



Bern, 28.11.2013

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

X (Antragsteller)

gegen

Bundesamt für Energie BFE

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 21. Mai 2013, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3), beim Bundesamt für Energie BFE u.a. „Einblick in das Überwachungsreglement zur Wohlensee-Staumauer sowie in die dazu gehörenden Dokumente“ verlangt.
 2. Mit E-Mail vom 20. Juni 2013 verweigerte das BFE dem Antragsteller den Zugang zu den verlangten Dokumenten mit der Begründung, dass es sich beim Überwachungsreglement um Verfahrensakten handle und das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht anwendbar sei. Der Zugang zum Überwachungsreglement zur Stauanlage sei daher aufzuschieben, bis das Beschwerdeverfahren zur Baubewilligung des Amtes für Wasser und Abfall des Kantons Bern AWA BE vom 29. April 2013 rechtskräftig abgeschlossen sei.
 3. Mit Schreiben vom 26. Juni 2013 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.
 4. Am 27. Juni 2013 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte zugleich vom BFE die Einreichung der vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente sowie einer ausführlichen und detailliert begründeten Stellungnahme.
 5. Auf Ersuchen des Beauftragten vom 27. Juni 2013 hin verwies das BFE nach gewährter Fristerstreckung am 6. August 2013 auf seine Stellungnahme an den Antragsteller vom 20. Juni 2013 und führte aus, dass an verschiedenen Stellen der Verfahrensakten des



Baubewilligungsverfahren der Bernischen Kraftwerke BKW FMB Energie AG Bern (BKW) auf das Überwachungsreglement zur Stauanlage verwiesen werde, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht auf das verlangte Überwachungsreglement anwendbar sei und der Zugang bis zum rechtskräftigen Abschluss des laufenden Beschwerdeverfahrens nach wie vor aufzuschieben sei. Ausserdem brachte das BFE vor, dass das Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; 172.021) sich nach herrschender Lehre nicht nur auf die herangezogenen Aktenstücke erstrecke, sondern auch auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten. Daher sei auch der Zugang zum nachgesuchten Dokument aufzuschieben.

6. Nachdem die Abklärungen des Beauftragten mit dem Bundesverwaltungsgericht vom 15. Oktober 2013 ergeben haben, dass das zu prüfende Bauverfahren bereits am 18. September 2013 in Rechtskraft erwachsen ist, gab der Beauftragte dem BFE am 15. Oktober 2013 zum zweiten Mal die Möglichkeit, ergänzend zum Schlichtungsverfahren Stellung zu nehmen, 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 BFE darauf hin, dass dieser Stellungnahme insbesondere in einem Schlichtungsverfahren auf dem Schriftweg eine zentrale Bedeutung zukommt.
7. Am 25. Oktober 2013 teilte das BFE dem Beauftragten mit, dass es mit der Herausgabe eines geschwärzten Überwachungsreglements einverstanden sei. Darauf hielt der Beauftragte mit E-Mail vom 25. Oktober 2013 sowohl gegenüber dem Antragsteller als auch gegenüber dem BFE das weitere Vorgehen fest. Er teilte den Parteien nach vorgängiger Absprache mit, dass das BFE dem Antragsteller das geschwärzte Dokument als Schlichtungsvorschlag zustelle und der Antragsteller dem Beauftragten bis Ende November 2013 Bescheid gebe, ob seinem Zugangsgesuch vom 21. Mai 2013 mit der Zustellung des verlangten Dokuments entsprochen worden sei.
8. Mit E-Mail vom 31. Oktober 2013 wandte sich das BFE an den Beauftragten und erklärte diesem, dass es ihm bei der Stellungnahme vom 25. Oktober 2013 „leider entgangen“ sei, dass es im Verfahren „Verstärkung Untergrund beim Stauwehr Mühleberg“ noch weitere Schriftenwechsel gegeben habe. Die Beschwerdeführer hätten eine weitere Eingabe gegen die Verfügung des AWA BE vom 29. April 2013 eingereicht, welches noch bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) hängig sei. Somit sei die Grundlage der Stellungnahme vom 24. Oktober 2013, „der rechtskräftige Abschluss des laufenden Verfahrens“, doch nicht gegeben und die Herausgabe des geschwärzten Protokolls sei weiterhin aufzuschieben bis zum rechtskräftigen Abschluss des genannten Verfahrens.
9. Der Beauftragte klärte anschliessend beim AWA BE ab, ob das verlangte Überwachungsreglement Teil der Verfahrensakten des vom BFE erwähnten Verfahrens sei. Das AWA BE erklärte mit Schreiben vom 5. November 2013 gegenüber dem Beauftragten, dass in den Gesuchsunterlagen der BKW lediglich stets auf das Überwachungsreglement vom 6. Dezember 2012 verwiesen werde. Allerdings habe das BFE mit Verfügung vom 30. November 2012 seine Verfügung vom 21. September 2012 ergänzt. Die Auflage 2.1 sei jedoch unverändert geblieben. Wie weit sich das BFE bei seiner Beurteilung vom 30. November 2012 bereits auf das neue Überwachungsreglement vom 20. November 2012 stützte, entziehe sich der Kenntnis des AWA BE.



10. Mit E-Mail vom 6. November 2013 gab der Beauftragte dem BFE schliesslich zum dritten Mal die Möglichkeit, ergänzend zum Schlichtungsverfahren Stellung zu nehmen, mit dem Hinweis, das für den Beauftragten aus den vom BFE eingereichten Unterlagen und Stellungnahmen nicht ersichtlich sei, ob aktuell tatsächlich noch ein Verfahren bei der BVE hängig sei und ob das vom Antragsteller verlangte Überwachungsreglement vom 20. November 2012 Teil dieses Verfahrens bilde. Ausserdem wies der Beauftragte das BFE noch einmal auf die Beweislastpflicht der Behörde für das Vorliegen der massgebenden Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes hin.
11. Am 8. November 2013 teilte das BFE dem Beauftragten in der dritten Stellungnahme mit, dass es vollumfänglich auf die Erläuterungen in der Stellungnahme an den Beauftragten vom 6. August 2013 verweise. Ausserdem wies das BFE den Beauftragten wiederum darauf hin, dass sich der sachliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes sich nach Ansicht des BFE nicht auf Dokumente erstreckte, welche dem Akteneinsichtsrecht nach Verwaltungsverfahrensgesetz unterstellt seien.
12. Betreffend die dazu gehörenden Dokumente fragte der Beauftragte den Antragsteller an, was unter der Formulierung „dazu gehörende Dokumente“ in seinem Zugangsgesuch verstanden werden könne. Der Beauftragte hat nämlich bei der Prüfung der vom BFE eingereichten Unterlagen festgestellt, dass das verlangte Überwachungsreglement lediglich über Beilagen, jedoch keine weiteren Dokumente, verfügt. Der Antragsteller führte diesbezüglich am 20. November 2013 gegenüber dem Beauftragten aus, dass er sich nicht bewusst gewesen sei, ob es noch weitere dazu gehörende Dokumente gebe. Er sei lediglich am Überwachungsreglement samt Beilagen interessiert.
13. Auf die weitere Argumentation der Antragstellenden und des BFE 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 tätig¹. 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 Energie BFE eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der

¹ BBI 2003 2023.



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 Beauftragten².
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)³.
26. Das BFE hielt gegenüber dem Beauftragten als Verweigerungsgrund des verlangten Überwachungsreglements fest, dass es den Zugang gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufschiebe, weil sich der sachliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht auf Dokumente erstrecke, welche dem Akteneinsichtsrecht gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz unterstellt sind. Ausserdem sei nach Ansicht des BFE „eine Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ [recte wohl: Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ] dahingehend, dass nur tatsächlich im Verfahren eingereichte Akten vom Zugang nach BGÖ ausgeschlossen seien sollten, zu eng.“ Mit einer solchen Auslegung könnten – so das BFE – die Regeln des Akteneinsichtsrechts nach Art. 26 ff. VwVG mithilfe des Öffentlichkeitsgesetzes umgangen bzw. ausgehebelt werden. Eine weitere Begründung der Verweigerung resp. Aufschubs des Zugangs zum verlangten Überwachungsreglement blieb trotz ausdrücklicher Aufforderung zur ausführlichen Stellungnahme aus.
27. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ regelt in Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes, dass dieses nicht für Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege gilt. Diese Ausnahme gilt für den Zugang zu Dokumenten, die Teil der Verfahrensakten eines Verfahrens der Staats- und Verwaltungsrechtspflege sind⁴. 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 aufgedgliedert wird in die ursprüngliche und die

² BBI 2003 2024.

³ Christine Guy-Ecabert, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 RZ 8.

⁴ BBI 2003 1989.



nachträgliche Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Klage- und Beschwerdeverfahren)⁵.

