



Bern, den 18. November 2010

Empfehlung

gemäss

Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

Antragssteller X

gegen

**Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 1. Juli 2010 beim Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) ein Gesuch um Zugang zu zwei Inspektionsberichten eingereicht, welche die Nachrichtendienstliche Aufsicht VBS (nachfolgend ND-Aufsicht) erstellt hat. Auf diese Dokumente wurde der Antragsteller aufgrund des Berichts der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte zur Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 (nachfolgend GPDel-Bericht) aufmerksam¹.
2. Mit Schreiben vom 6. Juli 2010 lehnte das VBS die Einsicht in die zwei Inspektionsberichte mit folgender Begründung ab: „Die beiden Inspektionsberichte wurden vertraulich klassifiziert, da sie den zuständigen Aufsichtsbehörden Grundlagen für den Entscheid zu zahlreichen Massnahmen liefern sollen. Dazu enthalten sie detaillierte Zahlenangaben, Fallbeispiele, eingehenden

¹ Bericht der Geschäftsprüfungskommission der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010



de Angaben über die Funktions- und Arbeitsweise des Dienstes sowie auch die Darlegung von Problemfeldern.“

Zusätzlich führte das VBS aus, der Zugang zu amtlichen Dokumenten könne gemäss Art. 7 BGÖ verweigert werden, wenn:

- „die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde (Bst. b)
Aufgrund der dargelegten Informationen könnten allfällige Schwachpunkte der nachrichtendienstlichen Tätigkeit bekannt werden. Dies könnte die Tätigkeit des Nachrichtendienstes erheblich beeinträchtigen.
- die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann (Bst. c)
Die Berichte ermöglichen Rückschlüsse auf Arbeitsweise, Organisation und Strategie des Nachrichtendienstes und damit auch der Politik der Schweizer Nachrichtendienste im Allgemeinen. Dadurch könnte u.a. die Gefahr einer gezielten Spionage durch ausländische Nachrichtendienste ansteigen. Damit ist auch gerade die nächste gesetzliche Ausnahmebestimmung angesprochen:
- die ausserpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können (Bst.d)
- die Beziehungen zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen beeinträchtigt werden können (Bst. e)
Schliesslich kann auch die Zusammenarbeit mit den einzelnen Kantonen (besonders) betroffen sein. Eine Publikation solcher Inspektionsberichte könnte das Verhältnis unter den Kantonen beeinträchtigen und das Verhältnis zum Bund unnötig belasten.“

Schliesslich wies das VBS darauf hin, „dass wesentliche Elemente der Inspektionsberichte von der Delegation der Geschäftsprüfungskommissionen in ihren Bericht übernommen worden sind. Die Details jedoch müssen vertraulich bleiben.“

3. Am 8. Juli 2010 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.
4. Auf Ersuchen des Beauftragten übermittelte das VBS am 9. August 2010 dem Beauftragten eine Stellungnahme sowie den Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vom 23. September 2009² und denjenigen über die Prüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS-NT „Staatsschutz“ des DAP vom 22. Februar 2010. Das VBS hielt an den Gründen der Zugangsverweigerung fest und bemerkte: „Zwar ist es nachvollziehbar, dass Berichte, welche Zahlen, Fallbeispiele und Problemfelder im Nachrichtendienst ausführlich darstellen, insbesondere bei Medienschaffenden auf Interesse stossen. Andererseits sind gerade die Nachrichtendienste in entscheidendem Mass darauf angewiesen, dass diese Informationen, die Einzelheiten der Funktions- und Arbeitsweise sowie die dortigen Probleme erläutern, unter dem Schirm der Vertraulichkeit bleiben, da sonst ihre Tätigkeit erheblich gestört werden könnte. Besonders heikel sind quantitative Aspekte der Arbeit und konkrete Arbeitsabläufe.“ Ausserdem argumentierte das VBS, dass „[D]em berechtigten Interesse der Öffentlichkeit und der Medien [...] dadurch Rechnung getragen [wurde], dass die wesentlichen Erkenntnisse der Inspektionen von der Geschäftsprüfungsdelegation in ihrem Bericht dargestellt werden. Dieser Bericht wurde im Internet publiziert [...].“

² Im Bericht ist der 16. September 2009 als Tag der Unterzeichnung angegeben, während im GPDeI-Bericht der Bericht mit 23. September 2009 datiert wird.



