



Bern, 10. April 2013

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

X
(Antragsteller)

gegen

Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Im Rahmen eines Zugangsgesuches vom 21. Dezember 2012 über insgesamt vier amtliche Dokumente hat der Antragsteller (Privatperson), gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) um Zugang zu folgenden zwei Dokumenten ersucht:
 - /23/ GEOTEST AG Bericht „Geologisch-geotechnische Untersuchungen 2011“, Bericht Nr.1511096.1. (2012);
 - /24/ AMEC „Evaluation of the Strength of the Foundation Materials at Wasserkraftwerk Mühleberg“ Project No. 0140660000.00012. (2012).
2. Mit E-Mail vom 30. Januar 2013 bat der Antragsteller das ENSI darum, ihm die bezeichneten Dokumente unverzüglich zuzustellen.
3. Am 31. Januar 2013 teilte das ENSI dem Antragsteller per E-Mail mit, es prüfe zurzeit, ob die von ihm ersuchten Dokumente zugleich kantonale Verfahrensakten seien.
4. Mit E-Mail vom 7. Februar 2013 orientierte das ENSI den Antragsteller über den aktuellen Stand der Bearbeitung seines Gesuchs und teilte mit, dass die von ihm verlangten Dokumente gemäss Stellungnahme des Amtes für Wasser und Abfall des Kantons Bern¹ (nachfolgend AWA) nicht Teil der kantonalen Verfahrensakten seien und daher nun die Frage geprüft werde,

¹ Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern



inwieweit die beiden Berichte der GEOTEST AG und der AMEC Geschäftsgeheimnisse enthalten.

5. Mit Schreiben vom 4. März 2013 teilte das ENSI dem Antragsteller mit, dass es seinem Gesuch vorläufig nicht entsprechen könne. Es wies ihn darauf hin, dass er gleichzeitig als Partei in einem laufenden kantonalen Verwaltungsverfahren ein Gesuch um Einsicht in dieselben Akten gestellt habe. Über seinen Antrag, die bezeichneten Dokumente zu den Akten des kantonalen Verfahrens zu nehmen, sei vom zuständigen AWA jedoch noch nicht entschieden worden. Das ENSI stützte diese Aussage auf eine schriftliche Stellungnahme vom 28. Februar 2013, welche ihm durch das AWA im Rahmen der Abklärungen im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch des Antragstellers zugestellt wurde.
Weiter hielt das ENSI fest, dass Dokumente, die sich auf ein erstinstanzliches Verfahren beziehen, zwar grundsätzlich dem Recht auf Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz unterstellt seien, jedoch erst dann zugänglich werden können, wenn die Verfügung rechtskräftig sei. Soweit die bezeichneten Dokumente, wie vom Antragsteller beantragt, zu den Akten des erstinstanzlichen Verfahrens gehörten, bestehe zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Anspruch auf Zugang. Bis diese Frage geklärt sei, könne dem Zugangsgesuch nicht entsprochen werden.
6. Am 6. März reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Dieser bestätigte den Eingang mit Schreiben vom 11. März 2013. Gleichentags forderte der Beauftragte das ENSI auf, ihm die verlangten amtlichen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.
7. Im Schreiben vom 14. März 2013 an den Beauftragten verwies das ENSI auf die Begründung der Zugangsverweigerung in seinem Schreiben an den Antragsteller vom 4. März 2013 (vgl. Ziff. 5). Als Beilage liess es dem Beauftragten die gesamte mit diesem Zugangsgesuch zusammenhängende Korrespondenz zukommen.
8. Auf die weiteren Ausführungen des ENSI sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

9. 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.
10. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.² 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 BBI 2003 2023.



11. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim ENSI eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
12. 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.³
13. 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. Materielle Erwägungen

14. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).⁴
15. Das ENSI begründete seine Zugangsverweigerung u.a. damit, dass der Antragsteller zugleich als Partei in einem kantonalen Verwaltungsverfahren den Antrag gestellt habe, die bezeichneten Dokumente zu den Akten zu nehmen. Über diesen Antrag sei bisher jedoch noch nicht entschieden worden. Bis dieser Entscheid gefällt sei, könne dem Zugangsgesuch des Antragstellers nicht entsprochen werden.
16. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für die Einsichtnahme einer Partei in die Akten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, eine Kollision zwischen dem Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz und den Bestimmungen zum Akteneinsichtsrecht der Parteien im jeweils einschlägigen Verfahrenserlass zu vermeiden. Durch Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ soll verhindert werden, dass eine Partei in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren über einen Umweg mit dem Öffentlichkeitsgesetz weitergehende Einsichtsmöglichkeiten in Dokumente der Verfahrensakten erhält, als sie dies über ihr Akteneinsichtsrecht nach dem einschlägigen Verfahrenserlass verlangen könnte.
17. Auf konkrete Nachfrage des ENSI bestätigte das AWA mit Schreiben vom 5. Februar 2013 ausdrücklich, dass die vom Antragsteller bezeichneten Dokumente nicht Teil der kantonalen Verfahrensakten seien. Weiter bestätigte das AWA mit E-Mail vom 28. Februar 2013 auf

³ BBI 2003 2024.

⁴ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.



Nachfrage des ENSI, dass über das Begehren des Antragstellers im Rahmen des kantonalen Verwaltungsverfahren, die bezeichneten Dokumente zu den Verfahrensakten zu nehmen, noch nicht entschieden worden sei. Dies wurde vom AWA auch gegenüber dem Beauftragten mit E-Mail vom 25. März 2013 bestätigt. Es gilt daher festzuhalten, dass die Frage, ob die vorliegend zu beurteilenden Dokumente gleichzeitig Teil von Verfahrensakten sind, offen bleiben muss, da zum jetzigen Zeitpunkt ein entsprechender Entscheid des AWA noch aussteht.

18. Nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Ziel dieser Bestimmung ist es, der entscheidenden Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu gewährleisten, sodass der ausstehende Entscheid ohne Beeinflussung und äusseren Druck erfolgen kann.⁵ Im Grunde kann jedes amtliche Dokument für einen noch ausstehenden politischen oder administrativen Entscheid herangezogen werden und müsste damit vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen werden. Um zu verhindern, dass dieses damit de facto ausgehebelt wird, setzen Lehre und Rechtsprechung zusätzlich voraus, dass zwischen dem fraglichen Dokument und dem zu treffenden Entscheid eine relativ enge Verbindung besteht.⁶ Damit das Dokument tatsächlich als Entscheidungsgrundlage dienen kann, muss es einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und für diesen zugleich von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, weshalb ein beliebiger, sehr lockerer Zusammenhang nicht genügen kann.⁷ Weiter verlangt der Beauftragte, dass der ausstehende behördliche Entscheid in einer gewissen zeitlichen Nähe zum Zugangsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erfolgen muss, da die verlangten Dokumente sonst nicht als eigentliche Entscheidungsgrundlage gelten können.⁸
19. Die vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sind wie oben dargelegt zwar zum jetzigen Zeitpunkt nicht Teil der kantonalen Verfahrensakten, der Entscheid des AWA darüber, ob sie möglicherweise noch zu den Akten genommen werden, steht jedoch noch aus. Dieser Entscheid weist nicht bloss einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit den verlangten Dokumenten auf, sondern bezieht sich gerade auf ebendiese Dokumente. Aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums des kantonalen Verfahrens ist zudem auch die geforderte zeitliche Nähe des ausstehenden Entscheids ohne Weiteres zu bejahen.
20. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Die vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sind im Zeitpunkt des Erlasses der vorliegenden Empfehlung nicht Teil von kantonalen Verfahrensakten. Der entsprechende Entscheid der kantonalen Behörde über einen allfälligen Beizug der bezeichneten Dokumente zu den Verfahrensakten steht jedoch noch aus. Der Zugang zu den beiden verlangten Dokumenten ist bis zum abschliessenden Entscheid über deren allfälligen Einbezug in die kantonalen Verfahrensakten aufzuschieben.*

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

21. Das ENSI schiebt den Zugang zu den verlangten amtlichen Dokumenten gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ auf, bis der kantonale Entscheid über deren möglichen Einbezug in die kantonalen Verfahrensakten gefallen ist.

⁵ MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 26.

⁶ MAHON/GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, RZ 30.

⁷ MAHON/GONIN, a.a.O.; BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009, E. 3.5.1.

⁸ PFPDT Recommandation du 18.12.2007, OFEV/Projet d'ordonnance de la protection contre les vibrations, Ch. II.B.3.



22. Bei Vorliegen dieses Entscheids beurteilt das ENSI das Zugangsgesuch erneut und teilt dem Antragsteller seine Stellungnahme mit (Art. 12 Abs. 4 BGÖ).
23. Das ENSI erlässt gegen die vorliegende Empfehlung eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 21 den Zugang nicht aufschieben will. Es erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
24. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim ENSI den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
25. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
26. Das ENSI stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
27. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
28. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI
Industriestrasse 19
CH-5200 Brugg

Hanspeter Thür