



Bern, den 21. Dezember 2007

## **Empfehlung**

**gemäss**

### **Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004**

**zum Schlichtungsantrag von**

**Antragsteller X**

**gegen**

**Bundesamt für Kommunikation BAKOM**

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

1. Der Antragsteller reichte am 14. April 2007 beim Bundesamt für Kommunikation BAKOM ein Zugangsgesuch zum jährlichen Bericht der Swisscom Fixnet AG (Swisscom) zur Dienstqualität der Grundversorgung (nachfolgend Qualitätsreport) ein (Art. 16 Fernmeldegesetz, SR 784.10, in Verbindung mit Art. 21 Verordnung über Fernmeldedienste, SR 784.101.1).
2. Das BAKOM teilte dem Antragsteller am 16. April 2007 mit, dass der Qualitätsreport nicht zugänglich sei, da er Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ; SR 152.3) enthalte. Weiter wies das BAKOM darauf hin, dass Swisscom Fixnet AG als Grundversorgungskonzessionärin die einzige Anbieterin von Fernmeldediensten sei, welche dem BAKOM gegenüber solche Qualitätsreporte einreichen müsse. Durch deren



Veröffentlichung könnte der Wettbewerb zwischen den einzelnen Marktteilnehmerinnen verzerrt werden.

3. Der Antragsteller war mit dieser Antwort nicht zufrieden und reichte am 20. April 2007 beim Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag gemäss Art. 13 BGÖ ein. Für den Antragsteller war es „insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb es sich bei den in den TAV<sup>1</sup> spezifizierten Qualitätskriterien um Geschäftsgeheimnisse handeln soll - letztlich geht es ja darum überprüfen zu können, ob die Konzessionärin ihrer Pflicht nachkommt (Qualität der Grundversorgung gemäss FMG 17, FDV 21 und Konzession Abschnitt 5).“
4. In einem Schreiben vom 30. November 2007 begründete das BAKOM gegenüber dem Beauftragten diese Zugangsverweigerung ausführlicher und liess ihm den Qualitätsreport „Grundversorgung 2006“ der Swisscom zukommen. Das BAKOM vertrat die Ansicht, dass „es sich bei den jeweiligen Messresultaten klarerweise um Geschäftsgeheimnisse handelt, deren Offenlegung allfälligen Konkurrenten einen Einblick in geschäftsinterne Daten der Swisscom gewähren würde.“ Entsprechende Wettbewerbsvorteile für die Konkurrenten könnten daher nicht ausgeschlossen werden. Zudem führte das BAKOM aus, dass die Swisscom „mehrmals klarerweise die ablehnende Haltung gegenüber einer allfälligen Publikation der jeweiligen Qualitätsreporte kundgetan hat.“ Als Beleg legte das BAKOM ein entsprechendes Schreiben der Swisscom vom 23. Dezember 2005 bei.  
Das BAKOM hielt in seiner Stellungnahme u.a. auch fest, dass die Swisscom die Zielvorgaben für das Jahr 2006 erreicht habe.

## **II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:**

### **A. Schlichtungsverfahren gemäss Art. 14 BGÖ**

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>2</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 6 BGÖ beim BAKOM eingereicht und ablehnende Antworten erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20

---

<sup>1</sup> TAV = Technische und administrative Vorschriften zur Dienstqualität der Grundversorgung, SR 784.101.113 / 1.2; veröffentlicht auf <http://www.bakom.admin.ch/org/grundlagen/00563/00564/index.html?lang=de>

<sup>2</sup> BBl 2003 2023



Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.

3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten<sup>3</sup>.

Kommt keine Einigung zu Stande 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. Sachlicher Geltungsbereich

1. Das BAKOM verweigerte den Zugang zum Qualitätsreport 2006 der Swisscom mit dem Argument, dass er Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalte, deren Offenlegung zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Marktteilnehmern führen könnte.
2. Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hat nicht zur Folge, dass Bundesbehörden Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse von Privaten, von denen sie Kenntnis haben, an interessierte Dritte ausserhalb der Verwaltung bekannt geben müssen. Vielmehr ist die Verwaltung gemäss Öffentlichkeitsgesetz gehalten, diese Geheimnisse zu schützen. Das Öffentlichkeitsgesetz enthält keine Legaldefinition der von ihm verwendeten Geheimnisbegriffe. Die Botschaft führt dazu lediglich aus, dass das Zugänglichmachen bestimmter Informationen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen Marktteilnehmern führen darf.<sup>4</sup>
3. Für das Bundesamt für Justiz umfassen Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse „Informationen, die sich auf eine Tätigkeit beziehen, die *unter Wettbewerb oder wettbewerbsähnlichen Bedingungen* stattfindet und denen *Geheimnischarakter* zukommt (d.h. es geht um Tatsachen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind). Es muss ein *legitimes Geheimhaltungsinteresse* bestehen und der Geheimhaltungswille der privaten Drittperson muss zumindest aus den Umständen ersichtlich sein.“<sup>5</sup>
4. Als Grundversorgungskonzessionärin muss Swisscom die Dienste von Art. 16 FMG in Verbindung mit Art. 15 FDV anbieten. Die Grundversorgungskonzessionärin ist als einzige Anbieterin von Fernmeldediensten von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, jährlich einen Qualitätsreport beim BAKOM einzureichen. Der Report beschreibt die Qualität der Dienste der Grundversorgung von Swisscom Fixnet für ein Kalenderjahr. Er führt die gesetzlichen Zielvorgaben auf und bestimmt anhand von so genannten „beobachteten Vorfällen“ die konkreten Messresultate für die verschiedenen Grundversorgungsdienste, die im Rahmen der Konzession erbracht werden müssen. Diese Qualitätsreporte stellen für das BAKOM in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde ein wichtiges Instrument dar, um zu überprüfen, ob die Swisscom die gesetzlich vorgegeben Qualitätskriterien in der Erhebungsperiode erreicht hat.
5. Die Messresultate betreffend die Einhaltung der gesetzlichen Qualitätskriterien sind unternehmensinterne Informationen der Swisscom, die aus ihrer Tätigkeit als Anbieterin von Fernmeldediensten im *Wettbewerb* mit anderen Anbieterinnen stammen. Wie oben

---

<sup>3</sup> BBI 2003 2024

<sup>4</sup> BBI 2003 2012

<sup>5</sup> Bundesamt für Justiz: „Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen“ vom 29.06.2006; zur bundesgerichtlichen Umschreibung des Begriffs s.a. BGE 98 IV 210



ausgeführt, ist als Grundversorgungskonzessionärin einzig die Swisscom gesetzlich verpflichtet, diese Qualitätsreporte dem BAKOM einzureichen. Die andern Fernmeldediensteanbieter trifft diese Pflicht nicht, selbst wenn sie die gleichen Fernmeldedienste wie die Swisscom anbieten.

Die Messresultate lassen Rückschlüsse auf die Geschäftstätigkeit der Swisscom zu. Es ist daher nachvollziehbar, dass die andern Fernmeldediensteanbieter ein Interesse an diesen Messresultaten haben könnten. Zudem könnte ein Anbieter aufgrund der Messresultate der Swisscom sein eigenes Auftreten auf dem Markt anpassen (z.B. fiktive Vergleiche), ohne selber die eigenen Kennzahlen bekannt geben zu müssen, und auf diese Weise die Wettbewerbsverhältnisse gezielt beeinflussen.

Nach Ansicht des Beauftragten besteht daher ein legitimes Interesse der Swisscom an der Geheimhaltung der Messresultate der Qualitätsreporte. Die Swisscom hat diesen Geheimhaltungswillen gegenüber dem BAKOM mehrmals auch schriftlich mitgeteilt. Der Beauftragte teilt zudem die Meinung des BAKOM, wonach die Offenlegung dieser Messresultate zu einer negativen Wettbewerbsbeeinflussung führen könnte.

6. In Zusammenhang mit der Aufsichtstätigkeit von Bundesbehörden über private Unternehmen können Geschäftsgeheimnissen eine spezielle Bedeutung zukommen. So muss ein Unternehmen, das aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung einer staatlichen Behörde Informationen mit Geheimnischarakter mitzuteilen hat, darauf Vertrauen können, dass diese Informationen keinem Konkurrenten zugänglich gemacht werden. Ansonsten kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Behörde nicht mehr vollständige Informationen zukommen und sie in der Folge ihre Aufsichtstätigkeit nicht mehr entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung vornehmen kann.
7. *Der Beauftragte kommt zum Schluss, dass das BAKOM die Messresultate des Qualitätsreports „Grundversorgung 2006“ zu Recht als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ qualifiziert hat.*
8. Art. 7 BGÖ sieht neben der vollumfänglichen Verweigerung auch die *Möglichkeit der Beschränkung des Zugangs* im Umfang des tatsächlich gegebenen Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 BGÖ) vor. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gilt es stets zu prüfen, ob allenfalls ein teilweiser Zugang gewährt werden kann, indem die sensiblen Teilbereiche des Dokuments abgedeckt, entfernt oder verschlüsselt werden können.

In seiner Stellungnahme zuhanden des Beauftragten vertrat das BAKOM die Ansicht, dass eine Abdeckung der Messresultate die Aussagekraft des Qualitätsreports stark vermindern würde, und daher auf eine Herausgabe des Dokuments verzichtet worden sei. Dieser Haltung kann sich der Beauftragte nicht vollends anschliessen.

Das BAKOM hat im Rahmen des Schlichtungsverfahrens mitgeteilt, dass die Swisscom die gesetzlich Zielvorgaben für das Jahr 2006 erfüllt hat. Diese Zielvorgaben sind öffentlich zugänglich (Fernmeldegesetz, Verordnung über Fernmeldedienste sowie Technische und administrative Vorschriften zur Dienstqualität der Grundversorgung). Ein Qualitätsreport enthält eine klare Auflistung aller gesetzlichen Zielvorgaben. Verbunden mit der Information, dass die Swisscom als Grundversorgungskonzessionärin die Qualitätsanforderungen für das Jahr 2006 erfüllt hat, kann ein Qualitätsreport auch ohne konkrete Messresultate für einen Gesuchsteller von Interesse sein. In diesem Sinn ist zu fordern, dass ein Bundesamt in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips stets bestrebt ist, den Zugang soweit als möglich zu gewähren.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> s. dazu auch Empfehlung vom 1. Juni 2007 (BAV); Titel II. Erwägungen, Bst. C, Ziffer 3



9. *Der Beauftragte ist der Meinung, dass die einzelnen Messresultate des Qualitätsreports „Grundversorgung 2006“ gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ abgedeckt und dem Gesuchsteller in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Kopie des Qualitätsreports zugestellt werden muss.*

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

1. Das Bundesamt für Kommunikation gewährt den teilweisen Zugang zum Qualitätsreport „Grundversorgung 2006“ der Swisscom. Es deckt die konkreten Messresultate der Swisscom ab.
2. Das Bundesamt für Kommunikation erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes, wenn es in Abweichung von Ziffer 1 den teilweisen Zugang nicht gewähren will.

Das Bundesamt für Kommunikation erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

3. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Kommunikation den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes verlangen (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Gegen diese Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).

4. In Analogie zu Art. 22a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember bis 2. Januar still. Die Frist beginnt somit am 3. Januar 2008.
5. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
6. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X
- Bundesamt für Kommunikation  
Zukunftstrasse 44  
Postfach  
2501 Biel

Jean-Philippe Walter