5. Am 13. September 2010 diskutierten der Beauftragten und das VBS in einer Sitzung in einem offenen Dialog über die konkreten Dokumente und insbesondere deren Inhalte. Das VBS erläuterte zudem die Organisation und Funktion der ND-Aufsicht, erklärte die Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der nachrichtendienstlichen Aufsicht und begründete eingehender, weshalb kein Zugang gewährt worden sei.
6. In der Folge übermittelte das VBS dem Beauftragten eine zusätzliche Stellungnahme (datiert 17. September 2010) sowie weitere Dokumente über die aufsichtsrechtliche Tätigkeit des VBS. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die ND-Aufsicht die GPDel angehört hat: «Après consultation du secrétariat de la Délégation des commissions de gestion (ci-après la Délégation), nous pouvons confirmer que, pour cette instance également, un droit d'accès au rapport en question, et plus généralement aux rapports d'inspection de la surveillance des services de renseignement, serait problématique.»

Nach Ansicht des VBS ist die GPDel als parlamentarische Oberaufsicht über den Staatschutz und die Nachrichtendienste von der ND-Aufsicht zu unterscheiden: «L'objet principal de la supervision parlementaire (assumée par la Délégation) est de s'assurer que le département compétent effectue les contrôles exigés par la loi et remédie aux problèmes constatés. Cela implique un rapport de confiance entre les divers acteurs (inspecteurs et inspectés) et la garantie que les personnes interrogés dans le cadre des inspections et des vérifications ne seront pas inquiétées ou désavantagées en raison de leurs réponses.» Wären die Berichte der ND-Aufsicht der Öffentlichkeit zugänglich, so das VBS, würden die Mechanismen der internen Kontrolle negativ beeinflusst werden. Die beaufsichtigten Personen und Stellen würden dann zögern, den Aufsichtsorganen offen und transparent Auskunft zu erteilen. Es bestünde das Risiko, dass der Informationsfluss zwischen dem Nachrichtendienst und den Aufsichtsorganen versiegen würde.

Das VBS argumentiert weiter, „En outre, et même si le rapport en question n'a pas été réalisé à la demande formelle de la Délégation, il est le résultat du plan de contrôle pour l'année 2009, qui a également eu l'aval de la Délégation. En effet, ce programme fait l'objet d'une coordination avec la surveillance parlementaire avant d'être approuvé par le chef du DDPS (cf. art. 26, al. 1 LMSI: 'Le DDPS établit un plan de contrôle annuel qu'il coordonne avec les contrôles parlementaires'). Ainsi, ce rapport fait partie des contrôles effectués d'entente avec la Délégation. Cela est retenu dans le rapport (p. 4: 'Das Inspektionsprogramm wurde vorgängig mit der Geschäftsprüfungsdelegation abgesprochen und mit den von ihr vorgesehenen Kontrollen harmonisiert.').»

7. Zum GPDel-Bericht veröffentlichte der Bundesrat am 22. Oktober 2010 eine Stellungnahme³.

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

³ Stellungnahme des Bundesrates vom 20. Oktober 2010 zum GPDel-Bericht vom 21. Juni 2010



Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig⁴. Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim VBS eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten⁵.

Kommt keine Einigung zu Stande 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. Sachlicher Geltungsbereich

1. Der persönliche Geltungsbereich des BGÖ wird in Art. 2 BGÖ definiert. Demnach gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung, Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes erlassen, sowie für die Parlamentsdienste (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und c BGÖ). Der Bundesrat als Regierung und damit politisches Organ unterliegt nicht dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes⁶, der einzelne Bundesrat in seiner Funktion als Departementsvorsteher jedoch schon.
 - 1.1 Die ND-Aufsicht ist eine VBS-interne Kontrollinstanz, welche die Tätigkeit des Nachrichtendienstes auf Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit überprüft⁷. Das VBS erlässt jährlich einen Kontrollplan, der mit der parlamentarischen Kontrolle des Nachrichtendienstes abgestimmt wird⁸. Seit dem Transfer des Staatsschutzes (jetzt ziviler Nachrichtendienst) vom EJPD ins VBS auf den 1. Januar 2009 ist auch die ND-Aufsicht, personell unverändert, unter dem Dach des VBS tätig.

Die ND-Aufsicht ist Teil der Bundesverwaltung und unterliegt gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ dem Öffentlichkeitsgesetz.

