



Bern, 17. September 2013

## **Empfehlung**

### **gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung**

**zum Schlichtungsantrag vom**

**X,  
vertreten durch Anwaltskanzlei A  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL**

#### **I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Mit online-Medienmitteilung vom 23. Dezember 2010<sup>1</sup> kommunizierte das Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL, dass ein Monitoring für Nachtflüge in Zürich eingerichtet wurde. Eine Arbeitsgruppe (Monitoring-Gruppe), bestehend aus Fachleuten des BAZL, des Flughafens, der Fluggesellschaften und des Kantons Zürich, werde die Praxis der Flüge nach Betriebsschluss begleiten und beurteilen. Dieses Monitoring soll Aufschluss geben über die Anwendung von Ausnahmen für Landungen und Starts am Flughafen Zürich nach Betriebsschluss. Der Antragsteller (Verein) hat daraufhin am 2. April 2013, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), beim BAZL um Dokumentation der Resultate, die sich bisher aus diesem Monitoring für Nachtflüge in Zürich ergeben haben, ersucht. Aufschluss erwartete sich der Antragsteller insbesondere über:
  - a. die Ergebnisse seit Einrichtung des Monitorings Ende 2010,
  - b. eine Zusammenstellung nach Flugzeugtyp, Uhrzeiten der Starts und Landungen,
  - c. Gründe für die Erteilung der Ausnahmegewilligung und die näheren Umstände, welche diese Ausnahme rechtfertigten.

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <http://www.bazl.admin.ch/aktuell/medieninformation/00024/index.html?lang=de&msg-id=36979>  
(zuletzt besucht am 5.9.2013)



2. Mit Schreiben vom 12. April 2013 nahm das BAZL Stellung zum Gesuch. Zu Buchstabe a. liess es dem Antragsteller eine siebenseitige Dokumentation mit Grafiken/Statistiken zukommen. Weitere Dokumente zu diesem Punkt würden nach eigener Aussage des BAZL nicht existieren. Zu Buchstabe b. und c. führte das BAZL Folgendes aus:

*„Sämtliche diesbezüglichen Informationen werden fortlaufend publiziert. Sie finden sie in den monatlichen Lärmbulletins des Flughafens unter folgendem Link:  
<http://www.flughafen-zuerich.ch/desktopdefault.aspx/tabid-569/>.“*

Damit erachtete das BAZL den Zugang zu den vom Antragsteller gewünschten Dokumenten als vollständig gewährt.

3. Am 6. Mai 2013 reichte der Antragsteller ohne weitere Kontaktaufnahme mit dem BAZL einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin bemängelte er einerseits, dass der abgebildete Zeitrahmen der vom BAZL erhaltenen Dokumentation nur Ergebnisse bis Ende des Jahres 2011 umfasse, und andererseits, dass das BAZL nicht korrekt auf die Fragestellung des Zugangsgesuchs eingegangen sei, insbesondere nicht auf die Frage, was die Gründe für die Erteilung der Ausnahmegewilligungen und die näheren Umstände, welche diese Ausnahmen rechtfertigten, gewesen seien.  
Weiter führte der Antragsteller aus, das BAZL habe ihm in seiner Stellungnahme mitgeteilt, es würden keine weitere Dokumente existieren, als die ihm zugestellten Zusammenstellungen. Diese Aussage sei nicht zutreffend, da ihm aus früherer Korrespondenz mit dem BAZL bekannt sei, dass in der Monitoring-Gruppe jeweils Protokoll geführt worden sei. Als Beleg legte der Antragsteller seinem Schlichtungsantrag u.a. zwei Schreiben des BAZL (vom 21. Oktober 2011 und vom 23. November 2011) bei. Im Übrigen – so der Antragsteller – könnten die erwähnten Protokolle weitere Begründungen zu den erteilten Ausnahmegewilligungen enthalten, weshalb davon auszugehen sei, dass sie relevant sind.
4. Am 8. Mai 2013 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte zugleich vom BAZL die Einreichung der vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sowie einer ausführlichen und detailliert begründeten Stellungnahme.
5. Am 17. Mai 2013 reichte das BAZL dem Beauftragten eine Stellungnahme ein, welche sich inhaltlich mit jener an den Antragsteller vom 12. April 2013 deckte. Als Beilage reichte es dem Beauftragten ebenso die bereits an den Antragsteller herausgegebene Dokumentation ein. Es wies erneut darauf hin, dass es den Zugang zu den vom Antragsteller gewünschten Dokumenten als vollständig gewährt erachte.
6. Eine telefonische Besprechung des Beauftragten mit dem BAZL vom 8. August 2013 ergab, dass das BAZL offenbar nicht ohne Weiteres aus dem Zugangsgesuch des Antragstellers abzuleiten vermochte, dass dieser insbesondere an den erwähnten Sitzungsprotokollen der Monitoring-Gruppe interessiert sei. Dies vor allem deshalb, weil der Antragsteller sein Zugangsgesuch sehr offen formuliert habe. Das BAZL erklärte sich jedoch damit einverstanden, den Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens auf diese Protokolle auszuweiten.
7. Mit ergänzender Stellungnahme vom 12. August 2013 teilte das BAZL dem Beauftragten mit, dass der Antragsteller bereits mit Schreiben vom 24. August 2011 um Zugang zu ebendiesen Sitzungsprotokollen der Monitoring-Gruppe ersucht habe. Dieses Zugangsgesuch sei vom BAZL jedoch mit Schreiben vom 23. November 2011 abschlägig beantwortet worden. Das BAZL halte an seiner damaligen Zugangsverweigerung unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ fest (der Behörde unter Zusicherung der Geheimhaltung von Dritten freiwillig mitgeteilte Informationen). In der vom BAZL geleiteten Monitoring-Gruppe würden die beteiligten



