



Bern, 9. Februar 2024

## **Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

### **im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X  
(Antragsteller)**

**und**

### **Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft AB-BA**

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

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 26. April 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA) um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht: «Vereinbarungen, Verträge, Abrechnungen und Korrespondenz der AB-BA mit externen Dienstleistern im Kommunikationsbereich und bei juristischen Fragen (Hilfspersonen, Ausserordentliche Staatsanwälte und Bundesanwälte etc.) ab dem 2021.»
2. Am 15. Mai 2023 verweigerte die AB-BA den Zugang. In Bezug auf die ausserordentlichen Bundesanwälte teilte die AB-BA dem Antragsteller mit, dass die Kompetenz zu deren Ernennung ausschliesslich der Bundesversammlung zustehe und bat ihn, sich dazu (und zu allfälligen Hilfspersonen) an die Parlamentsdienste zu wenden. In Bezug auf die restlichen verlangten Dokumente verweigerte die AB-BA den Zugang und stellte sich auf den Standpunkt, sie sei für die entsprechende Tätigkeit vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht erfasst: «[G]emäss Art. 67 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG; SR 173.71) [ernennt die AB-BA] ausserordentliche Staatsanwältinnen und Staatsanwälte [...] bzw. [bezeichnet] Staatsanwältinnen und Staatsanwälte der Bundesanwaltschaft. [...] Die AB-BA ist im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hinsichtlich des Öffentlichkeitsprinzips grundsätzlich gleich einzustufen, wie eine dezentralisierte Verwaltungseinheit, die der Bundeskanzlei angegliedert ist (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Mit anderen Worten: Das BGÖ ist nur auf Dokumente anwendbar, welche die Aufsichtstätigkeit der AB-BA betreffen. Bei Art. 67 StBOG handelt es sich hingegen um eine ergänzende Verfahrensvorschrift, ausserhalb der eigentlichen Aufsichtstätigkeit der AB-BA. Die von Ihnen einverlangten Dokumente und Informationen [...] sind somit nicht als Dokumente einzustufen, die aus der Aufsichtstätigkeit der AB-BA stammen.»

3. Am 16. Mai 2023 reichte der Antragssteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit E-Mail vom 17. Mai 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragssteller den Eingang des Schlichtungsantrages. Mit E-Mail vom 20. Juni 2023 forderte der Beauftragte die AB-BA dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Dazu bat er die AB-BA die Gründe darzulegen, «weshalb Sie der Auffassung sind, dass die übrige Tätigkeit der AB-BA dem BGÖ nicht unterstellt sein sollte.»
5. Mit Brief vom 11. Juli 2023 reichte die AB-BA die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme ein. Als vom Zugangsgesuch erfasste Dokumente identifizierte sie die Dossiers betreffend
  - die Einsetzung von 15 ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten (Dienstleistungsverträge und zum Teil Nachträge dazu; monatliche Rechnungen und Rapports sowie Korrespondenz, wie z.B. Einsetzungsentscheide und Zwischenberichte);
  - vier vertragliche Beziehungen in juristischen Fragen, drei mit juristischen Hilfspersonen und drei zur Mitarbeit Inspektionsbericht (Verträge, Rechnungen und Korrespondenz); und
  - drei vertragliche Beziehungen mit Kommunikationsspezialisten (Verträge, Rechnungen und Korrespondenz).

In ihrer Stellungnahme bekräftigte die AB-BA die Auffassung, wonach lediglich ihre Aufsichtstätigkeit vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst werde. Sie stützte ihren Standpunkt auf ein Schreiben des Beauftragten vom 19. März 2021, in welchem festgehalten wurde, dass «après un examen sommaire de la question, le PFPDT considère que le fait [...] semble indiquer que l'AS-MPC, dans le cadre [de] son activité de surveillance, pourrait elle-aussi entrer dans le champ d'application à raison de la personne de la LTrans.» Im vorliegenden Verfahren würden jedoch «keine Dokumente verlangt, die in die Aufsichtstätigkeit der AB-BA fallen. Vielmehr will der Gesuchsteller Einsicht in Verträge und Abrechnungen sowie spezifische Korrespondenz mit Privatpersonen und ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten nehmen. Die AB-BA verbleibt bei ihrer Haltung, dass die eingeforderten Dokumente nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fallen.»

