



Bern, 11. Juli 2022

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragsteller)**

und

Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 12. November 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Nationalen Kommission über die Verhütung von Folter (NKVF) um Zugang zu den Berichten, die im Rahmen von zwei Besuchen der NKVF bei Herrn Y in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies vom 19. Oktober 2018 und vom 29. September 2020 erstellt wurden, ersucht.
2. Am 26. November 2021 und am 6. Dezember 2021 nahm die NKVF gegenüber dem Antragsteller u.a. wie folgt Stellung: «Die Kommission kann die fraglichen Schreiben gestützt auf Artikel 9 BGÖ i.V.m. Artikel 19 1bis DSG aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Person nicht herausgeben. Eine tatsächliche Anonymisierung ist nicht möglich (Art. 9 Abs. 1 BGÖ), und die betroffene Person kann nicht unter Art. 19 Abs. 1bis DSG subsumiert werden (keine Person, die ein öffentliches Amt wahrnimmt).»
3. Am 21. Dezember 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er brachte darin vor, er könne nicht verstehen, wie die NKVF die Zugangsverweigerung mit dem «Persönlichkeitsschutz» von Y begründen könne, wenn sie gleichzeitig «bei einem kürzlichen, erneuten Besuch bei [Y] einen detaillierten Bericht dazu auf ihrer Webseite veröffentlicht [habe]» Weiter ist der Antragsteller der Ansicht, dass «[d]as hohe öffentliche Interesse am Fall [...] die Einsicht in die Einschätzungen zu den Haftbedingungen [rechtfertigt], wie sie auch im von der NKVF proaktiv veröffentlichten Bericht ausführlich geschildert werden. Zudem ist die Einsicht und Thematisierung in die Berichte im Sinne von [Y] und es besteht die Möglichkeit, einzelne Passagen zu schwärzen.»



4. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die NKVF dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Der Beauftragte informierte zudem den Antragsteller, dass das Schlichtungsverfahren auf schriftlichem Weg durchgeführt werde, und lud ihn zu einer Stellungnahme ein, worauf er verzichtete.
5. Mit Schreiben vom 19. Januar 2022 reichte die NKVF die zwei Dokumente «Besuchsprotokoll Pöschwies 19. Oktober 2018» (11 Seiten, undatiert, gekennzeichnet TKH_181026) und «Einzelfall [Y]: Stand Oktober 2020» (9 Seiten, undatiert) und eine Stellungnahme ein. Sie begründete die Zugangsverweigerung wie folgt.
 - Art. 4 BGÖ: Die Kommission habe einen «unbegrenzten und vertraulichen Zugang zu sensiblen und persönlichkeitsbezogenen Daten.» Im Gegenzug sei sie verpflichtet, «die ihr zugänglich gemachten Daten vertraulich zu behandeln (Art. 21 Abs. 2 OPCAT¹ sowie Art. 10 BGNKVF²). Gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung formulierte Begehren um Einsichtnahme in die Dokumente der NKVF kollidieren mit diesem in Art. 21 Abs. 2 Satz 1 OPCAT verankerten Grundsatz. Demnach sind «vertrauliche Informationen, die vom nationalen Präventionsmechanismus gesammelt werden, (...) geschützt». Es handelt sich dabei um eine Verpflichtung der Vertragsstaaten gegenüber den nationalen Präventionsmechanismen. [...] Die Vertraulichkeit der Dokumente der NKVF wird ferner *e contrario* durch Art. 2 Bst. d BGNKVF bekräftigt, hält diese Bestimmung doch fest, dass die NKVF jährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit verfasst, der der Öffentlichkeit zugänglich ist. Damit impliziert der Gesetzgeber, dass die übrigen Dokumente der NKVF im Sinne von Art. 21 OPCAT vertraulich und der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind. [...] Angesichts dieser Grundlagen sowie aufgrund einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 4 BGÖ bekräftigt die NKVF ihre Überzeugung, dass sie aufgrund ihrer Aufgaben nicht dem BGÖ unterstehen kann und darf.»
 - Art. 7 Abs. 1 Bst. b und h BGÖ: Beide Bestimmungen werden als Eventualantrag geltend gemacht. Die NKVF erklärt dazu, dass «[d]as im Gesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vorgesehene Besuchssystem [...] auf dem Grundsatz der Vertraulichkeit [beruht]. Die Kommission hat nur dann Zugang zu den für ihre Arbeit nötigen sensiblen und personenbezogenen Daten, wenn sie ihren Gesprächspartnern die Wahrung der Vertraulichkeit bei der Verarbeitung dieser Daten zusichern kann.» Zu Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ führt sie zusätzlich Folgendes aus: «Die vom [recte von der] NKVF gesammelten Informationen über Personen, denen die Freiheit entzogen ist, werden von inhaftierten Personen, Ärzten und Ärztinnen, Anwältinnen und Anwälten, Angehörigen und manchmal sogar von einigen Mitarbeitenden einer Einrichtung, in der die Freiheit entzogen wird, übermittelt. Ohne die Zusicherung, dass unsere Informationsquellen vertraulich behandelt werden, werden keine weiteren Informationen an die NKVF weitergeleitet.»
 - Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG: Nach Ansicht der NKVF «stellen «[a]lle Informationen, über Personen, denen die Freiheit entzogen ist, insbesondere jene über Herr [Y] [...] besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG dar.» Die NKVF ist der Auffassung, dass es «offensichtlich [ist], dass im vorliegenden Fall die Privatsphäre von Dritten – Herr [Y] sowie weitere Personen, die sich im Fall von Herrn [Y] an die NKVF gewendet haben - durch eine Zugänglichmachung beeinträchtigt würde[n]. [...] Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Zugänglichmachung der amtlichen Dokumente ist vorliegend klar zu verneinen. Dem Interesse der Medien im Fall von Herrn [Y] ist durch die bereits bekannten und veröffentlichten Informationen sowie Gerichtsurteile Genüge getan. Das grosse mediale Interesse an Herrn [Y] und die damit auch verbundene Gefahr einer Medienhetze dienen der persönlichen Entwicklung von Herrn [Y] nach Ansicht der Kommission nicht. [...] Im Rahmen der Gegenüberstellung der betroffenen privaten Interessen und der allenfalls vorhandenen öffentlichen Interessen wird deutlich, dass die privaten Interessen von Herrn [Y] vorliegend bei Weitem überwiegen.»

¹ Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105.1).

² Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter (SR 150.1).

Die NKVF führte sodann die Gründe der Veröffentlichung ihres Schreibens vom 22. September 2021 an die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich³ sowie der Stellungnahme der Zürcher Behörden vom 1. November 2021 betreffend den Besuch der NKVF in der Justizvollzugsanstalt (JVA) Pöschwies vom 2. Juli 2021 aus.⁴ Nach Einschätzung des Beauftragten handelt es sich beim Schreiben vom 22. September 2021 um ein Dokument mit Inhalten gleicher Art wie die beiden im vorliegenden Schlichtungsverfahren betroffenen Berichte. Im veröffentlichten Bericht wurden keine Personendaten von Y eingeschwärzt. Die NKVF betonte, dass dies eine Ausnahme darstelle, weil «die Zürcher Justizvollzugsbehörden das Datum sowie den geplanten Besuch der NKVF [...] bereits publik gemacht hatten.» Zusätzlich «enthielten die Schreiben Informationen, die bereits seit August 2021 auf der Webseite des Uno-Hochkommissariats für Menschenrechte (UN OHCHR)⁵ öffentlich zugänglich waren.»

6. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der NKVF 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

7. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der NKVF ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmerin 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).
8. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁶ 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

9. 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.
10. Die NKVF vertritt die Auffassung, sie unterliege dem Öffentlichkeitsgesetz nicht, weil ihre Tätigkeit auf Vertraulichkeit beruhe. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ findet das Öffentlichkeitsgesetz auf die Bundesverwaltung Anwendung. 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).⁷ 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 abschliessend im Anhang 1 zur RVOV aufgelistet (Art. 8 Abs. 1 RVOV). Die NKVF wird im Anhang 1 zur RVOV

³ www.nkvf.admin.ch / Publikationen / Berichte der Kontrollgesuche / Berichte nach Jahr / 2021 / [bericht-poeschwies-2021 \(3\).pdf](#) (besucht am 17. Juni 2022).

⁴ www.nkvf.admin.ch / Publikationen / Berichte der Kontrollgesuche / Berichte nach Jahr / 2021 / [stellungnahme-zh-2021 \(1\).pdf](#) (besucht am 17. Juni 2022).

⁵ www.humanrights.ch / Beratungsstelle Freiheitsentzug / Falldokumentation / Brian / Brian-chronik (besucht am 17. Juni 2022).

⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁷ BBl 2003 1985 f.

als dezentrale Verwaltungseinheit des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes erwähnt. Demzufolge kann festgehalten werden, dass die NKVF in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).⁸

11. Selbst bei einer Unterstellung unter das Öffentlichkeitsgesetz sprach sich die NKVF gegen den Zugang zu den betroffenen Berichten heraus. Sie ist der Auffassung, dass «Einsichtnahmen in die Dokumente der NKVF gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ) [...] mit [dem] in Art. 21 Abs. 2 Satz 1 OPCAT verankerten Grundsatz, wonach „vertrauliche Informationen, die vom nationalen Präventionsmechanismus gesammelt werden, (...) geschützt (sind)“, [kollidieren].» Somit würden besagte Bestimmungen eine Ausnahme im Sinne von Art. 4 BGÖ darstellen. Ebenfalls als Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ gelte Art. 2 Bst. d BGNKVF. Das Öffentlichkeitsgesetz sei aus diesen Gründen nicht anwendbar und der Zugang zu beiden Berichten vollständig zu verweigern.
12. Art. 4 Bst. a BGÖ sieht vor, dass spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze dem Öffentlichkeitsgesetz vorgehen, wenn sie bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (besondere Geheimhaltungsnormen). Gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ werden Spezialgesetze vorbehalten, die eine spezifische Öffentlichkeitsregelung begründen. Unter «Bundesgesetze» sind formelle Gesetze, d.h. vom Bundesparlament erlassene generell-abstrakte formelle Vorschriften im Sinne von Art. 163 Abs. 1 BV gemeint.⁹
13. Zu Art. 21 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.150.1; nachfolgend Fakultativprotokoll) sowie Art. 10 Abs. 2 BGNKVF. Nach der Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe schafft das Fakultativprotokoll keine neuen materiellrechtlichen Verpflichtungen.¹⁰ Zu seiner Umsetzung bedarf es vielmehr den Erlass eines Bundesgesetzes,¹¹ was mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Kommission zur Verhütung von Folter realisiert wurde. Vorliegend stellt sich die Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 21 Abs. 2 Satz 2 des Fakultativprotokolls nicht, weil dessen Inhalt in Art. 10 Abs. 2 BGNKVF umgesetzt wurde, welcher vorliegend massgebend ist.¹²

Art. 10 BGNKVF mit dem Titel «Datenschutz» schafft die Rechtsgrundlage für die Bearbeitung der Daten von Personen, denen die Freiheit entzogen wurde. Im Absatz 2 wird zusätzlich festgelegt, dass Daten von Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, nur mit deren ausdrücklichen Einwilligung bekannt gegeben werden dürfen. Es stellt sich somit die Frage, ob Art. 10 Abs. 2 BGNKVF eine Ausnahme im Sinne von Art. 4 Bst. b BGÖ darstellt. Diese Frage, die nur für die Prüfung der Zugänglichkeit der Personendaten von Herrn Y relevant ist, muss mittels Auslegung ermittelt werden.

