



Bern, 12. Juni 2020

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

A.

(Antragsteller gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ)

B.

(Antragsteller gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ)

C.

(Antragsteller gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ)

und

Eidgenössische Zollverwaltung EZV

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Bundesrat hat am 13. März 2020 zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie und um insbesondere die Bedingungen für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln zu gewährleisten, im Rahmen der COVID-19-Verordnung 2 ausserordentliche Einreisebeschränkungen an der Grenze zu Italien erlassen. Mit Bundesratsbeschluss vom 16.03.2020 wurden diese Einreisebeschränkungen per 17.03.2020, 00:00 Uhr auf Frankreich, Deutschland und Österreich ausgedehnt und mit Beschluss vom 18.03.2020 per 19.03.2020, 00:00 Uhr auf Spanien sowie auf sämtliche Drittstaaten ausserhalb des Schengen-Raumes, dies gilt insbesondere für das Vereinigte Königreich, Irland, Bulgarien, Rumänien, Kroatien und Zypern. Schliesslich wurden am 24.03.2020 die Einreisebeschränkungen auf alle verbleibenden Schengen-Staaten mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein ausgedehnt.¹ Laut Medienberichten belegte die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV) seit dem 1. April 2020 gewisse Personen für den Grenzübertritt mit einer Busse. Gemäss Medienmitteilung vom 16. April 2020 stellte die EZV zahlreiche Verstösse (u.a. Einkaufstourismus) fest. Demnach würden die daraus resultierenden Kontrollen die Ressourcen der EZV binden, die für die wirksame Kontrolle der Binnengrenzen benötigt würden. Zur Präzisierung der geltenden Praxis werde deshalb am 16. April 2020 der Artikel 3a der COVID-19-Verordnung 2 präzisiert. Gemäss dieser Bestimmung wird bei der Wiedereinreise in die Schweiz eine Busse von 100 Franken ausgesprochen, wenn offensichtlich ein Fall von Einkaufstourismus vorliegt und die Grenzüberschreitung ausschliesslich zu diesem Zweck erfolgt ist. Mit dieser Busse wird laut

¹ Weisung des SEM vom 8. Juni 2020: Umsetzung der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2) sowie zum Vorgehen bezüglich Ein-/Ausreise in/aus der Schweiz (zit. Weisung SEM), S. 1.



Medienmitteilung nicht der Einkauf an sich, sondern die erfolgte Behinderung der Arbeit der Grenzschutzbehörde sanktioniert.²

