



## Urteil vom 26. März 2019

---

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi, Richter Christoph Bandli,  
Gerichtsschreiber Basil Cupa.

---

Parteien

Dominique **Strebel**, ...,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Stiftung ombudscom**,  
**Schlichtungsstelle Telekommunikation**, ...,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zugangsgesuch zu statistischen Daten betreffend  
die Schlichtungstätigkeit der ombudscom.

**Sachverhalt:****A.**

Der Journalist Dominique Strebel ersuchte am 25. Februar 2016 die Stiftung ombudscom (nachfolgend: ombudscom) um Zugang zu statistischen Daten betreffend ihre Schlichtungstätigkeit für das Jahr 2015, aufgeschlüsselt nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern (einzeln mit Namen). Da der Zugang verweigert wurde, gelangte er an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (nachfolgend: EDÖB). Dieser stellte am 10. August 2016 fest, dass die ombudscom dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152) unterliege, weshalb dieses anwendbar sei. Er empfahl, dass die ombudscom Auskunft über die statistische Auswertung der Schlichtungsfälle, spezifiziert nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern und der Beschwerdegründe entsprechend den Erwägungen gewährt, unter Vorbehalt einer Interessenabwägung. In der Folge erhielt Dominique Strebel die gewünschten Auskünfte für das Jahr 2015 mit einer – hier nicht interessierenden – Ausnahme.

**B.**

Mit Schreiben vom 14. November 2017 wandte sich Dominique Strebel erneut an die ombudscom und stellte ein inhaltsgleiches Zugangsgesuch zu statistischen Daten betreffend die Schlichtungstätigkeit, diesmal für die Jahre 2012 bis 2016.

**C.**

Die ombudscom nahm dazu am 1. Dezember 2017 Stellung und verweigerte den verlangten Zugang. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass sie nicht zur Bundesverwaltung gehöre. Zudem habe sie als verwaltungsexterne Stelle einzig die Verfügungskompetenz, den Parteien die Verfahrensgebühren aufzuerlegen. Sämtliche anderen Handlungen seien nicht hoheitlich und würden somit nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen. Mithin nicht vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst werde die Haupttätigkeit der Schlichtungsstelle: die Durchführung von Schlichtungsverfahren bei zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und ihren Fernmelde- und/oder Mehrwertdiensteanbietern. Da das Auskunftsgesuch die nicht hoheitliche Tätigkeit der ombudscom betreffe, könne darauf nicht eingetreten werden.

**D.**

Nach dieser Auskunft reichte Dominique Strebel am 18. Dezember 2017

einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein. Dieser gab am 2. Februar 2018 folgende Empfehlung ab: „Die ombudscom unterliegt mit ihrer Schlichtungstätigkeit dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Sie gewährt Auskunft über die statistische Auswertung der Schlichtungsfälle, spezifiziert nach Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern und Beschwerdegründen, entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und den Erwägungen in der Empfehlung vom 10. August 2016“. Zur Begründung wurde insbesondere auf die ausführlichen Erwägungen in der Empfehlung vom 10. August 2016 verwiesen.

**E.**

Die ombudscom teilte Dominique Strebel am 8. Februar 2018 schriftlich mit, dass sie der Empfehlung des EDÖB nicht folgen werde.

**F.**

Gegen dieses Schreiben der ombudscom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt Dominique Strebel (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 21. März 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er ersucht unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz um „Zugang zu den statistischen Daten betreffend die Schlichtungstätigkeit der ombudscom entsprechend dem Zugangsgesuch vom 14. November 2017“.

**G.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 14. Mai 2018 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers, soweit auf die Sache einzutreten sei.

**H.**

Mit Schlussbemerkungen vom 13. Juli 2018 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest, ebenso die Vorinstanz mit Eingabe vom 28. August 2018.

**I.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

## 1.

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nicht anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG; BVGE 2007/6 E. 1 m.w.H.; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BVGE 2008/48; Urteil des BVGer B-4895/2017 vom 28. Juni 2018 E.1.1).

**1.2** Betreffend die Erhebung von Verwaltungsgebühren nach Art. 40 Abs. 2 Bst. c des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) durch die ombudscom steht fest, dass es sich bei dieser um eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 33 Bst. h VGG und bei der Erhebung der Gebühren um eine beschwerdefähige Verfügung nach Art. 5 VwVG handelt (vgl. statt vieler: BVGE 2010/34 E. 1.3 und Urteil des BVGer A-2821/2017 vom 14. November 2018 E. 1.2 m.w.H.). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

Demgegenüber ist umstritten, ob die ombudscom im vorliegenden Zusammenhang eine Vorinstanz im Sinne des Gesetzes ist und ihr Schreiben vom 8. Februar 2018 als Verfügung nach Art. 5 VwVG qualifiziert werden kann, mithin ein Anfechtungsobjekt darstellt. Der Beschwerdeführer und der EDÖB bejahen dies; die Vorinstanz verneint es.

**1.3** Die umstrittenen Fragen sind sowohl für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen bedeutsam als auch Gegenstand der materiellen Beurteilung. Sie können somit erst nach erfolgter materieller Beurteilung der Beschwerde abschliessend beantwortet werden (sog. doppelrelevanter Sachverhalt; vgl. BGE 141 II E. 5.1; Urteile des BVGer C-4867/2014 vom 27. Juni 2017 E. 1.3.3 und C-865/2012 vom 27. Januar 2014 E. 1.2.1; betreffend Legitimation vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.3; Urteil des BVGer A-2149/2015 vom 25. August 2016 E. 1.2). Darauf ist somit gleich nach der Prüfung der weiteren formellen Voraussetzungen einzugehen.

**1.4** Zur Beschwerde nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Der Beschwerdeführer ist Adressat des Schreibens vom 8. Februar 2018. Sein Interesse an den herausverlangten Informationen ist nach wie vor aktuell, weil er basierend darauf einen journalistischen Beitrag erstellen möchte, der über die Dienstleistungsqualität der jeweiligen Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter Auskunft gibt. Seine Beschwerdelegitimation ist somit gegeben.

**1.5** Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG).

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG) von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

## **3.**

**3.1** Nachfolgend ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei der ombudscom um eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG handelt (siehe E. 3.4 f.). Falls dies bejaht wird, ist ihr Schreiben vom 8. Februar 2017 auf seine Verfügungsqualität zu prüfen (siehe E. 3.5.7). Ist diese gegeben, liegt ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt vor und entsprechend ist auf die Beschwerde einzutreten.

**3.2** Der Beschwerdeführer verlangt von der ombudscom Zugang zu statistischen Daten. Konkret möchte er von der Vorinstanz wissen, wie viele Anfragen wegen welchen Beschwerdegründen eingingen, wie viele Schlichtungsfälle eingeleitet wurden, wie viele davon mit einem Schlichtungsvorschlag zu Gunsten oder zu Ungunsten der Kunden ausgingen, wie viele Schlichtungsvorschläge akzeptiert oder wie viele abgelehnt wurden und

wie viele Fälle durch Einigung bzw. durch Rückzug erledigt werden konnten. Er ersucht für die Jahre 2012 bis 2016 jeweils aufgeschlüsselt nach Mehrwert- und Fernmeldediensteanbieter sowie Berichtsjahr um diese Informationen. Sowohl er als auch der EDÖB gehen davon aus, dass die ombudscom unter den Anwendungsbereich des BGÖ fällt und es sich bei ihr um eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts handelt. Konkret führt der Beschwerdeführer aus, die ombudscom sei mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 BGÖ als Teil der dezentralen Bundesverwaltung (Bst. a) oder aber zumindest als verwaltungsexterne Trägerin von Bundesaufgaben (Bst. b) zu qualifizieren. Die verweigerte Datenherausgabe stelle eine autoritative, individuell-konkrete Anordnung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar, die gegen Art. 1 und Art. 6 Abs. 1 BGÖ sowie die verfassungsrechtlich garantierte Informations- und Medienfreiheit verstosse und darum aufzuheben sei.

Der EDÖB vertritt sodann ebenfalls die Auffassung, dass die ombudscom dem persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des BGÖ unterstellt sei. Er weist darauf hin, dass nur statistische Daten und nicht die Herausgabe von einzelnen Schlichtungsakten verlangt worden seien. Zudem könne die Verweigerung der Datenherausgabe nicht auf Art. 48 Abs. 4 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) abgestützt werden, da hierfür die Voraussetzungen des Vorbehalts einer formell-gesetzlichen Spezialbestimmung im Sinn von Art. 4 BGÖ nicht gegeben seien. Das Zugangsgesuch sei deshalb nach den Vorgaben des BGÖ zu beurteilen. Ausnahmegründe vom Öffentlichkeitsprinzip, wie etwa Geschäftsgeheimnisse oder der Schutz der Privatsphäre, stünden der Datenherausgabe nicht entgegen.

Demgegenüber stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, ihr Schreiben vom 8. Februar 2018 stelle keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Weder sei das Schreiben als Verfügung ausgestaltet noch sei sie in diesem Bereich verfügungsberechtigt. Die Möglichkeit der Auferlegung von Gebühren sei für das Konzept des fernmelderechtlichen Schlichtungsverfahrens von untergeordneter Bedeutung. Es könne daraus keine allgemeine Verfügungskompetenz der ombudscom abgeleitet werden. Die ombudscom sei eben gerade nicht Teil der Bundesverwaltung und Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ sei restriktiv dahingehend auszulegen, dass ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nur dort bestehe, wo sie unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung betreffen. Überdies sprächen der Schutz der Privatsphäre der Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter sowie deren Geschäftsgeheimnisse klar gegen eine Datenbekanntgabe. Zudem seien sie

nicht konsultiert worden. Der behauptete Verstoss gegen die Medien- und Informationsfreiheit sei nicht nachvollziehbar, da sie nicht als Anspruchsgrundlage zur Erschliessung von Informationen gegenüber Privaten dienen könne.

**3.3** Das am 1. Juli 2006 in Kraft getretene Öffentlichkeitsgesetz bezweckt die Förderung der Transparenz über Auftrag, Organisation und Tätigkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ). Durch die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, welcher unabhängig vom Nachweis besonderer Interessen besteht, wurde hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt hin zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt vollzogen (BGE 133 II 209 E. 2.1; BVGE 2014/42 E. 3.1, je m.w.H.). Mit dem im BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzip (vgl. Art. 6 Abs. 1 BGÖ) mit Geheimhaltungsvorbehalt (vgl. Art. 7 ff. BGÖ), das einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, soll Transparenz geschaffen werden, damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst dem Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren gefördert sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden (vgl. BVGE 2016/9 E. 3). Der Öffentlichkeitsgrundsatz bildet überdies eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess. Das Transparenzgebot trägt zudem zur Verwirklichung der Informationsfreiheit (Art. 16 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) sowie zur Verwaltungsmodernisierung bei. Soweit wie hier die Medien Zugang zu behördlichen Informationen suchen, um sie später zu verarbeiten und zu verbreiten, dient das Transparenzgebot schliesslich zumindest indirekt auch der Verwirklichung der in Art. 17 BV verankerten Medienfreiheit (vgl. zum Ganzen statt vieler: BGE 142 II 313 E. 3.1; Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.1, je m.w.H.).

**3.4** Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ gilt das Gesetz u.a. für die Bundesverwaltung (Bst. a) und für Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG erlassen (Bst. b). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die ombudscom auch darunter fällt.

**3.4.1** Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, das BGÖ definiere den Begriff der Bundesverwaltung nicht. Dabei treffe es zu, dass die om-

budscom nicht im Anhang 1 zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1) aufgeführt sei. Sie sei unter Anwendung typologischer Kriterien (u.a. der Rechts- und Organisationsform, des Aufgabentyps und finanzieller bzw. organisatorischer Steuerungsmöglichkeiten durch den Bund) dennoch der dezentralen Bundesverwaltung zuzuordnen.

Der EDÖB geht in Anwendung typologischer Kriterien ebenfalls davon aus, die ombudscom sei Teil der dezentralen Bundesverwaltung. Zwar verfüge der Bund über keine direkten Steuerungsmöglichkeiten, jedoch erbringe die Vorinstanz eine Dienstleistung mit Monopolcharakter, die sie ohne den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) nicht anbieten könnte. Änderungen der Stiftungsurkunde oder solche von Reglementen müssten ihm zur Genehmigung vorgelegt werden. Dies spreche alles für eine dezentrale Verwaltungseinheit.

Demgegenüber weist die Vorinstanz auf Art. 8 RVOV hin, wonach die Anhänge 1 und 2 der RVOV abschliessend seien und die ombudscom nicht als Teil der dezentralen Bundesverwaltung gelten könne, weil sie dort nirgends aufgeführt werde. Zu ergänzen ist, dass die Vorinstanz bei der ersten Anfrage des Beschwerdeführers im Jahr 2016 offenbar noch anderer Ansicht war und die verlangten statistischen Daten angesichts der Empfehlung des EDÖB vom 16. August 2016 gestützt auf Art. 48 Abs. 4 FDV herausgab.

**3.4.2** Nach Art. 12c Abs. 1 FMG richtet das Bundesamt eine Schlichtungsstelle ein oder beauftragt Dritte damit. Bei Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten kann jede Partei die Schlichtungsstelle anrufen. Das Schlichtungsverfahren hat keine Schiedsgerichtsfunktion, sondern bietet ein Verfahren für die aussergerichtliche Streitbeilegung (vgl. Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] vom 9. März 2007 zur FDV, S. 17 [nachfolgend: Erläuterungsbericht FDV]). Damit bleibt den Parteien das Recht, den Rechtsweg zu beschreiten, jederzeit vorbehalten. Die Parteien sind durch den Schlichtungsentscheid nicht gebunden (Art. 12c Abs. 3 FMG; Art. 10 Abs. 4 des Verfahrens- und Gebührenreglements der Stiftung ombudscom, undatiert, genehmigt mit Verfügung des BAKOM vom 18. Juni 2013, in Kraft getreten am 1. Juli 2013, <<https://de.ombudscom.ch/verfahrens-und-gebuehrenreglement/>>, abgerufen am 11. Januar 2019 [nachfolgend: Reglement om-



budscom]). Wird eine Sache nach der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einem Gericht oder Schiedsgericht vorgelegt, muss die Vorinstanz das Schlichtungsverfahren beenden (vgl. Art. 45 Abs. 2 Bst. d FDV; ferner Erläuterungsbericht FDV, S. 18; BAKOM Infomailing Nr. 12 vom 16. Juni 2008, S. 4).

Das BAKOM übertrug der privaten Stiftung ombudscom die Schlichtungsaufgabe ab 1. Juli 2008 auf der Basis eines verwaltungsrechtlichen Vertrages. Darin wird festgehalten, dass die ombudscom die Schlichtungstätigkeit im Telekommunikationsmarkt gemäss den Vorgaben des FMG sicherstellt. Dieser lief zwar inzwischen ab, aber mit neuem Vertrag wurde die Aufgabe bis ins Jahr 2023 – ausschliesslich – bei der ombudscom belassen. Dem Handelsregisterauszug ist zu entnehmen, dass die Stiftung ombudscom den gemeinnützigen Zweck hat, Kunden von Fernmelde- oder Mehrwertdiensteanbieterinnen eine unabhängige, unparteiische, transparente und effiziente Schlichtungsstelle im Sinne des FMG und der FDV zur Verfügung zu stellen (siehe auch Art. 1 Abs. 1 Reglement ombudscom). Zu ihren Aufgaben gehört namentlich die Vermittlung bei zivilen Streitigkeiten, etwa betreffend strittige Telefonrechnungen, unverlangte Telefonverträge, nicht bestellte Mehrwertdienste, unberechtigte Sperrungen von Telefonanschlüssen oder unbefriedigendem Kundenservice (vgl. Art. 43 FDV; Art. 2 Reglement ombudscom).

Zu beachten ist überdies, dass das BGÖ einen mit dem Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) identischen Begriff der Bundesverwaltung verwendet (Urteil des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 5.4 m.w.H.). Die in Art. 2 RVOG vorgezeichnete Gliederung der Bundesverwaltung wird in Art. 6 ff. RVOV konkretisiert. Die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung sind gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b RVOV in Anhang 1 mit ihrer Zuordnung zu einem Departement abschliessend aufgelistet. Verwaltungsträger, die Bundesaufgaben erfüllen und nicht in einem der zwei Anhänge zur RVOV aufgeführt sind, befinden sich ausserhalb der Bundesverwaltung (zur abschliessenden Zuordnung vgl. PATRICK FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, 2016, S. 150 ff., insb. S. 151 m.w.H.; vgl. auch THOMAS SÄGESER, Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2010, in: Jahrbuch 2010 – Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2011, S. 187). Die Vorinstanz ist dementsprechend nicht im Staatskalender aufgeführt.

Von einem externen Verwaltungsträger ist sodann auszugehen, wenn seitens des Bundes eine Aufgabenübertragung an eine Organisation erfolgt, die er weder selbst geschaffen hat noch an deren Kapital beteiligt ist (vgl. VPB 2009 Nr. 6 S. 76 m.w.H.; THOMAS SÄGESSER, Handkommentar RVOG, 2007, Rz. 91 ff. zu Art. 2). Die ombudscom erfüllt als Schlichtungsstelle der Telekombranche eine öffentliche Aufgabe, die das BAKOM von Gesetzes wegen selbst wahrnehmen müsste, falls es diese Aufgabe nicht an einen Dritten übertrüge (Art. 12c Abs. 1 FMG; siehe auch Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7974; Erläuterungsbericht FDV, S. 14). Das Bundesverwaltungsgericht geht darum in konstanter Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei der Vorinstanz um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation handelt, welche in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügt – zumindest hinsichtlich der Gebührenfestsetzung für ein durchgeführtes Schlichtungsverfahren (BVGE 2010/34 E. 1.3; Urteile des BVGer A-322/2018 vom 28. Januar 2019 E. 1.1; A-2821/2017 vom 14. November 2018 E. 1.2; A-4132/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 1.2; A-4129/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 1.2; A-3184 vom 29. November 2016 E. 1.2).

**3.4.3** Nach dem Gesagten ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz weder eine zentrale noch eine dezentrale Bundesverwaltungseinheit ist, sondern ein verwaltungsexterner Aufgabenträger.

### **3.5**

**3.5.1** Das BGÖ gilt für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG erlassen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Darauf, ob letztere Voraussetzung gegeben ist, ist anschliessend einzugehen.

**3.5.2** Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, sollte das Gericht – wie geschehen – zur Auffassung gelangen, die Vorinstanz sei nicht als dezentrale Verwaltungseinheit zu qualifizieren, müsse die Vorinstanz zumindest aber als private Trägerin von Bundesaufgaben im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ gelten, da sie aufgrund von Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG i.V.m. Art. 49 Abs. 4 FDV kostendeckende Gebühren für ihre gesamte Schlichtungstätigkeit in Verfügungsgestalt verlangen könne.

Der EDÖB ist der Ansicht, auch wenn die ombudscom als Trägerin von externen Verwaltungsaufgaben gelten sollte, unterstehe sie dem BGÖ, weil

sie ihre Tätigkeit allein durch Gebühren finanziere. Es läge dabei in der Natur der Sache, dass ein Schlichtungsvorschlag keine Rechtsverbindlichkeit besitze. Eine Trennung zwischen der Auferlegung von Gebühren und der Durchführung der Schlichtung sei sachfremd. Die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ seien somit erfüllt.

Die Vorinstanz bringt vor, zwar sei ein Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ theoretisch denkbar, aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich jedoch, dass externe Träger von Verwaltungsaufgaben nur dann dem Öffentlichkeitsgesetz unterstünden, wenn sie unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung betreffen. Dies treffe bei der ombudscom einzig und allein im Fall der Gebührenauflegung zu, nicht aber bei einem Auskunftsgesuch betreffend statistische Daten.

**3.5.3** Mit der erwähnten Bestimmung wollte der Gesetzgeber die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes auf jene Bereiche einschränken, in denen der aussenstehenden Organisation oder Person eine Erlass- oder Verfügungskompetenz zukommt. Allein der Umstand, wonach ein externer Träger eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, führt nicht zur Unterstellung unter das BGÖ. Es trifft zwar zu, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, durch die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben das BGÖ zu umgehen. Dies ist jedoch aufgrund der explizit vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Einschränkung des Geltungsbereichs auf das hoheitliche Handeln von externen Organisationen und Personen hinzunehmen. Hinzu kommt, dass eine Auslagerung von Verwaltungsaufgaben eine Grundlage in einem formellen Gesetz erfordert und damit für jeden Einzelfall einen positiven Entscheid des Gesetzgebers voraussetzt. Folglich nimmt der Gesetzgeber mit der Schaffung entsprechender Kompetenzen des Bundesrats zugleich in Kauf, dass Verwaltungsaufgaben auf einen externen Träger ausgelagert werden, welcher dem Anwendungsbereich des BGÖ entzogen ist (BVGE 2015/43 E. 6.5.3.1 und 6.5.3.3). Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob sich das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers auf amtliche Dokumente bezieht, welche unmittelbar das Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach dem VwVG betreffen (vgl. BVGE 2015/43 E. 7).

**3.5.4** Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 141 II 233 E. 3.1; 139 V 143 E. 1.2; BVGE 2009/43 E. 1.1.4; vgl. ferner MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwal-

tungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.3). Abzustellen ist dabei auf den materiellen Verfügungsbegriff, selbst wenn die im Streit liegende Verwaltungshandlung nicht als Verfügung bezeichnet wird oder auf den ersten Blick nicht alle für eine Verfügung typischen Merkmale aufweist (vgl. Urteil des BGer 1C\_532/2016 vom 21. Juni 2017 E. 2.3.1; Urteile des BVerwG A-3636/2017 vom 1. Februar 2018 E. 1.2 und C-1410/2013 vom 23. Februar 2015 E. 1.2.1). Nach Art. 38 VwVG darf aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil für die Betroffenen entstehen.

**3.5.5** Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG bestimmt, dass die ombudscom kostendeckende Verwaltungsgebühren für die Verfügungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten erhebt. Nach Art. 49 Abs. 4 FMV kann die Schlichtungsstelle den Parteien die Verfahrensgebühren durch Verfügung auferlegen. Der ombudscom kommt damit unbestrittenermassen im Zusammenhang mit der Gebührenauflegung Verfügungskompetenz zu (statt vieler: BVGE 2010/34 E. 1.3; jüngst: Urteil des BVerwG A-2821/2017 vom 14. November 2018 E. 1.2).

**3.5.6** Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz müsse wenigstens als private Trägerin von Bundesaufgaben nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ gelten, da sie aufgrund von Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG i.V.m. Art. 49 Abs. 4 FDV kostendeckende Gebühren für ihre gesamte Schlichtungstätigkeit in Verfügungsgestalt verlangen könne.

Die Vorinstanz ist der Ansicht, sie sei hinsichtlich der verlangten statistischen Daten nicht Verfügungsberechtigt. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich klar, dass Dokumente externer Träger von Verwaltungsaufgaben nur dann dem Öffentlichkeitsgesetz unterstünden, wenn sie unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung betreffen, was einzig bei der Gebührenauflegung zutrefte. Bei der ersten Anfrage des Beschwerdeführers im Jahr 2016 war sie offenbar noch anderer Ansicht und gab die verlangten statistischen Daten gestützt auf Art. 48 Abs. 4 FDV heraus.

**3.5.7** Nachfolgend ist zu prüfen, wie es sich mit der Verfügungskompetenz der ombudscom im vorliegenden Zusammenhang verhält.

Das Aufgabengebiet der Vorinstanz beschränkt sich nicht auf die eigentliche Schlichtungstätigkeit, sondern umfasst darüber hinaus auch eine Informations- und Beratungstätigkeit sowie Öffentlichkeitsarbeit (Informationen über Vorschläge, Behördenpraxis, Verfahren etc.). Mit den für

das Schlichtungsverfahren erhobenen Verfahrensgebühren ist dieser Aufwand ebenfalls zu decken, d.h. die Gebühren müssen den gesamten Betriebs- und Personalaufwand abdecken (vgl. Urteile des BVGer A-4129/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 4; A-322/2018 vom 28. Januar 2019 E. 4.8). Mit anderen Worten beschränken sich die Gebührenverfügungen nicht allein auf die Abgeltung eines konkreten Schlichtungsverfahrens, sondern auf die gesamte Tätigkeit der Vorinstanz. Die Vorinstanz gab dazu im Verfahren A-4129/2016 an, dass die Mitarbeitenden der Schlichtungsstelle – lediglich – rund einen Drittel ihrer Arbeitszeit für die effektiven Schlichtungsverfahren einsetzen könnten. Die restliche Arbeitszeit werde grösstenteils für die Behandlung von telefonischen und schriftlichen Anfragen von Kundinnen und Kunden aufgewendet. Der durch die Gebühren zu deckende Betriebsaufwand beinhalte u.a. auch die Gehälter der Mitarbeitenden, die Ausgaben für Personal-, Sach- und Sozialversicherungen sowie die Miete der Büroräumlichkeiten (siehe Urteil des BVGer A-4129/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 6.2).

Das Gesagte zeigt, dass alle Tätigkeiten der ombudscom für die zu verfügbare Kostenaufgabe massgebend und zu berücksichtigen sind. Die Gebührenaufgabe bzw. -verfügung kann somit nicht losgelöst von der gesamten Tätigkeit der ombudscom erfolgen. Vielmehr besteht im Grundsatz ein enger Konnex zwischen der Auferlegung der Verfahrensgebühren in Verfügungsform und den übrigen Tätigkeiten der Vorinstanz.

Dies gilt im Besonderen für die vom Beschwerdeführer verlangten Dokumente. So verlangt er Auskunft darüber, wie viele Anfragen wegen welchen Beschwerdegründen eingingen, wie viele Schlichtungsfälle eingeleitet wurden, wie viele davon mit einem Schlichtungsvorschlag zu Gunsten oder zu Ungunsten der Kunden ausgingen, wie viele Schlichtungsvorschläge akzeptiert oder wie viele abgelehnt wurden und wie viele Fälle durch Einigung bzw. durch Rückzug erledigt werden konnten. Er ersucht für die Jahre 2012 bis 2016 jeweils aufgeschlüsselt nach Mehrwert- und Fernmeldediensteanbieter sowie Berichtsjahr um diese Informationen. Bei diesen handelt es sich somit um Dokumente, die – im Sinn des Gesetzes – unmittelbar das Verfahren auf Erlass einer Gebührenverfügung nach VwVG betreffen. Die Gebührenfrage kann nicht künstlich von der Aufgabe getrennt und „verselbständigt“ werden. Damit untersteht die ombudscom vorliegend dem persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.

#### **4.**

Nach Art. 15 Abs. 2 BGÖ erlässt eine Behörde spätestens innert 20 Tagen

nach Empfang der Empfehlung des EDÖB eine Verfügung, wenn sie in Abweichung von der Empfehlung des EDÖB das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will. Nachdem die ombudscom dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ) und sie in ihrem Schreiben vom 8. Februar 2018 der Empfehlung des EDÖB keine Folge leistete, handelt es sich dabei um eine Verfügung. Dabei ist rechtlich unbeachtlich, dass das Schreiben weder als Verfügung bezeichnet ist noch eine Rechtsmittelbelehrung enthält (vgl. BVGE 2009/43 E. 1.1.4 ff.; Urteil des BVGer A-1672/2016 25. Oktober 2016 E. 1.2.1; ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 29 Rz. 3). Somit liegt ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor und auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **5.**

Nachdem der persönliche Geltungsbereich für die Unterstellung der Vorinstanz unter das BGÖ gegeben ist, hat die Prüfung des sachlichen Geltungsbereichs zu erfolgen.

**5.1** Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, ihre Schlichtungstätigkeit sei gleichzusetzen mit den in Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 und 6 BGÖ aufgelisteten, aber vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommenen Zivil- und Schiedsverfahren. Sie sei nach Art. 12c FMG i.V.m. Art. 43 Abs. 1 FDV für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und ihren Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern zuständig, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz auf die ombudscom nicht zur Anwendung gelange.

Der EDÖB ist unter Verweis auf Art. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) der Meinung, die Zuständigkeit für Zivilverfahren liege bei den kantonalen Instanzen der Zivilrechtspflege und die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von Art. 3 BGÖ seien im Falle der ombudscom darum nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer seinerseits schliesst sich dieser Auffassung an.

**5.2** Gegenstand des Zivilverfahrens im Sinn des Öffentlichkeitsgesetzes sind Zivilprozesse oder Verfahren des Zivilrechts, wie sie durch das Bundesprivatrecht geregelt werden. Demgegenüber wird unter dem Begriff des Schiedsverfahrens eine rein private Gerichtsbarkeit verstanden, deren Entscheidungen materielle Rechtskraft und volle Vollstreckbarkeit entfalten, sofern ihnen diese Entscheidungsbefugnis staatlich verliehen wurde (vgl. RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 2008, Rz. 14 und 38 zu Art. 3). Der davon bereits im Wortlaut abweichende

Begriff des Schlichtungsverfahrens gehört zu den Verfahren für die aussergerichtliche Streitbeilegung, die durch einen neutralen Dritten unverbindlich durchgeführt werden. Die Parteien behalten ihr Klagerecht (vgl. Art. 46 Abs. 1 FDV). Den Gesetzesmaterialien ist klar zu entnehmen, die ombudscom „hat keine Schiedsgerichtsfunktion, sondern bietet ein Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung“ (Erläuterungsbericht FDV, S. 17). Dies wird auch durch Art. 46 Abs. 2 FDV untermauert, wonach die Vorinstanz das Verfahren beendet, sobald sich ein Gericht oder Schiedsgericht mit der Sache befasst.

**5.3** Die Vorinstanz ist demnach weder als Gericht noch als Schiedsgericht zu qualifizieren und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht (Art. 3 BGÖ) dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes unterstellt.

## **6.**

Das Öffentlichkeitsgesetz findet nur auf amtliche Dokumente Anwendung. Ob es sich bei den vom Beschwerdeführer verlangten statistischen Angaben um solche handelt, ist nachfolgend zu prüfen.

**6.1** Die Vorinstanz macht geltend, sie sei keine Organisation im Sinn von Art. 2 BGÖ, weshalb sie – mit Ausnahme der Gebührenverfügungen – über keine amtlichen Dokumente verfüge und solche folglich auch nicht herausgeben könne.

Der EDÖB geht davon aus, dass die verlangten Informationen der ombudscom vorliegen.

**6.2** Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Diese Bestimmung definiert den Begriff des amtlichen Dokuments unabhängig vom Informationsträger; erfasst sind mitunter auch statistische Daten (vgl. Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1991). Dass die vom Beschwerdeführer verlangten Informationen aufgezeichnet wurden und sich im Besitz der Vorinstanz befinden, ist unbestritten. Für das Jahr 2015 finden sich diese Angaben denn auch als Beiblatt in den Akten [...]. Weil die darin enthaltenen Informationen zudem – wie erwähnt – die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen (vgl. Art. 12c FMG i.V.m. Art. 5 Abs. 1

Bst. c BGÖ), sind sie als amtliche Dokumente im Sinn von Art. 5 Abs. 1 BGÖ zu qualifizieren.

## 7.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass Art. 4 BGÖ unter bestimmten Voraussetzungen einen Vorbehalt zu Gunsten von speziellen Bestimmungen anderer Bundesgesetze statuiert.

**7.1** Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, eine Veröffentlichung von statistischen Daten mit der Angabe der Namen der Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter sei nicht von der in Art. 48 Abs. 4 FDV statuierten Geheimhaltung abgedeckt, wonach die Schlichtungsstelle ihre Schlichtungsvorschläge vollständig oder teilweise im Internet veröffentlichen kann, ohne Hinweise auf die Identität der Parteien bekannt zu geben. Eine Ausnahme im Sinn von Art. 4 BGÖ liege nicht vor.

Der EDÖB verweist im Wesentlichen darauf, dass Art. 48 Abs. 4 FDV keine formell-gesetzliche Grundlage für einen wirksamen Vorbehalt im Sinn von Art. 4 BGÖ darstelle und diese Bestimmung insofern unbeachtlich sei.

Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, Art. 48 Abs. 4 FDV stelle eine Spezialbestimmung im Sinn von Art. 4 BGÖ dar, weswegen das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung gelangen könne. Sie führt dazu aus, dass sich die genannte Verordnungsbestimmung auf Art. 12c Abs. 4 FMG abstütze, wonach der Bundesrat die Einzelheiten regelt. Es handle sich dabei um eine fernmelderechtsspezifische Datenschutzbestimmung, die dem BGÖ insgesamt vorgehe.

**7.2** Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes sind nach Art. 4 BGÖ Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b). Der Gesetzgeber versteht unter dem Begriff des Bundesgesetzes ausschliesslich eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 163 Abs. 1 BV (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 ff. 1989 [nachfolgend: Botschaft zum BGÖ]). Art. 12c Abs. 4 FMG enthält einzig eine allgemeine fernmelderechtliche Verordnungskompetenz des Bundesrats. Diese genügt nicht, um von den Regeln des BGÖ abweichen zu



können. Sodann reicht Art. 48 Abs. 4 FDV als Bestimmung auf Verordnungsstufe nicht aus, um einen Spezialbestimmungsvorbehalt im Sinn von Art. 4 BGÖ festzuschreiben.

**7.3** Demnach ist festzuhalten, dass Art. 48 Abs. 4 FDV der Anwendbarkeit des BGÖ und damit der Herausgabe von statistischen Daten – inkl. der Bekanntgabe der Namen der Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbietern – nicht entgegensteht.

## **8.**

Grundsätzlich hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über deren Inhalt zu erhalten. Aufgrund des in Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten (BGE 144 II 77 E. 2.3; 142 II 340 E. 2.2 und 142 II 324 E. 3.4, je m.w.H.). Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, über welche die Verwaltung verfügt, gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Es obliegt entsprechend nicht mehr dem freien Ermessen der Behörden, ob sie Informationen oder Dokumente zugänglich machen wollen oder nicht (vgl. Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 2001).

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist jedoch einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen an der Geheimhaltung einer Offenlegung entgegenstehen (Art. 7 BGÖ) oder wenn ein Ausnahmefall gemäss Art. 8 BGÖ vorliegt. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt sind (BGE 144 II 77 E. 2.3; 142 II 324 E. 3.4, je m.w.H.). Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren (zum Ganzen statt vieler: Urteile des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1 und A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3.2 m.w.H.).

## **9.**

Vorliegend ist kein Anwendungsfall nach Art. 8 BGÖ gegeben. Somit ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Vorinstanz den Zugang zu den verlangten Informationen gestützt auf einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ verweigern durfte.

**9.1** Der Beschwerdeführer stellt sich unter Bezugnahme auf die Empfehlungen des EDÖB auf den Standpunkt, die Vorinstanz hätte das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses darlegen müssen, was ihr nicht in ausreichendem Mass gelungen sei. Die verlangten statistischen Daten seien darum herauszugeben.

Die Vorinstanz befürchtet, mit der Bekanntgabe der verlangten Informationen würden Geschäftsgeheimnisse im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ offengelegt. Die Kombination aus Fallzahlen und Namen der Anbieter sei bei einem Vertragsabschluss für die Konsumentinnen und Konsumenten zentral, da sie Fernmelde- oder Mehrwertdiensteanbieter mit hohen Fallzahlen meiden würden. Sobald diese Informationen aus dem Kontext losgelöst würden, störe dies das tatsächliche Bild und es könnten Wettbewerbsverzerrungen daraus resultieren. Aus diesem Grund würden bei der Publikation von Urteilen die Namen der Parteien abgedeckt. Es genüge im Licht von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ bereits, dass sich eine Offenlegung potentiell negativ auf das Geschäftsergebnis auswirken könne, weswegen davon vorliegend abzusehen sei. Mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006 (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) werde deutlich, dass das öffentliche Interesse an der Offenlegung den Schutz der Privatsphäre nur ausnahmsweise zu überwiegen vermöge.

Der EDÖB erwog diesbezüglich, die Vorinstanz habe nicht aufzeigen können, welche wirtschaftlichen Schäden den betroffenen Anbietern tatsächlich droht. Bloss allgemeine und grundsätzliche Überlegungen genügten für den Nachweis des Geschäftsgeheimnisses nicht; ein objektiv berechtigtes bzw. schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse an der Geheimhaltung der sie betreffenden statistischen Daten habe die ombudscom nicht darlegen können.

**9.2** Zuzufolge Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Dem Begriff der Geschäftsgeheimnisse werden etwa alle Informationen zugewiesen, die ein Unternehmer als Geheimnisherr berechtigterweise geheim halten möchte bzw., etwas konkreter, die zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens bzw. zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten, wenn sie Konkurrenzunternehmen bekannt würden (BGE 142 II 340 E. 3.2).

In diesem Zusammenhang ist vorliegend das Schreiben der Vorinstanz vom 22. Dezember 2016 betreffend die Herausgabe statistischer Daten für das Jahr 2015 hervorzuheben [...], wonach sich nur 26 Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter von insgesamt 291 gegen die Datenbekanntgabe ausgesprochen hatten. Die Vorinstanz selbst folgerte daraus, kein Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter habe einen tatsächlichen Eingriff in die Persönlichkeit, der eine gewisse Intensität erreiche, nachgewiesen. Es handle sich in der Regel um nur geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen, die mit einer Veröffentlichung verbunden sein könnten, weshalb sie die verlangten Daten in Rücksprache mit dem Stiftungsrat dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 48 Abs. 4 FDV mitteilte. Mit anderen Worten ging die Vorinstanz damals selbst nicht ernsthaft davon aus, dass Geheimhaltungsinteressen der von der Datenbekanntgabe betroffenen Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter vorlägen. Inwiefern sich die Situation inzwischen geändert haben soll, vermag sie nicht darzulegen und ist nicht ersichtlich. Das von der Vorinstanz geltend gemachte Schadensrisiko erscheint vorliegend rein hypothetisch, insbesondere wenn man bedenkt, dass nicht in erster Linie Konkurrenzunternehmen, sondern Kundinnen und Kunden an diesen Angaben interessiert sein könnten.

**9.3** Das Vorliegen eines Ausnahmegrunds im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist nach dem Gesagten zu verneinen.

## **10.**

Gemäss Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) gelten als Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person – z.B. die Identität der Fernmelde- oder Mehrwertdiensteanbieter – beziehen. Die verlangten Dokumente enthalten demzufolge Personendaten. Somit bleibt zu prüfen, ob eine Datenbekanntgabe dem Schutz der Personendaten entgegensteht. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.

**10.1** Da die verlangten Daten vorliegend nicht anonymisiert werden können, ohne dass sie am nötigen Informationsgehalt verlören (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG), sind die betroffenen Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter grundsätzlich vor dem definitiven Entscheid über die Gewährung des Zugangs zu konsultieren mit der Gelegenheit zur Stellungnahme innert zehn Tagen (vgl. Art. 11 Abs. 1 BGÖ). Erst

danach kann die vom Gesetz vorgesehene Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Zugangsgewährung und dem Schutz der Privatsphäre der von der Datenbekanntgabe betroffenen Fernmelde- und Mehrwertdiensteanbieter korrekt vorgenommen werden. Das erwähnte Anhörungsrecht gilt zwar nicht absolut, sondern steht unter einem Umsetzungsvorbehalt. Allerdings fällt ein Absehen von der Anhörung nur ausnahmsweise in Betracht und bedarf einer entsprechenden Rechtfertigung (BGE 142 II 340 E. 4.6.6 und 4.6.7). Eine solche Ausnahme liegt hier jedoch nicht vor, so dass, wie erwähnt, eine Konsultation bei den betroffenen Personen durchgeführt werden muss.

**10.2** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet und ist in Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 8. Februar 2018 gutzuheissen. Die Sache ist zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **11.**

Es bleibt über die Kosten und Entschädigungen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

**11.1** Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Vorinstanz können jedoch keine Kosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem obsiegenden Beschwerdeführer ist der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

**11.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sind die Kosten verhältnismässig gering, kann von einer Parteientschädigung abgesehen werden (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE). Dass dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer massgebliche Kosten entstanden wären, ist nicht ersichtlich. Die unterliegende Vorinstanz hat von vornherein keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Es ist deshalb auf die Zusprechung von Parteientschädigungen zu verzichten.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde vom 21. März 2018 wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 8. Februar 2018 wird aufgehoben und im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Kontoangaben mitzuteilen.

**4.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB (zur Kenntnis)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Basil Cupa

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist steht still vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern (Art. 46 Abs. 1 Bst. a BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: