



Bern, 1. November 2018

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
X
(Antragstellerin)
und
Stilllegungsfonds für Kernanlagen und
Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke STENFO**

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Am 20. Februar 2018 ersuchte die Antragstellerin (Interessenvertreterin) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke STENFO um Zugang zu einer Reihe von Dokumenten im Zusammenhang mit der Kostenstudie 2016, gestützt auf welche die voraussichtliche Höhe der Stilllegungs- und Entsorgungskosten für jede Kernanlage festgelegt werden.¹
 2. Mit einem als „Verfügung“ bezeichneten Schreiben vom 16. März 2018 teilte der STENFO der Antragstellerin mit, dass der Entscheid des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK über die Höhe der Stilllegungs- und Entsorgungskosten gemäss der Kostenstudie 2016 noch ausstehe. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ könne der Zugang zu den gewünschten Dokumenten zurzeit nicht gewährt werden. Das Zugangsgesuchverfahren werde bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Entscheids des UVEK sistiert und erst danach materiell beurteilt werden. Der STENFO gab der Antragstellerin mit diesem Schreiben zudem Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Sistierung des Verfahrens zu äussern.
 3. Mit Schreiben vom 28. März 2018 erklärte sich die Antragstellerin mit dieser Sistierung einverstanden. Sie wies jedoch darauf hin, dass diese Zustimmung ausdrücklich „nur bis zum Vorliegen des erstinstanzlichen Verwaltungsentscheides, nicht hingegen für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren“ gelte.
 4. Mit einer weiteren „Verfügung“ vom 10. April 2018 sistierte der STENFO wie angekündigt das Verfahren auf Zugang zu den verlangten Dokumenten bis zum Vorliegen des Entscheids des UVEK über die Höhe der Stilllegungs- und Entsorgungskosten für jede Kernanlage gemäss Kostenstudie 2016.

¹ Vgl. Art. 4 der Verordnung über den Stilllegungsfonds und den Entsorgungsfonds für Kernanlagen (SEFV; SR 732.17).



5. Am 11. Mai 2018 informierte der STENFO die Antragstellerin darüber, dass die betroffenen Betreiberinnen der Kernanlagen gegen die am 12. April 2018 ergangene Verfügung des UVEK Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht haben. Demzufolge sei diese Verfügung des UVEK noch nicht rechtskräftig und die Behandlung des Zugangsgesuchs werde weiterhin aufgeschoben.
6. Daraufhin verlangte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. Mai 2018 beim STENFO eine begründete, einem Schlichtungsantrag zugängliche Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ.
7. Mit Schreiben vom 12. Juni 2018 liess der STENFO der Antragstellerin eine solche abschliessende Stellungnahme zukommen und erklärte, dass der Zugang zu der Kostenstudie 2016 und den zudienenden Unterlagen aufgrund der hängigen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht im jetzigen Zeitpunkt gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ bis zu einem rechtskräftigen Entscheid aufgeschoben werde.
8. Am 29. Juni 2018 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ für einen weiteren Aufschub nicht gegeben seien. Der interne Meinungs- und Willensbildungsprozess sei mit dem Entscheid des UVEK als für die Kostenfestlegung zuständige Behörde abgeschlossen. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Zugänglichmachung der ersuchten Dokumente zum jetzigen Zeitpunkt eine wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung im Sinne eines erheblichen Schadensrisikos darstelle, zumal die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidbehörde ohnehin verfassungsrechtlich garantiert sei. Bis ein rechtskräftiger Entscheid über die Höhe der Stilllegungs- und Entsorgungskosten vorliege, könne es Jahre dauern. So werde ihr Zugangsanspruch auf nicht absehbare Zeit hinausgeschoben. Selbst wenn ein Zugangsaufschub grundsätzlich gerechtfertigt wäre, so sei nicht davon auszugehen, dass sämtliche verlangten Dokumente davon betroffen wären. Zudem habe der STENFO ihr trotz ausdrücklichem Ersuchen bislang keine Liste mit den vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten zugestellt. So wisse sie bis heute nicht, welche Dokumente effektiv von ihrem Zugangsgesuch erfasst seien.
9. Mit Schreiben vom 3. Juli 2018 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags den STENFO dazu auf, die betroffenen Dokumente und bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
10. Am 13. Juli 2018 reichte der STENFO eine Auflistung der vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente und eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin bekräftigte der STENFO nochmals seine Haltung, wonach der Zugang bis zur Rechtskraft der Verfügung des UVEK aufgeschoben werde. Angesichts des hängigen Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht bestehe im jetzigen Zeitpunkt kein Zugangsanspruch in Bezug auf die Kostenstudie 2016 sowie ihrer Überprüfberichte, da sie wesentliche Grundlage des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht bildeten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ). Auch die weiteren vom Zugangsgesuch betroffenen Unterlagen, die allesamt im Zusammenhang mit der Kostenstudie 2016 bzw. ihrer Überprüfung stünden, könnten jeweils einzeln sowie in ihrer Gesamtheit eine öffentliche Debatte auslösen, wodurch der Willensbildungsprozess beeinflusst werden könne. Erst wenn die Aufschubgründe weggefallen seien, würden die materiellen Voraussetzungen der Zugangsgewährung im Einzelnen zu prüfen und die betroffenen Dritten anzuhören sein. Ein Rechtsnachteil erwachse der Gesuchstellerin mit diesem beabsichtigten Vorgehen nicht.