2. Die Antragstellerin A (Journalistin) hat am 14. April 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der EZV um Zugang zum "Einsatzbefehl der EZV an die Zollbeamten der am 1. April in Kraft getreten ist, inklusive Anhänge, zur Umsetzung der Einreisebeschränkung COVID19-Verordnung 2 des Bundesrates" ersucht.
3. Die Antragstellenden B (Privater) und C (Rechtsanwalt) haben am 16. April 2020 aufgrund eines Berichts von Schweizer Radio und Fernsehen SRF³ betreffend illegale Bussen und gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der EZV um Zugang zum "Dienstbefehl" der Zollverwaltung ersucht.
4. Am 1. Mai 2020 teilte die EZV den drei Antragstellenden mit einer inhaltlich identischen Stellungnahme mit, dass "Dienst- oder Einsatzbefehle der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) über die Verhängung von Bussen einsatztaktische Überlegungen enthalten. Ein allfälliger Zugang würde die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen, weshalb wir die Dienst- oder Einsatzbefehle gemäss der Ausnahmeregelung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht herausgeben können". Die EZV informierte die Antragstellenden über ihre Praxis betreffend "Bussen im Bereich Covid-19" vor und ab dem 16. April 2020.
5. Am 5. Mai 2020 reichte die Antragstellerin A und am 11. Mai 2020 reichten die Antragsteller B und C je einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
6. Mit Schreiben vom 6. und 13. Mai 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber den Antragstellenden den Eingang ihrer Schlichtungsanträge und forderte die EZV dazu auf, die betroffenen Dokumente einzureichen. Der Beauftragte informierte die Antragstellenden und die EZV darüber, dass aufgrund der Massnahmen des Bundesrates in Bezug auf Covid-19 das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt werde, und gab den Beteiligten die Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.
7. Am 7. Mai 2020 hielt die Antragstellerin A in ihrer Stellungnahme an den Beauftragten fest, dass der Hintergrund ihres Gesuchs die "zahlreiche[n] Fälle von Bussen [sind], die in den ersten Wochen nach der Grenzschliessung verteilt wurden an Schweizer BürgerInnen und Menschen mit Aufenthaltsbewilligung". Sie führt weiter aus, dass "laut Einschätzung von Rechtsgelehrten [...] dazu die rechtliche Grundlage [fehlt], da in der COVID19 Verordnung 2 steht, dass diese Personen in die Schweiz einreisen dürfen." Die Antragstellerin A verlangt darum Einsicht in den Dienstbefehl um zu sehen, in welcher Situation die EZV das Personal an der Grenze angeordnet hat, Bussen zu verteilen. "Das ist insofern relevant weil dadurch ersichtlich wird, ob es ein Fehler vieler einzelner Zöllner und Zöllnerinnen war oder eine Anordnung der Behörde. Mich interessiert nur der Teil des Dienstbefehls, der sich mit den Bussen befasst. Einsatztaktische Anordnungen wie etwa wo die Zöllner genau wie eingesetzt werden können eingeschwärzt werden. Sie dürften, bis ich sie einsehen würde, sowieso nicht mehr aktuell sein."
8. Am 8. Mai 2020 reichte die EZV die betroffenen Dokumente ein (Einsatzbefehl samt Anhang sowie aktualisierte Fassung dieses Anhangs). Die Behörde wies u.a. auch darauf hin, dass es

² <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78807.html> (zuletzt besucht am 18.05.2020).

³ <https://www.srf.ch/news/schweiz/besuche-ueber-die-grenze-zoll-verteilt-illegale-bussen> (zuletzt besucht am 03.06.20).



einen Unterschied zwischen Einsatzbefehl und Dienstbefehl gebe: "Einsatzbefehle sind einsatztaktische Dokumente für Einzel- oder Sonderfälle. Sie unterscheiden sich von Dienstbefehlen, welche allgemeinere Weisungen der EZV an Ihre Mitarbeitenden im Grenzdienst umfassen." Sie fügte hinzu, dass im vorliegenden Fall nur ein Einsatzbefehl vorliegt.

9. Am 13. Mai 2020 führte der Antragsteller C in seiner ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten aus, "dass für eine COVID-Bussenandrohung oder -ausfällung gegenüber ordentlich einreisenden Rückkehrern in die Schweiz *keinerlei gesetzliche Grundlage* bestanden hat. Namentlich stellen weder die «innere Sicherheit des Landes» noch das Handeln «nicht im Sinne des Bundesrates» eine ansatzweise Ermächtigung für eine Bussenverhängung nach Art. 100 bzw. Art. 127 Abs. 2 ZG dar, vielmehr dienen letztere Bestimmungen ausschliesslich der Sicherstellung der ordentlichen Kontrollfunktionen des Zolls; namentlich enthalten sie keinerlei Basis, um die *Ausreisefreiheit* von Schweizer Bürgern in irgendeiner Weise zu beschränken (was auch nicht der COVID-19-Verordnung zu entnehmen ist und war, die gegenteils das jederzeitige *Einreiserecht* von Schweizern in Art. 3 Abs. 1 lit. a garantiert). Mit dem fraglichen Dienstbefehl oder entsprechender Anweisung/Anordnung hat die Zollverwaltung eine eigenmächtige Ersatzhandlungsgrundlage erlassen, die generell-abstrakte Wirkungen, wenn auch in widerrechtlicher Weise, erzeugt hat. In generell-abstrakte Normen aber, die in gesetzlicher Weise eine Verhaltenspflicht der Bürger begründen sollen, muss nach *rechtstaatlichen Prinzipien* jederzeit Einblick gewährt werden, ja solche wären nach dem Publikationsrecht des Bundes sogar zu veröffentlichen. Schon deshalb durfte und darf der Einblick in den besagten, dem Öffentlichkeitsanspruch unterliegenden Dienstbefehl nicht verweigert werden." Er fügte hinzu, dass "[e]s [...] kaum vorstellbar [ist], dass die fragliche Anweisung *schützenswerte* Zolleinsatzgeheimnisse enthält, zumal sie ja gemäss Zugabe der EZV per 16. April ausser Kraft gesetzt wurde (bzw. werden musste) und offenbar lediglich einen nicht-existenten Straftatbestand schaffen wollte (wie der Basler Staatsrechtsprofessor öffentlich mehrfach dargelegt hat). Die Verheimlichung oder gar Vertuschung eines solchen Umstandes wäre jedenfalls weder einsatztaktisch begründbar noch schützenswert. Sollte der Dienstbefehl wider Erwarten derartige Überlegungen enthalten, die über die COVID-Zeit hinaus allgemeine taktische Gültigkeit beanspruchen könnten, wäre es immer noch möglich, solche Passagen abzudecken. Sie wären für das Einsichtsinteresse, sofern rechtens und nicht schon bekannt, kaum von Belang."
10. In ihrer Stellungnahme vom 14. Mai 2020 an den Beauftragten argumentierte die EZV in Bezug auf das Zugangsgesuch der Antragstellerin A, dass "[e]s in der Natur der Sache [liegt], dass Einsatzbefehle und ihre Anhänge einsatztaktische Inhalte aufweisen. Beispiele sind beschriebene Vorgehensweisen und Strategien, wie und wo Kontrollen an der Grenze vorgenommen werden und worauf dabei besonders geachtet wird oder welche Waren, Fahrzeuge und Personen schwergewichtig zu kontrollieren sind. Im vorliegenden Fall wird im Einsatzbefehl und seinen Anhängen detailliert beschrieben, wie im Einzelfall vorgegangen wird und wann und wo der Einsatz erfolgen wird, um besagte illegale Grenzübertritte zu verhindern bzw. die COVID-19-Verordnung 2 umzusetzen. Es werden auch Ausnahmen detailliert beschrieben. Ein allfälliger Zugang zu Einsatzbefehlen würde die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen, insbesondere während der Zeitspanne, in welcher sie praktisch umgesetzt werden. Wer von diesem Einsatzbefehl und seinen Anhängen Kenntnis hat, kann diesen Informationsvorsprung zu seinem Vorteil nutzen und die geplanten Massnahmen umgehen. Es könnten aus Einsatzbefehlen zudem auch Rückschlüsse gezogen werden, wie die EZV in anderen Situation operieren könnte. Dies würde hier im konkreten die Umsetzung der COVID-19-Verordnung 2, die weiterhin in Kraft ist, vereiteln, illegale Grenzübertritt im hohen Masse fördern und aufgrund der somit indirekten Ressourcenbindung den gesamten Aufgabenvollzug der Grenzkontrollorgane erschweren, was zum Nachteil der



Sicherheit in der Schweiz ist. Deshalb entspricht es der langjährigen und von den Gesuchstellern bis anhin stets akzeptierten Praxis der EZV, Einsatzbefehle im Rahmen von BGÖ-Gesuchen nicht herauszugeben bzw. zu veröffentlichen. Es geht der EZV auch insbesondere darum, hier nicht ein folgenschweres Präjudiz zu schaffen. Hierbei sei auch auf die kantonale Praxis verwiesen, wonach kein Anspruch auf Einsichtnahme in Einsatzbefehle der Polizei besteht. Aus diesen Gründen kommt die EZV zum Schluss, dass Einsatzbefehle unter die Ausnahmeregelung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ fallen, da sie die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen würden, und deshalb nicht herausgegeben werden dürfen. Eventualiter beruft sich die EZV auch auf die Ausnahme von Art. 7. Abs. 1 Bst. c BGÖ, da die Herausgabe von Einsatzbefehlen auch die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet. Dies gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, wo ein Einsatzbefehl den gesamten Personenverkehr an der gesamten Grenze der Schweiz betrifft und zur Umsetzung der COVID-19 Verordnung 2 des Bundesrats beiträgt."

11. Am 15. Mai 2020 teilte der Antragsteller B dem Beauftragten seine ergänzende Stellungnahme mit. Darin vertritt er u.a. die Haltung, dass der Begründung der EZV nicht zu folgen sei und das Dokument teilweise veröffentlicht werden könne, da "das angeforderte Dokument [...] sich auf Vorgänge in der Vergangenheit [bezieht]. Das in Frage stehende Vorgehen der EZV wurde in der Zwischenzeit durch die Änderung der COVID-19-Verordnung 2 durch den Bundesrat korrigiert und ist mithin nicht mehr gegenwärtig. [...] Die Veröffentlichung des Dokumentes ist darüber hinaus notwendig, um das Vorgehen der EZV zu verstehen und aus der Perspektive des Legalitätsprinzips zu betrachten. In casu steht die Frage im Raum, ob die Erteilung von Bussen legitimiert war und ob die EZV in Zukunft vergleichbar vorgehen darf. Ohne Einsicht in die konkreten Anweisungen der EZV ist ein Verständnis nicht möglich. Es besteht ein starkes öffentliches Interesse an der Klärung dieser Frage." Schliesslich hält der Antragsteller fest, dass "die Klärung [...] für die Zukunft nötig [ist], da ähnliche Situationen plötzlich und unerwartet wieder auftreten können und es gerade in Krisensituationen entscheidend für den Bürger ist, sich auf das Legalitätsprinzip verlassen zu können."
12. Am 20. Mai 2020 reichte die EZV zwei ergänzende Stellungnahmen betreffend die Zugangsgesuche der Antragsteller B und C ein, welche im Wesentlichen den gleichen Inhalt aufweisen. Die EZV erklärte darin, dass die Antragstellenden im vorliegenden Fall offensichtlich die Begriffe Dienstbefehl und Einsatzbefehl verwechselt hätten, weshalb die EZV das Gesuch auf Herausgabe des Einsatzbefehls interpretiert habe. "Dienstbefehle umfassen allgemeinere, situationsunabhängige Weisungen der EZV an Ihre Mitarbeitenden im Grenzdienst und sind in der vorliegenden ausserordentlichen Lage nicht zum Einsatz gekommen. Einsatzbefehle der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) hingegen sind einheitliche verbindliche Weisungen an alle Mitarbeitenden der EZV an den betroffenen Grenzregionen zum Verhalten in besonderen Fällen, während einer Schwergewichtsaktion oder in einer besonderen bzw. ausserordentlichen Lage. Im vorliegenden Fall handelt es sich um den Einsatzbefehl über die Prüfung der Einreisebestimmungen sowie die Verhängung von Bussen im Zusammenhang mit der Umsetzung der COVID-19-Verordnung 2 des Bundesrates mit seinen Anhängen zwecks Bekämpfung illegaler Grenzübertritte im Rahmen der ausserordentlichen Lage. Der Erlass eines Einsatzbefehls wurde mit der Grenzschiessung und damit verbunden der zehntausenden von illegalen Grenzübertritten notwendig." Die EZV führte weiter aus, dass "es in der Natur der Sache [liegt], dass Einsatzbefehle und ihre Anhänge einsatztaktische Inhalte aufweisen. Beispiele sind beschriebene Vorgehensweisen und Strategien, wie und wo Kontrollen an der Grenze vorgenommen werden und worauf dabei besonders geachtet wird oder welche Waren, Fahrzeuge und Personen schwergewichtig zu kontrollieren sind. Im vorliegenden Fall wird im Einsatzbefehl und seinen Anhängen detailliert beschrieben, wie im Einzelfall vorgegangen wird und wann und wo der Einsatz erfolgen wird, um besagte illegale Grenzübertritte zu verhindern



