



CH-3003 Bern

POST CH AG
EDÖB; EDÖB-A-CCB33401/3

Per E-Mail an:

Bundesamt für Zivilluftfahrt

██████████@bazl.admin.ch

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: EDÖB-A-CCB33401/3

Sachbearbeiter/in: ██████████

Bern, 1. Dezember 2023

Ämterkonsultation - Änderung des Luftfahrtgesetzes; Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens: Stellungnahme des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB

Sehr ██████████

Bezugnehmend auf den eingangs erwähnten Vernehmlassungsentwurf nimmt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) im Rahmen der Ämterkonsultation wie folgt Stellung:

Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bezweckt, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ), damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren gefördert sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden.¹ Ausserdem ermöglicht das Öffentlichkeitsgesetz eine unmittelbare Kontrolle der Verwaltung durch die Bürgerinnen und Bürger.² Das Öffentlichkeitsprinzip verfolgt auch das Ziel, rechtswidrigen Handlungen in der Verwaltung vorzubeugen. Indirekt schützt es davor, dass sich einzelne Bereiche der Bundesverwaltung dem Verdacht ausgesetzt sehen könnten, mit den Wirtschaftsbeteiligten Geheimabsprachen resp. unlautere Machenschaften zum Nachteil von anderen resp. auf Kosten der Steuerzahlenden getätigt zu haben.

Zu Art. 107c Abs. 1 des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (VE-LFG)

Der Vorentwurf der Teilrevision des Luftfahrtgesetzes sieht einen neuen Art. 107b mit der Marginalie "Information der Öffentlichkeit" vor. Abs. 1 regelt einen Anwendungsfall der aktiven Information, wonach das BAZL die Öffentlichkeit periodisch über seine Aufsichtstätigkeit informiert. Abs. 2 sieht dagegen eine Einschränkung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten vor und betrifft daher die passive Information. Grundsätzlich ist es begrüssenswert, dass das BAZL öffentlich über seine Aufsichtstätigkeit informiert. Allerdings erscheint uns Abs. 1 zum einen wenig konkret ausgestaltet. So wird insbesondere weder fest-

¹ BGE 142 II 313 E. 3.1.

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 1973 f.



gelegt, über welche Inhalte seiner Aufsichtstätigkeit das BAZL genau informiert, noch der Begriff "periodisch" genauer umschrieben. Der Wortlaut von Abs. 1 geht in seinem materiellen Gehalt letztlich nicht über die bereits in Art. 180 BV³ und Art. 10 RVOG⁴ resp. Art. 18 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) formulierten Informationspflichten hinaus. Zum anderen kann durch Schaffung einer derart allgemein formulierten aktiven Informationspflicht nicht die in Abs. 2 vorgesehene Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Überdies ist es gar widersprüchlich, wenn unter dem Titel "Information der Öffentlichkeit" eine Einschränkung des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) vorgesehen wird.

Zu Art. 107c Abs. 2 VE-LFG

Diese Bestimmung sieht vor, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht gilt für Berichte betreffend Audits, Inspektionen, Begutachtungen und Kontrollen des BAZL (Bst. a), für andere amtliche Dokumente, soweit sie Personendaten enthalten, welche die technische oder betriebliche Sicherheit betreffen (Bst. b) sowie für Meldungen und zugehörige Unterlagen über Ereignisse, die dem BAZL gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 376/2014⁵ zugegangen sind (Bst. c). Im Erläuternden Bericht wird dazu ausdrücklich festgehalten, dass Art. 107c Abs. 2 VE-LFG eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstelle. Im Erläuternden Bericht werden dafür an zwei Stellen (Seiten 23 und 44) unterschiedliche Begründungen angeführt: Erstens bestünde die Gefahr, dass diese Berichte nicht mehr präzise und aussagekräftig formuliert werden würden, falls sie nicht vertraulich behandelt würden, was der Sicherheit abträglich wäre. Zweitens gehe es darum, sicherzustellen, dass das BAZL weiterhin die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit in der Luftfahrt benötigten sicherheitsrelevanten Informationen von den beaufsichtigten Unternehmen und Privatpersonen erhalte.