Organisationen (Flughafen Zürich AG FZAG, Swiss International Air Lines und Kanton Zürich) ihre Erfahrungen mit der Handhabung der Ausnahmegewilligungen durch die FZAG austauschen. Die der Gruppe zur Kenntnis gebrachten Informationen würden freiwillig erfolgen. Damit dieser Austausch und das Monitoring funktionieren könne, sei die Gruppe auf Vertraulichkeit angewiesen. Würde diese Vertraulichkeit hingegen wegfallen, könnte das Monitoring in der jetzt etablierten Weise nicht mehr funktionieren. Ohne diese Vertraulichkeit bestünde sogar überhaupt kein Mittel mehr, um an die bisher freiwillig erfolgten Informationen heranzukommen.

Schliesslich erachtete das BAZL die Informationen aus den Sitzungsprotokollen als geeignet, die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen zu beeinträchtigen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ), da die Protokolle direkte Rückschlüsse auf die Kriterien für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen zulassen würden. Die Kriterien für den Entscheid, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt oder verweigert werde, seien in einer „Entscheidungshilfe“ festgehalten, welche den zuständigen Mitarbeitenden der FZAG als Arbeitsgrundlage diene. Dabei handle es sich jedoch um ein internes Dokument der FZAG, welches nicht unter den Anwendungsbereich des BGÖ falle.

8. Am 19. August wandte sich der Beauftragte erneut an das BAZL und bat um Klärung einiger Zusatzfragen. Im Einzelnen ersuchte er um eine Bestätigung über die Zusammensetzung der Monitoring-Gruppe, um präzisierende Informationen zur angeblichen Vertraulichkeitszusicherung gegenüber den Beteiligten der Monitoring-Gruppe, um Angabe allfälliger gesetzlicher bzw. vertraglicher Grundlagen dieser Einrichtung sowie schliesslich um präzisierende Angaben zu den in der Stellungnahme vom 12. August 2013 (vgl. Ziffer 7) angesprochenen konkreten behördlichen Massnahmen, deren zielkonforme Durchführung durch eine Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte.
9. Mit E-Mail vom 4. September 2013 reichte das BAZL dem Beauftragten eine dritte Stellungnahme ein. Darin bestätigte es, dass die Monitoring-Gruppe aus Vertretern des BAZL, des Flughafens Zürich, der Swiss als Vertreterin der Fluggesellschaften und des Kantons Zürich bestehe.  
Weiter teilte das BAZL mit, dass die Vertraulichkeit der Informationen innerhalb der Monitoring-Gruppe nicht ausdrücklich festgehalten, sondern an der ersten Sitzung des Gremiums diskutiert und mündlich zugesichert worden sei. Eine schriftliche Zusicherung gebe es nicht.  
Die Monitoring-Gruppe basiere auf einem Entscheid der Amtsleitung des BAZL. Sie sei kein formales Aufsichtsorgan, weshalb es für deren Einsatz auch keiner gesetzlichen Grundlage bedürfe. Dementsprechend basiere die Monitoring-Gruppe auch nicht auf gesetzlichen bzw. vertraglichen Grundlagen. Die Teilnahme der Mitglieder sei freiwillig, ebenso wie das Mass der mitgeteilten Informationen im Ermessensbereich der Teilnehmenden liege. Die Gruppe habe ihren Auftrag weitgehend selbst definiert, das Mandat sei nicht explizit verabschiedet worden.  
Schliesslich führte das BAZL aus, eine Herausgabe der Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe würde Rückschlüsse auf die in seiner Stellungnahme vom 12. August 2013 (vgl. Ziffer 7) erwähnten „Entscheidungshilfe“ des Flughafens zulassen. Einzelfälle würden öffentlich diskutiert und bewertet, weshalb in der Folge über einzelne beim Flughafen eingehende Gesuche nicht mehr unabhängig entschieden werden könnte bzw. ein freier Entscheid deutlich erschwert würde. Die Entscheid-Kompetenz zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung liege allein beim Flughafen, die erwähnte „Entscheidungshilfe“ sei ein flughafeninternes Dokument, welches den Entscheid administrativ erleichtere. Eine Zugangsgewährung würde im Ergebnis die Entscheidungsfreiheit eines dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellten Betriebes massiv beeinträchtigen. In letzter Konsequenz sei davon auszugehen, dass das Gremium aller Voraussicht nach nicht weiter existieren würde, sofern das Vertrauen der Teilnehmenden durch eine Herausgabe der Sitzungsprotokolle nicht weiter geschützt werden könne.



