

Hinweis

Für den Originaltext vgl. EVA MARIA BELSER/GÉRALDINE CATTILAZ, *Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten, Ein Blick auf das Freiburger InfoG aus der Perspektive der Rechte Einzelner*, in: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 65–91.

Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten

Ein Blick auf das Freiburger InfoG aus der Perspektive der Rechte Einzelner

EVA MARIA BELSER/GÉRALDINE CATTILAZ

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	2
II. Der Schutzbereich der Informationsbeschaffungsfreiheit	4
A. Die Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen im Völker- und Bundesrecht.....	5
1. Die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen.....	5
2. Die Kritik am engen Schutzbereich und seine Ausweitung durch die Rechtsprechung	6
B. Der Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Quellen nach kantonalem Recht	11
1. Der verfassungsmässige Anspruch auf Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Informationen	11
2. Die Umsetzung des Anspruchs im InfoG.....	13
III. Der Umgang mit Grundrechtskonkurrenzen	15
A. Informationspflicht der öffentlichen Organe	15
B. Zugang zu Information gestützt auf andere Grundrechte	18
IV. Trägerschaft	20
V. Einschränkungen	22
A. Anforderungen an die gesetzliche Grundlage.....	23
B. Interessenabwägung.....	25
VI. Fazit	29

I. Einleitung

- ¹ Das Grundrecht auf Informationsfreiheit (Informationszugangsfreiheit, Informationstransparenz) gehört zu den neueren Grundrechten. Es steht für die Abkehr von staatlicher Geheimnishaftung und für öffentliches und transparentes Handeln des Staats und seiner Verwaltung. Es garantiert Bürgerinnen und Bürgern einen grundrechtlichen Anspruch darauf, jederzeit in Erfahrung bringen zu können, was der Staat tut – oder nicht tut – und staatliches Handeln an das Licht der Öffentlichkeit bringen zu können. Der Anspruch auf Zugang zu Information bildet einen Teilaspekt der Informationsfreiheit, die wiederum als Komponente der Meinungsfreiheit verstanden wird¹ und in einem engen Zusammenhang mit dieser steht.² Die Informationsfreiheit im Allgemeinen und der Zugang zu Information im Besonderen sind aber auch untrennbar mit der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit verbunden. Ist staatliches Handeln öffentlich, und haben alle Bürgerinnen und Bürger Zugang zu Dokumenten der öffentlichen Verwaltung, so hat die Öffentlichkeit bessere Möglichkeiten, das Verhalten des Staats zu kennen, zu beurteilen und allenfalls auch zu kritisieren. Die Wichtigkeit dieser grundrechtlichen Freiheiten für die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit kann deshalb gar nicht unterschätzt werden.³
- ² Mittlerweile hat der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information seinen festen Platz im internationalen, nationalen und subnationalen Recht gefunden. Das schweizerische Bundesgericht hat die Informationsfreiheit bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1978 ausdrücklich als Teil der ungeschriebenen Meinungsäusserungsfreiheit anerkannt. Es entschied, dass die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Meinungen auch die Freiheit einschliesse, «sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten»⁴. Mit der Nachführung der Bundesverfassung im Jahre 1999 wurde dieser grundrechtliche Anspruch ausdrücklich in Art. 16 Abs. 3 BV verankert. Auch der Kanton Freiburg hat in seiner Verfassung von 2004 die Meinungs- und Informationsfreiheit gewährleistet und ein Recht auf Information vorgesehen. Auf völkerrechtlicher Ebene sind für die Informationsfreiheit und das

¹ So in Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II.

² Dies gilt insbesondere für Art. 16 BV, in Bezug auf welchen postuliert wird, die Meinungsfreiheit und die Informationsfreiheit würden zwei Seiten einer Medaille darstellen, vgl. HÄNER, BSK BV, Art. 16 Rz. 2; aber auch Art. 19 KV.

³ Vgl. dazu u.a. BGE 104 Ia 88 E. 5.c.; BARRELET, 157 ff.; BELSER/WALDMANN, Kap. 5 Rz. 24; SUTTER, *digma* 2004, 150 ff.

⁴ BGE 104 Ia 88 Regeste, vgl. auch E. 4.

damit verbundene Recht auf Zugang zu Information neben den allgemeinen menschenrechtlichen Garantien der EMRK und des UNO-Pakts II auch völkerrechtliche Verträge mit besonderem Anwendungsbereich von Bedeutung, namentlich die Aarhus-Konvention, die den Zugang zu Informationen in Umweltangelegenheiten garantiert.

Grundrechtliche Garantien des Landes- und des Völkerrechts sind meist ³ offen und unbestimmt formuliert. Dies gilt in besonderem Masse für das Grundrecht der Informationsfreiheit, dessen Schutzbereich die völkerrechtlichen und landesrechtlichen Kodifikationen entweder nicht oder nur durch Rückgriffe auf andere, ebenso offene und unbestimmte Begriffe (z.B. «allgemein zugängliche Quellen») umschreiben. Es ist damit sowohl an den Gesetzgebern als auch an den Gerichten, den Anspruch zu konkretisieren und zu entwickeln. Die Frage nach der Gestaltungsfreiheit, die den Parlamenten bei der Bestimmung – und Beschränkung – des Zugangs zu Information und Dokumenten zukommt, gehört gegenwärtig wohl zu den umstrittensten Fragen der Informationsfreiheit.

Nach den ersten Vorreiterstaaten, namentlich Schweden und Finnland, ⁴ erliessen ab den 1970er Jahren immer mehr Staaten Öffentlichkeits- und Informationsgesetze, die das Grundrecht auf Informationsfreiheit verwirklichten und konkretisierten.⁵ Die Schweiz schuf ihr Öffentlichkeitsgesetz im Jahre 2004. Damit vollzog der Bundesgesetzgeber den Paradigmenwechsel vom Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimnisvorbehalt auf Bundesebene.⁶ Das eidgenössische Gesetz gilt aber nur für die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Parlamentsdienste und andere Akteure, die hoheitliche Befugnisse des Bundes ausüben (Art. 2 Abs. 1 BGÖ). Die Verwirklichung der Informationsfreiheit und des Rechts auf Zugang zu Information bliebe deshalb höchst lückenhaft, wenn nicht auch die Kantone gesetzgeberisch tätig geworden wären.⁷ Dies gilt in einem Bundesstaat wie der Schweiz in besonderem Mass. Die Kantone verfügen nämlich nicht nur über weitreichende Autonomiebereiche, in welchen sie selbst Recht setzen und durchsetzen, sie vollziehen vielmehr auch den grössten Teil des Bundesrechts. Zugang zu Informationen in den Kantonen bedeutet deshalb Zugang zur Tätigkeit der Kantone in deren

⁵ Für eine Übersicht über die Entwicklung des Öffentlichkeitsprinzips im internationalen Kontext vgl. MABILLARD/PASQUIER.

⁶ U.a. BOLLER/HUNKEMÖLLER, AJP 2020, 771; HÄNER, ZBl 104/2020, 282 f.

⁷ Für eine Übersicht über die Entwicklung des Öffentlichkeitsprinzips in der Schweiz vgl. HÄNER, ZBl 104/2020; HUSI-STÄMPFLI, Jusletter 27. Mai 2019 (welche insbesondere auch auf die Skepsis in der Schweiz bei der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hinweist).

originären Autonomiebereichen und Zugang zur dezentralen Verwaltung des Bundesrechts.

- 5 Im Kanton Freiburg ist das Gesetz über die Information und den Zugang zu Dokumenten im Jahre 2011 in Kraft getreten. Es vollzieht den Paradigmenwechsel zur Öffentlichkeit und zur Förderung der Transparenz auf kantonaler Ebene⁸ – und verdient eine Festschrift, mit der das 10-jährige Jubiläum gefeiert wird!
- 6 Der vorliegende Beitrag möchte zu diesen Feierlichkeiten beitragen. Er würdigt das InfoG im Hinblick auf den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information. Zu diesem Zweck werden zunächst einige Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Schutzbereich diskutiert (II.) und auf den Umgang mit Grundrechtskonkurrenzen hingewiesen (III.). Bevor im Anschluss daran auf die Möglichkeiten der Einschränkung des Grundrechts eingegangen wird (V.), sind einige besondere Aspekte im Zusammenhang mit der Trägerschaft des Grundrechts zu beleuchten (IV.).

II. Der Schutzbereich der Informationsbeschaffungsfreiheit

- 7 Die Informationsfreiheit schützt das Recht, Informationen frei empfangen, selbst erschliessen und nach Belieben verbreiten zu können.⁹ Ihre verschiedenen Teilgehalte garantieren damit einen Anspruch darauf, Informationen ohne staatliche Einschränkungen oder Hindernisse frei empfangen zu können (*Empfangsfreiheit*), sowie ein Recht, Informationen frei zu erschliessen und nach Belieben zu kommunizieren (*Informationsbeschaffungs- und Informationsverbreitungsfreiheit*).¹⁰ Der sachliche Geltungs- oder Schutzbereich der Informationsfreiheit lässt sich allerdings nicht ohne weiteres bestimmen. Dies gilt vor allem für die Informationsbeschaffungsfreiheit, die es dem Einzelnen erlaubt, aktiv nach Informationen zu suchen und diese zur Kenntnis zu nehmen. Im Bundes- und Völkerrecht gilt die Freiheit der Informationsbeschaffung grundsätzlich als beschränkt auf allgemein zugängliche Quellen. Dabei ist allerdings nicht ohne weiteres klar, welche Quellen öffentlich zugänglich sind und wer darüber bestimmen kann (A.). Umso interessanter

⁸ Vgl. den Beitrag von NICOLAS SCHMITT zur Entstehungsgeschichte des InfoG in diesem Band; ausserdem VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 1 ff.

⁹ BGE 137 I 8 E. 2.3.1.; vgl. auch MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 Rz. 20; KLEY/TOPHINKE, SGK BV, Art. 16 Rz. 34 ff.

¹⁰ HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 19.

ist es, dass die KV – und das InfoG – diese Einschränkung des Schutzbereichs nicht kennen (B.).

