



Bern, 4. März 2013

## Empfehlung

### gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

#### zum Schlichtungsantrag von

**X**  
(Antragsteller)

gegen

#### Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. In der [REDACTED] ist ein Bericht über „finanzielle Unregelmässigkeiten“ bei [REDACTED] erschienen. In der Folge ersuchte der Antragsteller (Journalist) mit E-Mail vom 29. August 2011, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), beim Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS um Zugang zu folgenden amtlichen Dokumenten:
    - „*Bericht über diese Untersuchung*; im Visier der Untersuchung sei der frühere Brigadekommandant [Y] gewesen.“ (Zitat Zugangsgesuch)
    - „*Alle Papiere, die daraus / danach entstanden sind, z.B. auch ein allfälliges Schreiben über den Ausgang / die Konsequenzen an [Y]*“ (Zitat Zugangsgesuch)
  2. Am 16. September 2011 teilte das VBS dem Antragsteller mit, dass noch nicht alle Dokumente geprüft werden konnten, da hierzu Abklärungen bei verschiedenen Stellen nötig seien. Gleichzeitig wurde er darüber informiert, dass die Frist zur Stellungnahme der Behörde um 20 Tage verlängert werde.
  3. Mit Schreiben vom 26. September 2011 teilte das VBS dem Antragsteller unter anderem mit, dass bei einem der Brigade zugewiesenen Konto administrative Vorschriften, wie etwa die klare Definition des Verwendungszwecks, in ungenügender Masse respektiert wurden. Als



Konsequenz der Kassenrevision musste [Y] [nachfolgend: der Betroffene] einen von ihm vorab bezogenen Geldbetrag zurückerstatten, weil der bezogene Betrag nicht vollumfänglich für Belange der Truppe eingesetzt worden war.

4. Neben diesen allgemeinen Informationen wurde dem Antragsteller mitgeteilt, seinem Zugangsgesuch könne nicht entsprochen werden. Das VBS argumentierte, es handle sich um Dokumente mit Personendaten, welche nicht anonymisierbar seien. Somit gelange das Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG, SR 235.1) zur Anwendung. Nach Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG bedürfe es für eine Bekanntgabe von Personendaten gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz eines überwiegenden öffentlichen Interesses. Hingegen müsse die Bekanntgabe abgelehnt werden, wenn gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG offensichtlich schutzwürdige Interessen der betroffenen Person dies verlangen.  
Weiter teilte das VBS mit, beim zurückerstatteten Betrag habe es sich nicht um (öffentliche) Bundesgelder, sondern um private Beiträge von Dritten gehandelt. Eine persönliche Bereicherung habe nicht stattgefunden und die Militärjustiz habe mangels Widerrechtlichkeit auf die Einleitung eines Strafverfahrens verzichtet. Zudem seien die wesentlichen Informationen dieser Angelegenheit bereits in der Tagespresse [REDACTED] offengelegt worden.
5. Am 28. September 2011 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
6. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2011 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages. Ebenfalls am 5. Oktober 2011 wurde das VBS aufgefordert, dem Beauftragten innerhalb von 10 Tagen eine detailliert begründete Stellungnahme sowie alle relevanten Dokumente zukommen zu lassen.
7. Mit E-Mail vom 31. Oktober 2011 bat das VBS den Beauftragten um eine Fristerstreckung von weiteren 10 Tagen. Dieser erstreckte die Frist mit E-Mail vom 1. November 2011 bis zum 11. November 2011.
8. Am 4. November 2011 reichte das VBS beim Beauftragten eine Stellungnahme ein, welche sich inhaltlich weitgehend mit jener vom 26. September 2011 an den Antragsteller deckte (vgl. Ziff. 3 und 4). Mit der Stellungnahme liess das VBS dem Beauftragten einen Bericht [REDACTED] [REDACTED] "10. Juni 2010", VBS-interne Schreiben vom 22. Februar 2010, vom 30. Juni 2010, vom 5. Juli 2010 und vom 20. Juli 2010 sowie 5 Auszüge aus der Tagespresse [REDACTED] zukommen.
9. Mit E-Mails vom 16. Oktober und vom 15. November 2012 bat der Beauftragte das VBS um präzisierende Informationen. Insbesondere verlangte er eine schriftliche Bestätigung, dass das VBS über keine weiteren amtlichen Dokumente in dieser Angelegenheit verfüge. Weiter ersuchte er das VBS um eine Präzisierung der vorzunehmenden Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGO i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG. Schliesslich forderte er das VBS auf, den Betroffenen sowie weitere allenfalls betroffene Personen nach Art. 11 Abs. 1 BGO anzuhören.
10. Das VBS nahm dazu mit E-Mails vom 1. und vom 26. November 2012 Stellung. Es stellte sich auf den Standpunkt, es habe die vorliegend vorzunehmende Interessenabwägung rechtsgenügend vorgenommen. Es sei nach wie vor kein überwiegendes öffentliches Interesse an den Dokumenten auszumachen. Dafür spreche auch der Umstand, dass die Angelegenheit aufgrund des Zeitablaufes ihre Aktualität mittlerweile verloren habe. Das Interesse des Betroffenen an einer Zugangsverweigerung sei eindeutig höher zu gewichten, als das Interesse der Öffentlichkeit an einem Zugang – soweit ein solches überhaupt noch vorhanden sei –, was



sich auch daraus ergebe, dass der Schutz der Privatsphäre als durch die Verfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention geschütztes Grundrecht höher zu gewichten sei als das Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen, welches nur indirekt verfassungsrechtlich geschützt werde. Was die vom Beauftragten geforderte Anhörung des Betroffenen nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ anbelangt, teilte das VBS mit, es erachte eine solche mit Blick auf den Wortlaut in Art. 11 Abs. 1 BGÖ als nicht notwendig, da es einen Zugang zu den bezeichneten Dokumenten gerade nicht in Betracht gezogen habe. In der ergänzenden Stellungnahme vom 26. November 2012 teilte das VBS dem Beauftragten schliesslich mit, dass ihm keine weiteren Dokumente in dieser Angelegenheit bekannt seien.

11. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich einzig auf die dem Beauftragten vorliegenden Unterlagen (vgl. Ziff. 8). Der Beauftragte hält fest, dass es sich dabei um amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ handelt. Sie stammen von Behörden der zentralen Bundesverwaltung nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ und fallen demnach unter den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes.
12. Auf die weitere Argumentation des VBS wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

## **II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:**

### **A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ**

13. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.
14. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>1</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.
15. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim VBS eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
16. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.<sup>2</sup>
17. Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

---

<sup>1</sup> BBI 2003 2023.

<sup>2</sup> BBI 2003 2024.



## B. Materielle Erwägungen

18. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).<sup>3</sup>
19. Das VBS lehnte den Zugang zu den verlangten Dokumenten insbesondere mit der Begründung ab, dass kein überwiegendes öffentliches Interesse an einem Zugang bestehe und zudem ohnehin offensichtlich schutzwürdige Interessen des Betroffenen (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO) einem Zugang entgegenstünden. Zudem habe die Angelegenheit aufgrund des Zeitablaufes ihre Aktualität mittlerweile verloren. Weiter sei davon auszugehen, dass der Schutz der Privatsphäre als durch die Verfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistetetes Grundrecht grundsätzlich höher zu gewichten sei als das Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen, das nur indirekt verfassungsrechtlich geschützt sei. Letzteres gilt es vorab zu prüfen.
20. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Bereits aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, dass der Privatsphärenschutz als verfassungsrechtlich und durch die EMRK geschütztes Grundrecht keinesfalls prinzipiellen Vorrang gegenüber dem Zugangsrecht nach dem Öffentlichkeitsgesetz genießt. Vielmehr ist auch der Anspruch auf Transparenz grundrechtlich begründet, und im Kollisionsfall ist von der Gleichrangigkeit der beiden Ansprüche auszugehen.<sup>4</sup> Dazu kommt, dass der verfassungsrechtlich gewährleistete Privatsphärenschutz nach Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) ohnehin nach den Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) einschränkbar ist.<sup>5</sup> Gerade eine solche ausnahmsweise Einschränkung des Privatsphärenschutzes in einem Falle überwiegender öffentlicher Interessen liegt der gesetzlichen Konzeption von Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO zugrunde.
21. Art. 9 Abs. 1 BGÖ zufolge sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, sind nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ).

<sup>3</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.

<sup>4</sup> MARKUS SCHEFER, Öffentlichkeit und Geheimhaltung in der Verwaltung, in: Epiney/Hobi [Hrsg.], Die Revision des Datenschutzgesetzes, Zürich 2009, S. 84; anders die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz, nach welcher der Schutz von Personendaten als Aspekt des verfassungsmässig garantierten Persönlichkeitsschutzes (Art. 13 Abs. 2 BV) dem Recht auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich – wenn auch nicht absolut – vorgeht (BBl 2003 2016).

<sup>5</sup> STEPHAN C. BRUNNER/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4. Oktober 2010, Rz. 5.



22. Die vorliegend zu beurteilenden Dokumente (vgl. Ziff.8) enthalten Personendaten des Betroffenen i.S.v. Art. 3 Bst. a DSGVO. Eine Anonymisierung dieser Personendaten fällt von vornherein ausser Betracht, da der Antragsteller amtliche Dokumente über eine Untersuchung verlangte, die sich gegen eine bestimmte, namentlich genannte Person richtete. Das Schreiben vom 22. Februar 2010 enthält zudem wenige Informationen (Gesundheitsdaten), die möglicherweise als besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSGVO qualifizieren sind. Diese Informationen können unkenntlich gemacht werden. Weiter sind an einigen wenigen Stellen Personendaten von weiteren Dritten enthalten, welche gemäss Art. 9 Abs. 1 BGG zu anonymisieren sind, sofern es sich dabei nicht ebenfalls um Bundesangestellte handelt.
23. Das Öffentlichkeitsgesetz sieht ein Vetorecht der betroffenen Drittperson gerade nicht vor<sup>6</sup>, immerhin ist nach Art. 11 Abs. 1 BGG aber ihre Anhörung durchzuführen, sofern sich das Zugangsgesuch auf Dokumente bezieht, welche Personendaten enthalten, und die Behörde eine Gewährung des Zugangs in Betracht zieht.
24. Das VBS hat die Gewährung des Zugangs zu den bezeichneten Dokumenten zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, besteht nach Ansicht des Beauftragten ein gewichtiges öffentliches Interesse. Daher hat er das VBS mit E-Mail vom 16. Oktober 2012 dazu aufgefordert, im Rahmen der Mitwirkungspflicht der Behörde am Schlichtungsverfahren nach Art. 12b VBGÖ eine Anhörung des Betroffenen und weiterer allenfalls betroffener Personen durchzuführen. Das VBS erachtete dies als nicht notwendig und wirkte demzufolge nicht an der Sachverhaltsfeststellung mit.
25. Da das VBS bei der Frage der Zugangsgewährung nach Ansicht des Beauftragten keine eigentliche Interessenabwägung vorgenommen hat, ist diese nunmehr – soweit möglich – durch den Beauftragten vorzunehmen.
26. Die Frage des Zugangs zu den betroffenen amtlichen Dokumenten beurteilt sich, wie unter Ziff. 21 ausgeführt, nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 9 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 19 DSGVO).
27. Als Grundsatz hält Art. 19 Abs. 1 DSGVO fest, dass Bundesorgane Personendaten nur bekannt geben dürfen, wenn dafür eine Rechtsgrundlage i.S.v. Art. 17 DSGVO besteht oder in den in Art. 19 Abs. 1 Bst. a-d aufgeführten Fällen. Genannt wird dort mitunter die Einwilligung der betroffenen Person im Einzelfall (Bst. b). Wie bereits erwähnt, wurde der Betroffene und weitere allenfalls betroffene Personen entgegen der Aufforderung durch den Beauftragten nicht angehört, womit eine allfällige Einwilligung für den Zugang zu den Dokumenten entfällt.
28. Zu prüfen bleibt, ob vorliegend ein Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO in Betracht kommt. Nach Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO dürfen Bundesorgane im Rahmen der behördlichen Information von Amtes wegen (Aktivinformation) oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (Passivinformation) Personendaten auch dann bekannt geben, wenn damit die Beeinträchtigung der Privatsphäre der betroffenen Person einhergehen kann. Dazu müssen jedoch folgende zwei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein:  
Erstens müssen die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a), und zweitens muss an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen (Bst. b), d.h. das öffentliche Interesse an der Zugangsgewährung muss das Interesse der betroffenen Person am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen.

---

<sup>6</sup> STEPHAN C. BRUNNER/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4. Oktober 2010, Rz. 14.



Die erstgenannte Voraussetzung ist Ausfluss des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgebotes und ergibt sich für das Öffentlichkeitsgesetz bereits aus der Definition des Begriffs „amtliches Dokument“ nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ.<sup>7</sup>

Die zweite Voraussetzung verlangt im Einzelfall eine Güterabwägung zwischen dem privaten Interesse einer Person am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichem Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten.<sup>8</sup> Art. 6 Abs. 2 VBGÖ liefert Anhaltspunkte, wann das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen kann. Ob vorliegend ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Herausgabe der Dokumente besteht, gilt es nachfolgend zu prüfen.

29. Bereits aus Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes resultiert ein gewichtiges öffentliches Interesse<sup>9</sup> am Zugang zu amtlichen Dokumenten, denn Art. 1 BGÖ hält fest, dass dieses Gesetz die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern und mit der Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten zur Information der Öffentlichkeit beitragen soll. Dieses grundsätzliche öffentliche Interesse alleine reicht jedoch für eine Beschränkung des Schutzes der Privatsphäre des Betroffenen noch nicht aus. Vielmehr muss das öffentliche Interesse vorliegend so gewichtig sein, dass es das Interesse des Betroffenen am Schutz seiner Privatsphäre überwiegt (Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BGÖ).
30. Das öffentliche Interesse am Zugang kann nach Art. 6 Abs. 2 VBGÖ unter anderem etwa dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient, insbesondere aufgrund wichtiger Vorkommnisse (Bst. a), oder etwa weil die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Bst. c).
31. Der Betroffene kann vorliegend nicht als Privatperson und somit als „normaler Dritter“ im Sinne von Art. 7 Abs. 2 BGÖ gelten. Als hohe Kaderperson des VBS steht er in seiner offiziellen Funktion als Berufsoffizier und auch als Angestellter des Bundes bis zu einem gewissen Grad im Fokus der Öffentlichkeit [REDACTED] [REDACTED] und hoher Staboffizier der Schweizer Armee besteht an seinem Wirken ohne Zweifel ein öffentliches Interesse. Zu bedenken ist, dass beim Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten eines Behördenmitarbeiters andere Massstäbe bezüglich des Schutzanspruches der betroffenen Person gelten, als dies bei „privaten Dritten“ der Fall ist. Behördenmitarbeitende müssen weitergehende Eingriffe in ihre Privatsphäre dulden, sofern ein direkter Zusammenhang zu ihrer öffentlichen Funktion besteht.<sup>10</sup> Wenn es darum geht offenzulegen, wer in welcher amtlichen Funktion wie gehandelt bzw. welche Auffassung vertreten hat, sind persönliche Daten zu diesen Personen im Rahmen ihrer amtlichen Funktion zugänglich zu machen.<sup>11</sup>
32. Von besonderem öffentlichem Interesse sind zudem die Vorkommnisse im Zusammenhang mit der Untersuchung von finanziellen Unregelmässigkeiten [REDACTED] [REDACTED], welche auch medial aufgegriffen wurden. Zu einem ganz grundsätzlichen öffentlichen Interesse aufgrund der Position des Betroffenen als Person in öffentlicher Funktion kommt

<sup>7</sup> Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 7.1.1., m.w.H.

<sup>8</sup> Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.4. und 5.4.

<sup>9</sup> STEPHAN C. BRUNNER/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4. Oktober 2010, Rz. 5.

<sup>10</sup> Siehe dazu auch die Stellungnahme des Schweizer Presserates 36/2001.

<sup>11</sup> [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 3.1.3.](#)



aufgrund der VBS-internen Untersuchung wegen möglicher Verfehlungen und dem diesbezüglichen Einbezug der Militärjustiz ein besonderes öffentliches Interesse am Ergebnis und den Konsequenzen dieser Untersuchung hinzu. Gerade der Umstand, dass der Betroffene [REDACTED] (die Kassenrevision [REDACTED] fand am 10. Juni 2010 statt) [REDACTED] [REDACTED] und damit in die höchste Führungsetage der Schweizer Armee befördert wurde – [REDACTED] – unterstreicht das öffentliche Interesse an seinem Wirken zusätzlich.

33. Weiter spricht auch der Umstand, dass es sich vorliegend gemäss Aussage des VBS um die Verwendung von privaten Geldern handelte, keineswegs gegen das Vorliegen eines gewichtigen öffentlichen Interesses. Nach Ansicht des Beauftragten trifft viel mehr das Gegenteil zu. Die Öffentlichkeit hat ein gewichtiges Interesse an uneingeschränkter Transparenz über die konkrete Zweckbindung solcher finanzieller Unterstützungen und nicht zuletzt auch an der effektiven Verwendung der privaten Mittel durch Bundesbehörden. Dies gilt ohne Zweifel auch für die hier zur Debatte stehenden Sponsorengelder.
34. Schliesslich gilt es – *unabhängig vom vorliegenden Fall* – einmal mehr zu betonen, dass aus dem Öffentlichkeitsgesetz ein grundsätzlicher Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten – u.a. auch betreffend die Verwendung von finanziellen Mitteln durch Behörden des Bundes bzw. deren Mitarbeitende – erwächst, *unabhängig davon*, ob ein Verdacht auf ein mögliches Fehlverhalten vorliegt. Dies gilt nicht nur für Gelder aus öffentlicher Hand, sondern ebenso für den Einsatz von privaten Geldern in öffentlichen Funktionen.
35. Der Bundesrat bezeichnete in der Botschaft das Öffentlichkeitsprinzip als zusätzliches, unmittelbares Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch die Bevölkerung.<sup>12</sup> Zudem fördere ein erhöhtes Vertrauen in die Behörden die Akzeptanz ihrer Tätigkeit.<sup>13</sup> Dadurch sollen etwa Geheimbereiche im Verwaltungshandeln und damit zusammenhängende Missbräuche und Fehlleistungen verhindert bzw. aufgedeckt werden. Auch das Bundesgericht erachtet das Öffentlichkeitsprinzip als eine der elementaren Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates und deutet es als Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz.<sup>14</sup> Im Ergebnis muss die damit erreichte Transparenz nicht zwingend zu einer Anlastung eines Fehlverhaltens führen, sondern kann und soll auch der Entlastung von Verwaltungsmitarbeitenden dienen, sofern durch den Zugang zu entsprechenden Dokumenten bewiesen werden kann, dass gerade kein solches missbilligtes Verhalten vorliegt. Damit kann schliesslich auch Spekulationen über ein entsprechendes Fehlverhalten Einhalt geboten werden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als das VBS die Zugangsverweigerung unter anderem damit begründete, dass die Militärjustiz mangels Widerrechtlichkeit auf die Einleitung eines Strafverfahrens verzichtet hatte. Dazu kommt, dass eine Zugangsgewährung Spekulationen über allenfalls höhere verwendete Geldbeträge definitiv widerlegen könnte. In diesem Sinne sei daran erinnert, dass mangelnde Verwaltungsöffentlichkeit auch Spekulationen darüber fördert, ob die Verwaltung Einzelne ungebührlich benachteiligt oder privilegiert.<sup>15</sup>
36. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit einem Zugangsgesuch zu den Auflösungsvereinbarungen des ehemaligen EJPD-Generalsekretärs und seines Stellvertreters festgehalten, dass bei speziellen Vereinbarungen mit Bundesangestellten in höheren oder besonderen Funktionen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Einsichtnahme in

<sup>12</sup> BBI 2003 1974.

<sup>13</sup> BBI 2003 1973.

<sup>14</sup> BGE 134 I 286 E. 6.1.

<sup>15</sup> Vgl. Empfehlung X – Bundesanwaltschaft vom 22.02.2012, Ziff. 34 m.w.H; ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit als Quelle der Medienberichterstattung, Medialex 1/2003 S. 16.



solche Dokumente besteht.<sup>16</sup> Nach Ansicht des Beauftragten ist es daher naheliegend, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse auch zu bejahen ist, wenn es sich um Dokumente handelt, welche Untersuchungsergebnisse im Zusammenhang mit einem möglichen Fehlverhalten eines hohen Bundesangestellten festhalten. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der vorliegend miteinbezogenen Militärjustiz um eine VBS-interne Instanz handelt.<sup>17</sup>

37. Das Bundesgericht bejahte jüngst die Frage, ob Journalisten mit Blick auf Art. 30 Abs. 3 BV (Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen) die Einsicht in die rechtskräftige Einstellungsverfügung im Strafverfahren gegen den ehemaligen Armeechef Roland Nef zu gewähren ist.<sup>18</sup> Es machte ein solches Einsichtsrecht Dritter allerdings von einem schutzwürdigen Informationsinteresse abhängig, welches sich bei Journalisten ohne weiteres aus der Kontrollfunktion der Medien ergebe.<sup>19</sup> Der vorliegende Fall weist insofern Parallelen dazu auf, als es sich beim Entscheid der Militärjustiz, kein Strafverfahren gegen den Betroffenen einzuleiten, inhaltlich auch um eine Art Einstellungsentscheid handelt.
38. Auf der anderen Seite muss in der Güterabwägung das Interesse der betroffenen Person am Schutz ihrer Privatsphäre berücksichtigt werden. Dazu ist insbesondere auf die Funktion oder Stellung der betroffenen Person, die Art der Daten sowie die möglichen Konsequenzen einer Veröffentlichung bestimmter Informationen abzustellen.<sup>20</sup> Von einer Persönlichkeitsverletzung kann nur dann ausgegangen werden, wenn die mutmassliche Beeinträchtigung der Privatsphäre eine gewisse Intensität erreicht.<sup>21</sup> „Geringfügige“ oder bloss „unangenehme Konsequenzen“ reichen nicht aus, um ein überwiegendes privates Interesse geltend zu machen.<sup>22</sup> Ebenso wenig, wenn die Verletzung der Privatsphäre „lediglich denkbar“ bzw. „entfernt möglich“ ist.<sup>23</sup>
39. Inwiefern der Betroffene ein Interesse am Schutz seiner Personendaten hat bzw. mit welchen ernstesten Konsequenzen er bei einer Zugangsgewährung zu rechnen hätte, wurde weder vom VBS noch, mangels Anhörung, vom Betroffenen selbst dargelegt, obwohl der Behörde die entsprechende Beweislast obliegt.<sup>24</sup> Trotz entsprechender Aufforderung hat das VBS nach Ansicht des Beauftragten nicht begründet dargelegt, inwiefern die Privatsphäre des Betroffenen durch den Zugang zu den fraglichen Dokumenten verletzt werden könnte bzw. mit welcher Wahrscheinlichkeit er konkrete und einschneidende Konsequenzen zu befürchten hätte. Auch vermag die seit der Einreichung des Zugangsgesuchs verstrichene Zeit das überwiegende öffentliche Interesse am Zugang zu den verlangten Dokumenten nicht aufzuwiegen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Zeitdauer von gut eineinhalb Jahren seit der medialen Auseinandersetzung mit dieser Angelegenheit ein gewichtiges öffentliches Interesse an Verwaltungsdokumenten völlig zurückdrängen sollte. Ausserdem ist dem Argument des Zeitablaufes entgegenzuhalten, dass der Betroffene als Angestellter des Bundes in einer hohen Kaderposition das sogenannte Recht auf Vergessen nicht im gleichen Umfang wie „normale“

<sup>16</sup> Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 5.4.

<sup>17</sup> Vgl. <http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/departement/organisation/oa011.html>

<sup>18</sup> BGE 137 I 16 E. 2.3.

<sup>19</sup> BGE 137 I 16 E. 2.4.

<sup>20</sup> STEPHAN C. BRUNNER, Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Selbstbestimmung und Recht, FS für Rainer J. Schweizer, Zürich 2003, S. 49 ff.

<sup>21</sup> Vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rz. 123.

<sup>22</sup> Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.4., COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, RZ 58.

<sup>23</sup> STEPHAN C. BRUNNER, Interessenabwägung im Vordergrund, Hinweise im Hinblick auf die praktische Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes auf Bundesebene, in: digma 4/2004, S. 163.

<sup>24</sup> Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 6 sowie A-3269/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 3.1; BBI 2003 2002. Handkommentar BGÖ, Art. 6, Rz 11.



Dritte beanspruchen kann. Für ein nach wie vor überwiegendes öffentliches Interesse spricht überdies der Umstand, dass der Betroffene zeitnah mit der internen Untersuchung in seine jetzige Führungsposition befördert wurde. Schliesslich gilt es auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das Öffentlichkeitsgesetz einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet. Der Beauftragte weist darauf hin, dass die in den fraglichen Dokumenten festgehaltenen Sachverhalte reines Verwaltungshandeln dokumentieren, welches dem Betroffenen als Kaderperson in Ausübung einer öffentlichen Funktion zuzurechnen ist.

40. *Zusammenfassend hält der Beauftragte fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten vorsieht, unabhängig davon, ob dabei ein Verdacht über ein mögliches Fehlverhalten besteht. Inwiefern der Betroffene ein überwiegendes privates Interesse an der Verweigerung des Zugangs haben sollte bzw. mit welchen Konsequenzen er durch einen Zugang zu den ihn betreffenden Dokumenten zu rechnen hätte, wurde weder vom Betroffenen selbst noch vom VBS nachvollziehbar und überzeugend dargelegt. Vorliegend besteht am Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten ein überwiegendes öffentliches Interesse, weshalb diese – nach erfolgter Anhörung des Betroffenen und weiterer allenfalls betroffener Personen – durch das VBS zugänglich zu machen sind.*

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

41. Das VBS gewährt dem Antragsteller den Zugang zu allen dem Beauftragten vorliegenden und allen weiteren allenfalls bestehenden amtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit dieser Angelegenheit, wobei besonders schützenswerte Personendaten (Gesundheitsdaten im Schreiben vom 22. Februar 2010) des Betroffenen sowie Personendaten von weiteren Dritten, die nicht Bundesangestellte sind, zu anonymisieren sind. Das VBS hört den Betroffenen und weitere allenfalls betroffene Personen vor der Zugangsgewährung gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ an.
42. Das VBS erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 41 den Zugang nicht gewähren will. Das VBS erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
43. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim VBS den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
44. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
45. Das VBS stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
46. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).



47. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X
  
- Eidgenössisches Departement für Verteidigung,  
Bevölkerungsschutz und Sport VBS  
Generalsekretariat  
Maulbeerstrasse 9  
3003 Bern

Hanspeter Thür