



Bern, 2. Dezember 2016

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X, Journalist
(Antragsteller)
und
Nachrichtendienst des Bundes (NDB)**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 3. November 2015 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Nachrichtendienst des Bundes (NDB) um Zugang zu drei Dokumenten ersucht, welche die (Sicherheits-)Überprüfung von Personen durch den NDB betreffen, die in der Schweiz um Asyl ersuchen. Neben aktuellen Zahlen des laufenden Jahres hinsichtlich der Anzahl durch den NDB überprüfter Asylsuchender (nachfolgend: aktuelle statistische Angaben) verlangte der Antragsteller eine Liste mit Ländern, deren Staatsangehörige bei einem Asylgesuch in der Schweiz systematisch und ohne Anhaltspunkte vom NDB überprüft werden (nachfolgend: Staaten-Liste). Schliesslich verlangte er die genannten aktuellen statistische Angaben des laufenden Jahres aufgeschlüsselt nach dem Herkunftsland der einzelnen Personen (nachfolgend: detaillierte Statistik).
2. Am 9. November 2015 nahm der NDB Stellung zum Gesuch. Er führte im Wesentlichen aus, er könne keine aktuellen statistischen Angaben für das Jahr 2015 bekannt geben, weil die Statistik nicht laufend nachgeführt bzw. erst zum Jahresende zusammengeführt, bereinigt und konsolidiert werde. Bei der Staaten-Liste vertrat der NDB die Meinung, diese sei aufgrund einer Spezialbestimmung (Art. 11 Abs. 2 BWIS) nicht vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst (Art. 4 Bst. a BGÖ). Eventualiter sei der Zugang aufgrund der Ausnahmebestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu verweigern, weil mit der Bekanntgabe der Informationsbeschaffungsmethoden eine stark erschwerte Auftragserfüllung des NDB einherginge. Beispielsweise könnten gefährliche Personen ihre Identität mit Hilfe der Staaten-Liste verschleiern. Schliesslich sei die Verweigerung des Zugangs „*in maiore minus*“ auch auf die detaillierte Statistik auszuweiten, weil es sich hierbei um eine „in Zusammenhang mit der Staaten-Liste stehende Massnahme“ handle.
3. Am 24. November 2015 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 27. November 2015 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags den NDB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme



einzureichen.

5. Am 11. Januar 2016 reichte der NDB die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme ein. In Ergänzung seiner Stellungnahme vom 9. November 2015 präziserte der NDB seine Gründe, die zu einer weitgehenden Ablehnung des Einsichtsgesuchs führten: Der Zugang zu aktuellen Zahlen während des Jahres (aktuelle Statistik) führte nach Ansicht des NDB zu Missverständnissen bzw. Unklarheiten. Ferner seien die fraglichen (noch provisorischen) Listen Dokumente zum persönlichen Gebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) und somit nicht vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst. Da die Jahresstatistik 2015 Anfang 2016 bekannt gegeben wurde, erweise sich das Schlichtungsbegehren hinsichtlich derselben sodann als gegenstandslos. Die Bekanntgabe der Staaten-Liste werde ferner von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ erfasst, weil über Rückschlüsse auf die Tätigkeit des NDB die innere und äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigt werden könne. Ferner könnten sich durch eine Zugangsgewährung auf der Liste genannte Länder „an den Pranger“ gestellt fühlen, womit auch der Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ erfüllt sei. Hinsichtlich der detaillierten Statistik stellte sich der NDB schliesslich erneut auf den Standpunkt, dass der Verweigerung des Zugangs zur Staaten-Liste konsequenterweise auch eine Verweigerung zu einer detaillierten Statistik folgen müsse.
6. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers 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

7. Der Antragsteller reichte beim NDB ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ ein. Letzterer beschränkte bzw. verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten, was den Antragsteller 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).
8. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ 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

9. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963, 2024.



Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).²

10. Der Antragsteller verlangt in seinem Gesuch Einsicht in aktuelle statistische Angaben des NDB per November 2015. Die Jahresstatistik 2015 wurde Anfang 2016 veröffentlicht, insofern von einer weiteren Behandlung derselben im vorliegenden Verfahren abgesehen werden kann.
11. In seinem Gesuch verlangt der Antragsteller sodann Einsicht in eine Staaten-Liste des NDB. Auf der Liste sollen Herkunftsländer verzeichnet sein, deren Staatsangehörige bei Einreichung eines Asylgesuchs in der Schweiz systematisch vom NDB überprüft werden. Dass es eine solche (vertrauliche) Staaten-Liste gibt, ist aufgrund von (öffentlichen) Stellungnahmen des Bundes und durch Wiedergabe dieser Stellungnahmen in den Medien bekannt: So ist in einer Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 15.3547³ zu vernehmen, dass aus gewissen Ländern, in denen terroristische Zellen agieren, wie bspw. Syrien, dem NDB alle „Dossiers“ unterbreitet werden. Sodann steht im zweiten Bericht der Task-Force TETRA Folgendes geschrieben: „Um mögliche dschihadistisch motivierte Reisende unter den Asylsuchenden zu identifizieren, prüft der NDB die Asyldossiers von Personen mit Herkunft aus Konfliktregionen, insbesondere aus Syrien. [...] Zur Terrorismusprävention wurden zudem im Oktober 2015 weitere Herkunftsländer auf die Liste der Dossiers gesetzt, welche der NDB vom Staatssekretariat für Migration zur Prüfung erhält.“⁴ Auch in den Medien werden die Stellungnahmen des Bundesrates und anderer staatlicher Stellen aufgenommen und wiedergegeben. Hinsichtlich der Staaten-Liste finden sodann Spekulationen bezüglich deren Inhalt statt: Genannt werden Syrien, der Irak, Jemen, Somalia, Afghanistan und Pakistan.⁵
12. Aufgrund der Stellungnahme des NDB vom 11. Januar 2016 befasst sich der Beauftragte zunächst mit der Frage, ob Art. 11 Abs. 2 BWIS eine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 Bst. a BGÖ ist. Würde diese Frage bejaht, ginge die Bestimmung aus dem BWIS dem Öffentlichkeitsgesetz im Sinne einer „*lex specialis*“ vor und dem Antragsteller wäre die Einsicht in die fragliche Staaten-Liste zu verwehren. Gemäss Art. 4 Bst. a BGÖ bleiben nämlich spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Welche Informationen aber tatsächlich als geheim im Sinne der Spezialnorm zu behandeln sind, ist in Koordination mit dem Öffentlichkeitsgesetz und durch Auslegung zu ermitteln.⁶ Vorliegend ist somit auf Art. 11 Abs. 2 BWIS einzugehen bzw. die Frage zu beantworten, was über diesen Artikel in Erfahrung gebracht werden kann.
13. Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 BWIS impliziert ein Geheimhaltungserfordernis. Hiernach hält das VBS „in einer vertraulichen Liste die Vorgänge fest, die dem NDB zu melden sind, die

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (zitiert: Handkommentar BGÖ), Art. 13 N 8.

³ Interpellation 15.3547, Terroristen unter dem Deckmantel Asylsuchender?

⁴ Kerngruppe Sicherheit KGSi, Task-Force TETRA, Massnahmen der Schweiz zur Bekämpfung des dschihadistisch motivierten Terrorismus, Zweiter Bericht der Task-Force TETRA, Oktober 2015, 23.

⁵ NZZ online vom 18. Januar 2015: „Terrorgefahr in der Schweiz, Geheimdienst überprüft Asylsuchende“. Vgl. auch Schweizerische Depeschagentur (sda) vom 22. Januar 2016: „Terrorismus, Nachrichtendienst überprüfte 2015 doppelt so viele Asyldossiers“; BLICK online vom 22. Januar 2016: „Neun Asylbewerber sind brandgefährlich, So kam der Bund ihnen auf die Schliche“.

⁶ Urteil des BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016, E. 2.3; 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015, E. 2.4; Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014, E. 6.2.1; COTTIER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 4 N 10; STAMM-PFISTER, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 4 BGÖ N 7.



jedoch aus Geheimhaltungsgründen nicht veröffentlicht werden dürfen.“ Aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 BWIS lässt sich zudem ableiten, dass es in der fraglichen Liste bzw. im Dokument um „Vorgänge“ geht, die dem NDB gemeldet werden müssen, woraus sich schliessen lässt, dass nicht nur der bekannte Empfänger (NDB), sondern auch der Absender der gewünschten Information auf der Liste bzw. dem Dokument figurieren. Sodann darf die Liste bzw. das Dokument „nicht veröffentlicht“ werden. Die Liste bzw. das Dokument darf mit anderen Worten vom NDB nicht aktiv in Umlauf gebracht werden.