Derartige spezialgesetzliche Vorbehalte haben zur Folge, dass das Öffentlichkeitsgesetz für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar ist. Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes hätte zur Folge, dass das Bestehen und die Bedeutung des öffentlichen Interesses an der Offenlegung dieser Informationen im Einzelfall nicht gerichtlich überprüft werden könnte. Für den Beauftragten sprechen mehrere Gründe dagegen, die in Art. 107c Abs. 2 VE-LFG vorgeschlagenen Inhalte generell und voraussetzungslos von der Verwaltungsoffenlichkeit nach Öffentlichkeitsgesetz auszunehmen.

Zum Argument der unpräzise und nicht aussagekräftig formulierten Berichte

Die Argumentation, wonach Berichte nicht mehr präzise und aussagekräftig formuliert würden, falls sie nicht vertraulich behandelt würden, kann nicht überzeugen. Das BAZL hat eine gesetzliche Pflicht, die Aufsicht über die Zivilluftfahrt auf dem Gebiet der Schweiz auszuüben (Art. 3 LFG⁶). Dabei haben die beaufsichtigten Unternehmen entsprechende Mitwirkungspflichten. Diese gesetzlichen Pflichten werden durch das Öffentlichkeitsgesetz nicht durchbrochen. Der Gesetzgeber hat die Vertraulichkeit zwischen der Aufsichts- resp. Inspektionsbehörde und der beaufsichtigten Stelle im Öffentlichkeitsgesetz gerade nicht als Ausnahmebestimmung vorgesehen.

Zum Ausschluss bestimmter Kategorien von Dokumenten

Das Öffentlichkeitsgesetz sieht vor, dass Informationen der Verwaltung grundsätzlich öffentlich, d.h. allgemein zugänglich, sind, sofern dem kein Tatbestand von Art. 7, 8 oder 9 BGÖ entgegensteht. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zugänglichkeit einer Information ist der Begriff des amtlichen Dokuments gemäss Art. 5 BGÖ. Entscheidend ist demnach einzig der Inhalt eines Dokuments und nicht seine Bezeichnung. Die Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes sieht also nicht vor, einzelne Kategorien von Dokumenten (wie etwa Inspektions- und Auditberichte) vom Gesetz auszunehmen. Der voraussetzungslose Ausschluss bestimmter Kategorien von Dokumenten vom Öffentlichkeitsgesetz – ohne

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG; SR 172.010).

⁵ Verordnung (EU) Nr. 376/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Meldung, Analyse und Weiterverfolgung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnungen (EG) Nr. 1321/2007 und (EG) Nr. 1330/2007 der Kommission, in der für die Schweiz jeweils verbindlichen Fassung gemäss Ziffer 3 des Anhangs zum Luftverkehrsabkommen.

⁶ Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0).

dass im Einzelfall schützenswerte Informationen enthalten sind – widerspricht der Konzeption des Gesetzes und ist bereits deshalb abzulehnen.

Allgemeines öffentliches Interesse an der Verwaltungstätigkeit von Aufsichtsbehörden

Aufsichtsbehörden sollen Sicherheits- und Marktaufsichtsaufgaben wahrnehmen. Sie sind und werden gerade in Bereichen eingesetzt, in welchen aufgrund der in der Natur der Sache liegenden Risiken respektive gemäss politischem Willen erhöhter Bedarf nach Aufsicht besteht. Zu erwähnen sind dabei etwa die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde RAB, das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI oder das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic. Überdies nehmen zahlreiche Bundesämter Aufsichtsaufgaben in bestimmten Bereichen wahr. Wir erlauben uns in diesem Zusammenhang ausserdem den Hinweis auf die Eidgenössische Finanzkontrolle EFK, welche ebenfalls in sensiblen Kontroll- und Inspektionsbereichen tätig ist. Nachdem die EFK anfänglich ihre Unterstellung unter das Öffentlichkeitsgesetz stets mit dem Verweis auf die Bedeutung der Vertraulichkeit der Beziehung mit den Geprüften kritisiert hat, kam sie nach sieben Jahren Erfahrung mit dem Öffentlichkeitsgesetz zum Schluss, dass die Qualität ihrer Arbeit durch dieses Gesetz nicht beeinträchtigt werde.⁷ Als Konsequenz verzichtet die EFK darauf, im Rahmen der Evaluation des Öffentlichkeitsgesetzes im Jahr 2014 durch das Bundesamt für Justiz eine Ausnahmeregelung für sich zu beantragen. Zudem entschied sich die Direktion der EFK für eine systematische Publikation ihrer Prüfberichte. Der Praxiswechsel der EFK wurde von der Finanzdelegation ausdrücklich begrüsst.⁸

Die Aufsichtstätigkeit und das damit einhergehende Verwaltungsermessen bergen gewisse Risiken mit Blick auf die Rechtmässigkeit des Vollzugs. Dies gilt umso mehr für die kleinräumigen Verhältnisse der Aufsicht in der zivilen Luftfahrt. Um diesbezüglichen Verdachtsmomenten oder Spekulationen entgegenzuwirken, liegt es sowohl im Interesse der Öffentlichkeit wie auch in demjenigen der Verwaltung, dass so transparent wie möglich über die Aufsichtstätigkeit informiert wird. Mittels eines Zugangsgesuchs kann eine antragstellende Person, stellvertretend für die Bevölkerung, die Aufsichtspraxis der zuständigen Behörde überprüfen. In diesem Sinne bildet der Öffentlichkeitsgrundsatz eine wesentliche Voraussetzung für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Aufsichts-, Inspektions- oder Auditbehörden.⁹ Es besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Nachvollziehbarkeit und an der Überprüfung der Tätigkeit der Aufsichtsbehörden im Sicherheitsbereich (insb. Informationen über [nicht] ergriffene Massnahmen).¹⁰ Allein aufgrund dessen rechtfertigt sich eine voraussetzungslose Geheimhaltung der in Frage stehenden Informationen nicht. Laut Rechtsprechung rechtfertigt sich zudem die Zugänglichmachung von amtlichen Informationen auf Gesuch hin desto eher, je grösser die politische oder gesellschaftliche Bedeutung eines bestimmten Aufgabenbereiches einer Behörde ist.¹¹ Es besteht somit bereits per se ein öffentliches Interesse am Nachvollzug der Verwaltungstätigkeit durch die Bevölkerung.¹²

Im Erläuternden Bericht ist zu Art. 107c Abs. 2 VE-LFG zu lesen: "Es geht darum, sicherzustellen, dass das BAZL von den beaufsichtigten Unternehmen und Privatpersonen *weiterhin* die sicherheitsrelevanten Informationen erhält, die es benötigt, um die Sicherheit in der Luftfahrt aufrechtzuerhalten" (Seite 44). Nach Auffassung des BAZL lässt sich nur mit der Einführung einer Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip verhindern, dass die kontrollierten Unternehmen die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit nötigen Informationen ungeachtet gesetzlicher Auskunft- und Meldepflichten zurückhielten. Eine gesetzliche Meldepflicht alleine stelle nicht sicher, dass das BAZL alle sicherheitsrelevanten Informationen erhalte. Dies gelte insbesondere dann, sofern praktisch keine Gefahr bestehe, dass ein Verstoß entdeckt werde.

⁷ Medienmitteilung der EFK „Öffentlichkeitsgesetz: EFK zieht positive Gesamtbilanz“ vom 23.6.2014, abrufbar unter: <https://www.efk.ad-min.ch/de/publikationen/allgemeine-kommunikation/medienmitteilung/oeffentlichkeitsgesetz-efk-zieht-positive-gesamtbilanz-d.html> (zuletzt abgerufen am 27. November 2023).

⁸ Medienmitteilung der FinDel vom 24.06.2014, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2014/mm-findel-2014-06-24.aspx> (zuletzt abgerufen am 27. November 2023).

⁹ Urteil des BVGer A-1096/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3 m.w.H.

¹⁰ Fehlerkultur: Möglichkeiten und Grenzen ihrer rechtlichen Verankerung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 20.3463 (RK-S) (zit. Bericht des BR zur Fehlerkultur), Ziffer 6.11 Seite 49.

¹¹ Urteil des BVGer A-5635/2019 vom 12. Mai 2020 E. 5.4.2.

¹² Vgl. BBI 2003 1973 f.

Diese Begründung vermag aus verschiedenen Gründen nicht zu überzeugen. Das BAZL zieht hier die nach der hier vertretenen Auffassung unzutreffende Prämisse heran, dass die Beaufsichtigten ihren Meldepflichten nur dann nachkommen würden, wenn sie nicht mit einer Bekanntgabe der entsprechenden Informationen rechnen müssten. Zunächst ist in einem Rechtsstaat davon auszugehen, dass gesetzliche Auskunfts- und Meldepflichten beachtet und durchgesetzt werden. Dies haben auch das Bundesverwaltungsgericht¹³ und das Bundesgericht¹⁴ bekräftigt. Das BAZL verkennt dabei von vornherein, dass mögliche Rechtsverletzungen der Beaufsichtigten – selbst wenn oder gerade weil sie auf das Öffentlichkeitsprinzip zurückzuführen sind – keinesfalls eine derartige Einschränkung des Öffentlichkeitsgesetzes zu rechtfertigen vermögen. Die Argumentation des BAZL im Erläuternden Bericht bezüglich der Gefahr der Nichtbefolgung von Meldepflichten kann auch als Einladung an die Beaufsichtigten zum Rechtsmissbrauch verstanden werden. Des Weiteren bietet das Öffentlichkeitsgesetz mit seinen Ausnahmebestimmungen ausreichend Möglichkeiten, um dem Schutz der betroffenen Personen (u.a. der Arbeitnehmenden von Beaufsichtigten) und den Vertraulichkeitsinteressen auch im Zusammenhang mit behördlichen Kontrollmassnahmen gebührend Rechnung zu tragen. Insbesondere sieht das Gesetz vor, dass die Verwaltung Unternehmen, die freiwillig Meldungen erstatten wollen, Vertraulichkeitszusagen abgeben kann (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Wir verweisen zudem auf den Schutz der Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ), auf die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) oder auch auf den Schutz von Personendaten (Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 BGÖ). Auch der Bundesrat kommt zum Schluss, dass das "Öffentlichkeitsgesetz [...] auch im Bereich der Aufsichtstätigkeit mit seinen Ausnahmebestimmungen ausreichend Möglichkeiten [bietet], um dem Schutz schützenswerter öffentlicher und privater Interessen und insbesondere auch dem Schutz der Privatsphäre betroffener Mitarbeitenden hinreichend Rechnung zu tragen."¹⁵ Demnach ist es mit den bestehenden Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes ohne weiteres möglich, auch vorliegend im Falle von sensiblen Informationen den konkreten Umständen gebührend Rechnung zu tragen. Der Beauftragte ist sich des erhöhten Schutzbedürfnisses für gewisse Dokumente (worunter durchaus auch Audit- und Inspektionsberichte fallen können) mit heiklen Inhalten sehr wohl bewusst und hat dies - wie den zahlreichen Empfehlungen entnommen werden kann - in der Vergangenheit immer entsprechend berücksichtigt (siehe bspw. die Empfehlung vom 19. November 2013: BAZL / Rechtsetzungsakte EU-Kommission; Empfehlung vom 4. September 2013: BAZL / Sicherheitsabklärungen Südabflüge 16 straight).

Mangels anderweitiger Hinweise ist davon auszugehen, dass das BAZL bis anhin – bei gleichzeitiger Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes – von den Beaufsichtigten die für die Aufrechterhaltung der Sicherheit der Luftfahrt relevanten Informationen erhalten hat. In Anbetracht dessen vermag der Beauftragte nicht zu erkennen, inwiefern dies zukünftig anders, d.h. nur bei einem Ausschluss des Öffentlichkeitsgesetzes, der Fall sein sollte.

Technische Einzelheiten

Die ebenfalls vorgebrachte Begründung, dass die Berichte oft technische Einzelheiten enthalten würden, die von der Öffentlichkeit nur schwer richtig einzuordnen seien und deshalb der Zugang eingeschränkt werden solle, ist unhaltbar und – pointiert formuliert – anmassend. Spätestens mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes ist es nicht mehr an der Verwaltung darüber zu befinden, ob bestimmte Informationen für das breite Publikum verständlich sind oder ob eine bestimmte Person die "richtigen" Schlüsse aus einem Dokument ziehen kann.¹⁶ Dies käme letztlich einer Bevormundung der Bürgerin und des Bürgers gleich. Auch hinsichtlich inhaltlich komplexer Dokumente gilt der Grundsatz der Transparenz. Die Verständlichkeit einer Information ist denn auch gerade kein vom Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenes Ausnahmekriterium.

¹³ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.3.2.

¹⁴ Urteil des BGer 1C_428/2016 vom 27. September 2017 E.4.3.

¹⁵ Bericht des BR zur Fehlerkultur, Ziffer 6.11 Seite 49.

¹⁶ Vgl. Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 6.1.

Schutz von öffentlichen und privaten Interessen

Nur für die Nationalbank und die FINMA hat der Gesetzgeber die Geltung des Öffentlichkeitsgesetzes ausdrücklich ausgeschlossen. Ansonsten erlauben es die Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes den Behörden, den Zugang zu amtlichen Dokumenten zum Schutz öffentlicher und privater Interessen zu verweigern oder aufzuschieben (vgl. die Hinweise auf entsprechende Ausnahmebestimmungen hiervor). Soweit das BAZL die im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Ausnahmebestimmungen als nicht ausreichend erachtet, hat es nicht dargetan und für den Beauftragten ist ausserdem nicht ersichtlich, dass das BAZL gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Informationen öffentlich zugänglich machen musste, in dessen Folge die Aufsichtstätigkeit des BAZL beeinträchtigt worden wäre.

Umfang des Vorbehalts

Das BAZL will nebst den eigentlichen Audit- und Inspektionsberichten auch alle weiteren Dokumente, soweit sie Personendaten enthalten, welche die technische oder betriebliche Sicherheit betreffen, vom Öffentlichkeitsgesetz ausnehmen (Art. 107c Abs. 2 Bst. b VE-LFG). Mit dieser (inhaltlich) unklar formulierten Bestimmung würde seine gesamte Aufsichtstätigkeit und damit schlussendlich eine seiner Haupttätigkeiten vollends dem Öffentlichkeitsgesetz entzogen. Diese Ausnahme lässt sich angesichts des berechtigten öffentlichen Interesses an einer korrekten Erfüllung dieser Aufsichtspflicht im Bereich der Luftfahrt nicht rechtfertigen.

Ausschluss der Meldungen gemäss Verordnung (EU) Nr. 376/2014

Gemäss Art. 107c Abs. 2 Bst. c VE-LFG soll das Öffentlichkeitsgesetz ausserdem nicht gelten für Meldungen und zugehörige Unterlagen über Ereignisse, die dem BAZL gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 zugegangen sind. Im Erläuternden Bericht erklärt das BAZL auch hier, es dürfe "für Unternehmen und Private kein «Anreiz» bestehen, sicherheitsrelevante Informationen zurückzuhalten. Es muss ihnen daher zugesichert werden können, dass ihre Informationen nur zum beabsichtigten Zweck verwendet werden." So oder so seien die in der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 enthaltenen Vorgaben völkerrechtlicher Natur und in der Schweiz direkt anwendbar («self-executing»). "Sie gehen somit den nationalen Vorgaben vor. Als Folge davon sind die Bestimmungen betreffend die Meldung von Vorfällen *lex specialis*, welche gemäss Artikel 4 BGÖ als 'Spezialbestimmungen' mutatis mutandis vorbehalten sind" (Erläuternder Bericht, Seite 45).

Für den Beauftragten ist die vom BAZL ausgeführte Begründung widersprüchlich: Die Einführung des Vorbehalts gemäss Art. 107c Abs. 2 Bst. c VE-LFG kann nicht damit begründet werden, dass ein solcher – in Form der Bestimmungen aus der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 betreffend die Meldung von Vorfällen – bereits bestünde, zumal es sich dabei lediglich um eine (bestrittene) Einschätzung des BAZL handelt (vgl. dazu die Ausführungen hiernach). Gleichzeitig könnte ohne Weiteres auf die Einführung von Art. 107c Abs. 2 Bst. c VE-LFG verzichtet werden, wenn die vom BAZL vorgebrachten Bestimmungen aus der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 Vorbehalte i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellten.

Soweit das BAZL bei den Meldungen, welche ihm gestützt auf die die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 zugegangen sind, auf die drohende Nicht-Einhaltung von gesetzlich festgehaltenen Meldepflichten hinweist, ist auf das hiervor Ausgeführte zu verweisen.

Nicht gefolgt werden kann der vom BAZL (unabhängig von der neu vorgesehenen Bestimmung von Art. 107c Abs. 2 Bst. c VE-LFG) bereits als geklärt zu betrachtende Qualifizierung von Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 betreffend die Meldung von Vorfällen als Vorbehalte i.S. Art. 4 BGÖ. Vorab ist festzuhalten, dass die Frage, ob und in welchen Fällen Bestimmungen aus internationalen Rechtsgrundlagen die Anforderungen an einen spezialgesetzlichen Vorbehalt i.S. Art. 4 BGÖ erfüllen, bis anhin – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung stets offengelassen worden ist. Die diesbezüglichen Ausführungen des BAZL im Erläuternden Bericht bilden demnach lediglich die Einschätzung des BAZL zur Verordnung (EU) Nr. 376/2014 und damit zu einem Dritterlass ab, weshalb entsprechende Darlegungen nicht in den Erläuternden Bericht zum VE-LFG gehören und sind folglich abzulehnen. Darüber hinaus vermögen sie keinerlei Rechtswirkung zu entfalten. Mangels eines konkret zu beurteilenden Einzelfalls verzichtet der Beauftragte vorliegend auf eine detaillierte Beurteilung resp. Auslegung von einzelnen Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 hinsichtlich der Frage, ob diese einen spe-

zialgesetzlichen Vorbehalt i.S.v. Art. 4 BGÖ darstellen.¹⁷ Es sei an dieser Stelle lediglich darauf hinzuweisen, dass in Art. 20 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 namentlich der Zugang zu Dokumenten geregelt und festgehalten wird, dass mit "Ausnahme der Artikel 10 und 11, durch die strengere Regeln für den Zugang zu den im Europäischen Zentralspeicher enthaltenen Daten und Informationen festgelegt werden, beeinträchtigt diese Verordnung nicht die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001" (Art. 20 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 376/2014 [Hervorhebung durch den Beauftragten]). Die in Art. 20 Abs. 1 erwähnte Verordnung, deren Anwendung grundsätzlich nicht eingeschränkt wird, ist Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission. Vor diesem Hintergrund ist zumindest nicht offensichtlich, dass die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 absolute Geheimhaltung verlangt resp. damit ein Vorbehalt gemäss Art. 4 BGÖ darstellt und die entsprechenden Ausführungen des BAZL im Erläuternden Bericht zutreffend sind.

Formulierung in den Vernehmlassungsunterlagen und im Bundesratsantrag

Bei der Konsultation der aktuellen Unterlagen entsteht der Eindruck, dass die Auswirkungen der Einschränkung des Anwendungsbereichs des Öffentlichkeitsgesetzes gegenüber dem Bundesrat nicht in ihrer vollen Tragweite aufgezeigt werden (sollen). Zurückzuführen ist dies insbesondere auf die Formulierungen in den Unterlagen an den Bundesrat (Erläuternder Bericht zum VE-LFG, Inhaltsübersicht zum Bundesratsantrag und Antrag an den Bundesrat). Im erstgenannten Dokument wird festgehalten, der Anwendungsbereich des BGÖ solle "dort eingeschränkt werden, wo sich der öffentliche Zugang zu sicherheitsrelevanten Informationen nachteilig auf die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs und die Meldekultur auswirken könnte." (Seite 23, Ziffer 1.22.2). Dies ist so offen formuliert, dass die Aussage keinen rechtserheblichen Inhalt aufweist. Die für die Überschrift von Ziffer 1.22 gewählte Formulierung "Abweichungen vom Öffentlichkeitsgesetz" täuscht zudem über die wahre Tragweite der beabsichtigten Neuregelung hinweg, mit welcher der Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entscheidend eingeschränkt werden soll.

In der Übersicht zum Bundesratsantrag ist unter *Finanzielle und personelle Auswirkungen* lediglich von einer Abweichung vom Öffentlichkeitsgesetz die Rede, was ebenfalls nur unzureichend wiedergibt, welche Rechtsfolgen mit der beabsichtigten Neuregelung einhergehen. Unter dem Titel *Übersicht* fehlt der Hinweis zum Ausschluss des Öffentlichkeitsgesetzes gänzlich. Ebenso fehlt der Ausschluss des Öffentlichkeitsprinzips unter Ziffer 1 (Ausgangslage) im Bundesratsantrag.

Abschliessende Bemerkungen

Abschliessend geben wir zu bedenken, dass das Parlament mit der Verabschiedung des Öffentlichkeitsgesetzes ein klares Zeichen gegen Geheimbereiche und -dokumente in der Bundesverwaltung gesetzt hat. Dies muss u.E. nicht zuletzt auch für Behörden mit Aufsichts-, Audit-, Kontroll- oder Inspektionsaufgaben gelten, denn sie stehen im besonderen Fokus der Öffentlichkeit, da sie von Gesetzes wegen andere Verwaltungseinheiten und/oder Private überprüfen. Gerade in diesen sensiblen Bereichen kann es nicht angehen, dass sich Aufsichtsbehörden mit Argumenten wie "Gefahr der Missachtung von Meldepflichten" oder "zu komplex für die Bevölkerung" vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausnehmen lassen können. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich Behörden mit Audit- und Inspektionsaufgaben selber jeglicher Überprüfung – selbst einer minimalen Kontrolle durch die Bevölkerung mittels Öffentlichkeitsgesetz (wobei noch die Ausnahmestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes zur Anwendung gelangen können) – entziehen wollen und im Geheimen sowie alleine darüber befinden können, ob sie selber oder die Geprüften die an sie gestellten gesetzlichen Vorgaben erfüllen. In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht explizit ein hohes Interesse der Öffentlichkeit anerkannt hat, die Aufsichtstätigkeit einer Behörde nachvollziehen zu können (Urteil des BVGer A-2434/2013 vom 9. Dezember 2013 E. 10.2).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Einschränkung des Öffentlichkeitsgesetzes in Bezug auf Inspektions- und Auditberichte und sowie auf sämtliche Dokumente, die Schlussfolgerungen über

¹⁷ Gemäss Bundesgericht ist das Verhältnis von Vertraulichkeitsregeln in anderen Bundesgesetzen (Art. 4 Bst. a BGÖ) zum Grundsatz der Verwaltungsöffentlichkeit gemäss Öffentlichkeitsgesetz bzw. die Frage, ob einer Rechtsnorm als *lex specialis* Vorrang i.S.v. Art. 4 Bst. a BGÖ zukommt, jeweils für den konkreten Fall zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist "dabei der Sinn und Zweck der divergierenden Normen [entscheidend]: das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung ist dem Schutzzweck der Spezialnorm gegenüberzustellen" (BGE 146 112 65 E. 3.1).

die bei diesen Kontrollen gewonnenen Erkenntnisse und Informationen enthalten, im Rahmen der Vernehmlassung der Teilrevision 1+ des Luftfahrtgesetzes im Jahr 2015 mehrheitlich abgelehnt wurde.¹⁸ Aus welchen Gründen das BAZL nunmehr erneut beabsichtigt, eine (noch umfassendere) Einschränkung des Öffentlichkeitsgesetzes einzuführen resp. weshalb eine solche vor dem Hintergrund des damaligen Verzichts und unter Berücksichtigung zwischenzeitlich geänderter Rahmenbedingungen als notwendig erachtet wird, wird nicht erläutert und ist für den Beauftragten auch nicht ersichtlich.

Fazit

Aufgrund der Ausgeführten liegen keine überzeugenden Gründe vor, welche die Schaffung einer Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ im VE-LFG rechtfertigen, weshalb sich die vorgeschlagenen Vorbehalte vom Öffentlichkeitsgesetzes als nicht notwendig erweisen. Im Ergebnis ist der Beauftragte der Ansicht, dass aus den hiervor aufgeführten Gründen vorliegend auf die beabsichtigte Einführung eines Vorbehalts i.S.v. Art. 4 BGÖ im VE-LFG vollumfänglich zu verzichten ist. Infolgedessen sind Art. 107c Abs. 2 VE-LFG sowie die entsprechenden Ausführungen im Erläuternden Bericht, in der Inhaltsübersicht zum Bundesratsantrag und im Antrag an den Bundesrat ersatzlos zu streichen.

Sollte diesem Anliegen wider Erwarten nicht Rechnung getragen werden, bitten wir Sie, die Position des Beauftragten im Erläuternden Bericht unter Ziffer 4.4 mit einem neuen Titel "Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip" zu erwähnen und die Differenz im Antrag an den Bundesrat auszuweisen. Der Beauftragte schlägt in beiden Fällen folgende Formulierung vor: "Der EDÖB erachtet den Ausschluss des BGÖ in Art. 107c Abs. 2 VE-LFG als überflüssig, da das Öffentlichkeitsgesetz auch im Bereich der Aufsichtstätigkeit mit seinen Ausnahmestimmungen ausreichend Möglichkeiten bietet, um dem Schutz schützenswerter öffentlicher und privater Interessen und insbesondere auch dem Schutz der Privatsphäre betroffener Mitarbeitenden hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. Art. 9 BGÖ). Zum selben Schluss kam der Bundesrat in seinem Bericht vom 9. Dezember 2022 in Erfüllung des Postulats 20.3463 (RK-S) vom 25. Mai 2020. Da in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung in einem Rechtsstaat davon auszugehen ist, dass gesetzliche Auskunft- und Meldepflichten beachtet und durchgesetzt werden, sind keine überzeugenden sachlichen Gründen ersichtlich, welche eine Einschränkung des Öffentlichkeitsgesetzes rechtfertigen. Wird die Aufsichtstätigkeit sukzessive vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen, kommt dies im Ergebnis einem Systemwechsel gleich, der vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt war."

Bei Fragen steht Ihnen  (edoeb.admin.ch) gerne zur Verfügung.

Wir bitten Sie, uns über den weiteren Verlauf zu informieren.

Freundliche Grüsse



¹⁸ Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Teilrevision 1+ des Luftfahrtgesetzes, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, März 2016, Ziffer 5.1.18.