



Bern, 18.12.2012

## **Empfehlung**

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

#### **zum Schlichtungsantrag von**

**X  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL**

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

1. Der Antragsteller (Journalist) hat mit E-Mail vom 6. September 2011 beim Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL, gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend das Verwaltungsstrafverfahren „*Passagier Z gegen die Fluggesellschaft Y*“ verlangt. Konkret verlangte er Einsicht in:
  - die auf die Meldung von Passagier Z zurückgehenden Dokumente zur BAZL-Beurteilung des Sachverhalts im Fall der Verspätung eines Fluges vom 22. Januar 2011.
  - die Dokumente zum BAZL-Entscheid (inkl. Begründung), die Fluggesellschaft Y in diesem Fall nicht zu sanktionieren.
2. Mit Schreiben vom 19. September 2011 teilte das BAZL dem Antragsteller mit, dass es den Zugang zu den bezeichneten Dokumenten vollständig verweigere. Zur Begründung führte das BAZL aus, dass sämtliche Dokumente als im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens erstellte amtliche Dokumente zu qualifizieren seien und somit das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung komme (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Im Übrigen enthielten die Dokumente einerseits „schützenswerte Personendaten“ und andererseits Angaben, die als



Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind. Eine allfällige Anonymisierung der beantragten Unterlagen falle ausser Betracht, da das Gesuch auf eine namentlich bezeichnete Organisation gerichtet sei.

3. Am 6. Oktober 2011 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin vertrat er ohne weitere Begründung die Ansicht, die Ausführungen des BAZL in dessen ablehnender Stellungnahme widersprächen dem Inhalt, Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes. Zudem bestritt er, dass die Dokumente „schützenswerte Personendaten“ bzw. Geschäftsgeheimnisse enthalten würden.
4. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages. Gleichentags wurde das BAZL aufgefordert, dem Beauftragten alle relevanten Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme zur Verweigerung des Zugangs einzureichen.
5. Mit E-Mail vom 17. Oktober 2011 ersuchte das BAZL den Beauftragten um eine Fristerstreckung bis zum 31. Oktober 2011, die er am gleichen Tag gewährte.
6. Am 31. Oktober 2011 reichte das BAZL eine Stellungnahme zuhanden des Beauftragten ein. Es führte erneut aus, dass die fraglichen Dokumente im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens erhoben worden seien. Aufgrund der Ergebnisse der Untersuchung sei das Verfahren gegen die Fluggesellschaft Y jedoch eingestellt worden. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ würden Strafverfahren (auch Verwaltungsstrafverfahren) nicht unter den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen. Weiter sei Ziffer 2.1.3 der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz (BBl 2003 1965 ff.) zu entnehmen, dass diese Ausnahme sowohl die hängigen als auch die abgeschlossenen Verfahren erfasse. Nach Ansicht des BAZL dreht sich der vorliegende Fall wohl um die Grundsatzfrage, ob Drittpersonen Anspruch auf Einsicht in Unterlagen eines Verwaltungsstrafverfahrens hätten. Für die Klärung dieser Grundsatzfrage sei keine Einsichtnahme in die fraglichen Dokumente nötig, weshalb das BAZL dem Beauftragten die vom Antragsteller bezeichneten Dokumente auch nicht zur Verfügung stelle. Schliesslich wies das BAZL erneut in allgemeiner Weise darauf hin, dass die fraglichen Dokumente „schützenswerte Personendaten“ und Geschäftsgeheimnisse enthalten würden und eine allfällige Anonymisierung ausser Betracht falle, weil sich das Zugangsgesuch auf eine namentlich bezeichnete Organisation beziehe.
7. Mit E-Mail vom 13. November 2012 gelangte der Beauftragte erneut mit der Bitte um Zustellung der betroffenen amtlichen Dokumente an das BAZL. Er lud das BAZL dazu ein, ihm andernfalls schriftlich mitzuteilen und detailliert zu begründen, weshalb es der Aufforderung um Zustellung der Dokumente an den Beauftragten nicht nachkommen könne.
8. Mit E-Mail vom 6. Dezember 2012 reichte das BAZL eine Stellungnahme betreffend Zustellung der Dokumente an den Beauftragten ein. Darin bestätigte es seine bisherige Haltung, wonach die vorliegend zu beurteilenden amtlichen Dokumente als Teil von Verfahrensakten nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ nicht unter den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen würden. Daher könne es dem Ersuchen des Beauftragten um Zustellung der Dokumente nicht nachkommen. Dementsprechend wurden dem Beauftragten weder die bezeichneten Dokumente noch eine Auflistung über diese zugestellt.



## II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

### A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

9. 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.
10. 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.
11. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAZL eingereicht und eine 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.
12. 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>
13. 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

14. 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).<sup>3</sup>

---

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

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

<sup>3</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.



15. Das BAZL verweigerte den Zugang zu den vom Antragsteller bezeichneten Dokumenten mit Verweis auf den fehlenden sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes für amtliche Dokumente, welche Teil von Verfahrensakten eines (Verwaltungs-)Strafverfahrens bilden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ).
16. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Strafverfahren. Die Botschaft des Bundesrates zum Öffentlichkeitsgesetz fasst unter den Begriff des Strafverfahrens auch das Verwaltungsstrafrecht.<sup>4</sup> Weiter geht die Botschaft davon aus, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowohl auf hängige als auch auf abgeschlossene Verfahren Anwendung findet.<sup>5</sup> Jedoch wird eine solche generelle Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes für amtliche Dokumente betreffend abgeschlossene Verfahren weder in der Botschaft begründet noch scheint eine solche Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs ohne Weiteres mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes vereinbar zu sein.
17. Der Beauftragte stimmt mit den Ausführungen in der Botschaft insofern überein, dass sämtliche Dokumente, welche Teil eines hängigen Verfahrens bilden, für die gesamte Dauer des Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen und somit nicht zugänglich sind. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ, nämlich dem Schutz entsprechender hängiger Verfahren. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten solcher Verfahren richtet sich nach den entsprechenden Verfahrenserlassen.<sup>6</sup>
18. Hingegen vertritt er die Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz nach Abschluss eines Verfahrens für bestimmte amtliche Dokumente – nämlich für jene, welche bereits vor Verfahrenseröffnung und nicht explizit für das Verfahren erstellt worden sind – wieder auflebt. All jene Dokumente, welche bereits vor Verfahrenseröffnung erstellt wurden, und zu diesem Zeitpunkt also grundsätzlich auch unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen, sollten auch nach Abschluss des Verfahrens – unter Vorbehalt allfälliger weiterer Ausnahmebestimmungen – wieder zugänglich sein.<sup>7</sup>
19. Ein genereller Ausschluss von amtlichen Dokumenten eines abgeschlossenen Verfahrens aus dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes würde restlos alle amtlichen Dokumente, welche einmal Teil eines Verfahrens bildeten, dem Öffentlichkeitsgesetz entziehen und somit die Möglichkeit eines Geheimbereiches für das Handeln der Verwaltung schaffen. Hauptzweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist es aber gerade, die Transparenz über Verwaltungshandeln zu fördern, weshalb entsprechende Geheimbereiche weitgehend zu verhindern bzw. aufzulösen sind. Auch in der Lehre finden sich Stimmen, welche die Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes für Dokumente eines abgeschlossenen Verfahrens kritisieren.<sup>8</sup> Hingegen bleiben Dokumente, welche explizit für das Verfahren erstellt wurden (z.B. Schriftenwechsel), auch nach Abschluss des Verfahrens dem sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes entzogen.<sup>9</sup>
20. Eine solche Auslegung von Art. 3 Abs. 1 BGÖ drängt sich nach Ansicht des Beauftragten alleine schon deshalb auf, weil andernfalls die rein vorsorgliche Einleitung eines Verwaltungsverfahrens dazu führen würde, dass das Öffentlichkeitsgesetz für alle amtlichen

---

<sup>4</sup> BBI 2003 1989.

<sup>5</sup> BBI 2003 a.a.O.

<sup>6</sup> BBI 2003 1989, 2008.

<sup>7</sup> [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012](#), Ziff. 2.2.3.

<sup>8</sup> SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 3 Rz. 12.

<sup>9</sup> [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012](#), Ziff. 2.2.3.



Dokumente im Zusammenhang damit komplett unterlaufen werden könnte, unabhängig davon, ob das Verfahren in einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen, mittels Vergleich abgeschlossen oder entschieden wird.

21. Zusammenfassend kommt der Beauftragte vorliegend zum Schluss, dass die Verweigerung des Zugangs zu den betreffenden Dokumenten unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ nur insoweit gelten kann, als es sich um Dokumente handelt, welche explizit für das Verwaltungsstrafverfahren gegen die Fluggesellschaft Y erstellt worden sind. Alle bereits zuvor bestehenden Dokumente fallen unter das Öffentlichkeitsgesetz und sind grundsätzlich zugänglich.
22. Der Beauftragte war zu keinem Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens im Besitze der vom Antragsteller bezeichneten Dokumente. Auch stellte das BAZL dem Beauftragten keine Auflistung der vorhandenen amtlichen Dokumente zu. Es ist ihm also nicht möglich, im Einzelnen zu prüfen, welche Dokumente aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung stammen – und somit grundsätzlich zugänglich sind – bzw. welche Dokumente erst explizit für das Verfahren erstellt wurden und demnach nicht vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst werden. Schliesslich wurde dem Beauftragten auch kein Dokument zugestellt, welches die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens belegen würde.
23. Zur Verweigerung des Zugangs brachte das BAZL weiter vor, die betroffenen amtlichen Dokumente enthielten sowohl „schützenswerte Personendaten“ als auch Geschäftsgeheimnisse und eine Anonymisierung falle ausser Betracht, da sich das Zugangsgesuch auf eine namentlich bezeichnete Organisation beziehe.  
An welchen Stellen der Dokumente sich „schützenswerte Personendaten“ bzw. wo und inwiefern sich darin Geschäftsgeheimnisse befinden, wurde vom BAZL weder erläutert noch besteht für den Beauftragten die Möglichkeit, dies selbst festzustellen, da er nicht im Besitz der zu beurteilenden Dokumente ist. Gleiches gilt für die behauptete Nicht-Anonymisierbarkeit.
24. *Abschliessend hat der Beauftragte vorliegend keine andere Möglichkeit, als entsprechend dem Grundprinzip des Öffentlichkeitsgesetzes, nämlich der gesetzlichen Vermutung des Zugangs mit Geheimhaltungsvorbehalt, im Zweifel für die Transparenz<sup>10</sup> und somit zugunsten eines Zugangs zu den verlangten Dokumenten zu entscheiden.*

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

25. Das BAZL gewährt dem Antragsteller – unter Vorbehalt allfälliger Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes (insb. Art. 7–9 BGÖ) – Zugang zu allen von ihm bezeichneten amtlichen Dokumenten.
26. Das BAZL erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 25 den Zugang nicht gewähren will. Es erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
27. 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).

---

<sup>10</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 4; Empfehlung vom 29. August 2008 Ziff. II.B.4, Empfehlung vom 21. Oktober 2010, Ziff. II.B.8.



28. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
29. Das BAZL stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
30. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember 2012 bis am 2. Januar 2013 still.
31. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
32. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - X
  - Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL  
Mühlestrasse 2  
CH-3003 Bern

Jean-Philippe Walter