Was die grammatikalische Auslegung anbelangt, besagt die Bestimmung, dass die Personendaten nur mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person bekannt gegeben werden dürfen. Dem Wortlaut lässt sich nicht entnehmen, ob sich die Regelung ausschliesslich auf die Bekanntgabe von Informationen im Rahmen der Erfüllung der Kommissionsaufgaben bezieht (aktive Information), oder ob sie sich auch auf die Information auf Anfrage bezieht (passive Information, also gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz).

In Bezug auf die historische Auslegung ist zu erwähnen, dass das BGNKVF zeitlich nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen worden ist. In der Botschaft finden sich jedoch keine Hinweise bezüglich der materiellen Koordination zum Öffentlichkeitsgesetz. Das Fehlen einer Erklärung zur Koordination der beiden Gesetze ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Hinweis dafür zu interpretieren, dass die gesetzgebende Behörde die Geltung des BGÖ nicht tangieren

⁸ Recommandation du 11 avril 2013, Ch. 13-15.

⁹ BBl 2003 1989.

¹⁰ BBl 2007 278.

¹¹ BBl 2007 280.

¹² BBl 2007 277.

wollte.¹³ Einen ausdrücklichen Vorbehalt zur Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes hat der Gesetzgeber in anderen Vorlagen ausdrücklich normiert.¹⁴

Mit Blick auf die Systematik ist festzuhalten, dass Art. 10 BGNKVF mit dem Titel «Datenschutz» die Rechtsgrundlage darstellt, damit die NKVF Personendaten bearbeiten kann. Es handelt sich um eine Datenschutzbestimmung in einem Spezialgesetz, somit um eine Spezialbestimmung zu Art. 19 Abs. 1 bzw. Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1), welche sich grundsätzlich auf die aktive Information der Behörde beziehen. Für die Information auf Anfrage wurde mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes mit Art. 19 Abs. 1bis DSG eine spezifische Koordinationsbestimmung eingeführt.¹⁵ Art. 19 Abs. 1bis DSG ist daher primär zur Koordination des DSG mit dem BGÖ bestimmt und soll «das Gleichgewicht zwischen den Anforderungen des Datenschutzes einerseits und dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung andererseits schaffen.»¹⁶ Würde man die fragliche Bestimmung als Ausnahme zum Öffentlichkeitsgesetz einstufen, bestünde die allgemeine Gefahr, dass mit Datenschutzbestimmungen Ziel und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt würden.

Betreffend die teleologische Auslegung ist der Beauftragte der Ansicht, dass der in Art. 10 BGNKVF verfolgte Zweck in erster Linie darin besteht, für die NKVF die Rahmenbedingungen für die Bearbeitung der personenbezogenen Daten zu schaffen. Diese Bestimmung verfolgt eine andere Zielsetzung als das Öffentlichkeitsgesetz, welches die Förderung der Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zum Ziel hat (Art. 1 BGÖ). Art. 10 BGNKVF ist somit keine Zugangsregelung, die vorschreibt, unter welchen Voraussetzungen ein Datenzugang gewährt werden muss.

