



Bern, 10. Dezember 2018

Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X
(Antragsteller)
und
Nachrichtendienst des Bundes NDB

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) wandte sich am 28. August 2018 mit zwei Fragen zu den im Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121) geregelten genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen an den Nachrichtendienst des Bundes NDB. Er wollte insbesondere wissen, wie oft die Massnahme «Eindringen in Computersysteme» vom NDB bisher angewendet wurde. Der NDB verwies den Antragsteller daraufhin auf die in seinem aktuellen Lagebericht «Sicherheit Schweiz 2018» veröffentlichten Zahlen¹ und lehnte es ab, weitere Informationen zu dieser Thematik bekannt zu geben.
 2. In der Folge stellte der Antragsteller gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim NDB ein formelles Gesuch um Zugang zu folgenden Informationen:
 - Aktuelle Liste der vom NDB eingesetzten genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen im Inland, aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Beschaffungsmassnahmen entsprechend Art. 26 Abs. 1 NDG, inklusive der Information «in wie viele Operationen diese Massnahmen fielen sowie in welchen Aufgabenbereich (Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, NBC-Proliferation, Angriffe auf kritische Infrastrukturen)»;
 - Anzahl der vom Bundesverwaltungsgericht nicht genehmigten Massnahmen.
 3. Am 14. September 2018 nahm der NDB zum Zugangsgesuch Stellung und erklärte, dass die verlangten Informationen nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen würden, da die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung gemäss Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sei. Folglich könne auf das Gesuch nicht eingetreten werden.
 4. In der Folge reichte der Antragsteller am 24. September 2018 einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

¹ Abrufbar unter: <https://www.vbs.admin.ch/content/vbs-internet/de/verschiedene-themen-des-vbs/die-nachrichtenbeschaffung-des-bundes/wirtschaftsspionage-in-der-schweiz1.download/vbs-internet/de/documents/nachrichtendienst/lageberichte/NDB-Lagebericht-2018-d.pdf> (zuletzt besucht am 27.11.2018).



5. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte der NDB am 11. Oktober 2018 eine detailliert begründete Stellungnahme zur Frage der Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf die vom Antragsteller verlangten Informationen ein.
6. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des NDB sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

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

7. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Dieser verweigerte den Zugang zu den verlangten Informationen mit dem Argument, diese würden nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen. In Fällen, in denen wie vorliegend nicht bereits von Beginn weg zweifelsfrei feststeht, ob das Öffentlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangt, tritt der Beauftragte auf einen form- und fristgerecht eingereichten Schlichtungsantrag ein.²
8. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren folglich zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁴
11. Der NDB publizierte in seinem Lagebericht «Sicherheit Schweiz 2018» die Anzahl *Operationen*, in denen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen eingesetzt wurden (aufgeschlüsselt nach den einzelnen Aufgabengebieten Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, NBC-Proliferation, Angriffe auf kritische Infrastrukturen gemäss Art. 6 NDG), sowie die Anzahl der bewilligten einzelnen *genehmigungspflichtigen Massnahmen* des Jahres 2017. Der NDB stellte dem Antragsteller zudem in Aussicht, dass die Zahlen des laufenden Jahres im Frühling 2019 im nächsten Lagebericht des NDB veröffentlicht würden. Der Antragsteller verlangt jedoch eine *weitergehende Aufschlüsselung der publizierten Zahlen nach Art der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen* (entsprechend Art. 26 NDG) sowie in zeitlicher Hinsicht zusätzlich die aktuellen Zahlen des laufenden Jahres. Er verlangt ebenfalls die Anzahl der vom Bundesverwaltungsgericht nicht genehmigten Massnahmen.

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 1990.

³ BBI 2003 2024.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



12. Der NDB lehnte dieses Ersuchen ab, da diese Informationen seiner Ansicht nach aufgrund von Art. 67 NDG nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen. Gegenüber dem Beauftragten begründete der NDB seine Haltung insbesondere damit, dass eine nach Art der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen aufgeschlüsselte Liste, wie sie der Antragsteller wünscht, Angaben aus verschiedenen amtlichen Dokumenten zur Informationsbeschaffung, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstünden, in einem neuen Dokument zusammenführe. Wenn jedoch die einzelnen Dokumente nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstünden, so müsse dies auch gelten für den Zugang zu Dokumenten, die sich darauf beschränkten, ohne jede Weiterung Teilaspekte aus nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegenden Dokumenten zusammenzuführen. Der NDB betonte, dass nicht nur diejenigen Teile von amtlichen Dokumenten vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen seien, die der Informationsbeschaffung dienen, sondern es vielmehr sämtliche amtlichen Dokumente seien, welche die Informationsbeschaffung betreffen würden.
13. Mit dem Inkrafttreten des neuen Nachrichtendienstgesetzes am 1. September 2017 wurde die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen. Es handelt sich dabei gemäss Botschaft um eine «sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung».⁵ Art. 67 NDG besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht gilt für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem Nachrichtendienstgesetz. Die Informationsbeschaffung ist im 3. Kapitel des NDG geregelt, wobei die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen dessen 4. Abschnitt bilden. Sie gründen auf einem gerichtlichen Genehmigungsverfahren vor Bundesverwaltungsgericht und – sofern gutgeheissen – auf einem daran anschliessenden politischen Freigabeverfahren.
14. Die vom Zugangsgesuch betroffenen Informationen sind – wie soeben erwähnt – Teil der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG. Folglich dürfte zumindest jedes einzelne unmittelbar bei der Anordnung und Umsetzung einer solchen Massnahme anfallende Dokument von der Ausnahme nach Art. 67 NDG erfasst werden. Fraglich ist nun, ob diese Ausnahme auch zum Tragen kommt, wenn wie vorliegend lediglich um Zugang zu rein quantitativen Angaben der eingesetzten genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen verlangt wird.
15. Wie der NDB zu Recht vorbringt, beschränkt sich eine solche Statistik auf das blosses Zusammenführen von einzelnen, nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Dokumenten. Der Schlussfolgerung des NDB, dass aus logischen Überlegungen demnach auch diese zusammengeführten Informationen nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen können, kann sich der Beauftragte dennoch nicht anschliessen. Entscheidend ist seiner Ansicht nach vielmehr, ob auch diese zusammengeführten Angaben bzw. Zahlen vom Schutzzweck von Art. 67 NDG abgedeckt sind respektive Schlüsse zulassen, welche diesen Schutzzweck vereiteln.
16. Nach Einschätzung des Beauftragten würde eine nach den verschiedenen genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen aufgeschlüsselte Statistik, wie sie der Antragsteller verlangt, Hinweise darauf geben, welche Methoden der NDB bei der Informationsbeschaffung konkret bzw. schwerpunktmässig einsetzt. Ebenso könnten durch die Bekanntgabe von allenfalls vom Bundesverwaltungsgericht nicht genehmigter Massnahmen Möglichkeiten und insbesondere Grenzen der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung ersichtlich werden. So änderte denn auch das Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig mit Inkrafttreten des Nachrichtendienstgesetzes sein Informationsreglement dahingehend, dass

⁵ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz, BBl 2014 2161.



Entscheide über genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen nicht veröffentlicht werden.⁶ Selbst die vom NDB in seinem jährlichen Lagebericht veröffentlichte Statistik mit der blossen Anzahl der Operationen und der in diesem Rahmen eingesetzten Massnahmen würde es jeder interessierten Person erlauben, mit regelmässigen Zugangsgesuchen in kurzen zeitlichen Abständen in Verbindung mit anderen öffentlich zugänglichen Informationen wie Medienberichten unter Umständen auf aktuelle laufende Aktivitäten des NDB zu schliessen. Die vom Antragsteller verlangten Informationen ermöglichen folglich hinreichend konkrete Rückschlüsse auf das Vorgehen bzw. die Arbeitsweise des NDB in der Informationsbeschaffung. In diesem Sinne handelt es sich in diesem vorliegenden Fall, trotz den nur zahlenmässigen Angaben, um Informationen mit einem Aussagegehalt über die Art und Weise der Informationsbeschaffung des NDB, also denjenigen Tätigkeitsbereich, den der Gesetzgeber ohne Einschränkung oder Berücksichtigung der tatsächlichen Sensibilität der Informationen vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen hat. Folglich gelangt auch der Beauftragte zum Schluss, dass die vom Antragsteller verlangten Informationen – auch wenn an diesen ein öffentliches Interesse besteht – aufgrund von Art. 67 NDG nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen.

17. Mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes oder anderer spezialgesetzlicher Veröffentlichungspflichten erfolgt eine Publikation von Zahlen zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen nach Art. 26 NDG durch den NDB daher im Rahmen seiner allgemeinen aktiven Informationstätigkeit, die vom Öffentlichkeitsgesetz nicht erfasst wird.⁷ Es steht folglich im Ermessen des NDB, ob und in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt er Angaben zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen veröffentlicht.⁸

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

18. Der Nachrichtendienst des Bundes kann mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes an seiner Zugangsverweigerung festhalten.
19. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Nachrichtendienst des Bundes den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
20. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
21. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
22. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

⁶ Art. 5 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4).

⁷ BBI 2003 1977.

⁸ BRUNNER/MADER, Handkommentar BGÖ, Einl. Rz. 86 ff.



23. Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R)
X

- Einschreiben mit Rückschein (R)
Nachrichtendienst des Bundes
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Adrian Lobsiger