bzw. die COVID-19-Verordnung 2 umzusetzen. Es werden auch Ausnahmen detailliert beschrieben. Ein allfälliger Zugang zu Einsatzbefehlen würde die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen, insbesondere während der Zeitspanne, in welcher sie praktisch umgesetzt werden. Wer von diesem Einsatzbefehl und seinen Anhängen Kenntnis hat, kann diesen Informationsvorsprung zu seinem Vorteil nutzen und die geplanten Massnahmen umgehen. Es könnten aus Einsatzbefehlen zudem auch Rückschlüsse gezogen werden, wie die EZV in anderen Situationen operieren könnte. Dies würde hier im konkreten die Umsetzung der COVID-19-Verordnung 2, die weiterhin in Kraft ist, vereiteln, illegale Grenzübertritt im hohen Masse fördern und aufgrund der somit indirekten Ressourcenbindung den gesamten Aufgabenvollzug der Grenzkontrollorgane erschweren, was zum Nachteil der Sicherheit in der Schweiz ist."

13. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellenden und der EZV 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

14. Die Antragstellenden reichten je ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der EZV ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellenden sind als Teilnehmende an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
15. Die Zugangsgesuche bzw. Schlichtungsanträge beziehen sich weitgehend auf dieselben Dokumente. Deshalb rechtfertigt es sich im jetzigen Verfahrensstadium, die Schlichtungsverfahren zu vereinigen und mit einer Empfehlung zu erledigen.
16. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁴ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

17. 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.
18. Das Öffentlichkeitsgesetz bezweckt, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ), damit Bürgerinnen und Bürger politische und administrative Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren gefördert sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden. Zu diesem Zweck statuiert das Öffentlichkeitsgesetz das Prinzip der Öffentlichkeit und gewährt einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen

⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



Dokumenten (Art. 6 Abs. 1 BGÖ).⁵ Das Öffentlichkeitsgesetz erlaubt nicht zuletzt auch die Überprüfung der Anwendbarkeit des in Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) verankerten Legalitätsprinzips durch die Behörden.⁶

19. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen. Das Öffentlichkeitsgesetz stellt damit eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde, wobei diese hinreichend konkret darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt sind. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁷
20. Nach 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. Diese Ausnahme soll sicherstellen, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen wie Aufsichtsmaßnahmen, Inspektionen, behördliche Ermittlungen oder administrative Überwachungen dienen. Nicht von der Bestimmung erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.⁸ Sie kann dann angerufen werden, wenn durch das Zugänglichmachen bestimmter Informationen, die eine Massnahme vorbereiten, die betreffende Massnahme ihr Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr bzw. nicht vollumfänglich erreichen würde.⁹ Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung der Informationen Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden.¹⁰ Dabei muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele von einem gewissen Gewicht sein.¹¹
21. Der Zugang darf nicht einfach verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach dem Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Bezogen auf das Öffentlichkeitsprinzip bedeutet dies, dass eine Behörde bei Vorliegen einer gerechtfertigten Einschränkung des Zugangs zu einem Dokument hierfür die mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form zu wählen hat. In einer Güterabwägung muss sie prüfen, ob anstelle einer vollständigen Verweigerung ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu jenen Informationen im Dokument gewährt werden kann, welche nicht geheim zu halten sind, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹²
22. Vorweg stellt der Beauftragte fest, dass sich die Argumentation der EZV mehrheitlich allgemein auf die Folgen des Zugangs zu ihren Einsatzbefehlen bezieht und nicht speziell auf den von den Antragstellenden herausverlangten Einsatzbefehl und dessen Anhänge. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass jedes Zugangsgesuch zu einem amtlichen Dokument im Einzelfall nach den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung zu prüfen und begründen ist. Eine Behörde kann den Zugang zu einem Dokument daher in der

⁵ BVGer Urteil A-2070/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.

⁶ MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 8, Rz 58.

⁷ BVGer Urteil A-1732/2018 vom 26. März 2019, E. 8.

⁸ BVGer Urteil A-407/2019 vom 12. Mai 2020, E. 6.1.

⁹ BBI 2003 2009.

¹⁰ BVGer Urteil A-3122/2014 vom 24. November 2014, E. 4.2.2.

¹¹ BGE 144 II 77, E.4.3.

¹² BVGer Urteil A-1432/2016 vom 5. April 2017, E. 5.6.1.



Regel nicht mit allgemeinen Ausführungen und im Ergebnis allein deshalb verweigern, weil sie konkret einen Präzedenzfall befürchtet.

23. Die vom Bundesrat getroffenen Massnahmen sollten angesichts der pandemischen Lage illegale Grenzübertritte bekämpfen, um die Ausbreitung des Coronavirus einzudämmen, weshalb hatte der Bundesrat die Grenzschliessung und die Wiedereinführung von Grenzkontrollen angeordnet. Die betreffende SEM-Weisung sieht vor, dass "es [...] sich vorliegend um vorübergehende Notbestimmungen aufgrund der ausserordentlichen allgemeinen Notlage [handelt], die der Bundesrat erlassen hat und die nur so lange wie nötig aufrecht erhalten bleiben. Die Situation wird laufend überprüft und die Massnahmen gegebenenfalls den neuen Umständen angepasst."¹³ Im vorliegenden Fall gilt es nach Ansicht des Beauftragten zu berücksichtigen, dass die verschiedenen getroffenen Massnahmen aufgrund der pandemischen Lage regelmässig angepasst und modifiziert worden sind. Tatsächlich hatte der Bundesrat die ursprünglich getroffenen Massnahmen am 16. April 2020 angepasst und präzisiert, was auch zu einer Änderung der Praxis der EZV geführt hat.¹⁴ Am 5. Juni 2020 hat der Bundesrat angesichts der aktuellen epidemiologischen Lage entschieden, ab dem 15. Juni 2020 die Grenze zu Österreich, Deutschland, Frankreich wieder vollständig zu eröffnen und die Einreisebeschränkung zu den weiteren EU/EFTA-Staaten und dem Vereinigten Königreich aufzuheben.¹⁵ Der Einsatzbefehl und seine Anhänge müssen spätestens auf diesen Zeitpunkt dementsprechend angepasst werden. Die beabsichtigten Lockerungen haben daher zur Folge, dass die im hier zu beurteilenden Einsatzbefehl samt Anhängen aufgeführten Massnahmen bald nicht mehr aktuell sein resp. aufgehoben werden. Eine Gefährdung der Massnahmen ist daher durch die Gewährung des Zugangs der angeforderten Dokumente nicht mehr gegeben. Überdies müsste nach Ansicht des Beauftragten die sich stetig ändernde Situation betreffend Coronavirus und deren Auswirkungen auf den Zugang zum Inhalt der beantragten Dokumente entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Beurteilung des Zugangsgesuchs berücksichtigt werden. Darüber hinaus sind die Inhalte der Dokumente der Öffentlichkeit bereits weitgehend bekannt. Einerseits wurden die Personen, die vor dem 16. April 2020 versuchten die Schweizer Grenze zu überqueren, von den Zollbeamten über die vorgesehenen Strafen informiert, andererseits wurde in den Medien ausführlich über die Zollpraxis berichtet.¹⁶ Zumindest bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt scheint daher die zielkonforme Durchführung der ergriffenen Massnahmen trotz der bereits öffentlich bekannten Informationen nicht beeinträchtigt worden zu sein. Zudem könnte die Bekanntgabe der Sanktionskriterien und der Sanktionen selbst abschreckend auf beabsichtigte Grenzübertritte wirken und damit dem Zweck der getroffenen Massnahmen, nämlich der Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus, letztlich dienen. In Bezug auf die Kriterien, die zu einer Sanktion führen, hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil betont, dass es im Interesse der Bürger liegt zu erfahren, welche Kriterien ein Dokument beinhaltet, denn nur so könnten Bürger überprüfen, ob diese sachlich gerechtfertigt sind oder nicht. Nach Ansicht des Gerichts geht dieses Interesse im beurteilten Fall gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Behörde vor.¹⁷ Obwohl der Beauftragte nicht ausschliesst, dass bestimmte Passagen im Einsatzbefehl und in den Anhängen einsatztaktische Komponenten enthalten können, erscheinen die darin festgehaltenen geltenden Massnahmen

¹³ Weisung SEM, S.1.

