



EDÖB-A-173D3401/6

Bern, 1. Oktober 2020

Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X
(Antragsteller)
und
Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Am 28. November 2019 hat das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) in einer Medienmitteilung¹ darüber informiert, dass im Zusammenhang mit der Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf in ein ziviles Flugfeld wichtige Fragen aufgetaucht sind, die bei der Planung des Projekts 2013 nicht berücksichtigt worden sind. Einerseits hätten Abklärungen ergeben, dass der vorgesehene Flugbetrieb in Dübendorf aus Sicherheitsgründen grösseren Koordinationsbedarf mit dem Flughafen Zürich auslöse, als ursprünglich angenommen worden sei, und andererseits hätte sich gezeigt, dass Grundstücke derart tief überflogen würden, dass die Eigentumsrechte der Grundeigentümer entgegen den bisherigen Planungen allenfalls beschränkt werden müssten. Die Flugplatz Dübendorf AG verfüge jedoch nicht über die dazu nötige Befugnis zur Enteignung. Dafür sei eine Konzession erforderlich. Aufgrund dieser neuen Erkenntnisse und nach Sichtung der einschlägigen Unterlagen habe das UVEK beim Bundesamt für Justiz (BJ) am 17. September 2019 ein Gutachten in Auftrag gegeben. Dieses Gutachten sollte die verfahrensrechtlichen Fragen rund um eine Konzessionierung klären sowie darlegen, ob bei einer allfälligen Erteilung einer Betriebskonzession ein ordentliches Ausschreibungs- oder Einladungsverfahren erforderlich wäre. Das seit dem 21. November 2019 vorliegende Gutachten zeige auf, dass folgende Schritte zwingend seien, sollte der Weg Richtung Betriebskonzession eingeschlagen werden: Im Sachplan Infrastruktur Luftfahrt (SIL) müssten demnach sowohl der Konzeptteil geändert wie auch das Objektblatt des Flugplatzes Dübendorf neu ausgestaltet werden. Zudem wäre ein Konzessionsverfahren durchzuführen, das mit dem ohnehin erforderlichen Umnutzungsverfahren kombiniert werden könne.
Im SIL-Prozess seien dabei die neuen Erkenntnisse und laufenden Abklärungen zu berücksichtigen. Die Überarbeitung des SIL-Objektblatts könne aufgrund dessen derzeit nicht abgeschlossen werden.²
2. Gemäss Medienmitteilung vom 26. Februar 2020 genehmigte der Bundesrat gleichentags den überarbeiteten Konzeptteil des Sachplans Verkehr, Teil Infrastruktur Luftfahrt (SIL), da der bisherige Konzeptteil des SIL aus dem Jahr 2000 seine Funktion als Planungsinstrument nur

¹ <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-77281.html> (zuletzt besucht 30.09.2020).

² <https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/aktuell/Medienmitteilungen.msg-id-77281.html> (zuletzt besucht am 30.09.2020).



noch lückenhaft erfüllte. Mit dem überarbeiteten Konzeptteil werden die generellen Ziele und Vorgaben zur Infrastruktur der zivilen Luftfahrt aktualisiert. Der SIL soll seine Funktion als Leitlinie für die Interessenabwägung beim Betrieb der Luftfahrtinfrastruktur und bei Bauvorhaben weiterhin erfüllen können, soweit die Gesetzgebung einen Ermessensspielraum offenlässt. Konkrete Massnahmen werden allerdings nicht im SIL-Konzeptteil festgelegt. Dieser dient ausschliesslich der raumplanerischen Sicherung und räumlichen Abstimmung der Flugplätze.³ Die vom Bundesrat bereits genehmigten SIL-Objektblätter behalten mit dem überarbeiteten SIL-Konzeptteil ihre Gültigkeit.

Der SIL enthält für jeden Flugplatz ein Objektblatt. Darin werden die Vorgaben des oben erwähnten Konzeptteils für jeden der einzelnen Flugplätze konkretisiert. Das Objektblatt eines Flugplatzes ist Voraussetzung für die Genehmigung des Betriebsreglements und die Bewilligung von Flughafenanlagen.⁴

3. Am 1. April 2020 hat der Antragsteller (Privater) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) ein Zugangsgesuch eingereicht. In der Angelegenheit der Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf verlangte er „Zugang zu folgenden amtlichen Dokumenten (gemäss Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung):
 - a) eine Übersicht aller Dokumente, welche zum am 28.11.2019 vom UVEK verkündeten Marschhalt geführt haben. Insbesondere (aber nicht ausschliessend) eine Übersicht aller Dokumente,
 - a1) welche die sicherheitstechnischen Aspekte/Koordination mit dem Flughafen Kloten beleuchten sowie
 - a2) aufzeigen, dass Grundstücke derart tief überflogen würden, dass die Eigentumsrechte der Grundeigentümer entgegen den bisherigen Planungen allenfalls beschränkt werden müssten.
 - b) Schreiben der FDAG [Flugplatz Dübendorf AG] ans BAZL vom 14.12.2018
 - c) Elektronische Nachricht des Generalsekretärs UVEK vom 17.09.2019 an Direktor des BJ
 - d) Protokoll der Besprechung vom 27.09.2019 zwischen GS [Generalsekretariat] UVEK/BAZL/BJ (Protokolldatum: 7.10.2019)
 - e) Elektronische Nachrichten des BAZL vom 01.10.2019 (bereinigte Fragen)
 - f) Elektronische Nachrichten des BAZL vom 07.10.2019 (Unterlagen und Abklärungen zur 2013 erfolgten Ausschreibung).“
4. Mit E-Mail vom 14. April 2020 schob das BAZL den Zugang zu den verlangten Dokumenten auf, da „[...] die amtlichen Dokumente im Zusammenhang mit der Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf Art. 8 Abs. 2 BGÖ [unterliegen].“ Es begründete den Aufschub damit, dass die verlangten Dokumente der politischen Willensbildung im Hinblick auf den SIL Entscheid des Bundesrates dienen und dieser Entscheid noch nicht getroffen worden sei. Hinsichtlich der vom Antragsteller verlangten Übersicht aller relevanten Unterlagen liess das BAZL dem Antragsteller eine solche zukommen, die es „in einem analogen Verfahren für den Gesuchsteller erstellt“ hatte, und wies darauf hin, „dass wir den Zugang zu all den darin aufgeführten Dokumenten (so lange sie nicht bereits publiziert wurden), gem. Art. 8 Abs. 2 BGÖ verweigern, bzw. aufschieben würden.“
5. Am 15. April 2020 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. In Bezug auf die ihm zugestellte Übersicht vom Februar 2020 hielt er fest, dass diese aus seiner Sicht nicht

³ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78237.html> (zuletzt besucht am 30.09.2020).

⁴ <https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/politik/luftfahrtpolitik/sachplan-infrastruktur-der-luftfahrt--sil-/objektteil-des-sil.html> (zuletzt besucht am 30.09.2020).



vollständig sein könne, ohne diese Aussage weiter zu begründen. In Bezug auf den Aufschub des Zugangs zu den in der Übersicht aufgeführten Dokumenten bestritt er u.a., „dass die Verweigerung des Zugangs gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorliegend zulässig ist [...]. Die Verweigerung mit Begründung auf ausstehende weitere Entscheide untergräbt die Vermutung des freien Dokumenten-Zugangs nach BGÖ, bzw. würde den grundsätzlichen Zugang nach BGÖ untergraben.“ In diesem langjährigen Umnutzungsverfahren des Militärflugplatzes werde es immer wieder zukünftige Entscheide geben, welche noch nicht gefällt worden seien. Das BAZL könne sich deshalb immer wieder auf noch zu fällende Entscheide berufen. Des Weiteren sei das Schreiben der FDAG vom 14. Dezember 2018 (Dokument b des Gesuchs) zusammen mit anderen Unterlagen des BAZL/UVEK eine der Grundlagen gewesen „für den Entscheid des UVEK/BAZL vom 27. September 2020, dem BJ den Auftrag für das besagte Gutachten zu erteilen; mithin ist dieser Entscheid unbestreitbar bereits gefallen und folglich das Dokument herauszugeben.“

6. Mit E-Mail vom 16. April 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller und dem BAZL den Eingang des Schlichtungsantrags. Beiden wurde auch mitgeteilt, dass der Beauftragte das Schlichtungsverfahren aus Gründen der öffentlichen Gesundheit (Massnahmen betreffend Corona Virus) schriftlich durchführen werde und sie Gelegenheit hätten, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Das BAZL forderte er gleichzeitig auf, die betroffenen Dokumente einzureichen.
7. Am 27. April 2020 reichte das BAZL dem Beauftragten eine „Übersicht der relevanten Dokumente“ und eine Stellungnahme ein. Darin teilte es mit, der Antragsteller verlange in seinem Zugangsgesuch „eine Übersicht verschiedener Dokumente im Zusammenhang mit der Umnutzung des Flugplatzes Dübendorf. Die einzelnen darauf aufgeführten Dokumente sind nicht Teil des Zugangsgesuches und werden dem EDÖB aus diesem Grund nicht zugestellt. Eine ähnliche Liste haben wir [dem Antragsteller] am 14. April 2020 bereits gesendet und sind auch bereit, ihm diese ergänzte Übersicht zuzustellen. Damit erachten wir das Gesuch als vollständig erfüllt.“ Der Zugang zu den einzelnen Dokumenten dieser Liste verweigerte bzw. schob es gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ auf, da diese Dokumente der politischen Willensbildung des Bundesrates im Hinblick auf den SIL Entscheid dienten und dieser Entscheid noch nicht getroffen worden sei. „Diese Frage ist unseres Erachtens jedoch nicht Teil des vorliegenden Schlichtungsantrags. [Der Antragsteller] verlangt (zumindest zu diesem Zeitpunkt) lediglich eine Übersicht aller relevanten Unterlagen im Zusammenhang mit der Umnutzung des Flugplatzes Dübendorf.“
8. Der Antragsteller liess dem Beauftragten keine ergänzende Stellungnahme zukommen.
9. Mit E-Mail vom 1. Mai 2020 reichte das BAZL dem Beauftragten die in seiner Stellungnahme vom 27. April 2020 ausstehende Auflistung von Dokumenten zu „f) Elektronische Nachrichten des BAZL vom 07.10.2019 (Unterlagen und Abklärungen zur 2013 erfolgten Ausschreibung) (Ziff. 3)“ nach.
10. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BAZL 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

11. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAZL ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer



an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

12. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁵ Kommt keine Einigung zustande 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

13. 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.⁶
14. Das BAZL hat in seiner Stellungnahme vom 27. April 2020 an den Beauftragten eine ergänzte Auflistung mit den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten eingereicht. Es hat sich bereit erklärt, dem Antragsteller diese Auflistung herauszugeben (s. Ziffer 7). Somit ist der Schlichtungsantrag bezüglich den Punkten a1) sowie a2) erledigt.
15. Zusätzlich zu einer Übersicht hat der Antragsteller in seinem Gesuch explizit eine Reihe von Dokumenten (Buchstaben b – f)) bezeichnet, zu denen er Zugang verlangt. Das BAZL will den Zugang zu diesen Unterlagen bis nach dem SIL Entscheid des Bundesrates verweigern resp. aufschieben. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ gegeben sind.
16. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes hat ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden. Der Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit ("Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt") wurde zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips ("Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt") umgekehrt. Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Jede Person, die amtliche Dokumente einsehen möchte, hat im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes einen subjektiven, individuellen Anspruch darauf. Aufgrund des im Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Diesbezüglich liegt es nicht mehr im freien Ermessen der Behörde, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will oder nicht.⁷ Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelungen (Art. 7 – 9 BGÖ) erfüllt sind. Die Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes führte zu einer Umkehr der Beweislast. Demzufolge muss eine Behörde, wenn sie den Zugang zu amtlichen Dokumenten teilweise oder vollständig verweigern oder aufschieben will, die Vermutung des

⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁶ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

⁷ Urteil des BVGer A-7235/2015 vom 30. Juni 2016 E. 3.1; Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.



Zugangs zu den Dokumenten widerlegen. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁸

17. Das Öffentlichkeitsprinzip gilt nicht absolut. Die Bestimmungen von Art. 7, Art. 8 und Art. 9 BGÖ sehen Ausnahmetatbestände vor, bei deren Vorliegen der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder ganz zu verweigern ist. Erweist sich im Ergebnis eine Einschränkung des Zugangs als gerechtfertigt, so muss die Behörde in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips dafür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsgesetz am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.⁹ Demnach darf der Zugang nicht komplett verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach den Ausnahmbestimmungen von Art. 7–9 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu denjenigen Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind.¹⁰
18. Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Es handelt sich bei Art. 8 Abs. 2 BGÖ somit nicht um eine Verweigerung des Zugangs, sondern um einen Aufschub. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgesichert von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.¹¹ Damit das betreffende Dokument als Entscheidungsgrundlage gilt, muss dieses nach der Lehre einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, damit nicht über diesen Gesetzesartikel der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt wird.¹² Diese Auffassung wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.¹³ Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.¹⁴ Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.¹⁵ Ist der betreffende Entscheid getroffen, besteht diese Gefahr nicht mehr und der Zugang ist unter Vorbehalt der Ausnahmenorm nach Art. 7 BGÖ zu gewähren, soweit das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist.
19. Das BAZL führt als Begründung den Aufschub des Zugangs zu den Dokumenten b-f) lediglich aus, dass die in der Übersicht enthaltenen Dokumente der politischen Willensbildung im Hinblick auf den SIL Entscheid des Bundesrates dienen und dieser Entscheid noch nicht getroffen worden sei. Die blosser Tatsache, dass in einem Dossier noch ein politischer oder administrativer Entscheid zu treffen ist, genügt alleine nicht, um den Zugang zu sämtlichen, mit dem Entscheid in Zusammenhang stehenden Unterlagen unbesehen aufzuschieben. Wie ausgeführt, rechtfertigt alleine eine beliebige, bloss lockere Verbindung zwischen Dokument

⁸ Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1; Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

⁹ BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

¹⁰ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.2.

¹¹ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 32; Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.

¹² Vgl. Urteil des BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1.

¹³ Urteil des BVGer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.

¹⁴ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 30.

¹⁵ Empfehlung EDÖB vom 16. September 2015: ENSI / Berichte der Kernkraftwerkbetreiber zur Verfügung des ENSI vom 17. Mai 2013 (gezielter Anflug von Flugzeugen), Ziff. 16 f.



und Entscheid die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht.

Im vorliegenden Fall legt das BAZL weder dar, inwiefern sämtliche der verlangten Dokumente für den SIL Entscheid von beträchtlichem materiellem Gewicht sind, noch zeigt es den direkten und unmittelbaren Zusammenhang zum konkreten, noch ausstehenden Entscheid auf. Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass einzelne Dokumente oder bestimmte Passagen der Dokumente den geforderten engen Zusammenhang zum Bundesratsentscheid aufweisen und damit die verlangte materielle Grundlage für diesen darstellen. Ob dies bei den verlangten Dokumente b-f) der Fall ist, kann der Beauftragte mangels Einblick in die einzelnen Dokumente indes nicht beurteilen.

20. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das BAZL in Bezug auf die Dokumente die geltend gemachte Ausnahmebestimmung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ bis anhin nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründung aufgezeigt hat. Somit gilt die gesetzliche Vermutung von Art. 6 BGÖ, gemäss welcher der Antragsteller das Recht auf Zugang zu den verlangten Dokumenten hat.

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

21. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt gewährt Zugang zu den Dokumenten b-f) nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes.
22. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Zivilluftfahrt den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
23. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
24. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
25. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
26. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für Zivilluftfahrt
3003 Bern

Reto Ammann