14. Mit Blick auf die Systematik ist sodann zu beachten, dass es in Art. 11 BWIS um „allgemeine Informationsaufträge“ geht. Im ersten Absatz wird der Bundesrat beauftragt, auf Verordnungsstufe zu konkretisieren, welche „Vorgänge und Feststellungen die Kantone und die in Artikel 13 (BWIS) genannten Behörden und Amtsstellen unaufgefordert melden müssen. Er umschreibt [sodann] den Umfang der Informationspflicht und das Verfahren der Auskunftserteilung.“ Letzteres hat der Bundesrat im 3. Abschnitt der Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes vom 4. Dezember 2009 (V-NDB; SR 121.1) („Aufgabenteilung und Zusammenarbeit des NDB mit inländischen Dienststellen“) getan. In Art. 4 V-NDB werden die Meldepflichten von Dienststellen gegenüber dem NDB konkretisiert. In Art. 4 Abs. 2 Bst. a V-NDB findet sich sodann eine Wiederholung von Art. 11 Abs. 2 BWIS, wonach dem NDB durch eidgenössische und kantonale Behörden unaufgefordert und ohne Verzug die in der vertraulichen Liste des VBS genannten Vorgänge zu melden sind. Unaufgefordert und ohne Verzug melden eidgenössische und kantonale Behörden dem NDB auch die in Anhang 1 der Verordnung aufgeführten Feststellungen (Art. 4 Abs. 2 Bst. d V-NDB). Aus systematischer Perspektive ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass Organisationen und Gruppierungen, bei denen der konkrete Verdacht besteht, dass sie die innere oder äussere Sicherheit gefährden, nicht Teil der Liste i.S.v. Art. 11 Abs. 2 BWIS sind. Sie sind Gegenstand einer separaten Liste (Art. 11 Abs. 3 BWIS).
15. Infolge der Auslegung des Wortlauts und der Systematik gibt es folglich eine als vertraulich qualifizierte Liste (nachfolgend: Dokument), die Angaben enthält über Entitäten, die dem NDB gewisse Vorgänge melden müssen. Mit Blick auf die Systematik müsste es sich beim Inhalt des Dokuments nach Art. 11 Abs. 2 BWIS sodann um Vorgänge handeln, die zwar mit den in der V-NDB genannten Vorgängen vergleichbar sind (bspw. die unaufgeforderte Meldung der Kantone über Informationen und Kenntnisse im Bereich terroristischer Aktivitäten, Art. 4 Abs. 1 Bst. b V-NDB), deren Geheimhaltung aber aus sicherheitsrelevanten Gründen erwünscht ist.
16. Für den Beauftragten ist nachvollziehbar, dass gewisse Formen der Informationsbeschaffung durch den NDB im Verborgenen stattfinden müssen, weil sie andernfalls nicht zu einem zweckmässigen Resultat führen würden. Die vorliegend diskutierten Informationsbeschaffungsmethoden lassen sich zwar weder aus dem Gesetz noch aus der Botschaft direkt ableiten; der Bundesrat lässt sich zum Inhalt von Art. 11 Abs. 2 BWIS wie folgt vernehmen: „Diese Meldungen betreffen [...] bestimmte Vorgänge, die mit hoher Wahrscheinlichkeit sicherheitsrelevant sind, zum Beispiel die Meldungen über verlorene Pässe, über Ein- und Ausreisen von Verdachtspersonen oder Angehörigen bestimmter Staaten, [...]“. Eine Inhaltskontrolle bzw. die Beantwortung der Frage, ob die „Vorgänge“ tatsächlich „sicherheitsrelevant“ sind, findet aber statt. Der Bundesrat genehmigt das Dokument nämlich jährlich und es wird der Geschäftsprüfungsdelegation – eine aus Parlamentarierinnen und Parlamentariern zusammengesetzte Delegation, die hauptsächlich für die Überwachung der Tätigkeiten im Bereich des Staatsschutzes und der Nachrichtendienste zuständig ist – zur



Kenntnisnahme unterbreitet (Art. 11 Abs. 7 BWIS⁷).