Würde das Öffentlichkeitsgesetz vorliegend nicht zur Anwendung gelangen, hätte dies zur Folge, dass ein Zugangsgesuch zu Personendaten von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, nicht nach dem im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Verfahren zu behandeln wäre und die Anhörung der betroffenen Drittperson (Art. 11 BGÖ) nicht vorgenommen werden müsste. Damit könnte die NKVF selber entscheiden, ob sie betroffene Drittpersonen überhaupt informiert, dass ein Zugangsgesuch u.a. zu ihren Personendaten gestellt würde. Die NKVF könnte zum Beispiel davon absehen, wenn die Bekanntgabe der verlangten Daten ihre eigenen Interessen widerspricht. Zudem könnte sich die Geheimhaltung der verlangten Personendaten gegen die Interessen der betroffenen Drittperson auswirken, wenn sie zum Beispiel doch ein Interesse hätte, einen besonderen Vorfall, zu restriktive Haftbedingungen oder sogar die Verletzung ihrer Grundrechte offiziell aufzuzeigen. Eine entsprechende Feststellung der NKVF hätte ein grösseres Gewicht, als dieselbe Aussage der inhaftierten Person, welche als «Behauptung» eingestuft würde. Die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes garantiert, dass die betroffene Drittperson angehört wird und die Gelegenheit erhält, sich über die Bekanntgabe ihrer Personendaten zu äussern. Würde sie sich dagegen aussprechen, würde ihr die durchzuführende Interessenabwägung einen angemessenen Schutz garantieren. Je stärker der Eingriff in ihre Persönlichkeit ist, desto stärker ist der vom Öffentlichkeitsgesetz garantierte Schutz bei der Gewichtung der privaten Interessen im Rahmen der Interessenabwägung, insbesondere bei der Berücksichtigung von besonders schützenswerten Personendaten. Die Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes könnte der betroffenen Person durchaus schaden, anstatt ihr den Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeit zu garantieren.

Schliesslich ist die Zielsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes zu berücksichtigen, welche darin besteht, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ). Nebst Vertrauen soll das Verständnis für das Funktionieren der Verwaltung gefördert werden. Gemäss Botschaft stellt das Öffentlichkeitsgesetz ausserdem ein zusätzliches,

¹³ BGE 146 II 265 E. 5.2.1.

¹⁴ Vgl. bspw. Art 67 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG ; SR 121).

¹⁵ ATF 1C_553/208 du 26 juin 2019, C. 3.1.

¹⁶ CLAUDIA MUND, in : BARISWYL/PÄRLI (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar zum DSG, Bern 2015 (zit. Handkommentar DSG), Art. 19 Rz. 29; EDÖB Erläuterungen zu den Änderungen vom 17. Dezember 2004 und 24. März 2006 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG), Art 19, S. 15.

unmittelbares Instrument zur Kontrolle des Verwaltungshandeln durch Bürgerinnen und Bürger dar.¹⁷ Vorliegend würde die Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes die Kontrollfunktion des Verwaltungshandelns der NKVF als Aufsichtsbehörde¹⁸ durch die Öffentlichkeit komplett verunmöglichen.

Im Ergebnis ist der Beauftragte aufgrund dieser summarischen Auslegung der Auffassung, dass Art. 10 Abs. 2 BGNKVF ausschliesslich die aktive Bekanntgabe der NKVF regelt und keine spezialgesetzliche Zugangsbestimmung i.S.v. Art. 4 Bst. b BGÖ darstellt.

14. Zu Art. 2 Bst. d BGNKVF. Laut dieser Bestimmung muss die NKVF jährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit erstellen und ihn öffentlich zugänglich machen. Nach Ansicht der NKVF impliziere der Gesetzgeber damit, «dass die übrigen Dokumente der NKVF im Sinne von Art. 21 OPCAT [Fakultativprotokoll] vertraulich und der Öffentlichkeit nicht zugänglich» sein dürften. Konkret impliziert diese Auffassung, dass Art. 2 Bst. d BGNKVF als Ausnahme im Sinne von Art. 4 BGÖ auszulegen ist. Art. 2 Bst. d BGNKVF enthält lediglich eine aktive Informationspflicht der Behörde, welche vom Öffentlichkeitsgesetz nicht geregelt wird.¹⁹ Die Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichtes schliesst eine zusätzliche Bekanntgabe von Informationen auf Gesuch hin nicht aus, welches nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes beurteilt werden muss. Das Öffentlichkeitsgesetz zeichnet sich explizit dadurch aus, dass die gesuchstellende Person mit ihrem Gesuch Inhalt und Umfang der verlangten Information bestimmt. Diese Unterscheidung ist auch für die Frage des Vorliegens einer Spezialbestimmung nach Art. 4 BGÖ von Bedeutung. So wurde vom Bundesgericht festgehalten, dass aus einer Aktivinformationsbestimmung nicht gefolgert werden kann, jeder beantragte weitergehende Zugang könne verweigert werden.²⁰ Art. 2 Bst. d BGNKVF gilt nach Ansicht des Beauftragten daher nicht als Ausnahmebestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ.
15. Die Zugänglichkeit der verlangten Berichte muss somit gemäss Öffentlichkeitsgesetz beurteilt werden. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. 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.²¹ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.²² Erweist sich im Ergebnis eine Einschränkung des Zugangs als gerechtfertigt, so muss die Behörde in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips dafür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsgesetz am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.²³
16. Als Eventualantrag macht die NKVF die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ geltend, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, 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 Massnahme beeinträchtigt zu werden droht.²⁴ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen

¹⁷ BBl 2003 1973f.

¹⁸ BBl 2007 279.

¹⁹ BBl 2003 1977.

²⁰ BGE 1C_299/2019 vom 7. April 2020, E. 3.2.

²¹ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

²² Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

²³ BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

²⁴ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1.

Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein²⁵ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. 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.²⁶ Nicht von Art. 7 Abs. 1 lit. b erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.»²⁷

17. Die NKVF hat im Schlichtungsverfahren bis anhin lediglich vorgebracht, dass sie nur Zugang zu den für ihre Arbeit (gemeint sind wohl hauptsächlich ihre Kontrollbesuche²⁸) nötigen Informationen erhält, wenn sie ihren Gesprächspartnern bei der Verarbeitung dieser Daten die Wahrung der Vertraulichkeit zusichert. Sie hat indes nicht aufgezeigt, inwiefern die verlangten Berichte eine konkrete behördliche Massnahme der NKVF vorbereiten und wie die zielkonforme Durchführung dieser Massnahme durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Zudem ist zu beachten, dass die NKVF den Bericht ihres letzten Besuches bei Y vom 2. Juli 2021 von sich aus publiziert hatte (Ziff. 5). Dabei handelt es sich um ein Dokument mit Inhalten gleicher Art wie diejenigen in den beiden im vorliegenden Schlichtungsverfahren betroffenen Berichten. Der Beauftragte stellt daher fest, dass bis anhin nicht hinreichend dargetan wurde, weshalb die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ vorliegend zur Anwendung gelangen sollte.
18. Als weiteren Eventualantrag macht die NKVF die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ geltend, wonach Informationen geschützt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Diese Ausnahmebestimmung findet Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen der Behörde von einer Privatperson mitgeteilt worden sein. Zudem müssen die Informationen der Behörde freiwillig, d.h. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Behörde die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben.²⁹
19. Die NKVF äussert sich lediglich mit der generell formulierten Argumentation, dass sie die ihr benötigten Informationen von mehreren Akteuren erhält und dass sie solche Informationen ohne Zusicherung der Vertraulichkeit an die jeweilige Informationsquelle nicht mehr erhalten würde. Eine konkrete Argumentation in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt und auf die drei von der Rechtsprechung verlangten Anforderungen hat sie nicht aufgeführt. Insbesondere hat sie nicht aufgezeigt, welche Informationen aus den Berichten betroffen wären, von wem sie erteilt wurden und dass sie die Zusicherung deren Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt habe. Für den Beauftragten liegt kein Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ vor.
20. Mit einem letzten Eventualantrag verlangt die NKVF die Abdeckung der Personendaten von Y und von «weitere[n] Personen, die sich im Fall von Herrn [Y] an die NKVF gewendet haben» und beruft sich auf Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG. Sie bringt lediglich vor, es sei «offensichtlich», dass die Privatsphäre von Dritten durch eine Zugänglichmachung beeinträchtigt würde. Ausser den Personendaten von Y sind in den Berichten Personendaten von weiteren natürlichen Personen, Bundesangestellten, kantonalen Angestellten und Unternehmen enthalten. Wie vom Antragsteller hervorgehoben, hat die NKVF gleichzeitig auf ihrer Webseite einen Bericht über ihren letzten Besuch bei Y veröffentlicht (Ziff. 5), in welchem überhaupt keine Einschwärfungen vorgenommen wurden, obwohl das Schreiben u.a. besonders schützenswerte Personendaten von Y im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG enthalten sind.
21. 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

²⁵ BGE 144 II 77 E. 4.3.

²⁶ Urteil des BVGer 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.

²⁷ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1.

²⁸ www.nkvf.admin.ch / Publikationen / Berichte der Kontrollgesuche (besucht am 17. Juni 2022).

²⁹ Urteil des BVGer A-7847/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.3.4.

nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht gilt daher nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.³⁰ Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht.³¹ Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Verlangt ein Gesuchsteller explizit Zugang zu Personendaten, so ist der Zugang gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 DSG zu beurteilen. Art. 19 Abs. 1bis DSG sieht vor, dass Behörden im Rahmen ihrer Informationsstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben dürfen, 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). Im Rahmen dieser Interessenabwägung werden die konkret auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abgewogen.

22. 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.³² Im Allgemeinen lässt sich anhand der Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der Lehre festhalten, dass der Geheimhaltung besonders schützenswerter Personendaten i.S.v. Art. 3 Bst. c DSG erhebliches Gewicht beikommt und eine Bekanntgabe kaum je in Betracht kommen dürfte.³³ Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellte und privaten Dritten. 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. Unabhängig von der Stellung der Person dürfen Personendaten nur bekanntgegeben werden, wenn dies keine überwiegenden Nachteile für den Betroffenen zur Folge hat.³⁴ Nicht jede Bekanntgabe von Personendaten stellt eine Verletzung der Privatsphäre dar, die eine systematische Verweigerung des Zugangs zu dem Dokument rechtfertigen könnte. 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, wenn eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit lediglich denkbar bzw. entfernt möglich ist.³⁵
23. Gleichzeitig ist das *öffentliche Interesse* am Zugang zu amtlichen Dokumenten zu berücksichtigen. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ) können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.³⁶ Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung 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).

³⁰ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E.4.2.1.

³¹ FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, N 13 f.

³² Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

³³ BVGE 2014/42 E. 7.1 mit Hinweisen.

³⁴ Vgl. zum ganzen Urteil A-6054/2014 E.5.1.3.1 1 [recte Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1].

³⁵ Urteil BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016, E. 3.4; BVGer Urteil A- 8073/2015 vom 13. Juli 2016, E.6.1.3.

³⁶ Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

24. In Bezug auf die in Frage stehenden Personendaten ist Folgendes festzuhalten. Der Fall Y ist seit Jahren öffentlich bekannt, er ist einer der bekanntesten Haftlinge der Schweiz. Über die verschiedenen Ereignisse im Zusammenhang mit seiner Geschichte wurde medial viel berichtet.³⁷ Der Verein Human Rights hat über die Geschichte und die Haftbedingungen von Y der letzten Jahre einen Beitrag auf seiner Webseite gewidmet.³⁸ Mit seinen Haftbedingungen haben sich auch der UNO-Sonderberichterstatter für Folter³⁹ und der Nationalrat⁴⁰ beschäftigt und das Bundesgericht hat sich schon in mehreren Urteilen damit befasst.⁴¹
- Personendaten von Y: Beide Berichte enthalten besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG. Der Beauftragte geht mit der NKVF einig, dass die Privatsphäre von Y ohne Weiteres betroffen ist. Offen ist hingegen zurzeit noch, ob die Bekanntgabe eines Teils der in Frage stehenden Daten zu einer Verletzung seiner Privatsphäre führen würde. Der Beauftragte stellt fest, dass Y bis anhin nicht angehört wurde (Art. 11 BGÖ). Erst nach einer Anhörung der betroffenen Person kann die Gewichtung ihres privaten Interesses und die darauffolgende Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis DSG durchgeführt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Informationen gleicher Art im veröffentlichten Schreiben der NKVF vom 22. September 2021 enthalten sind. Der Beauftragte geht davon aus, dass vor Veröffentlichung dieser Schreiben Y nach Art. 10 Abs. 2 BGNKVF von der NKVF angehört wurde und dass er dafür seine ausdrückliche Zustimmung erteilt hatte.
 - Namen von Bundesangestellten und kantonalen Angestellten: Die NKVF bringt keine Begründungen zu möglichen Beeinträchtigungen der Privatsphäre dieser Personen vor. Im Schreiben vom 22. September 2021 betreffend den Besuch der NKVF bei Y wurden die Namen der Delegation der NKVF, des Direktors der Justizvollzugsanstalt Pöschwies und des Leiters des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich auf der Webseite der NKVF publiziert (Ziff. 5). Dabei ist zudem zu beachten, dass die in Frage stehenden Personennamen keine besonders schützenswerten Daten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG darstellen. Dementsprechend empfiehlt der Beauftragte die Bekanntgabe der Personennamen der Angestellten der öffentlichen Verwaltungen entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung (Ziff. 22).
 - Namen von weiteren natürlichen Personen und eines Unternehmens: Der Beauftragte erkennt kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Bekanntgabe dieser Namen und empfiehlt deren Abdeckung.
25. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Es liegen keine Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 BGÖ vor, die der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes entgegenstehen. Ebenso wenig konnte die NKVF bis anhin die Anwendbarkeit der Ausnahmegründe von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und h BGÖ überzeugend aufzeigen. Nach Ansicht des Beauftragten wurde die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten somit nicht widergelegt. Hinsichtlich der Personendaten von Y führt die NKVF zunächst bei Y eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ durch und prüft anschliessend deren Zugänglichkeit entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung. Die NKVF gibt die Namen der Verwaltungsangestellten entsprechend der Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekannt. Die verbleibenden Personennamen können gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ abgedeckt werden.*

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

26. Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter gewährt den Zugang zu den Berichten «Be-suchsprotokoll Pöschwies 19. Oktober 2018» und «Einzelfall [Y]: Stand Oktober 2020» nach

³⁷ Nur als Bsp. hier zitiert : NZZ vom 12. Januar 2022 [Fall Brian: Junger Straftäter wird in anderes Gefängnis verlegt \(nzz.ch\)](#), Tagblatt vom 14. Januar 2022 [8 Fall Brian: Wer keine Kooperation zeigt, ist kein Opfer \(tagblatt.ch\)](#)

³⁸ [www.humanrights.ch](#) / Beratungsstelle Freiheitsentzug / Falldokumentation / Brian / Brian-chronik (besucht am 17. Juni 2022).

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ [www.parlament.ch](#) / Geschäfte 21.8238 [21.8238 | Verstösse gegen Folterkonvention: Kommt eine Untersuchung im Fall Brian? | Geschäft | Das Schweizer Parlament](#)

⁴¹ Das letzte Mal : [6B 882/2021 12.11.2021 - Schweizerisches Bundesgericht \(bger.ch\)](#)

den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Die Zugänglichkeit zu den darin enthaltenen Personendaten von Y wird nach durchgeführter Anhörung (Art. 11 BGÖ) beurteilt. Die Namen der darin enthaltenen Verwaltungsangestellten werden entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekannt gegeben. Die verbleibenden Personennamen können abgedeckt werden.

27. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter 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).
28. Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
29. Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
30. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
31. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Nationale Kommission zur Verhütung von Folter NKVF
Geschäftsstelle
Schwanengasse 2
3003 Bern

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz-
und Öffentlichkeitsbeauftragter

Alessandra Prinz
Juristin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip