



Bern, 9. Juni 2023

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X. __
(Antragssteller)**

und

Pronovo AG

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 13. Januar 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Pronovo AG (nachfolgend: Pronovo) um Zugang zu allfälligen Fristverlängerungsgesuchen der Stadtwerke Grenchen SWG betreffend die fünf Bescheide (vom Antragsteller als "KEV-Zusagen" bezeichnet) vom 1. Oktober 2014 ersucht.
2. Am 2. Februar 2023 nahm Pronovo Stellung und wies darauf hin, dass allfällige Fristverlängerungsgesuche Dokumente erstinstanzlicher Verfahren darstellten, für welche noch keine abschliessenden Entscheide vorlägen, weshalb der Zugang aufzuschieben sei (vgl. Art. 8 Abs. 2 BGÖ).
3. Am 24. Februar 2023 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 27. Februar 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags Pronovo dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
5. Am 9. März 2023 reichte Pronovo die betroffenen Dokumente ein.
6. Auf Antrag des Antragstellers verschob der Beauftragte die für auf den 30. März 2023 angesetzte Schlichtungssitzung auf den 4. Mai 2023.

7. Am 4. Mai 2023 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragsstellers und von Pronovo 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. Der Antragssteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei Pronovo ein. Pronovo verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragssteller 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).
10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ 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

11. 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.²
12. Gegenstand des Schlichtungsverfahrens ist der Zugang zu Fristverlängerungsgesuchen im Sinne des Zugangsgesuchs (vgl. Ziffer 1).
13. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.³ Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson.⁴ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁵
14. Pronovo macht in der Stellungnahme vom 2. Februar 2023 gegenüber dem Antragsteller geltend, dass allfällige Fristverlängerungsgesuche Dokumente erstinstanzlicher Verfahren darstellten, für welche noch keine abschliessenden Entscheide vorlägen, weshalb der Zugang aufzuschieben sei (vgl. Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Pronovo umschreibt das Verfahren betreffend den Entscheid über die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem EVS wie folgt: "Das Gesuch um Förderung mittels der

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

³ BGE 142 II 340 E. 2.2.

⁴ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

⁵ Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

Einspeisevergütung (früher kostendeckende Einspeisevergütung [KEV]) ist bei Pronovo einzureichen (Art. 21 EnFV⁶). Sind die Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich erfüllt und stehen genügend Mittel zur Verfügung, so sichert Pronovo die Teilnahme der Anlage am Einspeisevergütungssystem mit einer Verfügung dem Grundsatz nach zu (Art. 22 Abs. 1 EnFV [altrechtliche Bezeichnung: Bescheid; vgl. Art. 3 Abs. 3 der Energieverordnung (EnV; SR 730.01)]). Der Gesuchsteller muss nach Erhalt dieser Zusicherung fristgerecht Projektfortschritte erzielen sowie die Anlage in Betrieb nehmen (Art. 23 Abs. 1 EnFV). Erfüllt die Anlage auch nach der Inbetriebnahme die Anspruchsvoraussetzungen, so verfügt die Vollzugstelle namentlich den Eintritt in das EVS, ob die Anlage in der Direktvermarktung ist oder mit dem Referenz-Marktpreis vergütet wird und die Höhe des Vergütungssatzes (Art. 24 Abs. 1 EnFV). Indessen widerruft Pronovo die Zusicherung und weist das Gesuch um Teilnahme am EVS ab, wenn insbesondere die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, oder die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte oder die Inbetriebnahme nicht einhält (Art. 24 Abs. 3 EnFV).⁷ Für Windenergieanlagen, für welche noch keine definitiven Vergütungssätze im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Bst. a EnFV festgelegt worden seien, stellten Fristverlängerungsgesuche demnach eine Grundlage für den später von Pronovo zu treffenden administrativen Entscheid, nämlich den Entscheid über den Eintritt in das Einspeisevergütungssystem, dar. Im Zusammenhang mit den vom Antragsteller erwähnten fünf Bescheiden vom 1. Oktober 2014 sei der Entscheid über die Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem noch nicht gefällt worden. Somit könnten auch die vorliegend verlangten Fristverlängerungsgesuche erst nach dem administrativen Entscheid – der rechtskräftigen Verfügung betreffend die Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem (Art. 24 EnFV) – zugänglich gemacht werden.

15. Die Qualifikation der verlangten Fristverlängerungsgesuche als amtliche Dokumente wird – soweit für den Beauftragten ersichtlich – nicht bestritten. Zu klären ist, ob Fristverlängerungsgesuche Dokumente eines erstinstanzlichen Verfahrens sind, in welchen der verfahrensabschliessende Entscheid ausstehend bzw. nicht rechtskräftig ist.
16. Art. 3 Abs. 1 BGÖ nimmt verschiedene Arten von Verfahren vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes aus, darunter Verfahren der Verwaltungsrechtspflege (d.h. streitige verwaltungsrechtliche Verfahren, Bst. a Ziff. 5).⁷ Die Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sind dem Öffentlichkeitsgesetz hingegen grundsätzlich unterstellt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario).⁸ Der Entscheid über den Eintritt in das Einspeisevergütungssystem ergeht in Form einer Verfügung (vgl. Art. 24 Abs. 1 EnFV). Die Gesuchsverfahren um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem werden als solche mit einer Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) abgeschlossen und sind folglich als erstinstanzliche Verwaltungsverfahren zu qualifizieren.⁹ Bei den vom Zugangsgesuch erfassten Informationen handelt es sich zudem nicht lediglich um allgemeine Informationen, die nur im weiteren Sinn in einem Zusammenhang mit dem Verfahren stehen.¹⁰ Vielmehr werden derartige Frister Streckungsgesuche ausschliesslich zwecks Einflussnahme auf den weiteren Fortgang des Verfahrens erstellt und eingereicht. Fristverlängerungsgesuche stellen somit Dokumente eines erstinstanzlichen Verfahrens im engeren Sinne dar. Der Zugang ist in jedem Fall erst zu gewähren, wenn der verwaltungsrechtliche Entscheid, der das erstinstanzliche Verfahren abschliesst, rechtskräftig ist (vgl. Art. 8 Abs. 2 BGÖ).¹¹
17. 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. Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und

⁶ Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03).

⁷ Urteil des BVGer A-458/2020 vom 18. Mai 2020 E. 6.1.

⁸ Urteil des BVGer A-458/2020 vom 18. Mai 2020 E. 6.1 mit Verweis auf BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2.

⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.1 f.

¹⁰ Vgl. Urteil des BVGer A-1784/2014 vom 30. April 2015 E. 3.2.1.

¹¹ Urteil des BVGer A-458/2020 vom 18. Mai 2020 E. 6.1 m.H.

prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.¹² Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt 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. Damit ein 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.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

18. Für die Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist vorliegend zentral, ob Fristverlängerungsgesuche wesentliche Entscheidungsgrundlage im Sinne der Rechtsprechung für einen im jeweiligen Verfahren noch zu treffenden Entscheid (Widerruf der Zusicherung dem Grundsatz nach oder Eintritt in das Einspeisevergütungssystem) darstellen oder nicht.
19. Die gesuchstellende Person muss nach Erhalt der Verfügung nach Art. 22 EnFV (nachfolgend und entsprechend der Bezeichnung in der Energieförderungsverordnung: Zusicherung dem Grundsatz nach) fristgerecht Projektfortschritte erzielen sowie die Anlage in Betrieb nehmen (Art. 23 Abs. 1 EnFV). Dabei hält die Energieförderungsverordnung ausdrücklich fest, dass die genannten Fristen für die Dauer von planungs-, konzessions- oder baurechtlichen Rechtsmittelverfahren still stehen (Art. 23 Abs. 2bis EnFV) bzw. aus anderen Gründen, für welche die gesuchstellende Person nicht einzustehen hat, von Pronovo auf Gesuch hin verlängert werden können. Das Erfordernis des Fristerstreckungsgesuchs gemäss Art. 23 Abs. 3 EnFV erfüllt vorliegend den Zweck, überprüfen zu können, ob der Gesuchsteller unverschuldeterweise davon abgehalten wurde, die vorgeschriebenen Projektfortschrittmeldungen rechtzeitig einzureichen.¹⁶ Wenn die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte oder die Inbetriebnahme nicht einhält, widerruft Pronovo die Zusicherung dem Grundsatz nach und weist das Gesuch um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ab (Art. 24 Abs. 3 Bst. b EnFV).
20. Die Einhaltung der Frist für die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme als gesetzliche Voraussetzungen und dementsprechend auch die Beurteilung der Fristverlängerungsgesuche resp. der darin vorgebrachten Verlängerungsgründe sind für den Entscheid von erheblicher Relevanz, da bei Nichteinhaltung der Frist die Zusicherung dem Grundsatz nach widerrufen und das Gesuch um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem abgewiesen wird. In einem Fristerstreckungsgesuch bringt die gesuchstellende Partei vor, aus welchen Gründen die in der Zusicherung dem Grundsatz nach bzw. dem Bescheid aufgeführten Fristen für die Projektfortschritte und/oder die Inbetriebnahme erstreckt werden sollen. Die vorgebrachten Gründe sind Grundlage der Beurteilung der Fristverlängerungsgesuche durch Pronovo und damit insgesamt für den definitiven Entscheid über die Teilnahme am EVS (oder ggf. den Widerruf der Zusicherung dem Grundsatz nach) eine wesentliche Entscheidungsgrundlage. Insofern sind die Vorbringen von Pronovo, dass Fristverlängerungsgesuche einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem definitiven Entscheid von Pronovo haben und für diesen erst noch von beträchtlichem materiellem Gewicht sind, hinreichend plausibel.
21. In Anlehnung an die Empfehlungspraxis des Beauftragten ist eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren zu verlangen. Der Beauftragte hat vorliegend keine Kenntnis über das Datum bzw. den Zeitraum des ausstehenden

¹² Urteil des BVerfG A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz 32.

¹³ Urteile des BVerfG A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 8.4.1 m.H.; A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4; A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.7.1.3; vgl. A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1.

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

¹⁵ Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018, Ziffer 28.

¹⁶ Urteil des BVerfG A-5278/2018 vom 29. Januar 2019 E. 5.2.

behördlichen Entscheids. Gemäss Angaben von SWG ist die Inbetriebnahme der Windenergieanlagen des Windparks Grenchenberg im Jahr 2025 geplant.¹⁷

22. Die Energieförderungsverordnung sieht vor, dass die Fristen für die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme für die Dauer von planungs-, konzessions- oder baurechtlichen Rechtsmittelverfahren still stehen (Art. 23 Abs. 2bis EnFV). Die von Pronovo durchzuführenden Verfahren und insb. die dafür massgeblichen Fristen hängen demnach in wesentlichem Masse davon ab, dass die Entscheide in den für die Inbetriebnahme notwendigerweise zu durchlaufenden planungs-, konzessions- oder baurechtlichen Verfahren rechtskräftig sind. Vorliegend sind bekanntermassen Rechtsmittelverfahren geführt worden.¹⁸ Gemäss Wortlaut von Art. 24 EnFV ist der definitive Entscheid (bzw. ein Widerruf) nach der Inbetriebnahme zu fällen und folglich die Fristeinhaltung auch erst in diesem Moment zu beurteilen. Eine Inbetriebnahme ist während und bis einige Zeit nach Abschluss von Rechtsmittelverfahren bereits aus tatsächlichen Gründen (z.B. Umsetzung der erforderlichen Bauarbeiten) nicht denkbar. In Anbetracht der ausdrücklichen Verankerung des Fristenstillstands während Rechtsmittelverfahren sowie der Möglichkeit von Fristverlängerungen in bestimmten Fällen und dem damit untrennbar einhergehenden Aufschub des definitiven Entscheids im Einzelfall, darf das Kriterium der zeitlichen Nähe *vorliegend* nicht allzu streng gehandhabt werden. Gleichzeitig darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass gesuchstellende Personen im Verfahren betreffend Teilnahme am Einspeisevergütungssystem wie auch Pronovo regelmässig keinen oder höchstens marginalen Einfluss auf die Dauer von beispielsweise baurechtlichen Konzessionsverfahren und allenfalls nachfolgenden Rechtsmittelverfahren haben. Demnach geht die Annahme, Pronovo könnte die Verfahren zwecks Aushebelung des Öffentlichkeitsgesetzes absichtlich verlängern, ohnehin fehl. In Anbetracht des Ausgeführten und angesichts der Fülle der zu berücksichtigten Aspekte, der Vielschichtigkeit und Komplexität solcher Verfahren sowie der politischen Komponente scheint ein zeitlicher Zusammenhang vorliegend hinreichend erstellt.
23. Im Ergebnis hat Pronovo hinreichend dargelegt, dass die Fristverlängerungsgesuche, um welche der Antragsteller ersucht, in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem noch offenen politischen oder administrativen Entscheid stehen und für diesen zudem von beträchtlichem materiellem Gewicht sind. Folglich vermochte Pronovo nach Ansicht des Beauftragten das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ hinreichend darzulegen. Folglich empfiehlt der Beauftragte der Pronovo AG, den Zugang zu den verlangten Dokumenten bis zum definitiven Entscheid bzw. zum Widerruf der Zusicherung aufzuschieben.
24. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Pronovo hat nach Ansicht des Beauftragten hinreichend plausibel dargetan, dass vom Antragsteller verlangte Fristverlängerungsgesuche in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem noch offenen politischen oder administrativen Entscheid stehen und für diesen zudem von beträchtlichem materiellem Gewicht sind. Nach Ansicht des Beauftragten vermochte Pronovo das Vorliegen der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ hinreichend darzulegen.*

¹⁷ www.windkraftgrenchen.ch > Daten und Fakten (zuletzt abgerufen am 6. Juni 2023).

¹⁸ Vgl. z.B. Urteil des BGer 1C_573/2018 vom 24. November 2021.

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

25. Die Pronovo AG schiebt den Zugang zu Fristverlängerungsgesuchen gemäss Ziffer 1 bis zum Eintritt der Rechtskraft des definitiven Entscheids bzw. des Widerrufs der Zusicherung dem Grundsatz nach in den entsprechenden Verfahren auf.
26. Der Antragssteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Pronovo AG den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
27. Die Pronovo AG erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
28. Die Pronovo AG erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
29. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
30. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X. __ (Antragsteller)

 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Pronovo AG
Dammstrasse 3
5070 Frick

Reto Ammann
Leiter Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip

André Winkler
Jurist Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip