



Bern, 21.10.2021

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X.
(Antragsteller)**

und

Eidgenössische Technische Hochschule ETH Zürich

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 14. August 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Eidgenössischen Technischen Hochschule ETH Zürich (nachfolgend ETH) wie folgt um Zugang zu Dokumenten ersucht: " Sie betreiben die Website unter dem Domainnamen icumonitoring.ch ('icumonitoring.ch is maintained by the Health Geography and Policy Group [...] at ETH Zürich'). Mit Verweis auf das [Öffentlichkeitsgesetz] ersuche ich Sie, mir den Zugang zu sämtlichen Daten, welche den auf der Website veröffentlichten oder anderweitig zugänglichen Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, zu gewähren. Die Daten umfassen demnach insbesondere
 - die "National forecasts",
 - die "National trends" und
 - das "Cantons summary" sowie
 - die Daten für "Hospitals", "Cantons" und "Regions".Ich gehe davon aus, dass die Daten in einem gängigen elektronischen Format exportiert und zur Verfügung gestellt werden können, zum Beispiel als Export der gesamten Datenbank, die mutmasslich verwendet wird. Die Zustellung könnte per E-Mail – allenfalls über einen Download-Link – erfolgen."
2. Mit E-Mail vom 23. August 2021 nahm die ETH, d.h. die Health Geography and Policy Group Stellung Stellung: "The data on intensive care beds occupanncy for National, and Cantonal level that are reported on icumonitoring.ch are already available through the dashboard of the FOPH. Unfortunately, I am not at liberty to share hospital-level data.[...] Since ultimately this data belongs to the coordinated sanitary service of the Armed Forces, I suggest you to get in contact with them directly if you wish to access that information [...]." Diese Stellungnahme enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.
3. Mit Schreiben vom 23. August 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein und verwies dabei auf sein Zugangsgesuch und die Stellungnahme der ETH.
4. Mit Schreiben vom 26. August 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die ETH dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.



5. Am 01. September 2021 stellte die ETH dem Beauftragten eine Stellungnahme zu. Darin teilte diese mit, dass sie gleichlautende Anfragen jeweils an den Koordinierten Sanitätsdienst der Armee (KSD), die armasuisse oder an das Bundesamt für Gesundheit BAG verwies. Die besagte Anfrage betreffe die von der ETH entwickelte Plattform icumonitoring, welche die ETH im Auftrag von armasuisse betreibe. Auf Stufe ETH bestünde gemäss dem Dienstleistungsvertrag zwischen armasuisse und der ETH eine Geheimhaltungsverpflichtung. Dabei verwies die ETH auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ (Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde). Diesen Dienstleistungsvertrag stellte die ETH dem Beauftragten zu. Die ETH als Auftragnehmerin von armasuisse könne deshalb die für die Simulierung von BAG erhaltenen anonymisierten Personendaten nicht an Dritte herausgeben. Der Antragsteller habe solche Daten bei den Dateneigner, d.h. bei armasuisse oder dem BAG, zu erfragen.

Betreffend die Weiterbearbeitung der Daten durch die ETH-Forschenden sei grundsätzlich festzuhalten, dass Forschungsdaten bzw. Daten welche zu Forschungszwecken an einer öffentlich-rechtlichen Universität durch einzelne Forschende erhoben und bearbeitet werden, gemäss Sinn und Zweck nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen können. Es sei zwischen der behördlichen und amtlichen Tätigkeit einer öffentlich-rechtlichen Institution einer ETH und dem eigentlichen, nicht als öffentlichen Verwaltung durchgeführten Kerngeschäft der individuellen Forschung und Lehre zu unterscheiden. Diesbezüglich gelte der Grundsatz des open access, wobei sich dieser auf die Forschungsergebnisse beschränke. Es könne nicht sein, dass die Forschenden sich bezüglich ihre Forschungstätigkeiten und den verwendeten (Forschungs-)Daten mit der Beantwortung von Zugangsgesuchen beschäftigen müssen.

6. Am 20. Oktober 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die ETH und der Antragsteller sich nicht einigen konnten.
7. Am 21. Oktober 2021, d. h. nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens, stellte die ETH in Kopie dem Beauftragten ein E-Mail an die armasuisse und das BAG zu, von welchem der Antragsteller, soweit ersichtlich, keine Kenntnis hat. Eingaben, die nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens erfolgen, können vom Beauftragten nicht berücksichtigt werden, so dass diese Mitteilung aus den Akten gewiesen wird.
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der ETH 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 bei der ETH ein. Dieses verweigerte 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.¹ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung,

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



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

B. Materielle Erwägungen

11. 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.²
12. Das Zugangsgesuch bezieht sich auf sämtlichen Daten, welche den auf der von der ETH betriebenen Website icumonitoring.ch veröffentlichten oder anderweitig zugänglichen Angaben und Darstellungen zugrunde liegen.
13. Die ETH macht einerseits geltend, sie sei für die Bearbeitung des Zugangsgesuches nicht zuständig, da sie nicht Dateneignerin der vom Zugangsgesuch verlangten Dokumente sei. Gleichzeitig beruft sich die ETH materiell auf den Ausnahmegrund der Vertraulichkeit (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ), wonach sie aufgrund einer vertraglichen Geheimhaltungsklausel diese Daten nicht bekannt geben dürfe. Andererseits legt die ETH dar, die Weiterbearbeitung der Daten unterliege nicht dem Öffentlichkeitsgesetz da zwischen der behördlichen und amtlichen Tätigkeit einer öffentlich-rechtlichen Institution einer ETH und dem eigentlichen, nicht als öffentlichen Verwaltung durchgeführten Kerngeschäft der individuellen Forschung und Lehre zu unterscheiden sei.
14. Das Öffentlichkeitsgesetz hat zum Ziel, den behördeninternen und externen Umgang mit Dokumenten zu regeln. Der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes richtet sich nach Art. 2 BGÖ, während Art. 5 Abs. 1 BGÖ bestimmt, welche Voraussetzungen ein Dokument haben muss, damit es vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst ist. Nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ ist eine auf einem beliebigen *Datenträger* gespeicherte Information ein amtliches Dokument. Die Beschaffenheit des Informationsträgers sowie die Form des Dokumentes spielen keine Rolle (Papier, USB-Stick etc.). Vielmehr ist ausschlaggebend, ob dem Dokument tatsächlich ein Informationsgehalt beizumessen ist, weil es über einen informativen Inhalt verfügt. Eine weitere Voraussetzung ist der *Besitz* der Information. Eine Information befindet sich dann im Besitz einer Behörde, wenn die Behörde tatsächlich in der Lage ist, das Dokument bzw. die gewünschte Information ohne notwendiges Zutun einer anderen Behörde abzurufen und zugänglich zu machen. Letztlich muss die mitgeteilte oder erstellte Information eine *öffentliche Aufgabe des Bundes* betreffen. Weiter gelten nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ auch Dokumente als amtlich, die durch einen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können. Somit fallen bereits elektronisch existierende, aber noch nicht auf einem Informationsträger aufgezeichnete Informationen ebenfalls unter den Begriff des amtlichen Dokumentes.³
15. Ein Zugangsgesuch ist nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ an die Behörde zu richten, die das amtliche Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat (Art. 5 Abs. 1 BGÖ). Als Behörde gelten diejenigen Verwaltungen, Organisationen und Personen, auf die das Öffentlichkeitsgesetz gestützt auf Art. 2 BGÖ direkt oder gemäss spezialgesetzlichen Bestimmungen sinngemäss anwendbar ist.

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

³ BÜHLER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. Handkommentar BGÖ), 3. Auflage, Basel 2014, Art. 5, Rz 2ff.



16. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung. Für den Begriff „Bundesverwaltung“ findet sich im Öffentlichkeitsgesetz keine Legaldefinition. Er ist gemäss Botschaft identisch mit demjenigen in Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) (BBI 2003 1985 f.). Während Art. 178 BV von einem zweigliedrigen Modell ausgeht und grundsätzlich zwischen Bundesverwaltung und Trägern ausserhalb der Verwaltung differenziert, unterscheiden Art. 2 Abs. 3 RVOG und Art. 6 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) zwischen den zentralen und den dezentralen Einheiten der Bundesverwaltung. Diese werden im Anhang zur RVOV aufgelistet. Nach Art. 6 Abs. 2 RVOV fallen Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch Gesetz geschaffen worden sind und überwiegend Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, unter den Bestand der dezentralen Bundesverwaltung.
17. Die ETH ist gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Technische Hochschule (ETH-Gesetz, SR 414.110) eine autonome öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit Rechtspersönlichkeit. Gemäss Anhang I zur RVOV (VI Ziffer 2.1.1) ist sie eine Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung und unterliegt grundsätzlich den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes. Sie hat daher an sie gerichtete Zugangsgesuche nach den Vorgaben dieses Gesetzes zu bearbeiten.
18. Erachtet sich eine Behörde für die Bearbeitung eines bei ihr eingereichten Zugangsgesuches als nicht zuständig, gebietet bereits das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Art. 8, dass sie die Sache ohne Verzug an die zuständige Behörde verweist. Befindet die Behörde ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, so pflegt sie darüber ohne Verzug einen Meinungs austausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt. Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz⁴ hält explizit fest: "Wurde das Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Hauptadressatin des verlangten Dokumentes ist, obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Behörde weiterzuleiten." Im Öffentlichkeitsgesetz sieht Art. 11 VBGÖ Normen bei Zuständigkeitskonflikten vor. In diesem Zusammenhang ist ergänzend zu bemerken, dass die Behörden zudem eine allgemeine Pflicht haben, Gesuchstellende zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ).⁵ Die Unterstützungspflicht ist ein wesentlicher Aspekt des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Dies bedeutet, dass die Behörde Gesuchstellende in angemessenem Rahmen dabei behilflich sein muss, ihr Gesuch klar zu formulieren, das gewünschte Dokument zu ermitteln und nötigenfalls die Behörde zu bestimmen, die für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig ist. Sind die Dokumente im Internet verfügbar oder in einem Publikationsorgan des Bundes veröffentlicht, kann sich die Behörde darauf beschränken, den Gesuchstellenden die Fundstellen mitzuteilen (Art. 6 Abs. 3 BGÖ und Art. 3 Abs. 2 VBGÖ).⁶ Die Kommunikation mit dem Gesuchstellenden, so auch die Stellungnahme müssen in einer Amtssprache erfolgen.⁷ Sofern die Behörde den Zugang verweigert, verlangt Art. 12 Abs. 4 BGÖ eine summarische Begründung. Diese Begründungspflicht ist ausdrücklich in der Botschaft festgehalten.⁸ Dies hängt damit zusammen, dass das Öffentlichkeitsgesetz von der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen

⁴ BBI 2003 2019.

⁵ PARTSCH/BOURESH/BHEND/SCHNEIDER, Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 26.

⁶ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 3.2,

⁷ BHEND/SCHNEIDER, Handkommentar BGÖ), Art. 12, Rz 55.

⁸ BBI 2003 2002 und 2023.



Dokumenten ausgeht und die Beschränkung des Zugangs die Ausnahme darstellen soll. Die Beweislast zum Nachweis, dass ein Ausnahmegrund vorliegt, liegt bei der Behörde. Sie hat dem Gesuchsteller ihren Entscheid so zu begründen, dass es diesem möglich ist, den Entscheid und die Überlegungen der Behörde zumindest in den Grundzügen nachzuvollziehen. Ungenügend ist, lediglich die zur Anwendung kommenden Bestimmungen aufzuführen.⁹

19. Die ETH ist als Bundesbehörde verpflichtet, die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes umzusetzen. Dazu gehört in erster Linie auch die Klärung der Zuständigkeit in der Phase des Zugangsgesuchsverfahrens (Art. 10 – Art. 12 BGÖ). Bevor die Behörde sich mit der Frage nach der materiellen Zugänglichkeit von Dokumenten, d.h. mit allfälligen Ausnahmebestimmungen beschäftigt, muss sie klären, welche Dokumente vom Zugangsgesuch überhaupt erfasst sind und wer zuständig ist. So ist auch gemäss Rechtsprechung angezeigt, dass die Behörden den Gesuchsteller allenfalls auffordert, sein Begehren zu präzisieren (Art. 7 Abs. 3 VBGÖ).¹⁰ Dabei hat die Behörde Art. 3 Abs. 1 VBGÖ zu beachten, wonach sie die Gesuchstellenden bei ihrem Vorgehen zu unterstützen haben. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen umfasst auch die Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente. Die Auskünfte beziehen sich nicht nur auf den Inhalt bestimmter Dokumente, sondern bereits darauf, welche Dokumente zu einer bestimmten Angelegenheit überhaupt existieren. Diese Ergänzung ist wichtig, da Gesuchstellende oft mangels Kenntnis der vorhandenen Bestände gar nicht bezeichnen können, worin sie Einsicht nehmen wollen und sind daher auf die Mithilfe der kundigen Behörde angewiesen sind.¹¹
20. Vorliegend kann der Antragsteller nicht wissen, welche Daten, den auf der Website veröffentlichten oder anderweitig zugänglichen Angaben und Darstellungen zugrunde liegen. Ersichtlich ist für ihn lediglich das öffentliche zugängliche Ergebnis sowie die Informationen zur Website in Englisch. Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen ist denn auch nicht ersichtlich, welcher Daten im Auftrag der armasuisse bearbeitet werden und/oder welche Daten Forschungszwecken dienen, ob es sich um Daten handelt, welche eine öffentliche Aufgabe betreffen oder nicht.
21. Aufgrund der E-Mail der ETH vom 23. August 2021 an den Antragsteller, der eingereichten ergänzenden Stellungnahme an den Beauftragten, den eingereichten Unterlagen und der durchgeführten Schlichtungsverhandlung bleibt unklar, welche Daten genau der Website von icumonitoring.ch zugrunde liegen und vom Zugangsgesuch tatsächlich betroffen sind. Aufgrund der Sachverhaltslage kann der Beauftragte vorliegend denn auch nur eine verfahrensleitende Empfehlung abgeben. Demzufolge hat die ETH, entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes, zunächst die Frage der existierenden Dokumente und die Frage der Zuständigkeit der vom Zugangsgesuch betroffenen Daten zu klären und im Falle ihrer Nichtzuständigkeit das Gesuch an die zuständigen Stellen weiterzuleiten. Bleiben darüber hinaus Daten bestehen, welche von der ETH selber der Plattform zugrunde gelegt werden, hat sie diesbezüglich das Zugangsgesuch nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu bearbeiten. Bei einer Zugangsverweigerung hat die ETH dem Antragsteller eine dem Gesetz und der Rechtsprechung genügenden Stellungnahme nach Art. 12 Abs. 4 BGÖ zukommen zu lassen und diese mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

⁹ PATRSCH/BOURESH/BHEND/SCHNEIDER, Handkommentar BGÖ, Art. 12, Rz 60.

¹⁰ BGE 142 II 324 E. 3.5; Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 4.2.3.

¹¹ STEINEM, Handkommentar BGÖ, Art. 6, Rz 14ff.



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

22. Die Eingabe der ETH vom 21. Oktober 2021 (Kopie des E-Mails an die armasuisse und an das BAG) wird aus den Akten gewiesen.
23. Die ETH leitet das Zugangsgesuch des Antragstellers, soweit sie sich als nicht zuständig erachtet, innert 10 Tagen ab Erhalt dieser Empfehlung an die jeweils zuständigen Stellen weiter.
24. Soweit über die nach Ziffer 22 erfassten Daten allenfalls weitere Daten der Plattform vom Zugangsgesuch erfasst sind, bearbeitet die ETH das Gesuch nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.
25. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim der ETH den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
26. Die ETH erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
27. Die ETH 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 mit Rückschein (R)
X.
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössische Technische Hochschule ETH Zürich
Rämistrasse 101
8092 Zürich
30. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - A-Post
Bundesamt für Gesundheit
Schwarzenburgstrasse 157
3003 Bern
 - A-Post
Bundesamt für Rüstung armasuisse
Guisanplatz 1
3003 Bern

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter

Astrid Schwegler
Juristin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip