



Bern, 20. September 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragsteller)**

und

Nachrichtendienst des Bundes NDB

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

- Der Antragsteller (Journalist) hat am 22. März 2023 gemeinsam mit einem weiteren Zugangsgesuchsteller (Journalist) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Nachrichtendienst des Bundes NDB um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
 - "Liste der aktuell (März 2023) von Ihnen behördlich zur Verfügung stehenden GovWare Produkte (Name der Software; Name des Anbieters; ausführendes Organ (bspw. BÜPF oder FUB (Führungs- und Unterstützungsbasis NDB)) [nachfolgend: Dokumentengruppe Nr. 1]
 - [...] betreffend die Zeitspanne von 2018 bis 2023 (März) [...] jeglichen Kontakt mit GovWare-Anbietern. Sprich: Einsicht in die entsprechende E-Mail-Kommunikation, Präsentationen, konkrete Treffen, Austausch an Fachmessen, Vorführungen von Produkten, etc. [nachfolgend: Dokumentengruppe Nr. 2]
 - [Informationen darüber, ob] Sie – respektive Vertreter:innen Ihrer Behörde – in den vergangenen fünf Jahren das ISS World Europe in Prag besucht [haben]? Falls ja, hätten wir [...] gerne die folgenden Informationen – inklusive vermerkten Agendaeintrag und/oder Notiz beziehungsweise Protokoll, sowie Vorbereitungsmandate dazu: Welche Veranstaltungen [hat der NDB] dort besucht? Mit welchen Firmen [hat der NDB] sich ausgetauscht? [nachfolgend: Dokumentengruppe Nr. 3]
 - [...] Richtlinien des Beschaffungsprozesses von GovWare und [...] die entsprechenden Anwendungsrichtlinien und Kontrollmechanismen [nachfolgend: Dokumentengruppe Nr. 4]."
- 2. Am 27. März 2023 nahm der NDB Stellung und verweigerte den Zugang vollständig. Der NDB machte geltend, dass am "1. September 2017 [...] das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst

(Nachrichtendienstgesetz, NDG) in Kraft [trat]. Der NDB verfügt erst seit diesem Zeitpunkt überhaupt über die Befugnis, unter gesetzlich eng definierten Bedingungen in Computersysteme und -netzwerke im Inland (gemäss Art. 26 und folgenden NDG) oder im Ausland (gemäss Art. 37 NDG) einzudringen." Laut NDB bestehen "für beide Einsatzformen [...] spezielle Verfahren zu deren Genehmigung [...] bzw. der Bewilligung". Es handle sich dabei um Massnahmen der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung nach dem 3. Kapitel des Nachrichtendienstgesetzes, die bestimmten Freigaben und Bewilligungen unterstehen. Der NDB führte diesbezüglich aus, dass das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 67 NDG nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung gilt. "Sollten deshalb beim NDB amtliche Dokumente gemäss Ihre[s Zugangsgesuchs] bestehen, stünden diese offenkundig im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung und unterstünden nicht dem BGÖ." In Bezug auf die Dokumentengruppe Nr. 4, insbesondere zur Frage nach den Kontrollmechanismen, verwies der NDB "allgemein auf den zweiten Abschnitt des 6. Kapitels NDG" sowie auf die "jährlichen Berichte[] 'Sicherheit Schweiz'".

