

EDOEB empfehlung-vom-13-januar-2023-ndb-leistungsvereinbarungszustellungspflicht-von-do-2023-01-13 vom 13. Januar 2023

EDÖB, 2023-01-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-13-januar-2023-ndb-leistungsvereinbarungszustellungspflicht-von-do-2023-01-13

FR: EDOEB

empfehlung-vom-13-januar-2023-ndb-leistungsvereinbarungszustellungspflicht-von-do-2023-01-13 du 13 janvier 2023

IT: EDOEB

empfehlung-vom-13-januar-2023-ndb-leistungsvereinbarungszustellungspflicht-von-do-2023-01-13 del 13 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

Am 26. Januar 2022 eröffnete das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) im Zusammenhang mit Informationsbeschaffung des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) für die keine Genehmigungen vorlagen, eine Administrativuntersuchung. In diesem Rahmen hat die Antragstellerin (Journalistin) am 11. Februar 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim NDB um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: - "Leistungsvereinbarung Cyber NDB: das aktuellste (oder falls mehrere: alle aktuellsten) Service Level Agreements (SLA) / Leistungsvereinbarung, welche die Zusammenarbeit zwischen "FUB ZEO[1]" und Cyber NDB" regelt." In Bezug auf dieses Dokument präzisierte die Antragstellerin, dass konkrete Informationen zur Informationsbeschaffung oder sicherheitsrelevanten Informationen geschwärzt werden können. - Crypto AG: Bericht Oberholzer zu Handen VBS"

E. 2

Am 17. Februar 2022 nahm der NDB Stellung und verweigerte den Zugang zu der Leistungsvereinbarung basierend auf Art. 67 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121). Laut dem NDB gilt "das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung. Da es sich gegebenenfalls bei der ersuchten Leistungsvereinbarung um ein auf das engste mit der Informationsbeschaffung verbundenes Dokument handelte, äussert sich der NDB zum Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser Art Dokumente generell nicht und das Zugangsgesuch ist abzuweisen." In Bezug auf

1 Führungunterstützungsbasis - Zentrum für elektronische Operationen (FUB ZEO) 2/9 den Bericht informierte der NDB die Antragstellerin, dass er ihren Antrag an die zuständige Behörde weitergeleitet hatte.

E. 3

Am 22. Februar 2022 reichte der Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Mit ihrem Schlichtungsantrag übermittelte die Antragstellerin dem Beauftragten einen Auszug

aus dem Bericht Wirksamkeits- überprüfung NCS [Nationale Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken] vom 30. November 2016, in dem auf Seite 38 Folgendes steht: "Leistungsvereinbarung zwischen NDB und FUB ZEO: Der NDB greift zur Erfüllung seiner Aufgaben im Cyber-Bereich teilweise auf das technische Know-how der FUB-ZEO zurück. Grundlage dieser Zusammenarbeit ist die entsprechende Leistungsvereinbarung."

E. 4

Mit Schreiben vom 25. Februar 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags den NDB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende, begründete Stellungnahme einzureichen.

E. 5

Am 3. März 2022 reichte der NDB eine Stellungnahme ein, in der er u.a. ausführte, dass "[i]m Gesetzgebungsverfahren zum NDG [...] seinerzeit umstritten [war], ob der NDB als Ganzes oder ob "nur" dessen Informationsbeschaffung vom BGÖ auszunehmen sei. Schlussendlich obsiegte in der Differenzbereinigung die Meinung, dass die Ausnahme vom BGÖ auf die Informationsbeschaffung zu beschränken sei. Damit setzte sich der ursprüngliche Vorschlag des NDB bzw. die vom Bundesrat im Gesetzesentwurf und Botschaft vertretene Sehweise durch." Der NDB erläuterte anschliessend, wenn "[...] deshalb eine Leistungsvereinbarung der ersuchten Art mit der FUB ZEO bestehen [sollte], wäre sie gestützt auf Artikel 67 NDG vom BGÖ ausgenommen, weil dem Kernbereich der Informationsbeschaffung zurechenbar bzw. weil tiefste Einblicke in den Aufgabenbereich ermöglicht würden und Erkenntnisse über den modus operandi von Cyber NDB abgeleitet werden könnten (d.h. die konkrete Vorgehensweise von Cyber NDB bei Angriffen auf die Schweiz)." Weiter hielt der NDB fest, dass, sollte es solche Dokumente geben und diese dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen würden, das Zugangsgesuch auch wegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) abzuweisen wäre. Schliesslich erwähnte der NDB, dass es "[a]uch [...] die laufende Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB zu berücksichtigen [gilt], deren zielkonforme Durchführung bzw. freie Meinungs- und Willensbildung nicht beeinträchtigt werden darf (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ) und deren Berichterstattung es abzuwarten gilt." Der NDB reichte dem Beauftragten keine Dokumente ein.

E. 6

Am 8. März 2022 verlangte der Beauftragte, dass der NDB ihm bis zum 15. März 2022 gemäss seiner Mitwirkungspflicht die von der Antragstellerin angeforderten Dokumente zur Verfügung stellt.

E. 7

Mit E-Mail vom 15. März 2022 verweigerte der NDB die Herausgabe der Dokumente, weil diese dem BGÖ nicht unterstellt seien, und teilte dem Beauftragten mit, dass er sie anlässlich der Schlichtungssitzung vorlegen werde.

E. 8

Mit E-Mail vom 21. März 2022 verlangte der Beauftragte erneut die Zustellung der Dokumente und erinnerte den NDB an seine Mitwirkungspflicht.

E. 9

Am 22. März 2022 stellte der NDB "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" dem Beauftragten einen Teil der Dokumente zu.

E. 10

Am 24. März 2022 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.

E. 11

Am 12. Dezember 2022 publizierte das VBS das Ergebnis der Administrativuntersuchung im NDB. Laut die Medienmitteilung zeigte «Die Untersuchung des ehemaligen Bundesrichters Niklaus

2 AWK Group, Bericht "Wirksamkeitsüberprüfung NCS" vom 30. November 2016, S. 38. (Abrufbar unter Berichte und Studien (admin.ch)).

3/9 Oberholzer [...], dass der NDB nicht schuldhaft gegen Bestimmungen des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) verstossen hat, sondern die Rechtslage verkannt und die fernmelderechtliche Dimension der Datenbeschaffung und -bearbeitung nicht erkannt hatte.»³

E. 12

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin 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

E. 13

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

E. 14

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁴ 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. 15

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.

E. 16

Die Antragstellerin hat den Zugang zur "aktuellste[n] (oder falls mehrere: alle aktuellsten)" Service Level Agreements (SLA)/ Leistungsvereinbarung, welche die Zusammenarbeit zwischen "FUB ZEO und Cyber NDB regelt", und zum "Bericht Oberholzer zu Handen

VBS" verlangt. Der NDB hatte den zweiten Teil des Zugangsgesuchs aus Zuständigkeitsgründen an das Generalsekretariat des VBS zur Bearbeitung weitergeleitet⁵. Dieses Teilgesuch ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens. In Bezug auf die Leistungsvereinbarung legte die Antragstellerin ihrem Schlichtungsantrag einen Auszug aus dem Bericht "Wirksamkeitsüberprüfung NCS" vom 30. November 2016 bei. Dieser Bericht betrifft die Nationale Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken, die der Bundesrat mit Beschluss vom 27. Juni 2012 eingeführt hat. Im genannten Bericht wird die Zusammenarbeit der FUB ZEO und dem NDB erwähnt ebenso wie die Tatsache, dass diese mithilfe einer Leistungsvereinbarung geregelt wird. Aufgrund der von der Antragstellerin eingereichten Unterlagen betrifft der Gegenstand des Verfahrens die "aktuellste (oder falls mehrere: alle aktuellsten)" Vereinbarung, die die Zusammenarbeit zwischen der FUB ZEO und dem NDB im Bereich Schutz von Cyber-Risiken regeln.

E. 17

Der NDB übergab dem Beauftragten nur nach mehrmaligem Nachhaken die verlangten Dokumente. In Art. 12 Abs. 1 Bst. b VBGÖ, der eine Ausführungsbestimmung von Art. 20 BGÖ ist, wird festgehalten, dass die Behörden dem Beauftragten im Schlichtungsverfahren die erforderlichen Dokumente vorlegen müssen. In Artikel 20 BGÖ hat der Gesetzgeber das Zugangsrecht des Beauftragten ausdrücklich auch für Dokumente, die der Geheimhaltung unterliegen, festgehalten. Gleichzeitig hat er den Beauftragten und dessen Personal Amtsgeheimnispflichten unterstellt. Würde "eine Behörde dem Beauftragten den Zugang zu den verlangten Dokumenten unter

3 VBS, Medienmitteilung vom 12. Dezember 2022 –Resultat der Administrativuntersuchung im NDB liegt vor. 4 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 5 Siehe Empfehlung des EDÖB vom 18. August 2022: GS-VBS / Schlussbericht Forschungsauftrag.

4/9 Berufung auf Geheimhaltungsinteressen oder andere Argumente, wie den Geltungsbereich des BGÖ [verweigern], verstösst sie gegen die ausdrücklichen Gebote in Art. 20 Abs. 1 BGÖ und Art. 12b VBGÖ, die für alle Dokumente gelten, auch wenn sie der Geheimhaltung unterliegen."⁶

E. 18

In seiner an die Antragstellerin gerichteten Stellungnahme hielt der NDB u.a. fest: "Da es sich gegebenenfalls bei der ersuchten Leistungsvereinbarung um ein auf das engste mit der Informationsbeschaffung verbundenes Dokument handelte, äussert sich der NDB zum Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser Art Dokumente generell nicht und das Zugangsgesuch ist [gestützt auf Art. 67 NDG] abzuweisen." Darüber hinaus fügte der NDB in seiner ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten hinzu, dass "[er] im Bereich Cyberabwehr bei der Wahl seiner Partner frei (anders als bei der Funk- und Kabelaufklärung) [ist]. Sollte der NDB über solche Partner verfügen, wären diese Firmen oder Personen vor Gegenaufklärung und einschlägigen Bedrohungen zu schützen (z.B. vor gezielter Infiltration entsprechender Firmen durch fremde Nachrichtendienste oder Schutz der Mitarbeitende vor Korruption oder Erpressung). Der NDB äussert sich deshalb grundsätzlich nicht zum Vorhandensein oder Nichtvorhandensein amtlicher Dokumente der ersuchten Art, zumal damit auch die Sicherheit der Schweiz im Sinne von Artikel 7 Absatz

1 Buchstabe c BGÖ gefährdet würde."

E. 19

Im Tätigkeitsbericht 2021/7 der unabhängigen Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND) steht Folgendes: "Operative und technische Analyse sind im NDB im Ressort Cyber zusammengefasst. Parallel dazu verfügt auch das ZEO im Bereich Cyber Network Operations (CNO) über eine Einheit Cyber Threat Intelligence (CTI), die sich mit der Cyberbedrohungsanalyse beschäftigt. [...] Bei Genehmigung eines Antrags des NDB, gemäss Art. 37 Abs. 1 NDG gegen einen Angreifer vorzugehen, würde der NDB das ZEO mit der Durchführung des Gegenangriffs beauftragen, da der NDB selbst über keine Kräfte zur Durchführung einer Cyberattacke verfügt. Diese sind gemäss Strategie Cyber des VBS Aufgabe der Armee. Eine über das reine Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnis hinausgehende Zusammenarbeitsform stellt das Joint Cyber Technical Analysis Center (JCTAC) dar. Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Organisationseinheit, sondern um die Zusammenführung von Mitarbeitenden des NDB und des ZEO zur gemeinsamen technischen Analyse von Cyberbedrohungen."

E. 20

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich, dass eine Zusammenarbeit zwischen der FUB ZEO und dem NDB im Bereich Schutz von Cyber Risiken besteht und bekannt ist. Darüber hinaus legte die Antragstellerin mit ihrem Schlichtungsantrag einen Auszug aus einem offiziellen Bericht der Bundesverwaltung vor, in dem auf eine Leistungsvereinbarung zwischen dem NDB und der Zentrale verwiesen wird.⁸ Somit handelt es sich dabei um ein bestimmtes Dokument, das von zwei verschiedenen offiziellen, allgemein zugänglichen Quellen erwähnt wurde.⁹ Damit steht die Existenz dieses Dokumentes oder dieser Dokumente ausser Zweifel.

E. 21

In seiner an den Beauftragten gerichteten Stellungnahme weist der NDB darauf hin, dass eine solche Vereinbarung, sollte sie denn existieren, in Anwendung von Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sei (siehe Ziffer 5).

E. 22

Art. 4 BGÖ regelt das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und jenen bundesrechtlichen Normen, die eine Sonderregelung für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten vorsehen. Nach Bst. a sind Normen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl an Geheimhaltungsnormen. Einige sind darauf ausgerichtet, wichtige öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen. Gemäss Bst. b BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten.

6 Siehe Fragen- und Antwortenkatalog des EDÖB vom 13. Oktober 2022 für die Anhörung durch die GSK vom 28. Oktober 2022 zum BGÖ, S. 4 und 5. 7 AB-ND, Tätigkeitsbericht 2021, S. 14. 8 AWK Group, Bericht "Wirksamkeitsüberprüfung NCS" vom 30. November 2016, S. 38. 9 BVGer Urteil A-1751/2017 vom 1. Mai 2020, E. 8.4.5.

E. 23

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 zum Nachrichtendienstgesetz um eine "sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung".¹⁰ Art. 67 NDG besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem Nachrichtendienstgesetz gilt. Es steht ausser Frage, dass Art. 67 NDG eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ ist. Umstritten ist die Anwendung von Art. 67 NDG im vorliegenden Fall.

E. 24

In der Botschaft¹¹ heisst es zu Art. 67 NDG, dass "die bisherigen Zugangsgesuche [...] jeweils vorwiegend Dokumente und Dossiers über die Beschaffung von Informationen durch den NDB oder über Aktionen [betrafen], die der NDB (oder seine Vorgänger) durchgeführt hatte. Vereinzelt wurde auch ausdrücklich Einsicht in andere Unterlagen, z.B. über den Verkehr mit ausländischen Nachrichtendiensten und Sicherheitsbehörden, verlangt. Mit Rücksicht auf die beteiligten Personen oder ausländischen Dienste und im Einklang mit den Ausnahmeregelungen des BGÖ muss der NDB die Einsicht in Beschaffungs- und Zusammenarbeitsdossiers nach ausführlicher Prüfung und interner Begründung jeweils ablehnen. Es ist deshalb nicht sinnvoll, hier den Grundsatz aufrecht zu erhalten, dass in Dokumente über die nachrichtendienstliche Beschaffung Einsicht gegeben werden muss, wenn von vornherein feststeht, dass diese den Ausnahmeregelungen des BGÖ unterstehen." Gemäss der Botschaft besteht der Hauptzweck der Ausnahme darin, dem NDB die Prüfung von Zugangsgesuchen zu ersparen, die sich auf Dokumente im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung beziehen, die ohnehin Gegenstand einer im Öffentlichkeitsgesetz enthaltenen Ausnahme wären.

E. 25

Der Begriff der Informationsbeschaffung, der weder im Gesetz noch in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz definiert wird, bezieht sich auf das 3. Kapitel, welches den Titel "Informationsbeschaffung" trägt. In der Botschaft steht dazu: "Nach der umfassenden Definition des Datenverarbeitungsbegriffs im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; 235.1) ist zwar die Beschaffung im Begriff der Bearbeitung enthalten (vgl. Art. 3 Bst. e DSG). Da die Beschaffung der Daten jedoch für einen Nachrichtendienst zum einen von zentraler Bedeutung ist und zum anderen aus Sicht der betroffenen Personen mit den stärksten Grundrechtseingriffen verbunden sein kann, ist es gerechtfertigt, die Beschaffung und die weitere Bearbeitung in eigenständigen Kapiteln zu regeln."¹² Nach der Botschaft zum 3. Kapitel umfasst die Informationsbeschaffung also nur die Datensammlung, während die Datenbearbeitung speziell in einem eigenständigen Kapitel geregelt ist, nämlich in 4. Kapitel. Kapitel 3 definiert die Massnahmen, die mit oder ohne gerichtliche Genehmigung durchgeführt werden können, d.h. die Mittel, die dem NDB zur Verfügung stehen, um Informationen zu sammeln, sowie den Schutz von Informationsquellen und die Zusammenarbeit mit anderen Diensten oder Privatpersonen. Somit ergibt sich, dass die Informationsbeschaffung die Umsetzung einer konkreten Massnahme zur Informationsbeschaffung betrifft. Aus der Botschaft geht somit nicht hervor, dass sich die Informationsbeschaffung auf alles bezieht, was der eigentlichen Informationserhebung vorausgeht, wie Vorbereitungsarbeiten, Vereinbarungen usw. Die administrativen

Vorbereitungshandlungen, wie bspw. die vorliegend herausverlangten Leistungsvereinbarungen, die die Einführung oder Durchführung der künftigen Informationsbeschaffungsmassnahme ermöglichen, sind nach Ansicht des Beauftragten nicht durch das 3. Kapitel des NDG abgedeckt. Wenn alle derartigen Informationen, die in irgendeiner Weise die Informationsbeschaffung betreffen, ausgeschlossen werden, würde nur ein sehr kleiner Teil der Tätigkeiten des NDB dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen. Eine solche extensive Auslegung würde nach Ansicht des Beauftragten dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der beschlossen hat, nur die eigentliche Informationsbeschaffung, nicht aber den NDB insgesamt vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen.

E. 26

Die von der Antragstellerin verlangte Vereinbarung regelt die Zusammenarbeit zwischen zwei Verwaltungseinheiten, der FUB ZEO und dem NDB, im Bereich Schutz von Cyber-Risiken. Sie betrifft die administrative Zusammenarbeit, die der Durchführung einer konkreten Massnahme zur

10 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2161. 11 BBl 2014 2195s. 12 BBl 2014 2148.

6/9 Informationsbeschaffung vorausgeht. Aus Sicht des Beauftragten handelt es sich also um vorbeitende Handlungen, die keine Informationsbeschaffung im Sinne des 3. Kapitel NDG darstellen. Nach Ansicht des Beauftragten liegt in Bezug auf die herausverlangte Vereinbarung kein Anwendungsfall von Art. 67 NDG vor.

E. 27

Aufgrund der Nichtanwendbarkeit von Art. 67 NDG muss nachfolgend geprüft werden, ob eine oder mehrere Ausnahmen nach Art. 7 oder 8 BGÖ vorliegen.

E. 28

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Nach der Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann. Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹³ Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹⁴

E. 29

Der NDB argumentiert in seiner Stellungnahme, dass es "die laufende Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB¹⁵ [auch] zu berücksichtigen gilt, deren zielkonforme Durchführung bzw. freie Meinungs- und Willensbildung nicht

beeinträchtigt werden darf (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ) und deren Berichterstattung abzuwarten gilt." Da der NDB die Argumentation für diese beiden Ausnahmegründe vermischt, prüft der EDÖB im Folgenden deren Anwendung separat.

E. 30

In Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann. Laut Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz soll der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung verhindern, dass die Verwaltung durch eine verfrühte Bekanntgabe von Informationen während eines Entscheidungsprozesses unter allzu starkem Druck der Öffentlichkeit gerät, wodurch die Bildung einer eigenen Meinung und eines eigenen Willens verhindert werden könnte. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung führen. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, wenn z.B. die Veröffentlichung eines Dokuments das blosse Risiko beinhaltet, eine heftige öffentliche Auseinandersetzung zu provozieren. Nicht jede Verzögerung oder Erschwerung im Entscheidungsprozess, welche sich aus der öffentlichen Auseinandersetzung ergibt, ist automatisch als wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu betrachten.¹⁶ Zudem ist die Schwelle für das Ausmass der Beeinträchtigung bei Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ höher angesetzt als bei den übrigen Ausnahmebestimmungen und bedingt für eine Zugangsbeschränkung eine wesentliche Beeinträchtigung.¹⁷

E. 31

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördli-

¹³ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. ¹⁴ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4. ¹⁵ Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.01.22, Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB. ¹⁶ BBl 2003 2007. ¹⁷ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15.

7/9 che Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht."¹⁸ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁹ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.²⁰ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

E. 32

Der NDB hat sich darauf beschränkt, die Anwendung der zwei oben genannten Ausnahmegründe (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ) summarisch zu begründen, ohne jedoch deren Anwendung auf den konkreten Fall darzulegen. Die Behörde belegt somit nicht eingehender, dass die angeforderten Dokumente in direktem Zusammenhang mit einer laufenden Behördenuntersuchung stehen und wie ihre Offenlegung die Untersuchung beeinträchtigen oder ihr Ergebnis beeinflussen könnte. Darüber hinaus ist die Administrativuntersuchung inzwischen abgeschlossen (Ziffer 11). Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung der Ausnahmetatbestände bislang nicht mit dem von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte nachgewiesen hat und da die Administrativuntersuchung nun beendet ist, erachtet der Beauftragte die Tatbestände von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ als nicht nachgewiesen.

E. 33

Letztendlich begründet der NDB in seiner Stellungnahme (siehe Ziffer 5) die Verweigerung des Zugangs mit einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz (art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Der NDB hält dazu fest, sofern amtliche Dokumente "der ersuchten Art existieren [würden] und dies [sic!] wider Erwarten dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen – was ausdrücklich bestritten würde -, wäre das Zugangsgesuch auch wegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz abzuweisen. Dies weil im Falle einer Zugangsgewährung einerseits direkte Rückschlüsse auf das operative Vorgehen bzw. die Arbeitsweise des NDB möglich wären. Andererseits ist der NDB im Bereich Cyberabwehr bei der Wahl seiner Partner frei (anders als bei der Funk- und Kabelaufklärung). Sollte der NDB über solche Partner verfügen, wären diese Firmen oder Personen vor Gegenaufklärung und einschlägigen Bedrohungen zu schützen (z.B. vor gezielter Infiltration entsprechender Firmen durch fremde Nachrichtendienste oder Schutz der Mitarbeitenden vor Korruption oder Erpressung)."

E. 34

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft²¹ zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde. Dabei ist nach der Rechtsprechung²² nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen wie auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen

18 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 19 BGE 144 II 77 E. 4.3. 20 Urteile des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2. 21 BBl 2003 2009. 22 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

8/9 Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung²³ selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Als Leitlinie der Prüfung dient dabei das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse.

E. 35

Wie bereits erwähnt, veröffentlichte die AB ND in ihrem Tätigkeitsbericht Informationen über die Zusammenarbeit zwischen dem NDB und der FUB ZEO und nannte damit auch namentlich den Partner des NDB. Diese Informationen scheinen die Sicherheit der FUB ZEO oder der Schweiz nicht beeinträchtigt zu haben. Im Übrigen formulierte der NDB seine Begründung bis anhin lediglich mit generell abstrakten Gefährdungssituationen und Risiken, ohne sich auf bestimmte Sachlagen oder konkret Gefährdungen zu beziehen. Diese Ausführungen sind mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung bis anhin zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen. Der Beauftragte kann jedoch nicht ausschliessen, dass Passagen die in den verlangten Dokumenten enthaltenen Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen könnten. Diese Informationen müssen vom NDB identifiziert und die verlangten Dokumente unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips geschwärzt werden.

23 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

9/9 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 36

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB identifiziert, ob Passagen der "aktuellsten (oder falls mehrere: alle aktuellsten)" Leistungsvereinbarung(en), die die Zusammenarbeit zwischen der FUB ZEO und dem NDB regelt bzw. regeln, unter die Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ fallen, und schwärzt sie ggf. unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

E. 37

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB gewährt Zugang zu den übrigen Inhalten der "aktuellsten (oder falls mehrere: alle aktuellsten)" Leistungsvereinbarung(en), die die Zusammenarbeit zwischen der FUB ZEO und dem NDB regelt bzw. regeln.

E. 38

Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Nachrichtendienst des Bundes NDB den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des

Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 39

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 40

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 41

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsver- fahren Beteiligten wird die Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 42

Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X. - Einschreiben mit Rückschein (R)

Nachrichtendienst des Bundes Papiermühlestrasse 20 3003 Bern

Adrian Lobsiger Der Beauftragte Mélissa Beutler Juristin

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