

# **EDOEB empfehlung-vom-30-november-2021-ndb-diverse-dokumente-im-zusammenhang-mit-der-ar-2021-11-30 vom 30. November 2021**

EDÖB, 2021-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-30-november-2021-ndb-diverse-dokumente-im-zusammenhang-mit-der-ar-2021-11-30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-30-november-2021-ndb-diverse-dokumente-im-zusammenhang-mit-der-ar-2021-11-30)

FR: EDOEB empfehlung-vom-30-november-2021-ndb-diverse-dokumente-im-zusammenhang-mit-der-ar-2021-11-30 du 30 novembre 2021

IT: EDOEB empfehlung-vom-30-november-2021-ndb-diverse-dokumente-im-zusammenhang-mit-der-ar-2021-11-30 del 30 novembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Hinweis: Der Antragsteller hat die Zugangsgesuche nicht nummeriert. Die Nummerierung dient lediglich der Übersichtlichkeit der vorliegenden Empfehlung.

2/10

### **E. 2**

Am 25. August 2021 nahm der NDB zu den Zugangsgesuchen Stellung und verweigerte den Zugang zu den entsprechend vorhandenen Dokumenten vollständig. Zu den Zugangsgesuchen Nr. 1 und 2 brachte er im Wesentlichen vor, dass die verlangten Schreiben zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente seien und folglich keine amtlichen Dokumente darstellen würden (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über das über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31]). Der Zugang zu den betreffenden Schreiben wäre aber gestützt auf Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ und Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) auch zu verweigern, wenn sie amtliche Dokumente darstellen würden. Der NDB begründete dies insbesondere damit, dass eine Anonymisierung der Schreiben nicht möglich sei und die privaten Interessen an der Geheimhaltung die öffentlichen Interessen an der Offenlegung "[...] eindeutig überwiegen [...]" würden. Im Hinblick auf den Zugang zu Dokumenten gemäss Zugangsgesuch Nr. 3 verwies der NDB ebenfalls auf Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ und Art. 19 DSG und die entsprechende Begründung. Bezüglich Zugangsgesuch Nr. 4 hielt der NDB fest, dass keine entsprechenden amtlichen Dokumente existieren würden, weswegen kein Zugang gewährt werden könne.

### **E. 3**

Am 9. September 2021 reichte der Antragsteller vier Schlichtungsanträge beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein, wobei er beantragte, alle vier Schlichtungsanträge in einem Schlichtungsverfahren zusammenzufassen und gemeinsam zu behandeln.

### **E. 4**

Mit Schreiben vom 10. September 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang der vier Schlichtungsanträge und forderte gleichentags den NDB

dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 5**

Am 20. September 2021 reichte der NDB die betroffenen Dokumente und eine ergänzende Stellungnahme ein. Der NDB verwies hauptsächlich auf seine Argumentation in den Stellungnahmen an den Antragsteller im Rahmen des Zugangsgesuchsverfahrens (vgl. Ziffer 2) resp. wiederholte diese. Ergänzend führte er aus, dass auch die Dokumente gemäss Zugangsgesuch Nr. 3 zum persönlichen Gebrauch bestimmt seien und folglich keine amtlichen Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellen würden. Abgesehen davon wäre – selbst wenn die Dokumente als amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ qualifiziert würden – der Zugang zu den Dokumenten gemäss Zugangsgesuche Nr. 1-3 generell in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu verweigern.

#### **E. 6**

Am 29. Oktober 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher der Antragsteller den Schlichtungsantrag im Zusammenhang mit Zugangsgesuch Nr. 4 zurückzog. Infolge Rückzugs des Schlichtungsantrags Nr. 4 wurde das Schlichtungsverfahren in diesem Umfang als gegenstandslos abgeschlossen und gilt als erledigt. Hinsichtlich der Begehren gemäss den Zugangsgesuchen Nr. 1-3 konnten sich die Parteien nicht einigen.

#### **E. 7**

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des NDB sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

3/10

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

#### **E. 8**

Der Antragsteller reichte vier Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Dieser 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). Die vier Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

#### **E. 9**

Sämtliche Schlichtungsanträge betreffen die Zugangsgesuche Nr. 1-4, welche allesamt den Zugang zu amtlichen Dokumenten beim NDB zum Gegenstand haben. Die Zugangsgesuche wurden vom Antragsteller am selben Datum versandt. Dasselbe gilt für den Versand der Stellungnahmen durch den NDB. Im Begleitschreiben zu den gemeinsam eingereichten vier Schlichtungsanträgen beantragt der Antragsteller, alle vier Schlichtungsanträge in einem Schlichtungsverfahren zusammenzufassen. Zudem wurden alle vier Schlichtungsanträge in derselben Schlichtungssitzung behandelt. Folglich rechtfertigt es sich, die Schlichtungsverfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.

## **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.<sup>2</sup> Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben. B. Materielle Erwägungen

## **E. 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.<sup>3</sup>

## **E. 12**

Zu beurteilen ist die Zugänglichkeit der mit den Zugangsgesuchen Nr. 1-3 verlangten Dokumenten. Der NDB hat diesbezüglich die nachfolgend aufgeführten Dokumente identifiziert: – Zugangsgesuch Nr. 1: ein anonymes Schreiben, im Postfach der Arbeitsgruppe DIMMI (nachfolgend: AG DIMMI) hinterlegt (nachfolgend: Dokument 1); – Zugangsgesuch Nr. 2: eine E-Mail, versandt an die Co-Leitenden der AG DIMMI (nachfolgend: Dokument 2); – Zugangsgesuch Nr. 3: stichwortartige Handnotizen von bilateralen Gesprächen zwischen dem Direktor und dem stellvertretenden Direktor des NDB (nachfolgend: Dokument 3, 4 und 5) und eine E-Mail sowie die dazugehörige Antwort-E-Mail (nachfolgend: Dokument 7). – Im Zusammenhang mit Zugangsgesuch Nr. 3 reichte der NDB dem Beauftragten einen Auszug aus einem Rapport (nachfolgend: Dokumente 6) ein. Dieses Dokument steht nach Ansicht des NDB allerdings in keinem Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch, "[...] da darin keine Informationen enthalten sind, die die Geschäftsleitung über Fälle von Sexismus erhalten hat, sondern (bewusst von Personen losgelöste) allgemeine Hinweise im Zusammenhang mit der Gleichstellung beinhalten."

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. <sup>3</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

4/10

Nach Einsicht in das vom NDB eingereichte Dokument 6 schliesst sich der Beauftragte der Einschätzung des NDB an, wonach dieses Dokument, soweit ersichtlich, in keinem Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch steht. Folglich ist Dokument 6 nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist demnach die Zugänglichkeit der Dokumente 1-5 und 7.

## **E. 13**

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen

Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.<sup>4</sup>  
Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>5</sup>

#### **E. 14**

Der im Öffentlichkeitsgesetz normierte grundsätzliche Anspruch auf Zugang erstreckt sich ausschliesslich auf amtliche Dokumente. Ein amtliches Dokument ist gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Das Öffentlichkeitsgesetz gilt umfassend für alle amtlichen Dokumente.<sup>6</sup> Deshalb spielt der Dokumentenbegriff beim Recht auf Zugang zu Informationen nach dem Öffentlichkeitsgesetz eine zentrale Rolle.<sup>7</sup>

#### **E. 15**

Der NDB macht in seinen Stellungnahmen an den Antragsteller resp. in jenen an den Beauftragten geltend, dass es sich bei sämtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit den Zugangsgesuchen Nr. 1-3 um Dokumente handle, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind und somit nicht als amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes gelten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ). Zu prüfen ist demnach vorab, ob es sich bei den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten um zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ handelt.

#### **E. 16**

Als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten. Gemäss den Erläuterungen zur Öffentlichkeitsverordnung ist das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises gegeben, wenn die Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (bspw. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen), innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden.<sup>8</sup> Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz nennt als weitere Beispiele für Arbeitshilfsmittel Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, mit Anmerkungen versehene Textentwürfe oder persönliche

4 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 5 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H. 6 Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2012 E. 3. 7 NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz 5. 8 Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 2, S. 3.