3. Am 28. März 2023 präzisierte der Antragsteller gegenüber dem NDB, dass sein Interesse "in erster Linie nicht den Beschaffungsmassnahmen und Einsätzen von GovWare [gilt] – sondern am [sic!] Produkt und Hersteller."
4. Am 6. April 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
5. Mit Schreiben vom 12. April 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte gleichentags den NDB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
6. Am 21. April 2023 reichte der NDB dem Beauftragten Dokumente und eine Stellungnahme ein. Darin wiederholte der NDB im Wesentlichen seine Ausführungen betreffend die Anwendung von Art. 67 NDG (s. Ziff. 2). Er machte weiterführend geltend, dass "[i]m Gesetzgebungsverfahren zum NDG [...] seinerzeit umstritten [war], ob der NDB als Ganzes oder ob 'nur' dessen Informationsbeschaffung vom BGÖ auszunehmen sei. Schlussendlich obsiegte in der Differenzbereinigung die Meinung, dass die Ausnahme vom BGÖ auf die Informationsbeschaffung zu beschränken sei. Damit setzte sich der ursprüngliche Vorschlag des NDB bzw. die vom Bundesrat im Gesetzesentwurf und Botschaft vertretene Sehweise durch." Daraus ergebe sich, dass "[d]ie Regelung von Art. 67 NDG [...] dem klaren Gesetzeswortlaut zufolge und ebenso von der Entstehungsgeschichte her die Informationsbeschaffung als solche integral vom BGÖ aus[nimmt]." Damit solle "auch der sog. 'Salami-Taktik' ein Riegel geschoben werden", was verhindere, "dass einzelne – isoliert für sich betrachtete als wenig problematische scheinende – amtliche Dokumente [...] offengelegt werden, die sich indessen später zu einem schlüssigen Gesamtbild über die nachrichtendienstlichen Beschaffungsmöglichkeiten, -methoden und -mittel zusammenfügen lassen." Der NDB ergänzte diese Ausführungen ausserdem u.a. um weitergehende Erläuterungen betreffend die Bedeutung und die Funktionsweise von GovWare. Insbesondere stellte der NDB Risiken bei der Bekanntgabe der in der Schweiz allfällig verwendeten GovWare dar. Er führte diesfälligerweise aus, dass "bereits die Erwähnung eines Produkts oder Firmennamens, wie vom Gesuchsteller beantragt, [...] Einblick in geheim zu haltende operative Mittel und Methoden der Informationsbeschaffung nach Artikel 26 NDG geben [würde]." Der NDB vertritt die Ansicht, dass "bereits das Wissen, dass ein bestimmtes Produkt eingesetzt wird, der potenziellen Gegenseite, die ebenfalls hoch spezialisiert ist, einen Informationsvorsprung gibt." Darüber hinaus verwies der NDB auf die im 3. Kapitel NDG figurierende "Quellenschutzregelung [...], die technischen Quellen umfassend schützt, ausser deren Bekanntgabe würde die Auftragserfüllung des NDB weder direkt noch indirekt gefährden." In diesem Zusammenhang führte der NDB aus, dass dieser nach Art. 35 NDG "den Schutz seiner Quellen sicher[stellt], wozu bei technischen Quellen geheimhaltungsbedürftige Angaben über Infrastruktur, Leistungsfähigkeit, operative Methoden und Verfahren der Informationsbeschaffung zu berücksichtigen sind." Weitere Ausnahmebestimmungen führte der NDB in seiner Stellungnahme an den Beauftragten nur am Rande auf: Es sei – selbst wenn die ersuchten Dokumente dem Öffentlichkeitsprinzip unterstünden – der Zugang in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ zu verweigern. Schliesslich machte der NDB geltend, dass "das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BÖB, SR 172.056.1) keine Anwendung findet bei

öffentlichen Aufträgen, die dem Schutz und der Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung dienen. Es besteht somit eine Sonderregelung für den Zugang zu bestimmten Informationen."

7. Am 8. Juni 2023 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
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. Dieser 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, 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. Der NDB machte in der Schlichtungsverhandlung betreffend die ersuchte Dokumentengruppe Nr. 4 geltend, dass die allgemeinen Beschaffungsrichtlinien von armasuisse als zuständige Beschaffungsstelle bei der allfälligen Beschaffung von GovWare zur Anwendung gelangten. Der NDB besitze keine entsprechenden Dokumente. Abgesehen davon bestünden vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Regelungen für den Zugang zu Dokumenten mit Bezug auf öffentliche Aufträge, die dem Schutz und der Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung dienen (vgl. Art. 10 Abs. 4 Bst. a BöB).
13. 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 Öffentlichkeitsgesetz 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."³ Art. 12 BGÖ i.V.m. Art. 11 VBGÖ sieht Regelungen bei Zuständigkeitskonflikten vor. In diesem Zusammenhang ist ergänzend zu bemerken, dass die Behörden zudem eine allgemeine Pflicht haben, Gesuchstellende zu unterstützen (Art. 3

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

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

³ BBI 2003 2019.

Abs. 1 VBGÖ).⁴ Die Unterstützungspflicht ist ein wesentlicher Aspekt des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Dies bedeutet, dass die Behörde Gesuchstellenden 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.⁵

14. Der NDB 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. 12 BGÖ i.V.m. Art. 11 VBGÖ). Bevor die Behörde sich mit der Frage nach der Zugänglichkeit von Dokumenten, d.h. mit allfälligen Ausnahmebestimmungen beschäftigt, muss sie von Gesetzes wegen klären, welche Dokumente vom Zugangsgesuch überhaupt erfasst sind und wer für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig ist.
15. *Der Beauftragte ist der Ansicht, dass der NDB für die Bearbeitung des Gesuchs um Zugang zu Dokumentengruppe Nr. 4 die zuständige Stelle bestimmen und das Gesuch an diese zur Bearbeitung weiterleiten muss. Ob die ersuchten Informationen dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen und ob allfällige Ausnahmetatbestände zur Anwendung gelangen, ist von der zuständigen Behörde zu prüfen.*
16. Der NDB vertritt in seiner Stellungnahme an den Beauftragten (s. Ziff. 6) die Ansicht, dass die ersuchten Dokumentengruppen Nr. 1 bis Nr. 3 in Anwendung von Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sind.
17. Art. 4 BGÖ regelt das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und jenen bundesrechtlichen Normen, die eine Sonderregelung für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten vorsehen. Nach Bst. a sind Normen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl an Geheimhaltungsnormen.⁶ Diese sind mitunter darauf ausgerichtet, besondere öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen. Gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten.
18. Mit dem Inkrafttreten des neuen Nachrichtendienstgesetzes am 1. September 2017 wurde die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen. Es handelt sich dabei gemäss Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz um eine "sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung".⁷ Art. 67 NDG besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem Nachrichtendienstgesetz gilt. Es steht ausser Frage, dass Art. 67 NDG eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ ist. Umstritten ist die Anwendung von Art. 67 NDG im vorliegenden Fall.
19. In der Botschaft heisst es zu Art. 67 NDG, dass "die bisherigen Zugangsgesuche [...] jeweils vorwiegend Dokumente und Dossiers über die Beschaffung von Informationen durch den NDB oder über Aktionen [betrafen], die der NDB (oder seine Vorgänger) durchgeführt hatte. Vereinzelt wurde auch ausdrücklich Einsicht in andere Unterlagen, z.B. über den Verkehr mit ausländischen Nachrichtendiensten und Sicherheitsbehörden, verlangt. Mit Rücksicht auf die beteiligten Personen oder ausländischen Dienste und im Einklang mit den Ausnahmeregelungen des BGÖ muss der NDB die Einsicht in Beschaffungs- und Zusammenarbeitsdossiers nach ausführlicher Prüfung und interner Begründung jeweils ablehnen. Es ist deshalb nicht sinnvoll, hier den Grundsatz aufrecht zu erhalten, dass in Dokumente über die nachrichtendienstliche Beschaffung Einsicht gegeben werden muss, wenn von vornherein feststeht, dass diese den Ausnahmebestimmungen des BGÖ unterstehen."⁸ Gemäss der Botschaft besteht der Hauptzweck der Ausnahme somit darin, dem

⁴ PARTSCH/BOURESH/BHEND/SCHNEIDER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 26.

⁵ Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 24. Mai 2006 zur Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Ziff. 3.2.