11. Am 20. Juli 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien in der Sache nicht einigen konnten. Allerdings erklärte sich der STENFO bereit zu prüfen, ob für diejenigen Dokumente, die nicht Teil des hängigen Verfahrens sind, eine Auflistung der vorhandenen Dokumente erstellt und der Antragstellerin zugestellt werden kann.
12. Mit Schreiben vom 11. September 2018 teilte der STENFO der Antragstellerin mit, dass keine Möglichkeit ersichtlich sei, auf die Zustellung einer Dokumentenliste bzw. auf die Eröffnung eines Verfahrens zur partiellen Offenlegung gewisser Dokumente einzutreten, solange in der Sache selbst kein rechtskräftiger Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ergangen sei. Bei der Mehrheit der identifizierten Unterlagen handle es sich um Verfahrensakten des Beschwerdeverfahrens gegen die Verfügung des UVEK. Doch auch die übrigen Unterlagen stünden allesamt in einem engen Zusammenhang mit der Kostenstudie 2016 und damit auch mit den besagten Verfahrensakten, indem sie Passagen aus den Verfahrensakten wiedergeben oder darauf Bezug nehmen würden. Allein mit der Anfertigung einer Liste, welche Aktenstücke im Verfahren seien und welche nicht, wäre es nicht getan, vielmehr müsste eine solche Unterscheidung laut STENFO auch auf inhaltlicher Ebene erfolgen. Er sehe sich deshalb ausserstande, eine solche Liste mit vertretbarem Aufwand, der überdies der Antragstellerin verrechnet werden müsste, herzustellen. Deshalb werde an besagtem zeitlichen Aufschub des Zugangs festgehalten.
13. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des STENFO 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

14. Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim STENFO ein. Dieser verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin 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).
15. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² 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

16. 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.³

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



17. Die Antragstellerin verlangte Zugang zu einer Vielzahl von Dokumenten im Zusammenhang mit der Kostenstudie 2016 (KS 2016). Sie ersuchte überdies sowohl im Zugangsgesuchverfahren als auch im Schlichtungsverfahren um Zustellung einer Liste mit den von ihrer Anfrage betroffenen Dokumenten zwecks einer möglichen Eingrenzung des Zugangsgesuchs und besserer Nachvollziehbarkeit des Zugangsaufschubs. Der STENFO hat dies wiederholt abgelehnt (vgl. Ziff. 12).
18. Gemäss Art. 3 Abs. 1 VBGÖ hat die Behörde den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern über die verfügbaren amtlichen Dokumente Auskunft zu geben und sie bei ihrem Vorgehen zu unterstützen. Dies bedeutet, dass sie ihnen in angemessenem Rahmen dabei behilflich sein muss, ihr Gesuch klar zu formulieren, das gewünschte Dokument zu ermitteln und nötigenfalls die Behörde zu bestimmen, die für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig ist. Die zuständige Behörde verfügt bezüglich der Unterstützung der Gesuchstellenden über einen gewissen Ermessensspielraum.⁴ Diese Unterstützungspflicht der Behörde ist ein wesentlicher Aspekt des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und besteht unabhängig vom konkreten Streitgegenstand in einem Schlichtungsverfahren.
19. Eine Auflistung der zu einem konkreten Thema vorhandenen Dokumente ist gerade in Fällen von umfangreichen bzw. relativ allgemein formulierten Zugangsgesuchen wie dem vorliegenden ein von der Lehre und Rechtsprechung anerkanntes Vorgehen im Hinblick auf eine mögliche Präzisierung oder Eingrenzung eines Zugangsgesuchs.⁵ Die Erstellung eines solchen Dokumentenverzeichnisses im Rahmen der Unterstützungspflicht bedingt entgegen der Ansicht des STENFO grundsätzlich keine Beurteilung auf inhaltlicher Ebene und insbesondere keine Aussonderung der Verfahrensakten. Die Frage nach Inhalt des Dokuments und dessen Zugänglichkeit stellt sich erst im Rahmen der eigentlichen materiellen Behandlung des Gesuchs und nicht bereits bei der Erstellung einer blossen Dokumentenliste. Mit letzterer wird zum jetzigen Zeitpunkt lediglich die Existenz der Dokumente belegt. Für den Beauftragten ist nicht ersichtlich, weshalb nicht bekannt werden dürfte, welche Dokumente im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit des STENFO im Rahmen der KS 2016 vorhanden sind. Der Beauftragte stellt nicht in Abrede, dass die Erstellung einer solchen Auflistung mit einem Aufwand für die Behörde verbunden ist. Allerdings ist dieser gemäss Rechtsprechung grundsätzlich in Kauf zu nehmen, sofern dadurch der Geschäftsgang der Behörde nicht geradezu lahmgelegt wird.⁶ Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass ein solches Verzeichnis bereits erstellt worden ist und demnach der Aufwand bereits angefallen ist.
20. In diesem Sinne empfiehlt der Beauftragte dem STENFO, der Antragstellerin mittels Dokumentenverzeichnis oder in sonst geeigneter Weise Auskunft über *alle* Dokumente entsprechend ihrem Zugangsgesuch zu geben und ihr Gelegenheit einzuräumen, das Zugangsgesuch zu präzisieren bzw. einzugrenzen (Art. 7 Abs. 3 und 4 VBGÖ).
21. Da sich die Antragstellerin vorbehält, ihr umfangreiches Zugangsgesuch noch einzugrenzen bzw. zu präzisieren und demnach die vom Gesuch erfassten Dokumente noch nicht abschliessend feststehen, äussert sich der Beauftragte nachfolgend lediglich in allgemeiner Art und Weise zur Frage der materiellen Zugänglichkeit. Der STENFO machte geltend, die inhaltliche Prüfung des Zugangsgesuchs und damit auch der Zugang zu den Dokumenten sei angesichts des hängigen Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides aufzuschieben.

⁴ Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, Ziff. 3.2.

⁵ HÄNER, Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 34; BGE 142 II 324 E. 3.5.

⁶ BGE 142 II 324 E. 3.5; Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.6.6.



22. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege. Vorliegend ist unbestritten, dass die Verfügung des UVEK über die Höhe der Stilllegungs- und Entsorgungskosten gemäss der Koststudie 2016 vor Bundesverwaltungsgericht angefochten wurde und das Verfahren aktuell – soweit für den Beauftragten erkennbar – noch hängig ist. Damit besteht in Bezug auf diejenigen Dokumente, die Eingang in die Verfahrensakten gefunden haben, zurzeit kein Anspruch auf Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz, da diese während des Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen sind.
23. In Bezug auf die übrigen Dokumente, die nicht Teil der Verfahrensakten sind, hat der STENFO das Gesuch aber grundsätzlich materiell zu beurteilen und den Zugang nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren. Dabei ist ohne weiteres denkbar, dass zumindest teilweise die vom STENFO vorgebrachten Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a bzw. Art. 8 Abs. 2 BGÖ (sowie weitere Ausnahmetatbestände) tatsächlich zur Anwendung gelangen können. Ein genereller Zugangsaufschub ohne Einzelfallprüfung auch für alle übrigen Dokumente erscheint aber unverhältnismässig, zumal dessen Dauer nicht absehbar ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der angeführten öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, aber auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen. Zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann.⁷
24. Folglich empfiehlt der Beauftragte dem STENFO, die materielle Zugänglichkeit der verlangten Dokumente, soweit diese zum jetzigen Zeitpunkt nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes und damit vom Zugangsanspruch ausgenommen sind, zu prüfen und dabei dem Verhältnismässigkeitsprinzip das nötige Gewicht einzuräumen. Im Hinblick auf möglicherweise enthaltene Personendaten sind gegebenenfalls die betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ anzuhören. Wird der Zugang zu einzelnen Dokumenten oder gewissen Teilinhalten weiterhin aufgeschoben oder verweigert, ist dies hinreichend zu begründen.

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

25. Der Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke stellt der Antragstellerin eine Dokumentenliste mit allen von ihrem Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten zu oder gibt ihr in sonst geeigneter Weise Auskunft über die verfügbaren Dokumente. Er gibt der Antragstellerin sodann Gelegenheit, ihr Zugangsgesuch zu präzisieren bzw. einzugrenzen.
26. Der Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke prüft anschliessend die Zugänglichkeit derjenigen Dokumente, die zum jetzigen Zeitpunkt nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen sind, entsprechend den Erwägungen in den Ziffern 23 und 24 erneut und gewährt den Zugang entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Gegebenenfalls sind vorgängig betroffene Drittpersonen anzuhören.

⁷ BGE 144 II 77 E. 3.



27. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke 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).
28. Der Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
29. Der Stilllegungsfonds für Kernanlagen und Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
30. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
31. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Stilllegungsfonds für Kernanlagen und
Entsorgungsfonds für Kernkraftwerke,
vertreten durch:
Wenger Plattner
Jungfraustrasse 1
3000 Bern 6

Reto Ammann