



Bern, 3. März 2017

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

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 17. Januar 2017 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Nachrichtendienst des Bundes NDB um Zugang zu folgenden Informationen ersucht:
 - Anzahl der vom NDB überprüften Asylgesuche im Jahr 2016;
 - Anzahl der davon zur Ablehnung empfohlenen Asylgesuche im Jahr 2016.
 2. Am 25. Januar 2017 nahm die Schweizerische Bundeskanzlei BK Stellung zum Zugangsgesuch und teilte dem Antragsteller mit, dass die Anzahl der vom NDB überprüften Asyl dossiers jeweils im Geschäftsbericht des Bundesrats kommuniziert werde. Da dieser Bericht in der Zuständigkeit der Bundeskanzlei sei, habe der NDB das Zugangsgesuch weitergeleitet, weshalb dieses gemeinsam beantwortet werde. Die gewünschten Zahlen würden ca. Mitte März im Geschäftsbericht des Bundesrats publiziert. Vor der Publikation werde der Bericht vom Bundesrat verabschiedet. Die Veröffentlichung bzw. auch die Zugänglichmachung erfolge nach dem Entscheid des Bundesrates. Dies gelte auch für Zugangsgesuche nach Öffentlichkeitsgesetz (Art. 8 Abs. 1 und 2 BGÖ). Ein vom Bundesrat noch nicht verabschiedetes Dokument sei noch nicht fertig gestellt (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ).
 3. Am 26. Januar 2017 antwortete der Antragsteller dem NDB und der BK, es müsse ein Missverständnis vorliegen. Er verlange nicht Zugang zum Geschäftsbericht des Bundesrates, sondern zu den erwähnten Informationen des NDB. Die Zahlen für 2015 habe er ein Jahr vorher gestützt auf ein identisches Zugangsgesuch erhalten. Daraufhin teilte ihm die BK am 27. Januar 2017 mit, er hätte die Zahlen im Vorjahr eigentlich nicht erhalten dürfen.
 4. Am 8. Februar 2017 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er bekräftigte, dass sich sein Zugangsgesuch nicht auf den Geschäftsbericht des Bundesrates beziehe, weshalb die von der BK angeführten Ausnahmestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes seiner Ansicht nach nicht anwendbar seien. Vielmehr verlange er Zugang zu Zahlen des NDB im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ. Im Weiteren erscheine ihm die Argumentation der BK unlogisch, da der Geschäftsbericht



des Bundesrates unzählige Zahlen und Statistiken enthalte, welche der Öffentlichkeit bereits bekannt seien. Es entspreche doch gerade dem Charakter des Geschäftsberichts, dass er Rückschau halte und damit schon Bekanntes wiederhole und allenfalls mit Einschätzungen ergänze.

5. Mit Schreiben vom 10. Februar 2017 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags den NDB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine Stellungnahme einzureichen. Gleichzeitig lud er den Antragsteller und den NDB zu einer Schlichtungsverhandlung ein.
6. Am 17. Februar 2017 reichte der NDB dem Beauftragten eine Stellungnahme ein und führte aus, dass das vom Gesuchsteller begehrte Zahlenmaterial auf einer vom NDB erstellten Statistik beruhe, die ausschliesslich für den jeweiligen Geschäftsbericht des Bundesrates erstellt werde. Deshalb hätten die beteiligten Behörden in Anwendung von Art. 11 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die BK als federführende Behörde festgelegt. Folglich richte sich das Schlichtungsverfahren nicht gegen den NDB, sondern gegen die BK. Da sich der NDB für die Schlichtungsverhandlung als unzuständig erachte, verzichte er mangels Parteieigenschaft auch auf eine Teilnahme an der Schlichtungssitzung und rege an, stattdessen die BK einzuladen. Im Übrigen habe der Bundesrat an seiner Sitzung vom 15. Februar 2017 den Geschäftsbericht verabschiedet. Gemäss Auskunft der BK werde der Geschäftsbericht voraussichtlich am 8. März 2017 um 09.00 Uhr publiziert. Vor diesem Hintergrund stelle sich aus verwaltungsökonomischer Sicht die Frage, ob das Festhalten an der Schlichtungssitzung zielführend sei, da das Zahlenmaterial voraussichtlich am 8. März 2017 frei zugänglich sei.
7. Mit E-Mail vom 17. und 21. Februar 2017 teilte der Beauftragte dem NDB mit, er halte an der geplanten Schlichtungsverhandlung fest und gehe von einer Teilnahme des NDB aus.
8. Am 3. März 2017 fand eine Schlichtungsverhandlung mit dem Antragsteller und Vertretern des NDB und der BK statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des NDB bzw. der BK 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

10. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Die BK verweigerte in Absprache mit dem NDB den Zugang zu den verlangten Informationen. 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).
11. 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.

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



B. Materielle Erwägungen

12. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.²
13. Vorliegend ist strittig, welche Behörde für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständig ist. Der NDB und die BK sind der Auffassung, dass letztere als zuständige Behörde anzusehen ist, da die zahlenmässigen Angaben zu den vom NDB überprüften Asylgesuchen im Geschäftsbericht des Bundesrates veröffentlicht bzw. diese statistische Auswertung laut NDB ausschliesslich dafür erstellt werde.
14. Nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ ist ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat.
15. Der Antragsteller verlangt vorliegend Zugang zu rein quantitativen Angaben der vom NDB überprüften Asylgesuche. Er verlangt hingegen keinen Zugang zum Geschäftsbericht des Bundesrates. Diese Zahlen werden zweifellos vom NDB „erstellt“, nämlich anlässlich der Prüfung des jeweiligen Asylgesuchs. Die BK bringt die statistische Auswertung dieser geprüften Asylgesuche, soweit erkennbar, unverändert in den Geschäftsbericht des Bundesrates ein, ohne dass sie eigene Erkenntnisse oder Inhalte hinzufügt, die sie zu der Erstellerin des Dokuments „geprüfte Asylgesuche NDB“ machen würde.³ Die Publikation einer Zusammenstellung von bereits vorhandenen Informationen des NDB stellt keine Erstellung eines amtlichen Dokuments in diesem Sinne dar. Dieses ist vielmehr bereits vom NDB anlässlich der Aufzeichnung der Daten erstellt worden, weshalb der NDB für entsprechende Zugangsgesuche zuständig bleibt.⁴
16. Beim NDB liegt demnach ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ vor. Dieses Dokument ist zudem fertig gestellt, da es der BK zwecks Weiterverwendung definitiv übergeben wurde (Art. 1 Abs. 2 VBGÖ). Der allenfalls noch nicht fertig gestellte Geschäftsbericht des Bundesrates ist, wie bereits erwähnt, nicht Gegenstand des Zugangsgesuchs.
17. Gemäss Aussage des NDB und der BK werden die vom Antragsteller gewünschten Angaben in Kürze im Geschäftsbericht des Bundesrates veröffentlicht. Bis dahin werde jedoch der Zugang zu den Zahlen des NDB gestützt auf Art. 8 Abs. 1 und 2 BGÖ verweigert. Unabhängig von der kurz bevorstehenden Offenlegung der gewünschten Informationen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Zugang zu Recht verweigert bzw. aufgeschoben wurde. Der Beauftragte beurteilt diese Frage folglich auch mit Blick auf künftige analoge Zugangsgesuche.
18. Nach Art. 8 Abs. 1 BGÖ besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Es handelt sich dabei um eine absolute und endgültige Zugangsverweigerung.⁵ Vorliegend sollen die streitgegenständlichen Informationen aber gerade nicht geheim gehalten, sondern veröffentlicht werden. Unabhängig davon sind die vorliegend verlangten Informationen höchstens bloss *Anlagen* eines Bundesratsantrages und fallen demnach ohnehin nicht in den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 BGÖ.⁶

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13 Rz 8.

³ Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 5.2.4.

⁴ Urteil des BVGer A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 5.2.5.

⁵ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 21 f.

⁶ BGE 136 II 399 E. 2.3.3.



19. Der NDB und die BK berufen sich zur Begründung des Zugangsaufschubs zudem auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ. Demnach dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist.
20. Bei den Angaben des NDB zu den überprüften Asylgesuchen handelt es sich um lediglich zwei Zahlen innerhalb des gesamten Geschäftsberichts des Bundesrates. Diese Informationen bilden deshalb keine wesentliche Entscheidungsgrundlage für den Bundesrat zur Verabschiedung seines Geschäftsberichts. Folglich ist der Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Zahlen zu gewähren.

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

21. Der Nachrichtendienst des Bundes gewährt dem Antragsteller unverzüglich – d.h. noch vor der geplanten Veröffentlichung des Geschäftsberichts des Bundesrates – den Zugang zu den von ihm verlangten Informationen betreffend die vom NDB im Jahr 2016 überprüften Asylgesuche.
22. Der Nachrichtendienst des Bundes ist gehalten, auch in Zukunft entsprechend zu verfahren.
23. 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).
24. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
25. 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).
26. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
27. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Nachrichtendienst des Bundes
3003 Bern
28. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - Bundeskanzlei
3003 Bern

Adrian Lobsiger