A. Die Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen im Völker- und Bundesrecht

Auf völkerrechtlicher Ebene ist ein allgemeiner Anspruch auf Zugang zu Information in Art. 10 EMRK und in Art. 19 UNO-Pakt II verankert, auf nationaler Ebene garantiert in der Schweiz Art. 16 Abs. 3 BV ein solches Recht. Nach geltendem Völker- und Bundesverfassungsrecht ist der Anspruch auf Zugang zu Information allerdings auf allgemein zugängliche Quellen beschränkt (1.). Diese Beschränkung des Schutzbereichs auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen sieht sich allerdings einer wachsenden Kritik ausgesetzt (2.).

1. Die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen

Während die Bundesverfassung die Informationsfreiheit in Art. 16 Abs. 3 BV ausdrücklich unter den Vorbehalt stellt, dass eine Quelle öffentlich zugänglich ist¹¹, ergibt sich diese Einschränkung des Schutzbereichs für die EMRK aus einer – sich allerdings entwickelnden – Rechtsprechung.¹² Die völker- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen beschränken die Informationsbeschaffungsfreiheit damit zwar auf allgemein zugängliche Quellen, legen jedoch nicht fest, welche Informationen, Kategorien oder Arten von Informationen als allgemein zugänglich zu qualifizieren sind. Es kann deshalb im Einzelnen durchaus unklar sein, ob eine Informationsquelle allgemein zugänglich ist – und damit in den Schutzbereich der Informationsfreiheit fällt – oder ob sie nicht zugänglich oder geheim ist und keine Ansprüche auf Zugang entstehen lässt.

¹¹ Art. 16 Abs. 3 BV: «Jede Person hat das Recht, Informationen (...) aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen (...).» [Hervorhebung durch die Autorinnen].

¹² EGMR, Urteil Nr. 19101/03 vom 10. Juli 2006 (Sdružení Jihočeské Matky/Tschechische Republik) E. 1.1: «la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, concerne avant tout l'accès à des sources générales d'information» [Hervorhebung durch die Autorinnen]; vgl. auch MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 Rz. 21, BGE 113 Ia 309 E. 4.a und BGer 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006 E. 2 m.w.H.

- 10 Bei der Konkretisierung der als allgemein zugänglich zu qualifizierenden Quellen sind immerhin einige Vorgaben zu beachten, die sich aus anderen grundrechtlichen Ansprüchen oder verfassungsmässigen Rechten ergeben.¹³ So gelten etwa aufgrund der Bundesverfassung Parlamentsverhandlungen zu den allgemein zugänglichen Quellen (Art. 158 BV), nicht jedoch die Verhandlungen von parlamentarischen Kommissionen. Ebenfalls allgemein zugänglich sind öffentliche Register sowie öffentliche Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen (Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Art. 30 Abs. 3 BV), nicht aber Akten eines strafrechtlichen Untersuchungsverfahrens.¹⁴
- 11 Darüber hinaus kann die Frage der allgemeinen Zugänglichkeit aber durchaus umstritten sein. Auch der Rechtsprechung ist es bis anhin nicht gelungen, allgemein festzulegen, welche Informationen und Informationsquellen als allgemein zugänglich zu gelten haben. Die Gerichte orientieren sich vielmehr am konkretisierenden Gesetzesrecht, wenn sie den Schutzbereich definieren.
- 12 So hat etwa das Bundesgericht festgehalten, dass es sich «weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch Verfassungs- und Gesetzgeber» bestimmt, welche Informationen oder Informationsquellen allgemein zugänglich sind.¹⁵ Innerhalb der Umschreibungen und Wertungen der Verfassung (und des Völkerrechts) liegt es nach dieser Rechtsprechung hauptsächlich in der Hand des Gesetzgebers, den Anspruch auf Zugang zu Information zu bestimmen. Die politischen Behörden verfügen demnach über einen erheblichen Ermessensspielraum, wenn sie den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten konkretisieren. Von ihren gesetzgeberischen Entscheidungen hängt es im Wesentlichen ab, ob eine Person Zugang zu einer Informationsquelle hat oder nicht.

2. *Die Kritik am engen Schutzbereich und seine Ausweitung durch die Rechtsprechung*

- 13 Die Beschränkung des Rechts auf allgemein zugängliche Informationen und der damit zusammenhängende grosse Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung der als allgemein zugänglich qualifizier-

¹³ Vgl. diesbezüglich Kap. III.

¹⁴ U.a. BGE 127 I 145, BGE 120 Ia 190, BGE 108 Ia 275.

¹⁵ U.a. BGer, Urteil 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006 E. 2.

ten respektive zu qualifizierenden Quellen werden in jüngerer Zeit zunehmend kritisiert.¹⁶ In der Lehre wird unter anderem geltend gemacht, der Ansatz, der Gesetzgeber könne den Anspruch nach Belieben schmälern, sei heute überholt. Vielmehr müsse jede Verweigerung des Zugangs zu einer Information oder zu einem Dokument als Eingriff in die Informationsfreiheit erachtet und anhand der üblichen Rechtfertigungsgründe geprüft werden.¹⁷

Diese Kritik ist Teil einer Rechtsentwicklung hin zu mehr staatlicher 14
Transparenz, die von der Legislative aufgenommen worden ist und die auch die Gerichte nicht unbeeindruckt gelassen hat. Mit der gesetzlichen Verankerung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung, die Bund und Kantone vollzogen haben, steht der Grundsatz der Öffentlichkeit – und die Pflicht zur Begründung der Geheimhaltung – fest.¹⁸ Nicht zuletzt unter dem Einfluss der Strassburger Rechtsprechung hat auch das Bundesgericht seine Haltung zur Frage der Zugänglichkeit der Informationsquellen gelockert und den Ermessensspielraum der rechtssetzenden und -anwendenden Behörden eingeschränkt.

In einem Urteil aus dem Jahre 2006 hatte das Bundesgericht noch entschieden, dass kein grundrechtlicher Anspruch auf Filmaufnahmen in einer Strafvollzugsanstalt bestehe. Weil Strafanstalten nicht allgemein zugänglich seien, könnten sich die Medienschaffenden nicht auf die Informationsfreiheit berufen.¹⁹ In BGE 137 I 8 – in dem das Bundesgericht einem Urteil des EGMR²⁰ folgte – relativierte das Bundesgericht allerdings in einem *obiter dictum* seinen früheren Entscheid bzw. stellte in Frage, ob es auch in Zukunft an seiner restriktiven Rechtsprechung festzuhalten beabsichtigt. Wenn auch – wie der EGMR – gestützt auf die Medienfreiheit und nicht gestützt auf die Informationsfreiheit, bejahte das Bundesgericht zunächst das Recht einer medienschaffenden Person auf Zugang zur Strafvollzugsanstalt. Danach setzte sich das Bundesgericht in dem genannten Urteil auch mit der in der Lehre geäusserten Kritik an seinem früheren Entscheid zur

¹⁶ Vgl. u.a. BGE 137 I 8 E. 2.7. mit einer Auseinandersetzung mit der in der Lehre geäusserten Kritik im Rahmen eines *obiter dictum*; ausserdem u.a. KLEY/TOPHINKE, SGK BV, Art. 16 Rz. 37 m.H.a. einen Entscheid des EGMR; HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 33 m.w.H.

¹⁷ HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 25; MÜLLER/SCHEFER, 541; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, Rz. 566.

¹⁸ Vgl. den Beitrag von NICOLAS SCHMITT zur Entstehungsgeschichte des InfoG in diesem Band; So sind dank der Verankerung des Öffentlichkeitsprinzips mehr Informationen der Öffentlichkeit zugänglich als noch zu Zeiten des Geheimhaltungsprinzips; vgl. u.a. auch MABILLARD/PASQUIER, 301 ff.; SUTTER, *digma* 2004, 150 ff.

¹⁹ BGer, Urteil 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006.

²⁰ EGMR, Urteil Nr. 34124/06 vom 21. Juni 2012 (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Schweiz).

allgemeinen Zugänglichkeit der Informationsquelle auseinander. Gemäss der Lehre erscheine die Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen «unbefriedigend und heute kaum mehr gerechtfertigt, denn die für ein demokratisches Gemeinwesen unerlässliche Transparenz lasse sich dort kaum sicherstellen, wo der Staat das Ausmass seiner Informationstätigkeit im Wesentlichen selber bestimme und mit seinem Entscheid über die öffentliche Zugänglichkeit zugleich den Schutzbereich des Grundrechts der Informationsfreiheit selbst abschliessend festlege.» Das Bundesgericht führte schliesslich aus, angesichts dieser in der Lehre geäusserten Kritik sowie seiner eigenen, die Medienfreiheit betreffenden, Ausführungen im neuen Entscheid, erscheine es «zweifelhaft», ob an der Rechtsprechung zur Informationsfreiheit gemäss seinem früheren Entscheid festgehalten werden könne. Diese Frage liess das Bundesgericht allerdings offen, da der Sachverhalt von BGE 137 I 8 in den Schutzbereich der Medienfreiheit falle und die bei der Frage nach der Rechtmässigkeit einer Einschränkung dieser Freiheit vorzunehmenden Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung dieselbe sei wie bei der Informationsfreiheit.²¹

Ob der in der Lehre vertretene Ansicht gefolgt werden kann, wonach die dargelegten Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 137 I 8 E. 2.7 dahingehend zu verstehen seien, dass das Bundesgericht die Beschränkung des Schutzbereichs der Informationsfreiheit auf allgemein zugängliche Quellen als zweifelhaft einstufte, oder ob das Bundesgericht vielmehr der Meinung ist, in seinem früheren Entscheid hätte der Zugang zur Strafanstalt mindestens gestützt auf die Medienfreiheit gewährt werden müssen, kann an dieser Stelle offen bleiben. Denn beiden Lesarten der bundesgerichtlichen Ausführungen ist gemeinsam, dass der Anspruch auf Zugang zu Information tendenziell grosszügiger zu gewähren ist. Sollte die Einschränkung des Schutzbereichs der Informationsfreiheit auf allgemein zugängliche Quellen gänzlich fallengelassen werden, so wäre dazu wohl eine Verfassungsänderung erforderlich.²² Unter diesen Umständen scheint es einfacher, den Begriff der allgemein zugänglichen Quellen grosszügig auszulegen und das Prinzip der Öffentlichkeit des Staats immer weiter und die Geheimhaltungsausnahmen immer enger zu verstehen. Der Schutzbereich der Informationsbeschaffungsfreiheit kann im Ergebnis auch erweitert werden, indem weitergehende Informationsansprüche aus anderen Grundrechten, namentlich der Medienfreiheit, abgeleitet werden.²³

Diesen letzteren Weg hat der EGMR eingeschlagen. Er entschied in seinem Urteil Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn vom 8. November 2016, dass Art. 10 EMRK nicht nur das Recht garantiere, Informationen ungestört zu empfangen und weiterzuerweitern, sondern auch das Recht, sich von öffentlichen Behörden gehaltene Informationen

²¹ Zum Ganzen: BGE 137 I 8, insbesondere E. 2.7.

²² Zumal der Vorbehalt der allgemeinen Zugänglichkeit der Quellen – wie bereits erläutert (Kap. II A. 1. oben) – explizit im Verfassungstext der BV verankert ist.

²³ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. III. B.

zu beschaffen.²⁴ Dass die EMRK auch eine Garantie der Informationsbeschaffung enthielt, war bis zu diesem Entscheid nicht klar gewesen.²⁵ Anders als Art. 19 UNO-Pakt II und Art. 16 BV gewährleistet Art. 10 EMRK nämlich nicht ausdrücklich ein Recht auf Beschaffung von Information. Nun bejahte der EGMR – unter Bezugnahme auf die Verankerung eines solchen Rechts auf Zugang zu Informationen in beinahe allen Vertragsstaaten sowie in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen, unter anderem dem UNO-Pakt II²⁶ – ein Recht auf Zugang zu von Behörden gehaltenen Informationen gestützt auf Art. 10 EMRK. Das Bestehen eines solchen Anspruchs macht der EGMR von vier Voraussetzungen abhängig. So muss der Informationszugang erstens für die Ausübung der Meinungsfreiheit tatsächlich notwendig sein; Ziel und Zweck der Informationsbeschaffung muss also die Ausübung der Meinungsfreiheit sein.²⁷ Zweitens muss die ersuchte Information von öffentlichem Interesse sein.²⁸ Drittens ist vorausgesetzt, dass «the person seeking access to the information does so with a view to informing the public in the capacity of a public ‘watchdog’», was gemäss EGMR insbesondere bei Journalisten, NGOs, wissenschaftlichen Forschern, Autoren von Literatur betreffend «matters of public concern» oder auch bei Bloggern der Fall ist respektive sein kann.²⁹ Schliesslich muss viertens die ersuchte Information «ready and available» sein.³⁰ In seinem Entscheid hat der EGMR die Verweigerung des Zugangs zu Informationen aus nicht allgemein zugänglichen Quellen im Ergebnis als Verletzung von Art. 10 EMRK qualifiziert.

In der Lehre wurde nach diesen Entscheiden die Ansicht vertreten, dass Bundesgericht und EGMR den Schutzbereich des Rechts auf Zugang zu Information und insbesondere den Begriff der allgemein zugänglichen

-
- ²⁴ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn).
- ²⁵ Vgl. die Wiedergabe seiner Rechtsprechung des EGMR in EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 126 ff., insbesondere die Verweise auf die Leading-Cases EGMR Serie A Nr. 116 vom 26. März 1987 (Leander/Schweden), EGMR Serie A Nr. 160 vom 7. Juli 1989 (Gaskin/Vereinigtes Königreich), aber auch neuere Entscheide wie EGMR, Urteil Nr. 42639/04 vom 13. September 2005 (Jones/Vereinigtes Königreich).
- ²⁶ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 138 ff.
- ²⁷ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 157 f.
- ²⁸ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 160 ff.
- ²⁹ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 164 ff.
- ³⁰ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 169 ff.

Quellen ausgeweitet haben.³¹ Dies ist im Ergebnis zweifellos richtig. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass das Bundesgericht in BGE 137 I 8 die Frage nach einer Erweiterung des Schutzbereichs (noch) offengelassen hat und dass auch der EGMR den Schutzbereich des Rechts auf Zugang zu Information nicht ausdrücklich erweitert hat. Vielmehr hat er aus der allgemeinen Meinungsäusserungsfreiheit von Art. 10 EMRK einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu Information abgeleitet, der von verschiedenen Voraussetzungen abhängig ist.

- 16 Ähnlich wie das Bundesgericht hat der EGMR damit weniger ein allgemeines Recht auf Zugang zu Information gestützt auf die Informationsfreiheit bejaht, als vielmehr ein Recht auf Zugang zu Information aus der Meinungs- und Medienfreiheit abgeleitet. Immerhin deutet die neuere Rechtsprechung darauf hin, dass der Anspruch auf Information das staatliche Ermessen in Bezug auf den Zugang zu Informationen und Dokumenten einschränkt. Zwar muss die Information bereit und verfügbar sein, damit ein Anspruch besteht. Liegt eine verfügbare Information aber im öffentlichen Interesse und verfolgt die informationssuchende Person das Ziel, diese der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, so kann der Grundrechtsadressat den Anspruch nicht verweigern, indem er geltend macht, diese sei nicht allgemein zugänglich. Ähnliche Entwicklungen zeichnen sich auch im Bereich des universellen Völkerrechts ab. So hat etwa der UNO-Sonderberichterstatter zur Meinungsfreiheit in einem Bericht festgehalten, dass das Recht auf Zugang zu Information gemäss Art. 19 UNO-Pakt II nicht auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen beschränkt sei, sondern sich auf alle Informationen beziehe, die «of public interest» seien.³² Dabei sei das öffentliche Interesse durchaus extensiv auszulegen.³³

³¹ Vgl. u.a. HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 33 f.; betreffend EMRK vgl. FLÜCKIGER/JUNOD, Jusletter 27. Februar 2017.

³² Bericht des «United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression» über das Recht auf Zugang zu Information vom 4. September 2013 [A/68/362], insbesondere Rz. 18 f.

³³ «Joint Declaration» des «United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», des «Representative on Freedom of the Media of the Organization for Security and Co-operation in Europe» und des «Special Rapporteur on Freedom of Expression of the Organization of American States» vom 6. Dezember 2004.

B. Der Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Quellen nach kantonalem Recht

Im Völker- und Verfassungsrecht ist nach dem Gesagten nicht abschliessend geklärt, wie weit der Anspruch auf Zugang zu staatlichen Informationen und Dokumenten reicht. Gilt der Anspruch – wie in der Bundesverfassung ausdrücklich vorgesehen – nur für allgemein zugängliche Quellen, so stellt sich die Frage, wieviel Ermessensspielraum die staatlichen Behörden haben, um über die Zugänglichkeit zu entscheiden, und wann Gerichte, z.B. aufgrund des öffentlichen Interesses an der Information, den Behörden die Gewährleistung des Zugangs zur entsprechenden Information vorschreiben. Auf der Ebene des Kantons Freiburg scheinen sich diese Fragen auf den ersten Blick nicht zu stellen, weil die Kantonsverfassung den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information nicht unter den Vorbehalt der allgemeinen Zugänglichkeit dieser Quellen stellt (1.). Geht es aber um gesetzliche Ausschlüsse der Öffentlichkeit bzw. der Zugänglichkeit von Informationen, so stellen sich im Ergebnis die gleichen Fragen (2.).

1. Der verfassungsmässige Anspruch auf Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Informationen

Die Kantonsverfassung des Kantons Freiburg verankert einen grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information,³⁴ der weiter geht als die entsprechenden Garantien der BV, der EMRK und des UNO-Pakts II. Anders als die (minimalen) Garantien des übergeordneten Rechts beschränkt Art. 19 KV das Recht auf Zugang zu Information nämlich nicht auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen. So ist gemäss dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 KV das Recht auf Information gewährleistet und jede Person kann amtliche Dokumente einsehen, sofern kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht. Dies ist so zu verstehen, dass auf amtliche Dokumente – unabhängig davon, ob diese allgemein zugänglich sind oder nicht – zugegriffen werden kann, sofern die Interessenabwägung dem nicht entgegenpricht.³⁵ In der Botschaft des Bundes über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Freiburg vom 22. Dezember 2004 wurde denn

³⁴ Art. 19 KV.

³⁵ Vgl. BARRELET, 161 ff.

auch Art. 19 Abs. 2 KV explizit als über die Garantien des Bundesrechts hinausgehende Bestimmung genannt.³⁶

Der Kanton Freiburg hat bei der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips der Verwaltung dafür optiert, ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten als subjektives Grundrecht in der Verfassung zu verankern. Dies haben nicht alle Kantone so gehandhabt – obwohl das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung mittlerweile in allen Kantonen umgesetzt wurde.³⁷ So haben einige Kantone das Zugangsrecht auf Gesetzesstufe eingeführt, aber nicht in der Kantonsverfassung verankert. Andere haben es zwar in die Kantonsverfassung aufgenommen, jedoch nicht als Grundrecht, sondern als Grundsatz des staatlichen Handelns. In der Botschaft betonte der Freiburger Staatsrat denn auch die besondere Bedeutung, die der Kanton dem Recht auf Zugang zu Information beimessen wollte: «Indem die Freiburger Verfassung dann das Zugangsrecht zu den Dokumenten und das Recht auf den Schutz der persönlichen Daten auf dieselbe Ebene stellt, verhindert sie, dass der Datenschutz stärker gewichtet wird (wie das z.B. die Gesetze in den Kantonen JU und GE und sogar das Bundesgesetz machen): Der absolute Datenschutz muss also relativiert werden. Aber umgekehrt gilt auch, dass die Transparenz der Verwaltung nicht zur Transparenz der Verwalteten werden darf. – Schliesslich müssen bei den Schranken des Zugangsrechts, die im Entwurf festgelegt werden sollten, die Grundsätze beachtet werden, die für jede Einschränkung eines Grundrechts gelten.»³⁸

19 Der Kanton Freiburg hat sich damit klar für eine grundrechtliche Ausgestaltung des Zugangs zu amtlichen Informationen ausgesprochen. Dies ist – wie der Staatsrat ausführt – in verschiedener Hinsicht bedeutsam.³⁹

– Erstens steht der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information damit auf der gleichen Stufe wie der grundrechtliche Anspruch auf Schutz der Privatsphäre und vor Missbrauch persönlicher Daten, was verhindert, dass der Anspruch des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung dem Anspruch anderer Einzelner auf Information grundsätzlich vorgeht und bei Abwägungen zwischen beiden Ansprüchen das Informationsbeschaffungsrecht automatisch den Kürzeren zieht.⁴⁰

³⁶ Botschaft Gewährleistung KV, BBl 2005 410 f.

³⁷ Für einen Überblick über die Regelungen in den Westschweizer Kantonen vgl. BOILLAT/WERLY, Jahrbuch SVVOR 2019/2020.

³⁸ Zum Ganzen: Botschaft InfoG, Ziff. 1.3.4.2., 966.

³⁹ Zur Verankerung des Anspruchs auf Zugang zu amtlichen Informationen auf Verfassungsstufe im Kanton Freiburg und den Auswirkungen vgl. auch VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 36 ff.

⁴⁰ Vgl. zu Grundrechtskonkurrenzen- und Kollisionen u.a. BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 8; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 7; zum Verhältnis zwischen Informationsanspruch der Öffentlichkeit und Datenschutz im Kontext des InfoG vgl. auch VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 19 ff.

- Zweitens erlaubt der verfassungsmässige Anspruch den Gerichten, nicht nur Einzelfallentscheide, sondern auch Ausführungsgesetze anhand des verfassungsmässigen Anspruchs zu überprüfen und unverhältnismässigen Gesetzen die Anwendung zu verweigern.⁴¹ Dank der umfassenden kantonrechtlichen Garantie des Zugangs erscheinen die gesetzgeberischen Normen nämlich nicht nur als Definitionen des grundrechtlichen Schutzbereichs, sondern auch als Einschränkungen des grundrechtlichen Anspruchs, die nach den üblichen Kriterien (Normstufe, Normdichte, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) überprüft werden können und müssen.

2. Die Umsetzung des Anspruchs im InfoG

Wie die bundesverfassungs- und völkerrechtlich garantierte Informationsbeschaffungsfreiheit bedarf auch der kantonrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information der Konkretisierung in einem Ausführungsgesetz. Weil das InfoG einen verfassungsrechtlichen Anspruch umsetzt, der weitergeht als der bundes- und völkerrechtliche, geht auch das Gesetz, das wie die Kantonsverfassung keinen Vorbehalt der allgemeinen Zugänglichkeit der Informationsquelle kennt, *a priori* über die Vorgaben des übergeordneten Rechts hinaus. 20

Indem es Begriffe definiert und die Interessenabwägung anleitet, beeinflusst aber auch das InfoG den sachlichen Schutzbereich der Informationsfreiheit. So konkretisiert es zunächst den Kreis der allgemein zugänglichen Informationen, indem es in seinem Kapitel 2.1 festlegt, welche Sitzungen öffentlich sind.⁴² Als öffentlich bezeichnet es insbesondere die Plenarsitzungen der Legislativbehörden⁴³, der übrigen parlamentsähnlichen Organe öffentlich-rechtlicher juristischer Personen⁴⁴ sowie die Verhandlungen und Urteilsverkündungen der Gerichtsbehörden.⁴⁵ Damit erfüllt es die grundrechtlichen Vorgaben, wonach gerade diese Quellen allgemein zugänglich sein müssen.⁴⁶ An dieser Stelle ist 21

⁴¹ Vgl. zur abstrakten Normenkontrolle u.a. BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 Rz. 13.

⁴² Art. 4–7 InfoG.

⁴³ Art. 4 Abs. 1 lit. a InfoG.

⁴⁴ Art. 4 Abs. 1 lit. b InfoG; Dies zumindest, sofern die Zusammensetzung dieser Organe mit derjenigen einer Generalversammlung oder einer Delegiertenversammlung vergleichbar ist.

⁴⁵ Art. 4 Abs. 1 lit. c InfoG.

⁴⁶ Vgl. Kap. II. A. 1. (ausserdem auch Kap. III. B.).

aber interessant zu bemerken, dass das InfoG gerade bezüglich öffentlicher Sitzungen quasi «durch die Hintertür» einen gewissen Vorbehalt der allgemeinen Zugänglichkeit einführt, indem es nämlich in Art. 29 Abs. 1 lit. b unter dem Titel des Ausschlusses des Zugangs zu Information in besonderen Fällen Protokolle nicht öffentlicher Sitzungen als nicht zugänglich bezeichnet.

- 22 In seinem Kapitel 3 «Zugang zu amtlichen Dokumenten»⁴⁷ konkretisiert das InfoG ausserdem den von der KV vorgegebenen grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. So enthält das InfoG bspw. eine Definition des Begriffs «amtliches Dokument».⁴⁸ Diese Definition geht auf den ersten Blick von einem weiten Begriff aus. Sie umfasst nämlich nicht nur sämtliche Informationen, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sind und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen, sondern auch Dokumente, die durch einen elektronischen Vorgang erst erstellt werden, bei dem die betreffenden Informationen aus einer Datenbank abgerufen werden.⁴⁹ Nicht erfasst sind aber *e contrario* bspw. Informationen, die nicht auf einem Informationsträger gespeichert sind oder die erst erstellt werden müssen, dabei aber nicht «einfach» aus einer Datenbank abgerufen werden können. So kann argumentiert werden, dass je nach Ausgestaltung der Regeln betreffend Speicherung auf einem Informationsträger oder Erfassung in einer Datenbank in der Praxis der Schutzbereich des Rechts auf Zugang zu Information mehr oder weniger eingeschränkt werden kann. Keine amtlichen Dokumente sind ausserdem gemäss Art. 22 Abs. 3 InfoG Dokumente, die nicht fertiggestellt oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind. Auch hier besteht also – u.a. durch die Handhabung in der Praxis, wann ein Dokument als fertiggestellt gilt – ein gewisser Spielraum. Weiter enthält das InfoG auch Regeln betreffend die im Rahmen des Entscheids über die Gewährung oder Verweigerung des Zugangs zu einem amtlichen Dokument vorzunehmende Interessenabwägung.⁵⁰ Diese werden im Kapitel über die Einschränkungen des grundrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu Information diskutiert.⁵¹

⁴⁷ Art. 20–30 InfoG.

⁴⁸ Art. 22 Abs. 1–3 InfoG; vgl. auch Botschaft InfoG, 977, der Begriff «amtliches Dokument» überall in der Schweiz und in den Empfehlungen des Europarats mehr oder weniger gleich definiert werde und man deshalb nicht wirklich von diesem Begriff abweichen könne; zum Begriff «amtliches Dokument» vgl. auch VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 44 ff.

⁴⁹ Art. 22 Abs. 1 und 2 InfoG.

⁵⁰ Art. 25–30 InfoG.

⁵¹ Kap. III.

Zurzeit ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung gestützt auf Art. 19 Abs. 2 KV⁵² (noch) kein über das gemäss InfoG gewährte Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hinausgehendes Recht auf Zugang zu Information abgeleitet worden. Eine solche über das InfoG hinausgehende Auslegung des sachlichen Schutzbereichs des verfassungsrechtlichen Grundrechts auf Zugang zu Information ist aber theoretisch nicht ausgeschlossen. So wäre bspw. eine Ausweitung des Schutzbereichs auf (bestimmte Arten von) nicht unter die gesetzliche Definition eines amtlichen Dokuments fallende Informationen vorstellbar. Diesfalls wäre das InfoG nicht mehr kantonsverfassungs- respektive grundrechtskonform. Jedoch ist fraglich, ob der Gesetzgeber bei einem allenfalls in Zukunft geänderten Verständnis davon, auf welche Informationen sich das Recht auf Zugang der Öffentlichkeit erstreckt respektive erstrecken sollte, nicht vielmehr den Weg über eine Gesetzesänderung (des InfoG) wählen wird. Dies war bspw. nach der Ratifizierung der Aarhus-Konvention durch die Schweiz der Fall, die im Kanton Freiburg zu einer Anpassung des InfoG geführt hat.⁵³

III. Der Umgang mit Grundrechtskonkurrenzen

Der aus der Informationsfreiheit abgeleitete «allgemeine» Anspruch auf Zugang zu Information geht je nach anwendbarem Recht unterschiedlich weit und ist im Einzelnen durchaus umstritten. In vielen Fällen verschaffen aber die Informationspflicht der Behörden (A.) oder andere, konkurrierende grundrechtliche Garantien einen «besonderen» Anspruch auf Zugang zu Informationen (B.) und ergänzen so die Informationsbeschaffungsfreiheit.

A. Informationspflicht der öffentlichen Organe

Ein Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen und amtlichen Dokumenten kann sich daraus ergeben, dass ein öffentliches Organ zur aktiven Information der Öffentlichkeit verpflichtet ist. Im Gegensatz zur passiven Informationspflicht, gemäss welcher eine Information auf Gesuch hin preisgegeben werden muss, sind die Adressaten des grundrechtlichen Anspruchs bei der aktiven Informationspflicht verpflichtet,

⁵² Oder auch gestützt auf die EMRK respektive Art. 16 BV.

⁵³ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2657 ff.; betreffend Umsetzung der Aarhus-Konvention in der Schweiz vgl. ERRASS, URP 2004, 47 ff. und FLÜCKIGER, URP 2009.

die entsprechende Information von sich aus mitzuteilen.⁵⁴ Eine solche aktive Informationspflicht kann weder aus der völkerrechtlich⁵⁵ noch aus der bundes- respektive kantonsverfassungsrechtlich garantierten Informationsfreiheit⁵⁶ als allgemeine Pflicht der öffentlichen Organe abgeleitet werden.

- 26 Allerdings sind Informationspflichten teilweise gesetzlich vorgesehen. So ist etwa der Bundesrat verpflichtet, die Information der Öffentlichkeit zu gewährleisten (Art. 10 Abs. 1 RVOG). Er hat – unter dem Vorbehalt besonderer Bestimmungen zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen – für eine einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information über seine Lagebeurteilungen, Planungen, Entschiede und Vorkehren zu sorgen (Art. 10 Abs. 2 und 3 RVOG). Er ist ausserdem verpflichtet, die Beziehungen zur Öffentlichkeit zu pflegen (Art. 11 RVOG). Schliesslich hat der Bundesratssprecher oder die Bundesratssprecherin in Zusammenarbeit mit den Departementen der Bundesverwaltung für geeignete Vorkehren zur Information der Öffentlichkeit zu sorgen (Art. 34 Abs. 1 RVOG).
- 27 Einige staatliche Informationspflichten lassen sich auch aus Art. 2 und 8 EMRK ableiten.⁵⁷ Diese aktiven Informationspflichten reichen allerdings nicht sehr weit; der wichtigste Anwendungsbereich ist die Pflicht zur aktiven Information im Fall einer (unmittelbar bevorstehenden) Gefahr für die menschliche Gesundheit. Wichtiger für die aktiven Informationspflichten in Umweltbelangen ist die Aarhus-Konvention.⁵⁸ Sie enthält weitere, allgemeinere Informationspflichten, wie etwa die Pflicht zur Veröffentlichung eines nationalen Umweltberichts⁵⁹ und die Pflicht zur Verbreitung offizieller Dokumente und gesetzlicher Grundlagen⁶⁰.

⁵⁴ BARRELET, 161 f.; BRUNNER, ZBl 111/2010, 599; EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, Kap. A. Rz. 6; FLÜCKIGER, URP 2009, 752; HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 28.

⁵⁵ Vgl. betreffend Art. 10 EMRK u.a.: EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 127 f. m.H.a. weitere Rechtsprechung.

⁵⁶ Vgl. betreffend Art. 16 BV u.a.: BGE 113 Ia 309 E. 4.b., wobei damals aber die Informationsfreiheit erst ein ungeschriebenes Grundrecht darstellte.

⁵⁷ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 48939/99 vom 30. November 2004 (Öneryıldız/Türkei) Rz. 89 ff.; EGMR, Urteil Nr. 14967/89 vom 19. Februar 1998 (Guerra und Andere/Italien) Rz. 56 ff.

⁵⁸ Art. 5 Aarhus-Konvention, vgl. auch EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, insbesondere Kap. B. II. Rz. 19 ff.; ERRASS, URP 2004, 69 ff.

⁵⁹ Art. 5 Abs. 4 Aarhus-Konvention.

⁶⁰ Art. 5 Abs. 5 Aarhus-Konvention.

Da diese aktiven Informationspflichten aber sehr allgemein umschrieben sind und ausserdem teilweise durch Formulierungen wie «im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften»⁶¹ oder «(Veröffentlichung von Tatsachen und Tatsachenanalysen,) die ihres (Vertragspartei der Aarhus-Konvention) Erachtens bei der Ausarbeitung wichtiger umweltpolitischer Vorschläge relevant und wesentlich sind»⁶² relativiert werden, besteht im Bereich der aktiven Informationspflicht ein relativ weitgehender Ermessensspielraum.⁶³

Das InfoG enthält in Art. 8 Abs. 1 lit. a eine aktive Informationspflicht.²⁸ Gemäss dieser Bestimmung haben die öffentlichen Organe die Pflicht, von Amtes wegen regelmässig eine allgemeine Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit sicherzustellen. Auch diese aktive Informationspflicht kann aber bei einem überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesse beschränkt werden.⁶⁴ Betreffend Informationsmodalitäten hält das InfoG fest, dass die Information rasch erfolgen und sachgerecht, umfassend, zutreffend und klar sein sowie mit den geeigneten Kommunikationsmitteln verbreitet werden soll, in erster Linie durch die Medien und über die modernen Kommunikationstechnologien.⁶⁵ Diese allgemeine Informationspflicht der Behörden wurde im Kanton Fribourg grundsätzlich bereits vor der Einführung des InfoG anerkannt, dies in verschiedenen Spezialgesetzen und unter verschiedenen Formen.⁶⁶ Durch die Verankerung der aktiven Informationspflicht im InfoG, wurde sie aber – mindestens für die Organe, die zum Geltungsbereich des Gesetzes gehören (Art. 8 und 9 InfoG) – für allgemein gültig erklärt.⁶⁷

Mit der Anerkennung einer aktiven Informationspflicht nicht nur für den Bereich der Umweltangelegenheiten, sondern für die Tätigkeiten der öffentlichen Organe im Allgemeinen, geht das InfoG grundsätzlich über das grundrechtlich geforderte Mass an (aktiver) Information hinaus. Im Gegensatz zu anderen Kantonen, wo die aktive Informationspflicht auf Tätigkeiten von allgemeinem Interesse beschränkt wird,⁶⁸ geht das In-

⁶¹ Art. 5 Abs. 2 Aarhus-Konvention.

⁶² Art. 5 Abs. 7 lit. a Aarhus-Konvention.

⁶³ EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, insbesondere Kap. F. II. N239 ff.

⁶⁴ Art. 10 Abs. 1 InfoG.

⁶⁵ Art. 9 InfoG.

⁶⁶ Botschaft InfoG, 965; für eine Übersicht über die behördlichen Informationstätigkeiten in der Schweiz vgl. BRUNNER, ZBl 111/2010, 598.

⁶⁷ Botschaft InfoG, 965.

⁶⁸ U.a. Art. 16 Abs. 1 IG BE, Art. 4 Abs. 1 OeffG SG, Art. 3 Abs. 1 LInf VD, § 14 Abs. 1 IDG ZH.

foG relativ weit, indem es eine solche Beschränkung nicht vorsieht. Somit können öffentliche Organe eine aktive Information nicht mit dem Argument unterlassen, die entsprechende Tätigkeit sei nicht von allgemeinem Interesse. Jedoch wird in der Praxis wohl doch eine gewisse Selektion der Informationen erfolgen, welche veröffentlicht werden.⁶⁹ Ob die Behörden ihrer aktiven Informationspflicht gemäss InfoG genügend nachkommen, lässt sich endgültig somit wohl erst durch einen Blick auf die Praxis bestimmen. Die Verankerung einer (zumindest theoretisch) eher weitgehenden aktiven Informationspflicht im InfoG, welche sich nicht auf Tätigkeiten von öffentlichem Interesse beschränkt, ist aber grundsätzlich positiv zu würdigen. Denn es ist so nicht an den Behörden selbst, zu bestimmen, was von öffentlichem Interesse ist und was nicht.

B. Zugang zu Information gestützt auf andere Grundrechte

30 Aus anderen Grundrechten als der Informationsbeschaffungsfreiheit kann unter Umständen ein weitergehender (oder konkurrierender) Anspruch auf Zugang zu Information abgeleitet werden. So kann ein Recht auf Zugang zu Informationen aus der Medien- oder Wissenschaftsfreiheit (Art. 17 und 20 BV), aus dem Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV), dem Aktieneinsichtsrecht (gemäss Art. 29 Abs. 2 BV), aus den politischen Grundrechten (Art. 34 BV) oder aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV) fliessen oder gemäss EGMR bspw. gestützt auf Art. 2 und 8 EMRK⁷⁰ anerkannt werden.

In der Praxis ist zu beobachten, dass die aus der Informationsfreiheit abgeleiteten allgemeinen Informationsansprüche in der Regel zurücktreten vor den aus anderen Grundrechten abgeleiteten Zugangsrechten zu Information. So prüfte das Bundesgericht gerade im Schnittbereich zwischen Medien- und Informationsfreiheit jeweils, ob die Medienfreiheit berührt war und führte bejahendenfalls aus, es könne offenbleiben, ob nebst der Medienfreiheit zusätzlich die Informationsfreiheit betroffen sei. Das Bundesgericht hielt zur Begründung fest, dass die im Rahmen von Art. 36 BV vorzunehmende Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung dieselbe bleibe, unabhängig davon, ob dies unter dem Titel der Informations- oder der Medienfreiheit geschehe.⁷¹ Im Ergebnis scheint es damit von der Subsidiarität der Informationsbeschaffungsfreiheit auszugehen.

⁶⁹ Vgl. den Beitrag von NICOLAS SCHMITT zu den Stimmen aus der Praxis in diesem Band.

⁷⁰ Vgl. zitierte Entscheide in Kap. III.A. oben, Fn. 57.

⁷¹ Vgl. u.a. BGE 137 I 209 E. 4.2; BGE 137 I 8 E. 2.7; BGE 141 I 211 E. 3.1; BGE 143 I 194.

Betreffend den Grundsatz der Justizöffentlichkeit (Art. 30 Abs. 3 BV) führte das Bundesgericht explizit aus, dieser konkretisiere für den Bereich der gerichtlichen Verfahren die Informationsfreiheit.⁷²

Im vorherigen Kapitel wurden bereits zwei Entscheide des EGMR kurz angesprochen, in welchen dieser einen Informationsanspruch aus dem Recht auf Leben respektive aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens abgeleitet hat.⁷³ Mit Blick auf den ebenfalls bereits zitierten Entscheid in der Sache Magyar Helsinki Bizottsag gegen Ungarn könnte man sogar argumentieren, dass der EGMR – wenn er auch in seinen Ausführungen den Informationsanspruch explizit als Ausfluss aus Art. 10 EMRK bezeichnet – diesen Anspruch nicht direkt aus einem allgemeinen Recht auf Zugang zu Information ableitete, sondern vielmehr als Teilaspekt der Meinungsfreiheit⁷⁴ und in Zusammenhang mit anderen Grundrechten wie der Medienfreiheit konzipierte. So deuten insbesondere die Zugangsvoraussetzungen, wonach eine Information für die Ausübung der Meinungsfreiheit notwendig sein und die auskunftersuchende Person das geltend gemachte Informationsrecht in ihrer Rolle als «public watchdog» beanspruchen muss, darauf hin, dass der EGMR ein allgemeines Recht auf Zugang zu Information, welches losgelöst ist von anderen Grundrechten, eher nicht anerkennt.

Das InfoG trägt aus anderen Grundrechten fliessenden Ansprüchen auf Zugang zu Informationen insofern Rechnung, als es grundsätzlich keinen «thematischen» Ausnahmekatalog vorsieht, der bestimmte amtliche Dokumente grundsätzlich vom Zugangsrecht ausnimmt. Fraglich ist allenfalls, ob der in Art. 29 Abs. 1 InfoG verankerte Ausschluss des Zugangs zu bestimmten Dokumenten, namentlich zu Protokollen nicht öffentlicher Sitzungen sowie zu persönlichen Meinungen, Gedankenaustausch und Stellungnahmen politischer oder strategischer Natur in internen Notizen, die den Besprechungen der öffentlichen Organe dienen, mit den spezifischen grundrechtlichen Informationsansprüchen vereinbar ist, was wohl im Einzelfall abzuklären sein wird. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch das Recht auf Zugang zu Information nicht absolut ist, sondern eingeschränkt werden kann, worauf in einem späteren Kapitel näher eingegangen werden wird.⁷⁵ 31

Im Zusammenhang mit spezifischen, aus anderen Grundrechten abgeleiteten Informationsansprüchen verweist das InfoG ausserdem teilweise auf spezialgesetzliche Regelungen.⁷⁶ Dies gilt in Bezug auf hän- 32

⁷² BGE 137 I 16 E. 2.2.

⁷³ Vgl. zitierte Entscheide in Kap. III.A. oben.

⁷⁴ Auf diesen strukturellen Unterschied (Informationsfreiheit als Teilaspekt der Meinungsfreiheit vs. Informationsfreiheit als separates, wenn auch eng mit der Meinungsfreiheit verbundenes Grundrecht).

⁷⁵ Kap. V.

⁷⁶ Art. 21 InfoG.

gige Zivil-, Straf-, Verwaltungsjustiz- und Schiedsverfahren und in Bezug auf den Zugang einer Person zu den sie betreffenden Personendaten («Recht auf Einsicht»).

IV. Trägerschaft

- 33 Träger eines Grundrechts ist, wer sich darauf berufen und Ansprüche daraus geltend machen kann.⁷⁷ Betreffend Recht auf Zugang zu Information ist grundsätzlich unbestritten, dass sich jede natürliche und juristische Person darauf berufen kann – und zwar unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit, ihrem Wohnsitz oder Sitz.⁷⁸ Auch gemäss dem in Art. 19 Abs. 2 KV verankerten Grundrecht wird von einer umfassenden Grundrechtsträgerschaft ausgegangen.⁷⁹ Das InfoG hält ausserdem ausdrücklich fest, dass jede natürliche und juristische Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hat.⁸⁰ Dass die Person, die sich auf das Recht auf Zugang zu Information beruft, ein (tatsächliches oder rechtliches) Interesse am Informationszugang geltend machen kann, ist nicht erforderlich. Die Informationsbeschaffungsfreiheit gilt grundsätzlich voraussetzungslos.⁸¹ Erst bei der Abwägung mit entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen (nicht bei der Frage der Trägerschaft) sind Ziel und Zweck der Grundrechtsausübung zu beachten. Dies gilt im Ergebnis wohl auch für die EMRK. In seinem Entscheid *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn* scheint der Gerichtshof zwar davon auszugehen, dass nur Akteure, die eine *public-watchdog*-Funktion wahrnehmen, ein Recht auf Zugang zu Informationen geltend machen können.⁸² Allerdings ist unbestritten, dass grundsätzlich jede Person ein Recht auf Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit nach Art. 10 EMRK hat.⁸³ Auch im europäischen Recht sind die Interessen der Grundrechtsträger deshalb erst bei der Abwägung entscheidend.

⁷⁷ Statt vieler: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 4 Rz. 1 ff.; KIENER/KÄLIN/WYT-TENBACH, § 5.

⁷⁸ Für die BV u.a. HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 7; Betreffend EMRK u.a. MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 Rz. 5.

⁷⁹ Botschaft InfoG, 966 f. (Ziff. 1.3.4.3.); ausserdem BARRELET, 161 f.

⁸⁰ Art. 20 Abs. 1 InfoG.

⁸¹ BARRELET, 161 f.; Botschaft InfoG, 966 f. (Ziff. 1.3.4.3.).

⁸² Vgl. Kap. II. B. 2.

⁸³ Vgl. MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 Rz. 5.

Nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, z.B. Gemeinden, Träger des Rechts auf Zugang zu Information sind.⁸⁴ Grundsätzlich sind öffentlich-rechtliche Körperschaften Grundrechtsadressaten, nicht Grundrechtsträger. Wie bei anderen Grundrechten ebenso kommen ausnahmsweise aber auch juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger in Frage. Dies ist namentlich der Fall, wenn sie von staatlichem Handeln wie Private berührt oder in ihren grundrechtlich oder gesetzlich gesicherten Autonomierechten betroffen sind (z.B. öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften, Universitäten). In diesem Fall ist der staatliche Hoheitsträger gleichzeitig Grundrechtsadressat und Grundrechtsträger.⁸⁵

Für ein weites Verständnis der Grundrechtsträgerschaft spricht, dass das Recht auf Zugang zu Information grundsätzlich von allen Personen geltend gemacht werden kann, ohne ein besonderes Interesse vorweisen zu müssen⁸⁶ und dass das Ziel der Transparenz staatlicher Vorgänge umso besser verwirklicht wird, je mehr Akteure grundrechtliche Ansprüche geltend machen können. Gleichzeitig ist aber nicht zu übersehen, dass die Informationsbeschaffungsfreiheit (wie andere Grundrechte auch) darauf ausgerichtet ist, Privaten justiziable Ansprüche gegen den Staat zu verschaffen⁸⁷ – und nicht justiziable Ansprüche der einen staatlichen Akteure gegen die anderen zu begründen. Es scheint deshalb auch im Bereich der Informationsbeschaffungsfreiheit sinnvoll, an den allgemeinen Regeln festzuhalten, wonach juristische Personen des öffentlichen Rechts nur ausnahmsweise Träger der Informationsfreiheit sind. Wie andere Akteure können auch sie sich unter Umständen aber auf andere Grundrechte berufen (z.B. die Religionsfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit, die Verfahrensrechte), um Zugang zu Informationen zu erhalten. Sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts dagegen weder wie Private noch in ihrer Autonomie betroffen, so können sie sich nicht auf die Informationsbeschaffungsfreiheit berufen. In diesen Fällen sind sie auf den Weg der Amtshilfe zu verweisen.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. auch Ausführungen betreffend diese Problematik im Beitrag von BERNHARD WALDMANN in diesem Band (insbesondere Rz. 14 und Fn. 44).

⁸⁵ Vgl. zum Ganzen statt vieler BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 4 Rz. 19 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 5 Rz. 23 ff.

⁸⁶ Dies mindestens gemäss Art. 19 KV; vgl. auch Botschaft InfoG, 967.

⁸⁷ U.a. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 Rz. 1.

⁸⁸ Vgl. zum Verhältnis InfoG und der Amtshilfe den Beitrag von FLORIAN BERGAMIN/CLAUDIA HÖCHNER in diesem Band, Ziff. V.A.

V. Einschränkungen

- 36 Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information – unabhängig davon, ob er im konkreten Fall von der Informationsfreiheit oder von einem anderen Grundrecht abgeleitet wird – gilt nicht absolut,⁸⁹ sondern kann unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen rechtmässig eingeschränkt werden.⁹⁰ Diese Voraussetzungen sind je nach Rechtsquelle – und teilweise auch je nach Grundrecht – unterschiedlich. So ist im Anwendungsbereich der BV deren Art. 36 massgebend, gemäss welchem Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, wobei schwerwiegende Einschränkungen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen (Abs. 1), sowie durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig (Abs. 3) sein müssen. Diese Regel ist im Kanton Freiburg in Art. 38 KV quasi *tel quel* übernommen worden. Die EMRK enthält keine allgemeine Schrankenregelung, sondern nennt die Eingriffsvoraussetzungen jeweils in den entsprechenden Artikeln selbst.⁹¹ Allgemein – und insbesondere anhand der Rechtsprechung des EGMR – kann aber gesagt werden, dass gemäss EMRK ein Eingriff in ein Grundrecht ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss.⁹²
- 37 Im Folgenden werden einige Überlegungen zur gesetzlichen Grundlage, insbesondere zur Normdichte, sowie zur Interessenabwägung dargelegt und das InfoG diesbezüglich gewürdigt. Nicht im Detail eingegangen wird auf die Verhältnismässigkeitsprüfung, da diese ihre Relevanz hauptsächlich im Rahmen des spezifischen Einzelfalls entfaltet.

Einige der nachfolgend besprochenen Problemstellungen – insbesondere betreffend Interessenabwägung – stellen sich je nach Rechtsquelle respektive Auslegung dieser Rechtsquelle entweder im Bereich der Festlegung des Schutzbereichs des Rechts auf Zugang zu Information oder im Bereich der Beurteilung eines Eingriffs. Das InfoG konkretisiert nämlich – wie oben ausgeführt – als Ausführungsgesetz einerseits den Schutzbereich des grundrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu Information, definiert also (teilweise), ob überhaupt ein Anspruch auf Zugang besteht. Andererseits stellt es gleichzeitig

⁸⁹ Vgl. beispielhaft BGE 143 I 194 E. 3.1 f.; EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn); ausserdem HERTIG, BSK BV, Art. 16 Rz. 35 ff.; MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 Rz. 36 ff.; zu den Schranken des Informationsanspruchs gemäss InfoG vgl. VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 49 ff.

⁹⁰ Betreffend Grundrechtseinschränkungen im Allgemeinen statt vieler: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 7; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9.

⁹¹ BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 7 Rz. 16 ff.

⁹² Vgl. DIES., 7 Rz. 17 m.H.a. die EGMR-Rechtsprechung.

auch eine Rechtsgrundlage für die Einschränkung eines grundsätzlich bestehenden grundrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu Information dar.

A. Anforderungen an die gesetzliche Grundlage

Das InfoG stellt eine formell-gesetzliche Grundlage dar und vermag somit – unter Einhaltung der übrigen Einschränkungsvoraussetzungen – grundsätzlich auch schwere Eingriffe in den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information rechtfertigen. 38

Allerdings genügt nicht jede formell-gesetzliche Grundlage zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen. Darüber hinaus wird – gestützt auf das Legalitätsprinzip und im Dienste der Rechtssicherheit (Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns) – eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der Rechtsnorm verlangt, die eine Grundrechtseinschränkung vorsieht. Die Rechtsnorm muss «so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.»⁹³ Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich aber in Bezug auf die notwendige Normdichte nicht abstrakt festlegen. Vielmehr hängt er unter anderem «von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab».⁹⁴ Dass die Rechtsgrundlage für einen Grundrechtseingriff der anwendenden Behörde einen Beurteilungsspielraum einräumt, ist also nicht per se ausgeschlossen. Es kann bspw. nicht vollständig auf die Verwendung allgemeiner Begriffe verzichtet werden, die formal nicht eindeutig umschrieben werden können, sondern durch die Behörde auszulegen sind. Anders könnte der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht Rechnung getragen werden. So sind die Anforderungen an die Bestimmtheit denn auch weniger streng, «wenn unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse der Flexibilität oder der Einzelfallgerechtigkeit Differenzierungen angebracht sind».⁹⁵

40

⁹³ U.a. BGE 139 I 280 E. 5.1.; BGE 125 I 361 E. 4.a., beide m.w.H.

⁹⁴ BGE 141 I 201 E. 4.1.

⁹⁵ BGE 125 I 361 E. 4.a.

Gerade im Bereich des Rechts auf Zugang zu Information müssen in den meisten Fällen einander entgegenstehende (öffentliche und private) Interessen an der Geheimhaltung respektive an der Veröffentlichung gegeneinander abgewogen werden. Dem wird im Anwendungsbereich des InfoG Rechnung getragen, indem es den Zugangsanspruch bei Vorliegen eines (entgegenstehenden) überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesses beschränkt.⁹⁶ Diese Rechtsbegriffe des überwiegenden öffentlichen respektive privaten Interesses sind aber unbestimmt und müssen durch Auslegung definiert werden. Abhilfe im Sinne einer teilweisen Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe schafft das InfoG einerseits durch die Verankerung von Vermutungen, in welchen Fällen ein öffentliches Interesse besteht,⁹⁷ und andererseits durch eine exemplarische Auflistung von Fällen, in denen ein überwiegendes öffentliches respektive privates Interesse anerkannt wird.⁹⁸ Aber auch im Rahmen dieser gesetzlichen Konkretisierungen der Rechtsbegriffe des öffentlichen und privaten Interesses sind die Umschreibungen und Begrifflichkeiten relativ vage gehalten.⁹⁹

- 41 Die Verwendung allgemeiner und unbestimmter Begriffe führt aber nicht dazu, dass das InfoG als Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf Zugang zu Information betreffend erforderlicher Normdichte ungenügend ist. Vielmehr können gewisse Begriffe teilweise nicht konkreter umschrieben werden und ist es im Sinne einer gewissen Flexibilität bei der Interessenabwägung auch zuträglich, die Schranken des Rechts auf Zugang zu Information nicht bestimmter zu definieren. Dies gilt erstens vor dem Hintergrund, dass die öffentlichen Interessen, die für die Geheimhaltung von Informationen sprechen können, sich nur schwer detailliert umschreiben lassen. Zweitens ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es die Behörden in aller Regel mit Grundrechtskollisionen zu tun haben, wenn private Interessen der Informationsbeschaffungsfreiheit entgegenstehen. Auch bei den Grundrechten Dritter, etwa deren Recht auf Schutz der Privatsphäre und auf informationelle Selbstbestimmung, handelt es sich um offene und unbestimmte Prinzipien.

⁹⁶ Art. 10 Abs. 1 InfoG, Art. 25 InfoG; Bereits in Art. 19 Abs. 2 KV wird aber ausgeführt, dass in amtliche Dokumente nur eingesehen werden kann, sofern kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht.

⁹⁷ Art. 12 InfoG.

⁹⁸ Art. 26–28 InfoG; wobei diese Bestimmungen ebenfalls als Vermutungen (respektive teilweise sogar als Fiktionen) im Rechtssinn aufgefasst werden können.

⁹⁹ So bspw. die Begriffe «öffentliche Sicherheit und Ordnung» in Art. 26 Abs. 1 lit. a InfoG, die Umschreibung als 'Beeinträchtigung der Aussenbeziehungen des Kantons' in Art. 26 Abs. 1 lit. b InfoG oder das Kriterium der Missbräuchlichkeit eines Gesuchs in Art. 26 Abs. 2 lit. a InfoG.

Aufgrund der Vielfalt der Konstellationen und Interessen (etwa der Zahl der betroffenen Grundrechtsträger, der Sensibilität der betroffenen Personendaten, etc.) bleibt dem Gesetzgeber kaum eine andere Wahl, als die betroffenen Behörden mit einer relativ offenen Interessenabwägung zu betrauen.

B. Interessenabwägung

Liegt eine gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff vor, sind die öffentlichen Interessen (oder die Grundrechte Dritter) sowie die Verhältnismässigkeit zu prüfen. Ein Interesse ist dann als öffentlich zu qualifizieren, wenn es langfristig als legitimes Interesse der Allgemeinheit in der Rechtsordnung und in der Gesellschaft anerkannt ist.¹⁰⁰ Bereits mit dieser «Definition» ist angedeutet, dass das Verständnis, was als öffentliches Interesse zu qualifizieren ist, nicht zu jeder Zeit und überall dasselbe, sondern vielmehr zeitlich und örtlich wandelbar ist.¹⁰¹ Die öffentlichen Interessen umfassen einerseits Polizeigüter (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, öffentliche Ruhe etc.), aber auch «kulturelle, ökologische sowie soziale Werte wie sie namentlich in den Staatsaufgaben zum Ausdruck kommen» und sie sind im Lichte des Wertesystems der Gesamtrechtsordnung zu konkretisieren.¹⁰² Die EMRK benennt die in Betracht zu ziehenden Interessen etwas konkreter. In Bezug auf die Informationsfreiheit ist gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK für die Begründung eines Eingriffs vor allem folgenden Interessen Rechnung zu tragen: der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verhütung von Straftaten, dem Schutz der Gesundheit oder der Moral, dem Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, der Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder der Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.

Vor diesem Hintergrund ist wohl die Qualifikation als überwiegendes öffentliches Interesse betreffend die allermeisten in Art. 26 InfoG als solche benannten Konstellationen grundrechtlich unproblematisch.¹⁰³ Allerdings hängt diese Einschätzung bei gewissen Konstellationen unter

¹⁰⁰ BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 7 Rz. 35 ff.

¹⁰¹ U.a. BGE 142 I 49 E. 8.1.; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 7 Rz. 36; KIE-
NER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 112.

¹⁰² BGE 142 I 49 E. 8.1.

¹⁰³ So z.B. betreffend Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 26 Abs. 1 lit. a InfoG).

anderem auch von der Handhabe in der Praxis ab. So wird bspw. eine zu extensive Auslegung davon, wann die Entscheidungsfindung durch ein öffentliches Organ respektive die Ausführung von Entscheidungen des öffentlichen Organs aufgrund eines Informationsanspruchs wesentlich behindert werden kann, allenfalls nicht mehr vom Begriff des grundrechtlich relevanten öffentlichen Interesses erfasst.

- 44 Problematisch könnte allenfalls die vom Freiburgerischen Gesetzgeber gewählte Kann-Formulierung sein. So wird ein überwiegendes öffentliches Interesse gemäss Gesetzestext nicht nur dann anerkannt, wenn die Gewährung des Zugangs (zu Information) bspw. die öffentliche Sicherheit und Ordnung tatsächlich gefährdet, sondern wenn sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden kann.¹⁰⁴ Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass Informationen oder Dokumente aus präventiven Gründen zurückgehalten werden müssen, um zukünftige Gefahren zu verhindern. Trotzdem scheint die gesetzliche Bestimmung in ihrer Offenheit nicht unproblematisch. Als überwiegendes öffentliches Interesse, das eine Einschränkung der Informationsbeschaffungsfreiheit rechtfertigt, kommen jedenfalls nur unmittelbar drohende und schwerwiegende Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Frage. Ein vager Hinweis auf mögliche zukünftige Gefahren reicht nicht.
- 45 Fraglich ist auch, ob der Umstand, dass die Verhandlungsposition des öffentlichen Organs gefährdet werden kann¹⁰⁵ oder dass die Gutheissung des Gesuchs mit einem offensichtlich unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre¹⁰⁶ grundrechtlich relevante öffentliche Interessen darstellen. Im Zusammenhang mit letzterer Konstellation hat das Bundesgericht in einem Entscheid betreffend das Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Schaffhausen entschieden, dass die Regelung, wonach der Zugang zu einem amtlichen Dokument bei Vorliegen eines damit verbundenen besonderen Aufwands der Behörde vom Nachweis eines schutzwürdigen Interesses abhängig gemacht wird, nicht unhaltbar oder willkürlich ist.¹⁰⁷ Daraus kann geschlossen werden, dass die Berücksichtigung des Aufwands, den die Gewährung eines Informations- einsehensrechts für die Behörde darstellt, im Rahmen der Interessenabwägung sehr wohl als Kriterium herangezogen werden darf. Jedenfalls ist es nicht willkürlich, in diesem Fall den Nachweis eines besonderen Interesses zu verlangen und den Zugang nicht voraussetzungslos zu ge-

¹⁰⁴ Art. 26 Abs. 1 lit. a–e InfoG.

¹⁰⁵ Art. 26 Abs. 1 lit. e InfoG.

¹⁰⁶ Art. 26 Abs. 1 lit. e InfoG.

¹⁰⁷ BGE 144 I 170 E. 7.4.–7.8.

währen. Art. 26 Abs. 2 lit. b InfoG erscheint somit aus einer grundrechtlichen Perspektive grundsätzlich als vertretbar, zumal für die Bejahung eines öffentlichen Interesses an der Verweigerung des Zugangs explizit ein «offensichtlich» unverhältnismässiger Arbeitsaufwand verlangt wird und selbst in diesem Fall das öffentliche Organ ein überwiegendes öffentliches Interesse geltend machen muss, welches im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung gegen das Interesse der Grundrechtsträgerin abzuwägen ist.

Betreffend das Kriterium der Gefährdung der Verhandlungsposition des Staates wird in der Botschaft zum InfoG ausgeführt, es müsse sich um laufende Verhandlungen handeln oder um solche, die in genügend naher Zukunft stattfinden. Die hinter diesem Kriterium stehende Idee sei, dass beide Verhandlungsparteien in Bezug auf die ihnen zur Verfügung stehenden Informationen gleiche Voraussetzungen hätten, wobei die entsprechenden Dokumente die Verhandlungsposition des öffentlichen Organs wirklich gefährden müssten, was nur im Einzelfall geprüft werden könne.¹⁰⁸ Diese Idee ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar und es mag auch sein, dass es in gewissen Konstellationen im öffentlichen Interesse liegt, den Informationsanspruch der grundsätzlich berechtigten Person zugunsten der Verhandlungsposition des öffentlichen Organs einzuschränken. Hier wird aber die Meinung vertreten, dass das überwiegende öffentliche Interesse dabei nicht die Verhandlungsposition des öffentlichen Organs (und deren Schutz) als solche sein kann, sondern dass der Schutz der Verhandlungsposition des öffentlichen Organs vielmehr durch ein (anderes) öffentliches Interesse, wie bspw. die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Gewährleistung der Entscheidungsfindung durch das öffentliche Organ oder die Ausführung von Entscheiden desselben, gerechtfertigt sein muss. Vor diesem Hintergrund kann Art. 26 Abs. 1 lit. e InfoG als grundrechtlich eher problematisch eingestuft werden.

Auf die Berücksichtigung des Schutzes von Grundrechten Dritter im Rahmen der Interessenabwägung wird an dieser Stelle nur kurz eingegangen. Tangiert sein kann durch das Recht auf Zugang zu Information insbesondere der Schutz der Privatsphäre Dritter.¹⁰⁹ Diese Problematik greift das InfoG auf, indem es ein dem Recht auf Zugang zu Information entgegenstehendes überwiegendes privates Interesse bejaht, wenn der Zugang den Schutz von Personendaten beeinträchtigen kann; es erlaubt

¹⁰⁸ Botschaft InfoG, 979.

¹⁰⁹ U.a. Art. 13 BV und Art. 12 KV.

die Bekanntgabe solcher Personendaten ausserdem nur unter bestimmten Voraussetzungen.¹¹⁰ Damit ist dem Schutz des Grundrechts Dritter auf Schutz der Privatsphäre prinzipiell genügend Rechnung getragen. Die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Personendaten sind ausgewogen formuliert. Kollidiert der Anspruch auf Informationsfreiheit mit dem Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung, ist eine Abwägung im Einzelfall erforderlich, bei der unter Umständen spezialgesetzliche Datenschutznormen zu beachten sind.¹¹¹ Bemerkenswerterweise leitet Art. 12 InfoG diese Abwägung durch eine Vermutung: Nach dieser Bestimmung ist bei einem Konflikt zwischen Informationsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung grundsätzlich von einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Bekanntgabe der Information auszugehen. Allerdings gilt die Vermutung nur, wenn sich die Personendaten, zu denen Zugang verlangt wird, auf ein Mitglied eines öffentlichen Organs beziehen und die Information seine Funktionen oder seine Tätigkeit im Dienst dieses Organs betrifft. Sie fällt ausserdem dahin, wenn besonders schützenswerte Daten im Sinne des Gesetzes über den Datenschutz oder ein anderes besonderes Interesse der betroffenen Person berührt sind.¹¹² Unter diesen Umständen – und unter Berücksichtigung des besonderen öffentlichen Interesses an Informationen über Personen des öffentlichen Dienstes – ist davon auszugehen, dass die zitierte Bestimmung genügend Möglichkeiten für den Schutz des Rechts auf Privatsphäre der betroffenen Behördenmitglieder bietet.

- 48 Alles in allem sieht das InfoG einen differenzierten Umgang mit Grundrechtskollisionen zwischen Informationsbeschaffungsfreiheit und Schutz der Privatsphäre vor. Dies gilt vor allem auch im Vergleich zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes. Während das InfoG die Bekanntgabe von Personendaten im Allgemeinen und im Besonderen selbständig regelt, verweist das Bundesgesetz in Bezug auf Personendaten, die nicht anonymisiert werden können, auf das Datenschutzgesetz, das die Bekanntgabe nach Art. 19 DSG nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässt. Auch in diesem Bereich zeigt sich somit der Wille des kantonalen Gesetzgebers, im Bereich des Zugangs zu Informationen und Dokumenten über die bundesrechtlichen Minimalvorgaben hinauszugehen und zu verhindern, dass der Datenschutz grundsätzlich vorgeht.¹¹³

¹¹⁰ Art. 11 und Art. 27 InfoG; Vgl. für eine detaillierte Auseinandersetzung mit Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen BRUNNER, ZBl 111/2010, 606 ff.

¹¹¹ Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a–c und Art. 27 Abs. 1 lit. a–c InfoG.

¹¹² Art. 12 Abs. 1 und 3 InfoG.

¹¹³ Vgl. Kap. II B.1.

VI. Fazit

Ein Blick auf das InfoG aus der Perspektive der Rechte Einzelner zeigt, dass das Gesetz nicht nur aufgrund seines 10-jährigen Jubiläums eine Festschrift verdient. Es begnügt sich nämlich nicht damit, den Paradigmenwechsel vom Grundsatz der Geheimhaltung zum Prinzip der Öffentlichkeit auf kantonaler Ebene zu vollziehen und den Vorgaben des übergeordneten Rechts zu genügen. Vielmehr sieht es – wie bereits die kantonale Verfassung – einen weiterreichenden Anspruch auf Zugang zu Informationen und Dokumenten vor, konkretisiert diesen Anspruch und wägt ihn differenziert mit öffentlichen und privaten, namentlich grundrechtlichen, Interessen ab. 49

Wie anderen Öffentlichkeits- und Informationsgesetzen kommt auch dem InfoG eine Doppelfunktion zu: Als Ausführungsgesetz konkretisiert es einerseits den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information und dient andererseits als gesetzliche Grundlage für die Einschränkung dieses Anspruchs. An dieser Doppelfunktion zeigt sich eine besondere grundrechtliche Problematik der Informationsbeschaffungsfreiheit. Weil der sachliche Schutzbereich des Grundrechts offen, unbestimmt und teilweise umstritten ist, ist nicht zum vornherein klar, ob der Gesetzgeber diesen Schutzbereich nach seinem Ermessen konkretisiert (und nach seinem Ermessen konkretisieren kann) oder ob das Gesetz vielmehr als Einschränkung eines (weit verstandenen) Schutzbereichs gelten muss, die nur Bestand haben kann, wenn sie einer gerichtlichen Überprüfung der öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit standhält. 50

Gerade in dieser Hinsicht haben der freiburgische Verfassungs- und Gesetzgeber durchaus grundrechtsfreundliche Weichen gestellt: Sie beschränken den Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten nämlich nicht auf allgemein zugängliche Quellen. Im Interesse der Transparenz der staatlichen Tätigkeit, der freien öffentlichen Meinungsbildung, der Förderung der Teilnahme am öffentlichen Leben und der Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung gegenüber den öffentlichen Organen,¹¹⁴ geht das Gesetz – ganz im Sinne der Vorgaben der kantonalen Verfassung – von einem weiten Schutzbereich aus. 51

Somit liegt es im Anwendungsbereich des InfoG nicht im Ermessen der Behörden, durch eine restriktive Auslegung der allgemein zugänglichen Quellen den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Information zu 52

¹¹⁴ Art. 1 Abs. 2 InfoG.

schmälern. Auch die Trägerschaft des grundrechtlichen Zugangs auf Information ist grundsätzlich weit gefasst. Aus grundrechtlicher Sicht – aber auch aus Sicht der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit – ist ebenfalls positiv zu würdigen, dass das InfoG eine aktive Informationspflicht der Behörden vorsieht, welche nicht auf Tätigkeiten von allgemeinem Interesse beschränkt ist. In diesem Punkt geht das Gesetz sogar in zweifacher Hinsicht über das grundrechtlich geforderte Minimum hinaus: Zunächst indem es überhaupt eine Pflicht zur aktiven Information vorsieht, sodann durch die extensive Ausgestaltung dieser Informationspflicht.

- 53 Trotz dieser grundsätzlich ausgeprägt informationsfreundlichen Grundhaltung des freiburgischen Gesetzgebers ist nicht zu übersehen, dass auch das InfoG den Behörden teilweise einen recht umfangreichen Ermessensspielraum einräumt – so etwa bei der Definition des für den Anspruch auf Zugang relevanten Begriffs «amtliches Dokument» oder bei der Ausgestaltung der Interessenabwägung im Rahmen einer möglichen Einschränkung des Zugangsanspruchs. Die Grundrechtskonformität allfälliger Konkretisierungen bzw. Einschränkungen ergibt sich in diesen Fällen aus der Handhabung in der Praxis. Aufgrund der Vielfalt der Situationen und Interessen ist es aber nicht zu vermeiden – vielmehr aus grundrechtlicher Sicht in gewissem Mass geboten – den rechtsanwendenden Behörden die Möglichkeit einzuräumen, im Einzelfall Abwägungen vorzunehmen.
- 54 Lediglich einige wenige Aspekte des InfoG, die im Zusammenhang mit der Interessenabwägung im Rahmen der Einschränkung des Informationsanspruchs stehen, sind aus grundrechtlicher Sicht als nicht unproblematisch einzustufen. Es sind dies die in Art. 26 Abs. 1 lit. a–e InfoG gewählte Kann-Formulierung sowie das in Art. 26 Abs. 1 lit. e InfoG als überwiegendes öffentliches Interesse qualifizierte Kriterium der Schwächung der Verhandlungsposition des öffentlichen Organs. In beiden Fällen erfordern die grundrechtlichen Garantien eine zurückhaltende Auslegung der gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen.
- 55 Alles in allem gewährt das InfoG einen Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten, der im Einklang mit dem übergeordneten Recht steht und in entscheidenden Punkten über dieses hinaus geht. Im Völker- und Bundesrecht wird seit einigen Jahren heftig um den Begriff der allgemein zugänglichen Quellen und über die noch grundsätzlichere Frage, ob diese Einschränkung des Schutzbereichs überhaupt gerechtfertigt ist, gerungen. Sowohl im Bereich der EMRK als auch im Bereich des UNO-Pakts II zeichnen sich Entwicklungen ab, die auf eine Erweiterung des Schutzbereichs zielen. Auch die Lehre vertritt mehrheitlich die Auffassung, dass es der grossen Bedeutung der Informationsfreiheit

nicht gerecht wird, ihre Ausgestaltung (einzig) dem Gesetzgeber anzuvertrauen. Sollten sich diese Entwicklungen fortsetzen, wird der enge Schutzbereich von Art. 16 Abs. 3 BV und seine Konkretisierung auf Bundesebene durch das Öffentlichkeitsgesetz wohl zusehends unter Druck geraten. Der Freiburgerische Verfassungs- und Gesetzgeber jedoch kann diesen Entwicklungen gelassen entgegenblicken, weil beide schon vor Jahren den Schritt zu einer umfassend garantierten Informationsfreiheit vollzogen haben.