

# **EDOEB empfehlung-vom-20-juli-2023-ndb-schlussbericht-und-rechtsgutachtenvorbehalt-von--2023-07-20 vom 20. Juli 2023**

EDÖB, 2023-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-20-juli-2023-ndb-schlussbericht-und-rechtsgutachtenvorbehalt-von--2023-07-20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-20-juli-2023-ndb-schlussbericht-und-rechtsgutachtenvorbehalt-von--2023-07-20)

FR: EDOEB

empfehlung-vom-20-juli-2023-ndb-schlussbericht-und-rechtsgutachtenvorbehalt-von--2023-07-20 du 20 juillet 2023

IT: EDOEB

empfehlung-vom-20-juli-2023-ndb-schlussbericht-und-rechtsgutachtenvorbehalt-von--2023-07-20 del 20 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 26. Januar 2022 eröffnete das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) im Zusammenhang mit Informationsbeschaffungen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB), für die keine Genehmigungen vorlagen, eine Administrativuntersuchung.<sup>1</sup> Um sich "über die aktuelle Thematik des Ressort Cyber [zu] informieren", hat die Antragstellerin (Journalistin) am 9. Februar 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim NDB um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: - "Schlussbericht der internen Untersuchung des NDB zu den Tätigkeiten (ohne Bewilligung) des 'Ressort Cyber', Bericht fertiggestellt vom NDB Ende Dezember 2021. - Rechtsgutachten zur gleichen Thematik, erstellt von einer Anwaltskanzlei im Auftrag des NDB".

### **E. 2**

Am 10. Februar 2022 nahm der NDB zum Zugangsgesuch Stellung und verweigerte den Zugang sowohl zum Schlussbericht der internen Untersuchung des NDB als auch zum Rechtsgutachten basierend auf Art. 67 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121). Laut NDB handle es sich "offenkundig um amtliche Dokumente, welche die Informationsbeschaffung originär betreffen". Mit einer Zugangsgewährung "würde überdies auch weitgehend der modus operandi von Cyber NDB offengelegt (d.h. die konkrete Vorgehensweise von Cyber NDB bei Angriffen auf die Schweiz) und damit augenfällig die Sicherheit der Schweiz im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ gefährdet. Hinzu kommt die Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB, deren zielkonforme Durchführung bzw. freie Meinungs- und

<sup>1</sup> Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 26. Januar 2022 – Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB.

2/10 Willensbildung nicht beeinträchtigt werden darf (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ) und deren Be- richterstattung es abzuwarten gilt."

### **E. 3**

Am 10. Februar 2022 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

#### **E. 4**

Mit Schreiben vom 16. 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 Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 5**

Am 24. Februar 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, dass "[...] sich die beiden ersuchten amtlichen Dokumente direkt mit der Informationsbeschaffung [befassen]. Während der interne Bericht vor allem dem modus operandi des NDB folgt und die in diesem Zusammenhang anstehenden bzw. vorgenommenen einzelnen Schritte und Aktivitäten beschreibt, antwortet das Rechtsgutachten auf bestimmte im Zusammenhang mit der Vorgehensweise stehenden Fragestellungen und leuchtet die jeweilige Rechtmässigkeit aus. Beide Dokumente sind untrennbar mit dem Kernbereich der Informationsbeschaffung verbunden und gäben im Falle einer Zugangsgewährung sowohl isoliert für sich, als auch und in verstärkter Masse im Verbunde, tiefste Einblicke in den Aufgabenbereich." Somit sei der Zugang gestützt auf Art. 67 NDG zu verweigern. Weiter hielt der NDB fest, dass, sollten die ersuchten Dokumente dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen, das Zugangsgesuch auch wegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) abzuweisen sei. Schliesslich erwähnte der NDB, dass "[...] auf die zwischenzeitlich eröffnete Administrativuntersuchung hingewiesen [sei]. Die freie Meinungs- und Willensbildung über die hier anfallenden Erkenntnisse könnten mit einer Pressekampagne wesentlich beeinträchtigt werden (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ)." 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 nach Art. 12b der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) 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 nochmals an seine Mitwirkungspflicht nach Art. 12b VBGÖ.

#### **E. 9**

Am 22. März 2022 informierte der NDB den Beauftragten wiederum darüber, dass er die ersuchten Dokumente am Schlichtungstermin vorlegen werde, was der Beauftragte ausnahmsweise akzeptierte.

