



Bern, 30. Oktober 2013

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

**X1 (Antragsteller 1)
und
X2 (Antragsteller 2)**

gegen

Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller 1 (Stiftung) hat am 12. April 2013, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3), beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI Zugang zu folgenden Sitzungsprotokollen verlangt:
 - Sitzungsprotokoll vom 14. März 2012 zur „Überprüfung der Erdbebensicherheit des Wasserkraftwerks Mühleberg“;
 - Sitzungsprotokoll vom 18. Januar 2013 zur „Überprüfung der Erdbebensicherheit des Wasserkraftwerks Mühleberg“.
 2. Mit E-Mail vom 22. Mai 2013 antwortete das ENSI dem Antragsteller 1, dass es einen Kostenvoranschlag zu den verlangten Protokollen per Post senden werde. Am 23. Mai 2013 schrieb das ENSI dem Antragsteller 1, dass für die Bearbeitung des Zugangsgesuches mit Kosten von CHF 550.-- gerechnet werden müsse. Am 29. Mai 2013 führte das ENSI gegenüber dem Antragsteller 1 ausserdem aus, dass es für die Bearbeitung des Gesuches (Zeitaufwand für die Prüfung und Vorbereitung der Dokumente) voraussichtlich mit Kosten von CHF 300.-- für das Sitzungsprotokoll vom 18. Januar 2013 rechne. Ausserdem bat das ENSI den Gesuchsteller um eine Bestätigung des Gesuches innert 10 Tagen, falls er dieses aufrechterhalten wolle, ansonsten es gemäss Art. 16 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ; SR 152.31) als zurückgezogen gelte.



3. Der Antragsteller 2 (Journalist) verlangte am 28. Mai 2013, ebenfalls gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz, beim ENSI Zugang zu denselben beiden Sitzungsprotokollen wie der Antragsteller 1¹.
4. Der Antragsteller 1 bat das ENSI mit E-Mail vom 6. Juni 2013 um Sistierung des Zugangsgesuches vom 12. April 2013 mit Verweis auf das Zugangsgesuch des Antragstellers 2, welcher die Kosten für die Bearbeitung des Gesuches übernehmen würde.
5. Am 13. Juni 2013 antwortete das ENSI dem Antragsteller 2, dass der Zugang zu den verlangten Dokumenten gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufgeschoben werde, weil diese eng mit dem „entsprechenden Baubewilligungsverfahren“ verknüpft seien, welches noch nicht rechtskräftig sei.
6. Der Antragsteller 1 schrieb schliesslich dem ENSI am 25. Juni 2013, dass er vom Antragsteller 2 informiert worden sei, dass sein Zugangsgesuch abgelehnt worden sei, weshalb er sein Zugangsgesuch wieder reaktiviere und um Zustellung der beiden Sitzungsprotokolle unter Auferlegung der Gebühren bitte.
7. Mit Schreiben vom 26. Juni 2013 reichte der Antragsteller 2 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein. Er verwies in seinem Antrag auf die Antwort des ENSI an den Antragsteller 1, welcher eine andere Antwort auf sein Zugangsgesuch erhalten habe.
8. Am 27. Juni 2013 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller 2 den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte zugleich vom ENSI die Einreichung der vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sowie einer ausführlichen und detailliert begründeten Stellungnahme.
9. Auf Ersuchen des Beauftragten vom 27. Juni 2013 hin führte das ENSI in seiner Stellungnahme vom 2. Juli 2013 aus, dass die beiden verlangten Sitzungsprotokolle eng mit dem entsprechenden kantonalen Baubewilligungsverfahren verknüpft seien, das noch nicht rechtskräftig sei (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ). Es könne nicht „angehen, dass sich der Gesuchsteller auf dem Weg des Öffentlichkeitsgesetzes Zugang zu Informationen beschaffen“ könne, die ihm ansonsten verwehrt blieben. Aus diesen Gründen schob das ENSI den Zugang zu diesen Dokumenten auf.
10. Am 1. Juli 2013 verweigerte das ENSI dem Antragsteller 1 den Zugang zu den verlangten Sitzungsprotokollen, wiederum mit der Begründung, dass die beiden verlangten Sitzungsprotokolle eng mit dem entsprechenden kantonalen Baubewilligungsverfahren verknüpft seien, das noch nicht rechtskräftig sei (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ).
11. Auf Nachfrage des Beauftragten hin reichte das ENSI am 12. Juli 2013 diesem schliesslich den Gesamtbauentscheid Mühleberg vom 29. April 2013 über die Verstärkung Untergrund Maschinenhaus und Wehr zur Beurteilung des engen Zusammenhangs zwischen den beiden Sitzungsprotokollen und dem laufenden Bauverfahren ein.
12. Nachdem Abklärungen des Beauftragten mit dem Amt für Wasser und Abfall und der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 11. Juli 2013 ergeben haben, dass das zu prüfende Bauverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen worden ist, gab der Beauftragte dem ENSI am 25. Juli 2013 wiederum die Möglichkeit, ergänzend zum Schlichtungsverfahren Stellung zu nehmen.
13. Am 16. Juli 2013 reichte der Antragsteller 1 beim Beauftragten ebenfalls einen Schlichtungsantrag ein. Er führte u.a. aus, dass die verlangten Sitzungsprotokolle nicht Teil der Verfahrensakten des Baubewilligungsverfahrens darstellen.

¹ Vgl. Ziff. 1.



14. Am 17. Juli 2013 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller 1 den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte zugleich vom ENSI die Einreichung der vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sowie einer ausführlichen und detailliert begründeten Stellungnahme.
15. Am 26. Juli 2013 schickte das ENSI dem Beauftragten schliesslich seine Stellungnahme zum Schlichtungsantrag des Antragstellers 1 vom 16. Juli 2013. Es führte dazu aus, dass der Zugang zu den verlangten Protokollen aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufgeschoben werde, da diese materiell eng mit dem entsprechenden kantonalen Baubewilligungsverfahren verknüpft seien, welches noch nicht rechtskräftig sei.
16. Das ENSI schickte dem Beauftragten sodann nach telefonischer Absprache einen Link mit einer Mitteilung von Greenpeace mit der Mitteilung, dass gegen den Gesamtbauentscheid vom 29. April 2013 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben worden sei. Das Bundesverwaltungsgericht stellte dem Beauftragten auf dessen Nachfrage hin schliesslich eine Kopie des Urteils vom 16. August 2013 zu.
17. Nachdem die anschliessenden Abklärungen des Beauftragten ergeben haben, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. August 2013 am 18. September 2013 rechtskräftig geworden ist, gab der Beauftragte dem ENSI mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 zum dritten Mal die Möglichkeit zur ergänzenden Stellungnahme, wiederum mit dem Hinweis, dass die Stellungnahme ausführlich zu begründen ist und für jede Textpassage, zu welcher der Zugang verweigert oder aufgeschoben wurde, nebst der massgebenden Ausnahmebestimmung des Öffentlichkeitsgesetzes detailliert darzulegen ist, aus welchen Gründen das Amt den Zugang verweigert oder aufgeschoben hat. Der Beauftragte wies das ENSI zudem zum dritten Mal darauf hin, dass dieser Stellungnahme insbesondere in einem Schlichtungsverfahren auf dem Schriftweg eine zentrale Bedeutung zukomme.
18. Das ENSI schrieb dem Beauftragten mit E-Mail vom 25. Oktober 2013, dass das Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht am 18. September 2013 in der Tat in Rechtskraft erwachsen sei. Einem dem E-Mail angefügten Zeitungsausschnitt könne jedoch entnommen werden, dass scheinbar noch ein Verfahren auf kantonalen Ebene hängig sei, weshalb die Sitzungsprotokolle gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ weiterhin nicht in den sachlichen Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen würden. Weitere Ausführungen des ENSI zur Begründung des Aufschubes resp. der Verweigerung der verlangten Sitzungsprotokolle fehlten.
19. Am 29. Oktober 2013 bestätigte das Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern gegenüber dem Beauftragten auf dessen telefonische Nachfrage schriftlich, dass die beiden verlangten Sitzungsprotokolle vom 14. März 2012 und 18. Januar 2013 nicht Teil der kantonalen Verfahrensakten darstellen.
20. Auf die weitere Argumentation der Antragstellenden und 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

20. 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.

21. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig². 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.
22. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim Bundesamt für ABC 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.
23. 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 Beauftragten³.
24. 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

25. 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.
26. Das ENSI hielt sowohl gegenüber den Antragstellenden am 28. Mai 2013 (dem Antragsteller 2) und 1. Juli 2013 (dem Antragsteller 1), als auch gegenüber dem Beauftragten (am 2. Juli 2013, 25. Juli 2013, 26. Juli 2013 und 25. Oktober 2013) trotz wiederholter Aufforderung zur ausführlichen Stellungnahme als Verweigerungsgrund der Protokolle lediglich aus, dass es den Zugang zu den verlangten Sitzungsprotokollen gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufschiebe, weil diese „materiell eng mit dem entsprechenden kantonalen Baubewilligungsverfahren verknüpft seien, das noch nicht rechtskräftig ist.“

² BBI 2003 2023.

³ BBI 2003 2024.

⁴ Christine Guy-Ecabert, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 RZ 8.



Eine weitere Begründung der Verweigerung resp. Aufschiebs des Zugangs zu den verlangten Sitzungsprotokollen blieb trotz ausdrücklicher Aufforderung zur ausführlichen Stellungnahme aus.

27. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ hält in Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht für Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege gilt. Unter den Begriff des Verfahrens der Staats- und Verwaltungsrechtspflege fallen sowohl das nichtstreitige als auch das Streitige Verfahren, wobei sich Ersteres auf das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren bezieht und das Zweite aufgliedert wird in die ursprüngliche und die nachträgliche Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Klage- und Beschwerdeverfahren)⁵. Dabei ist festzuhalten, dass die Herausgabe von Dokumenten eines laufenden Verfahrens der Staats- und Verwaltungsrechtspflege nicht mit Hilfe des Öffentlichkeitsgesetzes verlangt werden kann.
28. Das ENSI legte in seinen Stellungnahmen nicht im Einzelnen dar, inwiefern ein enger Zusammenhang zwischen dem kantonalen Baubewilligungsverfahren und den beiden Sitzungsprotokollen besteht. Es schob den Zugang zu den verlangten Dokumenten mit Verweis auf ein laufendes, kantonales Verfahren auf und war trotz Nachfrage des Beauftragten nicht bereit, diesem ergänzend in einer Stellungnahme detailliert zu erklären, aufgrund welcher Ausnahmegründe genau das Dokument als Ganzes nicht zugänglich gemacht werden kann resp. weshalb der Zugang aufgeschoben wird. Es reichte dem Beauftragten auf dessen Nachfrage lediglich den Gesamtbauentscheid des Amtes für Wasser und Abfall vom 29. April 2013 ein. Für den Beauftragten liegen alsdann auch nach selbstständiger Prüfung keinerlei Hinweise vor, weshalb die Herausgabe der Protokolle aufgeschoben werden müsste, zumal auch die zuständige Behörde, welche den Gesamtbauentscheid erlassen hat, gegenüber dem Beauftragten auf dessen telefonische Nachfrage am 29. Oktober 2013 schriftlich bestätigen konnte, dass die beiden Sitzungsprotokolle nicht Teil der kantonalen Verfahrensakten sind.
29. Sodann ist nachfolgend zu prüfen, ob die vom Antragsteller verlangten Dokumente zugänglich gemacht werden müssen resp. ob eine oder mehrere der im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Ausnahmebestimmungen vorliegen. Die Behörde hat dabei zu beweisen, ob eine der im Öffentlichkeitsgesetz aufgeführten Ausnahmeklauseln vorliegt und der Zugang aufgrund dieser Bestimmungen verweigert werden kann⁶. Das ENSI konnte dem Beauftragten trotz mehrmaliger telefonischer und schriftlicher Aufforderung die Verweigerung resp. Aufschiebung des Zugangs nicht ausführlich begründen.
30. Mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 1. Juli 2006 wurde die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten eingeführt. Deshalb liegt die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung bei einer Zugangsverweigerung von amtlichen Dokumenten bei den Bundesbehörden. Dies bedeutet – so das Bundesverwaltungsgericht – dass die Behörde das Vorliegen von Ausnahmebestimmungen beweisen muss⁷. Das Vorliegen einer der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 ff. BGÖ wurde vom ENSI weder geltend gemacht noch ist ein solches für den Beauftragten ersichtlich.
31. *Das ENSI kann nach Ansicht des Beauftragten die Herausgabe der beiden verlangten Sitzungsprotokolle vom 14. März 2012 und 18. Januar 2013 nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufschieben, da diese nicht Teil von Verfahrensakten eines laufenden Verfahrens bilden. Aufgrund fehlender Begründung und Hinweise gelangt der Beauftragte ausserdem zum Schluss, dass in Bezug auf die Herausgabe der Sitzungsprotokolle vorliegend keine der Ausnahmebestimmungen von Art. 7 ff. BGÖ gegeben sind.*

⁵ Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 3 RZ. 35.

⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 3.1.

⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 3.1.



32. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das ENSI hat den Zugang zu den verlangten Sitzungsprotokollen zu gewähren.*

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

33. Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI gewährt den Zugang zu den Sitzungsprotokollen vom 14. März 2012 und 18. Januar 2013 zur „Überprüfung der Erdbebensicherheit des Wasserkraftwerks Mühleberg.“
34. Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 33 den Zugang nicht gewähren will.
35. Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
36. Der Antragsteller 1 und der Antragsteller 2 können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
37. Gegen die Verfügung können die Antragstellenden beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
38. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
39. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Antragsteller 1
 - Antragsteller 2
 - Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI
Industriestrasse 19
5200 Brugg

Hanspeter Thür