



Bern, 9. Oktober 2013

## **Empfehlung**

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

**zum Schlichtungsantrag von**

**X  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Skyguide Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische  
Flugsicherung (Skyguide)**

- I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**
1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 15. Juni 2012 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) bei Skyguide Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung (Skyguide) Zugang zu den „Daten aller (militärischen) Überflüge ohne Transpondersignal“ vom 15. Juni 2012 gestellt. Ausserdem verlangte er Zugang zu den Informationen des Typs, des Starts- und Zielorts sowie der Nationalität und Armeetyps dieser Flugzeuge.
  2. Mit Schreiben vom 18. Juni 2012 antwortete Skyguide dem Antragsteller, dass alle zivilen Passagier- oder Frachtüberflüge im schweizerischen Luftraum einen Transpondercode haben. Ausnahmen können „VRF-Flüge in geringer Höhe und/oder ohne Kontakt zur Flugsicherung sein, was in bestimmten Lufträumen durchaus möglich sei.“ Ausserdem wies Skyguide darauf hin, dass Informationen betreffend militärischen Flugverkehr die verantwortliche Luftwaffenstelle geben könne.
  3. Am 19. Juni 2012 schrieb der Antragsteller Skyguide, dass er an den Radardaten der VFR – Flüge interessiert sei, aufgeteilt nach Flugzeugtyp, Start- und Zielort und Nationalität.



4. Mit E-Mail vom 20. Juni 2012 teilte die Abteilung „Customer Relations“ von Skyguide dem Antragsteller mit, dass keine Radardaten zur Verfügung gestellt werden können. Diese Aufzeichnungen seien lediglich den Fachleuten in einem Notfall zugänglich. Skyguide wies sodann darauf hin, dass auf diversen Internetseiten der „Life-Verkehr“ (recte wohl: Live-Verkehr) verfolgt und auch Archivdaten eingesehen werden können. Die vom Antragsteller gewünschten Daten seien über einen Klick auf das entsprechende Symbol abrufbar.
5. Der Antragsteller schrieb Skyguide wiederum mit E-Mail vom 20. Juni 2012, dass er die Luftwaffe parallel angefragt habe und diese ihn wieder an Skyguide verwiesen habe, weshalb er an seinem Zugangsgesuch festhalte.
6. Am 25. Juni 2012 schrieb die Abteilung von Skyguide dem Antragsteller, dass es zwei Hauptgründe gebe, weshalb nicht alle Flugzeuge auf den Radar-Homepages aufgeführt werden. Der erste Grund sei, dass nicht alle Flugzeuge mit einem automatischen bordabhängigen Überwachungssystem (ADS-B) ausgerüstet seien. Dies treffe v.a. für ältere Modelle und militärische Maschinen sowie weitere von Skyguide aufgeführte Flugzeugtypen zu, welche daher nicht sichtbar seien. Skyguide machte die Anmerkung, dass auf ihrem Radar diese Daten jedoch vorhanden seien. Der zweite Grund sei die Abdeckung, die sog. „Radar-Coverage“. Dieser Grund liege vor, wenn z.B. der Empfänger des ZHAW Radars in Winterthur stehe und Signale nur bis zu einer bestimmten Distanz empfangen. Skyguide führte weiter aus, dass man versichern könne, dass die Luftwaffe bei Zweifeln an der Identität eines Luftfahrzeuges im Transit dieses näher analysiere und dieses gegebenenfalls durch einen luftpolizeilichen Einsatz identifiziert werde.
7. Der Antragsteller verlangte sodann am 27. Juni 2012 gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei Skyguide Zugang zu folgenden Informationen: „Alle Radardaten vom 15.06.2012 12:00 – 16:00 Uhr im Raum Zürich. Ab Zentrum Zürich den gesamten Luftraum bis zu einem Radius von ca. 50 Kilometer“. Er bat um Zustellung der Unterlagen in elektronischer Form.
8. Ebenso reichte der Antragsteller am 27. Juni 2012 beim Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL eine Anfrage ein und stellte ein Zugangsgesuch zu allen Radardaten „vom 15.06.2012, 12:00 – 16:00 Uhr im Raum Zürich. Ab Zentrum Zürich den gesamten Luftraum bis zu einem Radius von ca. 50 Kilometer“.
9. Mit Schreiben vom 6. Juli 2012 teilte das BAZL dem Antragsteller mit, dass es nicht im Besitz der gewünschten Daten sei. Das BAZL habe „jeweils bloss für die drei nachfolgenden Tage Zugriff auf die Radardaten der Skyguide“, bewahre jedoch keine entsprechenden Informationen auf. Das BAZL bat den Antragsteller, sein Gesuch direkt an Skyguide zu adressieren.
10. Der Antragsteller schrieb dem BAZL mit E-Mail vom 10. August 2012 schliesslich, dass Skyguide sich weigere, „die angeforderten Radardaten zugänglich zu machen.“ Er bat das BAZL daher um Unterstützung. Darauf antwortete das BAZL mit E-Mail vom 17. August 2012, dass es inzwischen die Abklärungen mit Skyguide abgeschlossen habe. Es hielt in dieser Stellungnahme gegenüber dem Antragsteller zudem fest, dass Skyguide einerseits dem Grundsatz nach dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes unterliege und somit für die Herausgabe von den angeforderten Unterlagen zuständig sei und nicht das BAZL als dessen Aufsichtsbehörde. Deshalb könne zur ablehnenden Stellungnahme von Skyguide mittels Schlichtungsantrag nach Art. 13 BGÖ ein Schlichtungsverfahren eingeleitet werden. Ausserdem hielt das BAZL andererseits präzisierend im gleichen Schreiben fest, dass Skyguide nur in begrenztem Rahmen dem Öffentlichkeitsgesetz unterliege. Das Recht auf Zugang gelte „nur für jene amtlichen Dokumente, welche unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) betreffen.“ Das BAZL schloss sich der Einschätzung von Skyguide an, dass die Anfrage des Antragstellers auf



Herausgabe von Radardaten dieser Bedingung nicht entspreche. Das BAZL hielt in seiner Stellungnahme abschliessend fest, dass es dem Antragsteller aufgrund der eindeutigen Rechtslage und Zuständigkeit weder im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes noch in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde weiterhelfen könne. Sollte sich der Antragsteller nicht mit Skyguide einverstanden erklären, müsse er sich an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) wenden.

11. Am 17. August 2012 fragte Skyguide den Antragsteller an, weshalb er denn so sehr an den Radardaten vom 15. Juni 2012 interessiert sei. Skyguide habe festgestellt, dass der Antragsteller kein Erfolg beim BAZL gehabt habe. Möglicherweise könne Skyguide auch weiterhelfen, ohne dass irgendwelche Radar- oder andere Daten herausgegeben werden müssen. Ausserdem teilte Skyguide dem Antragsteller mit, dass „unabhängig davon, ob [er] den Fall jetzt auf ordentlichem Rechtsweg weiterziehen“ wolle oder nicht, der Antragsteller zu einem Besuch und Austausch eingeladen sei. Es sei ein Anliegen von Skyguide, transparent zu sein und dem Antragsteller „z.B. live zu zeigen“, wie die Flugverkehrsleiter arbeiten und was genau am Radar ersichtlich sei und was nicht.
12. Der Antragsteller reichte anschliessend mit Schreiben vom 17. August 2012 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag gegen das BAZL und Skyguide ein. Zudem informierte der Antragsteller Skyguide mit E-Mail vom 20. August 2012 darüber, dass er diesen vorgenannten Schlichtungsantrag eingereicht habe und schrieb Skyguide am 24. August 2012, dass er sich bei Gelegenheit melden werde, wenn er Zeit hätte, um spontan vorbeizukommen „zu einem Zeitpunkt, wo gerade gesprüht wird“. Er sei nämlich an den Überflügen interessiert, welche am 15. Juni 2012 sich nicht auflösende Contrails oder genauer gesagt (...) Chemtrails „hinterliessen“.
13. Der Beauftragte forderte das BAZL und Skyguide auf, ihm detaillierte Stellungnahmen zum Schlichtungsantrag und die vom Antragsteller verlangten Dokumente zur genaueren Prüfung einzureichen.
14. Das BAZL teilte gegenüber dem Beauftragten mit E-Mail vom 29. August 2012 mit, dass es nicht im Besitz der vom Antragsteller gewünschten Radardaten sei und hielt gleichzeitig fest, dass es den Antragsteller mit Schreiben vom 6. Juli 2012 an Skyguide verwiesen habe. Ausserdem stellte das BAZL dem Beauftragten die gesamte diesbezügliche Korrespondenz zu.
15. Gleichzeitig reichte die Abteilung „Legal Departement“ von Skyguide dem Beauftragten auf dessen Aufforderung am 3. September 2012 seine Stellungnahme ein. Skyguide brachte vor, dass „die Anfrage, ein Schlichtungsverfahren gegen Skyguide zu eröffnen, zu Beginn als gegenstandslos hätte erklärt werden sollen“, da das Öffentlichkeitsgesetz „nicht zur Anwendung“ komme. Aus diesem Grund sehe Skyguide keinen Grund auf die Anfrage des Beauftragten einzutreten.
16. Skyguide erklärte sich am 10. Oktober 2012 gegenüber dem Beauftragten bereit, dass der Antragsteller jederzeit vorbeikommen könne und Einsicht in die verlangten Radardaten erhalte. Gleichzeitig beabsichtigte Skyguide, dem Beauftragten die mit Aufforderungsschreiben vom 29. August 2012 und die verlangten Dokumente zuzustellen. Skyguide erwähnte jedoch, dass man vorgängig gerne noch einmal das Aufforderungsschreiben des Beauftragten zugestellt hätte, und hielt daran fest, dass man die verlangten Informationen dem Antragsteller nicht zugänglich machen werde. Gleichtags forderte der Beauftragte Skyguide daher mit E-Mail abermals auf, ihm die vom Antragsteller verlangten Dokumente unter Hinweis auf Art. 20 BGO, wonach der Beauftragte und sein Sekretariat dem Amtsgeheimnis unterstehen, zuzustellen.



17. Am 14. Januar 2013 erhielt der Beauftragte einen Anruf von Skyguide „Legal Departement“ mit der Mitteilung, dass der Antragsteller bei Skyguide vorbeikommen und die Radardaten einsehen könne. Skyguide sei jedoch auf keinen Fall bereit, Dokumente herauszugeben. Dafür bestehe keine rechtliche Grundlage. Skyguide bemerkte ausserdem, dass der Hinweis des Beauftragten auf das Amtsgeheimnis gemäss Art. 20 Abs. 2 BGÖ für Skyguide irrelevant sei. Die Unterlagen würden auch dem Beauftragten nicht zugestellt, da dieser für den vorliegenden Schlichtungsantrag nicht zuständig sei.
18. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, des BAZL und Skyguide sowie auf die nicht 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**

19. 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.
20. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig<sup>1</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.
21. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL und bei der Schweizerischen Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung Skyguide eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an den 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.
22. 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>2</sup>.
23. 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.

---

<sup>1</sup> BBI 2003 2023.

<sup>2</sup> BBI 2003 2024.



## B. Materielle Erwägungen

24. 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 entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ)<sup>3</sup>.
25. Weil die Zugangsgesuche des Antragstellers an das BAZL und Skyguide dieselben Dokumente resp. denselben Sachverhalt betreffen und dadurch identische Rechtsfragen aufwerfen, rechtfertigt es sich vorliegend, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.
26. Gemäss Art. 1 BGÖ soll das Öffentlichkeitsgesetz die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Der Begriff „Tätigkeit“ beinhaltet sämtliche Verwaltungstätigkeiten, die auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet sind, wobei der Begriff „Organisation“ Verwaltungseinheiten sowie die Ad-hoc-Organisationen umfasst, welche sich z.B. aus dem Beizug externer Dienstleister oder auch Expertenkommissionen zusammensetzen können<sup>4</sup>.
27. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ auf das BAZL und Skyguide anwendbar ist.
28. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ hält fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung gilt. Zur Bundesverwaltung gehören neben den zentralen Verwaltungseinheiten auch die dezentralen Verwaltungseinheiten gemäss Art. 6 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1). Im Anhang 1 der RVOV werden die Verwaltungseinheiten der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung und im Anhang 2 die ausserparlamentarischen Kommissionen jeweils mit ihrer Zuordnung zu einem Departement abschliessend aufgeführt (Art. 8 RVOV). Gemäss Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) gehören zur Bundesverwaltung ferner dezentralisierte Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse.
29. Der in Art. 2 BGÖ festgehaltene persönliche Geltungsbereich ist weit auszulegen<sup>5</sup>. Es ist zu beachten, dass die Rechtsprechung u.a. sogar auch Expertenkommissionen, selbst wenn sie mehrheitlich aus externen Mitgliedern bestehen und öffentliche Aufgaben erfüllen, welche gewöhnlich von der Zentralverwaltung erfüllt werden, unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes subsumiert.<sup>6</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat nämlich in seinem Entscheid festgehalten, dass es nicht sein kann, dass durch das Entziehen solcher Kommissionen aus dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes beliebig

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

<sup>4</sup> Stephan C. Brunner, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 1, Rz 9.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2011, Referenz A-1135/2011, E. 4.2; BGE 136 II 399, E.2.1.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2011, Referenz A-1135/2011, E. 4.2.



Verwaltungsaufgaben aus dem Öffentlichkeitsprinzip durch das Auslagern von Tätigkeiten ausgehebelt werden könnten<sup>7</sup>. Es ist also beim persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ auch zu prüfen, ob es sich bei der fraglichen Verwaltungstätigkeit um eine ausgelagerte Verwaltungstätigkeit handelt.

30. Gemäss Anhang 1 RVOV stellt das BAZL eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK dar.
31. *Der Beauftragte kommt zum Zwischenergebnis, dass das Öffentlichkeitsgesetz für das BAZL gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt, da dieses eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung darstellt.*
32. Das BAZL hat in seinen Stellungnahmen vom 28. August 2012, 29. August 2012 sowie am 6. Juli 2012 jedoch gegenüber dem Antragsteller ausgeführt, dass sich sämtliche vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente bei Skyguide und nicht beim BAZL selbst befinden. Diese Ausführungen wurden weder von Skyguide noch vom Antragsteller denn auch nicht bestritten. Zudem sind sie für den Beauftragten schlüssig und nachvollziehbar.
33. *Der Beauftragte stellt fest, dass das BAZL nicht über die vom Antragsteller verlangten Dokumente verfügt, weshalb dieses den Zugang nicht gewähren kann.*
34. Skyguide ist weder in Anhang 1 RVOV als Verwaltungseinheit der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung noch im Anhang 2 der RVOV als ausserparlamentarische Kommission aufgeführt. Es stellt sich dennoch die Frage, ob Skyguide dennoch der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ zuzurechnen ist, da Skyguide auch nicht explizit aus dem persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen wurde (vgl. Art. 2 Abs. 2 BGÖ).
35. Der Flugsicherungsdienst wird gemäss Art. 40 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0) durch den Bundesrat geregelt. Diese hoheitliche Funktion wurde Skyguide übertragen, indem Skyguide gemäss Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VFSD, SR 748.132.1) für die wesentlichen Flugsicherungsdienste zuständig ist. Der Flugsicherungsdienst umfasst dabei gemäss Art. 1 Abs. 1 VFSD einen Flugverkehrsleitdienst (Bst. a), einen Fluginformationsdienst (Bst. c), Fernmeldedienst (Bst. d), Alarmdienst (Bst. e), technischen Dienst (Bst. f), Flugvermessungsdienst für Radionavigationsanlagen (Bst. g), Luftfahrthindernisdienst (Bst. h), Luftfahrtinformationsdienst (Bst. i) sowie einen zivilen Flugwetterdienst (Bst. k). Es handelt sich dabei um Verwaltungsaufgaben, welche durch Skyguide im Auftrag des Bundes<sup>8</sup> ausgeführt werden.
36. Skyguide verfügt sodann über eine sog. Air Traffic Services Authority im Sinne der Anhänge 2 und 11 des Übereinkommens über die Internationale Zivilluftfahrt (ICAO, Annex 2 und 11). Somit erbringt Skyguide hoheitliche Überwachungsaufgaben im Flugverkehr und Dienstleistungen mit Monopolcharakter und üben klassische hoheitliche Polizeiaufgaben aus<sup>9</sup>. Die Flugsicherungsaufgaben sind dabei im Anhang 1 des vorgenannten Übereinkommens umschrieben.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2011, Referenz A-1135/2011, E. 4.2.

<sup>8</sup> vgl. dazu: <http://www.skyguide.ch/de/company/vision-mission/service-public/> (zuletzt besucht am 3. Oktober 2013).

<sup>9</sup> Bundeskanzlei, Erläuterungen zur Revision „Anhang RVOV“, S. 16.



37. *Skyguide nimmt unzweifelhaft öffentliche Aufgaben und somit Verwaltungsaufgaben für den Bund wahr, welche normalerweise von der Zentralverwaltung wahrzunehmen wären. Somit muss Skyguide nach Ansicht des Beauftragten der Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ zugerechnet werden (vgl. Art. 57 Abs. 1 RVOG).*<sup>10</sup>
38. Das BAZL führt gegenüber dem Antragsteller am 17. August 2012 aus, dass Skyguide nur in begrenztem Rahmen dem Öffentlichkeitsgesetz unterliege. Ausserdem gelte das Recht auf Zugang nur für jene amtlichen Dokumente, welche unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) betreffen. Das BAZL folgte der Einschätzung von Skyguide, welche ausführte, dass die Anfrage des Antragstellers auf Herausgabe von Radardaten dieser Bedingung nicht entspreche. In seiner Stellungnahme vom 3. September 2012 führt Skyguide ebenfalls aus, dass sie nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ falle. Die Botschaft des Bundesrates habe festgehalten, dass das Recht auf Zugang für jene amtlichen Dokumente gelte, welche „unmittelbar ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz betreffen“<sup>11</sup>. Ausserdem bringt Skyguide vor, dass aus Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ tatsächlich hervorgehe, „dass das Gesetz für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts (darunter auch Skyguide) gilt, die nicht der Bundesverwaltung angehören nur, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen.“ Skyguide macht zusammenfassend geltend, dass der Schlichtungsantrag des Antragstellers im vorliegenden Fall ausserhalb des Entscheidungsbereiches von Skyguide i.S. des Art. 5 VwVG liege, weshalb das Öffentlichkeitsgesetz dadurch nicht Anwendung finden könne und der Schlichtungsantrag nur als gegenstandslos erklärt werden könne. Somit bleibt es zu prüfen, ob Skyguide unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ fällt.
39. Es besteht für den Bund die Möglichkeit, gewisse Kompetenzen auf Gesellschaftsformen des Privatrechts zu übertragen, wie z.B. auf Aktiengesellschaften. Es ist jedoch festzuhalten, dass die blossе Beteiligung des Bundes an Unternehmen alleine für sich noch nicht zur Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes führt<sup>12</sup>. Der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst nicht sämtliche Organisationen und Personen, welchen Verwaltungsaufgaben übertragen wurden, sondern lediglich diejenigen Organisationen und Personen, soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG erlassen<sup>13</sup>. Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ hält denn auch fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts gilt, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen.
40. Es ist dabei Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes, dass dieses sowohl für die Bundesverwaltung als auch für verwaltungsexterne Rechtsträger gilt, welche eine Verwaltungstätigkeit ausüben. Der Zugang zu Dokumenten darf aber nicht davon abhängen, ob eine Aufgabe durch die Bundesverwaltung selbst erfüllt wird oder die hoheitliche Verwaltungstätigkeit im Sinne der Rechtsetzung oder Verfügungskompetenzen auf eigenständige Rechtsträger übertragen worden ist<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Dezember 2011, Referenz A-1135/2011, E. 4.2

<sup>11</sup> BBI 2003 1963.

<sup>12</sup> Thomas Sägesser, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 2, Rz. 29.

<sup>13</sup> Thomas Sägesser, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 2, Rz. 30.

<sup>14</sup> Thomas Sägesser, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 2, Rz. 38.



41. Der Begriff der Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG wird definiert als ein „individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird“<sup>15</sup>. Es fallen darunter nur diejenigen Bereiche unter das Öffentlichkeitsgesetz, bei denen sowohl Organisationen oder Personen öffentliche Aufgaben erfüllen und zugleich hoheitlich tätig sind<sup>16</sup>.
42. Skyguide verfügt durch die Ausübung der zivilen und militärischen Flugsicherung über eine hoheitliche Funktion, wobei sie den Einzelnen durch die Ausübung dieser übertragenen Verwaltungsaufgabe verbindlich und erzwingbar aus dem Luftraum wegweisen kann, indem sie den Flugraum überwacht. Skyguide verfügt durch die Übertragung dieser hoheitlichen Funktion der zivilen und militärischen Flugsicherung über die sog. Air Traffic Service Authority. Es kann nicht sein, dass die Radardaten, zu welchen der Antragsteller von Skyguide Zugang verlangt, nicht unter ihren Kompetenzbereich fallen. Die Radardaten zeigen nämlich den zivilen und militärischen Luftraum auf. Somit findet das Öffentlichkeitsgesetz auf Skyguide ebenso aufgrund von Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ Anwendung.
43. *Der Beauftragte kommt zur Zwischenlösung, dass Skyguide bei einer Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ ebenso unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ fallen würde.*
44. Sodann ist nachfolgend zu prüfen, ob die vom Antragsteller verlangten Dokumente zugänglich gemacht werden müssen resp. ob eine oder mehrere der im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Ausnahmebestimmungen vorliegen. Die Behörde hat dabei zu beweisen, ob eine der im Öffentlichkeitsgesetz aufgeführten Ausnahmeklauseln vorliegt und der Zugang aufgrund dieser Bestimmungen verweigert werden kann<sup>17</sup>. Skyguide war trotz mehrmaliger telefonischer und schriftlicher Aufforderung nicht bereit, dem Beauftragten die vom Antragsteller verlangten amtlichen Dokumente zukommen zu lassen.
45. 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 Ausnahmebestimmungen beweisen muss<sup>18</sup>.
46. Skyguide hat dem Beauftragten trotz mehrfacher Aufforderung weder die vom Antragsteller verlangten Unterlagen eingereicht, noch hat sie das Vorliegen von Ausnahmegründen gemäss Art. 7 – 9 BGÖ geltend gemacht. Dadurch hat Skyguide die Pflicht der Behörde zur Mitwirkung am Schlichtungsverfahren, welche in Art. 12b Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) geregelt ist, verletzt.
47. Art. 12 Abs. 1 VBGÖ hält fest, dass der Beauftragte abklärt, ob das Zugangsgesuch durch die zuständige Behörde rechtmässig und angemessen bearbeitet wurde. Diese Abklärungen gestalten sich für den Beauftragten als unmöglich, wenn die Behörde dem Beauftragten die für diese Abklärungen notwendigen Unterlagen nicht einreicht. Somit hat der Beauftragte keine andere Möglichkeit, als die Gewährung des Zugangs zu den verlangten Informationen, im

---

<sup>15</sup> Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen, Rz. 854.

<sup>16</sup> BBI 2003 1987.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010, Referenz A-3443/2010, E. 3.1.

<sup>18</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010, Referenz A-3443/2010, E. 3.1





Zweifel für die Transparenz und nach der gesetzlichen Vermutung des Zugangs zu bejahen. Die vom Antragsteller verlangten Dokumente sind dem Antragsteller wunschgemäss entsprechend Art. 6 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VBGÖ in elektronischer Form zuzustellen.

48. *Vorliegend stellt es sich für den Beauftragten aufgrund der Nichteinreichung der verlangten Dokumente als unmöglich dar zu beurteilen, ob Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7 – 9 BGÖ der Zugangsgewährung der verlangten Dokumente im Weg stehen. Aufgrund der Beweispflicht der Behörde und aufgrund des Grundsatzes „im Zweifel für die Transparenz“ vertritt der Beauftragte somit die Ansicht, dass Skyguide den Zugang zu den verlangten Informationen zu gewähren hat.*
49. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: Mangels Besitzes der Informationen kann das BAZL den Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Informationen nicht gewähren. Skyguide hingegen hat den Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Informationen in elektronischer Form zu gewähren.*

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

50. Das BAZL hält an seinem Bescheid, dem Gesuch des Antragstellers um Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Daten „aller (militärischen) Überflüge ohne Transpondersignal“ vom 15. Juni 2012 nicht entsprechen zu können, fest.
51. Skyguide gewährt den Zugang zu den vom Antragsteller verlangten „Daten aller (militärischen) Überflüge ohne Transpondersignal“ vom 15. Juni 2012 unter Vorbehalt allfälliger Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes.
52. Skyguide stellt die verlangten amtlichen Dokumente dem Antragsteller in elektronischer Form zu (Art. 6 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VBGÖ).
53. Skyguide erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 52 den Zugang nicht gewähren will. Skyguide erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
54. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BAZL und Skyguide den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
55. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
56. Das BAZL und Skyguide stellen dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
57. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).



58. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X
  
- Skyguide  
Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung  
Route de pré-bois 15-17  
P.O. box 796  
1215 Genf
  
- Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL  
3003 Bern

Jean-Philippe Walter