



Bern, 4. Juli 2011

## **Empfehlung**

### **gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung**

#### **zum Schlichtungsantrag von**

**Antragsteller X**

**gegen**

**Bundesamt für Kultur**

#### **I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Das Bundesamt für Kultur (BAK) und eBay International AG (eBay) unterzeichneten am 18. Juni 2008 ein Memorandum of understanding für die Durchführung eines Pilotprojekts betreffend den Verkauf mutmasslich illegaler Kulturgüter im Internet. Dieses Projekt wurde vom 1. Juli bis 22. September 2008 durchgeführt und anschliessend analysiert und ausgewertet (vgl. Medienmitteilung<sup>1</sup> des BAK vom 4. November 2008).
2. Am 23. Juli 2009 beehrte der Antragsteller (Privatperson) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) beim BAK Einsicht in die Analysen und Auswertungen des Pilotprojekts. Bereits vor Einreichung dieses Zugangsgesuches hat ihm das BAK das unter Ziff. 1 erwähnte Memorandum of understanding zugestellt.
3. Mit Stellungnahme vom 3. September 2009 verweigerte das BAK dem Antragsteller den Zugang zu den jetzt verlangten Dokumenten und erklärte: „Gegenwärtig sind Verhandlungen zwischen dem BAK und eBay zwecks Abschluss eines zweiten ‚Memo of understanding‘ im Gange. Die Analysen und Auswertungsberichte bezüglich der eben erwähnten Monitoring-Projekte werden im Rahmen dieser Verhandlungen durch das BAK verwendet.“ Rechtlich stützte sich das BAK auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ, wonach Dokumente über Positionen in laufenden

---

<sup>1</sup> [Medienmitteilung des BAK vom 4. November 2008](#)



und künftigen Verhandlungen in keinem Fall zugänglich sind. Es erklärte, dass die gewünschten Dokumente eine wesentliche Grundlage zur Formulierung der Verhandlungsposition in den laufenden Gesprächen mit eBay bilden.

4. Daraufhin stellte der Antragssteller am 15. September 2009 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag.
5. Auf Ersuchen des Beauftragten reichte das BAK am 17. September 2009 eine Stellungnahme sowie auch das als Gesuchsobjekt bezeichnete Dokument „Bericht eBay-Monitoring 01.07. bis 22.09.2008 vom 21.09.2008“ ein. Es teilte u.a. mit, dass „[g]egenwärtig [...] Verhandlungen zwischen dem BAK und eBay zwecks Abschluss eines zweiten unbefristeten ‚Memorandums of Understanding‘ im Gange [sind], welches die Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgüter [sic] via Internet-Auktionsplattformen nachhaltig verbessern soll. [...] Die Analysen und Auswertungsberichte sowohl des Monitorings anlässlich der Pilot- sowie der Nachfolgephase werden im Rahmen dieser Verhandlungen durch das BAK verwendet.“
6. Am 17. Januar 2011 erkundigte sich der Beauftragte beim BAK nach dem Stand der vorerwähnten Verhandlungen und einer allfällig veränderten Position hinsichtlich der Zugangsgewährung zum verlangten Dokument.
7. Das BAK teilte dem Beauftragten am 8. Februar 2011 mit: „In unserer Ablehnungsentscheid vom 17. September 2009 konnten wir aufgrund laufender Verhandlungen mit EBAY der Anfrage gem. Art. 8 Abs. 4 BGÖ keine Folge leisten. Diese Verhandlungen wurden in der Zwischenzeit beendet. Zwischenzeitlich hat uns jedoch das Bundesamt für Polizei (Fedpol, Koordination Kulturgüter) mitgeteilt, dass es das Dokument im Rahmen seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Prüfung eines allenfalls anzuhebenden Strafverfahrens zurzeit prüft. Da die jetzige Gewährung des Zugangs zum Dokument die Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen des Fedpol beeinträchtigen können, können wir dem Auskunftsgesuch gestützt auf Art. 7 Abs.1 lit. b BGÖ bis zum Entscheid des weiteren Verfahrens seitens Fedpol nicht entsprechen.“
8. Auf Rückfrage des Beauftragten teilte das BAK am 22. Februar 2011 mit, dass die Verhandlungen mit eBay am 20. Oktober 2009 mit dem Abschluss eines zweiten Memorandum of Understanding beendet worden seien. Weiter teilte das Bundesamt mit, dass das vom ihm zugestellte Dokument jenes ist, in welches der Antragsteller Einsicht begehrt.
9. Zwecks Abklärung der sachlichen Zuständigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ) erkundigte sich der Beauftragte mit Schreiben vom 24. Februar 2011 beim Bundesamt für Polizei (Fedpol), ob ein Strafverfahren bereits eröffnet und das fragliche Dokument Teil der Verfahrensakten sei. Für den Fall, dass kein Strafverfahren eröffnet worden sei, bat er um Mitteilung, bis wann mit einem Entscheid gerechnet werden könne.
10. Nachdem das Fedpol auch nach telefonischer Rückfrage des Beauftragten (23. März 2011) keine Auskunft erteilt hatte, ersuchte der Beauftragte mit Schreiben vom 26. April 2011 erneut um die notwendige Mitteilung.  
Der Beauftragte stellt fest, dass das Fedpol bis zum heutigen Zeitpunkt nicht reagiert hat.



## 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.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig<sup>2</sup>. 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 BAK 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 Beauftragten<sup>3</sup>.

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. Das Öffentlichkeitsgesetz gilt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Teil der Verfahrensakten eines Strafverfahrens sind. Trotz mehrerer Rückfragen des Beauftragten hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit hat das Fedpol bis heute in keiner Weise geantwortet. Folglich geht der Beauftragte davon aus, dass kein Verfahren eröffnet worden ist. Demzufolge liegt kein Ausschlussgrund gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ vor, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar und der Zugang zum verlangten Dokument nach den Vorgaben dieses Gesetzes zu beurteilen ist.

*Der sachliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist gegeben.*

2. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist zunächst zu prüfen, ob eine der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7f. BGÖ vorliegt<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BBI 2003 2023

<sup>3</sup> BBI 2003 2024

<sup>4</sup> Handkommentar BGÖ, Art. 9 RZ 43



3.1 Der in diesem Gesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ zwei Bedingungen vorliegen: Das öffentliche (Bst. a – f) oder private (Bst. g – h) Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt, und es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden „nach dem üblichen Lauf der Dinge“ mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreffen. Im Zweifelsfall ist der Zugang zu gewähren<sup>5</sup>. Es obliegt der Behörde zu beweisen, dass die Ausnahmebedingungen, die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegt sind, gegeben sind<sup>6</sup>.

3.2 Das BAK beruft sich auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ. Diese Bestimmung verweigert den Zugang zu amtlichen Dokumenten über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen. Sie gilt nicht für amtliche Dokumente einer abgeschlossenen Verhandlung<sup>7</sup>.

Laut der Mitteilung des BAK sind die Verhandlungen mit eBay am 20. Oktober 2009 beendet worden. Der verlangte Bericht ist daher kein Dokument einer laufenden Verhandlung mehr. Demzufolge entfällt die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 4 BGÖ, aufgrund welchem das BAK den Zugang verweigert.

*Es liegt kein Ausnahmegrund gemäss Art. 8 Abs. 4 BGÖ vor.*

3.3 Das BAK beruft sich weiter auf die Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Demnach kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt wird. Das BAK erklärte, dass es bis zum Entscheid über das weitere Verfahren seitens des Fedpol dem Zugangsgesuch nicht entsprechen könne und die jetzige Gewährung des Zugangs die Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen des Fedpol beeinträchtigen könne.

Vorweg ist zu beachten, dass das Zugangsgesuch beim BAK und nicht beim Fedpol eingegangen ist. Das BAK beruft sich jedoch nicht auf eigene, sondern auf Massnahmen des Fedpol. Es legte nicht hinreichend dar, welche konkreten behördlichen Massnahmen in ihrer zielkonformen Durchführung durch die Gewährung des Zugangs beeinträchtigt würden. Deshalb liegt kein Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ vor.

Das Fedpol wiederum hat sich gegenüber dem Beauftragten trotz mehrmaliger Anfragen in keiner Weise geäussert. Ein Strafverfahren an sich ist zudem keine konkrete behördliche Massnahme im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, sondern ein Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ, welches die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes ausschliesst (siehe oben Ziff. II, B.1.).

*Der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ist nicht anwendbar.*

4. Das verlangte Dokument enthält Daten verschiedener Personen, u.a. auch jene der Erstellerin. Demzufolge ist das in Art. 9 BGÖ vorgesehene Verfahren zum Schutz von Personendaten zu beachten.

<sup>5</sup> Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 4; BBI 2003 2006, [Empfehlung vom 29. August 2008](#), Ziffer II.B.4; Stephan C. Brunner, Interessenabwägung im Vordergrund, *digma* 4/2004, S. 162

<sup>6</sup> A-3269/2010, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010 Erw. 3.1

<sup>7</sup> Handkommentar BGÖ, Art. 8 RZ 47



4.1 Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar natürliche oder juristische Person beziehen (Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz, DSG, SR 235.1). Amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, sind nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Ist eine Anonymisierung nicht möglich, so beurteilt sich der Zugang nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSG)<sup>8</sup>. Nach Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG kann eine Behörde Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Bst. a) stehen und wenn an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b).

Der zu beurteilende Monitoring-Bericht steht in enger Beziehung zum Pilotprojekt des BAK (siehe oben Ziffer I.1) und dient damit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. a DSG.

Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. b DSG verlangt im Einzelfall eine Güterabwägung zwischen dem privaten Interesse einer Person am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichem Interesse der Bevölkerung am Zugang zu Dokumenten.

Bei den Personendaten der Berichtstellerin handelt es sich um Name, Vorname, Titel, Adresse, Telefonnummer und private E-Mail-Adresse. Die Adresse, die Telefonnummer und die private E-Mail-Adresse können anonymisiert werden. Hingegen ist die Offenlegung von Namen und Vornamen lediglich als *geringfügiger Eingriff* in die Privatsphäre zu qualifizieren. Selbst bei Beeinträchtigung der Privatsphäre kann ein öffentliches Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn diese Person zu einer Bundesbehörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ i. V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ)<sup>9</sup>. Eine solche besteht vorliegend zwischen der Erstellerin des Monitoring-Berichts und dem BAK. Sie muss – wie eine Gutachterin<sup>10</sup> – deshalb hinnehmen, dass über sie Informationen offen gelegt werden. Ziel des Öffentlichkeitsgesetzes ist auch die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch die Bevölkerung. So liegt es im öffentlichen Interesse zu wissen, welche mit Steuergeldern finanzierten Aufgaben die Bundesverwaltung nach aussen delegiert und wie diese erfüllt werden.

*Durch die Zugänglichmachung der Personendaten der Erstellerin des Monitoring-Berichts wird deren Privatsphäre nur geringfügig beeinträchtigt. Es besteht ein öffentliches Interesse am Zugang zum verlangten Dokument, da die Betroffene in einer rechtlichen Beziehung zum BAK steht (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt das Interesse der Beteiligten am Schutz ihrer Privatsphäre. Deshalb sind diese Personendaten nicht einzuschwärzen.*

4.2 Die Personendaten von eBay können nicht anonymisiert werden. In der Medienmitteilung vom 4. November 2008 hat das BAK bereits über den Pilotversuch mit eBay informiert. Demzufolge sind die Personendaten des Unternehmens bereits offen gelegt worden.

Alle übrigen Personendaten (auch die der Mitarbeiter von eBay) können ohne grossen Aufwand anonymisiert werden (Art. 9 Abs. 1 BGÖ).

<sup>8</sup> [Bundesamt für Justiz, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung: Häufig gestellte Fragen](#), Ziffer 3.3 (Stand 25. Februar 2010)

<sup>9</sup> Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 85

<sup>10</sup> Stephan C. Brunner, Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Patrick Sutter (Hrsg.), Sonderdruck aus: Selbstbestimmung und Recht. Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 53; [Erläuterungen zur Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung](#), Ziffer. 3.5



*Der Zugang zum Bericht „eBay-Monitoring 01.07. bis 22.09.2008 vom 21.09.2008“ (d.h. die Analyse und Auswertung des dreimonatigen Pilotprojekts) ist zu gewähren. Die Personendaten sind (mit Ausnahme derjenigen von eBay und der Berichtstellerin) sind einzuschwärzen.*

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

1. Das Bundesamt für Kultur (BAK) gewährt den Zugang zum Bericht „eBay-Monitoring 01.07. bis 22.09.2008 vom 21.09.2008“. Die übrigen Personendaten (mit Ausnahme derjenigen des Unternehmens eBay und des Namen und Vornamens und des Titels der Berichtstellerin) sind einzuschwärzen.
2. Das BAK erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 1 den Zugang nicht gewähren will.

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

3. Der Antragsteller, eBay und die Berichtstellerin können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BAK den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
4. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller, eBay und die Berichtstellerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
5. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 15. Juli bis und mit 15. August still.
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
- Bundesamt für Kultur  
3003 Bern
- eBay International AG  
3005 Bern
- Berichtstellerin
- Bundesamt für Polizei (Fedpol)  
3003 Bern