⁶ Eine Liste ist auf der Webseite des Beauftragten einsehbar unter www.edoeb.admin.ch > Öffentlichkeitsprinzip > Services BGÖ > Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ.

⁷ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105 (zitiert BBI 2014), BBI 2014 2161.

⁸ BBI 2014 2195.

NDB die Prüfung von Zugangsgesuchen zu ersparen, die sich auf Dokumente im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung beziehen, die ohnehin Gegenstand einer im Öffentlichkeitsgesetz enthaltenen Ausnahme wären.⁹

20. Der Begriff der Informationsbeschaffung, der weder im Gesetz noch in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz definiert wird, bezieht sich auf das 3. Kapitel NDG, welches den Titel "Informationsbeschaffung" trägt und insbesondere die konkreten ergreifbaren Informationsbeschaffungsmassnahmen betrifft. In der Botschaft wird dazu ausgeführt: "Nach der umfassenden Definition des Datenbearbeitungsbegriffs im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; 235.1) ist zwar die Beschaffung im Begriff der Bearbeitung enthalten (vgl. Art. 3 Bst. e DSG). Da die Beschaffung der Daten jedoch für einen Nachrichtendienst zum einen von zentraler Bedeutung ist und zum anderen aus Sicht der betroffenen Personen mit den stärksten Grundrechtseingriffen verbunden sein kann, ist es gerechtfertigt, die Beschaffung und die weitere Bearbeitung in eigenständigen Kapiteln zu regeln."¹⁰ Nach der Botschaft umfasst die Informationsbeschaffung nur die Datensammlung.¹¹ Das 3. Kapitel NDG definiert zu diesem Zweck Massnahmen, die mit oder ohne gerichtliche Genehmigung durchgeführt werden können, d.h. die Mittel, die dem NDB zur Verfügung stehen, um Informationen zu sammeln, sowie den Schutz von Informationsquellen und die Zusammenarbeit mit anderen Diensten oder Privatpersonen. Die Datenbearbeitung der so beschafften Informationen ist hingegen speziell in einem eigenständigen Kapitel geregelt (4. Kapitel NDG). Somit ergibt sich nach Ansicht des Beauftragten, dass die Informationsbeschaffung ausschliesslich die Umsetzung einer konkreten Massnahme zur Informationsbeschaffung betrifft. Aus der Botschaft geht zudem nicht hervor, dass sich die Informationsbeschaffung auf alles bezieht, was der eigentlichen Informationserhebung vorausgeht, wie Vorbereitungsarbeiten, Vereinbarungen usw. Auch amtliche Dokumente, die die Verwaltungstätigkeiten des NDB betreffen und die Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen, die seine Tätigkeit festlegen, überprüfen, weisen keinen eindeutigen Bezug zu konkreten Massnahmen zur Informationsbeschaffung auf. Sie sind nach Ansicht des Beauftragten nicht durch das 3. Kapitel NDG abgedeckt. Wenn alle Informationen, die in irgendeiner Weise die Informationsbeschaffung betreffen, ausgeschlossen werden, würde nur ein sehr kleiner Teil der Tätigkeiten des NDB dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen. Eine solche extensive Auslegung würde nach Ansicht des Beauftragten dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der beschlossen hat, nur die eigentliche Informationsbeschaffung, nicht aber den NDB insgesamt vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen.
21. Der NDB hat vorliegend in seiner Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten (s. Ziff. 6) ausgeführt, dass es beim "Eindringen in Computersysteme [...] um hoch spezifische Programme und Methoden [geht], bei denen bereits das Wissen, dass ein bestimmtes Produkt eingesetzt wird, der potentiellen Gegenseite, die ebenfalls hoch spezialisiert ist, einen Informationsvorsprung gibt. Dies könnte z.B. in Kombination mit anderen Informationen der Gegenseite durchaus zum Aufspüren eines solchen notabene gerichtlich genehmigten Eingriffs führen." Darüber hinaus sei der Einsatz von kommerziellen Programmen für das Eindringen in Computersysteme insbesondere für kleinere Länder wie die Schweiz unabdingbar, "da sie nicht über die Entwicklungskapazitäten verfügen, solch komplexe Tools selber zu entwickeln und laufend zu erneuern und anzupassen." Schliesslich bringt der NDB sinngemäss vor, dass auch keine alternativen praktikablen Vorgehensweisen, um die zum Einsatz von GovWare gleichwertige Informationsbeschaffung sicherzustellen, bestehen.
22. Der NDB ist somit der Ansicht, dass die Dokumentengruppen Nr. 1 – Nr. 3 aufgrund von Art. 67 NDG vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen sind. Der Beauftragte äussert sich dazu wie folgt:
- Dokumentengruppe Nr. 1: Der Beauftragte kann die Argumentation nachvollziehen, wonach eine vom Antragsteller verlangte Liste der vom Nachrichtendienst eingesetzten GovWare Produkte, deren Einsatz eine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme darstellt, und deren Herstellenden, Hinweise auf die zur Informationsbeschaffung eingesetzten Methoden des