10. Mit Telefonat vom 5. September 2013 ersuchte der Beauftragte das BAZL schliesslich darum, ihm das Protokoll der ersten Monitoring-Sitzung zuzustellen, in welcher nach Aussage des BAZL die Vertraulichkeit über die Sitzungsinhalte der Monitoring-Gruppe besprochen und zugesichert wurde. Gleichentags stellte das BAZL dem Beauftragten das verlangte Protokoll der Sitzung vom 14. Januar 2011 per E-Mail zu.
11. Auf die weiteren Ausführungen des Antragsstellers 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**

12. 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.
13. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>2</sup> 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.
14. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAZL eingereicht und eine zumindest teilweise 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.
15. 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.<sup>3</sup>
16. 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**

17. 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

---

<sup>2</sup> BBI 2003 2023.

<sup>3</sup> BBI 2003 2024.



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).<sup>4</sup>

18. Der Beauftragte hält fest, dass der Gegenstand des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Übereinstimmung mit dem Antragsteller und dem BAZL um die Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe erweitert wurde (siehe vorne Ziffer 6). Diese stehen im Zentrum der vorliegenden Erwägungen, da der Antragsteller in seinem Schlichtungsantrag das Ausbleiben einer Stellungnahme des BAZL zu diesen Protokollen bzw. das Verschweigen deren Existenz gerügt hat. Hingegen erachtet der Beauftragte die drei Unterfragen des Zugangsgesuches des Antragstellers vom 6. Mai 2013 grundsätzlich als beantwortet (vgl. vorne Ziffer 1 Bst a-c). Der Umstand, dass die vom BAZL zur Verfügung gestellten Unterlagen nur ein Zeitfenster bis Ende 2011 wiedergeben, ist darauf zurückzuführen, dass nach eigener Aussage des BAZL zu den Teilfragen des Zugangsgesuches keine weiteren amtlichen Dokumente existieren (siehe vorne Ziffer 2). Der Beauftragte muss auf diese Information vertrauen.
19. Der Beauftragte hält weiter fest, dass sich im Verlaufe des vorliegenden Schlichtungsverfahrens ergeben hat, dass weitere Dokumente im Zusammenhang mit dem Monitoring für Nachtflüge nach Betriebsschluss am Flughafen Zürich bestehen. Zum Teil wurden diese jedoch gegenüber dem Antragsteller nicht erwähnt bzw. wurde in der Stellungnahme des BAZL vom 12. April 2013 nicht darauf eingegangen. Konkret handelt es sich dabei um die Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe. Zudem ist den Stellungnahmen des BAZL zu entnehmen, dass eine sogenannte „Entscheidungshilfe“ existiert, in welcher die Kriterien für den Entscheid, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt oder verweigert wird, festgehalten sind.
20. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 12. August 2013 zu den verlangten Sitzungsprotokollen begründete das BAZL die vollständige Zugangsverweigerung unter anderem mit Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, wonach der Zugang zu verweigern ist, wenn dabei Informationen vermittelt werden könnten, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat.
21. Damit die Ausnahmebestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ zur Anwendung gelangt, müssen nach der Botschaft, der Lehre und der ständigen Praxis des Beauftragten drei Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein.<sup>5</sup> Die Information muss erstens von einer (Privat-)Person, nicht von einer Behörde stammen. Zweitens muss die Information freiwillig, d.h. ohne gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung mitgeteilt worden sein. Drittens muss sich die Behörde verpflichtet haben, die Vertraulichkeit der betreffenden Information zu wahren.
22. Gemäss Stellungnahme des BAZL vom 4. September 2013 besteht die Monitoring-Gruppe aus Fachleuten des BAZL, des Flughafens Zürich, der Fluggesellschaften und des Kantons Zürich. Damit ist bereits das erste Tatbestandselement von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ zu verneinen, da sich die Monitoring-Gruppe unter anderem aus Behörden- wie Kantonsvertretern zusammensetzt. Es handelt sich bei den Informationslieferanten somit (zumindest teilweise) nicht um (Privat-)Personen. Eine Vertraulichkeitszusicherung gegenüber dem gesamten Gremium fällt demnach von vornherein ausser Betracht.

