



Abteilung I  
A-5921/2020

## Urteil vom 29. Juli 2021

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi,  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Gerichtsschreiber Thomas Ritter.

Parteien

**X.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Recht & Compliance, Technology,  
vertreten durch  
Dr. iur. David Vasella, Rechtsanwalt, und/oder  
Dr. iur. Pandora Kunz-Notter, Rechtsanwältin,  
Walder Wyss AG,  
Vorinstanz,

Gegenstand

Personendaten; Nichteintretensentscheid.

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

Am 12. Oktober 2018 lehnte es ein Mitarbeiter der Schweizerischen Bundesbahnen AG (nachfolgend: SBB) ab, X. \_\_\_\_\_ eine SwissPass-Karte auszustellen, weil dieser nicht bereit war, sein Geburtsdatum anzugeben. Daraufhin verlangte X. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 14. Oktober 2018 von der SBB die Ausstellung einer SwissPass-Karte mit fiktivem Geburtsdatum und Gültigkeit ab 1. November 2018. Für den Fall der Verweigerung verlangte er eine begründete, beschwerdefähige Verfügung.

**B.**

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2018 teilte die SBB X. \_\_\_\_\_ mit, man könne seinem Anliegen nicht nachkommen. Die Bekanntgabe des effektiven Geburtsdatums sei für den Zugang zum SwissPass-System zwingend notwendig. Weil die Ausgabe des SwissPass als Vertragsbestandteil des Personenbeförderungsvertrags dem Privatrecht unterstehe, handle die SBB dabei privatrechtlich und sei mangels Hoheitsgewalt nicht berechtigt, Rechte und Pflichten einseitig mit Verfügung festzulegen.

**C.**

**C.a** Am 5. Februar 2019 erhob X. \_\_\_\_\_ beim Bundesverwaltungsgericht Rechtsverweigerungsbeschwerde. Er beantragte, die SBB sei anzuweisen, eine anfechtbare Verfügung darüber zu erlassen, dass sie ihm keine SwissPass-Karte ausstelle, solange er der Bearbeitung seines effektiven Geburtsdatums in den Datensammlungen der SBB nicht zustimme. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, die SBB handle als Bundesorgan, nehme eine öffentliche Aufgabe wahr und sei zum Erlass einer Verfügung über einen Realakt verpflichtet.

**C.b** In Gutheissung dieser Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht die SBB mit Urteil A-653/2019 vom 3. Juli 2019 an, ohne Verzug über das Gesuch vom 14. Oktober 2018 zu entscheiden und entsprechend zu verfügen.

**C.c** Gegen dieses Urteil erhob die SBB Beschwerde beim Bundesgericht, welches auf diese mit Urteil 1C\_457/2019 vom 1. Juli 2020 nicht eintrat.

**D.**

**D.a** Mit Schreiben vom 26. August 2020 teilte die SBB X.\_\_\_\_\_ mit, das Verfahren wieder aufgenommen zu haben. Weiter stellte sie ihm in Aussicht, eine Nichteintretensverfügung zu erlassen und räumte ihm die Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

**D.b** Mit Stellungnahme vom 6. September 2020 stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass sich die Datenbearbeitung im Zusammenhang mit der Ausstellung der SwissPass-Karte auf öffentliches Recht stütze und kein privatrechtliches Verhältnis vorliege. Weiter würde eine Nichteintretensverfügung das Urteil des Bundesgerichts 1C\_457/2019 vom 1. Juli 2020 missachten und die Rechtsverweigerung treuwidrig fortsetzen.

**D.c** Im Sinne eines Entgegenkommens bot die SBB X.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 28. Oktober 2020 unpräjudiziell und ausnahmsweise eine SwissPass-Karte mit dem fiktiven Geburtsdatum «1. Januar 1977» beschränkt auf deren Gültigkeitsdauer an. Sie orientiere sich dabei am durchschnittlichen Alter der schweizerischen Wohnbevölkerung.

**D.d** X.\_\_\_\_\_ lehnte dieses Angebot mit Schreiben vom 30. Oktober 2020 ab und forderte die SBB auf, eine Verfügung zu erlassen.

**E.**

Mit Verfügung vom 16. November 2020 trat die SBB auf sein Gesuch vom 14. Oktober 2018 nicht ein.

**F.**

Mit Eingabe vom 25. November 2020 erhebt X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen den Nichteintretensentscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er stellt das Begehren, es sei die Vorinstanz anzuweisen, ihm eine SwissPass-Karte mit einem fiktiven Geburtsdatum auszustellen, welches auf den ersten Blick als fiktiv erkennbar sei und nicht für ein effektives Geburtsdatum gehalten werden könne (Begehren Nr. 2). Weiter sei sie anzuweisen, es ihm gegenüber zu unterlassen, den Erwerb von altersunabhängigen, persönlichen Jahres- oder Monatsabonnements für konzessionsbasierte Transportdienstleistungen von der Angabe des effektiven Geburtsdatums und von dessen Bearbeitung in den Datenbanken des direkten Verkehrs abhängig zu machen (Begehren Nr. 3).

In prozessualer Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme superprovisorisch, eventualiter provisorisch anzuweisen, ihm innert höchstens 10 Tagen eine SwissPass-Karte mit einem fiktiven Geburtsdatum auszustellen (Begehren Nr. 1).

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2020 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab.

**H.**

Mit Vernehmlassung vom 4. Januar 2021 beantragt die SBB (nachfolgend: Vorinstanz), es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten und eventualiter sei sie abzuweisen.

**I.**

Das Bundesverwaltungsgericht tritt mit Zwischenverfügung vom 7. Januar 2021 auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht ein.

**J.**

Mit Eingaben vom 9. und 27. Januar 2021 reichen der Beschwerdeführer und die Vorinstanz je ihre Schlussbemerkungen ein.

**K.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

**1.2** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der auf Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-653/2019 (E. 2.9) erlassene Entscheid der Vorinstanz bildet ein zulässiges Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst c VwVG. Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 ff. VGG).

**1.3** Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz auf sein Gesuch vom 14. Oktober 2018 nicht eingetreten ist. Er hat ein schutzwürdiges Interesse daran, im Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen, ob die Angelegenheit in Aufhebung der angefochtenen Verfügung an die Vorinstanz zum materiellen Entscheid zurückzuweisen ist (vgl. Urteile des BVerger A-4929/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.2.3 mit Hinweisen; A-2992/2017 vom 27. November 2018 E. 1.2). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, soweit es im Streit liegt. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, so prüft das Bundesverwaltungsgericht einzig, ob die Vorinstanz die Eintretensvoraussetzungen zutreffend verneint hat. Hingegen können keine materiellen Begehren in der Sache selbst gestellt und beurteilt werden (statt vieler: Urteile des BVerger A-4929/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.2.4, A-2343/2015 vom 15. Juli 2016 E. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2013, Rz. 2.8, 2.164, 2.213).

**1.5** Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt sich somit auf die Frage, ob die Vorinstanz auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 14. Oktober 2018 zu Recht nicht eingetreten ist. Darüber hinaus gehen seine Begehren hingegen, soweit sie auf Anweisungen an die Vorinstanz zur Ausstellung einer SwissPass-Karte mit fiktivem Geburtsdatum und zum Verkauf von Abonnements ohne Angabe des realen Geburtsdatums abzielen. In dieser Hinsicht hat die Vorinstanz keine Verfügungen getroffen. Vom Eintreten darauf ist daher Umgang zu nehmen.