#### **E. 10**

Am 24. März 2022 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien darüber einigten, das Schlichtungsverfahren bis zur Medienmitteilung des VBS über die Ergebnisse der von Herrn alt Bundesrichter Oberholzer geleiteten Administrativuntersuchung zu sistieren.

#### **E. 11**

Am 12. Dezember 2022 publizierte das VBS das Ergebnis der Administrativuntersuchung. Laut Medienmitteilung zeigte "[d]ie Untersuchung des ehemaligen Bundesrichters Niklaus 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."<sup>2</sup>

2 VBS, Medienmitteilung vom 12. Dezember 2022 – Resultat der Administrativuntersuchung im NDB liegt vor.

3/10

#### **E. 12**

Mit E-Mail vom 19. Dezember 2022 teilte die Antragstellerin dem Beauftragten mit, "dass ich an meinem Schlichtungsantrag betreffend der Dokumente [sic!] (Schlussbericht interne Untersuchung NDB / externes Rechtsgutachten) festhalten möchte."

#### **E. 13**

Am 21. Dezember 2022 teilte der Beauftragte der Antragstellerin mit, "dass die Sistierung des Schlichtungsverfahrens aufgehoben ist und er nun eine Empfehlung abgeben wird."

#### **E. 14**

Am 22. Dezember 2022 informierte der Beauftragte den NDB darüber, dass die Antragstellerin an ihrem Schlichtungsantrag festhält.

#### **E. 15**

Am 23. Dezember 2022 teilte das Generalsekretariat des VBS dem Beauftragten mit, dass "wir [...] uns gerne mit der Gesuchstellerin in der Sache einigen [möchten]" und bat "um die Wieder- aufnahme der sistierten Schlichtungsverhandlung".

#### **E. 16**

Am 18. Januar 2023 übermittelte der NDB dem Beauftragten den Schlussbericht und das Rechtsgutachten.

#### **E. 17**

Am 9. März 2023 fand eine weitere Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien darüber einigten, dass der NDB prüft, ob er eine geschwärzte Fassung der einleitenden Seiten zusammenfassender Natur des Schlussberichts sowie eine geschwärzte Fassung des Inhaltsverzeichnisses des Rechtsgutachtens zugänglich macht.

### **E. 18**

Mit E-Mail vom 23. März 2023 übermittelte der NDB der Antragstellerin "eine geschwärzte Fassung der 7 einleitenden Seiten zusammenfassender Natur des Schlussberichts NDB sowie eine geschwärzte Fassung des Inhaltsverzeichnisses des Rechtsgutachtens".

### **E. 19**

Mit E-Mail vom 31. März 2023 teilte die Antragstellerin dem Beauftragten mit, "dass ich an meinem Einsichtsgesuch / Schlichtungsverfahren festhalten möchte. [...] Für mich als Journalistin ist es wichtig, die Inhalte der Berichte zu kennen. Das Inhaltsverzeichnis und die Zusammenfassung sind zu stark verkürzt, [als] dass dies für meine Arbeit, insbesondere für die Funktion des Journalismus zur Kontrolle der Vorgänge der Verwaltung, genügend wäre."

### **E. 20**

Am 5. April 2023 teilte der Beauftragte den betroffenen Parteien mit, "dass die Teilnehmenden keine definitive Einigung gefunden haben. Der EDÖB hebt daher die Sistierung des Schlichtungsverfahrens auf und teilt Ihnen mit, dass er eine schriftliche Empfehlung abgeben wird."

### **E. 21**

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. 22**

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. 23**

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.

<sup>3</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

4/10 B. Materielle Erwägungen

### **E. 24**

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.<sup>4</sup>

#### **E. 25**

In seiner an den Beauftragten gerichteten Stellungnahme (s. Ziffer 5) weist der NDB darauf hin, "dass die ersuchten amtlichen Dokumente nach Ansicht des NDB dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen und teilweise GEHEIM (vereinfachte Bearbeitung) klassifiziert sind."

#### **E. 26**

Die Tatsache, dass ein amtliches Dokument klassifiziert ist, mag ein gewichtiges Element in der Beurteilung des Zugangsgesuches darstellen, alleine aufgrund der Klassifizierung darf der Zugang aber nicht verweigert werden.<sup>5</sup> Bezieht sich nämlich ein Zugangsgesuch auf ein klassifiziertes Dokument, muss gemäss Art. 11 Abs. 5 VBGÖ geprüft werden, ob dieses entklassifiziert werden kann.<sup>6</sup> Gemäss Art. 13 Abs. 3 der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung, ISchV; SR 510.411) überprüft die zuständige Stelle, unabhängig von einem allfälligen Klassifizierungsvermerk, ob der Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist.<sup>7</sup> Folglich ist die Klassifizierung der Berichte als GEHEIM nicht präjudiziell für die Frage des Zugangs zu amtlichen Dokumenten.

#### **E. 27**

Der NDB weist in seiner Stellungnahme an den Beauftragten (s. Ziffer 5) weiter darauf hin, dass sowohl der ersuchte Schlussbericht der internen Untersuchung des NDB als auch das ersuchte Rechtsgutachten in Anwendung von Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen seien.

#### **E. 28**

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.

#### **E. 29**

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".<sup>8</sup> 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. 30**

In der Botschaft heisst es zu Art. 67 NDG, dass "die bisherigen Zugangsgesuche [...] jeweils vor- wiegend 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

4 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz. 8. 5 COTTIER, in: Handkommentar zum BGÖ, Art. 4 Rz. 30; HÄNER, in: Handkommentar zum BGÖ, Art. 12 Rz. 8; Urteil des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.1. 6 Urteile des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.1; A-4500/ 2013 vom 27. Februar 2014 E.3.6. 7 BBl 2003 2006; BVGer Urteil A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.1. 8 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105 (zitiert BBl 2014), BBl 2014 2161.

5/10 unterstehen."9 Gemäss der Botschaft besteht der Hauptzweck der Ausnahme somit 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.10

### **E. 31**

Der Begriff der Informationsbeschaffung, der weder im Gesetz noch in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz definiert wird, bezieht sich auf das 3. Kapitel NDG, welches den Titel "Informationsbeschaffung" trägt. In der Botschaft wird dazu ausgeführt: "Nach der umfassenden Definition des Datenbearbeitungsbegriffs 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."11 Nach der Botschaft umfasst die Informationsbeschaffung nur die Datensammlung.12 Das 3. Kapitel NDG definiert zu diesem Zweck 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. Die Datenbearbeitung der so beschafften Informationen ist hingegen speziell in einem eigenständigen Kapitel geregelt (4. Kapitel NDG). Somit ergibt sich nach Ansicht des Beauftragten, dass die Informationsbeschaffung ausschliesslich die Umsetzung einer konkreten Massnahme zur Informationsbeschaffung betrifft. Aus der Botschaft geht nicht hervor, dass sich die Informationsbeschaffung auf alles bezieht, was der eigentlichen Informationserhebung vorausgeht, wie Vorbereitungsarbeiten, Vereinbarungen usw. Auch amtliche Dokumente, die die Verwaltungstätigkeiten des NDB betreffen und die Ein-

haltung der gesetzlichen Grundlagen, die seine Tätigkeit festlegen, überprüfen, weisen keinen eindeutigen Bezug zu konkreten Massnahmen zur Informationsbeschaffung auf. Sie sind nach Ansicht des Beauftragten nicht durch das 3. Kapitel NDG abgedeckt. Wenn alle 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. 32**

