

EDOEB empfehlung-vom-24-juli-2024-gs-vbs-administrativuntersuchungsberichtaktive-infor-2024-07-24 vom 24. Juli 2024

EDÖB, 2024-07-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-24-juli-2024-gs-vbs-administrativuntersuchungsberichtaktive-infor-2024-07-24

FR: EDOEB

empfehlung-vom-24-juli-2024-gs-vbs-administrativuntersuchungsberichtaktive-infor-2024-07-24 du 24 juillet 2024

IT: EDOEB

empfehlung-vom-24-juli-2024-gs-vbs-administrativuntersuchungsberichtaktive-infor-2024-07-24 del 24 luglio 2024

Erwägungen

E. 1

Der Antragsteller (Journalist) hat am 23. Januar 2024 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport GS VBS um Zugang zum Schlussbericht zur "Administrativuntersuchung über Informationsbeschaffungen des NDB im Bereich Cyber, für die keine Genehmigungen vorlagen" (Administrativuntersuchung "Vorkommnisse im Ressort Cyber des Nachrichtendienstes des Bundes [NDB]"¹), ersucht. "Heikle und/oder personifizierte Stellen" könnten "(begründet) geschwärzt" werden.

E. 2

Bericht der Administrativuntersuchung: Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74388.pdf> (zuletzt besucht am 22.07.2024).

E. 3

Am 28. Februar 2024 bestätigte das GS VBS seine Einschätzung gegenüber dem Antragsteller nochmals und ergänzte auf dessen Rückfrage eine Rechtsmittelbelehrung im Sinne von Art. 13 BGÖ.

E. 4

Am 13. März 2024 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin führte der Antragsteller aus, dass er mit der vollständigen Zugangsverweigerung nicht einverstanden sei, dies zumal "ich der Ansicht bin, dass eine gezielte Schwärzung der entsprechenden Administrativuntersuchung möglich ist". Darüber hinaus sei das öffentliche Interesse angesichts der "anstehenden Reform des Nachrichtendienstgesetzes [...] zu berücksichtigen".

E. 5

Mit Schreiben vom selben Tag bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte das GS VBS dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 6

Am 26. März 2024 reichte das GS VBS den betroffenen Schlussbericht der Administrativuntersuchung ein. Eine Stellungnahme stellte das GS VBS dem Beauftragten nicht zu.

E. 7

Am 23. Mai 2024 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einig konnten.

E. 8

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des GS VBS 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. 9

Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim GS VBS ein. Dieses 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. 10

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. 11

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.⁵

E. 12

Einleitend ist zu bemerken, dass das GS VBS am 12. Dezember 2022 im Zuge der Bekanntgabe des Abschlusses der vorliegend interessierenden Administrativuntersuchung zwei Dokumente aktiv publizierte – "Auszug aus den Empfehlungen der rechtlichen Beurteilung des Schlussberichts"⁶ sowie die "Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse"⁷. Während die wesentlichen Er-

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 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. ⁶ Bericht der Administrativuntersuchung: Auszug aus den Empfehlungen und der rechtlichen Beurteilung des Schlussberichts, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/74387.pdf> (zuletzt besucht am

22.07.2024). 7 Bericht der Administrativuntersuchung: Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74388.pdf> (zuletzt besucht am 22.07.2024).

3/8 Kenntnisse in letzterem Dokument zusammengefasst wurden, gibt ersteres ausgewählte Passagen aus dem Schlussbericht der Administrativuntersuchung wortgleich wieder. Sofern das GS VBS geltend macht, dass damit dem Informationsanspruch hinreichend entsprochen werde, weist der Beauftragte darauf hin, dass die aktive Behördeninformation weder den Anspruch nach dem Öffentlichkeitsgesetz (vgl. Art. 6 BGÖ) ersetzt noch diesen einschränkt. Aus einer aktiven Information kann nicht gefolgert werden, dass jeder beantragte weitergehende Zugang verweigert werden darf.⁸ Das subjektive Zugangsrecht nach dem Öffentlichkeitsgesetz wird durch die aktive Behördeninformation nur dann eingeschränkt, wenn das verlangte Dokument bereits in einem Publikationsorgan des Bundes oder auf dem Internet veröffentlicht ist (Art. 6 Abs. 3 BGÖ). In diesem Fall kann sich die Behörde darauf beschränken, der gesuchstellenden Person die Internet-Adresse mitzuteilen oder die erforderlichen Angaben zur Publikation zu machen.

E. 13

Das vorliegend verlangte Dokument ist bis anhin nicht publiziert worden; vielmehr schaltete das GS VBS einen Auszug der Empfehlungen und der rechtlichen Beurteilung im Internet auf, in dem einzelne ausgewählte Passagen des Schlussberichts wortgleich abgedruckt wurden, wobei der Entscheid, welche Auszüge öffentlich gemacht werden, bei der Behörde resp. dem Berichterstatter lag. Somit wurde ein neues amtliches Dokument mit dem Titel "Auszug aus den Empfehlungen und der rechtlichen Beurteilung" erstellt, das im Sinne der aktiven Behördeninformation publiziert wurde. Der Antragsteller ersucht mit seinem Gesuch Zugang zum (vollständigen) Schlussbericht der Administrativuntersuchung, welcher, wie aufgezeigt, bisher nicht vom GS VBS veröffentlicht oder anderweitig zugänglich gemacht wurde. Demzufolge liegt kein Fall von Art. 6 Abs. 3 BGÖ vor.

E. 14

Unbestritten ist vorliegend der persönliche und sachliche Geltungsbereich nach Art. 2 und 3 BGÖ. Sodann wird kein Anwendungsfall von Art. 4 BGÖ geltend gemacht. Demzufolge ist der Zugang zum verlangten Schlussbericht der Administrativuntersuchung "Vorkommnisse im Ressort Cyber des Nachrichtendienstes des Bundes [NDB]", ein amtliches Dokument nach Art. 5 BGÖ, nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu prüfen.

E. 15

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁹ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über deren Inhalt 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 die Privatsphäre resp. Personendaten oder Daten juristischer Personen (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 der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁰

E. 16

Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen müsse. Dies sei dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen priva-

8 BGE 146 II 265 E. 3.2, 5.3 m.w.H. 9 BGE 142 II 340 E. 2.2. 10 Urteil des BVerger A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.w.N.

4/8 ten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahr-scheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beein-trächtigung gelten kann.¹¹ Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschlies-sender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹² 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 Zu- gang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹³

E. 17

Das GS VBS führt gegenüber dem Antragsteller aus, dass der Zugang aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. b–e BGÖ verweigert werde. Nachfolgend ist auf die Anwendbarkeit der geltend gemachten Ausnahmetatbestände im Einzelnen einzugehen.

E. 18

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, auf- geschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung kon- kreter 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 Rechtspre- chung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behörd- liche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurtei- lung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme(n) beeinträchtigt zu werden droht."¹⁴ Die aufgrund der Zugangsgewäh- rung drohende

Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.

E. 19

Das GS VBS hat sich darauf beschränkt, die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ geltend zu machen, ohne jedoch dessen Anwendung zu begründen. Die Behörde hat nicht belegt, inwiefern das verlangte Dokument eine konkrete behördliche Massnahme des GS VBS (z.B. im Zusammenhang mit dem NDB im Tätigkeitsbereich Cyber) vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung einer solchen Massnahme durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung des Ausnahmetatbestands bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte nachgewiesen hat, erachtet der Beauftragte den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ als nicht anwendbar.

E. 20

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten hat das GS VBS bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargetan, dass der Tatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfüllt ist.

E. 21

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 Botschaft¹⁸ zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft

11 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 4; BGE 142 II 324 E. 3.4. 12 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. 13 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4. 14 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 15 BGE 144 II 77 E. 4.3. 16 Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1. 17 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. 18 BBl 2003 2009.

5/8 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 Rechtsprechung¹⁹ nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern diejenige von gefährdeten

Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen als 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 Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung²⁰ 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. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt es zwar in der Natur der Sache, Ausführungen zu den Gründen, wieso in gewisse (geheime) Akten keine Einsicht gewährt werden soll, eher vage zu halten. Bei zu wenigen Details besteht jedoch das Risiko einer Verletzung der Begründungspflicht.²¹ Auch wenn sich das Urteil auf den Zugang zu Dokumenten des Bundesarchivs bezog, erachtet der Beauftragte die darin vorgebrachte Argumentation des Bundesgerichts als übertragbar auf die Verweigerung oder Einschränkungen des Zugangsrechts i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ und die damit verknüpfte Begründungspflicht.

E. 22

S. die entsprechenden Angaben im "Auszug aus den Empfehlungen und der rechtlichen Beurteilung des Schlussberichts", abrufbar unter:
<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74387.pdf> (zuletzt besucht am 22.07.2024).

6/8 unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) zu schwärzen.²³ Dem GS VBS kommt dabei als Fachbehörde eine Begründungspflicht zu.²⁴

E. 23

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten hat die Behörde bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte dargetan, dass die Bekanntgabe des Schlussberichts der Administrativuntersuchung "Vorkommnisse im Ressort Cyber des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB)" die innere oder äussere Sicherheit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ beeinträchtigen könnte. Hingegen kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass das ersuchte Dokument einzelne entsprechende Informationen enthalten könnte.