17. Der Vollständigkeit halber ist auf eine neue Bestimmung im Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (Nachrichtendienstgesetz, NDG) hinzuweisen, die den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes im Rahmen der Informationsbeschaffung einschränken soll.⁸ Gegen das Nachrichtendienstgesetz wurde das Referendum ergriffen. Letzteres wurde von den Schweizer Stimmberechtigten am 25. September 2016 abgelehnt. Laut dem Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) wird das Gesetz voraussichtlich am 1. September 2017 in Kraft treten.⁹ Obwohl das Nachrichtendienstgesetz somit zum Zeitpunkt der Empfehlung aufgrund noch ausstehender Inkraftsetzung nicht zur Anwendung gelangt, sind die Änderungen in vorliegendem Zusammenhang kurz auszuführen.
18. Mit einem modifizierten Wortlaut findet sich der aktuelle Art. 11 Abs. 2 BWIS in Art. 20 Abs. 4 NDG wieder: „Der Bundesrat legt in einer nicht öffentlichen Liste fest, welche Vorgänge und Feststellungen dem NDB unaufgefordert zu melden sind. Er umschreibt den Umfang der Meldepflicht und das Verfahren der Auskunftserteilung“. Systematisch befindet sich Art. 20 Abs. 4 NDG im 3. Kapitel „Informationsbeschaffung“, was vorliegend von Interesse ist, weil Art. 67 NDG, der die Überschrift „Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip“ trägt, folgenden Wortlaut hat: „Das Öffentlichkeitsgesetz [...] gilt nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach diesem Gesetz.“¹⁰
19. *Nach Einschätzung des Beauftragten ist Art. 11 Abs. 2 BWIS eine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 Bst. a BGÖ. Dies, weil es sich um spezifische Methoden der Informationsbeschaffung handelt, deren Geheimhaltung aus sicherheitsrelevanten Gründen von Gesetzes wegen gewollt sind. Dies geht insbesondere aus der Systematik des Gesetzes hervor, das die Geheimhaltung nur für einzelne Methoden der Informationsbeschaffung vorsieht und diese (als Ausgleich für die Geheimhaltung) einer Kontrolle durch den Bundesrat und die Geschäftsprüfungsdelegation unterstellt (vgl. Ziff. 16 der Empfehlung).*
20. In seinem Gesuch verlangt der Antragsteller schliesslich statistische Angaben des laufenden Jahres aufgeschlüsselt nach dem Herkunftsland der einzelnen Personen (detaillierte Statistik). Wie bereits erwähnt wurde, hat der NDB seine Jahresstatistik 2015 Anfang 2016 veröffentlicht (vgl. Ziff. 5 der Empfehlung). Bei der detaillierten Statistik handelt es sich im Resultat um eine Verknüpfung dieser (Jahres-)Statistik mit der in den Ziff. 11 ff. der Empfehlung diskutierten Staaten-Liste. Im Jahre 2015 hat der NDB laut eigenen Angaben 4910 Personen, die in der Schweiz um Asyl ersucht haben, einer näheren Prüfung unterzogen.¹¹ Nach Ansicht des Beauftragten ist davon auszugehen, dass durch den Zugang zur detaillierten Statistik aufgrund ihres Umfangs die Staaten-Liste im Resultat umfänglich bekannt gegeben würde.
21. *Aus diesem Grund empfiehlt der Beauftragte im vorliegenden Zusammenhang, dass der NDB*

⁷ „Das VBS unterbreitet die Listen nach den Absätzen 2 [Art. 11 Abs. 2 BWIS] und 3 jährlich dem Bundesrat zur Genehmigung und anschliessend der Geschäftsprüfungsdelegation zur Kenntnisnahme.“

⁸ BBI 2015 7211 ff.

⁹ Vgl. die Informationen auf der Homepage des VBS zum Nachrichtendienstgesetz <<http://www.vbs.admin.ch/de/themen/nachrichtenbeschaffung/nachrichtendienstgesetz.html>> (zuletzt besucht am: 2.12.2016).

¹⁰ Der Gesetzgeber hält in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz fest, die Erfahrungen des NDB hätten gezeigt, dass „der besondere Schutzbedarf der nachrichtendienstlichen Informationen nur schwer mit dem Transparenzgedanken des [Öffentlichkeitsgesetzes] vereinbar ist“. Vgl. Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, 2195.

¹¹ Vgl. BLICK online vom 21. Januar 2016: „2015 überprüfte der NDB 4910 Asyl dossiers Geheimdienst warnt vor 9 Asylsuchenden“.



auch an seiner Verweigerung des Zugangs zur detaillierten Statistik festhält.

22. Auf die Prüfung der Ausnahmetatbestände in Art. 7 BGÖ braucht der Beauftragte folglich nicht näher einzugehen.

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

23. Der NDB hält an seiner Verweigerung des Zugangs zur Staaten-Liste fest, weil Art. 11 Abs. 2 BWIS eine Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 Bst. a BGÖ ist.
24. Der NDB hält an seiner Verweigerung des Zugangs zur detaillierten Statistik fest, weil dies einen umfassenden Rückschluss auf die Staaten-Liste zur Folge haben könnte.
25. Der Antragsteller 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 172.012) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
26. Der NDB erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
27. 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).
28. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
29. Die Empfehlung wird eröffnet:

Einschreiben (R) mit Rückschein

X

Einschrieben (R) mit Rückschein

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)
Nachrichtendienst des Bundes (NDB)
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Adrian Lobsiger