



Bern, 23. Juli 2020

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

### **im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X  
(Antragsteller)**

**und**

### **Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ÜPF**

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

1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1) betreibt der Bund einen Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss Art. 269 der Strafprozessordnung (Dienst ÜPF). Dazu betreibt dieser Dienst ein Informatiksystem zur Bearbeitung der Daten, die im Rahmen seiner Tätigkeit anfallen (Verarbeitungssystem, Art. 6 BÜPF). Anordnende Behörden können ihre Überwachungsanordnungen durch Online-Zugriff auf das Verarbeitungssystem oder mittels herkömmliche Formulare einreichen (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, VÜPF; SR 780.11).
2. Der Antragsteller (Verein) hat am 23. April 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Dienst ÜPF um Zugang zu den «vom Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF) verwendeten Formulare[n] für die Anordnung, resp. Verfügung von Überwachungsmassnahmen nach dem Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) zuhanden der Anbieterinnen der entsprechenden Dienste» ersucht. Er bat die Behörde, ihm die Unterlagen in elektronischer Form zuzustellen.
3. Am 4. Mai 2020 nahm der Dienst ÜPF ablehnend Stellung dazu. Er erklärte zunächst dem Antragsteller, dass aktuell rund 70% der Anordnungen bei ihm direkt auf dem Verarbeitungssystem (Auftragsverwaltungstool WMC<sup>1</sup>) eintreffen. Die letzten zwei bis drei Kantone würden noch Formulare in PDF-Format verwenden, wobei erklärtes Ziel des Dienstes sei, dass in Zukunft die Anordnungen nur noch mittels WMC einträfen. Zur Ablehnung führte er Folgendes aus: «Die Formulare [...] gibt der Dienst ÜPF nicht heraus. Dies um allfällige Missbrauchsversuche von vornherein zu unterbinden. Würde er die Formulare an Personen ausserhalb der berechtigten Stellen herausgeben, wäre theoretisch der erste Schritt im Prozess zur Einreichung einer falschen Überwachung gemacht. Damit wäre nach unserer Einschätzung die zielkonforme Durchführung konkreter Massnahmen gefährdet. [...] Der Dienst ÜPF

<sup>1</sup> <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74395.html> (besucht am 22.7.2020).



verweigert daher gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ den Zugang zu den Formularen.» Die Behörde schlug dem Antragsteller vor, «vor Ort in Bern den Prozess dar[z]ulegen und Ihnen auch die Abläufe direkt in den entsprechenden Komponenten unsers Systems (u.a. WMC) [zu] zeigen.»

4. Am gleichen Tag antwortete der Antragsteller dem Dienst ÜPF, dass «die Argumentation bezüglich Missbrauch [...] nicht restlos [überzeuge]. Stellt sich doch die Frage, wieso der wesentliche Schutz vor Missbrauch in der Verwendung dieser Formulare besteht. Diese sind zudem einem breiten Kreis von Personen zugänglich, nämlich allen, die Zugriff auf Akten in Strafverfahren haben, also viele Mitarbeiter von allerlei Behörden sowie verfahrensbeteiligte Personen (Beschuldigte, Anwälte usw.). Die Formulare enthalten m.W. keine spezifischen Merkmale, die eine Fälschung speziell erschweren würde.» Der Antragsteller schlug seinerseits vor, den Zugang zu den Formularen aufzuschieben, bis sie «auch bei den drei erwähnten grossen Kantonen nicht mehr in Verwendung sind.»
5. Nachdem sich der Dienst ÜPF zum vorgeschlagenen Aufschub nicht äusserte, seine Einladung jedoch wiederholte, reichte der Antragsteller am 13. Mai 2020 einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Antragsteller wiederholte die in seinem Schreiben vom 4. Mai 2020 an die Behörde geäusserten Bedenken (Ziff. 4) und präziserte den Hintergrund seines Zugangsgesuches. Er setzte sich «in diesem Zusammenhang insbesondere dafür ein, dass Konsumentinnen und Konsumenten beziehungsweise Kundinnen und Kunden von Telekommunikationsanbietern in der Schweiz wissen, welche Überwachungsmaßnahmen gemäss BÜPF sowie Strafprozessordnung (StPO) in der Praxis angewendet werden.»
6. Angesichts der Covid-19-Pandemie nahm der Beauftragte mit den Beteiligten Kontakt auf und versuchte durch verschiedene E-Mailwechsel und Telefongespräche zwischen ihnen eine Einigung zu erzielen.
7. Am 16. Juni 2020 musste der Beauftragte gegenüber den Beteiligten festhalten, dass keine Einigung erzielt werden konnte. Daher werde er eine schriftliche Empfehlung erlassen. Gleichentags forderte er den Dienst ÜPF dazu auf, die betroffenen Dokumente einzureichen und gab ihm die Möglichkeit, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
8. Mit E-Mail vom 26. Juni 2020 reichte der Dienst ÜPF neun Formulare (Formulare 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, 6.0, 7.0, 8.0, 9.0, 10.0) und eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin hielt er unter anderem fest: «Geht es jedoch darum, dass der Ablauf einer strafprozessualen Anordnung und damit die Durchführung eines schweren Grundrechtseingriffes, der unser Ansicht nach keinerlei Fehler erlaubt, geschützt werden soll, darf es keine Ausnahmen geben. Dafür ist der Grundrechtseingriff zu heikel, das Ziel zu wichtig und der Ablauf zu schützenswert. Mit anderen Worten gilt es genauer zwischen dem öffentlichen Interesse einerseits und der zielkonformen Durchführung der behördlichen Aufgabe der FMÜ abzuwägen.» [...] «Würden die Formulare an Personen ausserhalb der berechtigten Stellen gelangen, wäre theoretisch damit der erste Schritt im Prozess zur Einreichung einer illegalen Überwachung gemacht. Damit hätten unberechtigte Personen ein Formular in den Händen, das für Mitarbeitende des Dienstes ÜPF echt aussieht. Selbstverständlich sind weitere Schritte nötig, damit es zur Schaltung einer Überwachung kommt, so wird nebst anderen Massnahmen der Auftraggeber verifiziert und die Informationsherausgabe erfolgt ausschliesslich an vordefinierte Personen. Aber der erste Schritt ist gemacht. Zudem wäre es unberechtigten Personen auch möglich, den Dienst ÜPF mit falschen Anordnungen einzudecken, sei dies durch elektronische Übermittlung oder postalische Zustellung.» Aus diesen Gründen sei der Zugang zu den Formularen gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ zu verweigern.



9. In Bezug auf den vom Antragsteller vorgeschlagenen Aufschub des Zugangs bis zum Zeitpunkt, in dem die herkömmlichen Formulare nicht mehr verwendet werden, präzisierte der Dienst ÜPF Folgendes: Selbst nach erfolgter Umstellung durch die drei fehlenden Kantone wird es «vermutlich so sein, dass 90-95% aller Anordnungen vollelektronisch erfolgen. Solange aber die Verordnung eine Anordnung via herkömmlicher Formulare zulässt (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b VÜPF), wird der Dienst ÜPF diese auch akzeptieren müssen und damit bleiben sie weiterhin in Gebrauch.» Somit «könnte der Zugang bis zum Zeitpunkt aufgeschoben werden, in dem eine Anordnung mit diesen Formularen rechtlich nicht mehr zulässig ist.»
10. Mit E-Mail vom 22. Juli 2020 präzisierte der Dienst ÜPF gegenüber dem Beauftragten, dass die Zugangsverweigerung bisher versehentlich mit Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ begründet wurde. Richtig «sollte die Ablehnung des Gesuches – vorerst Verweigerung des Zuganges zu den Formularen - mit der Zitierung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b BGÖ geltend gemacht werden (in Übereinstimmung mit den Ausführungen)».
11. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des Dienstes ÜPF 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**

12. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim Dienst ÜPF ein. Dieser verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
13. 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>2</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.

### **B. Materielle Erwägungen**

14. 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.
15. Vorliegend verlangte der Antragsteller die Formulare, welche von den Behörden für die Anordnung von Überwachungsmassnahmen nach dem BÜPF verwendet werden. Es geht allerdings nicht um ausgefüllte Formulare für die Anordnung konkreter Überwachungen. Gemäss dem Antragsteller sollen Konsumentinnen und Konsumenten beziehungsweise Kundinnen und Kunden von Telekommunikationsanbietern in der Schweiz wissen, welche Überwachungsmassnahmen gemäss BÜPF sowie StPO in der Praxis angewendet werden.

---

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



16. Nach Ansicht des Dienstes ÜPF wäre durch die verlangte Offenlegung der von ihm identifizierten Formularen (Ziff. 8) der Ablauf einer strafprozessualen Anordnung und damit die Durchführung eines schweren Grundrechtseingriffes gefährdet. Würden die Formulare an Personen ausserhalb der berechtigten Stellen gelangen, wäre der erste Schritt im Prozess zur Einreichung einer illegalen Überwachung gemacht. Die Behörde präzisiert indessen, dass weitere Schritte notwendig sind, um eine Überwachung einzuleiten. Als zusätzliche Begründung führt die Behörde aus, dass es mit einer Offenlegung unberechtigten Personen möglich wäre, sie mit falschen Anordnungen einzudecken. Daraus ergibt sich nach ihrer Einschätzung, dass die zielkonforme Durchführung konkreter Massnahmen gefährdet wäre (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ).
17. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen. Das Öffentlichkeitsgesetz stellt damit eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde, wobei diese hinreichend konkret darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmerebestimmungen erfüllt sind. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>3</sup>
18. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Diese Ausnahme soll sicherstellen, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen wie Aufsichtsmassnahmen, Inspektionen, behördliche Ermittlungen oder administrative Überwachungen dienen. Nicht von der Bestimmung erfasst ist jedoch die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.<sup>4</sup> Sie kann dann angerufen werden, wenn durch das Zugänglichmachen bestimmter Informationen, die eine Massnahme vorbereiten, die betreffende Massnahme ihr Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr bzw. nicht vollumfänglich erreichen würde.<sup>5</sup> Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung der Informationen Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden.<sup>6</sup> Dabei muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele von einem gewissen Gewicht sein.<sup>7</sup>
19. Die Lehre sowie das Bundesverwaltungsgericht sind der Meinung, dass diese Bestimmung restriktiv anzuwenden ist, da sich ansonsten die Nichtzugänglichkeit unzähliger Informationen rechtfertigen liesse.<sup>8</sup> Folglich ist es wichtig, dass die Ausnahmerebestimmung nur zur Anwendung gelangt, wenn die Offenlegung der durchzuführenden Massnahmen deren Erfolg ernsthaft gefährdet. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen der Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.<sup>9</sup>
20. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Anordnung und Durchführung einer konkreten behördlichen Überwachung beeinträchtigt würde, falls der Inhalt von leeren, nicht ausgefüllten Formularen offengelegt würde.

---

<sup>3</sup> BVGer Urteil A-1732/2018 vom 26. März 2019, E. 8.

<sup>4</sup> BVGer Urteil A-407/2019 vom 12. Mai 2020, E. 6.1.

<sup>5</sup> BBI 2003 2009.

<sup>6</sup> BVGer Urteil A-3122/2014 vom 24. November 2014, E. 4.2.2.

<sup>7</sup> BGE 144 II 77, E.4.3.

<sup>8</sup> Urteil des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, Rz 24; Empfehlung EDÖB vom 18. Juni 2015: BAV / Ereignisdatenbank, Ziff. 19.

<sup>9</sup> Urteil des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1.



21. Damit der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfüllt ist, muss überhaupt eine konkrete Massnahme existieren. Die Behörde befürchtet vorliegend eine Gefährdung ihres internen Anordnungs- und Überwachungsprozesses, ihre Argumentation bezieht sich indes nicht auf eine konkrete anzuordnende oder angeordnete Massnahme. Konkrete Massnahmen im Sinne der Rechtsprechung zu der in Frage stehenden Bestimmung wurden keine genannt. Nach Ansicht des Beauftragten sind die verlangten Dokumente auch nicht geeignet, eine konkrete Massnahme zu gefährden, da aus den Formularen nur ersichtlich ist, welche Informationen erfragt werden. Leere Formulare sind Hilfsmittel, welche die allgemeine Aufgabenerfüllung der Behörde betreffen, sie leiten als solche keine konkrete Überwachung ein.
22. In Bezug auf die in den Formularen erfragten Informationen ist anzufügen, dass sie insgesamt bekannt sind, da die Modalitäten der verschiedenen Überwachungsformen in der VÜPF detailliert vorgegeben sind. So sind z.B. die einzureichenden Angaben für die Anordnung von Überwachungen im Postverkehr in Art. 15 VÜPF und diejenigen für die Anordnung von Überwachungen im Fernmeldeverkehr in Art. 49 VÜPF beschrieben. Eine Begrenzung für die Bearbeitung von Personendaten bildet Art. 4 BÜPF: Diese Bestimmung sieht vor, dass der Dienst ÜPF, die anordnenden Behörden, die Genehmigungsbehörden sowie die Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten diejenigen Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile, bearbeiten dürfen, die sie benötigen, um Überwachungen anzuordnen, zu genehmigen und durchzuführen.
23. Darüber hinaus stellt der Antragsteller zu Recht fest, dass der Inhalt der verlangten Formulare bereits einem breiten Publikum bekannt ist, weil ausgefüllte, konkrete Massnahmen betreffende Formulare zu den jeweiligen Strafprozessakten gehören. Damit haben verfahrensbeteiligte Personen Zugriff auf solche Dokumente und könnten sie bereits heute für eine unerlaubte Anwendung verfälschen. Die Behörde führt nämlich aus, dass eines der Ziele der Einführung des Tools WMR ist, die internen Prozesse zu sichern.
24. Aus den oben genannten Gründen gelangt Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nach Ansicht des Beauftragten im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung, da nicht davon auszugehen ist, dass eine konkrete behördliche Überwachung im Sinne des BÜPF durch eine Offenlegung der genannten Formulare beeinträchtigt würde.

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

25. Der Dienst ÜPF gewährt den vollständigen Zugang zu den neun Formularen 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, 6.0, 7.0, 8.0, 9.0, 10.0.
26. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Dienst ÜPF 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).
27. Der Dienst ÜPF erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
28. Der Dienst ÜPF erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
29. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).



30. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X
- Einschreiben mit Rückschein (R)  
Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ÜPF  
Fellerstrasse 15  
3003 Bern

Reto Ammann