



Bern, 10. August 2015

**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 15. Oktober 2014 im Anschluss an die Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter)¹ vom 16. September 2014 beim Nachrichtendienst des Bundes NDB Zugang zu Dokumenten verlangt. Dabei stellte er dem NDB mehrere Fragen, so auch Folgende:
„[...] Liegen mir von den bereits zugänglich gemachten Dokumenten die aktuellen Versionen vor? Falls nein: Welche Dokumente wurden wann aktualisiert? [...] Können Sie mir im Falle der bereits zugänglich gemachten Dokumente auch die Aktualisierungen zur Verfügung stellen?“
2. Mit E-Mail vom 17. Oktober 2014 antwortete ihm der NDB und teilte ihm u.a. auf diese Fragen mit, dass bei der Beurteilung des Zugangsgesuches der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung massgebend sei. Seit der EDÖB Empfehlung vom 16. September 2014 seien Aktualisierungen vorgenommen worden. Aus formellen Gründen sei es notwendig, dies als neues Zugangsgesuch zu behandeln. Es forderte ihn auf, ihm mitzuteilen, ob die E-Mail Anfrage als neues Zugangsgesuch behandelt werden solle.
3. Mit E-Mail vom 17. Oktober 2014 stellte der Antragsteller gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) daraufhin explizit ein Zugangsgesuch, so u.a. auch für den Zugang zu allfällig aktualisierten Dokumenten.
4. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 gewährte ihm der NDB den Zugang zur *„Weisung des Direktors betreffend die Abgrenzung der beim NDB eingehenden Informationen bezüglich ihres inhaltlichen Bezugs zur Schweiz vom 23. Dezember 2010“*, die durch eine vom Titel her gleichlautende Weisung, jedoch mit Datum vom 1. Oktober 2013, ersetzt wurde. Hingegen

¹ Empfehlung vom 16. September 2014 NDB / Dokumente zur Triage ISIS-ISAS sowie genaue Datenbestände (besucht am 10. August 2015).



verweigerte der NDB den Zugang zur aktuellen Fassung der „Kasuistik zur Kriterienliste“, datiert vom 25. Februar 2014. Er teilte dem Antragsteller mit, dass der Zugang zu diesem Dokument konkrete Rückschlüsse auf die schwerpunktmässig bearbeiteten Aufgabengebiete sowie die Art und Weise der angewendeten Informationsbeschaffungsmassnahmen und deren Herkunft sowie auf die nachrichtendienstliche Arbeitsweise generell unter Einschluss des jeweiligen Wissenstandes zulassen. Diese Informationen seien allesamt geeignet, die innere und äussere Sicherheit oder die aussenpolitischen Interessen der Schweiz zu gefährden. Ausserdem seien die operativen Mittel und Methoden des Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Ziff. f der Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung, ISchV; SR 510.411) generell als GEHEIM klassifiziert. Deshalb werde der Zugang zu diesem Dokument gestützt auf Artikel 7 Abs. 1 Bst. c und d BGÖ verweigert. Das Zugangsgesuch betreffend der mit Flag gekennzeichneten Dokumente werde separat beantwortet.

5. Daraufhin reichte der Antragsteller mit Schreiben vom 5. November 2014 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein, da ihm der NDB den Zugang in die aktuelle Fassung der „Kasuistik zur Kriterienliste vom 25. Februar 2014“ verweigert habe.
6. Mit Schreiben vom 11. November 2014 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.
7. Am 21. November 2014 stellte der NDB dem Beauftragten neben Verfahrensdokumenten das verlangte aktualisierte Dokument „Kasuistik zur Kriterienliste vom 25. Februar 2014“ zu. Zusätzlich reichte er eine eingeschwärzte Fassung dieser Liste ein. Er präzisierte, dass dem Zugangsgesuch „Weisung“ entsprochen worden sei und sich somit die Stellungnahme zum Zugangsgesuch „Kasuistik zur Kriterienliste“ beschränke. Er könne den Zugang zur eingeschwärzten Fassung gewähren.
8. 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: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

9. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Dieses verweigerte teilweise den Zugang zu den verlangten Dokumenten. 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).
10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung,

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



11. ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

12. 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. 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 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).³
13. Im Zeitpunkt des Eingangs eines Zugangsgesuches muss das fragliche Dokument grundsätzlich bereits bestehen, d.h. es sind keine Zugangsgesuche möglich, die in die Zukunft gerichtet sind. Zum Zeitpunkt des Gesuches des Antragstellers, nämlich 16. Oktober 2014, bestand die aktualisierte Fassung des Dokumentes „Kasuistik der Kriterienliste“ bereits, da diese nämlich das Datum vom 25. Februar 2014 trägt. Weil dieses Dokument vor dem Eingang des Zugangsgesuches erstellt wurde, kann es Gegenstand eines Zugangsgesuches sein. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass der NDB verkennt, dass bereits die Anfrage des Antragstellers mit E-Mail vom 15. Oktober 2014 in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. So sieht Art. 6 Abs. 1 BGÖ neben dem Zugang zu Dokumenten auch explizit vor, dass jede Person das Recht hat, von einer Behörde „*Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten*“. Genau dies tat der Antragsteller mit seinen Fragen vom 15. Oktober 2014. Eine andere Rechtsgrundlage, mit welcher jemand (auch ein Medienschaffender) direkt Informationen über den Inhalt von amtlichen Dokumenten bei einer Behörde fordern kann, ist nicht zu sehen.⁴
14. Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ist einzig die Frage, ob der Zugang zur aktualisierten Fassung des Dokumentes „Kasuistik zur Kriterienliste“, datiert vom 25. Februar 2014, nach Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren ist.
15. Der NDB reichte dem Beauftragten, zusammen mit seiner Stellungnahme vom 21. November 2014, ein eingeschwärztes Dokument ein. Es trägt den Titel „Kasuistik zur Kriterienliste“ und enthält zehn Überschriften: Im Dokument schwärzte der NDB die Rubrik „Sachverhalt“ ein, zudem weniger als sieben Wörter im restlichen Dokument. Der NDB erklärte, dass er ansonsten dem Antragsteller dazu den Zugang gewähren könne. Betreffend die Einschwärfungen stützt sich der NDB auf Art. 5 und 6 ISchV, auf Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG; SR 121), Art. 11 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 1 der Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB; SR 121.1), Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

⁴ vgl. hierzu Urteil des BVGer A-1200/2012 vom 27. November 2012, E. 4.3.2.2.



16. Zu prüfen ist zunächst, ob eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vorliegt und das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist oder nicht. Die Anwendbarkeit einer Norm als Spezialbestimmung von Art. 4 Bst. a BGÖ erfordert eine formalgesetzliche Grundlage gemäss Art. 163 Abs. 1 BV.
17. Der NDB beruft sich in Bezug auf die operativen Mittel und Methoden des NDB, seiner nachrichtendienstlichen Quellen und dem Grundauftrag des NDB auf Art. 5 der ISchV. Demnach werden Informationen als GEHEIM klassifiziert, deren Kenntnisnahme durch Unberechtigte den Landesinteressen schweren Schaden zufügen kann. Er führte aus, dass es sich namentlich um Informationen handle, deren Bekanntwerden u.a. die Geheimhaltung von operativen Mitteln und Methoden sowie den Quellenschutz schwerwiegend gefährden könne. Mit einer Zugangsgewährung würde die Geheimhaltung der aus der Kasuistik teilweise ersichtlichen operativen Mittel und Methoden des NDB nicht bloss schwerwiegend gefährdet, sondern gänzlich aufgegeben. Ebenso würde mit der Bekanntgabe der Quellen der Quellenschutz aufgehoben. Auch würde mit der Zugangsgewährung Unberechtigten ganz oder teilweise die Kenntnisnahme des Grundauftrages möglich. Aus der Sicht des NDB sei daher davon auszugehen, dass Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 BGÖ gegeben seien, die dem Zugang entgegenstünden. Ebenfalls erkennt der NDB im Art. 7 Abs. 1 ZDNG eine Norm, welche als Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ gelte.
18. Der vom NDB geltend gemachte Art. 5 ISchV erfüllt diese Voraussetzung nicht. Ebenso wenig Art. 7 Abs. 1 ZDNG, der keine Geheimhaltungs-, sondern eine Delegationsnorm ist.
19. *Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vorliegt.*
20. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob der NDB das Vorliegen einer Ausnahmeklausel ausreichend dargelegt hat.
21. Der NDB berief sich bezüglich seiner Einschwärzungen auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Diese Norm ist darauf gerichtet, die innere und äussere Sicherheit der Schweiz zu schützen. Sie soll in erster Linie die Tätigkeit von Polizei, Zoll, Nachrichtendienst und Armee sichern. Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich dazu wie folgt: „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 dient der Geheimhaltung von Massnahmen, die von der Regierung getroffen oder in Betracht gezogen werden, um die Verteidigung des Landes gegen ausländische Mächte sicherzustellen. Schutzbedürftig können auch Informationen über die Organisation, die Tätigkeit und Strategie von Behörden mit Sicherheitsaufgaben, Beschreibung von Amtsgebäuden oder Angaben zu Aufgaben der Angestellten sein [...]. Allerdings muss auch bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die Sicherheit ernsthaft gefährden könnte [...]“⁵
22. In der Empfehlung muss der Beauftragte einerseits nachvollziehbar darlegen, weshalb er zu seiner Einschätzung kommt. Andererseits muss er berücksichtigen, dass diese keine Informationen enthalten darf, die eines der geschützten Interessen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ beeinträchtigen könnte (Art. 13 Abs. 2 VBGÖ).⁶
23. Der NDB reichte dem Beauftragten eine umfangreiche Begründung ein, weshalb die eingeschwärzten Informationen im Falle einer Offenlegung tatsächlich ein Schadensrisiko mit

⁵ Vgl. Urteil des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014, E. 4.2.3.

⁶ BHEND/SCHNEIDER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 2. Aufl., Basel 2014, Art. 14 N 13.



sich bringen. Im konkreten Fall ist es dem Beauftragten nun nicht möglich, vorliegend diese aufzuzeigen, ohne dass er riskieren würde, geschützte Interessen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ zu offenbaren. Aufgrund der Stellungnahme des NDB und der Einsicht in die Dokumente kommt der Beauftragte zum Schluss, dass die Risikoeinschätzung des NDB betreffend die teilweise Zugangsverweigerung zur Kasuistik der Kriterienliste glaubhaft und erkennbar erfolgt ist.⁷

24. *Der NDB wies somit in genügender Begründungsdichte nach, aus welchen Gründen er die Einschwäzungen auf die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ stützt. Es handelt sich hierbei um ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Geheimhaltung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ, welches dem vermuteten öffentlichen Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Art. 6 BGÖ entgegensteht.*
25. Zu prüfen bleibt, ob der NDB das Verhältnismässigkeitsprinzip korrekt angewendet hat.
26. Der NDB will den Zugang zum fraglichen Dokument nicht vollständig verweigern, sondern beabsichtigt einen teilweisen Zugang zu gewähren entsprechend seiner dem Beauftragten eingereichten Einschwäzungsversion. Der NDB teilt mit, er habe bei der teilweisen Zugangsgewährung dem Grundsatz der Öffentlichkeit soweit möglich Rechnung getragen, ohne gleichzeitig die in- und ausländischen Quellen, taktischen und operativen Methoden sowie thematische und geographische Schwerpunkte des NDB offenzulegen. Insbesondere handle es sich bei den in der durchgehend eingeschwärtzten Rubrik „Sachverhalt“ genannten Beispiele um reale Fälle aus der täglichen Praxis des NDB, die ohne Inkaufnahme einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz nicht offen gelegt werden können.
27. Eine Behörde muss bei der Beurteilung von Zugangsgesuchen das Verhältnismässigkeitsprinzip gebührend berücksichtigen.⁸ Sofern eine Ausnahmebestimmung vorliegt, die eine Beschränkung des Zugangs rechtfertigt, muss die Behörde hierfür „die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen“.⁹ Eine korrekte Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips kann daher nur in Ausnahmefällen zu einer vollständigen Zugangsverweigerung zum Dokument führen. Daraus ergibt sich, dass nur Passagen abgedeckt werden dürfen, die private oder öffentliche Interessen enthalten, die in einer Ausnahmeklausel des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 7f. BGÖ) explizit als schutzwürdig erachtet werden. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass der Zugang zu all jenen Dokumenten respektive Textpassagen, für die keine solche Bestimmung geltend gemacht werden kann, gewährt werden muss.
28. Wie bereits dargelegt, schwärzte der NDB im gewünschten Dokument nur die Rubrik „Sachverhalt“ sowie weniger als sieben Wörter ein. In Bezug auf diese Einschwäzungen teilt der Beauftragte die Einschätzung des NDB. Indem der NDB den Zugang zum gewünschten Dokument entsprechend seiner Einschwäzungsversion teilweise gewähren will und er nur die Passagen eingeschwärtzt hat, für welchen eine Ausnahmebestimmung vorhanden ist, hat er bei der Beurteilung des Zugangsgesuchs das Verhältnismässigkeitsprinzip korrekt angewendet.
29. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Die Offenlegung der gesamten Dokumentes „Kasuistik zur Kriterienliste vom 25. Februar 2014“ gefährdet die innere und äussere Sicherheit der Schweiz. Der NDB gewährt hingegen entsprechend seiner Einschwäzungsversion des fraglichen Dokumentes teilweise den Zugang.*

⁷ Vgl. Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015, E. 3.3.

⁸ Urteil des BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 2.5.

⁹ BGE 133 II 217 E. 2.3.3.



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

30. Der Nachrichtendienst des Bundes hält an der teilweisen Zugangsgewährung zum Dokument „*Kasuistik zur Kriterienliste vom 25. Februar 2014*“ entsprechend seinem Einschwärvungsvorschlag, den er dem Beauftragten zusammen mit seiner Stellungnahme vom 21. November 2014 unterbreitet hat, fest.
31. 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).
32. Das Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
33. Das 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).
34. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen Fristen vom 15. Juli bis und mit 15. August still.
35. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
36. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X, Einschreiben mit Rückschein (R)
 - Nachrichtendienst des Bundes NDB, Einschreiben mit Rückschein (R)
3003 Bern

Hanspeter Thür