin informiert, dass das Mandat der Expertengruppe Gaillard betreffend "Aufgaben- und Subventionsprüfung" zunächst als "vertraulich" klassifiziert wurde.¹⁸ In der Folge erstattete die Expertengruppe Gaillard einen Zwischenbericht zuhanden des Bundesrates (der Zeitpunkt der Erstattung des Zwischenberichts ist dem Untersuchungsorgan unbekannt). Der Zwischenbericht wurde im Bundesrat behandelt und war gemäss Angaben der Auftraggeberin als "geheim" klassifiziert.¹⁹
- ²⁰ Nach Angaben des CdA im Rahmen der Befragung waren die Dokumente nicht klassifiziert.²⁰ Im Rahmen der Stellungnahme zur Akteneinsicht gab er zudem an, dass er von der Klassifizierung als "geheim" keine Kenntnis gehabt habe.²¹ [REDACTED] gab anlässlich der Befragung und im Rahmen seiner Stellungnahme zur Akteneinsicht an, dass es sich nicht um klassifizierte Dokumente gehandelt habe.²²
- ²¹ Am 25. August 2024 erstattete die Expertengruppe Gaillard ihren (finalen) Bericht zur Aufgaben- und Subventionsprüfung zuhanden des Bundesrates (**Bericht Expertengruppe Gaillard**). Gemäss Angaben der Auftraggeberin wurde das Bundesratsgeschäft "Aufgaben- und Subventionsprüfung" am 30. August 2024 im Mitberichtsverfahren als "geheim" klassifiziert. [REDACTED]²³
- ²² Der Bericht Expertengruppe Gaillard wurde vom Bundesrat im Rahmen seiner Sitzung vom 4. September 2024 entgegengenommen und besprochen.²⁴ Am 5. September 2024 wurde der Bericht Expertengruppe Gaillard integral veröffentlicht.²⁵

¹⁶ Act. 032, Aufgaben- und Subventionsüberprüfung 2024 – Mandat der Expertengruppe, verabschiedet vom Bundesrat am 8. März 2024.

¹⁷ Act. 032, Aufgaben- und Subventionsüberprüfung 2024 – Mandat der Expertengruppe, verabschiedet vom Bundesrat am 8. März 2024.

¹⁸ Act. 044, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September, 15:24 Uhr, mit dem Betreff "AW: Administrativuntersuchung [HMB-M.FID1054694]".

¹⁹ Act. 044, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September, 15:24 Uhr, mit dem Betreff "AW: Administrativuntersuchung [HMB-M.FID1054694]".

²⁰ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, 7.

²¹ Act. 048, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts durch Thomas Süssli vom 19. September 2024, S. 2.

²² Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 047, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]

²³ Act. 044, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September, 15:24 Uhr, mit dem Betreff "AW: Administrativuntersuchung [HMB-M.FID1054694]".

²⁴ Act. 038, Medienmitteilung vom 5. September 2024: "Aufgaben- und Subventionsüberprüfung: Bundesrat begrüsst Bericht der Expertengruppe".

²⁵ Act. 038-01, Bericht "Aufgaben- und Subventionsüberprüfung" der Expertengruppe "Aufgaben- und Subventionsüberprüfung 2024" zuhanden des Bundesrates vom 25. August 2024.

3. Schriftenwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und dem VBS

- ²³ Mit E-Mail vom 28. Juni 2024, 10:23 Uhr, informierte Dr. Gaillard den GS VBS und den CdA darüber, dass der Bundesrat den Zwischenbericht der Expertengruppe "letzte Woche" zur Kenntnis genommen und "noch einige Vertiefungsaufträge" erteilt habe. Als Anhänge zu dieser E-Mail vom 28. Juni 2024 übermittelte Dr. Gaillard das Schreiben Gaillard sowie die Beilage Schreiben Gaillard an den GS VBS und an den CdA, mit Kopie an Marc Siegenthaler (stellvertretender GS VBS) und Dr. oec. Tobias Beljean (gemäss Bericht Expertengruppe Gaillard Mitwirkender im Bereich "Fachliche Unterstützung und Sekretariat").²⁶ Das Schreiben Gaillard enthält drei Vertiefungsfragen an das VBS betreffend die Auswirkungen einer im Rahmen des Mandats der Expertengruppe geprüften Sparmassnahme.²⁷
- ²⁴ Weder das Schreiben Gaillard noch die Beilage Schreiben Gaillard waren mit einem Klassifizierungsvermerk versehen oder inhaltlich als "geheim", "vertraulich", "intern" oder ähnlich bezeichnet.²⁸ Die E-Mail vom 28. Juni 2024 wurde vom Account [REDACTED] versandt.²⁹ Hinweise auf eine Verschlüsselung der Korrespondenz sind dem Untersuchungsorgan keine bekannt.³⁰ Gemäss Angaben des CdA sei es technisch nicht möglich, verschlüsselte E-Mails von extern in die Bundesinfrastruktur zu versenden.³¹
- ²⁵ Im Antwortschreiben nahmen der GS VBS und der CdA Stellung zu den Vertiefungsfragen der Expertengruppe Gaillard.³² Das Antwortschreiben wurde der Expertengruppe Gaillard zusammen mit der Beilage "Fähigkeitsprofile in Abhängigkeit zum Wachstum des Armeebudgets" (**Beilage Antwortschreiben**) übermittelt.³³ Die Beilage Antwortschreiben war als "intern" klassifiziert und mit entsprechendem Klassifizierungsvermerk versehen.³⁴

²⁶ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

²⁷ Act. 014, Schreiben von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 28. Juni 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

²⁸ Act. 044, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September, 15:24 Uhr, mit dem Betreff "AW: Administrativuntersuchung [HMB-M.FID1054694]". [REDACTED] anlässlich seiner Einsichtnahme vom 18. September 2024 erneut explizit hingewiesen (Act. 047, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts [REDACTED]).

²⁹ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

³⁰ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

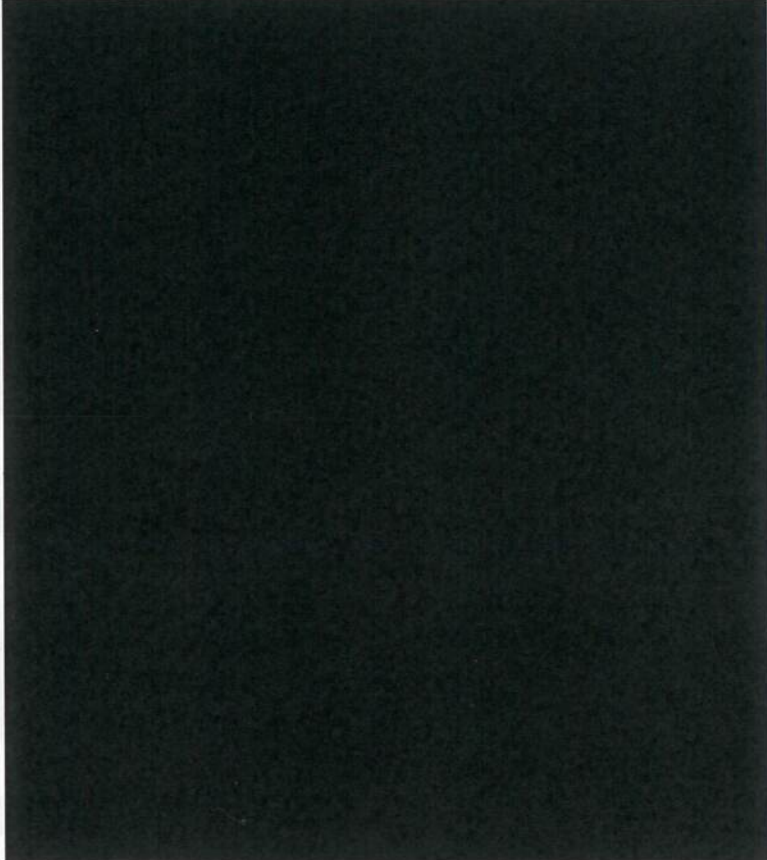
³¹ Act. 048, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts durch Thomas Süssli vom 19. September 2024, S. 2.

³² Act. 004, Schreiben von Daniel Büchel und Thomas Süssli an Dr. Serge Gaillard vom 8. Juli 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

³³ Act. 004, Schreiben von Daniel Büchel und Thomas Süssli an Dr. Serge Gaillard vom 8. Juli 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

³⁴ Act. 008-02, Fähigkeitsprofile in Abhängigkeit zum Wachstum des Armeebudgets vom 8. Juli 2024, Beilage zum Brief an den Präsidenten der Expertengruppe "Aufgaben- und Subventionsprüfung" vom 8. Juli 2024.

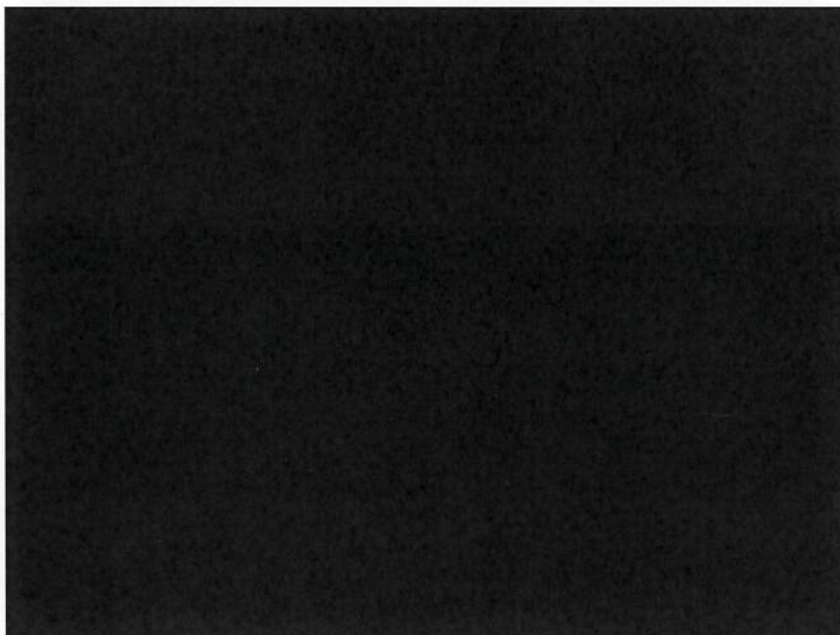
4. BGÖ-Gesuch und Gewährung des Zugangs zu Dokumenten

- 26 Mit E-Mail [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr, ersuchte [REDACTED] für die Zeitung "NZZ am Sonntag", gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz um Zugang zum Briefwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und der Armeespitze:³⁵
- 

- 27 Mit E-Mail vom 29. August 2024, 08:54 Uhr, [REDACTED] den CdA über das von ihm gestellte BGÖ-Gesuch:³⁶

³⁵ Act. 007, E-Mail-Korrespondenz [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr bzw. 11:04 Uhr, mit dem Betreff: "Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1 f.

³⁶ Act. 009, E-Mail [REDACTED] an Thomas Süssli vom 29. August 2024, 08:54 Uhr, mit dem Betreff: "Einsichtsgesuch gemäss BGÖ".



28 Von dieser E-Mail nahm der CdA gemäss Befragung erst nach der Kommunikationssitzung Kenntnis (vgl. sogleich Rz. 29).³⁷ Der CdA führte zudem aus, [REDACTED] nicht kenne und noch nie mit ihm in Kontakt war.³⁸

29 Am 29. August 2024, 09:00 Uhr, fand die wöchentliche Kommunikationssitzung (Kommunikationssitzung) [REDACTED] statt.⁴⁰
[REDACTED] 41 [REDACTED]
[REDACTED] 42 [REDACTED]

30 [REDACTED] im Rahmen der Befragung, dass [REDACTED]
[REDACTED] bei Bedarf die Möglichkeit biete,

³⁷ Auf dieses E-Mail habe der CdA nie geantwortet. Es sei nicht üblich, dass Journalisten den CdA direkt anschreiben würden, um über Einsichtsgesuche zu informieren; aber es sei im Zusammenhang mit COVID auch schon vorgekommen (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4).

³⁸ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4.

³⁹ Gemäss Stellenbeschrieb umfasst der Aufgabenbereich [REDACTED]
[REDACTED] Act. 024, Stellenbeschreibung [REDACTED]

⁴⁰ Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁴¹ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5; Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]
[REDACTED] Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

Im Weiteren war auch ein wissenschaftlicher Mitarbeiter an dieser Kommunikationssitzung anwesend, der jedoch unbeteiligt gewesen sei. Es ist unklar, aber nicht relevant, ob der wissenschaftliche Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Besprechung der BGÖ-Anfrage [REDACTED] noch anwesend war oder die Sitzung bereits verlassen hatte (siehe Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5; Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED])

⁴² Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]
[REDACTED]

Mediananfragen, die den CdA betreffen würden, direkt mit diesem zu besprechen.⁴³ Nach Angaben [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]⁴⁴
[REDACTED]⁴⁵

- 31 Anlässlich der erwähnten Kommunikationssitzung wurde der CdA [REDACTED] über das BGÖ-Gesuch informiert.⁴⁶ [REDACTED] verzichtete darauf, die Öffentlichkeitsberaterin zu involvieren.⁴⁷
- 32 Gemäss Angaben des CdA habe er sich anlässlich der Kommunikationssitzung [REDACTED] erkundigt, ob es sich beim BGÖ-Gesuch um eine "fishing expedition" handle.⁴⁸ Durch die E-Mail [REDACTED] vom 29. August 2024, 10:35 Uhr, sei dem CdA klar geworden, dass es sich um keine "fishing expedition" handle, sondern sich die Anfrage "auf ein konkretes Dokument" beziehe.⁵⁰
- 33 Gemäss [REDACTED] habe der CdA [REDACTED] gefragt, wie der Prozess zur Behandlung eines BGÖ-Gesuchs im vorliegenden Fall aussehen würde.⁵¹ [REDACTED] geantwortet, dass das BGÖ-Gesuch "über den Rechtsdienst so oder so zu ihm [dem CdA] kommen" würde.⁵² Daraufhin habe der CdA [REDACTED] entschieden, dass der Schriftenwechsel "auch ohne diese Schlaufe [über den Rechtsdienst] rausgegeben" werden könne.⁵³

⁴³ Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁴⁴ Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁴⁵ Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁴⁶ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4; Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

[REDACTED] Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]
Vom E-Mail [REDACTED] Act. 009 [REDACTED] an Thomas Süssli vom 29. August 2024, 08:54 Uhr, mit dem Betreff: "Einsichtsgesuch gemäss BGÖ") habe der CdA erst nach der Information anlässlich dieser Kommunikationssitzung Kenntnis genommen (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4). Auf das E-Mail [REDACTED] Act. 009 [REDACTED] an Thomas Süssli vom 29. August 2024, 08:54 Uhr, mit dem Betreff: "Einsichtsgesuch gemäss BGÖ") habe der CdA nicht geantwortet (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4).

⁴⁷ Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁴⁸ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4.

⁴⁹ Gemäss Stellenbeschrieb umfasst der Aufgabenbereich [REDACTED]

[REDACTED] Act. 023, Stellenbeschreibung

Gemäss eigenen Aussagen habe [REDACTED]

[REDACTED] Act. 035,

⁵⁰ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4.

⁵¹ Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁵² Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁵³ Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

- 34 Der CdA hat über die Gewährung des Zugangs zum Briefwechsel mit der Expertengruppe Gaillard an dieser Kommunikationssitzung entschieden.⁵⁴ Den Entscheid zur Übermittlung der Dokumente Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard und Antwortschreiben fällt der CdA gestützt auf [REDACTED], ohne sich vorab mit anderen Stellen im VBS auszutauschen und ohne mit dem GS VBS⁵⁵ Rücksprache zu halten.⁵⁶ Der CdA begründete dies im Rahmen der Befragung wie folgt: "Die Erfahrung mit BGÖ-Gesuchen ist, dass man in der Regel verpflichtet ist, die Unterlagen herauszugeben. Das war auch hier der Fall. Es war nichts klassifiziert. Was "Intern" [klassifiziert] war, haben wir zurückbehalten".⁵⁷
- 35 Nach dieser Kommunikationssitzung informierte [REDACTED] dass er die Dokumente zum Briefwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard sowie dem GS VBS und dem CdA benötige.⁵⁸
- 36 [REDACTED] suchte die Dokumente zum Schriftenwechsel heraus.⁵⁹ Mit der E-Mail vom 29. August 2024, 10:35 Uhr, sandte [REDACTED] das Schreiben Gaillard, die Beilage Schreiben Gaillard, das Antwortschreiben sowie die Beilage Antwortschreiben dem CdA zu und fragte diesen, ob diese "Dokumente/Briefe gemeint" seien und ob "diese entsprechend" weitergeleitet werden dürften.⁶⁰

⁵⁴ Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]

Gemäss Aussagen des CdA habe er sein Einverständnis zur Übermittlung des Schriftenwechsels mit der Expertengruppe Gaillard "[g]rundsätzlich" an dieser Kommunikationssitzung gegeben. Das "definitive" Einverständnis sei erst später erfolgt (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5).

⁵⁵ Auf die Frage, weshalb der CdA nicht mit dem GS VBS Rücksprache gehalten habe, antwortete der CdA: "[Das Schreiben Gaillard] kam an uns, wir haben [die] Antwort entworfen. Es gab wenige Korrekturen vom GS VBS. Ich meinte, ich hätte [das Antwortschreiben] alleine unterschrieben" (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5).

⁵⁶ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5.

Gemäss Angaben des CdA sei Dr. Gaillard nicht vor der Herausgabe der Dokumente informiert worden, weil "es primär um unsere Dokumente" gegangen sei (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 7).

⁵⁷ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5.

⁵⁸ Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 6.

⁵⁹ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 6; Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁶⁰ Act. 008, E-Mail [REDACTED] an Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:35 Uhr, mit dem Betreff: "TR: Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1; Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]

- 37 Mit E-Mail vom 29. August 2024, 10:40 Uhr, antwortete der CdA wie folgt: "Ja, der Brief von Gaillard fehlt aber noch."⁶¹ Gemäss Aussage des CdA bejahte er damit die erste der gestellten Fragen.⁶²
- 38 [REDACTED] teilte [REDACTED] mit, dass es sich bei den der E-Mail vom 29. August 2024, 10:35 Uhr, angehängten vier Dokumenten um die Dokumente handle, "die gesucht sind".⁶³
- 39 [REDACTED] sah in der Folge diese vier Dokumente durch und bemerkte, dass es sich bei der Beilage Antwortschreiben um ein als "intern" klassifiziertes Dokument handelte.⁶⁴ [REDACTED] wies den CdA mündlich auf die Klassifizierung der Beilage Antwortschreiben hin.⁶⁵ Der CdA entschied daher, keinen Zugang zur Beilage Antwortschreiben zu gewähren.⁶⁶
- 40 Mit E-Mail vom 29. August 2024, 11:05 Uhr, versandte [REDACTED] das Schreiben Gaillard, die Beilage Schreiben Gaillard und das Antwortschreiben – ohne die als "intern" klassifizierte Beilage Antwortschreiben – in Beantwortung des BGÖ-Gesuchs [REDACTED].⁶⁷ [REDACTED] wies in der E-Mail darauf hin, dass die Beilage Antwortschreiben nicht übermittelt wurde, da sie klassifiziert sei.⁶⁸

⁶¹ Act. 005, E-Mail von Thomas Süssli [REDACTED] vom 29. August 2024, 10:40 Uhr, mit dem Betreff: "AW: TR: Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1.

Der CdA schrieb in dieser E-Mail, dass das Schreiben Gaillard noch fehle. Das Schreiben Gaillard fehlte jedoch nicht (Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]). Dies wurde mündlich geklärt (Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 4 f.; Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]).

[REDACTED] habe [REDACTED] keinen Auftrag erteilt, die Dokumente noch vom CdA prüfen zu lassen (Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]). [REDACTED] "wollte einfach sicherstellen", dass es sich dabei um die richtigen Dokumente handelt (Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]).

⁶² Act. 005, E-Mail von Thomas Süssli [REDACTED] vom 29. August 2024, 10:40 Uhr, mit dem Betreff: "AW: TR: Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1; Act. 048, Protokoll Einsichtnahme in Auszug des Entwurfs des Berichts durch Thomas Süssli vom 19. September 2024, S. 2.

⁶³ Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁶⁴ Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁶⁵ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 6.; Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung vor [REDACTED]

Gemäss [REDACTED] war [REDACTED] am Gespräch im Büro des CdA zur Klassifizierung der Beilage Antwortschreiben ebenfalls anwesend (Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]). Gemäss Aussage [REDACTED] fand dieses Gespräch [REDACTED] und dem CdA statt (Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]).

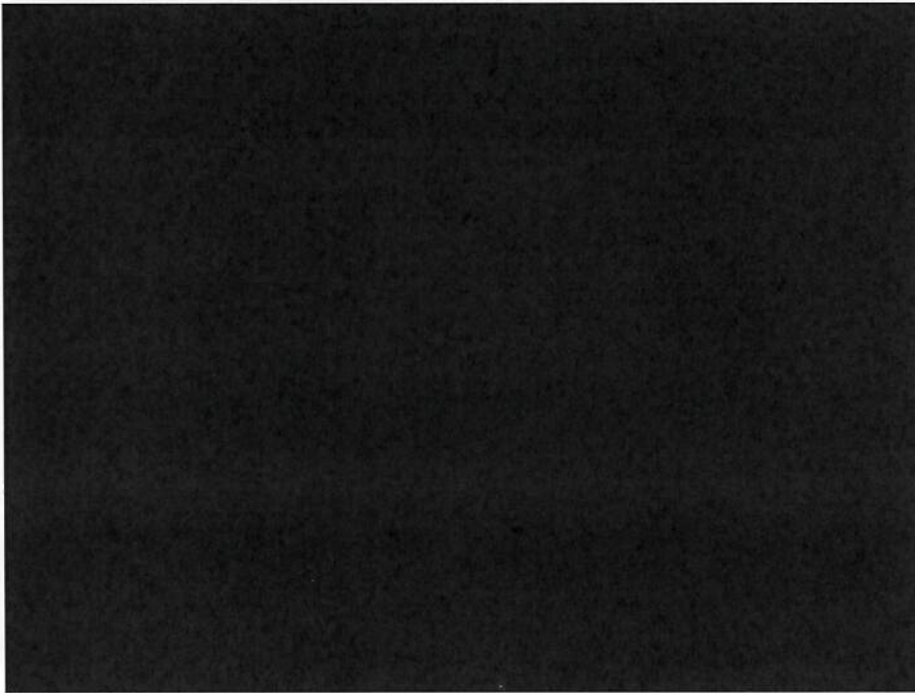
⁶⁶ Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁶⁷ Act. 007, E-Mail-Korrespondenz [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr bzw. 11:04 Uhr, mit dem Betreff: "Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1; Act. 007-01, Schreiben von Daniel Büchel und Thomas Süssli an Dr. Serge Gaillard vom 8. Juli 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung"; Act. 007-02, Schreiben von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 28. Juni 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung"; Act. 007-03, Ziffer 5.4 des Zwischenberichts der Expertengruppe Aufgaben- und Subventionsprüfung; Beilage zum Schreiben von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 28. Juni 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

⁶⁸ Act. 007, E-Mail-Korrespondenz [REDACTED] vom 29. August 2024, 08:49 Uhr bzw. 11:04 Uhr, mit dem Betreff: "Brief der Kommission Gaillard Einsichtsgesuch", S. 1.

5. Information von Dr. Gaillard

- 41 Am Nachmittag des 29. August 2024 besprach [REDACTED] mit dem CdA, ob Dr. Gaillard über die Gewährung des Zugangs zu den Dokumenten zu informieren sei.⁶⁹
- 42 Der CdA entschied, dass Dr. Gaillard darüber zu informieren sei.⁷⁰
- 43 Mit E-Mail vom 29. August 2024, 15:50 Uhr, und unter Beilage der Herausgegebenen Dokumente, informierte [REDACTED] Dr. Gaillard über die Gewährung des Zugangs zu den Dokumenten.⁷¹



Gemäss [REDACTED] habe er [REDACTED] nach Versand der drei Dokumente [REDACTED] ihm mitgeteilt, dass [REDACTED] ein Dokument infolge Klassifizierung nicht erhalten würde (Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]).

⁶⁹ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5; Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]

Gemäss [REDACTED] sei dieser [REDACTED] über die Information von Dr. Gaillard informiert worden, was [REDACTED] zur Kenntnis genommen habe (Act. 037, Protokoll Befragung [REDACTED]).

⁷⁰ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 5; Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁷¹ Act. 006, E-Mail [REDACTED] an Dr. Serge Gaillard vom 29. August 2024, 15:50 Uhr, mit dem Betreff: "Abgabe Briefwechsel Expertengruppe - CdA an die NZZ".

Gemäss [REDACTED] habe dieser den Inhalt des E-Mails an Dr. Gaillard (Act. 006, E-Mail [REDACTED] an Dr. Serge Gaillard vom 29. August 2024, 15:50 Uhr, mit dem Betreff: "Abgabe Briefwechsel Expertengruppe - CdA an die NZZ") vorgängig gesehen, aber nicht verfasst (Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] vom 9. September 2024, S. 8). Gemäss Aussagen [REDACTED] "haben wir kurz den Text vorbereitet und ich habe das E-Mail an Serge Gaillard geschickt" (Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]).

- 44 In der Zeitung "NZZ am Sonntag" erschien am Sonntag, 1. September 2024, ein Artikel im Zusammenhang mit dem Briefwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und dem VBS.

6. Erstellung der Aktennotiz vom 30. August 2024

- 45 Am 30. August 2024 erstellte [REDACTED] eine Aktennotiz (**Aktennotiz**) im Auftrag des Generalsekretariats des VBS, welche die Geschehnisse vom 29. August 2024 im Zusammenhang mit den Herausgegebenen Dokumenten zusammenfasst.⁷²

- 46 Der CdA nahm an der Aktennotiz zwei Korrekturen vor und bestätigte deren Inhalt.⁷³

II. Fragen an und Antworten des Untersuchungsorgans

- 47 Gestützt auf die durchgeführte Administrativuntersuchung lassen sich die von der Auftraggeberin gestellten Fragen (vgl. Rz. 3) nach Einschätzung des Untersuchungsorgans wie folgt beantworten:

1. Durften diese Dokumente wie erfolgt [REDACTED] herausgegeben werden?

Sollte der Zwischenbericht bzw. die fraglichen Informationen im Zeitpunkt der Herausgabe (nach wie vor) "geheim" klassifiziert gewesen sein, wären die Beilage Schreiben Gaillard als Auszug aus dem Zwischenbericht und das Schreiben Gaillard ebenfalls als "geheim" klassifiziert zu betrachten (weil sie einzelne Informationen aus dem Zwischenbericht enthielten). Diesfalls gibt es im Rahmen der vorfrageweisen Betrachtung der Vorgehensweise durch das Untersuchungsorgan (Rz. 4) Anhaltspunkte dafür, dass das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard nicht ohne Klassifizierungsvermerk und der Klassifizierung entsprechenden Übermittlungsschutzmassnahmen an den Armeestab (und das GS VBS) hätte übermittelt werden dürfen. Ausserdem hätten diese Dokumente nicht an [REDACTED] die NZZ herausgegeben werden dürfen, es sei denn, die Dokumente wären vor der Übermittlung an den Armeestab oder vor der Herausgabe [REDACTED] durch die zuständige Stelle entklassifiziert worden. Die Frage, ob diesfalls auch das Antwortschreiben von dessen Verfasser hätte klassifiziert werden müssen und daher nach Informationssicherheitsrecht ohne vorgängige Entklassifizierung nicht hätte weitergegeben werden dürfen, kann offenbleiben. Angesichts des Inhalts des Antwortschreibens (anders als bezüglich der Beilage Antwortschreiben, die als "intern" klassifiziert war) und mangels Klassifizierungsvermerken auf dem Schreiben Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard sahen die Verfasser keinen Anlass zur Klassifizierung, was vertretbar erscheint.

Unter dem Öffentlichkeitsgesetz hätte der Zugang in Bezug auf das Dokument Beilage Schreiben Gaillard wohl verweigert werden können bzw. müssen, da es nach unserer Auffassung nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. In Bezug auf die

⁷² Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED] Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 7. Gemäss [REDACTED] sei dieser auch in die Erstellung der Aktennotiz involviert gewesen; er habe sie aber nicht geschrieben, sondern sei mit [REDACTED] zusammengesessen und sie hätten es mit dem CdA angeschaut (Act. 036, Protokoll Befragung [REDACTED] Gemäss [REDACTED] habe er die Aktennotiz erstellt und [REDACTED] und der CdA hätten die Aktennotiz auch gelesen (Act. 035, Protokoll Befragung [REDACTED]

⁷³ Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 7.

Dokumente Schreiben Gaillard und Antwortschreiben ist die Situation nicht klar. Rückblickend scheinen sie nur dem Aufzeigen von öffentlich zu publizierenden Diskussionsoptionen gedient zu haben. Sollte man sie hingegen als Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid einstufen, so würden wohl knapp überwiegende Gründe für eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Art. 8 Abs. 2 BGÖ) sprechen und damit gegen die Zulässigkeit der Herausgabe.

Die Gruppe Verteidigung war sich nach der Einschätzung des Untersuchungsorgans dieser Umstände jedoch nicht bewusst, und es war aus den betreffenden Dokumenten aufgrund der fehlenden Klassifizierungsvermerke und der Art ihrer Zustellung (die Zustellung durch private, nicht verschlüsselte E-Mail ist bei geheimen oder vertraulichen Inhalten verboten, vgl. so gleich die Antwort zu Frage 2) nicht erkennbar, dass es sich um klassifizierte (oder zu klassifizierende) Dokumente gehandelt hat, sodass es diesbezüglich an der Vorwerfbarkeit fehlen dürfte (vgl. dazu auch die Antworten auf Fragen 2 und 4). Diese Umstände haben die interne Beurteilung und die Gewährung des Zugangs begünstigt. Dies zeigt sich am Umstand, dass die von den Verfassern des Antwortschreibens als "intern" klassifizierte Beilage zum Antwortschreiben nicht [REDACTED] herausgegeben wurde. Eine vorsätzliche Verletzung von Herausgaberestriktionen kann nach Einschätzung des Untersuchungsorgans jedenfalls ausgeschlossen werden.

2. Wenn nein, welche Rechtsverstösse liegen vor?

Informationssicherheitsvorschriften

- a) Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard an das VBS
 - Es bestehen – im Rahmen der nur vorfrageweisen Betrachtung des Sachverhalts durch das Untersuchungsorgan (Rz. 4) – Anhaltspunkte dafür, dass die Nichtklassifizierung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard – insbesondere das Nichtanbringen von Klassifizierungsvermerken durch die Expertengruppe Gaillard – einen Verstoß gegen die Bearbeitungsvorschriften hinsichtlich klassifizierter Informationen darstellen könnte.
 - Die (soweit ersichtlich unverschlüsselte bzw. mit privaten Mitteln erfolgte) elektronische Übermittlung des Schreibens Gaillard sowie der Beilage Schreiben Gaillard durch Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA, kann – vorbehaltlich vorgängiger Entklassifizierung – ebenfalls einen Verstoß gegen die Bearbeitungsvorschriften hinsichtlich klassifizierter Informationen darstellen. Das Untersuchungsorgan erachtet sich aber als nicht zuständig, darüber über die vorfrageweise Beleuchtung des relevanten Sachverhalts hinaus zu befinden (Rz. 4).
 - In Bezug auf Dritte – wie vorliegend die Expertengruppe Gaillard – haben die verpflichteten Behörden dafür zu sorgen, dass die informationssicherheitsrechtlichen Anforderungen und Massnahmen vertraglich weitergegeben werden (Art. 9 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 ISG). Ob dies vorliegend erfolgt ist, hat das Untersuchungsorgan nicht geprüft.
- b) Übermittlung des Schreibens Gaillard, der Beilage Schreiben Gaillard und des Antwortschreibens [REDACTED] durch die Gruppe Verteidigung
 - Ohne eine vorgängige Entklassifizierung hätten das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard nicht an [REDACTED] die Zeitung "NZZ am Sonntag", übermittelt werden dürfen (Art. 14 Abs. 1 ISG).

- Die elektronische Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard ohne entsprechende Klassifizierungsvermerke verstösst gegen die Bearbeitungsvorschriften für klassifizierte Informationen. Allerdings war es für die betreffenden Mitarbeiter der Gruppe Verteidigung aus den Dokumenten und der Art ihrer Zustellung – wie oben vermerkt – nicht erkennbar, dass es sich beim Schreiben Gaillard sowie der Beilage Schreiben Gaillard um klassifizierte Dokumente handelte, da (i) die Dokumente keine Klassifizierungsvermerke oder sonstige Kennzeichnungen aufweisen, (ii) durch Dr. Gaillard via (soweit ersichtlich unverschlüsselte) E-Mail von einer privaten E-Mail-Adresse (und soweit ersichtlich mittels privater IKT-Mittel) an den GS VBS und den CdA verschickt worden sind und (iii) die Letztgenannten in den Schreiben von Dr. Gaillard nicht auf die Klassifizierung der Dokumente aufmerksam gemacht worden sind. Es fehlte selbst ein geschäftssprachlicher Hinweis auf die Vertraulichkeit von Anfrage und Informationen.

Öffentlichkeitsgesetz

Unter dem Öffentlichkeitsgesetz hätte für das Dokument Beilage Schreiben Gaillard wohl kein Zugang gewährt werden müssen bzw. dürfen, weil Regierungshandeln des Bundesrates nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fällt. Für die beiden weiteren Dokumente (Schreiben Gaillard, Antwortschreiben) sind nach Einschätzung des Untersuchungsorgans zwei Interpretationen möglich. Rückblickend spricht – wie oben genannt – vieles dafür, dass es darum ging, zuhanden der Öffentlichkeit Handlungsoptionen aufzuzeigen, weshalb der Bericht Expertengruppe Gaillard nach dessen Entgegennahme durch den Bundesrat integral veröffentlicht wurde. Dann gäbe es wohl auch keine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip. Sollten sie aber als Grundlage für einen Behördenentscheid einzustufen sein, so gibt es Gründe, die dafür sprechen, dass der Zugang aufgrund des Vorliegens eines Verweigerungsgrundes hätte verweigert werden müssen: Zum Schutz der freien Willensbildung von Behörden dürfen amtliche Dokumente nach dem Öffentlichkeitsgesetz erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Insbesondere die Klassifizierung des Zwischenberichts als "geheim" ist ein Indiz dafür, dass der Zugang zu den Dokumenten Schreiben Gaillard und Antwortschreiben allenfalls (und jedenfalls bei Kenntnis von der Klassifizierung) hätte verweigert werden müssen, bis der bundesrätliche Entscheid vorlag. Allerdings war – wie erwähnt (Antwort zu Frage 1) – für die Adressaten mangels Klassifizierungsvermerke die Klassifizierung der Dokumente Schreiben Gaillard und Beilage Schreiben Gaillard nicht ersichtlich.

3. Wurden die Unterlagen korrekt klassifiziert (Klassifizierungsvermerk)?

Das Schreiben Gaillard sowie die Beilage Schreiben Gaillard wurden – sofern die entsprechenden Geschäfte als geheim oder vertraulich klassifiziert worden und nicht entklassifiziert worden waren – durch den Ersteller (d.h. Expertengruppe Gaillard im Auftrag [REDACTED]) nach unserer Einschätzung nicht korrekt klassifiziert. Beide Dokumente wiesen keine Klassifizierungsvermerke auf.

Beim Antwortschreiben war es demgegenüber vertretbar, auf eine Klassifizierung und demzufolge auf einen entsprechenden Klassifizierungsvermerk zu verzichten (vgl. Antwort zu Frage 1).

4. *Erfolgte der Umgang oder die Herausgabe der Unterlagen gemäss Informationsschutzvorschriften?*

Das Schreiben Gaillard sowie die Beilage Schreiben Gaillard hätten – sofern als "geheim" klassifiziert – namentlich (i) nicht ohne entsprechende Klassifizierungsvermerke; und (ii) nicht via (unverschlüsselte) E-Mail versandt werden dürfen.

Das gilt sowohl für die Übermittlung der Dokumente von Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA als auch für die Übermittlung seitens der Gruppe Verteidigung [REDACTED]. Für die Gruppe Verteidigung war es jedoch mangels Klassifizierungsvermerken und der Art der Übermittlung, wie vorstehend erwähnt, nicht erkennbar, dass es sich beim Schreiben Gaillard sowie der Beilage Schreiben Gaillard um klassifizierte Dokumente handelte.

5. *Empfehlung zum weiteren Vorgehen, insbesondere Handlungsbedarf.*

Aus der Untersuchung ergibt sich, dass die unerwünschte bzw. objektiv teils wohl unzulässige Dokumentenherausgabe nach der Einschätzung des Untersuchungsorgans aufgrund einer Verkettung von unsachgemäßem Verhalten bzw. ungünstiger Umstände zustande kam, die durch die Involvierung eines ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Dritten (Experten-Gruppe Gaillard) in das Bundesratsgeschäft begünstigt wurde. Das Zusammenspiel des neuen Informationssicherheitsrechts mit altrechtlichen Weisungen, speziellen Bearbeitungsvorschriften der Bundeskanzlei ("Roter Ordner") und dem Öffentlichkeitsgesetz erweist sich als anspruchsvoll: Unklarheit über die (Ent-)Klassifizierung, fehlende Klassifizierungsvermerke, keine Verwendung von der Klassifizierung entsprechenden Kommunikationsmitteln und Schutzmassnahmen, teils fehlgeleitete Einschätzung der Bedeutung und Zuständigkeit bei den Empfängern im Armeestab und eine gegenüber dem üblichen Vorgehen bei BGÖ-Anfragen abgekürzte Behandlung durch die Kommunikationsverantwortlichen. Absicht, treuwidriges Verhalten oder böser Wille scheint aber nirgendwo hineingespielt zu haben. Hieraus sind der Handlungsbedarf und entsprechende Empfehlungen abzuleiten:

- Generell empfiehlt sich, beim Einbezug externer Auftraggeber durch Bundesrat oder Bundesverwaltung im Zusammenhang mit (allenfalls) klassifizierten oder nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Geschäften bzw. für die entsprechenden Schnittstellen zu Verwaltungsbehörden klare Weisungen für Zwecke der Wahrung der Klassifizierung bzw. der Vertraulichkeit und Kennzeichnung "privater" Kommunikation zu erteilen oder, falls nicht praktikabel, eine teilweise Entklassifizierung vorzunehmen. Es wäre allenfalls angezeigt, diesbezüglich allgemeine Richtlinien aufzustellen.
- Ferner empfiehlt es sich, dass die Öffentlichkeitsverantwortlichen bei Anfragen, die sich ihrem Wortlaut nach auf das BGÖ stützen oder den Zugang zu Dokumenten der Bundesverwaltung verlangen, immer auch den/die Öffentlichkeitsberater/in einbeziehen, bevor sie einen Entscheid über die Herausgabe einfordern. Zu diesem Zweck könnte eine Revision der Weisungen des VBS zum BGÖ-Prozess prüfenswert sein, da diese den mit einem Zugangsgesuch befassten Mitarbeitenden einen verhältnismässig grossen Ermessensspielraum belassen, um vom vorgesehenen Prozess abzuweichen.
- Waren an der Erstellung eines Dokuments mehrere Behörden beteiligt oder sind von einem Zugangsgesuch Dokumente mehrerer Behörden betroffen, empfiehlt es sich, vor einer Stellungnahme jeweils die anderen Behörden anzuhören. Wurde das Dokument durch einen Dritten im Auftrag einer Bundesbehörde erstellt, wäre diese

Bundesbehörde als Auftraggeberin anzuhören. Diesbezüglich scheint eine Präzisierung der Weisungen des VBS zum BGÖ-Prozess prüfenswert.

- Die Einhaltung der Informationssicherheitsvorschriften und deren Zusammenspiel mit dem Öffentlichkeitsgesetz ist anspruchsvoll. Es wäre allenfalls sinnvoll, die Mitarbeitenden in diesen Fragen im Rahmen der Schulung und Sensibilisierung nach Art. 11 ISV zu schulen. Entsprechendes Schulungsmaterial könnte von der Fachstelle des Bundes für Informationssicherheit in Abstimmung mit dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) erstellt werden.
- Während sich der CdA (oder andere Vorgesetzte) bezüglich Medienkommunikation (und anderen Geschäften) bis zu einem bestimmten Grad auf die Beurteilungen und den Rat der zuständigen Unterstellten verlassen können muss, wäre eine Triage-Regelung sinnvoll, welche zum Beispiel Geschäften mit Bundesratsbezug eine erhöhte Sorgfaltsstufe zuweist (auch, weil der Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes dem BGÖ nicht unterstellt ist).

III. Erläuterungen

- 48 Im Folgenden wird in einem ersten Schritt geprüft, ob im Zusammenhang mit der Gewährung des Zugangs zu den Dokumenten Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard und Antwortschreiben die Informationssicherheitsvorschriften eingehalten wurden (A., Rz. 49 ff.). Zweitens wird untersucht, ob gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz ein Anspruch auf Zugang zu den Herausgegebenen Dokumenten bestand oder ob der Zugang zu verweigern gewesen wäre (B., Rz. 100 ff.). Schliesslich werden Empfehlungen abgegeben (IV., Rz. 160).

A. Informationssicherheitsrecht

1. Rechtliche Grundlagen

1.1 Klassifizierungsregeln

- 49 Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Informationssicherheit beim Bund vom 18. Dezember 2020 (**Informationssicherheitsgesetz** oder **ISG**; SR 128) wurden die wichtigsten Rechtsgrundlagen für den Schutz von Informationen und Informatikmitteln des Bundes zusammengeführt und auf Gesetzesstufe gehoben. Die Informationssicherheitsvorschriften werden namentlich in der Verordnung über die Informationssicherheit in der Bundesverwaltung und der Armee vom 8. November 2023 (**Informationssicherheitsverordnung** oder **ISV**; SR 128.1) als eine von vier Ausführungsverordnungen konkretisiert. Die ISV enthält Regelungen zum Informations-sicherheitsmanagement, zum Schutz von klassifizierten Informationen, zur Informatiksicherheit und zu Massnahmen der personellen und physischen Sicherheit. Die neuen Rechtsgrundlagen sind insbesondere an die Stelle von zwei früheren Verordnungen, die Cyberrisikenverordnung (**CyRV**) und die Informationsschutzverordnung (**ISchV**), getreten.

- 50 Das ISG gilt für die in Art. 2 ISG aufgeführten verpflichteten Behörden und Organisationen, zu denen insbesondere der Bundesrat, die Bundesverwaltung und die Armee gehören. Gemäss Art. 11 Abs. 1 ISG sorgen die verpflichteten Behörden und Organisationen dafür, dass Informationen, welche die Kriterien nach Art. 13 ISG erfüllen, klassifiziert werden. Dabei ist die Klassifizierung auf das erforderliche Mindestmass zu beschränken und nach Möglichkeit zeitlich zu

begrenzen (Art. 11 Abs. 2 ISG). Die verpflichteten Behörden legen fest, welche Personen und Stellen für das Klassifizieren der Informationen zuständig sind (**klassifizierende Stellen**) (Art. 12 Abs. 1 ISG). Klassifizierungen können nur von der klassifizierenden Stelle oder der ihr übergeordneten Stelle geändert oder aufgehoben werden (Art. 12 Abs. 2 ISG).

- 51 Die für den Vollzug des ISG erforderlichen Ausführungsbestimmungen werden nach Art. 84 Abs. 1 ISG von den verpflichteten Behörden erlassen. Nach Art. 21 Abs. 1 ISV erlässt die Fachstelle des Bundes für Informationssicherheit generell-abstrakte Weisungen mit Geltung für alle Organisationen nach Art. 2 Abs. 1–3 ISV über die Bearbeitung klassifizierter Informationen und die organisatorischen, personellen, technischen und baulichen Mindestanforderungen für deren Schutz. Da die Fachstelle Informationssicherheit eine der drei Fachstellen des Staatssekretariats für Sicherheitspolitik (**SEPOS**) ist, fällt diese Aufgabe in den Zuständigkeitsbereich des SEPOS (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. e Ziff. 1 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport [**OV-VBS**]).
- 52 Bis zum Inkrafttreten neuer Weisungen gelten übergangsweise die vor Inkrafttreten der ISV von der Generalsekretärenkonferenz oder von der Koordinationsstelle für den Informationsschutz im Bund erlassenen Weisungen über den Informationsschutz bis höchstens zwei Jahre nach Inkrafttreten (1. Januar 2024) der ISV fort (Art. 51 Abs. 3 ISV). Für die Klassifizierungskataloge gilt dagegen eine kürzere Übergangsfrist bis spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten der ISV (Art. 51 Abs. 5 ISV).
- 53 Neue Weisungen der Fachstelle Informationssicherheit oder neue Klassifizierungskataloge, die nach Inkrafttreten der ISV erlassen worden wären, sind dem Untersuchungsorgan nicht bekannt. Daher gelten zurzeit noch die von der Koordinationsstelle für den Informationsschutz im Bund erlassenen Weisungen über die detaillierten Bearbeitungsvorschriften zum Informationsschutz vom 18. Januar 2008 (**Bearbeitungsweisungen**)⁷⁴ und die von der Generalsekretärenkonferenz erlassenen Weisungen über die Klassifizierung vom 26. September 2011 (**Klassifizierungskatalog**)⁷⁵.
- 54 Gemäss Art. 13 ISG werden drei Klassifizierungsstufen unterschieden: "intern", "vertraulich" und "geheim". Diese Stufen unterscheiden sich danach, in welchem Ausmass die Kenntnisnahme durch Unberechtigte die in Art. 1 Abs. 2 lit. a–d ISG genannten Interessen (vgl. sogleich Rz. 55) beeinträchtigen kann:
- "intern" bedeutet, dass die Kenntnisnahme durch Unberechtigte die Interessen beeinträchtigen kann (Art. 13 Abs. 1 ISG und Art. 18 ISV).
 - "vertraulich" bedeutet, dass die Kenntnisnahme durch Unberechtigte die Interessen erheblich beeinträchtigen kann (Art. 13 Abs. 2 ISG und Art. 19 ISV).
 - "geheim" bedeutet, dass die Kenntnisnahme durch Unberechtigte die Interessen schwerwiegend beeinträchtigen kann (Art. 13 Abs. 3 ISG und Art. 20 ISV).
- 55 Die in Art. 1 Abs. 2 lit. a–d ISG aufgelisteten öffentlichen Interessen umfassen:

⁷⁴ Vgl. Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 14 bis 30.

⁷⁵ Vgl. Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 31 bis 65.

- (a) die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit der Behörden und Organisationen des Bundes;
- (b) die innere und äussere Sicherheit der Schweiz;
- (c) die aussenpolitischen Interessen der Schweiz; und
- (d) die wirtschafts-, finanz- und währungspolitischen Interessen der Schweiz.

- 56 Eine Beeinträchtigung der Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit der Behörden und Organisationen des Bundes (Art. 1 Abs. 2 lit. a ISG) kann insbesondere dann vorliegen, wenn die freie Meinungs- und Willensbildung einer Behörde wesentlich beeinträchtigt wird. Dies bedeutet, dass die betreffende Behörde durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter starken öffentlichen Druck geraten könnte, was die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens erschweren oder verhindern kann.⁷⁶ Ein Beispiel hierfür wäre die Veröffentlichung von Dokumenten, die eine behördliche Massnahme vorbereiten, wodurch die Massnahme ihr Ziel nicht mehr vollumfänglich erreichen könnte.⁷⁷ Solche Situationen können die Entscheidungsfähigkeit der Behörden erheblich beeinträchtigen, da sie ihre Handlungsfreiheit und Effizienz beeinträchtigen.
- 57 Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess durch öffentliche Diskussionen stellt automatisch eine wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde dar.⁷⁸ Namentlich bei der Beurteilung des Schutzbedarfs von Informationen politischer Natur ist besondere Zurückhaltung erforderlich.⁷⁹ Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum ISG gehört es in einer "modernen Demokratie" zur "normalen Regierungstätigkeit, dass politische Ideen, Vorschläge, Konzepte und Entscheide in der Öffentlichkeit besprochen und gegebenenfalls (auch heftig) kritisiert werden".⁸⁰ Dies gilt insbesondere, wenn das Geschäft letztlich ohnehin im Parlament behandelt wird.
- 58 Nachstehend sind Auszüge aus dem Klassifizierungskatalog mit potenziell relevanten Sachgebieten aufgeführt, welche einen Eindruck darüber vermitteln, wie die Bundesverwaltung bei der Klassifikation von Informationen bzw. Geschäften vorgeht:⁸¹

⁷⁶ Vgl. Botschaft vom 22. Februar 2017 zum Informationssicherheitsgesetz, BBl 2017 2953 ff. (zit. Botschaft ISG), 3010; Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 1963 ff. (zit. Botschaft BGÖ), 2007 ff.

⁷⁷ Vgl. BGE 133 II 209, E. 4.2.; Botschaft ISG (Fn 76), 3010; Botschaft BGÖ (Fn 76), 2007 ff.

⁷⁸ Vgl. Urteil des BVGer A-2352/2017 vom 11. Dezember 2019, E. 4.5.1; Botschaft ISG (Fn 76), 3010; Botschaft BGÖ (Fn 76), 2007 ff.

⁷⁹ Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

⁸⁰ Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

⁸¹ Vgl. Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 32, 48 und 54.

Sachgebiet	GEHEIM (Artikel 5 ISchV)	VERTRAULICH (Artikel 6 ISchV)	INTERN (Artikel 7 ISchV)
Innere Sicherheit der Schweiz	Je nach Schutzwürdigkeit: • Berichte zuhanden der GPDel im Bereich innere Sicherheit • Unterlagen der Kerngruppe Sicherheit • Unterlagen des Sicherheitsausschusses des Bundesrats	• Strategische Vorsorgeplanungen	
Bundesratsgeschäfte	• Geschäfte, die GEHEIME Informationen enthalten: namentlich Anträge inklusive Beilagen an den Bundesrat, Mitberichte und Stellungnahmen sowie Beschlüsse des Bundesrates	• Geschäfte, die VERTRAULICHE Informationen enthalten: namentlich Anträge inklusive Beilagen an den Bundesrat, Mitberichte und Stellungnahmen sowie Beschlüsse des Bundesrates, Traktandenlisten und Beschlussprotokolle zu VERTRAULICH klassifizierten Geschäften sowie die sogenannten «erweiterten Beschlussprotokolle» mit den Aufzeichnungen der Bundesratssitzungen • Datenbank EXE: Datenbank mit VERTRAULICH klassifizierten Geschäften und Traktandenlisten	
Fähigkeitslücken (Einsatzbereitschaft), Schwachstellen	• Berichte über Kriegsgenügen der Armee oder der Grossen Verbände bezüglich Einsatzbereitschaft von Personalbeständen, Infrastruktur, Munition, usw.	• Kurzfristig nicht behebbare Schwachstellen von Personalbeständen, Armeematerial (inkl. Munition), militärischen Anlagen oder Objekten	
Militärische Sicherheit	• Informationen und Personendaten über VE/VP oder solche, die dem Quellenschutz unterliegen sowie Informationen die Rückschlüsse darauf zulassen. • Informationen über Planung und Durchführung von Einsätzen sowie Personendaten, Standorte, Zeitverhältnisse, Finanzen, technische Mittel und Strukturen im Bereich präventiver Massnahmen zum Schutz der Armee vor Spionage, Sabotage und weiteren rechtswidrigen Handlungen.	• Informationen über Planung und Durchführung von Einsätzen sowie Personendaten, Standorte, Zeitverhältnisse, Finanzen, technische Mittel und Strukturen im Bereich von Ermittlungen mit hohem kriminalpolizeilichem Informationswert und bei internen Ermittlungen.	• Informationen über Ermittlungsverfahren der Militärpolizei, resp. der Militärjustiz. • Dienstbefehle und Weisungen. • Personenbezogene Verzeichnisse und Organigramme der Militärischen Sicherheit.

1.2 Bearbeitungsvorschriften

- ⁵⁹ Wie erwähnt (Rz. 53), finden die Bearbeitungsweisungen grundsätzlich Anwendung. Gemäss Art. 21 Abs. 3 ISV regelt die Bundeskanzlei jedoch die Bearbeitung klassifizierter Bundesratsgeschäfte. Diese Spezialvorschriften hat die Bundeskanzlei im sogenannten "Roten Ordner" festgehalten (vgl. dazu auch Rz. 60).⁸² Daher gelten für klassifizierte Bundesratsgeschäfte die Spezialvorschriften aus dem "Roten Ordner" und, sofern diese keine besonderen Bestimmungen enthalten, die allgemeinen Bearbeitungsweisungen.
- ⁶⁰ Der "Rote Ordner" liegt uns nicht integral vor – wir verfügen über einen Auszug aus demselben (gemäss Act. 031 im Anhang).⁸³ Nachfolgend werden die uns zur Verfügung stehenden Informationen in Bezug auf den "Roten Ordner" und ergänzend die allgemeinen Bearbeitungsvorschriften, namentlich die Bearbeitungsweisungen und der Klassifizierungskatalog, herangezogen.
- ⁶¹ Gestützt darauf (vgl. Rz. 60) ergeben sich für die Bearbeitung von geheimen und vertraulichen Bundesratsgeschäften folgende Bearbeitungsvorschriften:

⁸² Vgl. Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei.

⁸³ Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei.

— Erstellung

- Elektronische Erstellung und Verarbeitung: Die Bearbeitung mit Informations- und Kommunikationstechnologiemitteln (**IKT-Mittel**; dazu gehören beispielsweise Computer, Mobiltelefone und Netzwerke) ist zulässig, wenn ein für diese Klassifizierungsstufe genehmigtes Informationssicherheits- und Datenschutzkonzept (**ISDS-Konzept**) vorliegt. Der Einsatz privater IKT-Mittel ist verboten;⁸⁴
- Es ist ein Klassifizierungsvermerk in fetten Grossbuchstaben auf jeder Seite, die klassifizierte Informationen enthält, oben in der Mitte oder rechts oben anzubringen. Bei geheimen Informationen ist es bei zwei oder mehr Exemplaren zwingend, auf jeder Seite, hinter allen Klassifizierungsvermerken, eine Nummerierung anzubringen. Bei vertraulichen Informationen ist die Nummerierung fakultativ;⁸⁵
- Es ist sowohl bei vertraulichen als auch bei geheimen Informationen der Verfasser anzugeben;⁸⁶
- Auf dem Deckblatt oder, wo ein solches fehlt, auf der ersten Schriftseite kann gut sichtbar eine Zusammenstellung der wichtigsten Bearbeitungsvorschriften wie folgt aufgeführt werden:⁸⁷

Achtung! → Einsichtnahme Unbefugter verhindern! → Korrekte Aufbewahrung (unter Verschluss)! → Weiter- oder Rückgabe nur gegen Quittung! → Rückgabepflicht!
--

- Auf dem Begleitschreiben ist der Hinweis auf die Klassifizierung der höchstklassifizierten Beilage unterhalb des allenfalls vorhandenen Klassifizierungsvermerks des Begleitschreibens wie folgt anzubringen: „Beilage(n) **GEHEIM**“ (bzw. **VERTRAULICH** oder **INTERN**);⁸⁸
- Für geheime Informationen sind zur Registrierung und Kontrollführung die bei der Koordinationsstelle erhältlichen Formulare zu verwenden. Bei vertraulichen Informationen sind auf dem Dokument das Datum und der Verteiler festzuhalten. Bei nummerierten Exemplaren ist sicherzustellen, dass die Abgabe nachgewiesen werden kann.⁸⁹

— Speicherung bzw. Aufbewahrung

- Eine elektronische Speicherung ist zulässig, wenn ein für diese Klassifizierungsstufe genehmigtes ISDS-Konzept vorliegt, das insbesondere die Verschlüsselung regelt. Der Einsatz privater IKT-Mittel ist verboten. Die Informationsträger sind so aufzubewahren, dass Unberechtigte keinen Zugang zu ihnen haben.⁹⁰

⁸⁴ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 15.

⁸⁵ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 16.

⁸⁶ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 17.

⁸⁷ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 17.

⁸⁸ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 17 f.

⁸⁹ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 17 f.

⁹⁰ Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 19 f.

— Übermittlung bzw. Versand und Empfang

- Die Übermittlung mit verschlüsselter E-Mail ist gemäss den Spezialvorschriften für Bundesratsgeschäfte nur bis zur Stufe "vertraulich" erlaubt.⁹¹ Die allgemeinen Bearbeitungsweisungen erlauben den elektronischen Versand (z.B. E-Mail) hingegen auch für geheime Informationen, jedoch nur mit einem genehmigten ISDS-Konzept, das insbesondere die Verschlüsselung regelt.⁹²

⁶² Erhalten Personen Zugang zu Informationen, Informatikmitteln, Räumlichkeiten und anderen Infrastrukturen des Bundes, haben die verpflichteten Behörden und Organisationen gemäss Art. 20 Abs. 1 ISG dafür zu sorgen, dass diese Personen:

- (a) sorgfältig ausgewählt werden;
- (b) risikogerecht identifiziert werden;
- (c) stufengerecht aus- und weitergebildet werden;
- (d) gegebenenfalls zur Geheimhaltung verpflichtet werden.

⁶³ Arbeiten die verpflichteten Behörden und Organisationen mit Dritten zusammen, so sorgen sie gemäss Art. 9 Abs. 1 ISG dafür, dass die Anforderungen und Massnahmen nach dem ISG in den entsprechenden Vereinbarungen und Verträgen festgehalten werden. Dritte sind alle Behörden, Organisationen und Personen, die nicht zu den verpflichteten Behörden und Organisationen gehören und daher grundsätzlich unabhängig handeln.⁹³ Erst wenn Dritte die erforderlichen Massnahmen umgesetzt haben, sollen sie Zugang zu Informationen oder zu Informatikmitteln des Bundes erhalten.⁹⁴ Ausserdem haben die verpflichteten Behörden und Organisationen auch dafür zu sorgen, dass eine angemessene Überprüfung der Umsetzung der Massnahmen stattfindet (Art. 9 Abs. 2 ISG). Die Umsetzung dieser Massnahmen muss risikogerecht überprüft werden, beispielsweise durch Vor-Ort-Besuche oder schriftliche Bestätigungen der Drittpartei.⁹⁵

1.3 Rechtsfolgen einer Verletzung des ISG

⁶⁴ Beim ISG wurde auf besondere strafrechtliche Tatbestände verzichtet, weil die Bestimmungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) und im Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) nicht im Rahmen eines besonderen Organisationserlasses revidiert werden sollten.⁹⁶ Kommt im Falle einer Verletzung von Informationssicherheitsvorschriften gleichzeitig auch eine strafbare Handlung in Betracht, müssen die Bundeskanzlei und die Departemente die Akten der Bundesanwaltschaft oder dem Ombudsman der Schweizer Armee übergeben (Art. 33 Abs. 1 ISV). Generell sind die Angestellten des Bundes verpflichtet, Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben, von Amtes wegen anzuzeigen (vgl. Art. 10 Abs. 3 StGB und Art. 22a Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000

⁹¹ Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei, S. 1.

⁹² Act. 003-01, Informationsschutzvorschriften, Dokumentation 52.064 d, mit Stand am 1. Oktober 2018, S. 21.

⁹³ Botschaft ISG (Fn 76), 3019.

⁹⁴ Botschaft ISG (Fn 76), 3019 f.

⁹⁵ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3019 f.

⁹⁶ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 2978.

[BPG; SR 172.220.1]). Daneben können Verstösse gegen das Informationssicherheitsrecht auch Gegenstand von Disziplinaruntersuchungen sein (Art. 25 BPG i.V.m. Art. 98 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV; SR 172.220.111.3]).

2. Klassifizierung der von der Gewährung des Zugangs betroffenen Dokumente

2.1 Vorbemerkungen

- ⁶⁵ Nach Angaben der Auftraggeberin sei das durch die Expertengruppe Gaillard bearbeitete Geschäft "Aufgaben- und Subventionsprüfung" als "vertraulich" klassifiziert worden (vgl. Rz. 19). Eine formelle Anordnung liegt uns diesbezüglich nicht vor.
- ⁶⁶ Der Zwischenbericht sei gemäss Angaben der Auftraggeberin im Bundesrat behandelt und als "geheim" klassifiziert worden (vgl. Rz. 19). Die entsprechende Anordnung liegt uns nicht vor. Der genaue Zeitpunkt der Behandlung des Zwischenberichtes im Bundesrat bzw. der Klassifizierung des Zwischenberichtes als "geheim" ist uns nicht bekannt. Allerdings wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Behandlung des Zwischenberichtes (und damit auch dessen Klassifizierung als "geheim") vor dem 28. Juni 2024 erfolgte.⁹⁷
- ⁶⁷ Nach der Gewährung des Zugangs zu den Dokumenten (Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard, Antwortschreiben), nämlich am 30. August 2024, ist das Bundesratsgeschäft im Hinblick auf die Beratung des Berichts Expertengruppe Gaillard im Bundesrat [REDACTED] im Mitberichtsverfahren als "geheim" klassifiziert worden.⁹⁸ Die entsprechende Anordnung liegt uns nicht vor.
- ⁶⁸ Der Bericht Expertengruppe Gaillard wurde am 4. September 2024 im Bundesrat behandelt und am 5. September 2024 öffentlich publiziert.⁹⁹ Der Bericht Expertengruppe Gaillard und das entsprechende Bundesratsgeschäft "Aufgaben- und Subventionsprüfung" ist somit nach unserem Verständnis (soweit klassifiziert) inzwischen entklassifiziert worden.
- ⁶⁹ Relevant ist auch, dass mit dem Inkrafttreten des ISG die Schwellen für die Klassifizierungsstufen "geheim" und "vertraulich" im Vergleich zur vorher bestehenden Regelung erhöht wurden.¹⁰⁰ Heute ist die Klassifizierungsstufe "geheim" für Informationen vorgesehen, deren Kenntnisnahme durch Unberechtigte die Interessen nach Art. 1 Abs. 2 lit. a–d ISG (darunter die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit der Behörden und Organisationen des Bundes sowie die innere und äussere Sicherheit der Schweiz) *schwerwiegend beeinträchtigen* kann, während es bei der Klassifizierungsstufe "vertraulich" um Informationen geht, deren Kenntnisnahme durch Unberechtigte die genannten Interessen *erheblich beeinträchtigen* kann (Art. 13 Abs. 2 und 3 ISG; vgl. Rz. 54).
- ⁷⁰ Bei den Qualifizierungen, auf welche sich die Klassifizierungsstufen stützen, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, welche im Rahmen einer Risikobeurteilung zu konkretisieren

⁹⁷ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

⁹⁸ Act. 042, E-Mail [REDACTED] an das Untersuchungsorgan vom 12. September 2024, 11:53 Uhr, mit dem Betreff: "Administrativuntersuchung [MBH-M.FID1054694]"

⁹⁹ Act. 038, Medienmitteilung vom 5. September 2024: "Aufgaben- und Subventions-überprüfung: Bundesrat begrüsst Bericht der Expertengruppe".

¹⁰⁰ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 2983.

sind.¹⁰¹ Neben der potenziellen Beeinträchtigung der Interessen nach Art. 1 Abs. 2 lit. a–d ISG muss auch eine "vernünftige kausale Verbindung zwischen der unberechtigten Kenntnisnahme der Information und der potenziellen Beeinträchtigung der geschützten Interessen"¹⁰² vorliegen. Es geht somit auch um die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens, die ebenfalls zu berücksichtigen ist.¹⁰³

- ⁷¹ Die Klassifizierung einer Information gibt demnach gestützt auf das Ergebnis einer Risikobeurteilung den tatsächlichen Schutzbedarf der Information wieder.¹⁰⁴ Dabei ist bei der Beurteilung des Schutzbedarfs von Informationen politischer Natur besondere Zurückhaltung erforderlich.¹⁰⁵ Generell ist die Klassifizierung von Informationen auf das erforderliche Mindestmass zu beschränken und nach Möglichkeit zeitlich zu begrenzen (Art. 11 Abs. 2 ISG). Angesichts des Öffentlichkeitsprinzips und des mit der Klassifizierung verbundenen Aufwands muss sie die Ausnahme darstellen.¹⁰⁶

2.2 Klassifizierung der Herausgegebenen Dokumente

2.2.1 Klassifizierung des Schreibens Gaillard

- ⁷² Das Schreiben Gaillard, welches als Anhang zur E-Mail vom 28. Juni 2024, 10:23 Uhr, von Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA sowie zwei weitere Personen verschickt worden war (vgl. Rz. 23),¹⁰⁷ bezieht sich auf den (gemäss Angaben der Auftraggeberin als "geheim" klassifizierten) Zwischenbericht. Es enthält Informationen über eine von der Expertengruppe Gaillard geprüfte und im Zwischenbericht vorgeschlagene Massnahme – die Reduktion des Wachstums der Verteidigungsausgaben in den Jahren 2025 bis 2035. Das Schreiben Gaillard beinhaltet auch die konkrete prozentuale Reduktion, welche die Expertengruppe Gaillard vorschlägt und die im Zwischenbericht wiedergegeben ist.¹⁰⁸

- ⁷³ Ist der Zwischenbericht "geheim" klassifiziert worden und erfolgte vor der Übermittlung des Dokuments durch Dr. Gaillard [REDACTED] keine Entklassifizierung (wofür wir keine Anhaltspunkte haben), ist somit davon auszugehen, dass das Schreiben Gaillard Informationen enthält, die im Zeitpunkt der Übermittlung des Schreibens Gaillard an den GS VBS und den CdA (und in der Folge – vorbehaltlich zwischenzeitlicher Entklassifizierung – auch bei der Übermittlung seitens der Gruppe Verteidigung an den Journalisten der NZZ) als "geheim" klassifiziert waren.

- ⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die Kenntnisnahme von (einzelnen) Informationen des Zwischenberichts geeignet war, die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit von Behörden

¹⁰¹ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

¹⁰² Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

¹⁰³ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

¹⁰⁴ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

¹⁰⁵ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3023.

¹⁰⁶ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3020.

¹⁰⁷ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

¹⁰⁸ Act. 017-01, Schreiben von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 28. Juni 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

schwerwiegend zu beeinträchtigen (Rz. 69). Aus materiellrechtlicher Sicht dürften die vorliegend zur Diskussion stehenden Informationen daher schwerlich als "geheim" erkennbar gewesen sein.

2.2.2 Klassifizierung der Beilage Schreiben Gaillard

- 75 Bei der Beilage Schreiben Gaillard handelt es sich um einen Abschnitt (Ziffer 5.4) des Zwischenberichts. Darin empfiehlt die Expertengruppe Gaillard dem Bundesrat als Massnahme, bei der Armee auch ein Szenario mit geringerem Wachstum der Verteidigungsausgaben zu prüfen. Die Beilage Schreiben Gaillard ist durch Dr. Gaillard als Anhang zu seiner E-Mail vom 28. Juni 2024, 10:23 Uhr, an den GS VBS und den CdA sowie zwei weitere Personen versandt worden.¹⁰⁹
- 76 Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zwischenbericht vor der Übermittlung der Beilage Schreiben Gaillard durch Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA ganz oder teilweise entklassifiziert worden wäre. Im Zeitpunkt der Übermittlung wäre der Zwischenbericht daher als "geheim" klassifiziert zu betrachten (vgl. Rz. 19). Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Beilage Schreiben Gaillard, die einen Auszug (im Umfang von ca. einer halben A4-Seite Text) des Zwischenberichtes darstellt.
- 77 Ob der in der Beilage Schreiben Gaillard wiedergegebene Auszug aus dem Zwischenbericht aufgrund seiner im Vergleich zum integralen Zwischenbericht deutlich beschränkteren Aussagekraft etwa auf die Klassifizierungsstufe "vertraulich" oder "intern" hätte reduziert oder ganz entklassifiziert werden können, kann offenbleiben. Dem Untersuchungsorgan liegen keine Hinweise darauf vor, dass [REDACTED] eine solche Änderung der Klassifizierung vor Übermittlung des Dokuments durch Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA vorgenommen hat. Auch diesbezüglich wäre eine Klassifizierung des Inhalts materiellrechtlich zudem nicht ohne Weiteres indiziert.

2.2.3 Klassifizierung des Antwortschreibens

- 78 Das Antwortschreiben stellt die Antwort des GS VBS und des CdA auf das Schreiben Gaillard dar. Im Antwortschreiben nehmen der GS VBS und der CdA Stellung zur seitens der Expertengruppe Gaillard vorgeschlagenen Massnahme, das Wachstum der Verteidigungsausgaben in den Jahren 2025 bis 2035 zu reduzieren (vgl. Rz. 25).
- 79 Das Antwortschreiben nimmt Bezug auf den Vorschlag der Expertengruppe Gaillard und beantwortet die im Schreiben Gaillard gestellten Fragen (Rz. 25). Trotz dessen inhaltlicher Bezugnahme auf das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard ist im Antwortschreiben namentlich der aus dem Zwischenbericht stammende Prozentsatz, der die Expertengruppe hinsichtlich Reduktion des Wachstums der Verteidigungsausgaben in den Jahren 2025 bis 2035 vorschlägt, nicht enthalten. Das Antwortschreiben äussert sich eher generisch zu den im Schreiben Gaillard aufgeworfenen Fragen und enthält zudem auch teilweise öffentlich bekannte Informationen.¹¹⁰

¹⁰⁹ Act. 017, E-Mail von Dr. Serge Gaillard an Daniel Büchel und Thomas Süssli vom 29. August 2024, 10:23 Uhr, mit dem Betreff: "Fragen an das VBS, Vertiefungsaufträge des Bundesrates".

¹¹⁰ Vgl. Act. 004, Schreiben von Daniel Büchel und Thomas Süssli an Dr. Serge Gaillard vom 8. Juli 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

- 80 Es bestehen daher überzeugende Gründe, das Antwortschreiben nicht als "geheim" klassifiziert anzusehen. Allenfalls wäre eine Klassifizierung auf tieferer Stufe in Betracht zu ziehen gewesen. Die Frage kann offenbleiben: Angesichts des Inhalts des Antwortschreibens (anders als bezüglich der Beilage dazu, die als "intern" klassifiziert war) und mangels Klassifizierungsvermerken auf dem Schreiben Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard sahen die Verfasser keinen Anlass zur Klassifizierung, was vertretbar erscheint.
- 81 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Antwortschreiben eine Beilage – die Beilage Antwortschreiben – umfasste.¹¹¹ Diese Beilage wurde seitens des VBS als "intern" klassifiziert und deshalb im Rahmen des BGÖ-Gesuchs nicht an den Journalisten der NZZ am Sonntag herausgegeben (vgl. Rz. 39 f.).

3. Briefwechsel zwischen der Expertengruppe Gaillard und dem VBS

- 82 Nachfolgend ist zunächst auf die informationssicherheitsrechtlichen Aspekte des Schriftenwechsels zwischen der Expertengruppe Gaillard (bzw. Dr. Gaillard) und dem GS VBS bzw. dem CdA einzugehen, da das VBS bzw. die Gruppe Verteidigung dadurch in den Besitz des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard gelangt ist. Diese Vorgänge werden – wie erwähnt (Rz. 4) – vorfrageweise im Hinblick auf die Einordnung der Geschehnisse im Zusammenhang mit der Herausgabe der Unterlagen an die NZZ am Sonntag beleuchtet. Eine Beurteilung der Rechtmässigkeit des Handelns [REDACTED], der Expertengruppe Gaillard oder deren Mitglieder ist damit nicht verbunden.

3.1 Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard (Adressaten)

- 83 Vorliegend wurde die Expertengruppe Gaillard vom Bundesrat mandatiert, um den Bundeshaushalt einer Aufgaben- und Subventionsprüfung zu unterziehen. In diesem Zusammenhang prüfte die Expertengruppe Gaillard für ihren Zwischenbericht verschiedene Massnahmen, darunter auch die Massnahme zur Reduktion des Wachstums der Verteidigungsausgaben. Im Rahmen von Vertiefungsaufträgen sollte zu dieser Massnahme die Einschätzung des GS VBS und des CdA eingeholt werden (Rz. 23).
- 84 Aufgrund der verwaltungsorganisatorischen Stellung und auch gestützt auf den entsprechenden Auftrag des Bundesrates an die Expertengruppe Gaillard war Letztere grundsätzlich wohl berechtigt, dem GS VBS und dem CdA das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard zukommen zu lassen. Da sowohl die Expertengruppe Gaillard als auch der GS VBS und der CdA die Informationen zur Erfüllung des bundesrätlichen Auftrags benötigten, konnte eine Herausgabe der betreffenden Dokumente an den GS VBS und den CdA erfolgen (Art. 14 Abs. 1 ISG). Dies entspricht dem informationssicherheitsrechtlichen Grundsatz "Kenntnis nur, wenn nötig" (vgl. Art. 16 Abs. 1 ISV).
- 85 Aufgrund der Übermittlung durch Dr. Gaillard kamen u.a. der GS VBS und der CdA in den Besitz der Dokumente Schreiben Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard und der darin enthaltenen Informationen.

¹¹¹ Vgl. Act. 004, Schreiben von Daniel Büchel und Thomas Süssli an Dr. Serge Gaillard vom 8. Juli 2024 mit dem Titel "Aufgaben- und Subventionsprüfung: Reduktion Ausgabenwachstum Verteidigung".

3.2 Hinweise zu den Bearbeitungsvorschriften (Art der Bearbeitung und Übermittlung)

⁸⁶ Mit E-Mail vom 28. Juni 2024, 10:23 Uhr, übermittelte Dr. Gaillard das Schreiben Gaillard sowie die Beilage Schreiben Gaillard u.a. an den GS VBS und an den CdA. Gestützt auf die uns vorliegenden Informationen bestehen keine Hinweise darauf, dass die betreffende E-Mail in Übereinstimmung mit einem ISDS-Konzept verschlüsselt bzw. von Informatikmitteln des Bundes verschickt worden wäre. Die betreffende E-Mail ist vom Account [REDACTED] versandt worden und weist in der uns zur Verfügung stehenden Form keinen Hinweis auf eine Verschlüsselung auf (Rz. 24). Auch im Rahmen der Befragungen wurde erwähnt, dass der Auszug des Zwischenberichtes von einer privaten E-Mail und nicht auf einem formellen Briefkopf verschickt worden sei.¹¹²

⁸⁷ Die Beauftragten der Expertengruppe Gaillard gelten als Dritte im Sinne des ISG. Sie waren daher an die Anforderungen und Massnahmen des ISG gebunden. Diesbezüglich haben die verpflichteten Behörden dafür zu sorgen, dass die informationssicherheitsrechtlichen Anforderungen und Massnahmen vertraglich weitergegeben werden (vgl. Art. 9 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 ISG). In Bezug auf die Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard sind hinsichtlich Einhaltung der Bearbeitungsvorschriften namentlich die nachstehenden Aspekte zu berücksichtigen:¹¹³

- Auf dem Schreiben Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard sind keine Klassifizierungsvermerke angebracht. Solche Klassifizierungsvermerke (in fetten Grossbuchstaben auf jeder Seite) sind bei "geheim" (und "vertraulich") klassifizierten Informationen jedoch zwingend.
- Die Expertengruppe Gaillard hat in Bezug auf die Beilage Schreiben Gaillard keinen Verfasser angegeben, und weder auf dem Schreiben Gaillard noch in der Beilage Schreiben Gaillard (oder einem allfälligen Begleitdokument) eine Zusammenstellung der wichtigsten Bearbeitungsvorschriften angebracht.
- Die Übermittlung von Informationen zu Bundesratsgeschäften mit verschlüsselter E-Mail ist gemäss den Spezialvorschriften für Bundesratsgeschäfte ("Roter Ordner") nur bis zur Stufe "vertraulich" zulässig.¹¹⁴ Vorliegend wurden jedoch Informationen aus dem gemäss Angaben der Auftraggeberin als "geheim" klassifizierten Zwischenbericht, die nach dem Verständnis des Untersuchungsorgans im Zusammenhang mit einem Bundesratsgeschäft stehen, von Dr. Gaillard mit (soweit ersichtlich unverschlüsselter) E-Mail an den GS VBS und den CdA versandt.
- Selbst wenn die betreffenden Informationen nicht als im unmittelbaren Zusammenhang mit Bundesratsgeschäften (wie etwa einem Mitberichtsverfahren) stehend betrachtet würden, übermittelte Dr. Gaillard die betreffenden Dokumente mit Informationen, die (teilweise) als "geheim" einzustufen sind, elektronisch ohne Befolgung von Bearbeitungsvorschriften. Auch gemäss den allgemeinen Bearbeitungsweisungen dürfen geheime Informationen nur bei Vorliegen eines genehmigten ISDS-Konzepts, das insbesondere die Verschlüsselung regelt,

¹¹² Act. 034, Protokoll Befragung von Thomas Süssli vom 4. September 2024, S. 7.

¹¹³ Vgl. auch Art. 84 und 85 ISG i.V.m. Art. 21 ISV und die einschlägigen Ausführungsbestimmungen, namentlich die Bearbeitungsweisungen und den Klassifizierungskatalog (vgl. Rz. 52 ff.).

¹¹⁴ Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei, S. 1.

versandt werden. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard verschlüsselt an den GS VBS und den CdA versandt worden wären (Rz. 24).

- Das Schreiben Gaillard machte den GS VBS und den CdA nicht auf den klassifizierten Charakter der Informationen aufmerksam (Rz. 24). Es fehlte selbst ein geschäftssprachlicher Hinweis auf die Vertraulichkeit von Anfrage und Informationen.

88 Das Untersuchungsorgan macht diese Bemerkungen bloss vorfrageweise und nur gestützt auf die vorliegenden Akten, soweit dies im Hinblick auf die nachfolgende Beurteilung der Vorgänge im Zusammenhang mit der Herausgabe der Unterlagen an den Journalisten der NZZ am Sonntag erforderlich scheint. Wie erwähnt (Rz. 4), beurteilt dieser Bericht die Rechtmässigkeit des Handelns [REDACTED] oder Mitgliedern der Expertengruppe Gaillard nicht.

4. Herausgabe von Dokumenten durch die Gruppe Verteidigung im Rahmen des BGÖ-Gesuchs

4.1 Zulässigkeit der Übermittlung der Informationen in den Herausgegebenen Dokumenten (Adressat)

89 Mit E-Mail vom 29. August 2024, 11:05 Uhr, versandte [REDACTED] die Herausgegebenen Dokumente in Beantwortung des BGÖ-Gesuchs an den Journalisten der NZZ [REDACTED] (vgl. Rz. 40 ff.). Zugang zu klassifizierten Informationen dürfen nur Personen erhalten, die Gewähr dafür bieten, dass sie damit sachgerecht umgehen und (a) die Informationen zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe benötigen oder (b) über eine vertraglich vereinbarte Zugangsberechtigung verfügen und die Informationen zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben benötigen (Art. 14 Abs. 1 ISG).

90 Vorliegend hat [REDACTED] weder eine gesetzliche Aufgabe erfüllt noch über eine vertraglich vereinbarte Zugangsberechtigung verfügt. Es bestand deshalb – vorbehältlich einer allfälligen Entklassifizierung – keine Begründung im Sinne des ISG, die den Zugang [REDACTED] zu den klassifizierten Informationen gerechtfertigt hätte. Vorbehalten bleibt die Beurteilung des Zugangsanspruchs nach BGÖ (Rz. 97 ff.), welcher dem ISG vorgeht.

91 In diesem Zusammenhang ist auf folgende Umstände hinzuweisen:

- Die Herausgegebenen Dokumente waren nicht mit Klassifizierungsvermerken versehen, gestützt auf welche es für die Mitarbeiter des VBS bzw. der Gruppe Verteidigung ersichtlich gewesen wäre, dass etwa das Schreiben Gaillard und die Beilage Schreiben Gaillard als "geheim" hätten behandelt werden müssen (Rz. 24).
- Die Art und Weise der Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard an den GS VBS und den CdA (d.h. soweit ersichtlich unverschlüsselt und von einer privaten E-Mail-Adresse; vgl. Rz. 24) war geeignet, bei den Empfängern den Eindruck zu erwecken, dass die genannten Dokumente nicht klassifiziert waren. Dafür spricht auch, dass Dr. Gaillard den GS VBS und den CdA nicht auf die Klassifizierung der genannten Dokumente aufmerksam gemacht hat. Es fehlte selbst ein geschäftssprachlicher Hinweis auf die Vertraulichkeit von Anfrage und Informationen. Es dürfte damit an der Vorwerfbarkeit des Verhaltens fehlen; eine vorsätzliche Verletzung von Herausgaberestriktionen kann nach Einschätzung des Untersuchungsorgans ausgeschlossen werden.

- Dass die Mitarbeiter des VBS bzw. der Gruppe Verteidigung im Übrigen auf die Bearbeitungsvorschriften in Bezug auf klassifizierte Dokumente sensibilisiert sind und klassifizierte Dokumente grundsätzlich nicht an unberechtigte Dritte verschicken, zeigt sich darin, dass die Gruppe Verteidigung auf die Herausgabe der als "intern" klassifizierten Beilage Antwortschreiben aufgrund deren Klassifizierung verzichtet hatte (Rz. 39 f.).
- In materieller Hinsicht waren die Informationen in den betroffenen Dokumenten nicht von einer Bedeutung, dass das Fehlen eines Klassifizierungsvermerks als Versehen hätte wahrgenommen werden müssen (Rz. 72 ff.).

4.2 Einhaltung der Bearbeitungsvorschriften (Art der Bearbeitung und Übermittlung)

- ⁹² Wenn eine Information klassifiziert ist, wird sie auf ihrem weiteren Weg sozusagen von der entsprechenden Klassifizierungsstufe "begleitet", bis die klassifizierende Stelle die betreffende Information bzw. das entsprechende Dokument, das die Information enthält, entklassifiziert. Das Untersuchungsorgan hat keine Kenntnis von einer Entklassifizierung des Zwischenberichtes vor der Übermittlung an den Armeestab bzw. vor der Herausgabe der Dokumente [REDACTED]. Daher wird auf die obenstehenden Ausführungen zur Klassifizierung der Dokumente verwiesen (vgl. Rz. 72 ff.).
- ⁹³ Wer Zugang zu einer klassifizierten Information erhält, muss die mit der Klassifizierung verbundenen Vorschriften einhalten.¹¹⁵ Vorliegend wurden die Herausgegebenen Dokumente durch die Gruppe Verteidigung per (soweit ersichtlich unverschlüsselter) E-Mail an [REDACTED] [REDACTED] die Zeitung "NZZ am Sonntag") verschickt. Es sind in Bezug auf die Einhaltung der Bearbeitungsvorschriften demnach grundsätzlich die gleichen Aspekte zu berücksichtigen, wie dies bereits bei der Übermittlung des Schreibens Gaillard und der Beilage Schreiben Gaillard durch Dr. Gaillard an den GS VBS und den CdA der Fall gewesen ist. Allerdings erfolgte die Übermittlung der Herausgegebenen Dokumente an den Journalisten der NZZ am Sonntag im Einklang mit den Bearbeitungsvorschriften von einem E-Mail Account des Bundes und nicht mit privaten IKT-Mitteln. Im Übrigen kann sinngemäss auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz. 86 ff.).
- ⁹⁴ Auch in Bezug auf die hier interessierende Art der Bearbeitung und Übermittlung der Herausgegebenen Dokumente [REDACTED] seitens der Gruppe Verteidigung ist auf die in Rz. 91 aufgeführten Umstände hinzuweisen. Insbesondere war für den Armeestab mangels Klassifizierungsvermerken deren Klassifizierung nicht erkennbar. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass dieser keine Schutzmassnahmen veranlasste; es dürfte diesbezüglich an der Vorwerfbarkeit fehlen und es ist kein Verschulden ersichtlich.

4.3 Schlussfolgerungen bezüglich Herausgabe unter Aspekten des ISG

- ⁹⁵ Vorbehältlich eines auf das BGÖ gestützten Zugangsanspruchs (Rz. 97 ff.) war [REDACTED] [REDACTED] nicht berechtigt, Zugang zu klassifizierten Informationen in Bezug auf den Auftrag "Aufgaben- und Subventionsprüfung" der Expertengruppe Gaillard zu erhalten. Die (soweit

¹¹⁵ Vgl. Botschaft ISG (Fn 76), 3019

ersichtlich unverschlüsselte) elektronische Übermittlung verstösst zudem gegen die einschlägigen Bearbeitungsvorschriften hinsichtlich "geheim" klassifizierter Informationen.

- 96 Das Schreiben Gaillard sowie die Beilage Schreiben Gaillard wiesen aber wie oben erwähnt (Rz. 91) keine Klassifizierungsvermerke oder sonstige Kennzeichnungen auf. Sie wurden (soweit ersichtlich) unverschlüsselt und privat übermittelt. Dies hat nach der Einschätzung des Untersuchungsorgans bei den Mitarbeitenden der Gruppe Verteidigung bzw. des VBS den Eindruck erweckt, dass die fraglichen Dokumente nicht klassifiziert waren. Dies war ein Grund dafür, weshalb es zur Herausgabe der Dokumente Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard und Antwortschreiben gekommen ist. Die Verweigerung der Herausgabe der als "intern" klassifizierten Beilage spricht dafür, dass die betroffenen Mitarbeitenden in Bezug auf die Bearbeitungsvorschriften für klassifizierte Informationen sensibilisiert sind und auch gewillt waren, diese einzuhalten.

B. Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz

1. Verhältnis des Öffentlichkeitsprinzips der Bundesverwaltung zu Informationssicherheitsvorschriften

- 97 Nach dem Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung ist jede Person berechtigt, ohne besonderen Nachweis von Interessen amtliche Dokumente einzusehen (Art. 5 BGÖ). Ausnahmsweise schränkt das Öffentlichkeitsgesetz den Zugang zu einem Dokument zum Schutz von überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen ein (Art. 7 und 8 BGÖ; sogenannte Zugangsverweigerungsgründe). Kommt eine Behörde in pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens zum Schluss, dass ein Zugangsverweigerungsgrund vorliegt, *muss* sie den Zugang zum betreffenden amtlichen Dokument aufschieben oder verweigern. Der Gesetzgeber hat nach vorherrschender Auffassung die Interessenabwägung bereits vorgenommen, indem er die Zugangsverweigerungsgründe abschliessend aufgezählt hat, in denen das Geheimhaltungsinteresse das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt.¹¹⁶ Daran sind die rechtsanwendenden Behörden gebunden.
- 98 Das BGÖ geht dem ISG vor (Art. 4 ISG). Daher finden die Bestimmungen des BGÖ über den Zugang zu amtlichen Dokumenten auch auf Informationen Anwendung, die nach dem ISG klassifiziert worden sind. Bei Gesuchen um Zugang zu amtlichen Dokumenten ist unabhängig von einem Klassifizierungsvermerk zu prüfen, ob der Zugang zu gewähren, zu beschränken oder zu verweigern ist.¹¹⁷ Die Klassifizierung gilt jedoch aufgrund der materiell mindestens teilweise gleichlaufenden Schutzziele als Indiz für die Nichtöffentlichkeit eines Dokuments.¹¹⁸ Soweit ein Anspruch auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz besteht, ist das entsprechende Dokument zu entklassifizieren (vgl. Art. 11 Abs. 5 VBGÖ).
- 99 Es ist zu prüfen, ob die Herausgabe der Dokumente an den Journalisten unter dem BGÖ erfolgen durfte. Ein gesetzlicher Zugangsanspruch setzt voraus, dass (i) der Geltungsbereich des BGÖ eröffnet ist (Rz. 100 ff.), (ii) keine spezialgesetzlichen Geheimnisvorschriften einem Zugang entgegenstehen (Art. 4 BGÖ) (Rz. 137 f.), (iii) es sich um amtliche Dokumente handelt (Art. 5 BGÖ)

¹¹⁶ BGE 144 II 77 E. 3; URS STEIMEN, in: Gabor-Paul Blechta/David Vasella (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK BGÖ-VERFASSEN/-IN), Art. 7 BGÖ N 3.

¹¹⁷ Botschaft ISG (Fn 76), 2959.

¹¹⁸ Botschaft ISG (Fn 76), 2959; Botschaft BGÖ (Fn 76), 2006; BERTIL COTTIER, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar HK, Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Bern 2008 (zit. SH BGÖ-VERFASSEN/-IN), Art. 4 BGÖ N 30.

(Rz. 139 ff.), und (iv) keine Zugangsverweigerungsgründe bestehen (Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 BGÖ) (Rz. 143 ff.). Sodann ist zu klären, in wessen Zuständigkeit die Stellungnahme zum BGÖ-Gesuch fiel (Rz. 114 ff.).

2. Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes: Ausschluss des Bundesrates

- 100 Das Bestehen eines grundsätzlichen Anspruchs auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung setzt zunächst voraus, dass der persönliche und sachliche Geltungsbereich des BGÖ eröffnet ist. Eine Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich (Art. 3 BGÖ) ist vorliegend nicht ersichtlich. Zu prüfen bleibt der persönliche Geltungsbereich (Art. 2 BGÖ):

2.1 Grundlagen

- 101 Das Öffentlichkeitsgesetz gilt für die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ). Der Bundesrat als Kollegialbehörde gilt nicht als Teil der Bundesverwaltung (Art. 1 und Art. 12 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, **RVOG**; SR 172.010).¹¹⁹ Die Bundesverwaltung umfasst die Departemente und die Bundeskanzlei. Den einzelnen Departementen steht ein Mitglied des Bundesrates in der Funktion als Departementschefin bzw. Departementschef vor. Handelt der Bundesrat aber im Kollegium als oberste leitende und vollziehende Behörde, gilt er nicht als Teil der Bundesverwaltung. Für sein *Regierungshandeln* ist der Bundesrat als eine von der Verwaltung unabhängige politische Behörde vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen (Art. 174, 177 und 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (**BV**; SR 101) i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a RVOG und Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ *e contrario*). Der Bundesrat untersteht daher dem Öffentlichkeitsgesetz nicht.¹²⁰ Es handelt sich um einen Grundsatzentscheid des Gesetzgebers, den Bundesrat in seiner Rolle als oberstes Exekutivorgan vom Geltungsbereich des BGÖ auszunehmen.¹²¹
- 102 Neben formellen sind insbesondere materielle Kriterien zur Beurteilung heranzuziehen, ob ein Dokument der Sphäre des Regierungshandelns oder des Verwaltungshandelns zuzuordnen ist.¹²² Insbesondere reicht es nicht aus, dass ein Handeln einen Entscheid des Bundesrates betrifft, dass dieser *ipso facto* zu einem Regierungsakt wird.¹²³ Beispielsweise handelt es sich gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Abgangsvereinbarungen betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse um Verwaltungshandeln, selbst wenn damit ein Bundesratsbeschluss ausgeführt wird.¹²⁴
- 103 Illustrativ für die zuweilen schwierige Abgrenzung zwischen Regierungs- und Verwaltungshandeln ist die Praxis des EDÖB zur Sache *Crypto AG*. Dort war der Zugang zum "Schlussbericht betreffend Forschungsauftrag Crypto AG" vom 22. März 2020 streitig, den alt Bundesrichter

¹¹⁹ Botschaft BGÖ (Fn 76), 1985.

¹²⁰ BGE 136 II 399 E. 2.2; Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3.1; Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes im Schlichtungsverfahren zwischen X (Antragsteller) und Generalsekretariat Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport GS-VBS vom 18. August 2022 (zit. Empfehlung EDÖB vom 18. August 2022), N 28 f.

¹²¹ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER (Fn 116), Art. 2 BGÖ N 9.

¹²² Empfehlung EDÖB vom 28. August 2022 (Fn 120), N 38.

¹²³ Urteil des BVGer A-4500/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3.2.2 und 4.2.1.2.

¹²⁴ BGE 136 II 399 E. 2.3.4; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER (Fn 116), Art. 2 BGÖ N 9.

Oberholzer gestützt auf einen Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2020 verfasst hatte. Diesbezüglich kam der EDÖB in seiner Empfehlung zum Schluss, dass von einer "speziellen Konstellation" auszugehen sei. "Gemäss Auftrag [des Bundesrates] sollte der externe Experte die Rolle von Verwaltungsbehörden oder politischen Behörden ganzheitlich und insbesondere ohne Einschränkung auf ein einzelnes Departement prüfen oder untersuchen". Die Unterstützung durch das VBS bei der Vorbereitung des Schlussberichts ändere nichts daran, dass es sich materiell um eine Untersuchung des Gesamtbundesrates gehandelt habe.¹²⁵ Daher wurde das Dokument mangels Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGO).¹²⁶

2.2 Beurteilung

- 104 Es ist zunächst zu prüfen, ob die Herausgegebenen Dokumente, d.h., (i) das Schreiben Gaillard, (ii) die Beilage Schreiben Gaillard und (iii) das Antwortschreiben, der Regierungs- oder der Verwaltungssphäre zuzuordnen sind. Nur Dokumente betreffend Verwaltungshandeln fallen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.

2.2.1 Schreiben Gaillard

- 105 Mit E-Mail vom 28. Juni 2024 setzte die Expertengruppe, handelnd durch Dr. Gaillard, den GS VBS und den CdA darüber in Kenntnis, dass der Bundesrat vom Zwischenbericht der Expertengruppe Kenntnis genommen und "einige Vertiefungsaufträge" erteilt habe (Rz. 23).
- 106 Gemäss der dargestellten Rechtsprechung (Rz. 102) genügt es für das Vorliegen eines Regierungsaktes nicht, dass das Handeln einen Bundesratsbeschluss betrifft. Dies indiziert, dass die akzessorischen Handlungen im Zusammenhang mit der Erfüllung des Mandats der Expertengruppe nicht ohne Weiteres dem Regierungshandeln zuzuweisen sind. Andernfalls wäre jegliches Verwaltungshandeln, das im Zusammenhang mit der Ausführung von Bundesratsbeschlüssen steht (was letztlich praktisch alles ist), dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen.
- 107 Das Schreiben Gaillard ist damit dem Verwaltungshandeln zuzurechnen. Eine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes liegt nicht vor.

2.2.2 Beilage Schreiben Gaillard

- 108 Bei der Beilage Schreiben Gaillard handelt es sich um einen einseitigen Auszug des Zwischenberichtes betreffend die Reduktion des Wachstums der Verteidigungsausgaben. Der Zwischenbericht ist Teil der Berichterstattung der Expertengruppe Gaillard im Rahmen des Mandats des Bundesrates vom 8. März 2024, das vom (Gesamt-)Bundesrat verabschiedet wurde.¹²⁷ Gemäss Mandat berichtet die Expertengruppe bis zum Abschluss ihrer Arbeiten ausschliesslich zuhanden des Bundesrates (Rz. 16 ff.). Dies spricht dafür, dass es sich bei der Aufgaben- und Subventionsprüfung um Handeln des Bundesrates als Kollegialbehörde handelt.

¹²⁵ Empfehlung EDÖB vom 28. August 2022 (Fn 120), N 39–44.

¹²⁶ Empfehlung EDÖB vom 28. August 2022 (Fn 120), N 44.

¹²⁷ Act. 032, Aufgaben- und Subventionsüberprüfung 2024 – Mandat der Expertengruppe, verabschiedet vom Bundesrat am 8. März 2024.

- 109 Namentlich soll die externe Expertengruppe die Konsolidierung des Bundeshaushaltes gesamt-
heitlich prüfen und sollen alle Departemente in die Arbeiten einbezogen werden. [REDACTED]

[REDACTED] Die Verwaltungseinheiten sind departementsübergreifend zur Mit-
wirkung verpflichtet. Materiell ist davon auszugehen, dass es sich bei der Aufgaben- und Sub-
ventionsprüfung um ein Geschäft des Gesamtbundesrates handelt, der den Bundeshaushalt über
alle Departemente bereinigen möchte.

- 110 Die geschilderten Hintergründe sprechen dafür, dass es sich beim Bericht Expertengruppe Gail-
lard einschliesslich des Zwischenberichtes wohl nicht um ein Dokument der Bundesverwaltung
handelt, sondern dieses dem Gesamtbundesrat zuzuweisen ist.
- 111 Diesfalls ist der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes in Bezug auf die Beilage
Schreiben Gaillard nicht eröffnet, da der Bundesrat als Kollegialbehörde diesem nicht unterstellt
ist (Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ *e contrario*). Auch wenn die Beilage Schreiben Gaillard daher wahr-
scheinlich nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fällt, werden nachfolgend (vgl. Rz. 114 ff.) vor-
sorglich im Sinne einer Alternativbegründung dennoch die Zuständigkeit und die Zugangsverwei-
gerungsgründe nach BGÖ geprüft.

2.2.3 Antwortschreiben

- 112 Das Antwortschreiben des CdA und des GS VBS betrifft eine Stellungnahme des VBS zur durch
die Expertengruppe erwogenen Variante der Reduktion des Ausgabenwachstums im Bereich
Verteidigung (Rz. 25). Der blosse Umstand, dass die Anfrage der Expertengruppe im Zusam-
menhang mit dem bundesrätlichen Mandat der Expertengruppe steht, führt nicht dazu, dass das
Antwortschreiben automatisch in die Sphäre des Regierungshandelns fällt. Vielmehr scheint es
sachgerecht, das Antwortschreiben dem Verwaltungshandeln zuzurechnen. Das Verwaltungs-
handeln besteht in der Mitwirkung bei der vom Bundesrat veranlassten Aufgaben- und Subventi-
onsprüfung. Auch in materieller Hinsicht nimmt das Schreiben zu den möglichen Folgen des eva-
luierten Szenarios der Reduktion des Ausgabenwachstums im Bereich Verteidigung aus der Sicht
des VBS Stellung.
- 113 Das Dokument ist damit nicht Ausdruck des Regierungshandelns des Bundesrates als Kollegial-
behörde. Der persönliche Anwendungsbereich des BGÖ ist diesbezüglich eröffnet.

3. Zuständigkeit

3.1 Grundlagen

3.1.1 Gesetzliche Regelung

- 114 Die gesetzlich geschaffene Zuständigkeitsordnung im öffentlichen Verfahrensrecht ist zwingen-
der Natur, von der grundsätzlich nicht abgewichen werden darf.¹²⁸

¹²⁸ Urteil des BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019, E. 2.1.

- 115 Ein Gesuch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach BGÖ ist grundsätzlich an die Behörde zu richten, die (i) das Dokument erstellt hat oder (ii) von Dritten, die nicht dem BGÖ unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat (Art. 10 Abs. 1 BGÖ).
- 116 Die gesetzliche Regelung knüpft am Vorgang des Erstellens an: Grundsätzlich ist ein Gesuch an diejenige Behörde zu richten, die das betreffende amtliche Dokument erstellt hat.¹²⁹ Sachlich zuständig ist damit in der Regel diejenige Verwaltungseinheit, die das Dokument unterzeichnet hat.¹³⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies jedoch nicht zwingend: Werde eine Behörde im Auftrag einer anderen tätig, müsse im "Aussenverhältnis begrifflich nicht unbedingt die Verfasserin die Erstellerin sein".¹³¹ Dies ist namentlich der Fall, wenn die eine Behörde im Wesentlichen als Hilfsorgan einer anderen Behörde fungiert, bei der die Sachkompetenz verbleibt.¹³²
- 117 Die Zuständigkeit für die Stellungnahme wird in Art. 11 VBGÖ konkretisiert: Hat eine Behörde ein Dokument auf Ersuchen einer anderen Behörde ausgearbeitet, so muss sie die ersuchende Behörde vor der Stellungnahme anhören (Art. 11 Abs. 4 VBGÖ). Bezieht sich das Gesuch auf mehrere Dokumente, die das gleiche Geschäft betreffen und die durch verschiedene dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörden erstellt oder empfangen wurden, so wird die Stellungnahme durch die federführende Behörde abgegeben (Art. 11 Abs. 2 VBGÖ). Ist die Federführung keiner Behörde zugewiesen, so legen die beteiligten Behörden die Zuständigkeit zur Stellungnahme unter sich fest. Die stellungnehmende Behörde stellt das Einvernehmen mit den übrigen beteiligten Behörden her (Art. 11 Abs. 3 VBGÖ). Bezieht sich das Zugangsgesuch auf klassifizierte Dokumente, richten sich Zuständigkeit und Vorgehen nach den Vorschriften über den Informationsschutz. Soweit ein Anspruch auf Zugang besteht, ist das betreffende Dokument zu entklassifizieren (Art. 11 Abs. 5 BGÖ).¹³³

3.1.2 Weisungen des VBS betreffend BGÖ-Prozess

- 118 Das VBS hat Weisungen über die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips im VBS (**BGÖ-Weisungen VBS**)¹³⁴ erlassen. Weiter ausgeführt werden diese in den Weisungen über die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Gruppe Verteidigung (**Weisungen Öffentlichkeitsprinzip Gruppe Verteidigung**).¹³⁵ Diese Weisungen sind generell-abstrakte Handlungsanweisungen für den Vollzug durch die Verwaltungseinheiten. Sie regeln nicht nur einen konkreten Einzelfall, sondern eine unbestimmte Vielzahl gleich gelagerter Fälle im Zusammenhang mit dem Zugang zu amtlichen Dokumenten nach BGÖ. Die beiden Weisungen können als Verwaltungsverordnungen

¹²⁹ Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014, E. 5.2.3.

¹³⁰ BSK BGÖ-SCHNEIDER/ROTH (Fn 116), Art. 10 BGÖ N 21.

¹³¹ Urteil des BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019, E. 3.2.

¹³² Urteil des BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019, E. 3.2.

¹³³ Botschaft BGÖ (Fn 76), 2006; Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Erläuterungen vom 24. Mai 2006 (aufrufbar unter [https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/Dokumente/bgoe/Erl%C3%A4uternder%20Bericht%20vom%2024%20Mai%202006.pdf](https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/Dokumente/bgoe/Erl%C3%A4uternder%20Bericht%20vom%2024%20Mai%202006.pdf.download.pdf/Erl%C3%A4uternder%20Bericht%20vom%2024%20Mai%202006.pdf) [zuletzt besucht am 17. September 2024]), S. 13 f.

¹³⁴ Act. 027, Weisungen über die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips im VBS (BGÖ-Weisungen VBS) vom 31. Oktober 2023.

¹³⁵ Act. 030, Weisungen über die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Gruppe Verteidigung, 90.062 d, gültig ab 1. Februar 2024.

qualifiziert werden. Diese sind für die Adressaten in der Verwaltung nach wohl zutreffender¹³⁶ – aber nicht durchwegs einheitlicher –¹³⁷ Rechtsprechung verbindlich, mindestens solange sie nicht klarenweise verfassungs- oder gesetzeswidrig sind.¹³⁸

- 119 Die Weisungen regeln das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten des VBS (Ziff. 1 Abs. 1 BGÖ-Weisungen VBS). Auf Stufe Departement und in den Verwaltungseinheiten sind jeweils Öffentlichkeitsverantwortliche und Öffentlichkeitsberatende zu bestimmen (Art. 3 Abs. 2 Weisungen Öffentlichkeitsprinzip Gruppe Verteidigung; Ziff. 2 Abs. 2 und 3 BGÖ-Weisungen VBS), die die Verwaltungseinheit bei der Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips anleiten bzw. beraten (Ziff. 4 Abs. 1). Eingehende Zugangsgesuche sind an die zuständigen Verwaltungseinheiten weiterzuleiten (Ziff. 3 Abs. 1 BGÖ-Weisungen VBS). Soweit sich die inner- oder interdepartementale Zuständigkeit für ein Gesuch nicht einer bestimmten Verwaltungseinheit zuordnen lässt, sind in Absprache mit der Öffentlichkeitsberaterin oder dem Öffentlichkeitsberater des Departements die Zuständigkeitsregeln nach Art. 11 VBGÖ anzuwenden (Ziff. 3 Abs. 2 BGÖ-Weisungen VBS). "Bei Unklarheiten" in Bezug auf klassifizierte Informationen sind vor dem Zugang zu amtlichen Dokumenten die Fachleute für die Informationssicherheit beizuziehen (Ziff. 6 Abs. 1 BGÖ-Weisungen VBS). Zudem ist nach den Weisungen Öffentlichkeitsprinzip Gruppe Verteidigung (Art. 3 Abs. 5) die Stelle "Integrale Sicherheit V/ A Stab" bei der Frage über die Gewährung der Einsicht in klassifizierte amtliche Dokumente zwingend beizuziehen. Verlangen Medienschaffende den Zugang zu amtlichen Dokumenten, erfolgt deren Herausgabe durch die Informations- und Kommunikationseinheit der Verwaltungseinheit im Einvernehmen mit den zuständigen Verwaltungseinheiten, wobei "in der Regel" die Öffentlichkeitsberatenden anzuhören sind (Ziff. 7 Abs. 3 BGÖ-Weisungen VBS).
- 120 Nach dem sogenannten Selbsteintrittsrecht, das sich aus dem Hierarchieprinzip der Verwaltung ableitet (Art. 47 Abs. 4 RVOG), darf eine hierarchisch übergeordnete Behörde grundsätzlich jederzeit Geschäfte aus dem Zuständigkeitsbereich einer untergeordneten Behörde zum Entscheid an sich ziehen.¹³⁹

3.2 Beurteilung

- 121 Es ist in Bezug auf die Herausgegebenen Dokumente zu prüfen, in wessen Zuständigkeit die Stellungnahme zum BGÖ-Gesuch bzw. der Entscheid über die Herausgabe fiel:

3.2.1 Schreiben Gaillard

- 122 Mit der Übermittlung des Schreibens Gaillard durch die Expertengruppe gelangte dieses in den Herrschaftsbereich von zwei Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung, nämlich dem Generalsekretariat VBS und der Gruppe Verteidigung. Die angeschriebenen Verwaltungseinheiten waren gleichberechtigte Hauptadressaten des Schreibens Gaillard. Es liegt nahe, die

¹³⁶ BGE 118 V 206 E. 4.c; BGE 116 V 80 E.7.b.

¹³⁷ BGE 119 Ib 33 E. 3.d; BGE 120 II 137 E. 2.b; BGE 117 Ib 225 E. 4.b.

¹³⁸ Urteil des BVGer C-6906/2013 vom 18. Mai 2015, E. 6.2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00206 vom 4. Dezember 2002, E. 4c/aa; zum Ganzen UHLMANN/BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmarie, in: LeGes 2009/2, 151 ff., 156.

¹³⁹ THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022, Art. 47 RVOG N 32 ff.

Expertengruppe als Dritte i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGÖ zu begreifen, die selbst dem BGÖ nicht untersteht. Dies spricht dafür, dass die Zuständigkeit bei einer der Einheiten des VBS liegt.

123 Gestützt auf die oben dargelegte Rechtsprechung (Rz. 116) wäre umgekehrt aber auch der Schluss denkbar, dass die Expertengruppe Gaillard als Hilfsperson des Bundesrates tätig wurde. Darauf deutet insbesondere der Umstand hin, dass gemäss der begleitenden E-Mail vom 28. Juni 2024 das Schreiben Gaillard in Ausführung "einiger Vertiefungsaufträge" erfolge, die der Bundesrat im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme des Zwischenberichts der Expertengruppe Gaillard erteilte (vgl. Rz. 23). Würde dieser Auslegung gefolgt, wäre das Schreiben Gaillard als Verwaltungshandeln des Bundesrates und die Bundeskanzlei als den Bundesrat unterstützende Einheit der Bundesverwaltung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 RVOG) als Erstellerin i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGÖ zu qualifizieren. Sodann wäre es denkbar, gestützt auf Art. 11 Abs. 2 VBGÖ die Zuständigkeit für die Stellungnahme einheitlich einer federführenden Behörde zuzuweisen, nachdem sich alle drei Dokumente auf das Bundesratsgeschäft "Aufgaben- und Subventionsprüfung" [REDACTED] beziehen.

124 Die allfällige Zuständigkeit [REDACTED] ist aber zumindest nicht offenkundig. Eine offensichtliche Unzuständigkeit der Gruppe Verteidigung ist zu verneinen. Es entspricht dem Sinn und Zweck des BGÖ, die Hürden für die Gesuchsteller tief zu halten und an den vom Gesetz genannten sachlichen Anknüpfungspunkten (hier: Erhalt des Dokuments als Hauptadressat) anzuknüpfen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die zuständigen Personen der Gruppe Verteidigung [REDACTED] als Gesuchsteller) davon ausgingen, für die Herausgabe betreffend das Schreiben Gaillard nach BGÖ zuständig zu sein.

125 Wird davon ausgegangen, dass das Schreiben Gaillard materiell die Voraussetzungen einer Klassifizierung als "geheim" nach Art. 13 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a ISG erfüllt ("schwerwiegende Beeinträchtigung der Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit der Behörden und Organisationen des Bundes", vgl. Rz. 72 ff.), läge die Zuständigkeit bei der für die Klassifizierung zuständigen Stelle (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ). Im Bereich klassifizierter Bundesratsgeschäfte regelt die Bundeskanzlei deren Bearbeitung (Art. 21 Abs. 3 ISV).¹⁴⁰

126 Da vorliegend weder die Dritte (Expertengruppe Gaillard) noch die Auftraggeberin einen formellen Klassifizierungsvermerk auf dem Schreiben Gaillard angebracht hatten und die Übermittlung zudem unter Verletzung von Bearbeitungsvorschriften erfolgte, war für die Empfänger eine Klassifizierung und eine daraus resultierende Unzuständigkeit nicht erkennbar.

3.2.2 Beilage Schreiben Gaillard

127 Nachdem bereits festgehalten wurde, dass die Beilage Schreiben Gaillard wohl nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt, wird die Zuständigkeit zur Stellungnahme zum Zugangsgesuch nachfolgend rein vorsorglich dargestellt.

128 In Bezug auf die Beilage Schreiben Gaillard wurde in der E-Mail vom 28. Juni 2024 darauf hingewiesen, dass der Bundesrat den Zwischenbericht zur Kenntnis genommen hat. Dies deutet darauf hin, dass die betroffenen Verwaltungseinheiten des VBS (Gruppe Verteidigung,

¹⁴⁰ Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei.

Generalsekretariat VBS) nicht Hauptadressaten des Dokumentes waren und keine Zuständigkeit für die Stellungnahme zum BGÖ-Gesuch begründet wurde.

- 129 Ein Klassifizierungsvermerk wurde seitens der Expertengruppe Gaillard als erstellende Dritte oder des Auftraggebers nicht angebracht (Art. 17 Abs. 4 lit. b und Art. 17 Abs. 5 ISV). Da der Zwischenbericht zum damaligen Zeitpunkt (gemäss Angaben der Auftraggeberin) als "geheim" klassifiziert war, dürfte auch der Auszug daraus materiell der gleichen Klassifizierungsstufe unterliegen (Rz. 75 ff.). Gemäss den Regeln der Bundeskanzlei betreffend die Bearbeitung klassifizierter Bundesratsgeschäfte ("Roter Ordner") wäre eine Entklassifizierung im Beschlussdispositiv eines Bundesratsbeschlusses vorzunehmen.¹⁴¹
- 130 Selbst wenn unterstellt würde, dass der Geltungsbereich des BGÖ in Bezug auf die Beilage Schreiben Gaillard eröffnet wäre, ist die Zuständigkeit der Gruppe Verteidigung für die Stellungnahme zum Zugangsgesuch zu verneinen.

3.2.3 Antwortschreiben

- 131 Der CdA und der GS VBS haben das Antwortschreiben gemeinsam unterzeichnet. Dies lässt vermuten, dass die Zuständigkeit der Gruppe Verteidigung – gegebenenfalls in Abstimmung mit dem Generalsekretariat VBS – grundsätzlich gegeben ist. Sachlich vertretbar schiene es indessen auch, die Zuständigkeit für die Stellungnahme zum BGÖ-Gesuch einheitlich einer federführenden Behörde zuzuweisen, nachdem sich alle drei Dokumente auf das Bundesratsgeschäft "Aufgaben- und Subventionsprüfung" [REDACTED] beziehen (vgl. Art. 11 Abs. 2 VBGÖ).
- 132 Die angenommene Zuständigkeit der Gruppe Verteidigung erscheint aber zumindest nicht offenkundig unrichtig. Wie erwähnt entspricht es dem Sinn und Zweck des BGÖ, die Hürden für die Gesuchsteller tief zu halten und an den vom Gesetz genannten sachlichen Anknüpfungspunkten (hier: Ersteller des Dokuments) anzuknüpfen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die zuständigen Personen der Gruppe Verteidigung davon ausgingen, für die Stellungnahme betreffend das Antwortschreiben zuständig zu sein.
- 133 Da weder das Schreiben Gaillard noch die Beilage Schreiben Gaillard einen formellen Klassifizierungsvermerk tragen, die genannten Dokumente durch Dr. Gaillard – soweit ersichtlich unverschlüsselt – per E-Mail übermittelt wurden und seitens Dr. Gaillard auch nicht auf die Klassifizierung des Bundesratsgeschäftes hingewiesen wurde, war nicht erkennbar, dass der Zwischenbericht im Rahmen eines vertraulichen Bundesratsgeschäftes erstellt wurde. Im Falle einer Klassifizierung hätte die Zuständigkeit zur Stellungnahme zum BGÖ-Gesuch bzw. zur Entklassifizierung entsprechend bei der für die Klassifizierung des Bundesratsgeschäftes zuständigen Behörde gelegen (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ).

3.2.4 Ermessen bei der Anwendung der Weisungen des VBS betreffend BGÖ-Prozess

- 134 Vorliegend verzichtete [REDACTED] darauf, den gemäss BGÖ-Weisungen VBS typischen BGÖ-Prozess betreffend das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten des VBS zu

¹⁴¹ Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei, S. 1 f.

durchlaufen. Insbesondere wurde die Öffentlichkeitsberaterin nicht involviert und das BGÖ-Gesuch in der Kommunikationssitzung [REDACTED] mit dem CdA behandelt (Rz. 31).

- 135 Die BGÖ-Weisungen VBS belassen den unterstellten Mitarbeitenden teilweise Gestaltungsspielräume zur sachgerechten Organisation des BGÖ-Prozesses. Betreffend Zuständigkeit ist eine Absprache mit der Öffentlichkeitsberaterin oder dem Öffentlichkeitsberater des Departementes nur zwingend, soweit sich die inner- oder interdepartementale Zuständigkeit nicht einer bestimmten Verwaltungseinheit zuordnen lässt (Rz. 119). Auch die Fachleute für Informationssicherheit sind nur bei "Unklarheiten" im Bereich klassifizierter Informationen beizuziehen. Bei BGÖ-Gesuchen von Medienschaffenden sind Öffentlichkeitsberatende "in der Regel" einzubeziehen (Rz. 119). Aufgrund der von den BGÖ-Weisungen VBS belassenen Ermessensspielräume war die Durchführung des Verfahrens vorliegend nach der Einschätzung des Untersuchungsorgans noch von den Weisungen gedeckt, auch wenn rückblickend eine Absprache mit der Öffentlichkeitsberaterin oder dem Öffentlichkeitsberater des Departements sachlich geboten gewesen wäre. Zudem ist der Öffentlichkeitsberatende gemäss Weisungen bloss "in der Regel" beizuziehen, sodass [REDACTED] nach den Weisungen über Ermessen verfügte, direkt an den – ohnehin das Selbsteintrittsrecht zukommenden – CdA zu gelangen. Soweit teilweise klassifizierte Dokumente Gegenstand des BGÖ-Gesuchs waren, wäre gemäss Weisungen Öffentlichkeitsprinzip Gruppe Verteidigung (Art. 3 Abs. 5) die "Integrale Sicherheit V/A Stab" beizuziehen gewesen. Mangels Klassifizierungsvermerken und aufgrund der fehlenden Erkennbarkeit der Klassifizierung der Dokumente ist nachvollziehbar, dass keine Fachleute für die Fragen der Informationssicherheit beigezogen wurden, sodass es diesbezüglich an der Vorwerfbarkeit fehlt.
- 136 Es empfiehlt sich, die heute bestehenden Gestaltungsspielräume gemäss BGÖ-Weisungen VBS auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Insbesondere im Kontext von Bundesratsgeschäften und bei Bezügen eines Geschäfts zu anderen Departementen, wäre es sinnvoll, eine Pflicht zum zwingenden Einbezug von Öffentlichkeitsberatenden (des Departementes) und zur Begrüssung anderer beteiligter Verwaltungseinheiten vorzusehen (vgl. die Empfehlungen gemäss Antwort zu Frage 5, Rz. 47). Dies könnte dazu beitragen, Fehler bei der anspruchsvollen und häufig nur vordergründig klaren Zuweisung der Zuständigkeit zur Stellungnahme zu vermeiden und die Qualität der Rechtsanwendung zu verbessern.

4. Vorbehaltene Geheimnisvorschriften i.S.v. Art. 4 BGÖ

- 137 Das Öffentlichkeitsgesetz geht – wie erwähnt (Rz. 98) – dem Informationssicherheitsgesetz vor (Art. 4 Abs. 1 ISG). Daher sind im Informationssicherheitsgesetz keine speziellen Geheimnisvorschriften i.S.v. Art. 4 BGÖ enthalten. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein entsprechendes Dokument entklassifiziert und der Zugang gewährt werden kann (Art. 11 Abs. 5 VBGÖ).¹⁴²
- 138 Verhandlungen des Bundesrates und Mitberichtsverfahren geltend kraft Gesetzes als nicht öffentlich (Art. 21 RVOG; Marginalie "Ausschluss der Öffentlichkeit"). Die Nichtöffentlichkeit bezweckt insbesondere, die offene und unverfälschte Willensbildung und die Konsensfindung zu erleichtern.¹⁴³ Ob der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit einen Geheimnisvorbehalt i.S.v. Art. 4

¹⁴² Act. 031, Bundesratsgeschäfte: Vertrauliche Geschäfte, Auszug Roter Ordner, abgerufen am 5. September 2024, 14:30 Uhr, im Intranet der Bundeskanzlei, S. 4.

¹⁴³ SÄGESSER (Fn 139), Art. 21 RVOG N 10.

BGÖ darstellt, kann offen gelassen werden, da das Öffentlichkeitsgesetz das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens ohnehin ausschliesst (Art. 8 Abs. 1 BGÖ) (vgl. unten Rz. 144 f.).

5. Amtliches Dokument

139 Ein Anspruch auf Zugang besteht nur in Bezug auf amtliche Dokumente. Ein amtliches Dokument liegt unter folgenden kumulativen Voraussetzungen vor (Art. 5 Abs. 1 BGÖ): (i) Die Information ist auf einem Informationsträger gespeichert; (ii) die Information befindet sich im Besitz der Behörde, welche diese Information erstellt oder erhalten hat; (iii) die Information betrifft die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Nicht als amtliche Dokumente gelten insbesondere Dokumente, die nicht fertig gestellt sind (Art. 5 Abs. 3 BGÖ). Als fertig gestellt gilt ein Dokument, wenn es von der erstellenden Behörde unterzeichnet worden ist oder vom Ersteller dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage (Art. 1 Abs. 1 VBGÖ).¹⁴⁴

140 Vorliegend ist einzig in Bezug auf den Auszug aus dem Zwischenbericht (Beilage Schreiben Gaillard) näher zu prüfen, ob es sich um ein fertig gestelltes Dokument handelt. Im Übrigen sind die Voraussetzungen für das Vorliegen amtlicher Dokumente – auch in Bezug auf das Schreiben Gaillard und das Antwortschreiben – gegeben. Insbesondere genügt es für das Vorliegen eines amtlichen Dokuments, dass die Information einer Behörde mitgeteilt wird und so in ihren Besitz gelangt (Art. 5 Abs. 1 lit. b BGÖ).

141 Der Zwischenbericht wurde dem Bundesrat, soweit ersichtlich, zur Kenntnisnahme übermittelt. Dies deutet darauf hin, dass dieses Dokument aus Sicht der Expertengruppe abgeschlossen ist und das vorläufige Ergebnis ihrer Arbeiten dokumentiert. Mit der Ablieferung zuhanden des Bundesrates wurde der Zwischenbericht definitiv übergeben. Gemäss Botschaft zum BGÖ kann selbst ein in sich selbst abgeschlossener vorläufiger Bericht vor seiner Übergabe an den Adressaten ein fertig gestelltes Dokument darstellen.¹⁴⁵ Nachdem vorliegend der vorläufige Bericht in Form eines Zwischenberichts bereits zuhanden des Bundesrates abgegeben wurde, gilt dieser als fertig gestellt.

142 Es handelt sich damit beim Schreiben Gaillard, der Beilage Schreiben Gaillard und dem Antwortschreiben um amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ.

6. Zugangsverweigerungsgründe

143 Amtliche Dokumente werden grundsätzlich vom Zugangsanspruch gemäss Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung erfasst. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob Ausnahmetatbestände (Art. 7 BGÖ) oder sogenannte besondere Fälle (Art. 8 BGÖ) der Gewährung des Zugangs entgegenstehen.¹⁴⁶ Nachfolgend wird zunächst auf die "besonderen Fälle" eingegangen, bevor die allgemeinen Zugangsverweigerungsgründe behandelt werden.

¹⁴⁴ Botschaft BGÖ (Fn 76), 1997 ff.

¹⁴⁵ Botschaft BGÖ (Fn 76), 2000.

¹⁴⁶ SH BGÖ-NUSPLIGER (Fn 118), Art. 5 BGÖ N 8.

6.1 Kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens (Art. 8 Abs. 1 BGÖ)

6.1.1 Grundlagen

¹⁴⁴ In Bezug auf amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens (Art. 15 RVOG) besteht kein Recht auf Zugang. Zur Wahrung des Kollegialitätsprinzips bleiben solche Dokumente auch nach dem Entscheid des Bundesrats geheim (Art. 21 i.V.m. Art. 15 RVOG).¹⁴⁷ Das Mitberichtsverfahren findet statt, bevor ein Geschäft im Bundesrat behandelt wird. Es dient der Entscheidvorbereitung auf Stufe Bundesrat (Art. 5 Abs. 1 RVOV). Formell beginnt das Mitberichtsverfahren mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement (Art. 4 Abs. 1^{bis} RVOV).

¹⁴⁵ Zu den Dokumenten des Mitberichtsverfahrens gehören neben dem Antrag insbesondere Mitberichte und spätere Korrespondenz. Hingegen sind Beilagen zum Antrag des federführenden Departements nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als Dokumente des Mitberichtsverfahrens zu betrachten,¹⁴⁸ was in der Literatur teilweise als zu einschränkend kritisiert wurde.¹⁴⁹ Massgebliches Kriterium für die Zugehörigkeit eines Dokuments zum Mitberichtsverfahren ist, ob dadurch der Entscheidungsfindungsprozess innerhalb des Bundesrates offenbart würde.¹⁵⁰

6.1.2 Beurteilung

¹⁴⁶ Bei den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten handelt es sich soweit ersichtlich nicht um Dokumente des Mitberichtsverfahrens. Dies gilt auch für den Zwischenbericht: Selbst wenn dieser dem Bundesrat als Beilage zu einem Antrag des federführenden Departementes unterbreitet worden wäre, handelte es sich gemäss der engen bundesgerichtlichen Praxis zum Begriff der "Dokumente des Mitberichtsverfahrens", um "einfache" Beilagen zum Antrag an den Bundesrat, welche vor Eröffnung des Mitberichtsverfahrens erstellt wurden und deshalb nicht der Geheimhaltung unterliegen.

¹⁴⁷ Darüber hinaus ist fraglich, ob die Gewährung des Zugangs zum Zwischenbericht (und *a fortiori* zum Auszug gemäss Beilage Schreiben Gaillard) überhaupt geeignet wäre, den Entscheidungsfindungsprozess innerhalb des Bundesrates zu offenbaren. Dies spricht dagegen, den Zwischenbericht dem Mitberichtsverfahren zuzuordnen, zumal der Bericht der Expertengruppe vom Bundesrat an der Sitzung vom 4. September 2024 bloss entgegengenommen und diskutiert wurde. Daraufhin wurde der Bericht integral veröffentlicht.

¹⁴⁸ Ein besonderer Fall im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BGÖ ist zu verneinen.

¹⁴⁷ Botschaft BGÖ (Fn 76), 2014.

¹⁴⁸ BGE 136 II 399.

¹⁴⁹ SÄGESSER (Fn 139), Art. 21 RVOG N 23.

¹⁵⁰ BSK BGÖ-HÄNER (Fn 116), Art. 8 BGÖ N 2.

6.2 Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid

6.2.1 Grundlagen

- 149 Gemäss 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. Der Aufschub für Dokumente, die Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid darstellen (Art. 8 Abs. 2 BGÖ), schützt den Entscheidungsprozess umfassend.¹⁵¹ Art. 8 Abs. 2 BGÖ schützt die freie Meinungsbildung der Behörden, fordert aber – anders als Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ – keine wesentliche Beeinträchtigung derselben.¹⁵² Eine Einschränkung des Zugangs setzt insbesondere voraus, dass (i) zwischen dem Dokument und dem politischen oder administrativen Entscheid ein unmittelbarer Zusammenhang besteht und (ii) das Dokument für den betreffenden Entscheid von beträchtlichem Gewicht ist.

6.2.2 Beurteilung

- 150 Der Zugang zu den Dokumenten Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard und Antwortschreiben wurde im Vorfeld der Entgegennahme und Diskussion des Berichtes der Expertengruppe durch den Bundesrat gewährt.
- 151 Einerseits kann nicht ausgeschlossen werden, dass die veröffentlichten Dokumente geeignet waren, auf die Willensbildung im Bundesrat einzuwirken. Bei der Beurteilung, ob ein Dokument für den betreffenden Entscheid von beträchtlichem Gewicht ist, verfügt die die Stellungnahme abgebende Behörde über einen erheblichen Ermessensspielraum. Ein Indiz für ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung ist der Umstand, dass die drei Dokumente als Teil eines vertraulichen Bundesratsgeschäftes – mindestens teilweise auf höchster Stufe – klassifiziert waren, wenngleich dies für die Adressaten mangels Klassifizierungsvermerke nicht erkennbar war und auch aus materiellrechtlicher Sicht die zur Diskussion stehenden Informationen schwerlich als "geheim" erkennbar gewesen sein dürften (Rz. 74). Aufgrund des besonderen Schutzes, den das BGÖ der Willensbildung im Bundesrat nach dem Kollegialitätsprinzip einräumt, hätte sich – jedenfalls bei Kenntnis von der teilweisen Klassifizierung – ein Aufschub des Zugangs bis zur Entgegennahme des Berichts durch den Bundesrat wohl ermessensweise als rechtmässig erwiesen.
- 152 Andererseits hat der Bundesrat den Bericht Expertengruppe Gaillard entgegengenommen und diskutiert, aber zunächst keine Massnahmen im Zusammenhang mit diesem Geschäft verabschiedet. Der Bericht Expertengruppe Gaillard und das damit zusammenhängende Bundesratsgeschäft zielt nicht darauf ab, dass der Bundesrat unmittelbar Entscheide in Bezug auf vorgeschlagene Massnahmen der Expertengruppe Gaillard trifft. Vielmehr geht es darum, eine Grundlage für die nun folgenden politischen Diskussionen hinsichtlich Entlastung des Bundeshaushaltes zu schaffen. Entsprechend wurde der endgültige Bericht der Expertengruppe Gaillard auch integral publiziert und so zur öffentlichen Diskussion freigegeben. Rückblickend spricht dies dafür, dass die Herausgegebenen Dokumente gerade keine Grundlage für einen unmittelbaren

¹⁵¹ BSK BGÖ-HÄNER (Fn 116), Art. 8 BGÖ N 11.

¹⁵² Vgl. Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016, E. 5.4; BSK BGÖ-HÄNER (Fn 116), Art. 8 BGÖ N 11; SH BGÖ-MAHON/GONIN (Fn 118), Art. 8 BGÖ N 25.

Behördenentscheid bildeten und damit die auch die Willensbildung im Bundesrat nicht erheblich beeinträchtigt werden konnte.

- 153 Sollten die Herausgegebenen Dokumente als Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid einzustufen sein, scheinen die Gründe, die für die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ sprechen, knapp zu überwiegen. Der Zugang zu den Dokumenten Schreiben Gaillard, Beilage Schreiben Gaillard und Antwortschreiben hätte – jedenfalls bei Kenntnis der teilweisen Klassifizierung – allenfalls verweigert werden müssen, bis der bundesrätliche Entscheid vorlag. Allerdings fehlt es an der Vorwerfbarkeit, da für die Adressaten mangels Klassifizierungsvermerke die Klassifizierung der Dokumente Schreiben Gaillard und Beilage Schreiben Gaillard nicht ersichtlich war. Dies dürfte die Gewährung des Zugangs begünstigt haben, was sich am Umstand zeigt, dass die als "intern" klassifizierte Beilage Antwortschreiben nicht herausgegeben wurde.

6.3 Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung

6.3.1 Grundlagen

- 154 Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten verweigert, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer dem BGÖ unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ schützt die freie Meinungsbildung der Behörden vor einer drohenden wesentlichen Beeinträchtigung. Es soll verhindert werden, dass der interne Willensbildungsprozess durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starken Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte.¹⁵³

6.3.2 Beurteilung

- 155 In Bezug auf die Beurteilung der drohenden wesentlichen Beeinträchtigung der geschützten freien Meinungs- und Willensbildung besteht ein erheblicher Beurteilungsspielraum. Ein Indiz für die "Wesentlichkeit" stellt die [REDACTED] veranlasste Klassifizierung des Bundesratsgeschäfts und die Klassifizierung des Zwischenberichts als "geheim" dar. Umgekehrt wird gemäss Rechtsprechung die Schwelle der Wesentlichkeit erst erreicht, wenn die freie Meinungs- und Willensbildung durch die Veröffentlichung weitgehend ausgeschaltet würde (BGE 133 II 209 E. 4.2). Vorliegend ist fraglich, ob die Veröffentlichung der Beilage Schreiben Gaillard, einer einzigen Seite des Zwischenberichts, geeignet war, die Willensbildung im Bundesrat in Bezug auf das Geschäft zu beeinträchtigen. Die Möglichkeit, dass die Veröffentlichung eine öffentliche Auseinandersetzung auslösen könnte, genügt nicht, um den Zugang zu verweigern.¹⁵⁴ Insbesondere hat der Bundesrat den Expertenbericht Gaillard bloss zur Kenntnis genommen, besprochen und anschliessend integral veröffentlicht. Es handelt sich damit um eine Arbeitsgrundlage für die weiteren Schritte im Hinblick auf die beabsichtigte Konsolidierung des Bundeshaushaltes. Der Bundesrat beabsichtigt gemäss Medienmitteilung vom 5. September 2024 die

¹⁵³ Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015, E. 4.2.2.

¹⁵⁴ BSK BGÖ-HÄNER (Fn 116), Art. 8 N 15.

Vorschläge der Expertengruppe zunächst an runden Tischen mit Kantonen, Parteien und Sozialpartnern zu erörtern, bevor er materielle Entscheide trifft. Dies zeigt, dass der Bundesrat eine öffentliche Debatte führen möchte.

- 156 Insgesamt ist es daher nicht zu beanstanden, wenn in Bezug auf die zugestellten Dokumente auf die Anrufung der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ verzichtet wurde.

7. Schlussfolgerungen betreffend Herausgabe unter Aspekten des BGÖ

- 157 In *formeller Hinsicht* ist die Beilage Schreiben Gaillard (Auszug Zwischenbericht) wohl dem Regierungshandeln des Bundesrats als Kollegialbehörde und nicht dem Verwaltungshandeln zuzuordnen. Anders als das Schreiben Gaillard und das Antwortschreiben Gaillard fällt dieses nach unserem Verständnis nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BGÖ, das den Bundesrat davon ausnimmt. Daher bestand gestützt auf das BGÖ kein Rechtsanspruch auf Gewährung des Zugangs zur Beilage Schreiben Gaillard.¹⁵⁵
- 158 In *materieller Hinsicht* besteht in Bezug auf das Schreiben Gaillard, die Beilage Schreiben Gaillard (wenn unterstellt wird, dass diese überhaupt in den Geltungsbereich des BGÖ fällt), und das Antwortschreiben ein erhebliches Ermessen bei der Beurteilung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a, Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ erfüllt sind. Im Rahmen des Ermessens erscheint es vertretbar und jedenfalls nicht als willkürlich, von einer Anwendung der Ausnahmetatbestände im Rahmen der Einzelfallabwägung abzusehen.
- 159 Was die *Zuständigkeit* betrifft, läge die Zuständigkeit in Bezug auf die Herausgabe der Beilage Schreiben Gaillard – wenn diese in den Geltungsbereich des BGÖ fiele, nicht beim CdA bzw. seinem Stab, sondern bei der für das Geschäft federführenden Behörde. Dies war aber aufgrund der besonderen Sachverhaltskonstellation (Erstellung des amtlichen Dokuments durch Dritte ausserhalb der Bundesverwaltung sowie fehlende Klassifizierungsvermerke) für die Adressaten des Zugangsgesuchs nicht erkennbar. In Bezug auf das Schreiben Gaillard und das Antwortschreiben durften die Adressaten des Zugangsgesuchs willkürfrei annehmen, dass sie für die Stellungnahme zuständig waren. Jedenfalls liegt nach unserer Einschätzung keine offensichtliche Unzuständigkeit vor, die einen klaren Rechtsverstoss begründen würde.

¹⁵⁵ Womit grundsätzlich auch kein Spielraum bestand, im Rahmen der aktiven Informationstätigkeit darüber zu informieren, sofern man davon ausgeht, dass die Nichtunterstellung das grundsätzliche Interesse an der Nichtveröffentlichung indiziert (vgl. Rz. 97).

IV. Empfehlungen

160 Für die Empfehlungen des Untersuchungsorgans wird auf die Antwort zu Frage 5 (Rz. 47) verwiesen.

Homburger AG



 Untersuchungsorgan

Anhang

Diesem Bericht sind im Anhang sämtliche Untersuchungsakten gemäss separatem Actorenverzeichnis beigelegt.

Dieses Dokument wurde ausschliesslich für die Schweizerische Eidgenossenschaft erstellt. Auf dieses Dokument kann deshalb in keinem anderen Zusammenhang abgestellt werden, und Dritte dürfen sich auf dieses Dokument in keiner Art und Weise verlassen oder sonst darauf abstellen. ~~Der Inhalt dieses Dokuments darf ohne unsere vorgängige schriftliche Zustimmung weder ganz noch teilweise in irgendeiner Weise veröffentlicht oder Dritten weitergegeben oder sonst zugänglich gemacht werden.~~

Dieses Dokument datiert vom heutigen Tag und wir übernehmen keinerlei Verpflichtung, die Schweizerische Eidgenossenschaft über irgendwelche Änderungen der Rechtslage oder des Sachverhalts, welche eintreten oder uns zur Kenntnis gebracht werden, zu informieren.