Der NDB hat der Antragstellerin "eine geschwätzte Fassung der 7 einleitenden Seiten zusammenfassender Natur des Schlussberichts NDB" zugänglich gemacht. Daraus wird ersichtlich, dass der verlangte "Schlussbericht der internen Untersuchung des NDB zu den Tätigkeiten (ohne Bewilligung) des 'Ressort Cyber'" (nachfolgend: Schlussbericht NDB) eine formlose Untersuchung nach Art. 20 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes (BPG; SR 172.220.1) und Art. 24 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) abschliesst. Laut den einleitenden Seiten zusammenfassender Natur des Schlussberichts NDB umfasste der "Abklärungsgegenstand [...] 33 Fragen bestehend aus vier Teilen, insbesondere Informationsbeschaffung, Informationsverarbeitung, Firmenbeziehungen und besondere Auffälligkeiten in Bezug auf bereits gelöschte Daten oder Dokumente. Die Fragen im Abklärungsauftrag bezogen sich primär auf die Beschreibung der Prozesse, Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortlichkeiten und Analyse der IST-Situation." Weiter wird in den Seiten zusammenfassender Natur ausgeführt: "Der erste Teil der Untersuchung zielte darauf ab, eine Auslegeordnung aller Informationsquellen und der regelmässigen Formenkontakte im Themengebiet Cyber zu erstellen. Der Schwerpunkt der zu beantwortenden Fragen lag darin, die Aufbau- und Ablauforganisation bei Cyber zu verstehen und mögliche Unregelmässigkeiten in der Auftragsbefreiung zu identifizieren." Somit werden im Schlussbericht NDB primär die Verwaltungstätigkeiten des NDB und die Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen, die seine Tätigkeit festlegen, einer Prüfung unterzogen. Diese Ausführungen betreffen nach Ansicht des Beauftragten nicht die Informationsbeschaffung im Sinne des 3. Kapitels NDG.

9 BBl 2014 2195. 10 BBl 2014 2195. 11 BBl 2014 2148. 12 BBl 2014 2144, 2148.

6/10

### **E. 33**

Gemäss den zugänglich gemachten einleitenden Seiten zusammenfassender Natur des Schlussberichts NDB werden in diesem "drei Sachverhalte zu Informationsbeschaffung, Informationsverarbeitung und Weitergabe von Informationen" beschrieben. Im Jahresbericht 2022 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte (GPK/GPDeL) werden mit Verweis auf den vorliegend verlangten Schlussbericht NDB die Aktivitäten des NDB wie folgt beschrieben: "Laut dem [Schlussbericht NDB] beschaffte das Ressort Cyber ab dem Jahr 2015 Daten von Servern bei mehreren privaten Providern. Zu diesem Zweck wurden die gespeicherten Daten ab den betroffenen Server kopiert (Server-Abbilder) oder deren Datenverkehr (Inhalt und Randdaten) überwacht und erfasst. Dies erfolgte jeweils mit dem Einverständnis oder der Mitwirkung der kooperativen Provider, aber ohne Wissen der

Personen, welche diese Server gemietet hatten. [...] Die wichtigsten Informationen dazu wurden aus dem Inhalt des Kommunikationsverkehrs der Server und aus den Server-Abbildern gewonnen." 13 In ihrer Beurteilung führt die GPDel aus, dass, "[g]estützt auf das externe Rechtsgutachten und die Administrativuntersuchung erachtet es die GPDel als erwiesen, dass die Informationsbeschaffung durch Cyber NDB [...] entgegen der gesetzlichen Vorgaben und damit unrechtmässig erfolgte." Der NDB führte demnach Informationsbeschaffungsmassnahmen ohne Einholen der erforderlichen Genehmigung durch. 14 Dieses Vorgehen wurde auch in der Zusammenfassung des Schlussberichts NDB als rechtswidrig taxiert. Sofern der Schlussbericht NDB mit Blick auf die dargestellten Sachverhalte Ausführungen zu konkreten Massnahmen der Informationsbeschaffung machen sollte, die über die bereits im Jahresbericht 2022 der GPK/GPDel öffentlich bekannt gemachten Massnahmen hinausgehen, so ist der Beauftragte der Ansicht, dass Art. 67 NDG, der den Zugang zu amtlichen Dokumenten ausschliesslich betreffend die Informationsbeschaffung nach dem NDG bzw. dessen 3. Kapitel vom Öffentlichkeitsgesetz ausnimmt, nicht in Bezug auf Informationsbeschaffungsmassnahmen geltend gemacht werden kann, die nicht vom Gesetz legitimiert sind. Nach Ansicht des Beauftragten liegt demnach in Bezug auf den herausverlangten Schlussbericht NDB kein Anwendungsfall von Art. 67 NDG vor.

#### **E. 34**

Das von der Antragstellerin verlangte Rechtsgutachten wurde von einer Anwaltskanzlei im Auftrag des NDB zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Informationsbeschaffung des Ressorts Cyber erstellt. Der NDB führt in seiner Stellungnahme an den Beauftragten aus, dass "das Rechtsgutachten auf bestimmte im Zusammenhang mit der Vorgehensweise stehenden Fragestellungen [antwortet] und [...] die jeweilige Rechtmässigkeit aus[leuchtet]".

#### **E. 35**

Der NDB hat der Antragstellerin das Inhaltsverzeichnis des Rechtsgutachtens teilweise zugänglich gemacht. Darin gibt Ziffer "3 Einordnung und Inhalt des vorliegenden Berichts" über die Schwerpunkte des Rechtsgutachtens Auskunft. Punkt 3.2 trägt denn den Titel "Fokus: Beurteilung der Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns". Damit ist davon auszugehen, dass sich das Rechtsgutachten derselben Thematik widmet wie der Schlussbericht NDB. Darüber hinaus thematisiert das Rechtsgutachten zwar die "Informationsbeschaffung im Zusammenhang mit Cyberangriffen" (Ziffer 4 des Rechtsgutachtens). Allerdings gibt das Inhaltsverzeichnis keine Hinweise darauf, dass das Gutachten konkrete Massnahmen zur Informationsbeschaffung behandelt oder Ausführungen diesbezüglich macht. Vielmehr ergibt sich aus dem Inhaltsverzeichnis eine Schwerpunktsetzung – wie für Rechtsgutachten üblich – hin zur Aufbereitung der rechtlichen Grundlagen sowie deren Analyse. Der NDB hat weder dargelegt, dass sich die Inhalte des Rechtsgutachtens wesentlich von denjenigen des Schlussberichts NDB unterscheiden, noch hat er aufgezeigt, inwiefern die darin gemachten Ausführungen konkrete Massnahmen der Informationsbeschaffung gemäss 3. Kapitel NDG betreffen. Nach Ansicht des Beauftragten ist das verlangte Rechtsgutachten somit hinsichtlich der Anwendung von Art. 67 NDG ebenso zu beurteilen wie der Schlussbericht NDB (s. Ziffer 33), d.h. es liegt in Bezug auf das herausverlangte Rechtsgutachten kein Anwendungsfall von Art. 4 BGÖ i.V.m. Art. 67 NDG vor.

13 Jahresbericht 2022 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 23. Januar 2023, BBl 2023 579, Ziffer 5.8.2. 14 S. auch: Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 26. Januar 2022 – Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB; VBS, Medienmitteilung vom 12. Dezember 2022 – Resultat der Administrativuntersuchung im NDB liegt vor.

7/10

### **E. 36**

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

### **E. 37**

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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

### **E. 38**

Der NDB führt in seiner Stellungnahme gegenüber der Antragstellerin (s. Ziffer 2) aus, dass die zielkonforme Durchführung bzw. freie Meinungs- und Willensbildung der zu dem Zeitpunkt noch angekündigten Administrativuntersuchung im Bereich Cyber des NDB nicht beeinträchtigt werden darf (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ). Es gelte deren Berichterstattung abzuwarten. Gegenüber dem Beauftragten argumentiert der NDB zudem (s. Ziffer 5), dass "[d]ie freie Meinungs- und Willensbildung über die hier anfallenden Erkenntnisse [...] mit einer Pressekampagne wesentlich beeinträchtigt werden [könnten] (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ)." Der NDB hat nach Abschluss der Administrativuntersuchung und nach Durchführung der zweiten Schlichtungssitzung am 9. März 2023 keine weitergehenden Begründungen bezüglich der Ausnahmebestimmungen Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ gemacht, weshalb der Beauftragte in seinen Ausführungen auf die vorgehend genannten Stellungnahmen abstellt. Da der NDB die Argumentation für die beiden Ausnahmegründe Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Bst. b BGÖ vermischt, prüft der Beauftragte im Folgenden deren Anwendung separat.

### **E. 39**

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 blosserisiko 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

#### **E. 40**

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

<sup>15</sup> Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. <sup>16</sup> Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4. <sup>17</sup> BBl 2003 2007. <sup>18</sup>

COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 15.

8/10 Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmaßnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahmen beeinträchtigt zu werden droht."<sup>19</sup> Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein<sup>20</sup> und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

#### **E. 41**

Der NDB hat sich darauf beschränkt, die Anwendung der zwei oben genannten Ausnahmegründe (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ) zum damaligen Zeitpunkt summarisch zu begründen, ohne jedoch deren Anwendung auf den konkreten Fall darzulegen. Die Behörde belegte somit nicht eingehender, dass die verlangten 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 (s. Ziffer 11). Es ist für den Beauftragten auch nicht erkennbar, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme des NDB (z.B. im Tätigkeitsbereich Cyber) vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung der Ausnahmetatbestände bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte nachgewiesen hat und da die Administrativuntersuchung nun beendet ist,<sup>23</sup> erachtet der Beauftragte die Tatbestände von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ als nicht nachgewiesen.

#### **E. 42**

Letztendlich begründet der NDB in seiner Stellungnahme an den Beauftragten 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, dass "das Zugangsgesuch auch wegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz abzuweisen [wäre]. Dies weil im Falle einer Zugangsgewährung direkte Rückschlüsse auf das operative Vorgehen bzw. die Arbeitsweise des NDB möglich wären und gleich noch allfällige Schwachstellen offengelegt würden."

#### **E. 43**

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 Botschaft<sup>24</sup> zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militäresens 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 Rechtsprechung<sup>25</sup> 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

19 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 20 BGE 144 II 77 E. 4.3.

21 Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26.

Mai 2015 E. 5.1. 22 Urteile des BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023 E. 4.4.1 f.;

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. 23 VBS, Medienmitteilung vom 12. Dezember

2022 –Resultat der Administrativuntersuchung im NDB liegt vor. 24 BBl 2003 2009. 25

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

9/10 ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und

energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung<sup>26</sup> 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. 44**

Der NDB begründet seine Zugangsverweigerung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ mit generell abstrakten Gefährdungssituationen und Risiken, und bezog sie nicht auf konkrete bestimmte Sachlagen. 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 NDB differenziert in seinen Ausführungen zu Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ nicht zwischen der Zugänglichmachung des Schlussberichts NDB und derjenigen des Rechtsgutachtens. In Bezug auf die verlangten Dokumente ist folgendes festzuhalten: - Das Rechtsgutachten vom 29. November 2021 stellt die rechtlichen Grundlagen der Informationsbeschaffung, Aufbewahrung und Weitergabe von Informationen dar und bereitet deren Anwendungsbereich auf (s. Ziffer 35). Nach Ansicht des Beauftragten konnte der NDB bis anhin die Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ auf dieses Dokument nicht überzeugend darlegen. - Der Schlussbericht NDB überprüft konkrete Verwaltungsvorgänge beim NDB und wertet dieses aus (s. Ziffer 32 f.). Der Beauftragte kann indes nicht ausschliessen, dass einzelne in dem verlangten Dokument enthaltene Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen könnten. Diese Informationen müssen vom NDB identifiziert und das verlangte Dokument unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) geschwärzt werden.<sup>27</sup>

#### **E. 45**

Zusammenfassend kommt der Beauftragte zu folgendem Ergebnis: Es liegt keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vor, die der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes entgegensteht. Der NDB vermochte bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Schliesslich hat der NDB bis anhin nicht hinreichend dargetan, dass die Bekanntgabe des Rechtsgutachtens und des Schlussberichts NDB die interne oder äussere Sicherheit i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ beeinträchtigen könnte. Hingegen kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass der Schlussbericht NDB entsprechende Informationen enthalten könnte. Diese sind vom NDB zu identifizieren und zu schwärzen. Abschliessend ist anzumerken, dass es dem NDB unbenommen bleibt, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen. III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

#### **E. 47**

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB identifiziert, ob Passagen des Schlussberichts NDB unter die Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ fallen, und schwärzt sie ggf. unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

#### **E. 48**

Der Nachrichtendienst des Bundes NDB gewährt Zugang zu den übrigen Inhalten des Schlussberichts NDB sowie zum Rechtsgutachten, da das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufgezeigt wurde.

26 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H. 27 BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

10/10

#### **E. 49**

Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim 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. 50**

Der NDB erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 51. Der 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). 52. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 53. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X.\_\_ (Antragstellerin)

- Einschreiben mit Rückschein (R)

Nachrichtendienst des Bundes Papiermühlestrasse 20 3003 Bern 54. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an: - Generalsekretariat VBS Bundeshaus Ost CH-3003 Bern

Reto Ammann Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip  
Lena Hehemann Juristin  
Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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