



Bern, 2. Februar 2018

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragsteller)**

und

**Stiftung ombudscom /
ombudscom Schlichtungsstelle Telekommunikation**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Nach Art. 12c des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) hat das Bundesamt für Kommunikation BAKOM für die Regelung von Streitigkeiten zwischen Kunden und Anbietern von Fernmelde- und Mehrwertdiensten eine Schlichtungsstelle einzurichten. Diese Aufgabe kann das BAKOM mit verwaltungsrechtlichem Vertrag auf einen Dritten übertragen (Art. 42 Abs. 4 der Verordnung über Fernmeldedienste, FDV; SR 784.10.1). Aus dem verwaltungsrechtlichen Vertrag vom 19. März 2013, den das BAKOM mit der Stiftung ombudscom (nachfolgend ombudscom) geschlossen hat, ist ersichtlich, dass diese am 29. April 2008 mit dem alleinigen und gemeinnützigen Zweck gegründet wurde, Kunden von Fernmelde- oder Mehrwertdiensteanbietern eine unabhängige, unparteiische, transparente und effiziente Schlichtungsstelle im Sinne der Fernmeldegesetzgebung zur Verfügung zu stellen. Beaufsichtigt wird die ombudscom durch das BAKOM und die Eidgenössische Stiftungsaufsicht. Der Stiftungsrat besteht aus je zwei Vertretern der Konsumentenorganisationen und der Fernmeldediensteanbieter, einem Vertreter der Mehrwertdiensteanbieter und vier unabhängigen Persönlichkeiten.¹
2. Der Antragsteller (Journalist) stellte am 25. Februar 2016 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der ombudscom ein Zugangsgesuch, in welchem er den Zugang zu statistischen Daten betreffend die Schlichtungstätigkeit der ombudscom, aufgeschlüsselt nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern (einzeln mit Namen), für das Jahr 2015 verlangte. In dieser Angelegenheit erliess der Beauftragte am 10. August 2016 eine Empfehlung.² In der Folge erhielt der Antragsteller von der ombudscom gestützt auf Art. 48 Abs. 4 FDV die verlangten Daten.
3. Am 14. November 2017 stellte der Antragsteller gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei der ombudscom ein inhaltsgleiches Zugangsgesuch zu statistischen Daten betreffend die Schlichtungstätigkeit der ombudscom. Dieses Zugangsgesuch unterscheidet sich von jenem

¹ <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/nuetzliche-infos/schlichtung-im-fernmeldebereich/was-ist-die-schlichtungsstelle.html>; <https://de.ombudscom.ch/tag/verfahren/> (zuletzt besucht am 31. Januar 2018).

² EDÖB Empfehlung vom 10. August 2016: ombudscom / Geltungsbereich BGÖ.



vom 25. Februar 2016 einzig darin, dass die damalige Frage 2 nun weggelassen wurde und der Zeitraum der verlangten statistischen Daten nicht nur das Jahr 2015, sondern die Jahre 2012 bis 2016 umfasst.

4. Zu diesem Zugangsgesuch nahm die ombudscom am 1. Dezember 2017 Stellung. Sie verweigerte den Zugang zu den verlangten Informationen mit der Begründung, dass sie nicht zur Bundesverwaltung gehöre und somit dem Öffentlichkeitsgesetz nur insofern unterstehe, als sie Erlasse oder Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlasse. Das sei bei der Schlichtungstätigkeit der ombudscom nicht der Fall, da ihre einzige Verfügungskompetenz in der Möglichkeit bestehe, den Parteien die Verfahrensgebühren durch Verfügung aufzuerlegen (Art. 49 Abs. 5 FDV). Zudem werde auch die Haupttätigkeit der Schlichtungsstelle, nämlich die Durchführung von Schlichtungsverfahren bei zivilrechtlichen Streitigkeiten, vom Öffentlichkeitsgesetz nicht erfasst (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BGÖ).
5. Am 18. Dezember 2017 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein. Er bezog sich auf die Empfehlung des Beauftragten vom 10. August 2016 und teilte mit, dass er von der ombudscom die entsprechenden Informationen für das Jahr 2015 erhalten hatte.
6. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2017 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und lud gleichentags die ombudscom zu einer Stellungnahme ein.
7. Mit Schreiben vom 9. Januar 2018 teilte die ombudscom dem Beauftragten u.a. mit, dass die Schlichtungsstelle weder in den persönlichen (Art. 2 BGÖ) noch in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle (Art. 3 BGÖ). Auch wies sie daraufhin, dass die Bekanntgabe von statistischen Daten mit der Angabe der Namen der Fernmelde- und Mehrwertdienstanbieter von Art. 48 Abs. 4 FDV nicht abgedeckt werde.
8. Am 31. Januar 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die Parteien sich nicht einigen konnten.
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der ombudscom 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

10. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der ombudscom ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten, da sie nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehe. 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).
11. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ 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.