⁴ BBI 2003 2023

⁵ BBI 2003 2024

⁶ Handkommentar BGÖ, Art. 2 RZ 12; BBI 2003 1985

⁷ Art. 32 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 2 der Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB, SR 121.1).

⁸ Art. 26 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120); Art. 34 V-NDB



- 1.2 Die Bundesversammlung und ihre Organe (National- und Ständerat, die Kommissionen und ihre Subkommissionen sowie Delegationen etc.) gehören nicht zur Bundesverwaltung.⁹ Sie verfügen mit den Parlamentsdiensten über eine eigene Verwaltung. Soweit die Parlamentsdienste unmittelbar für die Bundesversammlung und deren Organe tätig sind, unterliegen auch sie nicht dem Öffentlichkeitsgesetz¹⁰.
- 1.3 Die GPDel ist ein Organ der Bundesversammlung im Sinne von Art. 31 Bst. g ParlG, weshalb für sie als politisches Organ das Öffentlichkeitsgesetz nicht gilt (e contrario Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Sie ist gemäss Art. 53 Abs. 2 ParlG das parlamentarische Kontrollorgan des Nachrichtendienstes, überwacht die Tätigkeit des Staatsschutzes und kontrolliert ihn nach den Kriterien der Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit (Art. 52 Abs. 2 ParlG). Als parlamentarische Aufsicht unterscheidet sie sich von der ND-Aufsicht des Nachrichtendienstes (Verwaltungskontrolle)¹¹.
2. Der Beauftragte hat in der Sitzung vom 13. September 2010 das VBS darauf hingewiesen, dass vorab zu klären sei, ob die zwei Inspektionsberichte aufgrund eines unmittelbaren und besonderen Auftrags der GPDel erstellt wurden, resp. ob das BGÖ auf diese beiden Inspektionsberichte anwendbar sei.
- 2.1 Das Öffentlichkeitsgesetz enthält in Art. 4 Bst. a BGÖ einen Vorbehalt für Spezialbestimmungen anderer Bundesgesetze, welche gewisse Informationen als geheim bezeichnen. Eine solche ist Art. 47 Abs. 1 ParlG, wonach Beratungen der Kommissionen – und somit auch der GPDel – vertraulich sind. Diese Bestimmung hat somit Vorrang gegenüber dem BGÖ. Deshalb ist das Öffentlichkeitsgesetz auf Beratungen und Berichte der Kommissionen und der GPDel nicht anwendbar. Amtliche Dokumente, welche die Bundesverwaltung für die Kommissionen erstellt, gelten jedoch nicht in jedem Fall als vertraulich. Der Zugang zu diesen Dokumenten kann nur dann gestützt auf Art. 47 Abs. 1 ParlG verweigert werden, wenn die Bundesverwaltung sie aufgrund eines *unmittelbaren und besonderen Auftrags einer Kommission* erstellt hat¹². Entscheidend ist deshalb nicht der Adressatenkreis, sondern das Vorliegen eines solchen Auftrags.
3. Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vom 23. September 2009:
Die GPDel verlangte vom VBS mit Schreiben vom 30. Januar 2009 im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit betreffend die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit des Staatsschutzes (Art. 52 Abs. 2 ParlG) *ausdrücklich* die Erstellung eines Berichts zur Datenbearbeitung im ISIS-Staatschutzsystems (die Kopie des Schreibens ist auf S. 89 eingefügt). Demzufolge ist der von der ND-Aufsicht erstellte Bericht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vom 23. September 2009 in *unmittelbare und besonderen Auftrag der GPDel* erstellt worden. Somit liegt eine spezialgesetzliche Geheimhaltungsnorm gemäss Art. 4 Bst. a BGÖ vor.

Der Beauftragte gelangt daher zur Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz auf den Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vom 23. September 2009 nicht anwendbar ist. Demzufolge besteht aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes kein Rechtsanspruch auf Zugang.

⁹ Art. 31 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10)

¹⁰ BBl 2003 1985

¹¹ Art. 32 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 2 V-NDB

¹² [Empfehlung vom 19. Juni 2009: UVEK / Zusatzdokumentation Staatsrechnung](#), Ziffer B 7.



- 3.1 Es liegt im freien Ermessen der GPDel zu entscheiden, ob sie Einsicht in den Inspektionsbericht vom 23. September 2009 gewähren will oder nicht.
4. Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Prüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS NT „Staatsschutz“ vom 22. Februar 2010:
Das VBS argumentiert in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 17. September 2010, dieser Inspektionsbericht sei ebenfalls für die GPDel ausgefertigt worden.
- 4.1 Aus diesem Inspektionsbericht geht klar hervor, dass er nicht im unmittelbaren und besonderen Auftrag der GPDel, sondern im Auftrag des Departementschefs VBS erstellt wurde und an ihn adressiert worden ist (vgl. S. 3 des Berichts „Die vom Departementschef am 10. Februar 2009 in Auftrag gegebene Prüfung [...]“ bzw. Deckblatt „an den Departementschef VBS“). Es handelt sich hierbei also eindeutig um einen Bericht, den die ND-Aufsicht zuhanden des Departementschefs und damit für die jährliche Verwaltungskontrolle erstellt hat. Daran ändert auch das Argument, dass der GDel-Bericht sich teilweise auf diesen Inspektionsbericht abgestützt hat und die aufsichtrechtliche Jahreskontrolle des Departements jeweils mit der politischen Oberaufsicht des Parlaments koordiniert wird, nichts. Entscheidend ist, dass kein unmittelbarer und besonderer Auftrag der GPDel vorliegt.
- Der Beauftragte gelangt daher zur Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich auf den Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Prüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS-NT „Staatsschutz“ des DAP vom 22. Februar 2010 anwendbar ist.*
5. Das VBS hat in seiner Stellungnahme vom 9. August 2010 ausgeführt: „Dem berechtigten Interesse der Öffentlichkeit und der Medien wurde dadurch Rechnung getragen, dass die wesentlichen Erkenntnisse der Inspektionen von der Geschäftsprüfungsdelegation in ihrem Bericht dargestellt werden. Dieser Bericht wurde im Internet publiziert [...].“
- 5.1 Es mag durchaus sein, dass im GPDel-Bericht wesentliche Elemente bereits öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Vorliegend steht jedoch nicht der GPDel-Bericht zur Diskussion, sondern es geht einzig darum, ob die „Öffentlichkeit“ gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Zugang zum fraglichen Inspektionsbericht erhält. Dabei ist unerheblich, ob in einem anderen Dokument allenfalls bereits Informationen veröffentlicht worden sind. Zudem gilt es zu beachten, dass mit dem Öffentlichkeitsprinzip auch die Verwaltungskontrolle durch das Volk bezweckt wird¹³. In Bezug auf die Justizöffentlichkeit hat das Bundesgericht kürzlich festgehalten, dass der demokratischen Kontrolle durch die Öffentlichkeit eine eigenständige Bedeutung zukommt¹⁴.
6. Das VBS legte in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2010 dar, dass die erstellten Berichte vertraulich klassifiziert seien.
- 6.1 Als Klassifizierung wird der Vorgang bezeichnet, bei welchem die Behörde auf einem Dokument einen entsprechenden Vermerk anbringt¹⁵ (Art. 3 Bst. f der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes, Informationsschutzverordnung, ISchV, SR 510.411). Die Modalitäten der Klassifizierung sind in der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung, ISchV, SR 51.411) geregelt. Entsprechend der

¹³ Urteil des Bundesgerichtes vom 18. Oktober 2010, A-3443/2010 Erw. 3.1

¹⁴ Urteil des Bundesgerichtes vom 6. Oktober 2010, 1C_322/2010 Erw. 2.4

¹⁵ Handkommentar BGÖ, Art. 4 RZ 29



Schutzwürdigkeit der Dokumente unterscheidet die ISchV drei Klassifizierungsstufen: „geheim“ (Art. 5 ISchV), „vertraulich“ (Art. 6 ISchV) oder „intern“ (Art. 7 ISchV). Die Umschreibung der Klassifizierungsstufen orientiert sich stark am Wortlaut der Ausnahmebestimmung von Art. 7 BGÖ und ist „im Lichte dieser Bestimmungen“¹⁶ auszulegen.

- 6.2 Die Tatsache, dass ein amtliches Dokument klassifiziert ist, stellt für die Beurteilung des Zugangsgesuches zwar ein gewichtiges Element dar, *allein aufgrund der Klassifizierung darf aber der Zugang nicht verweigert werden*¹⁷. Im Rahmen eines solchen Zugangsgesuches muss gemäss Art. 11 Abs. 5 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) geprüft werden, ob das fragliche Dokument entklassifiziert werden kann. Gemäss Art. 13 Abs. 3 ISchV prüft die zuständige Stelle, unabhängig von einem allfälligen Vermerk, ob der Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist. Bei der Prüfung der Frage, ob die Klassifizierung überhaupt noch gerechtfertigt ist, muss die zuständige Stelle u.a. auch abklären, ob sämtliche Teile eines Dokuments noch zurückbehalten werden müssen, um den mittels Klassifizierung angestrebten Schutz bestimmter Interessen sicherzustellen. Ergibt die Prüfung, dass die Klassifizierung nicht mehr gerechtfertigt ist, muss das Dokument (als ganzes oder in Teilen) entklassifiziert und der Zugang gewährt werden¹⁸. Mit anderen Worten führt die Koordination des Öffentlichkeitsgesetzes und der Informationsschutzverordnung dazu, dass im Rahmen der Beurteilung des Zugangsgesuchs nur Klassifizierungen von Informationen gerechtfertigt sind, soweit eine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ oder einer der Sonderfälle von Art. 8 Abs. 1-4 BGÖ vorliegt.
- 6.3 Der zu beurteilende Inspektionsbericht wurde als vertraulich klassifiziert. Gemäss Art. 6 ISchV kann die Kenntnisnahme der klassifizierten Informationen durch Unberechtigte die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (Bst. b), die Sicherheit der Bevölkerung (Bst. c), die Aufgabenerfüllung von Teilen der Bundesverwaltung oder von Teilen der Armee (Bst. e), die aussenpolitischen oder internationalen Beziehungen der Schweiz (Bst. f) sowie die Beziehungen zwischen Bund und Kantonen und zwischen Kantonen beeinträchtigen.
- 6.4 Wie oben ausgeführt, müssen diese Umschreibungen im Lichte der Ausnahmeklauseln des Öffentlichkeitsgesetzes, vorliegend Art. 7 Abs. 1 Bst. b, c, d und e BGÖ, interpretiert werden. Dabei muss geprüft werden, ob und in welchem Umfang die Klassifizierungsstufe „vertraulich“ in Bezug auf den zu beurteilenden Bericht noch gerechtfertigt ist. Im Weiteren gilt es zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Beschränkung des Zugangs nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b, c, d und e BGÖ gegeben sind.
7. Ausgangspunkt der Prüfung der Zugänglichkeit ist gemäss Öffentlichkeitsgesetz das konkrete amtliche Dokument, d.h. vorliegend der Inspektionsbericht vom 22. Februar 2010.
- 7.1 Ob eine Ausnahme gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ gegeben ist, hängt nicht von einer Abwägung der Interessen der Verwaltung an der Geheimhaltung und des Interesses des Gesuchsstellers auf Zugang ab. Der Gesetzgeber hat diese Interessenabwägung bereits vorweggenommen, in dem er in Art. 7 BGÖ abschliessend die Fälle der überwiegenden öffentlichen (Abs. 1 Bst. a-f)

¹⁶ Stephan C. Brunner, Die neue Informationsschutzverordnung des Bundes: Das Öffentlichkeitsprinzip am Scheideweg?, in: *medialex* 1/08, Ziff. 2

¹⁷ Handkommentar zum BGÖ, Art. 4 Rz 30; Handkommentar zum BGÖ, Art. 12 RZ 8; „Bundesamt für Justiz, "Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung; Häufig gestellte Fragen „ Ziffer 4.3 (Stand 25. Februar 2010)

¹⁸ BBl 20032006



und privaten (Abs. 1 Bst. g und h) Interessen aufgezählt hat, welche das öffentliche Interesse auf Zugang überwiegen¹⁹. Enthält ein Dokument nicht anonymisierbare Personendaten, darf eine Behörde hingegen selber eine solche Interessenabwägung vornehmen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ)²⁰.

- 7.2 Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen vorliegen: Das von der Behörde (Bst. a – f) oder einem Privaten (Bst. g-h) geltend gemachte Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt, und es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt²¹. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden „nach dem üblichen Lauf der Dinge“ mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreffen. Im Zweifelsfall ist der Zugang zu gewähren²². Es obliegt der Behörde zu beweisen, dass die Ausnahmebedingungen, die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegt sind, gegeben sind²³.
8. Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ schützt die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz, während Schutzobjekt nach Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ die Beziehungen des Bundes zu den Kantonen sind.

- 8.1 Das VBS begründete das Vorliegen dieser beiden Ausnahmeregelungen zu wenig spezifisch.

Nach Einschätzung des Beauftragten ist dem VBS der Beweis nicht gelungen, wonach das Bekanntmachen des Inspektionsberichts ein ernsthaftes Schadensrisiko darstellt und hieraus eine ernsthafte Beeinträchtigung der aussenpolitischen Beziehungen und sowie der Beziehungen des Bundes zu den Kantonen resultiert. Die Ausnahmen von Art. 7 Abs. 1 Bst. d und e BGÖ liegen nicht vor.

9. Mit der Geheimhaltungsklausel von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ sollen Vorkehrungen geschützt werden, welche die Verwaltungsbehörde trifft, um die ihr aufgegeben Ziele zu erreichen.
- 9.1 Diese Norm schützt demnach die Vorbereitung einer Verwaltungshandlung. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass sich mit dieser Ausnahme die Nichtzugänglichkeit praktisch jeder Information rechtfertigen lassen, wenn sie wörtlich ausgelegt werde und erläutert: „Deshalb ist es wichtig, dass die Ausnahmebestimmung nur eingesetzt wird, wenn die Offenlegung der durchzuführenden Massnahmen deren Erfolg ernsthaft gefährdet. Mit anderen Worten, die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen muss der Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen“²⁴. Mit dieser Ausnahmebestimmung werden insbesondere Ermittlungen, Inspektionen oder administrative Überwachungen geschützt, mit welchen sichergestellt werden soll, dass sich in erster Linie der Bürger und die Bürgerin an das Gesetz halten.
- 9.2 Die Inspektionstätigkeit der ND-Aufsicht ist eine Massnahme, die sicherstellen soll, dass sich der Staatschutz, eine *Verwaltungseinheit*, an das Gesetz hält. Der Inspektionsbericht ist das

¹⁹ Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 5

²⁰ Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 BGÖ und Art. 6 VBGÖ

²¹ Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 4

²² Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 4.; BBI 2003 2009, [Empfehlung vom 29. August 2008](#), Ziffer II.B.4; Stephan C. Brunner, Interessenabwägung im Vordergrund, digma 4/2004, S. 162

²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010 Erw. 3.1

²⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010, A,- 3443/2010, Erw. 5.2; Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 23 ff.



Ergebnis der erfolgten Inspektion. Damit stellt dieser Bericht keine vorbereitende Verwaltungshandlung dar.

Nach Einschätzung des Beauftragten kann sich das VBS nicht auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ berufen.

10. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ schützt die innere und äussere Sicherheit im weiteren Sinn. In erster Linie erfasst diese Ausnahme die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens. Sie ermöglicht es, Massnahmen geheim zu halten, welche von der Regierung getroffen oder in Erwägung gezogen werden, um die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten. Auch legitime Sicherheitszwecke rechtfertigen es aber nicht, alles und jedes geheim zu halten. In jedem Einzelfall muss sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung des Dokumentes die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Es hängt stark von den Umständen des jeweiligen Zeitpunktes ab, insbesondere von der Intensität der Bedrohung für die Bevölkerung, ob Informationen zugänglich gemacht werden oder nicht²⁵.
- 10.1 Der Inspektionsbericht der ND-Aufsicht ist das Ergebnis der Prüfung betreffend Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS-NT „Staatsschutz“ des DAP des Jahres 2009. Es leuchtet ein, dass im Bereich nachrichtendienstlicher Tätigkeiten die Preisgabe bestimmter Informationen ein Schadensrisiko darstellen kann. Entscheidend ist, ob durch die Offenlegung des Inspektionsberichtes die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigt wird und ob das Risiko besteht, dass diese Beeinträchtigung auch eintritt.
- 10.2 Das VBS konnte deutlich aufzeigen, weshalb die Geheimhaltung notwendig ist. Es ist für den Beauftragten verständlich, dass mit der Zugänglichmachung bestimmter Informationen (wie Funktions- und Arbeitsweise, Evaluation der Risiken sowie Empfehlungen) ein Schadensrisiko entsteht und Rückschlüsse auf die Tätigkeit, die Organisation und die Strategie des Nachrichtendienstes möglich sind. Damit könnte die innere und äussere Sicherheit der Schweiz ernsthaft beeinträchtigt werden.
- 10.3 Die spezifischen Tätigkeiten des Staatsschutzes bedingen, dass bestimmte Informationen bis zu einem gewissen Grad geheim gehalten werden müssen. Zudem ist die spezielle Konstellation im Bereich der Staatsschutzes zu beachten: Einerseits beaufsichtigt eine Verwaltungsbehörde (ND-Aufsicht) eine andere (Staatsschutz), und andererseits besteht eine parlamentarische Aufsicht (GPDeI), die ihre Aufsichtstätigkeit mit einer Verwaltungsbehörde (ND-Aufsicht) koordiniert. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Zusammenarbeit der Beteiligten untereinander auf Vertrauen basieren muss. Wird dieses durch den Zugang zum Inspektionsbericht erschüttert, besteht das ernsthafte Risiko, dass künftig der Informationsfluss zwischen den Aufsichtsorganen und der beaufsichtigten Stelle gestört wird und die Akteure ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen können.

Nach Einschätzung des Beauftragten kann die Zugänglichmachung des gesamten Inspektionsberichts vom 23. Februar 2010 ein ernsthaftes Schadensrisiko zur Folge haben und daraus eine ernsthafte Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz resultieren.

²⁵ Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 28



11. Es bleibt zu prüfen, ob das VBS das Verhältnismässigkeitsprinzip korrekt angewendet hat.
 - 11.1 Die Behörde ist verpflichtet, bei jedem Zugangsgesuch das Verhältnismässigkeitsgebot²⁶ zu beachten. Es verlangt, dass die von der Behörde gewählte Verwaltungsmassnahme für das Erreichen des Zieles geeignet, notwendig und für die Betroffenen zumutbar ist. Der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. zu den seiner Verfolgung notwendigen Beschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden. Die Verwaltungsmassnahme darf nicht einschneidender sein als erforderlich und hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde²⁷. Die Behörde hat demnach durch Güterabwägung im Einzelfall zu prüfen, ob anstelle einer vollkommenen Verweigerung das amtliche Dokument teilweise zugänglich gemacht werden kann, oder ob allenfalls ein Aufschub in Frage kommt.
 - 11.2 Im vorliegenden Fall ist es für den Beauftragten unverhältnismässig, die Herausgabe des gesamten Inspektionsberichts zu verweigern. Die Thematik war Gegenstand einiger Pressemeldungen, weshalb die teilweise Zugangsgewährung umso mehr allfälligen Spekulationen²⁸ über den Inhalt des Inspektionsberichts begegnen kann. Der Beauftragte erachtet deshalb in diesem Fall die Offenlegung der Seite 1 bis 5 (Zusammenfassung sowie Auftrag und Prüfungsdurchführung), der Seite 34 (Anhang 1, Gesetzliche Grundlagen), der Seiten 38 – 54 (Anhang 4, Tabelle der rechtlichen Anforderungen, Prüfungspunkte), des Titelblattes sowie des Abkürzungsverzeichnisses als verhältnismässig.

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

1. Das VBS muss zum Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Analyse der Anwendung des Datensystems ISIS vom 23. September 2009 keinen Zugang gewähren, weil das BGÖ nicht anwendbar ist.
2. Das VBS gewährt den teilweisen Zugang zum Inspektionsbericht der ND-Aufsicht über die Prüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im System ISIS-NT „Staatsschutz“ des DAP vom 22. Februar 2010. Es legt das Titelblatt, das Abkürzungsverzeichnis, die Seiten 1, 2, 3, 4 und 5 sowie die Seite 34 (Anhang 1) und die Seiten 38 - 54 (Anhang 4) offen.
3. Das VBS erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 2 den Zugang nicht gewähren will.

Das VBS erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

4. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim VBS den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

²⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. September 2009, A-3631/2009, Erw. 2.6, Erw. 3.4.1, Erw. 3.5.1 und Erw. 4; BGE 133 II 209 Erw. 2.3.3

²⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. September 2009, A-3631/2009, Erw. 4

²⁸ So äussert auch das Bundesgericht im Urteil vom 6. Oktober 2010, 1C_322/2010 Erw. 2.4, dass mit der Zugänglichmachung Spekulationen begegnet und Transparenz geschaffen werden kann.



5. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
6. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
7. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - VBS

Jean-Philippe Walter