⁹ BBI 2014 2195.

¹⁰ BBI 2014 2148.

¹¹ BBI 2014 2144, 2148.

NDB geben kann. Die vom Antragsteller verlangten Informationen ermöglichen nach Ansicht des Beauftragten hinreichend konkrete Rückschlüsse auf das Vorgehen bzw. die Arbeitsweise des NDB in der Informationsbeschaffung, also denjenigen Tätigkeitsbereich, den der Gesetzgeber ohne Einschränkung oder Berücksichtigung der tatsächlichen Sensibilität der Informationen vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen hat. Folglich gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die vom Antragsteller verlangte Dokumentengruppe Nr. 1 die Informationsbeschaffung des NDB nach dem 3. Kapitel NDG betreffen und damit von Art. 67 NDG erfasst sind.

- Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3: Die vom Antragsteller verlangten Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 betreffen insbesondere den Austausch des NDB mit Anbietenden und Entwicklern von GovWare sowie Informationen zur Teilnahme – nachgewiesen durch Agendaeinträge –, zu Produktvorführungen und zu Protokollen der Konferenz ISS World Europe in Prag. Nach Ansicht des Beauftragten handelt es sich hierbei insbesondere um Informationen über administrative Vorbereitungshandlungen, Vereinbarungen etc., die die Einführung oder Durchführung künftiger Informationsbeschaffungs- und Überwachungsmaßnahmen mit GovWare ermöglichen könnten, namentlich durch Produktvorführungen, den Besuch von Fachmessen und den Austausch mit Anbietenden von GovWare bezüglich der Produkte und allfälliger Vertragsabschlüsse, wobei aus den dem Beauftragten eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich wird, ob solche Abschlüsse tatsächlich erreicht werden. Der NDB hat bis anhin insbesondere nicht nachvollziehbar dargelegt, inwiefern die in den Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 enthaltenen Informationen Rückschlüsse auf die Informationsbeschaffung zulassen. Diese Art von Dokumenten erachtet der Beauftragte nicht nach Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen. Nach Ansicht des Beauftragten liegt in Bezug auf die verlangten Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 kein Anwendungsfall von Art. 67 NDG vor.

23. *Zusammenfassend hält der Beauftragte fest: Die ersuchte Dokumentengruppe Nr. 1 untersteht aufgrund von Art. 67 NDG nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. In Bezug auf die verlangten Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 liegt hingegen kein Anwendungsfall von Art. 67 NDG vor.*
24. Aufgrund der Nichtanwendbarkeit von Art. 67 NDG betreffend die Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 muss nachfolgend geprüft werden, ob eine oder mehrere Ausnahmen nach Art. 7 oder 8 BGÖ vorliegen.
25. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.¹² Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.¹³ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁴
26. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Nach der Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann. Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹⁵ Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung

¹² BGE 142 II 340 E. 2.2

¹³ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2

¹⁴ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

¹⁵ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1.

des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹⁶

27. Sofern die ersuchten Dokumente dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, verweigert der NDB ohne detaillierte Begründung mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ den Zugang. Der NDB fasst die Argumentation für die beiden Ausnahmegründe Art. 7 Abs. 1 Bst. b und Bst. c BGÖ zusammen; der Beauftragte prüft im Folgenden deren Anwendung separat.
28. Gemäss 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. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahmen beeinträchtigt zu werden droht."¹⁷ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁸ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.¹⁹ Länge und Komplexität der Kausalkette zwischen der Zugänglichmachung der entsprechenden Information und einer allfälligen ganzen oder teilweisen Vereitlung des Massnahmenerfolgs oder der Massnahme selbst sind demnach für die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht an sich, sondern nur insoweit von Belang, als sie sich auf die Folgenprognose auswirken. Je länger und komplexer die Kausalkette ist, desto schwieriger dürfte es in der Regel sein, mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit eine ganze oder teilweise Vereinbarkeit des Massnahmenerfolgs oder der Massnahme selbst als Folge der Zugangsgewährung zu prognostizieren.²⁰ Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.²¹ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.²²
29. Der NDB hat sich bis anhin darauf beschränkt, die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ lediglich summarisch zu begründen, ohne jedoch deren Anwendung auf den konkreten Fall darzulegen. Die Behörde belegte somit bis anhin nicht eingehender, inwiefern die verlangten Dokumente eine konkrete behördliche Massnahme des NDB (z.B. den konkreten Einsatz von GovWare) vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Eine solche Beeinträchtigung ist für den Beauftragten denn auch nicht ersichtlich. Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung der Ausnahmetatbestände bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte nachgewiesen hat, erachtet der Beauftragte den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ für die verlangten Informationen der Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 als nicht nachgewiesen.
30. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähig-

¹⁶ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4.

¹⁷ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1.

¹⁸ BGE 144 II 77 E. 4.3.

¹⁹ Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1.

²⁰ Urteil des BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.

²¹ Urteile des BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023 E. 4.4.1 f.; A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2.

²² Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1. m.H.

keit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde.²³ Dabei ist nach der Rechtsprechung²⁴ 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 innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung²⁵ selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Dabei ist den Behörden ein grosser Interpretationsspielraum einzuräumen, ob eine Bekanntgabe von Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden könnte.²⁶ Als Leitlinie der Prüfung dient dabei 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.

31. Der NDB zeigt in seiner Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten (s. Ziff. 6) zwar nachvollziehbar auf, dass bei Bekanntgabe der konkret eingesetzten Programme und Methoden Sicherheitsrisiken zu erwarten sind (Dokumentengruppe Nr. 1). Allerdings sind diese Informationen aufgrund von Art. 67 NDG nicht vom Öffentlichkeitsgesetz umfasst und dementsprechend auch nicht Gegenstand des Ausnahmetatbestandes von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Hingegen äussert sich der NDB bis anhin nicht eingehender dazu, auf welche Weise die Bekanntgabe von Informationen zum Austausch des NDB mit Anbietenden und Entwicklern von GovWare (Dokumentengruppe Nr. 2) sowie von Informationen zu Produktvorführungen und Zugang zu Informationen bezüglich die Teilnahme – über die andere Stellen der Bundesverwaltung Auskunft geben – und zu den Protokollen der Konferenz ISS World Europe in Prag (Dokumentengruppe Nr. 3) die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden könnten. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung liege es zwar in der Natur der Sache, Ausführungen zu den Gründen, wieso in gewisse (geheime) Akten keine Einsicht gewährt werden soll, eher vage zu halten. Bei zu wenigen Details bestehe jedoch das Risiko einer Verletzung der Begründungspflicht.²⁷ Auch wenn sich das Urteil auf den Zugang zu Dokumenten des Bundesarchivs bezog, erachtet der Beauftragte die darin vorgebrachte Argumentation des Bundesgerichts als übertragbar auf die Verweigerung oder Einschränkungen des Zugangsrechts i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ und die damit verknüpfte Begründungspflicht. Der NDB beschränkt sich in seiner Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten darauf, geltend zu machen, dass bei Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes der Zugang aufgrund des Ausnahmetatbestands in Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ zu verweigern sei. Weiterführende Ausführungen macht der NDB nicht. Auch bei Anerkennung eines weiten Interpretationsspielraums und einer möglichen vagen Argumentationslinie der Behörde betreffend die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz durch Bekanntgabe der ersuchten Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 sind die Ausführungen des NDB mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung nach Ansicht des Beauftragten bis anhin zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ hinreichend zu begründen.