28. Die Herausgabe von Dokumenten eines laufenden Verfahrens der Staats- und Verwaltungsrechtspflege kann nicht mit Hilfe des Öffentlichkeitsgesetzes verlangt werden. Der Beauftragte hat bereits festgehalten, dass dies für sämtliche das laufende Verfahren betreffende und darin enthaltene Verfahrensakte gilt⁶. Eine weitergehende Auslegung resp. Ausdehnung des Ausnahmbereichs auf alle Akten, welche in irgendeinem Zusammenhang mit dem Verfahren stehen könnten oder welche in den dazugehörigen Verfahrensakten lediglich erwähnt werden oder auf welche verwiesen wird, würde das Öffentlichkeitsgesetz nach Ansicht des Beauftragten in grossem Masse aushebeln.
29. Das BFE legte in seinen Stellungnahmen nach Ansicht des Beauftragten nicht überzeugend dar, inwiefern ein enger Zusammenhang zwischen dem kantonalen Baubewilligungsverfahren und dem vom Antragsteller verlangten Überwachungsreglement besteht. Es schob den Zugang zum verlangten Dokument aufgrund eines laufenden, kantonalen Verfahrens auf und machte geltend, dass in den Verfahrensakten auf das Überwachungsreglement verwiesen worden ist. Das Überwachungsreglement bildet jedoch als solches nicht Teil der Verfahrensunterlagen. Ausserdem ist vorliegend unklar, ob sich die vom BFE in diesen Verfahrensunterlagen geltend gemachten Verweise auf das vom Antragsteller verlangte Überwachungsreglement vom 20. November 2012 oder eine ältere Version desselben bezieht. Dazu hat das BFE nicht Stellung genommen. Dem Beauftragten liegen auch nach selbstständiger Prüfung sodann keinerlei Hinweise vor, dass das Überwachungsreglement als solches Teil der Verfahrensunterlagen bildet, weshalb dessen Zugang auch nicht gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ vom Öffentlichkeitsgesetz auszunehmen ist.
30. Schliesslich bleibt es zu prüfen, ob das vom Antragsteller verlangte Überwachungsreglement zugänglich gemacht werden muss resp. ob eine oder mehrere der im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Ausnahbestimmungen vorliegen. Die Behörde hat dabei zu beweisen, ob eine der im Öffentlichkeitsgesetz aufgeführten Ausnahmeklauseln vorliegt und der Zugang aufgrund dieser Bestimmungen verweigert werden kann⁷. Das BFE brachte trotz mehrfacher schriftlicher Aufforderung keine weiteren Gründe für die Verweigerung resp. Aufschiebung des Zugangs vor, sondern verweigerte den Zugang lediglich mit dem Verweis auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ.
31. 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 Ausnahbestimmungen beweisen muss⁸. Das Vorliegen einer der Ausnahbestimmungen von Art. 7 ff. BGÖ wurde vom BFE weder geltend gemacht noch ist ein solches für den Beauftragten ersichtlich.
32. *Das BFE kann nach Ansicht des Beauftragten die Herausgabe des Überwachungsreglements nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ aufschieben, da diese nicht Teil der Verfahrensakte eines laufenden Verfahrens bilden. Da das BFE keine weitere Gründe oder Hinweise für eine Verweigerung der Dokumente vorgebracht hat, gelangt der Beauftragte ausserdem zum Schluss, dass in Bezug auf die Herausgabe des Überwachungsreglements vorliegend keine der Ausnahbestimmungen von Art. 7 ff. BGÖ gegeben sind.*

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

⁶ [Empfehlung vom 30. Oktober 2013: ENSI / Sitzungsprotokolle Überprüfung Erdbebensicherheit WKW Mühleberg](#), Ziff. II.B.27 f..

⁷ Pascal Mahon/Olivier Gonin, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, RZ 11.

⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 3.1.



33. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Das BFE hat den Zugang zum verlangten Überwachungsreglement vom 20. November 2012 samt den dazugehörigen Beilagen zu gewähren.*

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

34. Das Bundesamt für Energie BFE gewährt den Zugang zum Überwachungsreglement vom Wasserkraftwerk Mühleberg zur Stauanlage vom 20. November 2012 samt den dazugehörigen Beilagen.
35. Das Bundesamt für Energie BFE erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 34 den Zugang nicht gewähren will.
36. Das Bundesamt für Energie BFE erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
37. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Energie BFE den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
38. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
39. Das BFE stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
40. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
41. Die Empfehlung wird eröffnet:
- X (Antragsteller)
 - Bundesamt für Energie BFE
Mühlestrasse 4
3003 Bern

Jean-Philippe Walter