E. 24

Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ gilt, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Dies betrifft auch Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können.²⁵ Grundsätzlich können alle Bereiche der auswärtigen Beziehungen, in denen amtliche Informationen anfallen, an deren Bekanntwerden der Bund kein Interesse hat,

davon erfasst werden. So kann es sich um rechtliche, politische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder militärische (etc.) Beziehungen handeln. Neben eigenen Dokumenten können auch jene von ausländischen Behörden, Unternehmen oder ausländischen Staatsangehörigen betroffen sein. Die Beeinträchtigung kann sich direkt aus der Offenlegung der Information ergeben oder indirekt aus der Verärgerung eines Staates angesichts der Veröffentlichung der Information, die ihn oder seine Staatsangehörigen betreffen.²⁶ Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen.²⁷

E. 25

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es nach der Rechtsprechung in der Natur von Entscheidungen politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts liegt, dass sie der justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zum Teil auf politischen Kriterien beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtgemäss nutzen.²⁸

E. 26

Das GS VBS hat sich darauf beschränkt, die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ geltend zu machen, ohne jedoch dessen Anwendung zu begründen. Das ersuchte Dokument enthält zwar einzelne Passagen, die einen internationalen Bezug aufweisen könnten. Es bleibt indes unklar, inwiefern diese Passagen die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen können. Nach Ansicht des Beauftragten hat das GS VBS bis anhin nicht nachvollziehbar dargetan, dass der Ausnahmetatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zur Anwendung gelangt.

E. 27

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten hat das GS VBS bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargetan, dass der Tatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ erfüllt ist.

E. 28

Urteil des BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.4; BGE 142 II 313 E.4.3.

7/8 tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ wurde im Gesetzgebungsverfahren in erster Linie zugunsten derjenigen Kantone eingeführt, die noch kein Öffentlichkeitsprinzip eingeführt hatten.²⁹ Mit Blick auf den Umstand, dass mittlerweile die meisten Kantone das Öffentlichkeitsprinzip ebenfalls eingeführt haben, kommt diesem Ausnahmetatbestand gemäss einer jüngeren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nur noch eine geringe Bedeutung zu.³⁰

E. 29

Vorliegend ist nicht ersichtlich und wurde bis anhin auch nicht dargelegt, inwiefern die Bekanntgabe der ersuchten Informationen die Beziehungen zwischen dem Bund und den – nicht näher benannten – Kantonen oder zwischen den Kantonen beeinträchtigen könnten. Insbesondere hat das GS VBS nicht nachgewiesen, dass die kantonalen Bestimmungen allfällig betroffener Kantone restriktiver sind als jene des Öffentlichkeitsgesetzes des Bundes, und inwiefern deshalb bei einer Offenlegung der verlangten Dokumente eine ernsthafte Beeinträchtigung zwischen dem Bund und den Kantonen zu befürchten sein soll. Folglich kommt die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ nach Ansicht des Beauftragten in der vorliegenden Konstellation nicht in Betracht.

E. 30

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten hat das GS VBS bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargetan, dass der Tatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ erfüllt ist.

E. 31

In Bezug auf in der Administrativuntersuchung "Vorkommnisse im Ressort Cyber des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB)" enthaltene Personendaten bzw. Daten juristischer Personen kann der Beauftragte bisher keine Auseinandersetzung der Behörde mit deren Zugänglichmachung erkennen. Nach Ansicht des Beauftragten ist deren Zugang im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung zu gewähren. Aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte dem GS VBS, nach der Durchführung allfälliger Anhörungen nach Art. 11 BGÖ oder bei einer Zugangsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 BGÖ direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu erlassen. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass betroffene Dritte vor Erlass der Verfügung zumindest einmal Gelegenheit erhalten, sich zur Sache zu äussern³¹ und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verwaltungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können.

E. 32

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Das GS VBS vermochte bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b, d und e BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. - Das GS VS hat zudem bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargetan, dass die Bekanntgabe des Schlussberichts der Administrativuntersuchung die interne oder äussere Sicherheit i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ beeinträchtigen könnte. Der Beauftragte kann indes nicht ausschliessen, dass das ersuchte Dokument einzelne entsprechende Informationen enthalten könnte. - Das GS VBS gewährt Zugang zu Personendaten und Daten juristischer Personen im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung (s. Ziff.31). Aus verfahrensökonomischen Gründen erlässt das GS VBS nach der Durchführung allfälliger Anhörungen nach Art. 11 BGÖ oder bei einer Zugangsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 BGÖ direkt eine Verfügung.

E. 33

Es ist anzumerken, dass es dem GS VBS unbenommen bleibt, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verwaltungsverfahrens die Wirksamkeit der geltend

gemachten Ausnah- mebestimmungen, insbesondere Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ, mit der von der Rechtsprechung ge- forderten Begründungsdichte aufzuzeigen.

29 Urteil des BGer 1C_129/2016 vom 14. Februar 2017 E. 3.3. 30 Urteil des BVerger A-6255/2018 vom 12. September 2019 E. 7.2. 31 Urteil des BVerger A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.

8/8 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlich- keitsbeauftragte:

E. 34

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport gewährt den Zugang zum Schlussbericht der Administrativuntersuchung "Vor- kommissionen im Ressort Cyber des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB)" im Sinne von Ziffer 32.

E. 35

Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Generalsek- retariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwal- tungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einver- standen ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 36

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 37

Das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport 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. 38

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

E. 39

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

X.__ (Antragsteller) - Einschreiben mit Rückschein (R)

Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport Bundeshaus Ost 3003 Bern

E. 40

Eine Kopie dieser Empfehlung geht an: - Nachrichtendienst des Bundes,
Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern (per A-Post)

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.