



Bern, 2.10.2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragsteller)**

gegen

Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 12. August 2011 beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) Zugang zu amtlichen Dokumenten im Zusammenhang mit der „Sicherheitstechnische[n] Stellungnahme zur periodischen Sicherheitsüberprüfung des Kernkraftwerks Mühleberg“ verlangt. Im Einzelnen ersuchte er um Einsicht in folgende drei Dokumente:

„1. Brandausbreitungsrechnungen inkl. Beilagen: [HSK 11/1100] Seite 8-16: ‚Das KKM^[1] reichte auf Forderung der HSK^[2] nachträglich Brandausbreitungsrechnungen für einige wichtige Anlagebereiche im Reaktorgebäude, im Betriebsgebäude und im Maschinenhaus ein [...]‘ [Dokument 1]“

2. Dokumente inkl. Beilagen, welche der Bewilligungsinhaber zur Erfüllung ihrer Nachforderung PSÜ-8.3-1f (interner Brand) einreichte. Inkl. MUSA-Zahlen zu einzelnen Räumen. [Dokument 2]

3. Dokumente inkl. Beilagen, welche der Bewilligungsinhaber zur Erfüllung ihrer Nachforderung PSÜ-8.3-1g (interne Überflutung) einreichte. Inkl. MUSA-Zahlen zu einzelnen Räumen und Flutquellen. [Dokument 3]“

¹ Kernkraftwerk Mühleberg.

² Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen – Ehemalige atomrechtliche Aufsichtsbehörde der Schweiz, heute Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI).



2. Mit Schreiben vom 26. August 2011 teilte das ENSI dem Antragsteller mit, dass ihm der Zugang zu den betroffenen Dokumenten verweigert werde, da diese „sicherungsrelevante Informationen“ enthielten. Dabei stützte sich das ENSI auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3), wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann.
3. Am 2. September 2011 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 5. September 2011 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages.
5. Ebenfalls am 5. September 2011 wurde das ENSI aufgefordert, dem Beauftragten innerhalb von 10 Tagen eine Stellungnahme sowie alle relevanten Unterlagen einzureichen.
6. Mit E-Mail vom 15. September 2011 übermittelte das ENSI dem Beauftragten eine Stellungnahme in Bezug auf die Verweigerung des Zugangs zu den drei betroffenen Dokumenten. Es führte erneut aus, dass die Dokumente „sicherungsrelevante Informationen“ enthielten, weshalb der Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ zu verweigern sei. Darüber hinaus, so das ENSI, seien die Dokumente 2 und 3 Teil eines noch hängigen Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht und somit gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen. Dass die erwähnten Dokumente tatsächlich Teil der erwähnten Verfahrensakte sind, geht aus dem eigens durch das ENSI zuhanden des Bundesverwaltungsgerichtes erstellten Aktenverzeichnis hervor, welches dem Beauftragten vorliegt. Das ENSI hielt fest, dass erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit bestehe, einzelne Abschnitte gemäss dem Aktenverzeichnis zugänglich zu machen. Bezüglich des Dokuments 1 ersuchte das ENSI den Beauftragten aufgrund der noch ausstehenden „seitenweisen Klassifizierung des Dokuments“ und des „hierfür erforderlichen Aufwands“ um eine Fristerstreckung bis zum 30. Oktober 2011.
7. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 22. September 2011 teilte das ENSI dem Beauftragten mit, eine genauere Prüfung des Dokuments 1 habe ergeben, dass dieses vom 14. Juni 2006 datiert sei und somit aus der Zeit vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 01. Juli 2006 stamme. Gestützt auf Art. 23 BGÖ falle folglich auch dieses Dokument nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Da die Dokumente 2 und 3 ebenfalls vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen seien, müsse dem Gesuchsteller der Zugang zu den verlangten Dokumenten vollständig verweigert werden.
8. Im September 2012 nahm der Beauftragte sowohl mit dem Gesuchsteller als auch mit dem ENSI Kontakt auf und stellte dabei fest, dass der Dialog zwischen dem Antragsteller und dem ENSI zwischenzeitlich weiter aufrechterhalten worden war. Weiter stellte er fest, dass aus verschiedenen öffentlich zugänglichen Internetseiten, welche teils vom Antragsteller, teils vom ENSI betrieben werden, hervorgeht, dass zwischen den Beteiligten persönliche Gespräche stattgefunden haben, in welchen der Antragsteller die Möglichkeit hatte, seine Fragen, Anliegen und Kritikpunkte zum Thema Sicherheit des KKW Mühleberg einzubringen.



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.³ 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 ENSI 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.⁴
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, 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).⁵

³ BBI 2003 2023.

⁴ BBI 2003 2024.

⁵ Christine Guy-Ecabert, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, RZ 8.



15. Das Öffentlichkeitsgesetz findet nur auf amtliche Dokumente Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten, d.h. nach dem 1. Juli 2006, von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden (Art. 23 BGÖ). Wie unter Ziffer 7 erwähnt, teilte das ENSI dem Beauftragten mit Schreiben vom 22. September 2011 mit, das Dokument 1 sei vom 14. Juni 2006 datiert und falle somit nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Das ENSI ist in vorliegendem Fall nicht Erstellerin, sondern Hauptadressatin des Dokuments 1. Daher muss für die Frage, ob das Öffentlichkeitsgesetz für dieses Dokument zur Anwendung kommt, auf das Datum des Dokumenteneingangs beim ENSI abgestellt werden. Massgebend ist also der Empfangs- und nicht der Erstellungstermin des Dokuments 1. Aufgrund dessen verlangte der Beauftragte mit E-Mail vom 21. September 2012 eine Eingangsbestätigung des ENSI. Mit E-Mail vom 25. September 2012 bestätigte das ENSI dem Beauftragten mittels Kopie des Deckblatts des umfangreichen Dokuments 1 und des Begleitbriefes mit Eingangsstempel den Eingang der Unterlagen am 30. Juni 2006, also einen Tag vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes. Das ENSI ist gemäss Art. 23 BGÖ nicht verpflichtet, amtliche Dokumente herauszugeben, welche ihm vor dem 01. Juli 2006 zugegangen sind. Selbstverständlich steht es einer Behörde jedoch frei, über amtliche Dokumente bzw. deren Inhalte von sich aus zu informieren, selbst wenn diese vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erstellt oder empfangen wurden. Ein Verbot des Zugangs zu amtlichen Dokumenten aus der Zeit vor Inkrafttreten ist im Öffentlichkeitsgesetz nicht vorgesehen. Entscheidend ist aber nur, dass das Öffentlichkeitsgesetz keinen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten verschafft, welche vor dem 01. Juli 2006 erstellt oder empfangen wurden.
16. Ein Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erstellt wurden, käme allerdings dann in Betracht, wenn diese nachträglich geändert oder aktualisiert wurden⁶. Durch eine solche Handlung entsteht jedes Mal ein neues amtliches Dokument, welches dem Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich unterliegt. Da das Dokument 1 gemäss oben erwähnter Bestätigung des ENSI vom 25. September 2012 am 30. Juni 2006 eingegangen ist, muss davon ausgegangen werden, dass eine Änderung bzw. Aktualisierung nicht erfolgte, zumal eine solche nicht durch das ENSI selbst vorgenommen worden wäre, da dieses nur Hauptadressatin und nicht Erstellerin des Dokuments 1 war.
17. *Der Beauftragte stellt daher fest, dass die Verweigerung des Zugangs zum Dokument 1 zu Recht erfolgt ist, da es vor Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 01. Juli 2006 vom ENSI empfangen wurde und somit nicht in den zeitlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. Die Verweigerung des Zugangs ist daher rechtmässig erfolgt.*
18. Für die Dokumente 2 und 3 bleibt zu prüfen, ob diese – entsprechend der Stellungnahme des ENSI – allenfalls auch nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen. Für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege findet das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 keine Anwendung. Der Zugang zu Dokumenten, welche Teil von Verfahrensakten sind, wird durch die entsprechenden Verfahrensgesetze geregelt⁷, vorliegend insbesondere durch das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).
19. Die Botschaft des Bundesrates zum Öffentlichkeitsgesetz geht davon aus, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowohl auf hängige, als auch auf

⁶ Handkommentar BGÖ, Art. 23 Rz. 11 f.; Entscheid BVGer A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 ; Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, [Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 2.2.4.](#)

⁷ BBI 2003 1989.



abgeschlossene Verfahren Anwendung findet.⁸ In der Lehre finden sich allerdings Stimmen, welche diese Auffassung mit guten Gründen relativieren⁹.

Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens (Verfahren auf Erlass einer Verfügung) sind dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt und somit grundsätzlich zugänglich¹⁰, es sei denn, im konkreten Fall liege ein Ausnahmetatbestand nach den Artikeln 7 oder 8 BGÖ vor, oder es handle sich um ein Akteneinsichtsbegehren einer Verfahrenspartei (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Wird eine erstinstanzliche Verfügung angefochten, so gelten alle Unterlagen, welche der Beschwerdeinstanz übermittelt werden, als Verfahrensakten und sind gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht zugänglich. Sobald das Verfahren abgeschlossen ist und das Dossier wieder an die erstinstanzliche Behörde zurück geht, lebt das Öffentlichkeitsgesetz für bestimmte Dokumente wieder auf. Dokumente, welche bereits vor der Eröffnung des Verfahrens bestanden haben, während des Verfahrens jedoch Teil der Verfahrensakten waren, fallen nach Abschluss wieder unter das Öffentlichkeitsgesetz und sind unter Vorbehalt allfälliger Ausnahmebestimmungen zugänglich. Dokumente hingegen, welche während und explizit für das Verfahren erstellt wurden (wie z.B. Schriftenwechsel), fallen auch nach Abschluss nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.

20. Entgegen der Aussage der Botschaft des Bundesrates findet Art. 3 BGÖ nach Ansicht des Beauftragten nur Anwendung auf die in dessen Abs. 1 bezeichneten *hängigen* Verfahren.¹¹ Eine generelle Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes für Dokumente betreffend abgeschlossene Verfahren wird weder in der Botschaft des Bundesrates begründet, noch scheint eine solche Einschränkung ohne Weiteres mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes vereinbar zu sein. Der Hauptzweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist gerade die Förderung von Transparenz über Verwaltungshandeln, wodurch einerseits eine Verbesserung der Beziehungen zwischen Staat und Bürgerschaft und andererseits eine Stärkung der demokratischen Kontrollrechte von jedermann erzielt werden sollen.¹² Nach Ansicht des Beauftragten gibt es keinen überzeugenden Grund, nach Abschluss eines Verfahrens amtliche Dokumente, welche Teil von Verfahrensakten waren und bereits vor dessen Eröffnung bestanden, weiterhin vom Recht auf Zugang auszunehmen. Diese Dokumente waren vor Verfahrenseröffnung bereits zugänglich und sollen dies auch nach Abschluss wieder sein. Wäre dem nicht so, würde beispielsweise eine aus rein taktischen Überlegungen erfolgende Verfahrenseröffnung dazu führen, dass das Öffentlichkeitsprinzip für die betreffenden Dokumente völlig unterlaufen werden könnte, unabhängig davon, ob das Verfahren später abgeschlossen, mittels Vergleich abgeschlossen oder entschieden wird.
21. Im vorliegenden Fall ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zwar in der Zwischenzeit abgeschlossen, allerdings wurde der Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen, wo das Verfahren zum jetzigen Zeitpunkt noch hängig ist. Mit Schreiben vom 24. September 2012 erhielt der Beauftragte eine Bestätigung durch die Kanzlei der Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts, dass die betreffenden Dokumente gemäss Aktenverzeichnis des ENSI zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2010 im Mai 2012 allesamt an das Bundesgericht weitergegeben wurden. Somit bilden die Dokumente 2 und 3 zweifelsfrei Teil von Verfahrensakten eines hängigen Verwaltungsrechtspflegeverfahrens. Sie fallen demnach gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ.

⁸ BBI 2003 1989.

⁹ Handkommentar BGÖ, Art. 3 Rz. 12.

¹⁰ BBI 2003 1989.

¹¹ Gl.M. SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3 Rz. 12

¹² BBI 2003 1976.



22. *Der Beauftragte stellt daher fest, dass die Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten 2 und 3 zu Recht erfolgt ist, da sie Teil von Verfahrensakten eines hängigen Verwaltungsrechtspflegeverfahrens sind. Sie fallen daher nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes, wodurch ein Anspruch auf Zugang entfällt.*

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

23. Das ENSI hält an der Verweigerung des Zugangs zum Dokument 1 fest.
24. Das ENSI hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten 2 und 3 fest.
25. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim ENSI den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
26. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
27. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
28. Die Empfehlung wird eröffnet:
- X
 - Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)
Industriestrasse 19
CH-5200 Brugg

Hanspeter Thür