



Bern, den 15. September 2009

Empfehlung

gemäss

Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag

**X
(Antragsteller)**

gegen

Bundesamt für Energie

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Umweltschutzorganisation) reichte am 2. April 2009 beim Bundesamt für Energie (BFE) ein Gesuch um Zugang zu den „Koordinaten der geplanten Kleinwasserkraftanlagen mit KEV-Gesuch“.
2. Das BFE teilte dem Antragsteller am 9. April 2009 mit, dass es auch „eine anonymisierte Liste mit den Koordinaten mangels Gesetzgrundlage nicht herausgeben dürfe[...]. Dies weil anhand der metergenauen Koordinaten auf einzelne Projekte und damit auf Projektanten geschlossen werden kann.“ Das BFE liess dem Antragsteller jedoch Folien eines Referates zu diesem Themenbereich zukommen.
3. Am 29. April 2009 reichte der Antragsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3).
4. Auf Aufforderung des Beauftragten reichte das BFE am 5. Juni 2009 eine detaillierte Stellungnahme sowie die relevanten Dokumente ein. Im Sinne einer erklärenden Einführung führte das BFE zur Ausgangslage aus: „Die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) ist ein In-



strument zur Förderung erneuerbarer Energien (Wasserkraft, Fotovoltaik etc.). Wer Elektrizität aus solchen Quellen ins Netz einspeist, kann dafür eine Vergütung beanspruchen (Art. 7a des Energiegesetzes, EnG, SR 730.0). [...] Wer eine Anlage zur Gewinnung erneuerbarer Energien bauen und von der KEV profitieren will, muss sein Projekt bei der nationalen Netzgesellschaft swissgrid anmelden (Art. 3g Energieverordnung, EnV). Swissgrid prüft das Projekt und erteilt einen Bescheid (positiv oder negativ); im Streitverfahren entscheidet die Elektrizitätskommission (ECom; Art. 25 Abs. 1bis EnG). [...] Die KEV-Anmeldung erfolgt oft, bevor ein Baubewilligungsgesuch für die Anlage eingereicht ist [...]. Die KEV-Gelder werden erst nach der Inbetriebnahme ausbezahlt (Art. 3h EnV).“

Das BFE informierte den Beauftragten auch darüber, dass es schon mehrfach ersucht worden sei, Listen mit diesen Angaben herauszugeben. Anfangs habe es zwei Anfragen (von einer Privatperson sowie einer kantonalen Behörde) positiv beantwortet und eine Liste mit den Koordinaten der Kleinwasserkraftwerke herausgegeben. Inzwischen sei das BFE aufgrund einer datenschutzrechtlichen Neubeurteilung zu einem anderen Schluss gekommen und habe darum den Zugang verweigert.

In seiner datenschutzrechtlichen Beurteilung führte das BFE aus, dass die verfügbaren KEV-Daten zwar keine Namen der Projektanten enthielten, diese aber aufgrund der punktgenauen Koordinaten regelmässig eruiert werden könnten. Damit lägen nach Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) Personendaten vor. Die Projektanten würden indes – berechtigterweise und oftmals ausdrücklich – nicht wollen, dass ihre Vorhaben frühzeitig bekannt würden, zumal mit der Anmeldung die Realisierung des Vorhabens noch lange nicht feststehe. So könne es z.B. vorkommen, dass der Projektant von sich aus verzichtet oder, die Baubewilligung/Konzession möglicherweise gar nicht erteilt wird. Auch komme nicht selten vor, dass der Grundeigentümer das betreffende Land mehreren Interessenten zugesagt habe und sich schliesslich für einen von ihnen entscheiden müsse. Weiter verwies das BFE darauf, dass durch eine Bekanntgabe aller Standorte – und damit der Projektanten – dem Umstand nicht Rechnung trüge, dass mit der KEV-Anmeldung noch keineswegs feststehe, dass die Vorhaben realisiert würden, dass diese ganz unterschiedlich weit gediehen seien und in vielen Fällen noch keine KEV-Gelder ausbezahlt würden. Zudem könnten im Rahmen des ordentlichen (kantonalen) baurechtlichen Bewilligungsverfahrens umweltschutzrechtliche Einwände eingebracht werden.

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

A. Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

1. 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.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.¹ 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 her-

¹ BBI 2003 2023



vorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BFE 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.
3. 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.²

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. Sachlicher Geltungsbereich

1. Das BFE verweigerte den Zugang zur Auflistung mit den Koordinaten aller geplanten Kleinwasserkraftanlagen aus datenschutzrechtlichen Gründen, obwohl es einige Monat vorher den Zugang zum gleichen Dokument gewährt hatte.
Vorweg gilt es daher zu klären, ob der Zugang zu Recht mit Verweis auf den Schutz der Privatsphäre verweigert werden kann.
Im einem weiteren Schritt muss dann geprüft werden, ob der Antragsteller aus der Tatsache, dass das BFE einer Privatperson bereits Zugang zu den besagten Dokumenten gewährt hat, einen Anspruch auf Gleichbehandlung ableiten kann.
2. Die Auflistung enthält die Koordinaten zu jeder geplanten Kleinwasserkraftanlage. Damit lässt sich exakt bestimmen, an welchem Standort eine einzelne Anlage gebaut werden soll. Mit diesen Angaben lassen sich, wie vom BFE dargelegt, die damit in Verbindung stehenden natürlichen oder juristischen Personen (Grundeigentümer oder Projektanten) bestimmen. *Damit liegen Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a DSGVO vor.*
3. Bei der Beurteilung von Zugangsgesuchen zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten Dritter enthalten, muss zwingend das in Art. 9 BGÖ vorgeschriebene Vorgehen beachtet werden. Demnach müssen amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme anonymisiert werden (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Da der Antragsteller bezweckt, den genauen Standort der geplanten Kleinwasserkraftanlagen in Erfahrung zu bringen, ist eine Anonymisierung hier nicht zielführend. Somit ist gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ eine mögliche Bekanntgabe der Personendaten nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen.

Vorliegend besteht weder eine gesetzliche Grundlage, welche die Datenbekanntgabe legitimieren würde, noch liegt eine Ausnahme nach Art. 19 Abs. 1 lit. a – d DSGVO vor. Insbesondere ist die Einholung der Einwilligung (Art. 19 Abs. 1 Bst. b DSGVO) bei jedem einzelnen Projektanten (insgesamt über 600 Projekte betreffend Kleinwasserkraftanlagen) unverhältnismässig.

² BBI 2003 2024



Eine Bekanntgabe der Personendaten könnte daher einzig noch gestützt auf Art. 19 Abs. 1 bis LPD erfolgen. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten dann bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Es stellt sich somit die Frage, ob an der Bekanntgabe der Personendaten ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Art. 6 Abs. 2 VBGÖ führt beispielhaft auf, in welchen Fällen dieses vorliegen kann.

4. Es ist für den Beauftragten nicht von der Hand zu weisen, dass die Antragsteller wichtige und schutzwürdige öffentliche Interessen vertreten. Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern sie *zum jetzigen Zeitpunkt* das Recht der Betroffenen auf Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen, zumal keineswegs feststeht, ob diese geplanten (und noch nicht bewilligten) Kleinwasserkraftanlagen je gebaut werden. Weiter lässt sich nicht ausschliessen, dass die Offenlegung der Anlagen in Verbindung mit den Namen der Projektanten zu einer Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen den Marktteilnehmern führen könnte (womit allenfalls ein Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 bst. g BGÖ vorläge). Zudem besteht die Möglichkeit, im Rahmen des regulären kantonalen Bewilligungsverfahrens Einsprache gegen einzelne Kleinwasserkraftanlagen zu erheben.

Die vom BFE zum Schutz der Privatsphäre der Betreiber vorgenommene datenschutzrechtliche Beurteilung erachtet der Beauftragte sowohl als rechtmässig als auch als angemessen. Nach Einschätzung des Beauftragten liegt kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zur Auflistung mit den Koordinaten der Kleinwasserkraftanlagen vor, weshalb eine Bekanntgabe dieser Personendaten nicht zulässig ist (Art. 7 Abs. 2 BGÖ in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 bis DSG)

Das BFE muss daher den Zugang zur gewünschten Auflistung nicht gewähren.

5. Das BFE hat den Zugang zu einer „Liste mit den KEV-Anmeldungen für Wasserkraftwerke (inkl. Koordinaten)“ bereits einer Gesuchstellerin (sowie einer kantonalen Behörde) gewährt. Es stellt sich daher die Frage, ob X verlangen kann, genau gleich wie diese Gesuchstellerin behandelt zu werden, respektive, ob X auch einen Anspruch darauf hat, dass das BFE entgegen den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes Zugang gewährt.

Der Bundesrat hält in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz fest, dass das Öffentlichkeitsprinzip eine *kollektive Information* garantiert.³ Mit anderen Worten gilt damit der Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person. Konkretisiert wird dieser explizit in Art. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31): Demnach steht der Zugang *in demselben Umfang* auch jeder weiteren Gesuchstellerin und jedem weiteren Gesuchsteller zu, wenn bereits eine Person Zugang zu einem amtlichen Dokument erhalten hat.

Art. 2 VBGÖ ist letztlich ein Ausfluss des in Art. 8 Abs. 1 BV festgehaltenen Gleichbehandlungsgebotes. Interessanterweise steht ein weiterer Aspekt dieses Gebotes dem Grundsatz der kollektiven Information gegenüber und setzt ihm eine Grenze: Der Grundsatz *der Gleichbehandlung im Unrecht*.

³ BBI 2003 2001



Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁴ geht dann, wenn es lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen zu einer gesetzeswidrigen Anwendung gekommen ist, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Somit verleiht der Umstand, dass das Öffentlichkeitsgesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, dem Antragsteller keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Anders verhielte es sich nur, wenn die rechtsanwendende Behörde zu erkennen gäbe, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzkonform entscheiden würde.

Angewandt auf den vorliegenden Sachverhalt kann festgehalten werden: Das BFE hat bisher einer Privatperson den Zugang gewährt. Es besteht somit keine gefestigte Praxis in Bezug auf den Zugang zur Auflistung der Koordinaten der Kleinwasserkraftanlagen. Zudem hat das BFE klar zum Ausdruck gebracht, dass es diese gesetzeswidrige Praxis in Zukunft nicht mehr anwenden will.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht somit für X kein Anspruch darauf, im gleichen Umfang wie die erste Gesuchstellerin Zugang zur gewünschten Auflistung zu erhalten.

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

1. Das Bundesamt für Energie kann an seiner Zugangsverweigerung zum Dokument „Liste mit den KEV-Anmeldungen für Wasserkraftwerke (inkl. Koordinaten)“ festhalten.
2. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Energie den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
3. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
4. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
5. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Bundesamt für Energie
3003 Bern

Hanspeter Thür

⁴ BGE 112 Ib 381 S. 387, Ehrenzeller, St. Galler Kommentar zu Art. 8, Rz. 46 (mit Verweisen)