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



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.⁴
13. Das Zugangsgesuch vom 14. November 2017 betrifft die gleiche Angelegenheit⁵, zu welcher der Beauftragte sich bereits in der Empfehlung vom 10. August 2016 (nachfolgend Empfehlung 2016)⁶ zuhanden der gleichen Parteien geäussert hat. Demzufolge ist es gerechtfertigt, nachfolgend auf die Erwägungen der Empfehlung 2016 hinzuweisen.
14. Die ombudscom vertritt heute die Ansicht, dass Art. 48 Abs. 4 FDV keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten darstellt. Sie erklärt auch, dass das Zugangsgesuch nicht die hoheitliche Tätigkeit der Schlichtungsstelle betrifft, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz nicht anwendbar ist.
15. In der Empfehlung 2016 kam der Beauftragte zum Schluss, dass die ombudscom mit ihrer Schlichtungstätigkeit in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 BGÖ). Der Beauftragte hält an diesen Einschätzungen fest und verweist auf die jeweiligen Erwägungen in den Ziffern 14 bis 29 der Empfehlung 2016.
16. Weiter kam der Beauftragte in der Empfehlung 2016 zum Ergebnis, dass die Schlichtungsverfahren der ombudscom nicht als Zivil- resp. Schiedsverfahren zu qualifizieren und daher nicht vom sachlichen Geltungsbereich gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ ausgenommen sind. Im Übrigen hielt er in diesem Zusammenhang auch fest, dass der Antragsteller keinen Zugang zu Schlichtungsakten, sondern zu statistischen Informationen der Schlichtungsstelle verlangt hatte. Der Beauftragte hält an diesen Einschätzungen fest und verweist auf die Erwägungen in den Ziffern 30ff. der Empfehlung 2016.
17. Weiter prüfte der Beauftragte in der Empfehlung 2016 auch, ob Art. 48 Abs. 4 FDV eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellt und aus diesem Grund das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung gelangt. Er führte in der Empfehlung 2016 in den Ziffern 35f. aus, dass Art. 48 Abs. 4 FDV lediglich eine Bestimmung auf Verordnungsstufe ist, weshalb Art. 4 BGÖ, der ein Gesetz im formellen Sinne gemäss Art. 163 Abs. 1 BV erfordert, nicht anwendbar ist. Darüber hinaus erläuterte der Beauftragte, dass Art. 48 Abs. 4 FDV die aktive Behördeninformation regelt, während der Antragsteller um Zugang zu Informationen auf der Grundlage des Öffentlichkeitsgesetzes ersucht hatte. So ist, wie in der Empfehlung 2016 in Ziffer 37 festgehalten, die Behörde gehalten, ein Zugangsgesuch nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen.
18. Schliesslich setzte sich der Beauftragte in der Empfehlung 2016 auch materiell mit den von der ombudscom zum damaligen Zugangsgesuch geltend gemachten Ausnahmegründen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Geschäftsgeheimnis) sowie Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ (Schutz der Privatsphäre bzw. Schutz der Personendaten) auseinander und äusserte sich ebenfalls zur Frage einer allfälligen Anhörung betroffener Drittpersonen. Auch hierzu hält der Beauftragte an seinen Einschätzungen fest und verweist auf die Ziffern 42 ff. der Empfehlung 2016.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

⁵ Vgl. Ziffer 3.

⁶ Vgl. FN 2.



19. Zusammenfassend bleibt der Beauftragte bei seiner Einschätzung, wonach das Öffentlichkeitsgesetz auf die Schlichtungstätigkeit der ombudscom anwendbar ist.

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

20. Die ombudscom unterliegt mit ihrer Schlichtungstätigkeit dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Sie gewährt Auskunft über die statistische Auswertung der Schlichtungsfälle, spezifiziert nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern und Beschwerdegründen, entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und den Erwägungen in der Empfehlung vom 10. August 2016.
21. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der ombudscom 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).
22. Die ombudscom erlässt eine Verfügung nach Art. 5 VwVG, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
23. Die ombudscom erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
24. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
25. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
ombudscom Schlichtungsstelle der Telekommunikation
3011 Bern
26. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
- A-Post
Bundesamt für Kommunikation BAKOM
2501 Biel-Bienne

Reto Ammann