5/10

handschriftliche oder elektronische Aufzeichnungen auf einem amtlichen Dokument.<sup>9</sup>

#### **E. 17**

Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, ab wie vielen Personen das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises überschritten ist. Die vom NDB angerufene Norm ist gemäss Rechtsprechung restriktiv anzuwenden. So verneinte das Bundesverwaltungsgericht

den persönlichen Gebrauch bereits bei zwanzig Personen sowie bei einem kleinen Kreis zuständiger Kadermitarbeiter.<sup>10</sup> Das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises ist nach Ansicht des Beauftragten jedoch für sich allein betrachtet noch nicht ausschlaggebend, damit ein Dokument als zum persönlichen Gebrauch gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ bestimmt gelten kann. Ansonsten könnte das Öffentlichkeitsgesetz für alle Geschäfte, an welchen nur ein eng begrenzter Personenkreis beteiligt ist, ausgehebelt werden. Wesentlich sind vielmehr der Charakter und die Qualität des Dokumentes, was sich nicht zuletzt auch daraus ergibt, weshalb bzw. zu welchem Zweck ein solches erstellt wurde.<sup>11</sup>

#### **E. 18**

Der NDB führt zu Dokument 1 und 2 aus, dass sich diese an die AG DIMMI (bestehend aus zwei Co-Leitenden bzw. insgesamt zwölf Personen) und damit an einen eng begrenzten Personenkreis richteten und dieser als gemeinsame Arbeitsgrundlage – nämlich die Ausarbeitung von Berichten der AG DIMMI (d.h. von amtlichen Dokumenten) – bzw. als Arbeitshilfsmittel beim Verfassen des Berichts dienen sollten. Die beiden Dokumente wurden demnach nicht nur innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und vorgesetzter Person ausgetauscht; vielmehr wurde das Dokument der AG DIMMI und damit einer speziell eingesetzten Arbeitsgruppe zur Kenntnis gebracht. Bei Betrachtung des Charakters und der Qualität der beiden Dokumente zeigt sich, dass es sich um gedanklich weiterentwickelte, inhaltlich ausgereifte und strukturierte Dokumente handelt, was gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegen die Annahme eines blossen "Arbeitshilfsmittels" spricht.<sup>12</sup> Ebenso wenig können die beiden Dokumente mit Begleitnotizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschlägen, Gedankenstützen oder Texten, die zur Korrektur versandt wurden, verglichen werden und sie enthalten auch nicht lediglich persönliche Notizen oder Dispositionen.<sup>13</sup> Nach Ansicht des Beauftragten ist damit weder das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises noch dasjenige des Arbeitshilfsmittels gegeben. Folglich handelt es sich bei den Dokumenten 1 und 2 nicht um Dokumente zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ, sondern um amtliche Dokumente nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.

#### **E. 19**

Zu Dokument 7 bringt der NDB in seiner Stellungnahme an den Beauftragten vor, dass es als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument zu beurteilen sei, weil es sich an ein Geschäftsleitungsmitglied wende und diesem als Arbeitshilfsmittel zur Verbesserung der monierten Situation dienen solle. Hierzu ist vorab Folgendes festzuhalten: Allein aus der Tatsache, dass sich ein Dokument nur an eine Person richtet, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass das Dokument zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist. Hinzu kommt, dass insgesamt mindestens sechs Personen Kenntnis über die Informationen in Dokument 7 erlangten. Der Kreis von sechs betroffenen Personen ist damit bereits deutlich grösser als dies im Verhältnis mitarbeitender Person und Vorgesetzte/r der Fall wäre. Insofern ist der eng begrenzte Personenkreis in Bezug auf Dokument 7 zumindest in Frage zu stellen.<sup>14</sup> Zudem weist das Dokument klar gedanklich weiterentwickelte und entsprechend strukturierte

9 BBl 2003 1999 f. 10 Vgl. Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 5.2.2.2 m.w.H. 11 Empfehlung EDÖB vom 20. August 2015: EDA / Protokoll einer Sitzung in der Schweizer Botschaft in Bangkok, Ziff. 19. 12 BVGE 2011/52 E. 5.2.2. 13 Vgl. Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 6.5.2. 14 Vgl. Empfehlung EDÖB vom

10. Juni 2015: ESTV / Dokumente zu einem Treffen zwischen der ESTV und der Berner Finanzkontrolle, Ziff. 20.

6/10

Inhalte auf, die nicht mit Begleitnotizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschlägen, Gedankenstützen oder Texten, die zur Korrektur versandt wurden, verglichen werden können, und es enthält auch nicht lediglich persönliche Notizen oder Dispositionen.<sup>15</sup> Aufgrund des Ausgeführten handelt es sich bei Dokument 7 nach Ansicht des Beauftragten nicht um ein Dokument zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ, sondern um ein amtliches Dokument nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.

#### **E. 20**

Hinsichtlich der Dokumente 3-5 erklärt der NDB, dass die stichwortartigen Handnotizen von bilateralen Gesprächen zwischen dem Direktor und dem stellvertretenden Direktor des NDB zum rein persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente darstellen. Sie seien einzig in Papierform in einem Ordner mit persönlichen Unterlagen des stellvertretenden Direktors abgelegt worden. Die Dokumente 3-5 resp. die das Zugangsgesuch betreffenden Ausschnitte enthalten maschinengeschriebene, teils handschriftlich ergänzte oder gänzlich handschriftlich abgefasste Inhalte, wobei es sich grösstenteils um Stichworte handelt. Eine über blosser Begleitnotizen oder Gedankenstützen hinausgehende gedankliche Weiterentwicklung oder Strukturierung der Inhalte ist nicht erkennbar. Gleichzeitig ist nicht ersichtlich, dass diese Dokumente – abgesehen vom Verfasser – weiteren Personen zugänglich sind oder gemacht werden sollten. Die Voraussetzungen des eng begrenzten Personenkreises wie auch diejenige der Benutzung als Arbeitshilfsmittel sind nach Ansicht des Beauftragten für die Dokumente 3-5 gegeben.

#### **E. 21**

Zwischenfazit: Der NDB hat nach Ansicht des Beauftragten glaubhaft darlegen können, dass die Dokumente 3-5 Dokumente sind, die zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ bestimmt sind. Es handelt sich folglich nicht um amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist. Die Dokumente 1, 2 und 7 sind nach Ansicht des Beauftragten hingegen nicht als zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V. m. Art. 1 Abs. 3 VBGO zu qualifizieren, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangt und die gesetzliche Vermutung des Zugangs gilt. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf die Dokumente 1, 2 und 7.

#### **E. 22**

Der NDB macht in seinen Stellungnahmen an den Beauftragten geltend, dass der Zugang auch dann zu verweigern wäre, wenn die verlangten Dokumente als amtliche Dokumente zu qualifizieren wären. Er führt dazu aus, dass die AG DIMMI ins Leben gerufen wurde, "[...] um Missstände im Dienst an den Tag zu bringen, dem Direktor zu unterbreiten und um konstruktiven Vorschläge zur Behebung dieser Missstände zu erarbeiten. Als eine der ersten Sofortmassnahmen hat die AG dem damaligen Direktor des NDB beantragt, eine Anlaufstelle einzurichten, an welche die Mitarbeitenden Missstände melden können, sei es anonym oder an Mitglieder der AG DIMMI." Weiter betont der NDB, "[...] dass eine Zugangsgewährung zum anonymen Schreiben das Ende der AG DIMMI bedeuten würde, weil gegenüber den eigenen Mitarbeitenden die Vertraulichkeit nicht gewahrt werden

könnte. Mit einer Zugangsgewährung würde dem NDB im Ergebnis somit auch die von ihm angestrebte «Kurskorrektur» verunmöglicht, weshalb auch in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ kein Zugang zu gewähren ist."

### **E. 23**

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

15 Vgl. FN 13 und 14.

7/10

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es sei dabei zu verlangen, „dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht.“<sup>16</sup> Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Nicht von Art. 7 Abs. 1 lit. b erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.<sup>19</sup>

### **E. 24**

In den Dokumenten 2 und 7 werden zwar weitere Diskussionen oder Diskussionspapiere in Aussicht gestellt. Dennoch hat der NDB im Schlichtungsverfahren bis anhin lediglich vorgebracht, dass eine Zugangsgewährung verunmögliche die angestrebte «Kurskorrektur». Er hat indes noch nicht mit der von der Rechtsprechung verlangten Begründungsdichte aufgezeigt, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme des NDB vorbereiten und wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Nach Ansicht des Beauftragten ist nicht hinreichend dargetan, weshalb die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ vorliegend zur Anwendung gelangen sollte.