**1.6** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist somit lediglich im dargelegten Umfang einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

## **3.**

Streitig und zu prüfen ist gemäss dem Streitgegenstand des Verfahrens, ob die Vorinstanz es zu Recht abgelehnt hat, mittels Verfügung materiell über das Gesuch um Ausgabe einer SwissPass-Karte ohne tatsächliches Geburtsdatum bzw. mit fiktivem Datum zu entscheiden.

### **3.1**

**3.1.1** Die Vorinstanz begründet das Nichteintreten im Wesentlichen damit, dass es dem Beschwerdeführer an einem schutzwürdigen, noch aktuellen Interesse zum Erlass einer Verfügung fehle. Indem sie sich bereit erklärt habe, bei der Ausstellung der SwissPass-Karte ausnahmsweise auf die Angabe des tatsächlichen Geburtsdatums zu verzichten und dieses Angebot weiterhin bestehe, werde seinem Hauptbegehren entsprochen.

Weiter führt die Vorinstanz aus, der Abschluss des Personenbeförderungsvertrags unterstehe dem Privatrecht. Folglich seien auch die damit zusammenhängenden Datenbearbeitungen als zivilrechtlich zu qualifizieren. Es fehle zudem an einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Datenbearbeitung und ihrer konzessionierten Tätigkeit im Bereich der Personenbeförderung. Deshalb seien nach Art. 54 Abs. 1 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 [PBG, SR 745.1] die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz [DSG, SR 235.1] zur Bearbeitung von Personendaten durch Private (Art. 12 - 15) massgebend. Allfällige Rechtsansprüche habe der Beschwerdeführer somit nach Art. 15 DSG beim zuständigen Zivilgericht durchzusetzen. Hingegen bestehe keine Grundlage im öffentlichen Recht, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

**3.1.2** Der Beschwerdeführer macht hingegen im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe seinem Gesuch nicht vollständig entsprochen. Sie habe ihm nicht wie beantragt ein Datum angeboten, welches auf den ersten Blick als fiktiv erkennbar sei, etwa den 1. Januar 1888 oder den 1. Januar 1900.

Er verlange nicht die Erfassung eines unrichtigen Datums, sondern vielmehr eines Werts, der klar als «Platzhalter» des wahren Datums erkannt werde. Das angebotene (fiktive) Geburtsdatum 1. Januar 1977 sei zwangsläufig mit der Gefahr verbunden, dass es für ein reales Geburtsdatum gehalten werde. Beispielsweise würde bei Abfragen in Datenbanken, die im Rahmen des direkten Verkehrs i.S.v. Art. 16 PBG geführt würden, fälschlicherweise davon ausgegangen, dass es sich um sein wahres Alter handle. Ein solches Geburtsdatum stehe im Widerspruch zum Grundsatz der Richtigkeit der Daten. Zudem habe die Vorinstanz ihr Angebot mit rechtswidrigen Auflagen verbunden.

Des Weiteren handle es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Zu folgen sei demjenigen Teil der Literatur, welcher den Personenbeförderungsvertrag dem öffentlichen Recht zuordne. Datenbearbeitungen zwecks Abschlusses eines General- oder Halbtaxabonnements, namentlich die Erhebung und Speicherung der Kundendaten, fielen in den konzessionierten Tätigkeitsbereich der Transportunternehmen. Deshalb seien nach Art. 54 Abs. 1 PBG die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des DSG (Art. 16 - 25<sup>bis</sup>) anwendbar und habe der Rechtsschutz im Verfahren der Verwaltungsrechtspflege zu erfolgen.

**3.2** Zunächst stellt sich die Frage, nach welcher Rechtsgrundlage zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführer befugt ist, eine Verfügung in materieller Hinsicht zu verlangen.

**3.2.1** Das PBG sieht im Grundsatz vor, dass für Streitigkeiten die Vorschriften der Bundesverwaltungsrechtspflege gelten (Art. 56 Abs. 2 PBG). Nach Art. 56 Abs. 1 PBG ist für vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und Unternehmen jedoch der Zivilrichter zuständig. Dieselbe Bestimmung war bereits in Art. 50 des per 1. Januar 2010 ausser Kraft getretenen Transportgesetzes (aTG; AS 1998 2856) enthalten. Art. 56 PBG regelt die Rechtspflege bzw. den Rechtsweg bei Streitigkeiten aus dem PBG in allgemeiner Weise.

**3.2.2** Im Urteil A-420/2007 vom 3. September 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht – noch unter Geltung des Transportgesetzes (aTG) – für die Vorinstanz (SBB) festgehalten, dass sie beim Abschluss von Transportverträgen i.S. des aTG privatrechtliche Vereinbarungen eingehe. Bearbeite sie im Rahmen dieser Rechtsbeziehung Personendaten, erhebe sie diese ebenfalls in privatrechtlicher Tätigkeit. An ihrer deshalb fehlenden Verfü-

gungsbefugnis ändere nichts, dass nach Art. 50 Abs. 2 aTG nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kunden und Transportunternehmung der Bundesverwaltungsrechtspflege unterstünden, da es sich um eine datenschutzrechtliche Streitigkeit handle (E. 1.4). Mit Verweis auf dieses Urteil führt die Literatur die Datenbearbeitung der Vorinstanz im Rahmen von Transportverträgen verbreitet als Beispiel einer privatrechtlichen Tätigkeit von Bundesorganen an (MARCO FEY, in: Baeriswyl/Pärli, Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz [nachfolgend: SHK DSG], 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rz. 6; DAVID ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz [nachfolgend: Handkommentar DSG], 2008, Art. 3 Bst. i Rz. 104; ASTRID EPINEY, Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze, Jusletter vom 2. März 2015, Rz. 16).

Die genannten Erwägungen lassen sich insofern nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen, als bei Erlass des PBG mit der hier streitigen Norm (Art. 54 Abs. 1 PBG) eine Bestimmung zum Datenschutz neu in das Gesetz aufgenommen wurde, die im aTG noch nicht enthalten war.

**3.2.3** In Art. 54 PBG hat der Gesetzgeber für den Bereich der Personenbeförderung eine spezialgesetzliche Regelung zum Datenschutz aufgestellt, welche in spezifischer Weise die Datenbearbeitung durch Transportunternehmen regelt (FEY, SHK DSG, Art. 23 Rz. 12; EPINEY, a.a.O., Rz. 17). Sie enthält u.a. eine besondere Regelung zur Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Abs. 2).

Art. 54 Abs. 1 PBG bestimmt die anwendbaren datenschutzrechtlichen Bestimmungen im Tätigkeitsbereich konzessionierter Unternehmen – nicht zuletzt auch für deren Verhältnis zu ihren Kundinnen und Kunden. Die Bestimmung sieht vor, dass die Transportunternehmen für ihre konzessionierten und bewilligten Tätigkeiten den Art. 16 - 25<sup>bis</sup> DSG – d.h. den datenschutzrechtlichen Normen für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane – unterstehen. Handeln die Unternehmen dabei privatrechtlich, unterliegen sie den Regeln für das Bearbeiten von Personendaten durch private Personen (Art. 12 - 15 DSG). Bei Streitigkeiten über die Datenbearbeitung nach Art. 54 Abs. 1 PBG sind demnach die einschlägigen Regeln des DSG anzuwenden.

Damit gelten für die Unternehmen, unabhängig von ihrer öffentlich- oder privatrechtlichen Rechtsform, dieselben datenschutzrechtlichen Normen



wie für Bundesorgane i.S.v. Art. 3 Bst. h DSG (Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 [Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr] vom 9. März 2007 [nachfolgend Zusatzbotschaft Bahnreform 2], BBl 2007 2681, S. 2727). Für Bundesorgane sind, soweit sie privatrechtlich handeln, ebenfalls die Art. 12 - 15 DSG massgebend (Art. 23 Abs. 1 DSG). Nach Art. 54 Abs. 3 PBG richtet sich auch die Aufsicht über die Datenbearbeitung der Unternehmen nach den Bestimmungen über die Bundesorgane (Art. 27 DSG; vgl. auch Art. 23 Abs. 2 DSG).

**3.2.4** Erklärt Art. 54 Abs. 1 PBG demnach, je nach öffentlich- oder privatrechtlichem Handeln des Transportunternehmens, den Abschnitt des DSG über die Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 16 - 25<sup>bis</sup>) oder private Personen (Art. 12 - 15 DSG) für massgebend, beinhaltet dies auch den Verweis auf die anspruchs- und verfahrensrelevanten Normen in Art. 15 und Art. 25 DSG («Ansprüche und Verfahren»).

Datenschutzrechtliche Ansprüche gegen privatrechtlich handelnde Bundesorgane (Art. 23 DSG) richten sich gemäss dem Rechtsschutzsystem des Datenschutzgesetzes insbesondere nach Art. 15 DSG und sind entsprechend auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen (Urteil des BVGer A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2, E. 1.5; statt vieler: FEY, SHK DSG, Art. 23 Rz. 7 ff.; WALDMANN/BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, 2011, § 12 Rz. 180; SIMON KUNZ, in: Maurer-Labrou/Blechta, Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK DSG], Art. 23 DSG Rz. 24). Wird ein Bundesorgan bei der Bearbeitung von Personendaten hingegen öffentlich-rechtlich tätig, umschreibt Art. 25 DSG spezifische Ansprüche der Betroffenen und sieht den Rechtsweg der Verwaltungsrechtspflege zu deren Durchsetzung vor (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 178 ff.; Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988 [nachfolgend: Botschaft DSG], BBl 1988 II 413, 476 f.). Gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von einem Bundesorgan verlangen, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (Bst. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (Bst. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (Bst. c). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG (Art. 25 Abs. 4 DSG) und mündet entsprechend in eine Verfügung (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 186; Botschaft DSG, BBl 1988 II 413, 477).

Demgemäss verweist die spezialgesetzliche Vorschrift von Art. 54 Abs. 1 PBG – nach Massgabe der Rechtsnatur des Handelns – auf das System

der Rechtsdurchsetzung des DSG und enthält insofern eine den Datenschutz betreffende Regelung des Rechtsweges.

**3.2.5** Eine wesentliche Funktion von Art. 25 DSG besteht darin, den Rechtsschutz bei Realakten, wie sie Datenbearbeitungen durch Bundesorgane häufig darstellen, zu gewährleisten (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 156; JAN BANGERT, BSK DSG, Art. 25/25<sup>bis</sup> DSG Rz. 16 f.; HERBERT BURKERT, Datenschutz und Rechtsschutz, ZBI 2007, 374, 378). Auch die vorliegend betroffene Bearbeitung von Daten bei Ausstellung des SwissPass würde in der Terminologie des öffentlichen Rechts, dessen Anwendbarkeit jedoch streitig ist, einen Realakt bilden.

In allgemeiner Weise ist der Rechtsschutz gegen Realakte in Art. 25a VwVG geregelt. Im Verhältnis zu Art. 25a VwVG ist Art. 25 DSG nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als speziellere Regel anzuwenden, wenn Ansprüche im Zusammenhang mit einer widerrechtlichen Datenbearbeitung geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen der Bestimmungen decken sich im Grundsatz weitgehend: Beide Normen setzen ein schutzwürdiges Interesse voraus. Die nach Art. 25a VwVG erforderliche Berührung von Rechten und Pflichten ergibt sich bei Art. 25 Abs. 1 DSG aus der Bearbeitung von Personendaten durch eine Behörde, welche das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung tangiert, wonach jede Person das Recht hat, selbst zu bestimmen, ob und zu welchem Zweck sie betreffende Informationen bearbeitet und gespeichert werden (vgl. BGE 144 I 126 E. 4.1). Beide Bestimmungen geben zudem Anspruch auf Unterlassung, Folgenbeseitigung und Feststellung der Widerrechtlichkeit. Die Rechtsfolgen von Art. 25 Abs. 2 und 3 DSG sind jedoch auf die Besonderheiten des Datenschutzes zugeschnitten (z.B. Berichtigungsanspruch, Bestreitungsvermerk), weshalb Art. 25 DSG als *lex specialis* Anwendung findet (zum Ganzen: Urteil des BGer 1C\_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 5.1 und E. 5.2 [zur amtlichen Publikation vorgesehen] mit Hinweisen). Art. 25 DSG hält somit einen spezialgesetzlichen Anspruch auf Verfügungen über Realakte bereit (so auch BANGERT, BSK DSG, Art. 25/25<sup>bis</sup> DSG Rz. 18; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 25a Rz. 55; ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 25a Rz. 56).

**3.2.6** Ob der Beschwerdeführer befugt ist, um eine Verfügung in der Sache zu ersuchen, ist somit gestützt auf Art. 54 Abs. 1 PBG i.V.m. Art. 25 DSG zu prüfen.

**3.3** Der Beschwerdeführer hat in seinem Gesuch vom 14. Oktober 2018 eine Verfügung gestützt auf Art. 25 DSG verlangt. Wie bereits im Urteil des BVGer A-653/2019 vom 3. Juli 2019 (E. 2.8) ausgeführt, hat er nach dem Gesagten hierauf nur Anspruch, wenn die Vorinstanz bei der Datenbearbeitung für die Ausstellung der SwissPass-Karte öffentlich-rechtlich handelt (MONIQUE STURNY, in: SHK DSG, Art. 25 Rz. 6).

**3.4** Des Weiteren ist für Ansprüche nach Art. 25 Abs. 1 DSG nach der Praxis des Bundesgerichts Eintretensvoraussetzung, dass ein Gesuch um Unterlassung, Folgenbeseitigung oder Feststellung eines widerrechtlichen Bearbeitens von Personendaten bei der zuständigen Behörde eingereicht wird. Die gesuchstellende Person muss partei- und prozessfähig sein und ein schutzwürdiges Interesse für ihr Begehren haben (Urteil des BGer 1C\_377/2019 vom 1. Dezember 2020 [zur amtlichen Publikation als BGE vorgesehen] E. 6).

Der Begriff des schutzwürdigen Interesses findet sich auch in Art. 25 Abs. 2, Art. 25a und Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Generell wird dafür vorausgesetzt, dass sich jemand in einer besonderen, nahen Beziehung zur Streitsache befindet und ihm das Verfahren einen unmittelbaren, praktischen Nutzen bringt. Bei Ansprüchen nach Art. 25 Abs. 1 DSG wird ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich bejaht, wenn das Gesuch Daten betrifft, die sich direkt auf den Gesuchsteller beziehen oder Rückschlüsse auf ihn zulassen (Urteil des BGer 1C\_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 6.2.1; JÖHRI, in: Handkommentar DSG, Art. 25 Abs. 1 Rz. 9; STURNY, SHK DSG, Art. 25 Rz. 8; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 160 S. 749; BANGERT, BSK DSG, Art. 25/25<sup>bis</sup> DSG Rz. 33 f.). Ob eine rechtswidrige Datenbearbeitung erfolgt ist, noch andauert oder droht, d.h. in naher Zukunft ernstlich zu befürchten ist, bildet grundsätzlich Teil der materiellen Prüfung. Allerdings kann das Rechtsschutzinteresse fehlen, wenn bereits feststeht, dass die betreffenden Daten nicht oder nicht mehr bei der Behörde bearbeitet werden (Urteil des BGer 1C\_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 6).

### **3.5**

**3.5.1** Auf die Prüfung, ob die vorliegende Streitigkeit dem Privat- oder öffentlichen Recht zuzuordnen sei, könnte gegebenenfalls verzichtet werden, sollte dem Beschwerdeführer, wie die Vorinstanz als primäre Begründung des Nichteintretens anführt, von vornherein kein schutzwürdiges Interesse an einer allfälligen Verfügung mehr zukommen. Streitig ist in dieser

Hinsicht, ob die Vorinstanz seinem Gesuch mit ihrem Angebot vom 28. Oktober 2020 (SwissPass mit dem fiktiven Datum 1. Januar 1977) bereits vollständig entsprochen hat.

**3.5.2** Mit dem Gesuch vom 14. Oktober 2018 hat der Beschwerdeführer «die Ausstellung einer SwissPass-Karte mit fiktivem Geburtsdatum» beantragt. Das Gesuch, ein fiktives Datum zu führen, beinhaltet, wie er in seiner Beschwerde bestätigt, zugleich das (sinngemässe) Anliegen, die Bearbeitung seines effektiven Geburtsdatums zu unterlassen (vgl. Art. 25 Abs. 1 Bst. a DSG und vorne, Bst. A). In der zuvor geführten Korrespondenz, auf die das Gesuch verwies, hatte er u.a. die Notwendigkeit und das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage dafür bestritten. Weiter gab er im Gesuch an, es spiele keine Rolle, ob das bisher zu seiner Person erfasste fiktive Geburtsdatum «1.1.1888» oder «ein faktisch ebenso fiktives Geburtsdatum <1.1.1900> verwendet» werde. Damit brachte er präzisierend zum Ausdruck, ein als fiktiv erkennbares Datum zu verlangen und bezog sich dabei auf sein bisheriges Rechtsverhältnis zur Vorinstanz: Diese hat ihm noch im Jahr 2017, ihren Angaben nach aus Kulanz, ein Halbtaxabonnement auf blauer Karte (altes Produkt vor Einführung des SwissPass) mit dem fiktiven Geburtsdatum 1. Januar 1888 ausgestellt. Die Möglichkeit, ebendies als Kunde zu wünschen, war in früheren Fassungen des Allgemeinen Personentarifs (T600) vorgesehen (so für Abonnemente ohne Referenzierung auf den SwissPass noch in der eingereichten Ausgabe vom 1. Juni 2018 [Ziff. 9.5.001]). In diesem Kontext ist das Gesuch des Beschwerdeführers so auszulegen, dass es sich nicht mit jedem (beliebigen) fiktiven Datum formell als erfüllt betrachten lässt.

Massgebend ist weiter, dass der Beschwerdeführer das Angebot der Vorinstanz, eine SwissPass-Karte mit dem fiktiven Geburtsdatum 1. Januar 1977 auszustellen, nicht angenommen hat und er dazu auch nicht verpflichtet war, zumal er mit den damit verbundenen Auflagen nicht einverstanden ist. Die Vorinstanz hat ihr Angebot nur «unpräjudiziell» unterbreitet. Im angefochtenen Entscheid hat sie indes (ohne Nennung von Rechtsgrundlagen) angedeutet, dass dem Begehren um Nichtangabe des Geburtsdatums, würde eine Verfügung in der Sache erlassen, nicht entsprochen werden könnte, da das Datum zwingend benötigt werde (Rz. 17). Damit steht im Raum, dass der Beschwerdeführer in diesem Fall sein tatsächliches Geburtsdatum angeben müsste, um eine SwissPass-Karte und die damit verbundenen Vorteile zu erlangen. Aus den genannten Gründen kann der Vorinstanz somit nicht gefolgt werden, dass das Gesuch des Beschwerdeführers bereits erfüllt ist.

Wie erwähnt wird bei Ansprüchen nach Art. 25 Abs. 1 DSG in spezifischer Weise ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich bereits bejaht, wenn das Gesuch Daten betrifft, die sich direkt auf den Gesuchsteller beziehen oder Rückschlüsse auf ihn zulassen, während die Frage der rechtswidrigen Datenbearbeitung grundsätzlich Gegenstand der materiellen Beurteilung bildet (E. 3.4). Daher ist, abweichend von der Ansicht der Vorinstanz, auch nicht massgebend, ob dem Beschwerdeführer ohne fiktives Geburtsdatum Schwierigkeiten bei Fahrausweiskontrollen erwachsen, wie sie verneint. Vielmehr würde das Geburtsdatum, dessen Verwendung streitig ist, bei der Erhebung und weiteren Datenbearbeitungen betreffend die SwissPass-Karte ohne Weiteres mit seiner Person in Verbindung gebracht (vgl. zum weit auszulegenden Begriff der Personendaten: Urteil des BVGer A-7102/2017 vom 27. August 2019 E. 7.3.1, A-4467/2011 vom 10. April 2012 E. 5.1; ferner ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 3 Bst. a Rz. 2, 9; BLECHTA, BSK DSG, Art. 3 DSG Rz. 6 und VPB 2005 Nr. 106, S. 1297 E. 2.4).

**3.5.3** Demnach gelangte die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer von vornherein kein schutzwürdiges, aktuelles Interesse an der Prüfung der Frage habe, ob die Bearbeitung des tatsächlichen (oder eines real erscheinenden) Geburtsdatums für die Ausstellung der SwissPass-Karte rechtmässig bzw. erforderlich ist.

#### **4.**

Ob die Streitigkeit mittels Verfügung zu entscheiden ist, hängt nach dem Ausgeführten davon ab, ob die Vorinstanz bei der Datenerhebung zur Ausstellung der SwissPass-Karte öffentlich- oder zivilrechtlich handelt.

**4.1** Das Personenbeförderungsregal des Bundes umfasst unter anderem die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen (Art. 1 Abs. 2 PBG). Der Bund kann Unternehmen für die gewerbsmässige Beförderung von Reisenden mit regelmässigen Fahrten Personenbeförderungskonzessionen erteilen; das Unternehmen ist dabei verpflichtet, das Personenbeförderungsrecht nach den Vorschriften der Gesetzgebung und der Konzession auszuüben (Art. 6 PBG). Zu den Grundpflichten der Unternehmen gehört die Transportpflicht, nach der sie jeden Transport auszuführen haben, wenn die reisende oder absendende Person die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält (Art. 12 Abs. 1 Bst. a PBG). Für ihre Leistungen stellen die Unternehmen Tarife auf (Tarifpflicht, Art. 15 Abs. 1 PBG). Im Fern-, Regional- und Ortsverkehr bieten die Unternehmen

in der Regel der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, einen einzigen Transportvertrag an (sog. direkter Verkehr, Art. 16 Abs. 1 PBG). Soweit ein Bedürfnis besteht, ist im Fern- und Regionalverkehr zwingend ein direkter Verkehr anzubieten. Dafür werden gemeinsame Tarife und Fahrausweise erstellt (Art. 16 Abs. 2 PBG).

**4.2** Für ihre konzessionierten Tätigkeiten untersteht die Vorinstanz den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen für Bundesorgane (Art. 16 - 25<sup>bis</sup> DSG), sofern sie «dabei» nicht privatrechtlich handelt und daher den Art. 12 - 15 DSG unterliegt (Art. 54 Abs. 1 PBG).

Der Sinn und Zweck dieser Bestimmung besteht, wie die Entstehungsgeschichte klar zeigt, darin, die Datenbearbeitung der verschiedenen Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs – im Interesse der Reisenden – einheitlichen Grundsätzen zu unterstellen. Indem die Unternehmen mit Konzessionen und Bewilligungen die für Bundesorgane geltenden Normen des Datenschutzgesetzes anzuwenden haben (E. 3.2.3), wird diesem Anliegen Rechnung getragen: Es gelten für alle konzessionierten Transportunternehmen dieselben Bestimmungen, ob sie nach Privatrecht oder, wie die Vorinstanz als spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft (BGE 132 III 470 E. 3.3), nach öffentlichem Recht gegründet sind. Nur so können sie nach den Vorstellungen des Gesetzgebers den Betrieb optimal auf die Kundschaft ausrichten und persönliche Fahrkarten (Halbtax- und Generalabonnemente) ausstellen oder ein elektronisches Fahrausweissystem einführen (Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, BBI 2007 2681, S. 2727 zu Art. 54). In den parlamentarischen Beratungen gab Art. 54 PBG zu keinen Diskussionen Anlass (Amtliches Bulletin [AB] 2008 S 665 und AB 2008 N 206).

Art. 54 Abs. 1 PBG bezweckt damit eine einheitliche bzw. vereinfachte Datenbearbeitung, grenzt aber nicht klar ab, bei welchen datenschutzrelevanten Tätigkeiten die Unternehmen welchen der für Bundesorgane geltenden Regeln des DSG (Art. 16 - 25<sup>bis</sup> oder Art. 12 - 15) unterliegen.

**4.3** Um Rechtsverhältnisse dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen, lassen sich grundsätzlich diejenigen Unterscheidungskriterien heranziehen, welche allgemein zur Abgrenzung des Zivilrechts vom öffentlichen Recht erarbeitet worden sind (BVGE 2015/15 E. 2.3.1). Lehre und Praxis haben dazu mehrere Methoden entwickelt. Diese berücksichtigen etwa, ob der umstrittene Rechtssatz ausschliesslich oder vorwiegend privaten oder

öffentlichen Interessen dient (Interesstheorie), er die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat (Funktionstheorie), die handelnde Organisation dem Privaten als Träger hoheitlicher Gewalt gegenüber tritt (Subordinationstheorie) oder die Norm zivil- bzw. öffentlich-rechtliche Wirkungen oder Folgen nach sich zieht (modale Theorie; vgl. BGE 138 II 134 E. 4.2 - 4.5). Regelmässig von untergeordneter Bedeutung sind rein formelle Kriterien wie der Umstand, ob die Regelung als öffentliches oder privates Recht erlassen wurde (Rechtsquellentheorie), in welcher Rechtsform die Behörde allenfalls gehandelt hat (Rechtsformtheorie), oder ob der anzuwendenden Norm zwingender Charakter zukommt oder nicht (Urteil des BGer 2C\_386/2014 vom 18. Januar 2016 E. 2 mit Hinweisen).

Für die Frage, ob eine Streitigkeit im Rahmen der Verwaltungs- oder der Zivilrechtspflege zu beurteilen ist, muss indes mit Blick auf das Legalitätsprinzip in erster Linie auf die vom Gesetzgeber spezialgesetzlich gewählte Lösung abgestellt werden. Nur wenn die Auslegung der Regelung Zweifel bestehen lässt, ist im Sinn eines objektivierten Methodenpluralismus auf die verschiedenen Kriterien zur Abgrenzung von privat- oder verwaltungsrechtlicher Natur einer Regelung zurückzugreifen (zum Ganzen: Urteil des BGer 2C\_386/2014 vom 18. Januar 2016 E. 2). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht prüfen alsdann in jedem Einzelfall, welches der Kriterien den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (BGE 138 I 274 E. 1.2; BGE 138 II 134 E. 4.1; BVGE 2015/15 E. 2.3.1).

**4.4** In Bezug auf Verträge steht die Funktionstheorie im Vordergrund (Urteil des BGer 1C\_602/2018 vom 3. Juli 2019 E. 3.1 mit Hinweisen). Danach wird ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet, wenn das entsprechende Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient, sofern das einschlägige Gesetz dieses Handeln nicht dem Zivilrecht unterstellt (BGE 138 I 274 E. 1.2). Ein dem öffentlichen Recht unterstehender Vertrag zeichnet sich daher dadurch aus, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder er einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betrifft. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung insbesondere vor, wenn sich ein Gemeinwesen (z.B. durch Kauf- oder Werkverträge) bloss die Hilfsmittel beschafft, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf (Urteil des BGer 1C\_602/2018 vom 3. Juli 2019 E. 3.1 m.H.; BGE 134 II 297 E. 2.2; BVGE 2015/15 E. 2.3.1; Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.3).

Wenig aussagekräftig bei der Zuordnung eines Vertragsverhältnisses, wie es auch bei der Ausstellung des SwissPass in Frage steht, ist in der Regel die Subordinationstheorie. Denn sowohl bei privat- als auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen steht eine Willenserklärung der Parteien im Vordergrund und es entsteht dadurch in beiden Fällen regelmässig kein Unterordnungsverhältnis (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1293; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 228 ff.).

**4.5** Für den Bereich des Datenschutzes ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bei der Abgrenzung privatrechtlich – öffentlich-rechtlich und Bundesorgan – kantonales Organ (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG) auf die Natur des zugrundeliegenden Verhältnisses zwischen dem Datenbearbeitenden und der betroffenen Person abzustellen. Deren Beziehung ist mithin in gesamthafter Betrachtung zu prüfen (BGE 122 I 153 E. 2c [zur Abgrenzung von privatrechtlicher und kantonaler öffentlicher Tätigkeit]; BVGE 2012/14 E. 4.2 ff.; Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019 E. 4.5.4; BEAT RUDIN, SHK DSG, Art. 2 Rz. 15 ff.; ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 2 Abs. 1 Rz. 17; Botschaft DSG, BBl 1988 II 413, 440). Zur Beurteilung der öffentlich- oder privatrechtlichen Rechtsnatur des Grundverhältnisses wird auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien verwiesen (RUDIN, a.a.O., Art. 2, Rz. 16 f.).

Der Geltungsbereich der (gegenüber Art. 12 - 15 DSG) strengeren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen für Bundesorgane (Art. 16 - 25<sup>bis</sup> DSG), die insbesondere das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage enthalten (Art. 17 DSG), beschränkt sich auf die Datenbearbeitung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses (Umkehrschluss aus Art. 23 Abs. 1 DSG). Ein solches kann insbesondere vorliegen, wenn Bundesorgane den betroffenen Personen bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben hoheitlich gegenüberreten (vgl. KUNZ, BSK DSG, Art. 23 DSG Rz. 3, 11 ff.), aber auch dann, wenn sie mit Privaten öffentlich-rechtliche Verträge abschliessen (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 19 mit Hinweisen).