Sollte der Beauftragte den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes anders beurteilen, sei durch «eine umfassende Einsichtnahme in die Verträge mit ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten sowie weiteren von der AB-BA mandatierten Privatpersonen gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ ohne persönlichkeitschützende Massnahmen deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt (Art. 13 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV). [...] Die einzelnen vom Einsichtsgesuch betroffenen Personen müssen selber bestimmen können, ob und wie personenbezogene Informationen über sich gegenüber dem Gesuchsteller offengelegt werden.»

Gemäss der AB-BA führe die Schwärzung der Personendaten in den Verträgen und Abrechnungen dazu, «dass die Einsicht durch den Gesuchsteller im Generellen zwecklos wird, weshalb die Einsicht ganz verweigert wird. Gleiches gilt für den Kommunikationsbereich. Gemäss Art. 6 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ; SR 152.31) besteht kein offensichtliches öffentliches Interesse an diesen spezifischen Informationen, die alle umstandslos der parlamentarischen Oberaufsicht zugänglich sind. Dem sonstigen generellen öffentlichen Interesse kommt die AB-BA nach, indem sie in ihrem jährlichen Tätigkeitsbericht Informationen über die Ernennung von ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, die Anzahl Verfahren sowie über ihren Aufwand publiziert.

Schliesslich führte die AB-BA aus, dass, «[d]ie vom Gesuchsteller eingeforderten Abrechnungen der mandatierten Personen [...] insbesondere im Bereich von geführten Strafverfahren wichtige und sensitive Hinweise auf noch andauernde Strafverfahren und Verfahrens- bzw. Ermittlungsstrategien offenlegen [können]. Solche Informationen sind gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ ohnehin vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen.»

6. Am 30. Oktober 2023 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher die Beteiligten Folgendes vereinbarten: «Die AB-BA prüft bis zum 10. Dezember 2023 den Zugang zu folgenden Dokumenten/Informationen: 1. Vertragliche Vereinbarungen der AB-BA mit Beratungsdienstleistern zu Kommunikationsberatung unter Ausschluss von Gutachten, ab dem Jahr 2021; und 2. Eine Liste der von der AB-BA eingesetzten ausserordentlichen

Staatsanwältinnen und Staatsanwälte unter Einschluss der von dieser beigezogenen juristischen Hilfspersonen.» In der Folge wurde das Schlichtungsverfahren sistiert.

7. Mit Brief vom 20. Dezember 2023 teilte die AB-BA dem Antragsteller mit, sie könne «[dem] Einsichtsgesuch aus grundsätzlichen Erwägungen nicht stattgeben». Sie vertritt weiterhin die Auffassung, sie sei als verwaltungsunabhängige Aufsichtsbehörde für die betroffenen Dokumente dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellt.
8. Mit E-Mail vom 26. Dezember 2023 teilte der Antragsteller dem Beauftragten mit, er sei an einer Empfehlung interessiert.
9. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der AB-BA 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 AB-BA ein. Diese 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).
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.<sup>1</sup> 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.
12. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) wurden der Schutz, die Bearbeitung und die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen aus dem Datenschutzgesetz ausgenommen. Deshalb sind im neuen Recht nur noch die Personendaten natürlicher Personen geschützt. Im revidierten Art. 9 Abs. 2 BGÖ wird für den Zugang von Personendaten auf das Datenschutzgesetz (neu Art. 36 DSG) verwiesen. In Bezug auf die Daten juristischer Personen verweist das Öffentlichkeitsgesetz neu auf Art. 57s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).
13. Angesichts der Tatsache, dass das revidierte Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>2</sup> hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Beschwerdeverfahrens in Kraft getreten ist. Es weist darauf hin, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. «Es ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen.» Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleich geblieben und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlichtungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes an.

<sup>1</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

<sup>2</sup> Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H.

## B. Materielle Erwägungen

14. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.<sup>3</sup>
15. Die Kompetenz zur Ernennung von ausserordentlichen Bundesanwältinnen und Bundesanwälten liegt bei der Bundesversammlung (Art. 17 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10)). In Bezug auf die verlangten Dokumente betreffend die Einsetzung von ausserordentlichen Bundesanwältinnen und Bundesanwälten ist somit die AB-BA, wie sie selbst ausführt (Ziff. 2), nicht zuständig. Hier zu beurteilen bleibt die Zugänglichkeit der gemäss Ziffer 5 eingereichten Dokumente.
16. Zunächst ist zu prüfen, ob die Tätigkeit der AB-BA bei der Ernennung ausserordentlicher Staatsanwältinnen und Staatsanwälte vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst ist. Die AB-BA vertritt die Auffassung, dass die AB-BA lediglich im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit vom persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst ist. Ihr Vorbringen stützt sie auf ein Schreiben des Beauftragten, welches sich auf die von der AB-BA zuvor gestellte Frage bezieht, ob sie unter den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ falle. Da die Kernaufgabe der AB-BA in der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft besteht, zog der Beauftragte in seiner Prüfung der Frage eine Analogie zu seiner Tätigkeit als Aufsichtsorgan im Bereich des Datenschutzes. Der Beauftragte kam zum Schluss, dass dieser Vergleich darauf hindeuten scheint, dass die AB-BA in ihrer Aufsichtstätigkeit ebenfalls in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen könnte. Von einem Ausschluss der übrigen Tätigkeit der AB-BA aus dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist in diesem Schreiben nicht die Rede. Im Übrigen gibt es keine Hinweise dafür, dass der Beauftragte sich in diesem Sinne äussern wollte. Gegen eine solche Interpretation des Schreibens des Beauftragten spricht schliesslich die Tatsache, dass der Beauftragte in seinem gesamten Tätigkeitsbereich dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt ist.
17. Die AB-BA stellt sich weiter auf den Standpunkt, bei der Ernennung ausserordentlicher Staatsanwältinnen und Staatsanwälte handle es sich um eine «ergänzende Verfahrensvorschrift, ausserhalb der eigentlichen Aufsichtstätigkeit der AB-BA». Sie erklärt jedoch nicht, inwieweit sich diese Aufgabe ausserhalb ihrer «eigentlichen» Aufsichtsaufgaben befindet. Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Reglements über die Aufsichtsbehörde der Bundesanwaltschaft (SR 173.712.243) übt diese im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben eine Fach- und Dienstaufsicht über die Bundesanwaltschaft nach den Kriterien der Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit aus. Zu diesem Zweck kann sie gemäss Abs. 3 Bst. c derselben Bestimmung ausserordentliche Staatsanwältinnen und ausserordentliche Staatsanwälte einsetzen. Somit bezeichnet die AB-BA selber in ihrem Reglement die Einsetzung von ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten als Teil ihrer Aufsichtsaufgabe.
18. *Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten fällt die AB-BA in ihrer gesamten Tätigkeit unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).*
19. Weiter vertritt die AB-BA gegenüber dem Beauftragten die Auffassung, dass, selbst bei ihrer Unterstellung unter das Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ für die «eingeforderten Abrechnungen der mandatierten Personen» zur Anwendung käme (Ziff. 5).
20. Nach dieser Bestimmung gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten «betreffend Strafverfahren». Der Zugang zu Dokumenten, die Teil der Verfahrensakten eines Strafverfahrens sind, wird in den entsprechenden Verfahrensgesetzen geregelt.<sup>4</sup> Nach überwiegender Ansicht ist bereits das polizeiliche Ermittlungsverfahren unter den Begriff des "Strafverfahrens" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zu subsumieren.<sup>5</sup> Allerdings können nicht alle Informationen und Dokumente, welche einen Bezug zum Streitgegenstand eines Verfahrens aufweisen, als Dokumente eines Verfahrens qualifiziert werden. Gemäss Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz sind Dokumente, die zwar in einem

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

<sup>4</sup> BBl 2003 1989.

<sup>5</sup> Urteil des BVGer A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.3.4.1 mit Hinweisen.

weiteren Zusammenhang mit einem solchen Verfahren stehen, aber keinen Eingang in die Verfahrensakten im engeren Sinn finden, grundsätzlich nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich.<sup>6</sup> Das Bundesgericht hat im Rahmen der Anwendung von Art. 69 Abs. 2 der Convention intercantonale du 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les Cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-June; RS/NE 150.30) über die Merkmale eines Dokuments, das als Dokument im Sinne von Art. 69 Abs. 2 CPDT und Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ definiert werden kann, ebenso festgehalten: « Les termes «ayant trait» (art. 69 al. 2 CPDT-JUNE) et «concernant» (art. 3 al. 1 LTrans) se comprennent ainsi comme visant des documents qui concernent précisément la procédure au sens strict (actes qui émanent des autorités judiciaires ou de poursuite ou qui ont été ordonnés par elles) et non ceux qui peuvent se trouver dans le dossier de procédure au sens large ».<sup>7</sup>

21. Die AB-BA identifiziert in den «Abrechnungen der mandatierten Personen» Dokumente bzw. darin enthaltene Informationen, für welche das Öffentlichkeitsgesetz nicht gelten soll. Dabei präzisiert sie nicht, ob sich diese Aussage auf die Abrechnungen aller beauftragten Personen oder ausschliesslich auf die Abrechnungen der ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälte bezieht. Zu klären ist, ob diese Dokumente Strafverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ betreffen.
22. Die AB-BA macht andauernde Strafverfahren geltend, belegt indessen im Schlichtungsverfahren nicht, dass solche bzw. welche tatsächlich eröffnet worden sind. Sie vermochte bisher nicht aufzuzeigen, dass überhaupt und welche der betroffenen Dokumente inwieweit im Zusammenhang mit einem konkreten hängigen Strafverfahren gemäss dem oben erwähnten Urteil (Ziff. 20) stehen. Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass bestimmte in den Abrechnungen enthaltene Informationen ein hängiges Strafverfahren betreffen könnten, weist aber darauf hin, dass Abrechnungen betreffend durchgeführte Tätigkeiten im Rahmen der betroffenen Aufträge kaum Eingang in Strafverfahrensakten im engeren Sinn finden können. Der Beauftragte stellt fest, dass die AB-BA den für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ erforderlichen engen Zusammenhang zu einem hängigen Strafverfahren entsprechend des hiervor Ausgeführten (Ziff. 20) bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte nachvollziehbar dargelegt hat.
23. *Zwischenfazit: Für den Beauftragten ist im Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens nicht hinreichend dargetan, dass es sich bei den in den Abrechnungen enthaltenen Informationen um Dokumente (oder Teile davon) eines hängigen Strafverfahrens handelt resp. die Anforderungen des Bundesgerichts für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ für diese Dokumente (oder Teile davon) erfüllt sind. Das Öffentlichkeitsgesetz findet somit auf die betroffenen Abrechnungen Anwendung.*
24. Fast alle betroffenen Dokumente enthalten Personendaten. Mehrheitlich handelt es sich um Daten natürlicher Personen, vereinzelt aber auch um Daten juristischer Personen. Gewisse Daten natürlicher Personen sind nach Ansicht des Beauftragten als «besonders schützenswerte Personendaten» im Sinne von Art. 3 Bst. c aDSG zu qualifizieren.
25. Personendaten dürfen nicht bekanntgegeben werden, wenn dies nicht (leicht) wiedergutzumachende Nachteile für die betroffene Person zur Folge hat.<sup>8</sup> Nicht jede Bekanntgabe von Personendaten stellt eine Verletzung der Privatsphäre dar, die eine systematische Verweigerung des Zugangs zu den ersuchten Dokumenten rechtfertigt. Die Gefahr einer ernsthaften Schädigung der Persönlichkeit muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit drohen. Mithin muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung gewichtig sein. Geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen reichen nicht aus, um ein überwiegendes privates Interesse geltend zu machen. Ebenso wenig ist es ausreichend, wenn eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit lediglich denkbar bzw. entfernt möglich ist.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> BBl 2003 2008.

<sup>7</sup> Urteil des BGer 1C\_367/2020 vom 12. Januar 2021 E. 3.4.

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen Urteil des BVer A-6054/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 5.1.3.1.1 [recte Urteil des BVer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1].

<sup>9</sup> Urteil des BGer 1C\_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.4; Urteil des BVer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

26. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Dabei gilt die Anonymisierungspflicht nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>10</sup> Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.<sup>11</sup> Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Verlangt ein Gesuchsteller explizit Zugang zu Daten von bestimmten Personen, welche somit nicht anonymisiert werden können, so ist der Zugang gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 aDSG zu beurteilen.
27. Gegenüber dem Beauftragten bringt die AB-BA lediglich vor (Ziff. 5), «dass eine umfassende Einsichtnahme in die Verträge mit ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten sowie weiteren von der AB-BA mandatierten Privatpersonen [inklusive den Kommunikationsbereich] gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ ohne persönlichkeitsschützende Massnahmen deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt (Art. 13 Abs. 2 BV i. V. m. Art. 36 Abs. 3 BV).» Welche konkreten Personendaten betroffen sind und welche konkreten privaten Interessen vorliegen könnten, wird nicht erläutert. Der Antragsteller seinerseits hat sich nicht dazu geäussert, ob und an welchen Personendaten er (besonders) interessiert ist resp. in welchem Umfang er auf den Zugang zu Personendaten verzichtet. Dies wäre mangels Kenntnis des Umfangs und der Art der Dokumente auch kaum möglich gewesen.
28. Somit stellt sich die Frage, ob die in den Dokumenten enthaltenen Personendaten zugänglich zu machen sind. Soweit Daten von natürlichen und juristischen Personen nicht in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ anonymisiert werden können, ist das Zugangsgesuch gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 aDSG zu beurteilen. Relevant ist vorliegend Art. 19 Abs. 1bis aDSG.<sup>12</sup> Demnach dürfen Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des amtlichen Dokuments nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.<sup>13</sup> Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der betroffenen Personen am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Zugang zum amtlichen Dokument (und den darin enthaltenen Personendaten).
29. Hinsichtlich des öffentlichen Interesses ist generell zu beachten, dass dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung bereits per se Gewicht zu kommt.<sup>14</sup> Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient der Transparenz der Verwaltung, soll das Vertrauen der Bevölkerung in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern und stellt ein zusätzliches, unmittelbares Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch die Bürgerinnen und Bürger dar (Art. 1 BGÖ). Weiter stärkt die Bekanntgabe der verlangten Informationen die Glaubwürdigkeit der Kontrolltätigkeit der Behörde.<sup>15</sup> Die Begründung der AB-BA, wonach kein öffentliches Interesse an den verlangten Personendaten besteht, weil «alle umstandslos der parlamentarischen Oberaufsicht zugänglich sind», erweist sich in Anbetracht dieser Ausführungen nach Ansicht des Beauftragten als unbeachtlich.
30. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.<sup>16</sup> Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung

<sup>10</sup> Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.1.

<sup>11</sup> FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, Rz. 13 f.

<sup>12</sup> Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.3.

<sup>13</sup> Urteil des BVGer A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 7.1.1.

<sup>14</sup> BBl 2003 1973 f.; Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.4.4.

<sup>15</sup> Empfehlung EDÖB vom 11. Februar 2020: BLV / Pelzdeklaration, Ziff. 30.

<sup>16</sup> Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

einem besonderen Informationsinteresse aufgrund wichtiger Vorkommnisse dient (Bst. a), wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit (Bst. b), oder wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Bst. c). In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die vorliegend betroffenen Beauftragten (ausserordentliche Staatsanwältinnen und Anwälte, juristische Hilfspersonen sowie Kommunikationsberaterinnen und Kommunikationsberater) mit der AB-BA in einem Auftragsverhältnis stehen oder gestanden haben.

31. Schliesslich stellt die AB-BA in diesem Zusammenhang fest, dass sie «dem sonstigen generellen öffentlichen Interesse [...] nach[kommt], indem sie in ihrem jährlichen Tätigkeitsbericht Informationen über die Ernennung von ausserordentlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, die Anzahl Verfahren sowie über ihren Aufwand publiziert.» Der Beauftragte weist darauf hin, dass es sich bei der Veröffentlichung des jährlichen Tätigkeitsberichtes um eine aktive Information handelt, welche die vom Antragsteller verlangten Information kaum enthält. Die aktive Information unterscheidet sich von der Information auf Anfrage (passive Information), indem das Recht auf bestimmte Informationen nur auf Antrag einer Person geprüft wird und nach dem Öffentlichkeitsgesetz beurteilt wird.<sup>17</sup> Bei der passiven Information bestimmt die gesuchstellende Person den Umfang und den Inhalt der verlangten Information, welche somit nicht im Ermessen der Behörde liegen.
32. Die Gewichtung der privaten Interessen hat insbesondere anhand der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Personen sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen.<sup>18</sup> Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Die von der AB-BA identifizierten Dokumente enthalten unter anderem die Namen von Mitarbeitenden der AB-BA. Verwaltungsangestellte können im Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Funktion ihren Privatsphärenschutz nicht im gleichen Masse geltend machen wie private Dritte. Es ist jedoch auch innerhalb der Verwaltungsangestellten zwischen höheren Führungspersonen und hierarchisch nachrangigem Behördenpersonal zu unterscheiden. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich unter Umständen auch die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten gefallen lassen. Hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte müssen sich zumindest gefallen lassen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Vorliegend ist schliesslich zu beachten, dass einige der in Frage stehenden Personendaten juristische Personen betreffen, bei welchen die Schutzbedürftigkeit von Personendaten naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.<sup>19</sup>
33. Allfällige private Interessen werden hauptsächlich mit der Durchführung einer Anhörung der betroffenen Dritten in Erfahrung gebracht (Art. 11 BGÖ). Da die AB-BA die Offenlegung der Personendaten nicht in Erwägung zog, hörte sie die betroffenen Dritten nicht an. Von der Anhörung darf gemäss Rechtsprechung unter zwei kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden: Erstens muss die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfallen, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Und zweitens muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem «bergrossen Aufwand» verbunden wäre.<sup>20</sup>
34. Für den Beauftragten ist ersichtlich, dass vorliegend durchaus private Interessen bestehen, welche die öffentlichen Interessen an der Bekanntgabe bestimmter Personendaten überwiegen

<sup>17</sup> Mahon/Gonin, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 6, Rz 12-14.

<sup>18</sup> Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

<sup>19</sup> Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.6.2.

<sup>20</sup> Urteil des BGer 1C\_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.4

können. Demzufolge sind Anhörungen der jeweilig der betroffenen Dritten nachzuholen. Erst mit den Ergebnissen dieser Anhörungen ist die AB-BA in der Lage, die in Art. 19 Abs. 1bis aDSG vorgesehene Interessenabwägung durchzuführen und den Zugang zu den jeweiligen Personendaten zu beurteilen. Ob bestimmte Personendaten in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ eingeschwärzt werden können, muss ebenfalls von der AB-BA abgeklärt werden (Ziff. 28).

35. Aufgrund des Beschleunigungsgebots<sup>21</sup> und aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte der AB-BA, nach der Durchführung der Anhörung direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu erlassen, sofern der Zugang zu den Dokumenten gemäss Ziffer 5 eingeschränkt wird. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass betroffene Dritte vor Erlass der Verfügung zumindest einmal Gelegenheit erhalten, sich zur Sache zu äussern<sup>22</sup> und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verfügungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können.
36. *Zwischenfazit: Für die Beurteilung der Zugänglichkeit von Personendaten führt die AB-BA eine Anhörung der betroffenen Dritten durch und gewährt den Zugang nach der Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung. Es wird der AB-BA überlassen, allenfalls mit dem Antragsteller vorgängig abzuklären, ob gewisse Personendaten in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ anonymisiert werden können.*
37. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte somit zu folgendem Ergebnis:*
- *Die AB-BA fällt in ihrer gesamten Tätigkeit unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes;*
  - *Das Öffentlichkeitsgesetz findet auch auf die eingeforderten Abrechnungen der beauftragten Personen Anwendung, da die Ausnahme nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ bis anhin nicht nachvollziehbar dargelegt gemacht wurde;*
  - *Für die Beurteilung der Zugänglichkeit von Personendaten führt die AB-BA eine Anhörung der betroffenen Dritten durch und gewährt den Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Sie hält eine Beschränkung des Zugangs direkt in einer Verfügung nach Art. 5 VwVG fest. Die AB-BA klärt mit dem Antragsteller vorgängig, ob Personendaten in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ anonymisiert werden können.*

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

38. Die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft fällt für ihre gesamte Tätigkeit in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.
39. Die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft gewährt nach vorgängiger Anhörung der betroffenen Dritten den Zugang zu den in Ziffer 5 aufgeführten Dokumente gemäss den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Sie klärt allenfalls mit dem Antragsteller vorgängig, ob Personendaten in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ anonymisiert werden können. Sie hält eine Beschränkung des Zugangs direkt in einer Verfügung nach Art. 5 VwVG fest.
40. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
41. Die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

<sup>21</sup> BBl 2003 2023; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, Rz. 18.

<sup>22</sup> Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.

42. Die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
43. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
44. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R)  
X
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft  
3003 Bern

Adrian Lobsiger  
Eidgenössischer Datenschutz- und  
Öffentlichkeitsbeauftragter

Alessandra Prinz  
Juristin Direktionsbereich  
Öffentlichkeitsprinzip