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

<sup>5</sup> BBI 2003 2012; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, RZ 47.



23. Nach Aussage des BAZL liegen der Monitoring-Gruppe weder gesetzliche noch vertragliche Bestimmungen zugrunde. Das Gremium wurde aufgrund eines Entscheids der Amtsleitung des BAZL ins Leben gerufen, wobei die Teilnahme der Mitglieder freiwillig ist, ebenso wie auch die Mitteilung von Informationen freiwillig erfolgt (vgl. Ziffer 9). Dem Beauftragten liegen keinerlei Informationen vor, die diese Umstände widerlegen, ebenso wenig sieht er sich veranlasst, an den diesbezüglichen Erläuterungen des BAZL zu zweifeln. Es ist folglich davon auszugehen, dass die in die Monitoring-Gruppe eingebrachten und damit in den vorliegend zu beurteilenden Sitzungsprotokollen festgehaltenen Informationen freiwillig, d.h. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sind bzw. abgegeben werden.
24. Was die Vertraulichkeitszusicherung durch die Behörde anbelangt, ist festzuhalten, dass diese vom bzw. von den Informationslieferanten ausdrücklich verlangt und von der Behörde ebenso ausdrücklich zugesichert werden muss.<sup>6</sup> Nach Aussage des BAZL in seiner Stellungnahme vom 4. September 2013 (vgl. Ziffer 9) wurde die Vertraulichkeit nicht ausdrücklich festgehalten. Im Rahmen der ersten Sitzung der Monitoring-Gruppe vom 14. Januar 2011 sei sie aber diskutiert und mündlich zugesichert worden.
25. Der Beauftragte betont, dass der Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nur restriktiv angewendet werden darf und die Verwaltung gehalten ist, den Begehren um Zusicherung der Vertraulichkeit nicht leichtthin stattzugeben.<sup>7</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Verwaltung den Privaten nicht von sich aus auf diese Vertraulichkeit hinweisen darf. Zudem darf die Verwaltung die Vertraulichkeit nicht leichtfertig zusichern, sondern muss stets die Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips beachten. Daher darf die Vertraulichkeit nur dort zugesichert werden, wo der Inhalt des Dokuments dies auch rechtfertigt.<sup>8</sup> Nach Ansicht des Beauftragten sind mündliche Vertraulichkeitszusicherungen im Lichte des Öffentlichkeitsgesetzes problematisch, da damit das Risiko einer Gesetzesumgehung einher geht. Aus diesem Grund – und darüber hinaus auch zu Beweis Zwecken – muss eine Vertraulichkeitszusicherung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ seiner Ansicht nach schriftlich vorliegen.
26. Im hier zu beurteilenden Fall liegt keine entsprechende schriftliche Vertraulichkeitszusicherung vor. Selbst dem Protokoll der ersten Monitoring-Sitzung, in welcher die Vertraulichkeit angeblich diskutiert und zugesichert worden sein soll, sind keinerlei Informationen zu entnehmen, die darauf schliessen lassen, dass die Vertraulichkeit im Rahmen dieses Gremiums überhaupt thematisiert wurde.
27. *Der Beauftragte hält fest, dass für die Frage der Zugänglichkeit der vorliegend zu beurteilenden Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ keine Anwendung findet, da zwei von drei Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.*
28. Weiter gilt es zu prüfen, ob die Informationen in den verlangten Sitzungsprotokollen dazu geeignet sind, die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen zu beeinträchtigen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ), wie es das BAZL in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 12. August 2013 schrieb.  
Nach der Botschaft dient diese Ausnahmebestimmung dazu, Informationen geheim zu halten, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen, wobei die Ausnahme immer dann angerufen werden kann, wenn durch die Zugänglichmachung bestimmter, die konkrete Massnahme vorbereitende Informationen, die Massnahme teilweise oder völlig vereitelt würde.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> BBI 2003 2012; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 47.

<sup>7</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O.

<sup>8</sup> Vgl. Empfehlung des EDÖB X – Eidgenössisches Finanzdepartement EFD vom 11. Mai 2009, Ziffer II.B.2.

<sup>9</sup> BBI 2003 2009.





Da sich mit Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ theoretisch ein Grossteil aller Zugangsgesuche verweigern liesse, wird die Ausnahmebestimmung in der Lehre als eigentlicher Blankocheck kritisiert, welcher die Gefahr birgt, das Öffentlichkeitsgesetz seines Inhalts zu berauben.<sup>10</sup> Sie ist daher nur sehr zurückhaltend einzusetzen, d.h. nur wenn die Zugänglichmachung der betreffenden Informationen den Erfolg der durchzuführenden Massnahme ernsthaft zu gefährden vermag und damit die Geheimhaltung der betreffenden Massnahme gleichsam den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellt.<sup>11</sup>

29. In Übereinstimmung mit der Lehre ist auch der Beauftragte der Ansicht, dass die Ausnahmebestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nur sehr restriktiv Anwendung finden darf.<sup>12</sup> Als Beispiele geschützter behördlicher Massnahmen nennen Botschaft und Lehre etwa Aufsichtsmassnahmen, Inspektionen der Steuerbehörden, Aufklärungs- und Präventionskampagnen, behördliche Ermittlungen oder administrative Überwachungen.<sup>13</sup> Im Ergebnis zielt die Ausnahme darauf ab sicherzustellen, dass sich Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten und die Behörden die Quellen der erhaltenen Auskünfte sowie ihre Kontroll-, Aufsichts- oder Überwachungsmethoden nicht preisgeben müssen, sofern dadurch eine konkrete, geplante Massnahme zahnlos würde oder die Betroffenen ihr Verhalten änderten, um den Kontrollen zu entgehen.<sup>14</sup>
30. Auf Nachfrage des Beauftragten vom 19. August 2013, welche konkreten behördlichen Massnahmen durch eine Zugänglichmachung der Sitzungsprotokolle beeinträchtigt würden und worin genau das nach Lehre und Praxis verlangte Schadensrisiko<sup>15</sup> bestünde, teilte das BAZL mit Stellungnahme vom 4. September 2013 mit, die angesprochenen Massnahmen (i.S.d. Bewilligungspraxis im Bereich Nachtflugsperrzeit durch den Flughafen Zürich) würden insofern beeinträchtigt, als eine Zugänglichmachung der Sitzungsprotokolle Rückschlüsse auf die erwähnte „Entscheidungshilfe“ zuliesse, wodurch über die beim Flughafen eingehenden Gesuche nicht mehr unabhängig entschieden werden könne bzw. ein freier Entscheid deutlich erschwert würde. Im Ergebnis würde damit die Entscheidungsfreiheit eines nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellten Betriebes massiv beeinträchtigt.
31. Der Beauftragte hält fest, dass das BAZL zwar eine Beeinträchtigung der unabhängigen und freien Bewilligungspraxis im Bereich Nachtflugsperrzeit durch den Flughafen Zürich befürchtet, im Einzelnen jedoch nicht überzeugend dargelegt hat, inwiefern bestimmte Informationen aus den verlangten Sitzungsprotokollen einen negativen Einfluss auf diese Massnahmen auszuüben vermögen. Weiter gibt er zu bedenken, dass selbst im Falle von negativen Auswirkungen auf die künftige Bewilligungspraxis des Flughafens kaum alle Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe seit deren Einrichtung Ende 2010 als Ganzes vom Recht auf Zugang ausgeschlossen werden können. An Stelle einer integralen Zugangsverweigerung käme als milderer Mittel durchaus eine Zugangsgewährung zu jenen Teilen der Protokolle in Betracht, welche keinerlei schützenswerte Informationen enthalten. Schliesslich macht der Beauftragte auf den Widerspruch in der Argumentation des BAZL aufmerksam, wenn es einerseits den Zugang zu den verlangten Protokollen unter Hinweis auf eine Gefährdung der zielkonformen Durchführung konkreter *behördlicher* Massnahmen verweigern will (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ), andererseits aber ausführt, dass durch eine Zugänglichmachung der Sitzungsprotokolle die Entscheidungsfreiheit eines *dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstellten Betriebes* (Flughafen

<sup>10</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., Art. 7, RZ 24.

<sup>11</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O.

<sup>12</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., RZ 25.

<sup>13</sup> BBI 2003 2009; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O.

<sup>14</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O.

<sup>15</sup> Vgl. dazu COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., RZ 5.



Zürich) massiv beeinträchtigt würde.

32. *Der Beauftragte hält fest, dass für die Zugänglichkeit der vorliegend zu beurteilenden Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht zur Anwendung gelangt.*
33. Weiter weist der Beauftragte darauf hin, dass er auch über die vom BAZL angerufenen Ausnahmebestimmungen keine anderen Gründe sieht, welche es rechtfertigten, die verlangten Sitzungsprotokolle vollständig dem Recht auf Zugang zu entziehen. Ob in den Dokumenten allenfalls einzelne Informationen enthalten sind, welche ein durch das Öffentlichkeitsgesetz geschütztes privates oder öffentliches Interesse gefährden könnten, muss der Beauftragte offen lassen, da ihm das BAZL während des Schlichtungsverfahrens die Protokolle (mit Ausnahme des ersten) nicht zugestellt hat und auch keine entsprechenden Vorbringen seitens des BAZL erfolgt sind.
34. Was die Zugänglichkeit von Sitzungsprotokollen aus der Verwaltung im Allgemeinen anbelangt, ruft der Beauftragte schliesslich in Erinnerung, dass solche Protokolle amtliche Dokumente darstellen und demnach dem Grundsatz nach öffentlich zugänglich sind.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber hat im Öffentlichkeitsgesetz keine Ausnahmeklausel für bestimmte Dokumentenkategorien (wie Sitzungsprotokolle) geschaffen. Selbst als intern oder vertraulich bezeichnete Dokumente unterstehen grundsätzlich dem Öffentlichkeitsprinzip, da der Klassifizierungsvermerk für sich allein genommen noch keine Verweigerung des Zugangs rechtfertigt.<sup>17</sup> Nach der Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes sind folglich auch Dokumente wie Sitzungsprotokolle grundsätzlich zugänglich, und eine Beschränkung oder Verweigerung des Zugangs ist nur als Anwendungsfall von Art. 7, 8 oder 9 BGÖ möglich.
35. *Zusammenfassend hält der Beauftragte fest, dass die vom BAZL vorgebrachten Ausnahmebestimmungen in Art. 7 Abs. 1 Bst. h und Bst. b BGÖ einem Zugang zu den Sitzungsprotokollen der Monitoring-Gruppe vorliegend nicht entgegen stehen. Weitere Ausnahmegründe wurden vom BAZL nicht vorgebracht und sind für den Beauftragten auch nicht ersichtlich, zumal er nicht im Besitz der verlangten Protokolle ist. Im Ergebnis ist es dem BAZL folglich nicht gelungen, den Beweis zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs – welcher das Öffentlichkeitsgesetz mit sich bringt – zu erbringen.*<sup>18</sup>
36. Abschliessend hat sich der Beauftragte kurz zum Dokument „Entscheidungshilfe“ (vgl. Ziffern 7, 9, 19, 30), welches dem Flughafen Zürich als Grundlage für die Bewilligungspraxis über Nachtflüge dient, zu äussern. Von der Existenz dieses Dokuments erfuhr der Beauftragten erst im Laufe des Schlichtungsverfahrens. In der Stellungnahme des BAZL an den Antragsteller vom 12. April 2013 war von diesem Dokument nicht die Rede. Der Antragsteller verlangte in seinem Zugangsgesuch vom 2. April 2013 zwar um „Dokumentation der *Resultate*, die sich bisher aus dem Monitoring für Nachtflüge in Zürich ergeben haben“, allerdings ist der Beauftragte der Auffassung, das Zugangsgesuch müsse nach Treu und Glauben dahingehend verstanden werden, dass der Antragsteller genauen Einblick in die Bewilligungspraxis der Nachtflüge am Flughafen Zürich – und damit selbstverständlich auch in jenes Dokument, welches die Kriterien zur Erteilung einer entsprechenden Bewilligung umschreibt – erhalten will.
37. Zur Zugänglichkeit des Dokuments „Entscheidungshilfe“ führte das BAZL in seiner Stellungnahme vom 12. August 2013 aus, das Dokument diene den Mitarbeitenden der FZAG als

<sup>16</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziffer 4.1.5.; Empfehlung des EDÖB X – Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV vom 3. April 2009, Ziff. II.B.7.; vgl. auch BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013.

<sup>17</sup> BBI 2003 2006.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013, E. 6.2.





Arbeitsgrundlage und sei demnach ein internes Dokument, welches nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle.

38. Für den Beauftragten ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses „interne Dokument“ nicht unter den Anspruch auf Zugang fallen sollte. Er weist darauf hin, dass es seit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes keine Kategorie „interner Dokumente“ mehr gibt, die als solche vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen wäre.<sup>19</sup> Des Weiteren hat das BAZL nicht vorgebracht, dieses Dokument gelte nicht als amtliches Dokument i.S.v. Art. 5 BGÖ. Dies wäre für den Beauftragten indessen mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 BGÖ auch kaum denkbar, da es weder kommerziell genutzt wird, nicht als nicht fertig gestellt gelten kann und auch nicht zum persönlichen Gebrauch eines oder einzelner weniger Mitarbeiter des BAZL bestimmt ist (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c BGÖ). Darüber hinaus ist für die Frage der Zugänglichkeit des Dokuments „Entscheidungshilfe“ nicht von Belang, ob dieses als „internes Dokument“ der FZAG – und damit eines Dritten, der möglicherweise nicht dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht – zu qualifizieren ist, sondern einzig der Umstand, dass das Dokument dem BAZL vorliegt. Schliesslich führte das BAZL in seiner Stellungnahme vom 4. September 2013 aus, dass eine Herausgabe der Sitzungsprotokolle der Monitoring-Gruppe Rückschlüsse auf das Dokument „Entscheidungshilfe“ zulassen würde, wodurch ein freier Entscheid der FZAG ohne öffentliche Diskussion und Bewertung von Einzelfällen deutlich erschwert würde (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ). Inwiefern die Zugänglichmachung solche negativen Konsequenzen mit sich bringen würde, konnte vom BAZL nach Ansicht des Beauftragten jedoch nicht plausibel dargelegt werden. Zudem macht der Beauftragte erneut auf den Widerspruch in der Argumentation des BAZL aufmerksam, wonach eine Zugänglichmachung einen freien Entscheid im Rahmen der Bewilligungspraxis zum Nachtflugverkehr – und damit eine konkrete *behördliche* Massnahme – erheblich erschweren soll, wobei der hierfür zuständige Betrieb – nämlich die FZAG – dem Öffentlichkeitsgesetz gar nicht unterstellt sei (vgl. Ziffern 9, 31). Im Übrigen brachte das BAZL keine Argumente vor, weshalb das Dokument „Entscheidungshilfe“ nach den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes nicht zugänglich sein sollte. Mangels Gegenbeweis gilt folglich auch hier die Vermutung des freien Zugangs.
39. *Das Dokument „Entscheidungshilfe“ ist vom Zugangsgesuch des Antragstellers mitumfasst. Dem Beauftragten wurden keine überzeugenden Argumente vorgetragen, weshalb dieses Dokument nicht herausgegeben werden darf.*

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

40. Das BAZL gewährt den Zugang zu allen seit Einrichtung des Monitorings bis zum Eingang des Zugangsgesuches entstandenen Sitzungsprotokollen der Monitoring-Gruppe, dem Dokument „Entscheidungshilfe“ sowie allen weiteren allenfalls existierenden amtlichen Dokumenten in Zusammenhang mit dem Monitoring.
41. Das BAZL erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 40 den Zugang nicht bzw. nicht vollständig gewähren will. Das BAZL erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

---

<sup>19</sup> BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009, E.2.1.



42. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BAZL den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
43. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
44. Das BAZL stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
45. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
46. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - X
  - Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL  
Mühlestrasse 2  
CH-3003 Bern

Jean-Philippe Walter