

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

Einschreiben
Bundesverwaltungsgericht
Postfach
9023 St. Gallen

Basel, 12. September 2020

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

Verein Digitale Gesellschaft, 4000 Basel,

Beschwerdeführer

gegen

Dienst ÜPF, Fellerstrasse 15, 3003 Bern,

Beschwerdegegner

betreffend **Antrag Zugang von Anordnungsformularen des Dienstes ÜPF**

erhebt der Beschwerdeführer innert Frist

Beschwerde

gegen die Verfügung des Dienstes ÜPF vom 11. August 2020

mit folgenden

Anträgen:

1. Die Verfügung des Dienstes ÜPF vom 11. August 2020 sei aufzuheben.

2. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, die Formulare 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, 6.0, 7.0, 8.0, 9.0 und 10.0 herauszugeben.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

I. Formelles

1. Die angefochtene Verfügung datiert vom 11. August 2020 ist dem Beschwerdeführer nicht vor dem 12. August 2020 zugegangen (s. **Beilage 1**). Die Beschwerde erfolgt damit – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – innert Frist.
2. Der unterzeichnende Geschäftsleiter, Erik Schönenberger, ist vom Vorstand des Vereins Digitale Gesellschaft bevollmächtigt, die vorliegende Beschwerdeschrift einzureichen und den Verein Digitale Gesellschaft im Beschwerdeverfahren gegen aussen zu vertreten.
3. Als zusätzlicher Beweis für die Darlegungen des Beschwerdeführers wird beantragt, die vollständigen Akten des Beschwerdegegners und des EDÖB beizuziehen, insbesondere den Schriftenwechsel bzw. die Emails zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner.

II. Begründung

1. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Gesuch Einsicht in folgende Dokumente verlangt:

«Die vom Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF) verwendeten Formulare für die Anordnung, resp. Verfügung von Überwachungsmassnahmen nach dem Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) zuhanden der Anbieterinnen der entsprechenden Dienste.»

Der Beschwerdegegner war nicht bereit, dem Beschwerdeführer Einsicht in die verlangten Dokumente zu gewähren.

2. Der EDÖB hat auf den Schlichtungsantrag des Beschwerdeführers hin und nach

durchgeführter Schlichtungssitzung dem Beschwerdegegner mit Empfehlung vom 23. Juli 2020 empfohlen, den vollständigen Zugang zu den neun Formularen 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, 6.0, 7.0, 8.0, 9.0 und 10.0 zu gewähren. Der Beschwerdegegner ist dieser Empfehlung nicht gefolgt und hat stattdessen mit der angefochtenen Verfügung daran festgehalten, den Zugang zu den entsprechenden Dokumenten nicht zu gewähren. Dabei ruft der Beschwerdegegner die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 lit. b (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) BGÖ an.

3. Aufgrund des im Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, inwiefern eine oder mehrere im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt sind. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren (Urteil A-6108/2016 des BVGer vom 28.3.2018, E. 4.2.1).
4. Die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ vorgesehenen Ausnahmebestimmungen können nur unter gewissen Voraussetzungen angerufen werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Dabei müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen vorliegen: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden «nach dem üblichen Lauf der Dinge» mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten (vgl. COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 4; Urteil des BVGer A- 6108/2016 vom 28.3.2018 E. 4.2.3).
5. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ verlangt insbesondere, dass überhaupt eine konkrete behördliche Massnahme existiert.
6. Der Beschwerdegegner verkennt, dass durch die Einsicht in leere, nicht ausgefüllte Formulare auch keine konkrete behördliche Massnahme vereitelt werden kann. Leere Formulare sind nicht geeignet, um konkrete Massnahmen zu gefährden, da sie keine Massnahmen einleiten, sondern als Hilfsmittel zur Aufgabenerfüllung dienen (E 21 der Empfehlung). Eine abstrakte Gefährdung des

Anordnungsprozesses ist nicht von Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ gedeckt.

7. In der angefochtenen Verfügung trägt der Beschwerdegegner nichtsdestotrotz vor, dass das Schutzanliegen von Art. 7 Abs. 1 lit. b durch den Zugang der Dokumente beeinträchtigt wären und begründet dies im Einzelnen wie folgt:
8. Der Beschwerdegegner habe die internen Prozesse der konkreten Anordnung von Überwachungsmaßnahmen sicherzustellen. In diesem Interesse würden die Form der Dokumente und somit die Formulare selbst nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. In der Bekanntgabe der nicht ausgefüllten Formulare sieht der Beschwerdegegner das Risiko einer Beeinträchtigung des Ablaufs und der organisatorischen Durchführung von Überwachungsmaßnahmen und bringt vor, die Offenlegung der in Frage stehenden Dokumente begründe die Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung der raschen Durchführung und führe zu einer Erhöhung des ernsthaften Risikos des Missbrauchs.
9. Bevor auf die einzelnen Vorbringen des Beschwerdegegners eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner selbst den „abstrakten“ Inhalt der Formulare offengelegt bzw. veröffentlicht hat, u.a. aus dem Erläuterungstext der Totalrevision des BÜPF und den konkretisierenden Artikel der VÜPF sowie auch durch mögliche Einblicke in den Diensträumlichkeiten auf dem WMC. Zudem sind konkrete Inhalte der Überwachungsmaßnahmen respektive die Formulare aufgrund des Akteneinsichtsrechts bereits einem gewissen Personenkreis zugänglich. Insbesondere auch vor diesem Hintergrund ist der EDÖB in seiner Empfehlung zum Schluss gelangt, dass der Beschwerdegegner nicht hinreichend darlegen können, dass die Bekanntgabe der Formulare das von Lehre und Rechtsprechung verlangte ernsthafte Risiko der Beeinträchtigung zielkonformer Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen bewirken würde (E 24 der Empfehlung).
10. Der Beschwerdegegner führt das Risiko an, dass durch Offenlegung der Form der Dokumente und somit der Formulare selbst eine Beeinträchtigung der möglichst raschen Durchführung von Überwachungsmaßnahmen vorliegen würde. Die Mitarbeiter des Dienstes ÜPF wüssten, dass der Kreis der Zugangsberechtigten beschränkt sei und könnten somit eine schnellere formelle Überprüfung der ausgefüllten Formulare erledigen. Würde die Zugangsbeschränkung aufgehoben werden bzw. die Formulare der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, könne die sofortige Umsetzung der Überwachungsmaßnahme nicht zugunsten einer tiefergehenden Kontrolle aufgeschoben werden. Dies würden öffentliche Interessen, wie z.B. die Dringlichkeit nach dem 8. Abschnitt des BÜPF, nicht zulassen (Ziff. 5 der Verfügung).

11. Im Vorfeld machte der Beschwerdegegner geltend, dass der erste Schritt im Prozess zur Einreichung einer illegalen Überwachung gemacht wäre, wenn die Formulare an Personen ausserhalb der berechtigten Stellen gelangen würden (Ziff. 8 der Verfügung).
12. Die sofortige Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen wird durch eine tiefere Kontrolle und formelle Überprüfung nicht beeinträchtigt, da diese selbst erforderliche Schritte zur Umsetzung darstellen. Eine möglichst rasche Umsetzung von Massnahmen kann zudem nicht auf Kosten der formellen Überprüfung von Formularen ergehen. Das Argument des ersten Schrittes zur Einreichung einer illegalen Überwachung erscheint angesichts der zwingend durchzuführenden formellen Überprüfung der Dokumente als haltlos. Zudem sollten sich die Mitarbeiter des Dienstes ÜPF nicht darauf verlassen, dass keine missbräuchlichen Dokumente eingereicht würden durch die ihnen bekannten Verteiler und darauf ihre Kontrollpflichten vernachlässigen.
13. Die kontrollierte Herausgabe der Formulare an bekannte Verteiler führte bisher noch zu keinem Missbrauch (Ziff. 6 der Verfügung). Zudem müsste für einen Missbrauch ein gewisser Aufwand von den Berechtigten betrieben werden. Dabei sollte der Rechtsvertreter auf den Verfahrensbeteiligten zur Vermeidung eines allfälligen Missbrauchs einwirken (Ziff. 7 der Verfügung).
14. Impliziert wird, dass öffentlich zugängliche Formulare zu Missbrauch führen werden, im Gegensatz zum bewährten System der kontrollierten Herausgabe von Formularen. Bisher müsste gewisser Aufwand zum Missbrauch betrieben werden. Dieser Aufwand zum Missbrauch ist jedoch derselbe in jedem Fall, ob nun eine beliebige Privatperson (Öffentlichkeit) oder Berechtigte, die bereits Zugang zu den Formularen haben, dies vorhaben (ebenso E 23 der Empfehlung). Das bedeutet, dass auch das Missbrauchspotential gleich hoch ist, ob nun bloss Berechtigte oder auch die Öffentlichkeit Zugang zu den Dokumenten hätten. Dass der Rechtsvertreter im eigenen Interesse auf den Verfahrensbeteiligten einwirken sollte, um einen allfälligen Missbrauch der Formulare vorzubeugen, ist eine unzulässige Überwälzung von Verantwortung, die der Dienst ÜPF bzw. dessen Mitarbeitende durch formelle Prüfung zu tragen hätte.
15. Die vom Beschwerdegegner vorgebrachten Argumente überzeugen somit nicht. Zudem ist, wie in der Empfehlung richtigerweise festgehalten wird, vom Beschwerdegegner gar nicht dargetan, dass durch die Einsicht in die leeren, nicht ausgefüllten Formulare eine konkrete behördliche Massnahme vereitelt werden könnte. Der vom Beschwerdegegner beschworene erste Schritt im Prozess zur Einreichung einer illegalen Überwachung entspricht nicht den im BGÖ

statuierten Voraussetzungen zur Beschränkung oder Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Leere Formulare sind nicht geeignet, um konkrete Massnahmen zu gefährden, da sie keine Massnahmen einleiten, sondern als Hilfsmittel zur Aufgabenerfüllung dienen. Durch die Einsicht in leere, nicht ausgefüllte Formulare kann keine konkrete behördliche Massnahme vereitelt werden.

16. Damit sind die Voraussetzungen für die Anrufung von Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 BGÖ insgesamt eindeutig nicht erfüllt. Der beantragte Zugang zu den Dokumenten ist demzufolge zu gewähren.

Abschliessend ersuche ich Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger
Geschäftsleiter

Im Doppel

Beilagen:

1. Angefochtene Verfügung des Dienstes ÜPF vom 11. August 2020 in Kopie
2. Schlichtungsantrag vom 13. Mai 2020 in Kopie
3. Beilage zum Schlichtungsantrag vom 13. Mai 2020 in Kopie
4. Empfehlung des EDÖB vom 23. Juli 2020 in Kopie