¹⁴ <https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/aktuell/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-78807.html> (zuletzt besucht am 9.06.20).

¹⁵ https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2020/ref_2020-06-051.html (zuletzt besucht am 10.06.20).

¹⁶ Unter anderem: <https://www.srf.ch/news/schweiz/besuche-ueber-die-grenze-zoll-verteilt-illegale-bussen> (zuletzt besucht am 18.05.20).

¹⁷ BVGer Urteil A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 5.5.



überwiegend allgemeiner Natur zu sein. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die EZV bis anhin nicht nachvollziehbar dargelegt hat, inwiefern die beantragten Dokumente den Schlüssel zum Erfolg der aktuellen und vergangenen Massnahme darstellen. Demzufolge sind nach Ansicht des Beauftragten ist die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ für eine vollständige Verweigerung des Zugangs zum verlangten Einsatzbefehl samt den Anhängen nicht gegeben.

24. Eventualiter hat sich die EZV auch auf die Ausnahme von Art. 7. Abs. 1 Bst. c BGÖ berufen, indem sie vorbringt, die Herausgabe des Einsatzbefehls samt den Anhängen gefährde auch die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz. Gemäss EZV gilt diese Ausnahme insbesondere auch in Fällen wie dem vorliegenden, bei dem ein Einsatzbefehl den gesamten Personenverkehr an der gesamten Grenze der Schweiz betrifft und zur Umsetzung der COVID-19 Verordnung 2 des Bundesrats beiträgt.
25. Gemäss der Botschaft¹⁸ zum Öffentlichkeitsgesetz soll die Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ in erster Linie die Tätigkeit von Polizei, Zoll, Nachrichtendiensten und der Armee schützen. Sie erlaubt unter anderem Informationen, deren Zugänglichmachung zur Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen führen würde, geheim zu halten. Ausserdem gilt sie für Massnahmen zum Schutz von wichtigen Infrastrukturanlagen, insbesondere von informations- und kommunikationstechnischen Einrichtungen, Kernkraftwerken, Flughäfen und Staudämmen.¹⁹ Dabei ist jedoch nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen wie auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die Ausnahmebestimmung kann auch der Geheimhaltung von Massnahmen dienen, die von der Regierung getroffen oder in Betracht gezogen werden, um die öffentliche Ordnung innerhalb des Landes aufrechtzuerhalten. Allerdings muss gemäss Rechtsprechung selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Als Leitlinie der Prüfung dabei dient das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse. Die Weitergabe entsprechender Informationen ist zu verhindern.²⁰
26. Im vorliegenden Fall hat die EZV lediglich auf die Ausnahme nach Art. 7 Abs.1 Bst. c BGÖ verwiesen, ohne jedoch als beweisbelastete Behörde konkret nachzuweisen, wie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz durch die Zugangsgewährung ernsthaft gefährdet werden könnte. Die Ausführungen der EZV, wonach die Zugangsgewährung des Einsatzbefehls die illegalen Grenzübertritte in hohem Mass fördern und damit infolge der indirekten Ressourcenbindung zu einer Erschwerung des gesamten Aufgabenvollzugs der Grenzkontrollorgane führen würde, sind mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen.

¹⁸ BBI 2003 2009.

¹⁹ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 7, Rz 27.

²⁰ BVGer Urteil A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1.



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

27. Die EZV gewährt den Zugang zu dem Einsatzbefehl samt den Anhängen entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsprinzips und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips.
28. Die Antragstellenden können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der EZV den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
29. Die EZV erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
30. Die EZV erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
31. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
32. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
A.
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
B.
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
C.
(Zustellung mit teilweise anonymisierten Personendaten)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössische Zollverwaltung
3003 Bern

Adrian Lobsiger