Der historische Datenschutzgesetzgeber ging von einer privatrechtlichen Tätigkeit der Bundesorgane (Art. 23 Abs. 1 DSG) vorab für den Fall aus, dass sie ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten «nicht in Form von Verfügungen, sondern mit privatrechtlichen Vereinbarungen gestalten». Für diesen Fall sollten sie im wirtschaftlichen Wettbewerb ihren privaten Mitkonkurrenten gleichgestellt werden und sollten die weniger strengen Vorgaben für Private (Art. 12 - 15 DSG) gelten (Botschaft DSG, BBl 1988 II 413, 474 mit



dem Beispiel der SBB; zur Entstehungsgeschichte ferner Amtliches Bulletin (AB) SR 1990, 150, AB NR 1992, 381; AB SR 1992, 228).

**4.6** Die spezialgesetzliche Bestimmung von Art. 54 Abs. 1 PBG knüpft hinsichtlich der Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht in erster Linie an die konzessionierte Tätigkeit der Unternehmen an («für ihre konzessionierten und bewilligten Tätigkeiten»), geht aber zugleich davon aus, dass sie in diesem Tätigkeitsbereich («dabei») auch privatrechtlich handeln können. Entsprechend ist nach der überwiegenden Spezialliteratur zum Thema für die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen für Bundesorgane massgebend, ob ein hinreichender funktioneller Zusammenhang mit dem Zweck der Personenbeförderung als öffentlicher Aufgabe gegeben ist (EVA DAPHINOFF/JANNINE HASSLER, Datenschutzrechtliche Fragen im öffentlichen Personenverkehr, in: Andreas Furrer/Juana Vasella, Der öffentliche Personenverkehr – Haftung und Sicherheitsfragen, 2017, Rz. 722; DANIELA NÜESCH, Datenschutzrechtliche Anforderungen an den SwissPass im Bereich des öffentlichen Verkehrs, in: Jusletter 5. Dezember 2016, Rz. 15 ff.; EPINEY, a.a.O., Rz. 17; a.M. MARCEL HEPP/PETER KÖNIG, Rechtswege im öffentlichen Verkehr, in: Laesser/Maggi/Bieger/von Arx, 20 Jahre Bahnreform: Spezialausgabe des Schweizer Jahrbuchs für Verkehr 2019, S. 115, 130 f.). Die Abgrenzung wird damit in Anlehnung an die Funktionstheorie vorgenommen, nach welcher wie erwähnt entscheidend ist, ob das entsprechende Handeln unmittelbar der Besorgung der öffentlichen Aufgabe dient (E. 4.3).

Unterschiedlich beantwortet wird dabei, ob die Datenbearbeitung zwecks Abschluss eines General- oder Halbtaxabonnements (nachfolgend: GA und HTA) bzw. die Erhebung und Speicherung von Kundendaten in den öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen fällt oder nicht (zustimmend NÜESCH, Rz. 16; ablehnend DAPHINOFF/HASSLER, Rz. 722). Hingegen gehen die angeführten Publikationen übereinstimmend davon aus, dass die Datenbearbeitung im Zusammenhang mit dem Kontrollvorgang im Zug bzw. einer dazugehörigen Kontrolldatenbank dem öffentlichen Recht unterliegen (vgl. hierzu auch EDÖB, Schlussbericht in Sachen SwissPass des Verbands öffentlicher Verkehr und der SBB AG vom 4. Januar 2016, S. 15; zugänglich unter: [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Datenschutz > Wohnen und Verkehr > Öffentlicher Verkehr, besucht am 9. Juli 2021).

## 5.

Vor diesem Hintergrund fällt hinsichtlich der strittigen Datenerhebung bei der Ausstellung des SwissPass Folgendes in Betracht.

## 5.1

**5.1.1** Der SwissPass bildet ein Trägermedium für verschiedene Abonnements des öffentlichen Verkehrs. Auf der SwissPass-Karte, welche die Reisenden etwa mit Kauf eines GA oder HTA erhalten, ist kein Hinweis zur gekauften Leistung (Art und Gültigkeitsdatum) ersichtlich. Die Leistungen (z.B. GA oder HTA) werden auf den SwissPass referenziert und über einen Chip der RFID-Technologie kontrolliert (Ziff. 4.1.4 des Tarifs T600 «Gemeinsame Tarif-Nebenbestimmungen für den nationalen Direkten Verkehr und die Verbünde» vom 1. Juni 2021, abrufbar unter: [www.allianceswisspass.ch](http://www.allianceswisspass.ch) > Themen > Tarife & Vorschriften; besucht am 9. Juli 2021; näher zur Funktionsweise des SwissPass: NÜESCH, a.a.O., Rz. 5 ff.).

Seit Einführung des SwissPass am 1. August 2015 wurden die auf ihm referenzierten Leistungen stetig ausgebaut. Neben dem GA oder HTA sind u.a. auch viele Verbundabonnements erhältlich. Er ermöglicht zudem die Nutzung diverser Partnerdienste (z.B. Skiabonnements, Mobility Carsharing, PubliBike; vgl. hierzu die Datenschutzerklärung SwissPass, abrufbar unter: [www.swisspass.ch](http://www.swisspass.ch) > Datenschutz, besucht am 9. Juli 2021).

**5.1.2** Der SwissPass kann des Weiteren ohne Leistung des öffentlichen Verkehrs ausgegeben werden (Ziff. 4.1.6 und Ziff. 4.9.1 des Tarifs T600). Die blossige Ausgabe einer SwissPass-Karte – ohne Ausstellung eines Abonnements – bildet auch Inhalt des streitgegenständlichen Gesuchs vom 14. Oktobers 2018, was der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 6. September 2020 an die Vorinstanz bestätigt hat. Die strittige Erhebung des Geburtsdatums dient somit nicht direkt dem Eingehen eines Vertragsverhältnisses zur Personenbeförderung. Zum Gesuch hat den Beschwerdeführer laut der darin enthaltenen Begründung (S. 2) vielmehr veranlasst, dass der [...] Verkehrsverbund seit September 2018 den Kauf persönlicher Jahresabonnements von der SwissPass-Karte abhängig mache.

**5.1.3** Demnach ergibt sich aus dem Regelwerk zum SwissPass, dass die Ausstellung des SwissPass keinen Abschluss eines Transportvertrags bzw. Abonnements darstellt und er nicht unmittelbar zu einer konzessionierten Personenbeförderungsleistung berechtigt. Er dient als Hilfsmittel dem Abschluss bzw. der Abwicklung entsprechender Verträge, indem abgeschlossene Abonnements auf ihm gespeichert werden und diese teilweise eine SwissPass-Karte voraussetzen. Hängt die Bearbeitung von Personendaten in diesem Sinn mit dem Personentransportvertrag zusammen, besteht Anlass, dessen Rechtsnatur zu berücksichtigen.

## 5.2

**5.2.1** Mit dem Personentransportvertrag verpflichtet sich das Unternehmen, Reisende gegen Entgelt zwischen bestimmten Stationen zu transportieren (Art. 19 PGB). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgerichts haben in ihrer Rechtsprechung den Personentransportvertrag grundsätzlich als privatrechtliches Verhältnis eingestuft (BGE 138 I 274 E. 1.4 S. 279 a.E. [obiter zu Art. 56 PBG]; zu Art. 50 aTG: BGE 136 II 457 E. 6.2 und 136 II 489 E. 2.4 [Kontrollzuschläge als «Forderungen aus dem privatrechtlichen Transportverhältnis»]; BGE 132 III 470 E. 3.3; BGE 102 Ib 314 E. 2 und E. 3a; Urteile des BVGer A-1341/2015 vom 3. Mai 2016 E. 4.2 und A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.3 [je zu Art. 56 PBG], A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009 zweite E. 2.2 und A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2, 1.4 [je zu Art. 50 aTG]).

Auch nach der herrschenden Auffassung in der Lehre ist der Personentransportvertrag grundsätzlich zivilrechtlicher Natur (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 1292, 1391; MICHAEL HOCHSTRASSER/ARNOLD F. RUSCH, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB, in: Jusletter 8. Oktober 2012, Rz. 16; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2. Aufl. 2018, S. 484; ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2017, Rz. 81; URS ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, 2008, S. 115, 272 mit Hinweisen).

Die zivilrechtliche Natur wird traditionell daraus hergeleitet, dass der Gesetzgeber gemäss Art. 50 Abs. 1 aTG und der identischen Nachfolgeregelung von Art. 56 Abs. 1 PBG vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kundschaft und Unternehmen der Zivilrechtspflege und damit den Transportvertrag (stillschweigend) dem Privatrecht zugeordnet habe (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009, zweite E. 2.2 [Tarifaufsicht]; BERNHARD WALDMANN, der verwaltungsrechtliche Vertrag – eine Einführung, in: Häner/Waldmann, Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, S. 6 f. mit Fn. 19).

Diese Zuordnung hatte nicht rechtsdogmatische, sondern historische Gründe: Mit Art. 50 Abs. 1 aTG sollte seinerzeit «eine schon immer anerkannte Regel im Gesetz Aufnahme» finden (Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 167, 195). Die ersten Normen zur zivilgerichtlichen Zuständigkeit in der (sehr alten) Ei-

senbahngesetzgebung gehen auf eine Zeit zurück, in welcher die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch nicht existent bzw. ausgebaut war und der Rechtsschutz der Reisenden nur auf zivilprozessuale Weise gewährleistet werden konnte (vgl. BBI 1892 IV 639, 702 ff.; BBI 1893 II 367, 398; näher zur historischen Entwicklung: ISABELLE HÄNER, Transportvertrag, Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Zivilkleid, in: Rüssli/Hänni/Häggi [Hrsg.], Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, 2012 [nachfolgend: Festschrift Jaag], 404 f.).

Demnach ist festzuhalten, dass die in Praxis und Literatur vorherrschende Auffassung die zivilrechtliche Natur des Personentransportvertrags aus dem Gesetz (Art. 56 PBG; Art. 19 PBG) bzw. aus dem historischen Verständnis des Gesetzgebers ableitet.

**5.2.2** Ein zunehmender Teil der (neueren) Lehre, auf welche sich der Beschwerdeführer beruft, vertritt die Auffassung, der Personentransportvertrag sei öffentlich-rechtlicher Natur, weil das vertragliche Verhältnis unmittelbar dazu diene, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen (HEPP/KERN, a.a.O., S. 118 ff.; grundsätzlich auch HÄNER, Festschrift Jaag, S. 410 f.; vgl. NÜESCH, a.a.O., Rz. 16 f.). Gestützt auf die heute allgemein geltenden Kriterien der Abgrenzung zwischen Privat- und Verwaltungsrecht (E. 4.3 f.) wäre es allenfalls nicht ausgeschlossen, den unmittelbaren Zweck des Transportvertrags in der Personenbeförderung als öffentlicher Aufgabe zu sehen (HÄNER, Festschrift Jaag, S. 410 [«auf der grünen Wiese»]; HEPP/KERN, a.a.O., S. 118 ff.). Andere Autoren gehen davon aus, dass der Vertrag nur mittelbar zur Verwirklichung öffentlicher Interessen beiträgt bzw. die öffentliche Aufgabe bereits mit dem gewährleisteten Versorgungsangebot erfüllt wird (ACHERMANN, a.a.O., S. 115; KUNZ, BSK DSG, Art. 23 Rz. 17; JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 23 Abs. 1 Rz. 4 mit Hinweisen). Entscheidend ist vorliegend jedoch, dass die Frage, ob ein Rechtsverhältnis als verwaltungs- oder zivilrechtlich anzusehen ist, in erster Linie nach der vom Gesetzgeber vorgegebenen Lösung zu beantworten ist (E. 4.3). Die Zuordnung eines Vertrags zum öffentlichen Recht in Anwendung der Funktionstheorie findet jedenfalls dort ihre Grenze, wo gesetzliche Regelungen das relevante Handeln der Bundesorgane dem Privatrecht unterstellen und sie ihre öffentlichen Aufgaben daher mittels privatrechtlichen Verträgen wahrnehmen (BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben? recht 2013, S. 154; DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, 2013, Rz. 88 mit Fn. 271; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 Rz. 20 mit Fn. 48, alle mit Verweis auf Art. 56 PBG; allgemein TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 42

Rz. 2 ff.). Wie erwähnt trifft gerade dies nach traditioneller Auffassung auf Art. 56 PBG und den Beförderungsvertrag zu.

**5.2.3** Die Bestimmungen des per 1. Januar 2010 ausser Kraft getretenen aTG über den Personenbeförderungsvertrag (Art. 15 - 19), inklusive derjenigen zur Zuständigkeit des Zivilrichters (Art. 50 Abs. 1), wurden, im Grundsatz, explizit «unverändert» in das Personenbeförderungsgesetz übernommen (Art. 19 ff., Art. 56 PBG; Zusatzbotschaft Bahnreform 2, BBI 2007 2681, 2720, 2727; HÄNER, Festschrift Jaag, S. 403). Im Kontext des mit derselben Bahnreform erlassenen Bundesgesetzes über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen (BGST; SR 745.2) hielten die Materialien sogar ausdrücklich fest, dass aus dem Transportvertrag «die privatrechtliche Pflicht» der Unternehmen folge, ihre Passagiere wohlbehalten an das Reiseziel zu befördern (Zusatzbotschaft Bahnreform 2, BBI 2007 2681, S. 2712). Somit wurden – kurz nach der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 17. Juni 2005 – weder die Rechtsnatur des Vertrags noch seine Rechtsgrundlagen in relevanter Weise neu normiert.

**5.2.4** Angesichts der bestehenden Praxis und Rechtstradition wäre es demnach Sache des Gesetzgebers, die Rechtsnatur des Transportvertrags bzw. den Rechtsschutz der Reisenden eventuell zu überdenken (so auch HÄNER, Festschrift Jaag, S. 412 f.). Zudem hätte eine neue Qualifikation der Rechtsnatur des Vertrags – ohne gleichzeitige Anpassung des Gesetzes (Art. 56 PBG) – allenfalls neue Unsicherheiten bei dessen Auslegung bzw. bei der Abgrenzung des Rechtswegs für vertragliche (vermögensrechtliche und andere) Streitigkeiten zur Folge, während der Gesetzgeber im öffentlichen Verkehr einen möglichst einheitlichen Rechtsmittelweg beabsichtigte (Zusatzbotschaft Bahnreform 2, BBI 2007 2681, S. 2727 zum Abschnitt Rechtspflege). Gelegenheit zur gesetzgeberischen Klärung böte sich allenfalls im Rahmen der laufenden Reform des Personenverkehrs (vgl. Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes [Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung] vom 4. Juni 2021; BBI 2021, 1485; zur vorgeschlagenen Anpassung von Art. 54 PBG: S. 42 ff.).

**5.2.5** Demnach ist davon abzusehen, mit dem Beschwerdeführer (neu) von einer verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur des Personentransportvertrags auszugehen. Überdies ist ein Wertungswiderspruch zwischen Art. 54 Abs. 1 PBG und Art. 56 Abs. 1 PBG zu vermeiden. Es liefe der Einheitlichkeit der Rechtsordnung zuwider, denselben Vertrag im Geltungsbereich

der einen Bestimmung als privatrechtlich, in jenem der anderen hingegen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

**5.3** Gilt der Personentransportvertrag demnach grundsätzlich als privatrechtliches Rechtsverhältnis, drängt es sich auf, die vertragliche Ausstellung der SwissPass-Karte, die dem Abschluss der Verkehrsabonnements bzw. der Transportverträge nur als Trägermedium dient, in einheitlicher Weise ebenfalls dem Privatrecht zuzuordnen. Demzufolge ist auch die mit der Ausgabe des SwissPass zusammenhängende Datenerhebung, wie das Grundverhältnis, als zivilrechtlich zu qualifizieren.

**5.4** Soweit der Beschwerdeführer sich auf die Publikation von NÜESCH bezieht, betrachtet diese den SwissPass, aufgrund seiner Trägerfunktion für schweizweit geltende Abonnements, als Ausfluss der in Art. 16 PBG verankerten Pflicht zum direkten Verkehr. Danach bieten die Unternehmen der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, einen einzigen Transportvertrag an und erstellen dafür gemeinsame Tarife und Fahrausweise. Soweit Datenbearbeitungen betreffend SwissPass tatsächlich zur Sicherstellung des direkten Verkehrs und somit der Personenbeförderung erfolgen, seien aufgrund der Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des DSG anwendbar (NÜESCH, a.a.O., Rz. 16).

In dieser Hinsicht fällt jedoch in Betracht, dass das Angebot eines einzigen Vertrags, welches die Unternehmen durch gegenseitige Zusammenarbeit sicherstellen müssen, nicht zur privatrechtlichen Natur des Verhältnisses zwischen Unternehmen und Reisenden führen muss (vgl. zur Organisation der Unternehmen: Übereinkommen der Alliance SwissPass [Nationale Organisation zur Zusammenarbeit der am Direkten Personenverkehr Teilnehmenden; Ue500]; zugänglich unter: [www.allianceswisspass.ch](http://www.allianceswisspass.ch) > Themen > Tarife & Vorschriften; besucht am 9. Juli 2021). Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb der mehrparteiliche Charakter eines einheitlichen Vertrags, der zu Beförderungsleistungen verschiedener Unternehmen berechtigt, etwas an dessen zivilrechtlichen Rechtsnatur ändern sollte. Ausserdem geriete eine «gemischtrechtliche» (sowohl privat- als auch verwaltungsrechtliche) Einstufung der Erhebung von Daten für die Ausstellung des SwissPass – je nachdem, ob sie der Verwirklichung des direkten Verkehrs dienen oder nicht – in Konflikt mit dem Willen des Gesetzgebers, Datenbearbeitungen i.S.v. Art. 54 PBG in vereinfachender Weise möglichst einheitlichen Grundsätzen zu unterstellen (vorne, E. 4.2).

**5.5** Demnach ergibt sich, dass das streitige Handeln der Vorinstanz (Ausstellung des SwissPass) nicht unmittelbar der konzessionierten Personenbeförderung zuzurechnen ist. Das in Frage stehende Rechtsverhältnis mit dem Beschwerdeführer ist vielmehr, wie der Personentransportvertrag, als zivilrechtlich zu qualifizieren. Die damit zusammenhängende Erhebung von Personendaten untersteht somit nach Art. 54 Abs. 1 PBG den Regeln der Datenbearbeitung durch private Personen (Art. 12 - 15 DSG). Demnach fehlt es an einer Rechtsgrundlage für den Erlass der verlangten Verfügung. Es ist dem Beschwerdeführer mithin verwehrt, gestützt auf Art. 25 DSG eine Verfügung hinsichtlich der Verwendung des streitigen Geburtsdatums zu verlangen. Damit erübrigt es sich, allfällige weitere Voraussetzungen einer Entscheidung der Vorinstanz gestützt auf Art. 25 DSG auf dem verwaltungsrechtlichen Rechtsweg zu prüfen.

## **6.**

Nicht zu folgen ist dem Beschwerdeführer im Übrigen, soweit er rügt, der angefochtene Nichteintretensentscheid stelle eine Missachtung von Dispositiv-Ziffer 1 des rechtskräftigen Urteils A-653/2019 vom 3. Juli 2019 dar. Darin hat das Bundesverwaltungsgericht keinen materiellen Entscheid in der Sache gefällt. Es hiess lediglich eine Rechtsverweigerungsbeschwerde des Beschwerdeführers gut und wies die Vorinstanz an, ohne Verzug über sein Gesuch vom 14. Oktober 2018 zu entscheiden. In der Begründung des Urteils (E. 2.9) ist festgehalten, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer, unabhängig davon, ob ein materieller Anspruch auf eine Verfügung bestehe, ihre Beurteilung und Entscheidung in einer anfechtbaren Verfügung verbindlich zu eröffnen habe. Dies sei selbst dann der Fall, wenn sie zum Schluss kommen sollte, dass auf das Gesuch des Beschwerdeführers mangels Zuständigkeit nicht einzutreten sei. Dieser Anweisung ist die Vorinstanz nachgekommen, indem sie den angefochtenen Entscheid erlassen hat.

## **7.**

**7.1** Zusammenfassend ist die Vorinstanz auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 14. Oktober 2018 zu Recht nicht eingetreten. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**7.2** Das Gesuch des Beschwerdeführers vom 27. Januar 2021 (Rz. 63) um Wiedererwägung von Dispositiv-Ziffer 1 der Zwischenverfügung vom 7. Januar 2021 (Nichteintreten auf das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme) erweist sich damit als gegenstandslos.

**8.**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

**8.1** Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse wie vorliegend beträgt sie grundsätzlich zwischen Fr. 200.– und Fr. 5'000.– (Art. 3 Bst. a VGKE). Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden in Anwendung von Art. 1 ff. VGKE, unter Berücksichtigung der aufgrund der Anträge des Beschwerdeführers ergangenen Zwischenverfügungen, auf Fr. 1'600.– festgesetzt.

**8.2** Die Verfahrenskosten werden dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

**8.3** Die obsiegende Vorinstanz hat, wie eine verfügende Bundesbehörde, keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht ebenfalls keine solche Entschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**9.**

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Datenschutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (VDSG, SR 235.11) dem EDÖB bekannt zu geben.

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).*



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 27. Januar 2021 wird als gegenstandslos abgeschrieben.

**3.**

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 1'600.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**4.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB z.K.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Thomas Ritter

**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 ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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: