

# **EDOEB empfehlung-vom-10-august-2016-ombudscom-geltungsbereich-bgoepersoenerlicher-und-sa-2016-08-10 vom 10. August 2016**

EDÖB, 2016-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-10-august-2016-ombudscom-geltungsbereich-bgoepersoenerlicher-und-sa-2016-08-10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-10-august-2016-ombudscom-geltungsbereich-bgoepersoenerlicher-und-sa-2016-08-10)

FR: EDOEB empfehlung-vom-10-august-2016-ombudscom-geltungsbereich-bgoepersoenerlicher-und-sa-2016-08-10 du 10 août 2016

IT: EDOEB empfehlung-vom-10-august-2016-ombudscom-geltungsbereich-bgoepersoenerlicher-und-sa-2016-08-10 del 10 agosto 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 12c des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) hat das Bundesamt für Kommunikation BAKOM für die Regelung von Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- und Mehrwertdiensten eine Schlichtungsstelle einzurichten. Die Einzelheiten werden in der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) geregelt (Art. 12c Abs. 4 FMG). Diese Aufgabe kann das BAKOM mit verwaltungsrechtlichem Vertrag auf einen Dritten übertragen (Art. 42 Abs. 4 FDV). Aus dem Vertrag vom 19. März 2013, den das BAKOM mit der Stiftung ombudscom geschlossen hat, ist ersichtlich, dass diese am 29. April 2008 gegründet wurde mit dem alleinigen und gemeinnützigen Zweck, Kunden von Fernmelde- oder Mehrwertdiensteanbieterinnen eine unabhängige, unparteiische, transparente und effiziente Schlichtungsstelle im Sinne der Fernmeldegesetzgebung zur Verfügung zu stellen. Diese Tätigkeit übt die Stiftung seit dem 1. Juli 2008 aus. Beaufsichtigt wird sie durch das BAKOM und die Eidgenössische Stiftungsaufsicht. Der Stiftungsrat besteht aus je zwei Vertretern der Konsumentenorganisationen und der Fernmeldediensteanbieterinnen, einem Vertreter der Mehrwertdiensteanbieterinnen und vier unabhängigen Persönlichkeiten.<sup>1</sup>

### **E. 2**

Der Antragsteller (Journalist) hat am 25. Februar 2016 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der ombudscom folgende Fragen gestellt: – „Frage 1: Wie viele Anfragen sind 2015 bei ombudscom gegen welche Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieter wegen welches oder welcher Beweggründe eingegangen? – Frage 2: Gibt es Auffälligkeiten bei den Anfragestellten, die sich bei gewissen Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbietern häufen – zum Beispiel betreffend Alter? Falls ja: Wie heissen die Mehrwert- und Fernmeldediensteanbieter, bei denen sich diese Auffälligkeiten häufen? Und bitte belegen Sie mir diese Auffälligkeiten mit Zahlen? – Frage 3: Wie viele Schlichtungsverfahren (Fälle) sind 2015 vom ombudscom gegen welche Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieter wegen welches Beschwerdegrundes/resp. welcher Beschwerdegründe eingeleitet worden? – Frage 4: Wie viele Fälle wurden 2015 vom ombudscom mit einem gutheissenden

<sup>1</sup> <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/nuetzliche-infos/schlichtung-im-fernmeldebereich/was-ist-die-schlichtungsstelle.html>;

<https://www.ombudscom.ch/de/verfahren/jahresberichte.html> (besucht am 8. August 2016).

2/15

Schlichtungsvorschlag abgeschlossen, d.h. überwiegend zugunsten des betroffenen Kunden (spezifiziert wiederum nach Mehrwert- oder Fernmeldeanbieter und Beschwerdegrund)? – Frage 5: Wie viele Fälle wurden 2015 von ombudscom mit einem ablehnenden Schlichtungsvorschlag abgeschlossen, d.h. überwiegend zugunsten des Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieters (spezifiziert wiederum nach Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieter und Beschwerdegrund)? – Frage 6: Wie viele Schlichtungsvorschläge wurden angenommen? Und wie viele abgelehnt? Wie viele wurden von welchem Mehrwert- und Fernmeldediensteanbieter abgelehnt? – Wie viele Fälle konnten 2015 durch eine Einigung ausserhalb des Verfahrens erledigt werden (wiederum spezifiziert nach Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieter und Beschwerdegrund)? – Wie viele Fälle wurden 2015 durch Rückzug des Schlichtungsbegehrens erledigt (wiederum spezifiziert nach Mehrwert- oder Fernmeldediensteanbieter und Beschwerdegrund)?“ Zusammenfassend hielt der Antragsteller fest, dass er keine Auskunft über die konkreten Schlichtungsvorschläge möchte. Vielmehr wünschte er eine statistische Auswertung der Fälle und Anfragen, mit Angaben der Namen der jeweiligen Mehrwert- und Fernmeldedienst- leisterinnen sowie des Beschwerdegrundes sowie die Ausweisung von Auffälligkeiten bei den nachfragenden Kunden, wie z.B. deren Alter.

### **E. 3**

Die ombudscom lehnte in ihrer Stellungnahme vom 2. März 2016 den Zugang zu den verlangten Informationen vollständig ab. Sie wendete vorab ein, das Öffentlichkeitsgesetz sei auf sie nicht anwendbar (Art. 2 und 3 BGÖ). Zudem bestehe ein Anwendungsfall im Sinne von Art. 4 BGÖ. Weiter gebe es keine Rechtsgrundlage für die Bekanntgabe der Informationen. Ausserdem enthielten die verlangten Informationen auch Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass Personendaten nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ ohnehin zu anonymisieren wären. Eine Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) nahm die ombudscom nicht vor.

### **E. 4**

Am 10. März 2016 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein, in welcher er an seinem Zugangsgesuch festhielt. Zusätzlich stellte er zwei Eventualanträge: Falls der Beauftragte der Ansicht sei, die ombudscom handle nur betreffend die Gebühren hoheitlich, begehre er Einsicht in alle Schlichtungsvorschläge des Jahres 2015 in anonymisierter Form. Falls auch dieser Eventualantrag abgelehnt werde, verlange er Einsicht in sämtliche Gebührenverfügungen des Jahres 2015 in anonymisierter Form.

### **E. 5**

Mit Schreiben vom 15. März 2016 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die ombudscom dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.

### **E. 6**

Zusammen mit der Stellungnahme vom 1. April 2016 an den Beauftragten reichte die ombudscom die fraglichen statistischen Daten in anonymisierter Form ein. Sie wiederholte die bereits in der Stellungnahme vom 2. März 2016 an den Antragsteller vorgebrachten Argumente, äusserte sich allerdings detaillierter zu den vom Antragsteller eingereichten Fragen (Ziffer 1). Sie teilte mit, dass sie dem Antragsteller mit Ausnahme der in Frage 2 verlangten Informationen, statistische Angaben anonymisiert zur Verfügung stellen kann. In Bezug auf die Kundinnen und Kunden erhebe sie ausser den Adressdaten, Telefonnummer und Vertragsnummer keine weiteren Daten. Zudem reichte sie dem Beauftragten am 31. Mai 2016 die statistischen Falldaten mit den Namen der Anbieterinnen ein.

#### **E. 7**

Auf Ersuchen des Beauftragten übermittelte das BAKOM diesem am 11. April 2016 den zwischen dem BAKOM und der ombudscom geschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag betreffend den Betrieb einer Schlichtungsstelle gemäss Art. 12c Abs. 1 FMG.

3/15

#### **E. 8**

Nachdem der Beauftragte das BAKOM gestützt auf Art. 12b der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) zu einer Stellungnahme eingeladen hatte, erklärte dieses mit Schreiben vom 29. April 2016 und 2. Mai 2016, dass seiner Ansicht nach die Schlichtungsstelle dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehe.

#### **E. 9**

Die ombudscom veröffentlicht seit dem Jahr 2008 ihre Tätigkeitberichte im Internet.<sup>2</sup>

#### **E. 10**

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, der ombudscom und des BAKOM 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

#### **E. 11**

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der ombudscom ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

#### **E. 12**

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>3</sup> 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

### **E. 13**

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ 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 entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).<sup>4</sup>

### **E. 14**

Zuerst ist zu prüfen, ob vorliegend das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist, mithin ob der persönliche und sachliche Geltungsbereich (Art. 2 und 3 BGÖ) gegeben ist. Die ombudscom

2 <https://www.ombudscom.ch/de/verfahren/jahresberichte.html> (besucht am 8. August 2016). 3 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz; BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 4 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

4/15

argumentierte, die Stiftung ombudscom und deren operatives Organ die Schlichtungsstelle Telekommunikation, seien nicht Teil der Bundesverwaltung. Daher würden sie dem Öffentlichkeitsgesetz nur dann unterstehen, wenn sie gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlassen würden.

Verfügungskompetenz und damit hoheitliches Handeln beschränke sich bei der ombudscom einzig auf das Auferlegen von Verfahrensgebühren. Im Bereich der Schlichtungstätigkeit verfüge sie nicht und handle nicht hoheitlich.

### **E. 15**

Demgegenüber führte der Antragsteller aus, das Öffentlichkeitsgesetz sei anwendbar. Die ombudscom könne die Fernmelde- und Mehrwertdienstanbieterinnen zur Teilnahme am Schlichtungsverfahren zwingen (Art. 47 FDV) und habe auch Verfügungsgewalt (Art. 49 Abs. 4 FDV).

### **E. 16**

Das BAKOM erklärte, es seien keine Gründe ersichtlich, wieso die ombudscom (grundsätzlich) nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen sollte. Dies gelte nicht nur für Verfügungen, welche die Verfahrensgebühren zum Gegenstand hätten, sondern etwa auch für Schlichtungsvorschläge.

### **E. 17**

Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung. Für den Begriff „Bundesverwaltung“ findet sich im Öffentlichkeitsgesetz keine Legaldefinition. Er ist gemäss Botschaft identisch mit demjenigen in Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).<sup>5</sup> Während Art. 178 BV von einem zweigliedrigen Modell ausgeht und grundsätzlich zwischen Bundesverwaltung und Trägern ausserhalb der Verwaltung differenziert, unterscheiden Art. 2 Abs. 3 RVOG und Art. 6 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) zwischen den zentralen und den dezentralen Einheiten der Bundesverwaltung. Diese werden im Anhang zur RVOV aufgelistet. Nach Art. 6 Abs. 2 RVOV fallen Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch Gesetz geschaffen worden sind und überwiegend Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, unter den Bestand der dezentralen Bundesverwaltung.

#### **E. 18**

Demgegenüber sind gemäss Art. 6 Abs. 3 RVOV externe Träger von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Artikel 2 Absatz 4 RVOG, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, nicht Teil der Bundesverwaltung. Dies gilt auch für Organisationen und Personen des Privatrechts, die der Bund mit Finanzhilfen oder Abgeltungen nach Art. 3 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz; SuG; SR 616.1) unterstützt oder an denen er mit einer Minderheit beteiligt ist. So sieht die RVOV neuerdings vor, dass Verwaltungsträger mittels einer Kombination von typologischen Kriterien, wie Rechts- und Organisationsform, des Aufgabentyps sowie der verschiedenen Steuerungsmöglichkeiten durch den Bund (finanzielle bzw. organisatorische Steuerung), beurteilt und entweder der dezentralen oder der Kategorie der externen Träger von Verwaltungsaufgaben zugeordnet werden. Für eine ausschliesslich auf das Kriterium der Rechtspersönlichkeit beschränkte Beurteilung besteht somit kein Raum mehr.<sup>6</sup>

#### **E. 19**

Im Anhang 1 zur RVOV wird die ombudscom nicht erwähnt. Daher ist entsprechend den typologischen Kriterien zu prüfen, ob die ombudscom der dezentralen Bundesverwaltung zuzuordnen oder ob sie ein externer Träger von Verwaltungsaufgaben ist. Bei dieser Prüfung

5 BBl 2003 1985 f. 6 Urteil des BVGer A-971/2015 vom 16. Juni 2016 E. 5.1 ff. (frz.); Urteil des BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 6.3 ff.

5/15

fällt Folgendes in Betracht:

#### **E. 20**

Die ombudscom ist eine im Handelsregister eingetragene privatrechtliche Stiftung (Art. 80 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210). Von staatlichen Körperschaften in Privatform unterscheidet sich die privatrechtliche Stiftung dadurch, dass sie sich nach der Errichtung der direkten Einflussnahme des Stifters entzieht und damit eine gewisse Selbständigkeit erhält.<sup>7</sup> Insofern besteht aufgrund der Ausgestaltung der Rechtsform der privatrechtlichen Stiftung grundsätzlich keine direkte Steuerungsmöglichkeit des Bundes. Allerdings erbringt die ombudscom eine Dienstleistung mit Monopolcharakter. Sie betreibt

gestützt auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem BAKOM die einzige Schlichtungsstelle im Bereich der Telekommunikation. Weiter ist der alleinige und gemeinnützige Zweck der Stiftung die Führung der Schlichtungsstelle gemäss Fernmeldegesetzgebung. Ohne den Vertrag mit dem BAKOM könnte sie diesen Zweck nicht erfüllen. Dies spricht für die Zuordnung zu den Aufgabenträgern der dezentralen Bundesverwaltung.

#### **E. 21**

Werden weiter die organisatorischen Einflussmöglichkeiten des BAKOM auf die ombudscom berücksichtigt, ergeben sich solche aus der Fernmeldegesetzgebung (Art. 12c FMG und Art. 42 ff. FDV) und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag. So bedarf etwa die Änderung der Rechtsform der ombudscom der Zustimmung des BAKOM. Zustimmungspflichtig ist auch die Fusion mit Dritten und sonstigen Verbindungen, die mit dem Betrieb der Schlichtungsstelle nicht vereinbar sind. Zudem müssen Änderungen der Stiftungsurkunde und der Reglemente dem BAKOM zur Genehmigung unterbreitet werden, bevor sie der Stiftungsaufsicht vorgelegt werden. So genehmigt das BAKOM das Verfahrens- und Gebührenreglement sowie deren Änderungen (Art. 44 Abs. 2 FMV). Überträgt die Schlichtungsstelle einzelne Aufgaben an Dritte muss sie das BAKOM informieren und auf Anfrage Vertragsdokumente offenlegen. Das BAKOM kann die Genehmigung verweigern, wenn begründete Anhaltspunkte bestehen, dass mit der Aufgabenübertragung eine quantitative oder qualitative Verschlechterung der Dienstleistung resultieren würde oder andere wichtige Gründe, namentlich Interessenkonflikte, gegen eine Übertragung sprechen würden. Die Schlichtungstätigkeit als Kernaufgabe darf die ombudscom nicht an Dritte übertragen. Zudem ist die Ernennung der für die Schlichtungsstelle verantwortlichen Person genehmigungspflichtig (Art. 42 Abs. 5 FDV). Schliesslich wacht das BAKOM als Aufsichtsbehörde über die ordnungs- und gesetzmässige Ausführung der an die Stiftung übertragenen Aufgaben (Art. 50 Abs. 12 FDV). Dabei hat es Zugang zu den Räumlichkeiten, Dokumenten, Informationssystemen, Ablagen und Archiven sowie Einsicht in die Geschäftsabläufe. Diese Rechte beziehen sich aber nur auf die Überprüfung der Geschäftstätigkeit sowie die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze durch die Schlichtungsstelle, nicht aber auf die Sachgerechtigkeit der Schlichtungsvorschläge. Demzufolge kann nicht davon gesprochen werden, die ombudscom sei in der ihr vom BAKOM übertragenen Aufgabenerfüllung autonom tätig. Vielmehr nimmt das BAKOM weiterhin durch organisatorische Kontrolle Einfluss auf die Aufgabenerfüllung.<sup>8</sup> Durch entsprechende Vorgaben und Kontrollen gewährleistet es, dass die ombudscom als Privater eine öffentliche Aufgabe in einer bestimmten Quantität und Qualität erbringt. In diesem Zusammenhang spricht man vom „Gewährleistungsstaat“, der an die Stelle des „Leistungsstaates“ tritt.<sup>9</sup> Somit hat das BAKOM bei der ombudscom organisationsrechtlich nicht unerhebliche direkte Einflussmöglichkeiten. Dies spricht dafür, dass es sich bei der ombudscom um eine Aufgabenträgerin der dezentralen Bundesverwaltung handelt.

#### **E. 22**

Wird schliesslich das Kriterium der finanziellen Unterstützung durch Bundesmittel betrachtet,

<sup>7</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich, Rz 1527. <sup>8</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz 1084, 1509 und 1537. <sup>9</sup>

zeigt sich, dass die Schlichtungsstelle keine Bundesgelder bezieht und durch Verfahrensgebühren aus der Schlichtungstätigkeit und durch Beitragszahlungen einiger Anbieter der Telekommunikationsbranche finanziert wird.<sup>10</sup> Die ombudscom muss allerdings dem BAKOM nachweisen, dass sie die Schlichtungstätigkeit langfristig finanzieren kann (Art. 42 FDV). Demzufolge legt die Tatsache der fehlenden finanziellen Unterstützung durch den Bund nahe, die ombudscom als externer Träger mit Verwaltungsaufgaben zu qualifizieren.

### **E. 23**

Werden die untersuchten Kriterien in Kombination betrachtet, wiegen die Kriterien, welche für die Zuordnung der ombudscom als dezentrale Aufgabenträgerin sprechen stärker als jenes Kriterium, welches auf die Qualifikation der ombudscom als externer Trägerin von Verwaltungsaufgaben hinweist. Demzufolge ist die privatrechtlich ausgestaltete Stiftung als Aufgabenträgerin der dezentralen Bundesverwaltung zu qualifizieren, weshalb sie gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst wird.

### **E. 24**

Auch wenn die ombudscom als Trägerin von externen Verwaltungsaufgaben gelten würde und daher nicht dem Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ unterstünde, kann sie gemäss Bst. b derselben Norm dennoch vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst sein. So ist das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie erlass- oder Verfügungsberechtigt sind im Sinne von Art. 5 VwVG. In diesem Fall reduziert sich das Recht auf Zugang zu den amtlichen Dokumenten, auf jene Dokumente, die unmittelbar das Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach dem VwVG betreffen.<sup>11</sup>

### **E. 25**

Im Bereich der übertragenen Verwaltungsaufgabe verneinte die ombudscom die allgemeine Verfügungskompetenz und erklärte, sie habe lediglich die Möglichkeit, den Parteien eines Schlichtungsverfahrens Verwaltungsgebühren durch Verfügung aufzuerlegen (Art. 49 Abs. 4 FDV). Solche würden diesen nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens unabhängig vom Schlichtungsverfahren und –vorschlag in einem separaten Dokument (Rechnung und Verfügung) in Rechnung gestellt. Daher beschränke sich das hoheitliche Handeln einzig auf die Auferlegung von Verwaltungsgebühren.

### **E. 26**

Entsprechend der Argumentation der ombudscom würde dies vorliegend bedeuten, dass zu allen Dokumenten, die diese im Rahmen eines Gebührenentscheides erlässt, grundsätzlich der Zugang zu gewähren, zu allen restlichen jedoch verwehrt wäre.

### **E. 27**

Gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG und Art. 49 Abs. 4 FMV kann die ombudscom kostendeckende Verwaltungsgebühren für Verfügungen und Leistungen, namentlich für die Schlichtung von zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und

Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten, erheben.

#### **E. 28**

Wenn die Parteien im Schlichtungsverfahren sich nicht einigen können, unterbreitet die Schlichtungsstelle diesen einen Schlichtungsvorschlag (Art. 45 Abs. 4 FMV). Dieser ist unverbindlich und stellt keine Verfügung dar, ebenso wenig wie die vorliegende Empfehlung eine Verfügung ist. Die mangelnde Verfügungskompetenz in Schlichtungsverfahren liegt in der Natur der Sache. Auch wenn das BAKOM die Schlichtungstätigkeit selber übernehmen würde, erliesse es in der Sache selbst keine Verfügung, könnte aber auch Gebührenverfügungen erlassen. Das Argument der ombudscom, wonach die Rechnung und die Verfügung nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens an die Parteien in einem separaten Dokument

10 Urteil des BVGer A-4903/2010 vom 17. März 2011, E. 5.2.2. 11 Urteil des BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 7.

7/15

übermittelt werden, ändert nichts an der engen Verbundenheit zwischen Gebührenverfügung und Schlichtungstätigkeit. Die Gebühren werden gerade für die vorgenommene Schlichtungstätigkeit und nicht für eine andere von der ombudscom getätigte Handlung erhoben. Eine Trennung zwischen dem Auferlegen von Gebühren einerseits und dem Durchführen der Schlichtung andererseits wäre sachfremd. Der Umstand, dass das Schlichtungsverfahren im Telekommunikationsbereich nicht kostenlos ist, führt nicht dazu, dass damit die übertragene Aufgabe in einen hoheitlichen und einen nicht hoheitlichen Teil gesplittet wird. Letztlich ist aufgrund der Stellungnahme des BAKOM nicht davon auszugehen, dieses habe durch die Aufgabenübertragung einer öffentlichen Verwaltungsaufgabe an eine private Stiftung das Öffentlichkeitsgesetz aushebeln wollen.<sup>12</sup> Vielmehr ist das BAKOM der Ansicht, dass die ombudscom dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht.

#### **E. 29**

Demzufolge kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass die ombudscom auch im Rahmen der ausgelagerten Schlichtungstätigkeit unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

#### **E. 30**

Weiter ist zu prüfen, ob das Schlichtungsverfahren ein Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 BGÖ darstellt. Die in dieser Bestimmung aufgelisteten Verfahren sind von der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen. Der Beauftragte vertritt in ständiger Empfehlungspraxis und in Übereinstimmung mit der Lehre<sup>13</sup> die Haltung, dass die Ausnahmebestimmung in Art. 3 Abs. 1 BGÖ, entgegen den Ausführungen in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz<sup>14</sup>, nicht auf alle, sondern lediglich auf Dokumente von hängigen Verfahren anzuwenden ist. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck von Art. 3 BGÖ, nämlich dem Schutz entsprechender hängiger Verfahren bzw. der Verhinderung einer Kollision verschiedener Informationszugangsansprüche, konkret zwischen dem Akteneinsichtsrecht im Sinne entsprechender Verfahrenserlasse und dem Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz.<sup>15</sup>

#### **E. 31**

Die ombudscom argumentierte, ihre Schlichtungstätigkeit sei gleichzusetzen mit dem in Art. 3 Abs. 1 BGÖ gelisteten, vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommenen, Zivil- und Schiedsverfahren (Ziff. 1 und 6).

### **E. 32**

Zur Konkretisierung des Begriffs „Zivilverfahren“ gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ ist Art. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung; ZPO, SR 272) heranzuziehen. Dazu gehören streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und die Schiedsgerichtsbarkeit. Letztere ist in Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ eigens normiert. Die Zuständigkeit für Zivilverfahren liegt bei den kantonalen Instanzen der Zivilrechtspflege.<sup>16</sup> Die Schlichtungsstelle nach Art. 12c FMG ist keine solche Instanz. Vielmehr fällt sie in den Herrschaftsbereich des Bundesrechts. Zudem verlangt der Antragsteller den Zugang zu statistischen Informationen der Schlichtungsstelle und keinen Zugang zu Schlichtungsakten. So ist auch nicht davon auszugehen, dass durch die Offenlegung statistischer Informationen der Schlichtungsstelle allenfalls ein hängiges Verfahren gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ be- oder verhindert werden könnte, zumal die Schlichtungsstelle das Verfahren beendet, sobald sich ein Gericht oder Schiedsgericht mit der Sache befasst (Art. 46 Abs. 2 FDV).

### **E. 33**

Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ fallen unter den Begriff „Schiedsverfahren“ Entscheide von

12 vgl. dazu BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 6.5.3.3. 13  
SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar zum BGÖ, Art. 3 Rz 12. 14 BBl 2003 1989. 15  
BBl 2003 1989, 2008. 16 STAMM-PFISTER, Basler Kommentar zum  
Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 N 7 f.

8/15

Schiedskommissionen einschliesslich Schiedsgerichten auf Grund öffentlich-rechtlicher Verträge.<sup>17</sup> Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle unterliegt den Bestimmungen der Fernmeldegesetzgebung und ist kein Schiedsverfahren im Sinne der ZPO bzw. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291).

### **E. 34**

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 6 BGÖ nicht anwendbar sind.

### **E. 35**

Weiter ist Art. 4 BGÖ zu berücksichtigen, der das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und anderen Bundesgesetzen festlegt, die spezielle Bestimmungen für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten vorsehen. Vorbehalten sind demnach Gesetzesnormen, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder von diesem Gesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b). Der Gesetzgeber versteht unter „Bundesgesetz“ formelle Gesetze im Sinne von Art. 163 Abs. 1 BV.<sup>18</sup> Die ombudscom machte geltend, Art. 48 Abs. 4 der FDV regle, dass die Schlichtungsvorschläge im Internet ohne Hinweise auf die Identität der Parteien zu veröffentlichen seien. Entgegen der Ausführung des Antragstellers

sei diese Bestimmung auch auf die Veröffentlichung von statistischen Daten mit den Namen der Anbieterinnen anwendbar und es läge somit eine Ausnahmebestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vor. Da der von der ombudscom angerufene Art. 48 Abs. 4 FDV lediglich eine Bestimmung auf Verordnungsstufe ist, ist Art. 4 BGÖ nicht anwendbar.

### **E. 36**

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Art. 48 Abs. 4 FDV keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ ist und daher kein entsprechender Vorbehalt besteht.

### **E. 37**

Insoweit die ombudscom erklärt hat, es fehle für die Veröffentlichung der verlangten Informationen eine Rechtsgrundlage in der Fernmeldegesetzgebung, ist festzuhalten, dass dieser Einwand sich nur auf die aktive Behördeninformation bezieht. Diese ist von der passiven Behördeninformation gemäss Öffentlichkeitsgesetz zu unterscheiden.<sup>19</sup> Mit dem Erlass des Öffentlichkeitsgesetzes hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit einen Paradigmenwechsel vom „Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt“ hin zum „Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt“ vollzogen. Damit hat jede Person einen Rechtsanspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, der unabhängig vom Nachweis besonderer Interessen besteht (Art. 6 Abs. 1 BGÖ).<sup>20</sup> Ein entsprechendes Zugangsgesuch ist bei der ombudscom eingereicht worden, weshalb dies nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu behandeln ist. Eine Behörde könnte mit einer aktiven Veröffentlichung von Informationen den Anspruch auf Zugang zum amtlichen Dokument nach Öffentlichkeitsgesetz erfüllen (Art. 6 Abs. 3 BGÖ).<sup>21</sup> Zwar veröffentlichte die ombudscom im Jahresbericht 2015 statistische Zahlen.<sup>22</sup> Jedoch handelt es sich nicht um die vom Antragsteller verlangten personalisierten, statistischen Informationen.

### **E. 38**

Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass der Anspruch des Antragstellers nicht

17 BBl 2003 1989. 18 COTTIER, Handkommentar zum BGÖ, Art. 4, Rz 7. 19 Vgl. zum Ganzen BRUNNER, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, in ZBL 2010, S. 595 ff. 20 Urteil des BGer 1C\_137/2016 vom 27. Juni 2016 E. 2.2. 21 MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 6, Rz 66; vgl. dazu BRUNNER, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, in ZBL 2010, Seite 595 ff. 22 [https://www.ombudscom.ch/resources/Jahresberichte/Jahresbericht\\_ombudscom\\_2015.pdf](https://www.ombudscom.ch/resources/Jahresberichte/Jahresbericht_ombudscom_2015.pdf) (besucht am 8. August 2016).

9/15

gemäss Art. 6 Abs. 3 BGÖ als bereits erfüllt gelten kann. Das Öffentlichkeitsgesetz ist anzuwenden, und es besteht die gesetzliche Vermutung auf Zugang.

### **E. 39**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c).

#### **E. 40**

In Bezug auf die Frage 2 teilte die ombudscom dem Beauftragten mit, dass, ausser Adressdaten, Telefon und Vertragsnummern der Kundinnen und Kunden, keine weiteren Daten vorhanden seien. Damit bringt diese zum Ausdruck, dass sie nicht über die verlangten Informationen verfügt. Demzufolge fehlt ein Kriterium, wonach die Voraussetzung von Art. 5 BGÖ bejaht werden kann. Deshalb durfte die ombudscom in Bezug auf die Frage 2 den Zugang diesen Informationen verweigern. Für die übrigen vom Antragsteller verlangten Informationen liegen amtliche Dokumente gemäss Art. 5 BGÖ vor.

#### **E. 41**

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass mit Ausnahme der nicht vorhandenen Informationen betreffend die Frage 2 amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ vorliegen.

#### **E. 42**

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die ombudscom den Zugang zu den verlangten Informationen verweigern durfte. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die betroffene Behörde hat die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt mithin der Behörde. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>23</sup>

#### **E. 43**

Die ombudscom erklärte, mit der Bekanntgabe der verlangten Informationen würden Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ offengelegt. Es sei naheliegend, dass die Publikation der verlangten Informationen das Geschäftsgeheimnis beeinflussen und Konkurrenten wirtschaftlichen Nutzen aus diesen Informationen ziehen könnte. Die Publikation der Fallzahlen der einzelnen Anbieter mit oder ohne Relation zu den Beschwerdegründen führe bei Anbietern mit hohen Fallzahlen zu Wettbewerbsnachteilen und bei Anbietern mit niedrigen Fallzahlen zu Wettbewerbsvorteilen. Bei Unternehmen mit einem grossen Kundenstamm könne es zu vielen Beschwerden kommen, es könne aber auch sein, dass gerade diese Unternehmen nur wenige Beschwerden zu verzeichnen hätten, ganz im Gegenteil zu kleineren Unternehmen, die viele Beschwerden bei der Schlichtungsstelle gehabt hätten. Die Publikation der statistischen Daten der einzelnen Anbieter führe in jedem Fall zu einer Wettbewerbsverzerrung bzw. zu einem Marktvorteil des einen oder Marktnachteil des anderen.

#### **E. 44**

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden. Dabei handelt es sich nicht um alle Geschäftsinformationen, über welche die Verwaltung verfügt, sondern nur um wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu

führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft wird. Als Geheimnis wird dabei jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative

23 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 3

10/15

Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse). Ein pauschaler Verweis auf Geschäftsgeheimnisse genügt nicht. Der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde hat konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.<sup>24</sup>

#### **E. 45**

Die verlangten nicht anonymisierten statistischen Daten der einzelnen Anbieter sind nicht öffentlich bekannt. Es ist, da die ombudscom diese nicht angehört hat, fraglich, ob alle betroffenen Anbieter einen subjektiven Geheimhaltungswillen haben. Auch wenn ein solcher Geheimhaltungswille konkret bejaht wird, bleibt schliesslich zu prüfen, ob die Anbieter ein objektiv berechtigtes bzw. schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse an der Geheimhaltung der sie betreffenden statistischen Daten haben.

#### **E. 46**

Die ombudscom führte lediglich pauschal aus, dass die Bekanntgabe der verlangten Informationen zu Marktvorteilen der einen bzw. Marktnachteilen der anderen Anbieter führen könnte. Allgemeine und grundsätzliche Überlegungen genügen nicht.<sup>25</sup> Die ombudscom konnte nicht aufzeigen, welche wirtschaftlichen Schäden den betroffenen Anbieter drohen. Es ist nicht erkennbar, inwiefern die Veröffentlichung und die Kenntnisnahme der verlangten statistischen Daten der einzelnen Anbieter deren wirtschaftliche Interessen erheblich beeinträchtigt bzw. welchen wirtschaftlichen Nutzen sich aus den Informationen ziehen liesse. Auch zeigt die ombudscom nicht auf, inwiefern die Veröffentlichung der verlangten Daten konkret nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Wettbewerbsvorteilen bei konkurrierenden Anbieter bzw. Wettbewerbsnachteilen bei den betroffenen Anbieter führen würden. Insoweit die ombudscom für die Anbieter einen Imageschaden befürchtet, ist zu bemerken, dass dieser nicht nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, sondern nach Art. 9 BGÖ i.V. mit Art. 7 Abs. 2 BGÖ zu prüfen ist.<sup>26</sup>

#### **E. 47**

Als Zwischenfazit wird festgehalten, dass der Ausnahmetatbestand der Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht vorliegt.

#### **E. 48**

Letztlich bleibt zu prüfen, ob der Bekanntgabe der Informationen der Schutz der Personendaten entgegensteht. Der Schutz der Privatsphäre normiert Art. 7 Abs. 2 BGÖ. Demnach wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Art. 9 BGÖ bestimmt, wie Personendaten im Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

verfahrensrechtlich zu behandeln sind, und regelt in Abs. 2 die Koordination zwischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz.<sup>27</sup>

#### **E. 49**

Die ombudscom erklärte in diesem Zusammenhang lediglich, dass Personendaten gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ zu anonymisieren wären.

#### **E. 50**

Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Daten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Der Begriff der „Personendaten“ nach Art. 9 BGÖ entspricht dem datenschutzrechtlichen Begriff gemäss Art. 3 Bst. a DSGVO und ist weit zu fassen.<sup>28</sup> Anonymisierung bedeutet, die Personendaten zu entfernen oder soweit unkenntlich zu machen, dass eine Reidentifizierung ohne unverhältnismässigen Aufwand vernünftigerweise nicht mehr

24 Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E.5.3; Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E.5.1. 25 Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.5. 26 Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 7.3. 27 Urteil des BVGer A-3220/2015 vom 22. Februar 2016 E.4.2.1. 28 BLECHTA, BSK BGÖ, Art. 3 N 7.

11/15

möglich ist.<sup>29</sup> Das Zugangsgesuch bezieht sich auf die nicht anonymisierten statistischen Daten der Anbieterinnen. Eine Anonymisierung, wie von der ombudscom vorgeschlagen, ist bereits faktisch nicht möglich, da die Angaben eingeschwärzt werden müssten, zu welchen der Zugang verlangt wird. Eine Anonymisierung würde demnach in materieller Hinsicht einer Zugangsverweigerung gleichkommen.<sup>30</sup> Ist eine Anonymisierung nicht möglich, ist das Zugangsgesuch gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 DSGVO zu prüfen. 51. Einschlägig ist Art. 19 Abs. 1bis DSGVO. Demnach darf die Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erstgenannte Voraussetzung ist erfüllt. Die verlangten Informationen betreffen eine öffentliche Aufgabe und gelten als amtliche Dokumente gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ (Ziffer 40). Die zweite Voraussetzung verlangt eine Abwägung der berührten Interessen. 52. Zu klären ist daher einzig, ob an der Bekanntgabe der statistischen Daten mit Angabe der betroffenen Anbieterinnen und des Beschwerdegrundes ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Art. 19 Abs. 1bis DSGVO ist gleichzeitig die Koordinationsbestimmung zu Art. 7 Abs. 2 BGÖ. Das Bundesverwaltungsgericht grenzt bei der Prüfung der Zugangsgesuche die beiden Bestimmungen nicht streng voneinander ab. Es prüft, ob und, falls ja, inwieweit der verlangte Zugang gestützt auf die in beiden Bestimmungen geforderte Abwägung der berührten Interessen als zulässig und verhältnismässig erscheint.<sup>31</sup> 53. Im Rahmen der Interessenabwägung hat die Behörde stets das Interesse der Drittperson am Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen (Art. 1 DSGVO und Art. 13 BV). Diese privaten Interessen sind im Einzelfall zu gewichten und den öffentlichen Interessen am Zugang zu amtlichen Dokumenten gegenüberzustellen. Die Gewichtung der privaten Interessen hat anhand der Art der betroffenen Informationen, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie mögliche Konsequenzen einer Bekanntgabe zu erfolgen. Zu bedenken ist, dass nicht jede Bekanntgabe von Personendaten zu einer Beeinträchtigung der Privatsphäre im Sinne

von Art. 7 Abs. 2 BGÖ führt. Eine solche setzt einen tatsächlichen Eingriff in die Persönlichkeit voraus, der eine gewisse Intensität erreicht. Geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen reichen nicht aus, um ein überwiegendes privates Interesse gelten zu machen. Ebenso wenig, wenn eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit lediglich denkbar bzw. entfernt möglich ist.<sup>32</sup> 54. Auf der anderen Seite steht das für eine Bekanntgabe erforderliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung. Diesem kommt nicht in jedem Fall dasselbe Gewicht zu. Bei der Gewichtung im Hinblick auf die geforderte Interessenabwägung ist allerdings der Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes im Einzelfall zu beachten. Als Kriterium kann die Bedeutung der Materie herangezogen werden; je grösser die politische und gesellschaftliche Bedeutung eines bestimmten Aufgabenbereiches ist, desto eher rechtfertigt sich ein Zugang zu den Dokumenten.<sup>33</sup> Zum allgemeinen Interesse an der Verwaltungsöffentlichkeit können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten, die in Art. 6 Abs. 2 VBGÖ beispielhaft aufgezählt wird. So etwa das Interesse im Zusammenhang mit wichtigen Vorkommnissen oder wenn die betroffene Person zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz

29 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.1. 30 Urteil des BGer 1C\_74/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 3.4. 31 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.2. 32 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3. 33 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.4,

12/15

unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen oder wenn der Zugang dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient. Welches Gewicht diesen Interessen zukommt, hängt, wie beim allgemeinen Interesse, von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.<sup>34</sup> 55. Bei der Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten Dritter enthält, ist zunächst in einem ersten Schritt eine vorläufige Interessenabwägung vorzunehmen, in welcher zu prüfen ist, ob eine Veröffentlichung der verlangten Dokumente in Frage kommt. Wird dies bejaht, sind in der Regel die betroffenen Drittpersonen anzuhören. Gestützt auf diese Stellungnahmen ist eine definitive Interessenabwägung vorzunehmen und der eigentliche Entscheid über die Gewährung des Zugangs zum fraglichen Dokument zu fällen.<sup>35</sup> 56. Der Antragsteller befand, dass für die Konsumenten, Information über die Qualität von Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieterinnen, die sie vorgängig zu einem Vertragsabschluss erhalten, zentral seien. Nur so könnten sich diese vor Schaden schützen und müssten nicht erst im Nachhinein entstandenen Schaden via Schlichtungsstelle zu beheben versuchen. Dass solche Informationen nötiger seien denn je, zeige auch die markante Zunahme von Schlichtungsanträgen im Jahr 2015. Daher bestehe ein öffentliches Interesse am Zugang zu den Informationen der Schlichtungsstelle. 57. Da die ombudscom bisher keine Interessenabwägung vorgenommen hat, kann der Beauftragte nur eine vorläufige Einschätzung abgeben. Bei den verlangten statistischen Daten handelt es sich nicht um besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSGVO. Vielmehr sind es bloss Personendaten nach Art. 3 Bst. a DSGVO, die Auskunft darüber geben, wer wegen welchem Grund ein Verfahren bei der ombudscom hatte und wie es abgeschlossen wurde. Diese Art der Daten sind nicht geeignet, die Privatsphäre der Betroffenen – wenn überhaupt – mehr als gering zu beeinträchtigen. So hat denn die ombudscom auch nicht begründet, inwiefern ein allfälliger Imageschaden mehr als geringe oder bloss unangenehme Konsequenzen für die betroffenen Anbieterinnen hat. 58.

Demgegenüber spricht das durch das Öffentlichkeitsgesetz statuierte öffentliche Interesse an der Transparenz der Verwaltungstätigkeit für die Offenlegung der statistischen Informationen mit Angaben der Namen und dem Beschwerdegrund.<sup>36</sup> Zudem kann mit der Offenlegung der strittigen Informationen die Öffentlichkeit prüfen, ob und wie eine private Stiftung die ihr von einer Behörde übertragene öffentliche Aufgabe erfüllt. Gleichzeitig kann die Öffentlichkeit den Entscheid des BAKOM beurteilen, das die Errichtung und Führung der Schlichtungstätigkeit auf eine privatrechtliche Stiftung übertragen hat. In dem sich dadurch die Öffentlichkeit ein eigenes Bild machen kann, wird Vertrauen und Verständnis für Entscheid des BAKOM geschaffen (Art. 1 BGÖ).<sup>59</sup> Neben diesem allgemeinen Interesse kommen weitere öffentliche Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 VBGÖ hinzu. Gemäss Bst. b überwiegt das öffentliche Interesse am Zugang, wenn dies dem Schutz spezifische öffentliche Interessen dient. Damit ist der Schutz der Polizeigüter gemeint.<sup>37</sup> Nebst dem beispielhaft aufgeführten Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit zählt dazu die Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, und damit der Schutz der Allgemeinheit vor Täuschung und Ausbeutung.<sup>38</sup>

34 Urteil des BVerfG A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5. 35 Urteil des BVerfG 1C\_74/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 4.2. 36 Urteil des BVerfG 1C\_74/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 4.2.3. 37 BRUNNER, Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Selbstbestimmung und Recht, FS für Rainer J. Schweizer, Zürich 2003, S. 52. 38 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2431 ff.

13/15

Bei der ombudscom sind im Jahr 2015 die Schlichtungsverfahren markant gestiegen. Gemäss ihrem Jahresbericht 2015 steht als Hauptbeschwerdegrund an erster Stelle die ungewollten Vertragsabschlüsse per Telefon, an zweiter Stelle die Rechnungsstellung und an dritter Stelle die Mehrwertdienste.<sup>39</sup> Auch auf der Ärgerliste 2015 der Stiftung für Konsumentenschutz standen die ungewollten Telefonanrufe und die ungewollten Vertragsabschlüsse aufgrund eines Werbeanrufs auf Platz 1.<sup>40</sup> Diese Thematik war auch vermehrt ein Thema in den Medien.<sup>41</sup> Die Bekanntgabe der Namen der Anbieterinnen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren und den Beschwerdegründen ist unter diesem Blickwinkel von grossem öffentlichem Interesse. In diesem Zusammenhang darf auch nicht vergessen werden, dass die Teilrevision des FMG und die Einrichtung einer Schlichtungsstelle u.a. der Verbesserung des Konsumentenschutzes dienen sollte. Demzufolge liegt ein gesteigertes öffentliches Interesse am Zugang zu den strittigen Informationen vor.<sup>60</sup> Ein weiteres öffentliches Interesse ist darin zu erblicken, dass die Öffentlichkeit prüfen kann, ob das BAKOM als Aufsichtsbehörde sicherstellt, dass die von ihm ausgegliederte öffentliche Aufgabe von der ombudscom unabhängig, unparteiisch, transparent und effizient ausgeübt wird (Art. 42 Abs. 2 Bst c FDV). Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass die ombudscom mehrheitlich von Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen finanziert wird und diese durch Anrufe einen finanziellen Vorteil haben, welche die Konsumenten bezahlen. Da die Fernmelde- und Mehrwertdienstleisterinnen im Schlichtungsverfahren Partei der Konsumenten sein können, ist wegen der Nähe der Schlichtungsstelle zu diesen die Sicherstellung der Neutralität der Schlichtungsstelle von öffentlichem Interesse.<sup>42</sup> Durch die Offenlegung der strittigen Informationen kann sich die Öffentlichkeit darüber selber ein Bild machen, was

ihr Vertrauen in die Schlichtungsstelle stärken kann. 61. Wie oben erwähnt, erscheint das private Interesse am Schutz der Privatsphäre nicht besonders gewichtig. Es vermag in der vom Beauftragten vorläufig vorgenommenen Interessenabwägung gegenüber den öffentlichen Transparenzinteressen nicht zu überwiegen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG sowie Art. 6 Abs. 2 Bst. a und c VBGÖ). Deshalb ist der Zugang zu den verlangten statistischen Daten mit Angabe der Namen der einzelnen Anbieterinnen in Betracht zu ziehen. 62. Schliesslich bleibt fraglich, ob die betroffenen Anbieter anzuhören sind. Das Anhörungsrecht beruht auf einem entsprechenden grundrechtlichen Anspruch (Art. 29 Abs. 2 BV), der formeller Natur und daher grundsätzlich unabhängig von der materiellen Rechtslage zu gewährleisten ist. Ein Verzicht auf die Anhörung fällt daher nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur ausnahmsweise in Betracht und bedarf entsprechender Rechtfertigung. Die Behörde darf ausnahmsweise von einer Anhörung absehen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: Erstens muss die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfallen, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Zweitens muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem übergrossen Aufwand verbunden wäre oder weil sie mit dem Grundzweck des Öffentlichkeitsgesetzes, Transparenz über die Verwaltungstätigkeit zu schaffen, in einen

39 Jahresbericht ombudscom 2015, S. 5. 40

<https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/2015/12/aerger-rangliste-2015/> 41 <http://www.aargauerzeitung.ch/wirtschaft/ombudscom-hat-bereits-920-klagen-wegen-ueber-teuerter-sms-erhalten-129641128>; vgl. dazu auch <http://www.blick.ch/news/wirtschaft/telekom-anbieter-zocken-kunden-ab-so-viele-beschwerde-wie-noch-nie-id3921946.html>; <http://www.20min.ch/schweiz/news/story/19031468> (besucht am 8. August 2016). 42 Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003 7974.

14/15

unauflösbaren Konflikt geraten würde.<sup>43</sup> 63. Es sind nach Ansicht des Beauftragten keine rechtserheblichen Gründe denkbar, die zu einem anderen Ergebnis der vorläufig vorgenommenen Interessenabwägung führen könnten. Auch ist die Anhörung von über 100 betroffenen Anbieterinnen von Fernmelde- und Mehrwertdienstleistungen unverhältnismässig und würde mit dem Grundzweck des Öffentlichkeitsgesetzes in einen unauflösbaren Zielkonflikt geraten. Im konkreten Fall kann daher ausnahmsweise auf deren Anhörung verzichtet werden. Es liegt nun an der ombudscom eine definitive Interessenabwägung vorzunehmen und über den Zugang zu den beantragten Informationen zu entscheiden. 64. Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Die ombudscom fällt in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 BGÖ). Es liegt kein Anwendungsfall gemäss Art. 3 BGÖ vor, der den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes sachlich einschränkt. Zudem ist Art. 48 Abs. 4 FDV keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ, weshalb kein entsprechender Vorbehalt besteht. Demzufolge ist das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar. Weiter wies die ombudscom den Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht rechtsgenügend nach. In Bezug auf die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG kann die ombudscom ausnahmsweise von einer

Anhörung absehen. Sie hat eine definitive Interessenabwägung gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V. m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG vorzunehmen und den abschliessenden Entscheid dem Antragsteller in einer Verfügung mitzuteilen. Bei diesem Ergebnis kann es dahingestellt bleiben, wie es sich mit den zwei Eventualanträgen verhält.

III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 65. Die ombudscom unterliegt dem persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar und der Beauftragte zuständig ist. 66. Die ombudscom gewährt Auskunft über die statistische Auswertung der Schlichtungsfälle, spezifiziert nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieterinnen und der Beschwerdegründe entsprechend den Erwägungen, mit Ausnahme der in Frage 2 verlangten Informationen, unter Vorbehalt einer Interessenabwägung. Aus verfahrensökonomischen Gründen teilt die ombudscom ihren diesbezüglichen abschliessenden Entscheid dem Antragsteller direkt in einer Verfügung mit. 67. Die ombudscom erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 68. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim ombudscom den Erlass einer Verfügung verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ). 69. Die ombudscom erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 70. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs.

43 Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.2 f.

15/15

3 VBGÖ). 71. Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R) Antragsteller X
- Einschreiben mit Rückschein (R) ombudscom Schlichtungsstelle der Telekommunikation 3011 Bern

72. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an: - A-Post Bundesamt für Telekommunikation BAKOM 2501 Biel-Bienne

Adrian Lobsiger

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.