### **E. 25**

Schliesslich bringt der NDB vor, dass die verlangten Dokumente Personendaten enthalten, und führt dazu Folgendes aus: "Vorliegend bestünde zwar die Möglichkeit, das angefragte Schreiben zu anonymisieren. Für bestimmte Mitarbeitende des NDB wäre es aber gleichwohl möglich, aufgrund des aus dem Schreiben hervorgehenden Sachverhaltes Rückschlüsse zu ziehen und den Verfasser des Schreibens zu identifizieren. Letzterer wäre somit in seiner Privatsphäre beeinträchtigt. Der NDB kommt nach einer Interessenabwägung zum Schluss, dass die privaten Interessen eben genannter Person die öffentlichen Interessen eindeutig überwiegen. So sind die privaten Interessen der Person nämlich als massiv zu gewichten, ist doch das « Anonym bleiben» der Person und somit ein

Verhindern von möglichen negativen Konsequenzen vermutlich Voraussetzung, dass eine Meldung an die AG DIMMI überhaupt erfolgt ist." Im Ergebnis bringt der NDB damit sinngemäss zum Ausdruck, dass der Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen nur möglich sei, wenn die Herausgabe der Dokumente generell verweigert werde, weil die blossе Anonymisierung der Dokumente vorliegend nicht ausreichend sei.

#### **E. 26**

Der Antragsteller erklärte in sämtlichen Zugangsgesuchen ausdrücklich, dass er mit "[...] allfällig notwendigen Schwärzungen von Personennamen und Schwärzungen zum Schutz von Informationen gemäss Artikel 67 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) [...]" einverstanden ist.

#### **E. 27**

Die zu beurteilenden amtlichen Dokumente enthalten Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes, weshalb es zum Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen Art. 7 Abs. 2 BGÖ zu beachten gilt. Demnach wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre

16 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 17 BGE 144 II 77 E. 4.3. 18 Urteil 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. 19 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1.

8/10

Dritter beeinträchtigt werden kann, ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Art. 9 BGÖ sieht zum Schutz von Personendaten vor, dass amtliche Dokumente mit Personendaten nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind (Art. 9 Abs. 1 BGÖ), während gemäss Abs. 2 ein Zugangsgesuch nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen ist, wenn die Daten nicht anonymisiert werden können. Zu klären ist demnach, ob die Dokumente 1, 2 und 7 anonymisiert werden können.

#### **E. 28**

Anonymisierung bedeutet, die Personendaten zu entfernen oder soweit unkenntlich zu machen, dass eine Re-Identifizierung ohne unverhältnismässigen Aufwand vernünftigerweise nicht mehr möglich ist.<sup>20</sup> Dabei sind unter Personenangaben alle Angaben zu verstehen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (vgl. Art. 3 Bst. a DSGVO). Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht gilt daher nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>21</sup> Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz bezieht sich dieser Begriff auf Schwierigkeiten der Anonymisierung tatsächlicher Art; etwa, weil das Zugangsgesuch sich auf ein Dokument bezieht, das eine bestimmte, vom Gesuchsteller bezeichnete Person betrifft oder weil die Anonymisierung mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand verbunden wäre.<sup>22</sup> Nach der Rechtsprechung ist eine Anonymisierung der Personendaten ausserdem nicht möglich, wenn die amtlichen Dokumente durch die Anonymisierung ihren Informationsgehalt verlieren oder gar unverständlich würden.<sup>23</sup> Eine Anonymisierung scheidet ebenfalls aus, wenn dadurch der Zweck des Zugangsgesuchs vereitelt wird<sup>24</sup> oder wenn durch die anonymisierte Bekanntgabe dem Informationsbedürfnis der gesuchstellenden Person nicht im gewünschten Umfang

nachgekommen werden kann resp. die Unkenntlichmachung der Informationen in materieller Hinsicht einer Verweigerung bzw. zumindest einer wesentlichen Einschränkung des Zugangsgesuches gleichkäme.<sup>25</sup>

#### **E. 29**

Soweit der NDB vorbringt, dass es aufgrund des aus dem Schreiben hervorgehenden Sachverhaltes möglich sei, Rückschlüsse zu ziehen und den Verfasser des Schreibens zu identifizieren, hat er bis anhin nicht konkret dargelegt, welche Aspekte des Sachverhalts welche Rückschlüsse auf die Identität der Verfasserin resp. des Verfassers zulassen. Der NDB hat im Schlichtungsverfahren ebenfalls nicht aufgezeigt, welche Abdeckungen im Hinblick auf eine Anonymisierung im hiervor erwähnten Sinne (vgl. Ziffer 28) notwendig wären. Folglich vermag der Beauftragte nicht zu beurteilen und auch nicht zu erkennen, ob und in welchem Umfang die Dokumente durch die Anonymisierung ihren Informationsgehalt verlieren oder unverständlich würden resp. der Zweck des Zugangsgesuchs vereitelt würde oder die anonymisierte Bekanntgabe in materieller Hinsicht einer Verweigerung bzw. zumindest einer wesentlichen Einschränkung des Zugangsgesuches gleichkäme. Dass die Anonymisierung mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand verbunden wäre, wird vom NDB nicht geltend gemacht und ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich. Gleichzeitig beziehen sich die Zugangsgesuche vorliegend nicht auf Dokumente, die eine konkret bezeichnete Person betreffen. Vielmehr hat der Antragsteller explizit auf die Bekanntgabe von Personennamen verzichtet und im Rahmen der Schlichtungssitzung bestätigt, dass er nicht an Angaben zu konkreten Personen interessiert sei. Im Ergebnis ist für den Beauftragten somit nicht ersichtlich,

20 BVGE 2011/52 E. 7.1; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, § 25 Rz. 25.60; ISABELLE HÄNER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 9 BGÖ N. 5 mit Hinweisen. 21 Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.1. 22 BBl 2003 2016. 23 Vgl. Urteil des BVGer A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 10.6.2 zu Lebensläufen von Forschenden. 24 Urteil des BVGer A-1592/2014 vom 22. Januar 2015 E. 5.5. 25 BGE 144 II 77 E. 5.1.

9/10

aus welchen Gründen eine Anonymisierung der Dokumente 1, 2 und 7 nicht möglich sein soll. Dabei gilt es zu beachten, dass in den Dokumenten zum Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen unter Umständen auch weitergehende Informationen, beispielsweise erwähnte Fachbereiche, abzudecken sind. Demzufolge empfiehlt der Beauftragte dem NDB, den Zugang zu den Dokumenten 1, 2 und 7 in anonymisierter Form i.S.v. Art. 9 Abs. 1 BGÖ zu gewähren; die Anwendung der Bestimmungen von Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSG ist nach Ansicht des Beauftragten nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt.

#### **E. 30**

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Bei den Dokumenten 1, 2 und 7 handelt es sich um amtliche Dokumente i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ, für welche die grundsätzliche gesetzliche Vermutung des freien Zugangs gilt (Art. 6 BGÖ). Der NDB vermag bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des

freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Die Personendaten sind in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ und unter Berücksichtigung der entsprechenden Rechtsprechung zu anonymisieren. Andere Ausnahmebestimmungen wurden vom NDB im Schlichtungsverfahren nicht geltend gemacht. Der NDB gewährt somit den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten in anonymisierter Form.

#### **E. 31**

Abschliessend ist anzumerken, dass es dem NDB unbenommen ist, im Rahmen des allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens das Kriterium des persönlichen Gebrauchs der Dokumente 1,2 und 7 i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ resp. die Wirksamkeit des angerufenen Ausnahmegrunds von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ oder anderer Ausnahmebestimmungen mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen bzw. darzulegen, inwiefern eine Anonymisierung der entsprechenden Dokumente nicht möglich ist.

10/10

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

#### **E. 32**

Der Nachrichtendienst des Bundes gewährt den Zugang zu den Dokumenten 1, 2 und 7 in anonymisierter Form.

#### **E. 33**

Der Nachrichtendienst des Bundes hält in Bezug auf die Dokumente 3, 4 und 5 an der Verweigerung des Zugangs fest.

#### **E. 34**

Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Nachrichtendienst des Bundes den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

#### **E. 35**

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

#### **E. 36**

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

#### **E. 37**

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

#### **E. 38**

Die Empfehlung wird eröffnet:

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

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

Reto Ammann André Winkler Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip Jurist  
Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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