Nach Ansicht des Beauftragten konnte der NDB somit bislang nicht hinreichend darlegen, dass aus der Bekanntgabe der verlangten Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz resultiert. Der Beauftragte kann indes nicht

²³ BBl 2003 2009.

²⁴ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

²⁵ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.; Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3.

²⁶ Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3.

²⁷ Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3.

ausschliessen, dass einzelne in den verlangten Dokumentengruppen Nr. 2 und 3 enthaltene Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen könnten. Ist das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ nicht offensichtlich, so hat die angefragte Behörde grundsätzlich für jedes Dokument bzw. jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern beabsichtigt, darzulegen, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ als erfüllt ansieht.²⁸ Die betroffenen Informationen sind somit vom NDB als Fachbehörde zu identifizieren und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) zu schwärzen.²⁹ Dem NDB kommt wie bereits erwähnt als Fachbehörde eine Begründungspflicht zu.³⁰

32. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis:*

- *Mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes kann der NDB an seiner Zugangsverweigerung zur verlangten Dokumentengruppe Nr. 1 festhalten.*
- *Der NDB vermochte bis anhin das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ bezüglich der Bekanntgabe der Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen.*
- *Der NDB hat bis anhin nicht hinreichend dargetan, dass die Bekanntgabe der Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 die innere oder äussere Sicherheit i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ beeinträchtigen könnte. Hingegen kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass diese Dokumentengruppen entsprechende Informationen enthalten könnten. Diese sind vom NDB zu identifizieren und zu schwärzen.*
- *Der NDB bestimmt für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zur Dokumentengruppe Nr. 4 die zuständige Stelle und leitet das Gesuch an diese zur Bearbeitung weiter.*

33. *Abschliessend ist anzumerken, dass es dem NDB unbenommen bleibt, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte aufzuzeigen.*

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

34. Der Nachrichtendienst des Bundes kann mangels Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes an seiner Zugangsverweigerung zur Dokumentengruppe Nr. 1 festhalten.
35. Der Nachrichtendienst des Bundes identifiziert, ob Informationen, die in den Dokumentengruppen Nr. 2 und Nr. 3 enthalten sind, vom Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ erfasst sind, und schwärzt sie ggf. unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips.
36. Der Nachrichtendienst des Bundes gewährt Zugang zu den übrigen Inhalten der Dokumentengruppen Nr. 2 und 3.
37. Der Nachrichtendienst des Bundes bestimmt die zuständige Stelle für die Bearbeitung des Gesuchs zur Dokumentengruppe Nr. 4 und leitet es an die zuständige Stelle zur Bearbeitung weiter.
38. 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 sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
39. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

²⁸ Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.3 m.w.H.

²⁹ BGE 133 II 209 E. 2.3.3; Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 28. August 2023 E. 9.2, 10.2.

³⁰ Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 28. August 2023 E. 9.2, 10.2.

40. 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).
41. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

42. Die Empfehlung wird eröffnet:

Einschreiben mit Rückschein (R)
X.__ (Antragsteller)

Einschreiben mit Rückschein (R)
Nachrichtendienst des Bundes
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich
Öffentlichkeitsgesetz

Lena Hehemann
Juristin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsgesetz