

Hinweis

Hierbei handelt es sich um eine Übersetzung des Originaltextes von BERTIL COTTIER, *Transparence et protection des données, Une relation amour-haine?*, aus: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 159–176.

Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz

Eine Hassliebe?

Bertil Cottier*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	2
II. Die materielle Koordination	3
A. Der politisch-rechtliche Kontext.....	3
1. Die Problemstellungen	4
2. Zwei gleichrangige Grundprinzipien.....	5
3. Die Rechtsquellen der Koordinationsregelungen	7
4. Koordinieren: Ja, aber wie.....	8
B. Die Koordination im Bundesrecht	10
1. Ein komplexer Koordinationsmechanismus.....	10
2. Die Phase der Anonymisierung	11
3. Die Phase der Interessenabwägung	12
C. Die Koordination im Freiburger Recht	14
1. Einfachheit und Klarheit	14
2. Die Interessenabwägung.....	16
III. Verfahrensspezifische Fragestellungen	18
A. Das Anhörungsrecht der betroffenen Person	18
B. Der Zugang der betroffenen Person zu den eigenen Daten	19
IV. Schlussbetrachtung	21

* Übersetzung aus dem Französischen von CLAUDIA SOHI-HÖCHNER, Dr. iur.

I. Einleitung

- 1 Das Verhältnis zwischen dem Recht auf Zugang zu Informationen, die sich im Besitz von Behörden befinden, und dem Schutz personenbezogener Daten ist seit jeher konfliktgeladen. Dies erstaunt nicht, denn zumindest auf den ersten Blick stehen die beiden Bereiche in völligem Gegensatz zueinander: Einer steht für Offenheit und der andere für Geschlossenheit.
- 2 Vor bald fünfzig Jahren hat Schweden¹ eine Vorreiterrolle in Sachen Transparenz und Datenschutz eingenommen und den Konflikt mit einem Handstreich gelöst: Der Transparenz wurde absoluter Vorrang eingeräumt – immerhin durfte von einer Institution, die sich im Laufe von zwei Jahrhunderten als tragende Säule der nationalen Demokratie etabliert hat, auch nicht abgewichen werden.² Umgekehrt wurde in denjenigen Ländern, die sich stark für den Schutz der Privatsphäre einsetzten, ohne zu zögern dem Datenschutz der Vorrang gegeben. Als Beispiel kann Frankreich genannt werden, wo Artikel 1 des Gesetzes von 1978 über den Zugang zu Verwaltungsdokumenten den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips nur auf nicht personenbezogene Daten beschränkt.
- 3 Solche kategorischen Lösungen sind heutzutage nicht mehr angemessen³ und es wurden überall mehr oder weniger erfolgreiche Kompromisse gefunden, um das Öffentlichkeitsprinzip und den Datenschutz in Einklang zu

¹ Es ist bekannt, dass Schweden 1766 als erstes Land der Welt die Transparenz der Behörden eingeführt hat (siehe Kapitel II des Grundgesetzes über die Pressefreiheit, *Tryckfrihetsförordningen*); weniger bekannt ist, dass es auch das erste Land war, das 1973 ein Gesetz über den Datenschutz verabschiedet hat (das *Datengesetz, Datalagen*; dieses Gesetz wurde 1998 durch das Gesetz über personenbezogene Daten, *Personuppgiftslagen*, ersetzt).

² Artikel 8 des Gesetzes über personenbezogene Daten: «Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten nicht, soweit sie die Verpflichtung einer Behörde nach Kapitel 2 des Gesetzes über die Pressefreiheit zur Offenlegung personenbezogener Daten einschränken würden.» (frei nach der Übersetzung des Autors).

³ Ausser in Schweden, wo der Gesetzgeber gegen den Rat der nationalen Datenschutzbehörde darauf beharrt, der Transparenz Priorität einzuräumen: Art. 7 Kapitel 1 des Gesetzes 2018:218 zur Umsetzung der DSGVO (vgl. nächste Fn.) lautet: «Die Europäische Datenschutzverordnung und dieses Gesetz gelten nicht, soweit sie mit dem Gesetz über die Pressefreiheit oder dem Grundgesetz über die Meinungsfreiheit in Konflikt geraten würden.»

bringen. Ein entsprechender Ansatz wurde kürzlich auch in der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union⁴ befürwortet; in deren Artikel 86 Folgendes betont wird: «Personenbezogene Daten in amtlichen Dokumenten, die sich im Besitz einer Behörde oder einer öffentlichen Einrichtung oder einer privaten Einrichtung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe befinden, können [...] offengelegt werden, um den Zugang der Öffentlichkeit zu amtlichen Dokumenten mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung in Einklang zu bringen.»

Vorliegender Beitrag soll indessen nicht auf die verschiedenen im Ausland entwickelten Konzepte eingehen, sondern sich auf die Schweiz fokussieren. 4
Noch konkreter steht die Frage im Mittelpunkt, inwieweit die Offenlegung von amtlichen Dokumenten und der Datenschutz im Kanton Freiburg miteinander vereinbar sind. Die Freiburger Regelungen werden jeweils mit der entsprechenden bundesrechtlichen Regelung verglichen; ausnahmsweise wird auch die eine oder andere originelle Lösung aus anderen Kantonen erwähnt.

Die Vereinbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips und des Datenschutzes ist jedoch nicht nur eine Frage des materiellen Rechts; diese heikle Kombination 5
wirft auch verfahrensspezifische Problemstellungen auf. Aus Platzgründen werden wir nur auf zwei der wichtigsten eingehen: erstens das rechtliche Gehör der betroffenen Person und zweitens die Auswirkungen der Verfahrensmodalitäten zur Einsichtnahme in amtliche Dokumente auf Auskunfts-gesuche zu den eigenen Daten.

II. Die materielle Koordination

A. Der politisch-rechtliche Kontext

Bevor die Kollisionsnormen, welche das Öffentlichkeitsprinzip und den 6
Datenschutz miteinander in Einklang bringen sollen, inhaltlich untersucht werden, ist es für ihr korrektes Verständnis wichtig, den sozio-rechtlichen Kontext zu beleuchten, in dem sie sich entwickeln. Wir werden zunächst die auf dem Spiel stehenden Interessen in Erinnerung rufen, danach die verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser Kollisionsnormen darstellen und

⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; DSGVO).

schliesslich einen kurzen Überblick über die verfügbaren Koordinationsmechanismen geben.

1. Die Problemstellungen

- 7 Durch den Konflikt zwischen dem Öffentlichkeitsprinzip und dem Datenschutz werden zwei fundamentale Grundwerte in einem demokratischen Staat einander gegenübergestellt.
- 8 Einerseits geht es um den freien Fluss von Informationen und Debatten sowie um die Kontrolle des Staats und seiner Organe durch die Bürger.⁵ Selbstredend ist es in Zeiten der Desinformation und Meinungsmanipulation wichtiger denn je, dass die Bevölkerung Zugang zu genauen und vollständigen Informationen über die Tätigkeit der Behörden hat.⁶
- 9 Andererseits ist auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen, d.h. «das Recht der betroffenen Person, grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob und zu welchen Zwecken Daten über sie bearbeitet werden dürfen».⁷ Neben diesem unlängst verankerten Wert⁸ steht ganz allgemein der Schutz der Privatsphäre des Einzelnen im Zentrum des Interesses.⁹ Allerdings darf auch in einem Land mit einer ausgeprägten Vertraulichkeitskultur wie der Schweiz nicht vergessen werden, dass der Schutz der Privatsphäre der Verwaltung nicht als Schutzschild dienen darf, um kompro-

⁵ WALTER, 3.

⁶ Siehe den Bericht der Kommission für Kultur, Wissenschaft, Bildung und Medien der parlamentarischen Versammlung des Europarats «La liberté de médias, la confiance du public et le droit de savoir des citoyens», Doc. 15308 vom 7. Juni 2021, Kap. 3.

⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 7010.

⁸ Erstmals wurde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vom Bundesverfassungsgericht festgelegt («Volkszählungsurteil», BVerfGE, Bd. 65 [1983], 1 ff.), danach wurde dieses aufgegriffen durch den EGMR, Urteil Nr. 931/13 vom 27. Juni 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finland*, Rz. 137), inzwischen ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch vom Bundesgericht anerkannt worden (vgl. insbesondere BGE 144 I 126 E. 4.1).

⁹ LADANIE-KÄMPFER, *medialex* 05/2021, N 3.

mittierende Informationen, potenzielle Interessenkonflikte, mögliche Absprachen zwischen Kollegen, unbequeme Wahrheiten oder sogar echte Korruptionsfälle zu verbergen.¹⁰

2. *Zwei gleichrangige Grundprinzipien*

Im Kanton Freiburg präsentiert sich die Lage wie folgt: Sowohl der Datenschutz wie auch der Grundsatz der Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten haben Verfassungsrang (Art. 12 Abs. 2¹¹ bzw. Art. 19 Abs. 2¹² der Kantonsverfassung). Daher hat keine der beiden Institutionen a priori Vorrang vor der anderen.¹³ Freiburg ist im Übrigen nicht der einzige Kanton, der dem Datenschutz und der Transparenz ausdrücklich den gleichen rechtlichen Stellenwert einräumt: Neun weitere Kantone erwähnen ebenfalls beide Institutionen in ihren Verfassungen.¹⁴

Anders sieht die Lage auf Bundesebene aus: Dort ist der Datenschutz zwar formell in der Bundesverfassung verankert (Art. 13 Abs. 2), doch das Recht, um Informationen zu ersuchen, wird auf allgemein zugängliche Quellen beschränkt (Art. 16 Abs. 3).¹⁵ Trotz der Kritik einer fast einhelligen Lehre, die das Fehlen einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Öffentlichkeit

¹⁰ FLÜCKIGER, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 79. Im gleichen Sinne die Richtlinien des Europarats über den Schutz der Privatsphäre in den Medien, Strasbourg 2018, 11: «la liberté d'expression recevrait un coup fatal si des personnalités publiques pouvaient censurer la presse et le débat public au nom des droits de la personnalité».

¹¹ «Sie [jede Person] hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der sie betreffenden Daten.»

¹² «Das Recht auf Information ist gewährleistet. Jede Person kann amtliche Dokumente einsehen, sofern kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht.»

¹³ Botschaft InfoG, 966 ff. Siehe auch KGer FR, Urteil 601 2018 267 vom 28. November 2018 E. 2.4.

¹⁴ AG (§ 15 für den Datenschutz und § 72 für die Transparenz), AR (Art. 15 und Art. 12), BE (Art. 18 und Art. 17 Abs. 3), BL (§ 6 und § 56), GE (Art. 21 und Art. 28), NE (Art. 11 und Art. 18), SO (Art. 8 und Art. 11), SG (Art. 2 und Art. 60) sowie VD (Art. 15 und Art. 17). Drei Kantone haben einzig den Datenschutz verfassungsrechtlich verankert: GL (Art. 5), BS (§ 11) und TI (Art. 8). Zudem erwähnen drei weitere Kantone lediglich das Transparenz- bzw. Öffentlichkeitsprinzip in ihren Verfassungen: SH (Art. 47 Abs. 3), SZ (§ 45) und ZH (Art. 17); allerdings schützen diese Verfassungen die Privatsphäre im Allgemeinen.

¹⁵ Für weitere Einzelheiten zum Vorhaben, die Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten in der Bundesverfassung zu verankern siehe COTTIER, 146 f.

von amtlichen Dokumenten bemängelt, hat sich das Bundesgericht stets geweigert, Dokumenten im Besitz des Staats den Status einer zugänglichen Quelle zuzusprechen.¹⁶

12 Es wäre bei dieser negativen Feststellung geblieben, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht aus Artikel 10 EMRK, der die Informationsfreiheit schützt, ein subjektives Recht des Bürgers auf Zugang zu amtlichen Dokumenten abgeleitet hätte.¹⁷ Auch wenn diese neuere Rechtsprechung kein vollständiges Recht auf Zugang eingeführt hat,¹⁸ hat sie die grundsätzliche Gleichheit zwischen dem Datenschutz und der Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten sowohl auf Bundesebene als auch auf der Ebene derjenigen Kantone, deren Verfassungen das Öffentlichkeitsprinzip nicht kennen, festgelegt. Ansonsten hat die (frühere) Vorrangstellung des Datenschutzes sowohl Spuren in der Gesetzgebung – so sieht etwa Art. 7 Abs. 2 BGÖ vor, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an Transparenz, das den Zugang zu einem Dokument mit privaten Informationen ermöglichen kann, nur *ausnahmsweise* anerkannt werden darf¹⁹ – wie auch in der Lehre hinterlassen, wo einige Autoren immer noch darauf beharren, dem Datenschutz eine dominante Stellung zuzuweisen.²⁰

13 Schliesslich bleibt zu betonen, dass dort, wo die gegensätzlichen Prinzipien beide Verfassungsrang haben, lediglich deren Existenz anerkannt wird. Nirgendwo wird aber deren «Zusammenspiel» thematisiert. Wie wir im nächsten Abschnitt sehen werden, hat der Verfassungsgeber diese wichtige Frage dem Gesetzgeber überlassen.

¹⁶ BGE 129 I 249 E. 2 und BGE 137 I 8 E. 2.7.

¹⁷ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016, *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*. Siehe auch EGMR, Entscheid Nr. 10090/16 vom 26. März 2020, *Centre for Democracy and the Rule of Law gegen Ukraine*.

¹⁸ Der Zugang hängt insbesondere davon ab, ob ein öffentliches Interesse an der Einsichtnahme in das angeforderte Dokument besteht und welche Rolle der Antragstellende in der Gesellschaft spielt (Vertretende der Medien oder von Menschenrechtsorganisationen werden in dieser Hinsicht bevorteilt), siehe EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016, *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Rz. 159 und 164.

¹⁹ In der Praxis scheint dieser Vorbehalt nur eine geringe Rolle zu spielen LADANIE-KÄMPFER, *medialex* 05/2021, N 9. Siehe auch FLÜCKIGER, *SVVOR*-Jahrbuch 2019/2020, 88, der feststellt, dass sich die Bundesbehörden in der überwiegenden Mehrheit der Fälle für das Öffentlichkeitsprinzip aussprechen.

²⁰ So hält etwa LADANIE-KÄMPFER, *medialex* 05/2021, N 3, fest, dass eine Interessenabwägung notwendig ist, «da die informationelle Selbstbestimmung bzw. das Recht auf Schutz der Personendaten als Teilinhalt des verfassungsrechtlichen Schutzes der Privatsphäre nicht automatisch und in jedem Fall Vorrang vor dem Öffentlichkeitsprinzip genießt».

3. Die Rechtsquellen der Koordinationsregelungen

Während der Bund und die meisten Kantone (inklusive Freiburg) den Datenschutz und die Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten in unterschiedlichen Gesetzen geregelt haben, behandeln die Kantone Basel-Stadt, Basellandschaft, Genf, Jura/Neuchâtel,²¹ Solothurn, Schwyz und Zürich die zwei Bereiche in einem einzigen Gesetzestext, da es in beiden Fällen letztlich um Informationen geht, die sich im Besitz von Behörden befinden. Die Kantone Aargau, Appenzell-Innerrhoden und Wallis haben diese kohärente Logik vervollständigt, indem sie die Regeln für die Archivierung von amtlichen Dokumenten ebenfalls in das gemeinsame Gesetz aufgenommen haben. Währenddessen ist die Zusammenführung in einem gemeinsamen Text nicht gleichbedeutend mit einer Verschmelzung: Datenschutz und Transparenz werden jeweils in eigenen Kapiteln behandelt.²²

Das Recht auf Zugang und die Information der Öffentlichkeit betreffen nicht in erster Linie personenbezogene Daten, sondern Dokumente, deren wesentlicher Informationsgehalt aus der Sicht des Datenschutzes oft irrelevant ist. Umgekehrt geht es beim Datenschutz nicht nur darum, der öffentlichen Verbreitung dieser Daten Grenzen zu setzen; er erstreckt sich vielmehr auf verschiedene Fragen wie die Erhebung, die interne Verwendung, die Weitergabe an Privatpersonen oder andere Behörden, die Vernichtung oder die Möglichkeit für die Betroffenen, ihre Daten zu überprüfen und gegebenenfalls zu berichtigen.²³

Letztlich ist es unerheblich, ob der Datenschutz und das Öffentlichkeitsprinzip in getrennten Gesetzen oder in getrennten Kapiteln innerhalb eines gemeinsamen Gesetzes geregelt werden: In beiden Fällen muss der Gesetzgeber Koordinationsregeln aufstellen. Häufig finden sich diese Regeln innerhalb des normativen Regelwerks, das die Transparenz regelt; dies ist der Fall in Freiburg, wo Art. 27 InfoG dem Bedarf an Schlichtung entspricht. In denjenigen Kantonen, in denen der Datenschutz einen verfassungsrechtlichen Vorrang genießt, wurden die Koordinationsregeln in den diesen Bereich betreffenden Erlass eingefügt, da die Transparenz als Ausnahme von

²¹ Es ist daran zu erinnern, dass Jura und Neuenburg ihre Vorschriften über Datenschutz und Transparenz durch eine interkantonale Vereinbarung vom 8. und 9. Mai 2012 vereinheitlicht haben.

²² Eine bemerkenswerte Ausnahme bildet der Kanton Zürich, in dessen entsprechendem Gesetz die Vorschriften über das allgemeine Auskunftsrecht auf der Grundlage des Öffentlichkeitsprinzips und das besondere Auskunftsrecht der betroffenen Person über ihre eigenen Daten in einem einzigen Kapitel zusammengefasst wurden (vgl. Art. 20 ff. IDG).

²³ So VOLLERY, FZR/RFJ 2009, N 68.

der garantierten Vertraulichkeit angesehen wird. Auf Bundesebene wurde der gleiche Ansatz verfolgt (Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG regelt hauptsächlich die Koordination).

- 17 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die normativen Regelwerke des Öffentlichkeitsprinzips und des Datenschutzes zwar getrennt sein können, dies jedoch nicht zwingend für die unabhängigen Behörden gilt, die mit der Umsetzung dieser beiden Bereiche betraut sind. Sowohl auf Bundes- als auch auf Kantonsebene werden diesbezügliche Aufgaben regelmässig ein und derselben Behörde übertragen, um die praktische Umsetzung der Koordinationsregelungen zu erleichtern.²⁴ In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Kanton Freiburg von den anderen Kantonen: Der Gesetzgeber hat den Gegensatz zwischen den beiden Bereichen früh erkannt und zwei Beauftragte eingesetzt: Einer ist für das Öffentlichkeitsprinzip, der andere für den Datenschutz zuständig. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine allzu strenge Trennung: Die beiden Beauftragten teilen sich nicht nur dieselben Büroräumlichkeiten, sondern es gibt auch eine Kommission für Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip, die beide Bereiche beaufsichtigt und auf einer übergeordneten Ebene wieder zusammenführt.

4. *Koordinieren: Ja, aber wie*

- 18 Theoretisch sind zwei Methoden der Koordination zwischen dem Öffentlichkeits- und dem Datenschutzprinzip denkbar. Die eine ist abstrakter Natur: Sie besteht darin, die Arten von personenbezogenen Daten und/oder Dokumenten aufzuzählen, die unzugänglich sind (Positivliste) oder umgekehrt öffentlich sind (Negativliste). Die andere Methode ist konkret: Sie schreibt eine Gewichtung der widerstreitenden Interessen je nach den Merkmalen des Einzelfalls vor.
- 19 Die abstrakte Methode ist klar und vorhersehbar: Für jeden Informationstyp schlichtet der Gesetzgeber selbst den Konflikt zwischen Öffentlichkeit und Datenschutz. Die ersuchte Behörde entscheidet auf der Grundlage der Typologie, welche sich aus dieser Abwägung ergibt, ob das ersuchte Dokument zugänglich ist oder nicht. Ihr Ermessensspielraum ist sehr begrenzt, ausser die angeforderte Information fällt unter keine der in der Typologie verankerten Kategorien (entweder weil der Gesetzgeber sie ausgelassen hat oder weil es sich um eine bislang unbekannte Art handelt).

²⁴ Dies schliesst jedoch nicht aus, dass hie und da (z.B. Bund und Kanton Waadt) die Bearbeitung von Transparenz- oder Datenschutzangelegenheiten intern an separate Unterabteilungen übertragen wird.

Die konkrete Methode hat dagegen den Vorteil der Flexibilität. Sie basiert auf Generalklauseln, die grob umrissene Interessen schützen, und kann sich ohne Weiteres an Unvorhergesehenes anpassen. Darüber hinaus ist sie präziser, da die Interessenabwägung eine Berücksichtigung aller Besonderheiten des konkreten Falles beinhaltet. Der Nachteil dieser Methode ist, dass sie der ersuchten Behörde einen grossen Interpretationsspielraum lässt, den diese dazu nutzen könnte, unter dem Vorwand des Schutzes der Privatsphäre Informationen zu verschweigen, die sie selbst in Schwierigkeiten bringen oder gar in Frage stellen würde; dies kann eine negative Folgeerscheinung des Datenschutzes sein – ein Risiko, das oben bereits erwähnt wurde.²⁵ 20

Der Bundesgesetzgeber und die kantonalen Gesetzgeber haben sich für die konkrete Methode entschieden, welche den Traditionen der schweizerischen Staatsführung, die in der Regel Generalklauseln und Interessenabwägungen bevorzugt, besser entspricht. Die konkrete Methode wird jedoch nie in vollem Umfang angewandt: Häufig haben der Gesetzgeber und sogar die Rechtsprechung Gewichtungskriterien aufgestellt, um bestimmten Faktoren (wie der Sensibilität der Daten oder der Verletzlichkeit der betroffenen Person²⁶) mehr oder weniger Gewicht bei der Abwägung zu verleihen. Diesem Ansatz folgt Art. 12 Abs. 1 Satz 1 InfoG: «Ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Information wird vermutet, wenn die Personendaten sich auf ein Mitglied eines öffentlichen Organs beziehen und die Information seine Funktionen oder seine Tätigkeit im Dienst dieses Organs betrifft»; unter die Vermutung fallen insbesondere die Titel und Berufe von Kantonsangestellten sowie die Nennung ihres Namens in von ihnen erstellten Dokumenten. 21

Darüber hinaus: In Ausnahmefällen übernimmt der Gesetzgeber die Kontrolle und regelt die Bestimmung einer bestimmten Art von Information oder eines bestimmten Dokumententyps selbst; die Interessenabwägung tritt dann hinter die eine oder andere, sogenannte «fixe» Regel zurück, die von vorneherein entweder die Geheimhaltung oder die Öffentlichkeit vorgibt. Dies ist beispielsweise der Fall bei Art. 29 Abs. 1 InfoG, der nicht öffentliche Sitzungsprotokolle oder interne Notizen von Beamten für unzugänglich erklärt, und umgekehrt bei Art. 30 InfoG, der etwa den Zugang zu den Rechnungen der Gemeinwesen oder zu den Evaluationsberichten der Verwaltungseinheiten sicherstellt. 22

²⁵ Vgl. oben Ziff. II.A.1.

²⁶ Für andere Kriterien bei der Interessenabwägung siehe FLÜCKIGER, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 87 f.

B. Die Koordination im Bundesrecht

1. Ein komplexer Koordinationsmechanismus

- 23 Der Koordinationsmechanismus auf Bundesebene ist zunächst einmal komplex, weil er auf mehreren Bestimmungen beruht, die zum Teil dem BGÖ (Art. 7 Abs. 2 und Art. 9) und zum Teil dem DSG (Art. 19 Abs. 1^{bis})²⁷ entstammen. Insbesondere ist er aber deshalb kompliziert, weil ein mehrstufiges Verfahren zur Prüfung des Zugangsgesuchs vorgesehen ist, das von zwei gewichtigen Aspekten durchbrochen werden kann: der Anonymisierung des verlangten Dokuments und gegebenenfalls der Interessenabwägung.
- 24 Diesen zwei Aspekten geht eine Vorphase voraus, in der versucht wird, mögliche Regeln zu ermitteln, die im konkreten Fall von vornherein der Geheimhaltung oder dem Öffentlichkeitsprinzip den Vorrang einräumen. Falls dies nicht der Fall ist, wird geprüft, ob eine konkret anwendbare Ausnahmeregelung zugunsten des öffentlichen oder privaten Interesses besteht, welche der Herausgabe des angeforderten Dokuments entgegensteht. Dasselbe gilt, wenn mit der Herausgabe des verlangten Dokuments ein öffentliches Interesse (wie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz, ihre internationalen Beziehungen oder ihre wirtschaftlichen Interessen) oder ein privates Interesse (wie ein Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis) gemäss

²⁷ Art. 36 Abs. 3 des neuen Bundesgesetzes über den Datenschutz (dieses wurde am 25. September 2020 verabschiedet, aber bei Redaktionsschluss war das Datum des Inkrafttretens noch nicht bekannt, vgl. BBl 2020 7639 ff.) übernimmt wortwörtlich die Koordinierungsregel von Art. 19 Abs. 1^{bis} des geltenden Bundesgesetzes über den Datenschutz (mit einer kleinen Ausnahme: Der Begriff «darüber hinaus» wurde hinzugefügt, um deutlich zu machen, dass sich die rechtliche Regelung der passiven Weitergabe von Personendaten von der Regelung der proaktiven Weitergabe derselben Daten unterscheidet, BBl 2017 7082).

Artikel 7 Absatz 1 BGÖ – ernsthaft und erheblich²⁸ – beeinträchtigt würde.²⁹

Es erübrigt sich zu erwähnen, dass die ersuchte Behörde auf dieses komplexe Prüfverfahren verzichten kann, wenn die betroffene Person ihre Zustimmung zur Verbreitung der sie betreffenden Daten gegeben hat oder wenn sie diese bereits für jedermann öffentlich zugänglich gemacht hat (Art. 19 Abs. 1 lit. b und c DSGVO).³⁰ In beiden Fällen wird das verlangte Dokument dem Antragsteller unverzüglich ausgehändigt (es sei denn, es gibt einen anderen Grund für die Geheimhaltung).

Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass die rechtlichen Regelungen für den Zugang zu personenbezogenen Daten sowohl für Informationen über natürliche als auch über juristische Personen gelten. Ungeachtet des bevorstehenden Inkrafttretens des neuen Datenschutzgesetzes des Bundes,³¹ welches Daten juristischer Personen nicht mehr unter Schutz stellt, wird diese Regelung weiterhin in vollem Umfang gelten. Der Gesetzgeber hat das BGÖ diesbezüglich angepasst (die neuen Art. 9 und 11 BGÖ, die durch Anhang II Ziff. 10 des neuen DSGVO eingeführt wurden, stellen klar, dass der Zugang zu Daten juristischer Personen weiterhin den derzeit geltenden restriktiven Bedingungen unterliegt).

2. Die Phase der Anonymisierung

Wenn keine besonderen Geheimhaltungsvorschriften oder Generalklauseln zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteresses anwendbar sind, muss die ersuchte Behörde das angefor-

²⁸ Zur Erinnerung ist darauf hinzuweisen, dass das BGÖ die Anwendbarkeit der in Artikel 7 Abs. 1 BGÖ festgelegten allgemeinen Geheimhaltungsklauseln vom Bestehen eines Risikos der Beeinträchtigung des geschützten Interesses im Falle einer Offenbarung abhängig macht (*harm test*), und nicht von einer Abwägung der vorhandenen Interessen. Um Fehlentwicklungen zu vermeiden, die durch eine (zu) starre Anwendung des *harm test* entstehen könnten, verlangt das Bundesgericht (u.a. in BGE 144 II 77), dass die geplante Beeinträchtigung erheblich sein muss (d.h. sie darf nicht in einfachen Unannehmlichkeiten oder Peinlichkeiten für die öffentliche Verwaltung oder einen Dritten bestehen) und das Risiko einer Beeinträchtigung ernsthaft und nicht nur hypothetisch sein muss.

²⁹ Für eine gründliche Analyse dieser Vorphase siehe FLÜCKIGER/MINETTO, RDAF 2017, N 2.1.2 und 2.1.3.

³⁰ Hierbei kann es sich um den Fall handeln, dass die Daten auf Initiative der betroffenen Person bereits in sozialen Netzwerken in Umlauf gebracht wurden.

³¹ Vgl. oben N 26.

derte Dokument anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ), d.h. alle Daten entfernen, die eine Identifizierung von betroffenen Personen ermöglichen. Eine solche Entfernung expliziter (z.B. Namen, AHV-Nummer usw.) oder indirekter Identifikatoren (z.B. physische Merkmale oder Korrelationen von Kontextinformationen) erfolgt durch Schwärzung, Verschlüsselung, Pseudonymisierung oder durch die vollständige Löschung der Personendaten. Wichtig ist indessen, dass die Entfernung erkennbar ist.³² Der Antragsteller muss deshalb in der Lage sein zu erkennen, dass er nicht das gesamte Dokument in Händen hält, damit er gegen die teilweise Verweigerung des Zugangs Beschwerde einlegen kann.

- 28 Die Anonymisierung kann sich als unangemessen oder unverhältnismässig erweisen. Dies ist der Fall, wenn so viele Teile unkenntlich gemacht wurden, dass das verlangte Dokument unverständlich wird,³³ und wenn der Aufwand, alle (insbesondere indirekten) Identifikatoren zu entfernen, unverhältnismässig hoch ist. Dies gilt auch für den mit Abstand häufigsten Fall, in dem der Antragsteller ausdrücklich Einsicht in Dokumente wünscht, die sich auf eine oder mehrere namentlich genannte Personen beziehen. In diesen drei Fällen ist eine Anonymisierung ausgeschlossen, und die ersuchte Behörde hat keine andere Wahl, als eine Interessenabwägung vorzunehmen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ).

3. Die Phase der Interessenabwägung

- 29 Die letzte Phase der Interessenabwägung wird durch Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO geregelt, der die Herausgabe eines Dokuments, das Personendaten enthält, erlaubt, wenn dies im konkreten Fall durch ein *überwiegendes öffentliches Interesse* gerechtfertigt ist. Daraus folgt, dass die ersuchte Behörde alle Umstände des Einzelfalls sorgfältig analysieren und diejenigen, die für die Geheimhaltung sprechen, gegen diejenigen, die für die Transparenz sprechen, abwägen muss.³⁴ Dabei kann die Art der personenbezogenen Daten eine entscheidende Rolle spielen, wobei besonders schützenswerte Perso-

³² WALTER, 14.

³³ BGE 142 II 340 E. 4.1.

³⁴ Für eine ausführliche Diskussion der Problematik der Interessenabwägung siehe BVGer, Entscheid A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.2 und CHAIX, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 71 ff.

nendaten im Sinne von Art. 3 lit. c DSGVO deutlich stärker gewichtet werden.³⁵ Darüber hinaus kommt auch der Intensität der Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person im Falle einer Bekanntgabe ein grosses Gewicht zu.³⁶ Zudem messen Rechtsprechung und Lehre der Rolle der betroffenen Person in der Gesellschaft grosse Bedeutung bei: Je höher die Funktion oder die hierarchische Position, desto eher muss die Person die Offenlegung ihrer persönlichen Daten dulden; umgekehrt geniessen hierarchisch untergeordnete Angestellte einen höheren Schutz ihrer persönlichen Daten.³⁷ Ein Beispiel für diesen differenzierten Ansatz ist der Fall eines Antrags auf Zugang zur Liste der Nebenbeschäftigten von Bundesbeamten: Während dem Antragstellenden die Informationen über leitende Angestellte übermittelt wurden, wurden ihm die Informationen über untergeordnete Angestellte jedoch verweigert.³⁸

Für drei Fälle stellt Art. 6 Abs. 2 VBGÖ die (widerlegbare) Vermutung eines überwiegenden Interesses auf: wenn das verlangte Dokument mit einem für die breite Öffentlichkeit wichtigen Ereignis in Zusammenhang steht,³⁹ wenn die Bekanntgabe dem Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit dient⁴⁰ und wenn die betroffene Person «zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen». Dies gilt insbesondere für Personen, die über eine Konzession oder eine behördliche Bewilligung verfügen, sowie für Personen, die von der öffentlichen Hand finanziell unterstützt wurden.⁴¹

³⁵ Siehe beispielsweise BGER, Entscheid 1C_562/2017 vom 2. Juli 2018 (Patientenidentifikationsnummer). Darüber hinaus ist anzumerken, dass der erhöhte Schutz von Persönlichkeitsprofilen mit dem Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes wegfallen wird, welches diese Kategorie nicht mehr berücksichtigt.

³⁶ BRUNNER, Öffentlichkeit, 51. In diesem Sinne auch BVGER, Entscheid A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.4: «L'autorité compétente doit [...] admettre le droit d'accéder aux données requises, lorsque celui-ci ne causera vraisemblablement aucune atteinte à la sphère privée de la personne en cause [...]. Il en est de même lorsque la consultation des documents n'aura qu'une simple conséquence désagréable ou moindre sur cette personne.»

³⁷ FLÜCKIGER, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 87 sowie die dort in Fn. 50 erwähnte Rechtsprechung; LADANIE-KÄMPFER, medialex 05/2021, N 12; WALTER, 20.

³⁸ BVGER, Entscheid A-6738/2014 vom 23. September 2015.

³⁹ Beispielsweise ein politischer Skandal oder eine Korruptionsaffäre innerhalb der Verwaltung.

⁴⁰ BGE 144 II 91 (überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu Informationen über radioaktive Emissionen aus einem Kernkraftwerk).

⁴¹ WALTER, 18.

- 31 Schliesslich stellt sich die Frage, inwieweit Art. 7 Abs. 2 BGÖ, der generell die Privatsphäre schützt, in dieser letzten Phase noch eine Rolle spielen soll. Diese Frage kann offengelassen werden. Erstens, weil die Antwort alles andere als eindeutig ist.⁴² Zweitens, weil das Bundesgericht selbst dafür plädiert, Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG «in einen Topf zu werfen»; zentral ist, dass überhaupt eine Interessenabwägung erfolgt.⁴³

C. Die Koordination im Freiburger Recht

1. Einfachheit und Klarheit

- 32 So komplex die vom Bundesgesetzgeber vorgesehene Koordination ist, so einfach und klar ist diejenige des Freiburger Gesetzgebers: Die Materie wird ausschliesslich durch das einschlägige Gesetz, das InfoG, geregelt. Um jede Unklarheit über die Beziehung zwischen InfoG und DSG zu zerstreuen, wird in Art. 12 Abs. 2 DSchG unmissverständlich auf die Gesetzgebung über die Information und den Zugang zu Dokumenten verwiesen: «Die öffentliche Bekanntgabe von Personendaten richtet sich [...] nach der Gesetzgebung über die Information und den Zugang zu Dokumenten».
- 33 Einfachheit und Klarheit resultieren nicht nur aus dem einheitlichen Regelungsort der Materie, sondern vor allem auch aus der Tatsache, dass die Koordination nicht aus zwei Phasen besteht, sondern eine einzige, entscheidende Phase im Mittelpunkt steht: die Interessenabwägung. Die Anonymisierungsphase wurde als unverhältnismässig und unvereinbar mit dem Grundsatz der Gleichheit vom Zugangsrecht und dem Datenschutz abgelehnt.⁴⁴ Das bedeutet indessen nicht, dass die Anonymisierung nicht stattfindet; sie ist jedoch nicht mehr ein unumgänglicher Schritt im Zugangsverfahren, sondern lediglich ein Instrument, um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu verwirklichen. Letzterer besagt, dass ein teilweiser Zugang einer gänzlichen Verweigerung des Zugangs vorzuziehen ist; daher kann «der Zugang nicht vollumfänglich verweigert werden[...], wenn das Doku-

⁴² BVGer, Urteil A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.

⁴³ Siehe BGE 142 II 340 E 4.3. Diese pragmatische Lösung hat Zustimmung in der Lehre erhalten, siehe FLÜCKIGER/MINETTO, RDAF 2017, 8 und WALTER, 20.

⁴⁴ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, N 23. Zur grundsätzlichen Gleichheit von Datenschutz und Transparenz siehe oben Ziff. II.A.2.

ment mit dem Abdecken von einigen heiklen Passagen oder der Anonymisierung ohne grossen Aufwand zugänglich gemacht werden kann».⁴⁵ Darüber hinaus ist interessant, dass die Verordnung zum Informationsgesetz in diesem Fall nicht nur das Unkenntlichmachen von Teilen des entsprechenden Dokuments empfiehlt, sondern zudem betont, dass dies erkennbar sein muss (Art. 7 Abs. 1 und 3 DZV).⁴⁶

Den letzten Faktor der Einfachheit bildet der Entscheid des Freiburger Gesetzgebers, im Gegensatz zum Bundesgesetzgeber darauf zu verzichten, die Ausnahme für personenbezogene Daten durch eine allgemeine Ausnahme für die Privatsphäre zu verdoppeln. Warum diesen Entscheid? – Wiederum aus Gründen der Klarheit: «Wenn der Konflikt mit dem Datenschutz geregelt ist, ist [...] auch der Schutz der Privatsphäre gewährleistet und der Umweg über letztere kann nur Verwirrung stiften.»⁴⁷

Schliesslich ist noch anzumerken, dass das InfoG zwar die Bestimmungen, die das Verfahren für den Zugang zu Dokumenten mit personenbezogenen Daten regeln, in sich vereint, aber das DSchG weiterhin seine Geltung behält. Hier und da erwiesen sich punktuelle Übergänge als unerlässlich. Wie wir sehen werden, wird der Zugang der betroffenen Person zu ihren eigenen Daten durch das DSchG geregelt.⁴⁸ Auch der Begriff der personenbezogenen Daten ist im DSchG definiert (Art. 3 Abs. 1 lit. a), wobei sowohl Daten über natürliche als auch über juristische Personen erfasst werden.⁴⁹ Letztere geniessen allerdings den allgemeinen Schutz für personenbezogene Daten

⁴⁵ Botschaft InfoG, 967. Siehe auch KGer FR, Urteil 601 2019 96 vom 9. November 2020 E. 2.3.3.

⁴⁶ Die Qualität der Unkenntlichmachung ist der Öffentlichkeitsbeauftragten ein besonderes Anliegen; so enthalten ihre Empfehlungen bzw. Leitfäden regelmässig denn auch die mittlerweile zum Standard gewordene Formulierung: «[Die ersuchte Behörde] sollte eine Einschwärztechnik anwenden, bei der sichergestellt ist, dass die eingeschwärzten Passagen nicht mehr rekonstruiert werden können, aber klar erkennbar bleibt, was verborgen wurde.», siehe u.a. den Leitfaden für die öffentlichen Organe sowie die (französischsprachigen) Empfehlungen vom 26. März 2012, 24. September 2015 und 28. Juni 2018.

⁴⁷ Botschaft InfoG, 980. Siehe auch VOLLERY, FZR/RFJ 2009, N 64, der aufzeigt, dass der Grosse Rat von der Idee ausgegangen ist, dass, wenn der Schutz persönlicher Daten gewährleistet ist, auch alle privaten Interessen, die in Betracht kommen können, gewährleistet sind.

⁴⁸ Vgl. nachstehend Ziff. III.B.

⁴⁹ «Personendaten (Daten): alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen», Art. 3 Abs. 1 lit. a DSchG, vgl. auch lit. b.

nicht mehr, wenn das angeforderte Dokument Umweltinformationen enthält (Art. 27 Abs. 3 InfoG).⁵⁰

2. Die Interessenabwägung

- 36 Die Abwägung der verschiedenen Interessen – das Informationsinteresse der Öffentlichkeit einerseits und das Interesse der betroffenen Personen an der Geheimhaltung andererseits – stützt sich auf Art. 27 Abs. 1 lit. c InfoG.
- 37 Weder das Gesetz noch die Botschaft des Staatsrats enthalten Beispiele für überwiegende öffentliche oder private Interessen. Im Einklang mit dem Bundesrecht⁵¹ berücksichtigen die Rechtsprechung des Kantonsgerichts und die Empfehlungen der Beauftragten insbesondere den Bekanntheitsgrad der betroffenen Person,⁵² die Aktualität des Falles oder die Tatsache, dass die betroffene Person öffentliche Finanzhilfen erhält⁵³ (oder andere Vorteile wie einen Mandatsvertrag⁵⁴); diese Faktoren werden den Entscheid

⁵⁰ Diese im Jahr 2017 eingeführte Ausnahme zielt darauf ab, das Freiburger Recht an die Aarhus-Konvention über den Zugang zu Umweltinformationen anzupassen, die von der Schweiz 2014 ratifiziert wurde; geschützt sind jedoch nur die Daten natürlicher Personen (Art. 4 Abs. 4 lit. f der Aarhus-Konvention); siehe auch Botschaft zur Änderung des InfoG, 2663. Juristische Personen können sich jedoch auf das Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis berufen (Art. 27 Abs. 3 in fine InfoG; siehe auch MONTAVON/VOLLERY, 467 f.).

⁵¹ Vgl. oben Ziff. II.B.3. Das Kantonsgericht und die Öffentlichkeitsbeauftragte legen den Begriff des überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses häufig im Lichte der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesgerichts aus (siehe unter anderem KGer FR, Urteil 601 2019 96 vom 9. November 2020 E. 2.3.3).

⁵² «Il faut ici faire une distinction entre le personnel administratif et les magistrats élus. Le personnel administratif doit être protégé par un caviardage des noms qui a pour objectif d'empêcher que ces personnes puissent être identifiées. Les magistrats élus sont de par leur fonction exposés à ce que des faits sur leurs activités soient communiqués au public, quand bien même ces révélations comportent des désagréments, toutefois sous réserve de l'indication de la présomption d'innocence.», Empfehlung der Öffentlichkeitsbeauftragten vom 18. Februar 2019 E. B.8.

⁵³ Für einen Anwendungsfall siehe die Empfehlung der Öffentlichkeitsbeauftragten vom 3. Mai 2018, wo ein öffentliches Interesse daran bestand, zu erfahren, aufgrund welcher Kriterien eine kulturelle Institution Subventionen erhält und wie diese Kriterien angewendet werden.

⁵⁴ Siehe die Empfehlung der Öffentlichkeitsbeauftragten vom 26. September 2019 E. 9, wonach das öffentliche Interesse an der Nennung der Namen von Unternehmen, die von einer Gemeinde mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragt wurden, das Interesse dieser Unternehmen an Geheimhaltung überwog.

in Richtung Transparenz ausfallen lassen. Die Verletzlichkeit der betroffenen Person, die Intensität der Persönlichkeitsverletzung⁵⁵ oder die besondere Schutzwürdigkeit der benötigten Informationen werden hingegen eher für die Geheimhaltung sprechen⁵⁶.

Es ist daran zu erinnern, dass das Freiburger Recht in einem bestimmten Fall ein überwiegendes Interesse vermutet und zwar bei Daten über Mitglieder öffentlicher Organe und Verwaltungspersonal; diese Vermutung wird widerlegt, wenn die Daten nicht im Zusammenhang mit der Ausübung der öffentlichen Funktion stehen oder wenn sie der Kategorie der so genannten sensiblen Daten⁵⁷ angehören (Art. 12 InfoG). Die letztgenannte Bestimmung sieht ausserdem vor, dass der Staatsrat weitere Vermutungen zugunsten eines öffentlichen Interesses aufstellen kann; bis anhin hat er von dieser Kompetenzdelegation allerdings keinen Gebrauch gemacht.

Wie im Bundesrecht entbindet die vorherige Zustimmung der betroffenen Person die ersuchte Behörde von der Pflicht, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Einwilligung kann auch aus den Umständen abgeleitet werden (Art. 27 Abs. 1 lit. b InfoG).

⁵⁵ Um berücksichtigt zu werden, muss der Intensitätsgrad hoch sein: «Or, c'est notamment un des objectifs du droit d'accès que de pouvoir contrôler l'activité de l'administration, et ce quand bien même la divulgation de certains éléments peut causer des désagréments aux personnes concernées», KGer FR, Urteil 601 2018 267 vom 28. November 2018 E. 3. In diesem Sinne siehe auch die Empfehlung der Öffentlichkeitsbeauftragten vom 26. März 2012, wo der Zugang zu einem Auditbericht des Amtes für den Arbeitsmarkt verweigert wurde, dessen Offenlegung den beruflichen Ruf mehrerer Angestellter für immer hätte zerstören können.

⁵⁶ Die besondere Schutzwürdigkeit der Information ist das einzige der verschiedenen üblichen Gewichtungskriterien, das in der Botschaft InfoG, 980 ausdrücklich erwähnt wird: «[...] muss das besondere Beschleunigungsgebot bei den besonders schützenswerte Personendaten (siehe Art. 3 lit. c und 8 DSchG) in Betracht gezogen werden». Es bleibt festzuhalten, dass der Kanton Freiburg in diesem Punkt liberaler ist als sein Nachbarkanton Bern: So verbietet Art. 28 des bernischen Informationsgesetzes die Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten ohne Zustimmung der betroffenen Person.

⁵⁷ Für einen Anwendungsfall siehe die Empfehlung der Öffentlichkeitsbeauftragten vom 14. November 2019, wo der Zugang zu Dokumenten über den Ex-Ehemann der Antragstellerin mit der Begründung verweigert wurde, dass diese sensible Daten über einen Familienkonflikt enthielten.

III. Verfahrensspezifische Fragestellungen

A. Das Anhörungsrecht der betroffenen Person

40 Sowohl das Bundesrecht (Art. 11 BGÖ) als auch das InfoG (Art. 32 Abs. 2) gewähren der betroffenen Person das Recht, im Rahmen des Prüfungsverfahrens eines Zugangsgesuchs angehört zu werden. Die Ausübung dieses Rechts ermöglicht es der betroffenen Person, gegebenenfalls Informationen beizubringen, die für die Interessenabwägung wesentlich sind.⁵⁸ Der Umweg über die betroffene Person verlängert das Verfahren (auch wenn die Stellungnahme unverzüglich bei der ersuchten Behörde eingehen muss⁵⁹). Da die Presse die gewünschten Informationen häufig so schnell wie möglich benötigt, sehen viele ausländische Gesetze über die Öffentlichkeit von Verwaltungsdokumenten kein Recht der betroffenen Person auf Anhörung vor.⁶⁰

41 Abgesehen von geringfügigen Unterschieden sind die Bedingungen und Modalitäten für die Ausübung des rechtlichen Gehörs im Bundesrecht und im freiburgischen Recht materiell identisch:

- Die ersuchte Behörde gibt der betroffenen Person nur dann Gelegenheit zur Stellungnahme, wenn sie beabsichtigt, dem Zugangsgesuch stattzugeben; erweist sich das Gesuch hingegen von vornherein als unbegründet, wird die betroffene Person nicht konsultiert (Art. 11 Abs. 1 BGÖ; Art. 11 Abs. 1 DZV);
- Das rechtliche Gehör wird sowohl natürlichen wie auch juristischen Personen gewährt (wobei letzteren dieses Recht vorenthalten wird, wenn die angeforderten Informationen umweltbezogener Natur sind, da das Aarhus-Übereinkommen nur die privaten Interessen natürlicher Personen schützt⁶¹);
- Die betroffene Person kann nur Argumente vorbringen, die den Schutz ihrer eigenen Daten betreffen (und nicht Gründe für die Geheimhaltung, die mit öffentlichen Interessen oder privaten Interessen Dritter zusammenhängen);

⁵⁸ CHAIX, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 73.

⁵⁹ Art. 10 Abs. 2 DZV. Das Bundesrecht verwendet kein qualitatives, sondern ein quantitatives Kriterium: «innert zehn Tagen» (Art. 11 Abs. 1 in fine BGÖ).

⁶⁰ Der Anspruch auf rechtliches Gehör war im Übrigen im Entwurf des Bundesrats zum Öffentlichkeitsgesetz nicht vorgesehen; er wurde vom Parlament eingeführt (FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 N 2).

⁶¹ RICHARD/WERLY, 196.

- Die Stellungnahme der betroffenen Person ist nicht bindend: Die ersuchte Behörde hat immer das Recht, von den eingebrachten Argumenten abzuweichen.⁶²

Darüber hinaus ist zu betonen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht absolut ist, sondern einige Ausnahmen vorgesehen sind. Diesbezüglich unterscheiden sich das Bundesrecht und das Freiburger Recht. Einerseits weil diese Ausnahmen im ersten Fall durch die Rechtsprechung geschaffen wurden (weder das BGÖ noch die VBGÖ führen Ausnahmen ein), während sie im zweiten Fall eine rechtliche Grundlage haben, namentlich Art. 11 DZV. Andererseits weil das Freiburger Recht die ersuchte Behörde weitgehender von ihrer Pflicht zur Konsultation entbindet. Kurz gesagt lässt es Ausnahmen zu, wenn die Zustimmung der betroffenen Person vermutet werden kann, die angeforderten Daten Angestellte des öffentlichen Dienstes betreffen und wenn die Interessenabwägung unzweifelhaft zugunsten der Öffentlichkeit ausfällt sowie keine privaten Interessen in Betracht zu kommen scheinen.⁶³ Das Bundesrecht ist viel restriktiver und kennt nur den letztgenannten Ausnahmegrund. Zudem fügt es diesem eine zweite Bedingung hinzu, die Unverhältnismässigkeit: «Erstens muss die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfallen, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Und zweitens muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem übergrossen Aufwand verbunden wäre oder weil sie mit dem Grundzweck des Öffentlichkeitsgesetzes verbunden ist, Transparenz über die Verwaltungstätigkeit zu schaffen, in einen unauflösbaren Konflikt geraten würde.»⁶⁴

B. Der Zugang der betroffenen Person zu den eigenen Daten

Auf den ersten Blick scheint die Frage nach dem Zugang von Personen zu ihren eigenen Daten kein Problem darzustellen: Das BGÖ (Art. 3 Abs. 2) und das InfoG (Art. 21 Abs. 1 lit. c) erklären übereinstimmend, dass die Gesetzgebung über die Öffentlichkeit von Verwaltungsdokumenten nicht für den Zugang der betroffenen Person zu ihren eigenen Daten gilt; dieses

⁶² FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 N 26; VOLLERY, FZR/RFJ 2009, N 109; WALTER, 28.

⁶³ Art. 11 Abs. 2 ZDV.

⁶⁴ BGer, Urteil 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.3 (keine Pflicht zur Konsultation von rund 40 Unternehmen, die vom Bund Mandate erhalten hatten).

besondere Zugangsrecht wird durch die einschlägigen Bestimmungen der Datenschutzgesetzgebung geregelt (Art. 8 ff. DSG bzw. Art. 23 ff. DSchG). Demnach werden die Modalitäten des Zugangs, die Ausnahmen vom Zugang sowie die Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren gegen eine Verweigerung des Zugangs durch diese Bestimmungen geregelt.⁶⁵

44 Und nur durch diese. Die Tatsache, dass eine Information nach der Gesetzgebung über das Öffentlichkeitsprinzip nicht zugänglich ist, hat keinen Einfluss darauf, ob sie nach dem Gesetz über die Datenschutzgesetzgebung zugänglich ist oder nicht. So entschied das Kantonsgericht, dass persönliche Daten, die in einem Protokoll einer unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindenden Sitzung enthalten sind, welche nicht unter das Öffentlichkeitsprinzip fällt (Art. 29 Abs. 1 lit. b InfoG), der betroffenen Person mitgeteilt werden müssen (sofern ihr kein im DSG vorgesehener Grund für die Geheimhaltung entgegengehalten werden kann): «(...) ce n'est en effet pas parce qu'un document est soustrait au droit d'accès du public fondé sur la LInf qu'il ne peut pas être consulté en vertu du droit, pour une personne déterminée, d'accès à ses données personnelles en vertu de dispositions sur la protection des données sur la données».⁶⁶ Es versteht sich von selbst, dass der Antragsteller in diesem Fall nicht auf das gesamte Dokument zugreifen kann, welches sich dem Öffentlichkeitsprinzip entzieht, sondern nur auf die darin enthaltenen Daten zu seiner Person.⁶⁷

45 Die Verweisung auf das Datenschutzrecht ist zwingend erforderlich, da der Antragsteller sich nicht auf die Anwendung des Öffentlichkeitsrechts berufen kann; konkret kann er nicht wünschen, in den Genuss der (wenigen) Bestimmungen des Öffentlichkeitsrechts zu kommen, die für ihn vorteilhafter sind, wie eine kürzere Bearbeitungsfrist⁶⁸ oder das Fehlen jeglicher Verpflichtung zur Offenlegung seiner Identität.⁶⁹

⁶⁵ Die wichtigsten Vorteile sind zweifellos das Fehlen jeglicher Verpflichtung, Angaben zu machen, die das Auffinden des verlangten Dokuments erleichtern, sowie die Möglichkeit, Informationen über die Herkunft der verlangten Personendaten und den Zweck, zu dem sie bearbeitet werden, zu erhalten; hinzu kommt, was das Bundesrecht betrifft, die grundsätzliche Unentgeltlichkeit des Zugangs und die Möglichkeit, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGÖ stammen. Für einen Vergleich zwischen dem Zugangsrecht gemäss BGÖ und demjenigen gemäss DSG siehe SCHWEIZER/WIDMER, SHK BGÖ, Art. 3 N 56 ff.

⁶⁶ KGer FR, Urteil 601 2019 222 vom 23. März 2021 S. 5. Im gleichen Sinn: BGer, Urteil 1C_516/2013 vom 22. Januar 2014 E. 2.5.

⁶⁷ KGer FR, Urteil 601 2018 76 vom 13. September 2018 E. 5.6.

⁶⁸ So sieht die VDSG (Art. 1 Abs. 4) eine Frist von 30 Tagen für die Bearbeitung des Gesuchs vor, während das BGÖ nur 20 Tage vorsieht (Art. 12 Abs. 1).

⁶⁹ Art. 1 Abs. 1 VDSG und Art. 24 Abs. 1 DSchG.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über den Datenschutz – welches juristische Personen wie bereits erwähnt nicht mehr schützen wird⁷⁰ – einzig natürliche Personen ein besonderes Recht auf Zugang zu ihren eigenen Daten geltend machen können. Juristische Personen, die Informationen über sich selbst erhalten möchten, werden nur noch gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz handeln können. Es bleibt das Problem von Zugangsgesuchen, die sich auf gemischte Dokumente beziehen, d.h. auf Dokumente, die sowohl persönliche Daten des Antragstellenden wie auch persönliche Daten von Dritten und/oder nicht-personenbezogene Daten enthalten. Da keine einschlägige Rechtsprechung auf Bundes- oder Kantonsebene besteht, muss davon ausgegangen werden, dass die Lösung davon abhängt, ob die betreffenden Daten separiert werden können oder nicht. Wenn die Daten des Antragstellenden leicht abgetrennt werden können, wird der Zugang zu diesen Daten durch die Datenschutzgesetze geregelt, während sich der Zugang zu den anderen Daten nach Massgabe der Öffentlichkeitsgesetze richtet. Ist eine Trennung nicht möglich, sind die Datenschutzgesetze für den Zugang zum gesamten Dokument einschlägig.⁷¹

IV. Schlussbetrachtung

Hassliebe... Der Titel des vorliegenden Beitrags hat es in sich. So stark der Begriff der Hassliebe ist, so sehr spiegelt er die Realität wider: Behördliche Transparenz und Datenschutz stehen sich, wie wir nur zu gut wissen,⁷² diametral gegenüber. So wie es Physikern nicht gelingt, die klassische Mechanik und die Quantenmechanik zu vereinen, so ist es auch sinnlos, diese beiden gegensätzlichen Institutionen zusammenzufügen. Es bleibt also nichts Anderes übrig, als die beiden Institutionen aufeinander abzustimmen.

Wie wir im Laufe der vorhergehenden Ausführungen festgestellt haben, ist dieses Vorhaben zwar möglich, aber nicht einfach. Der Kanton Freiburg hat bei der Koordination die Nase vorn: Seine Konfliktregeln, die alle im InfoG

⁷⁰ Vgl. oben N 26.

⁷¹ SCHWEIZER/WIDMER, SHK BGÖ, Art. 3 N 58. WALTER, 22, schlägt vor, stattdessen die Beweggründe der Gesuchstellenden zu berücksichtigen. Wenn der Gesuchstellende vor allem an Informationen interessiert ist, die ihn persönlich betreffen, soll demnach das Datenschutzgesetz für das gesamte Dokument zur Anwendung gelangen; ist er hingegen vor allem an Informationen interessiert, die nicht mit seiner Person in Verbindung stehen, soll das Öffentlichkeitsgesetz gelten.

⁷² Siehe oben Ziff. II.A.1.

um die Interessenabwägung gebündelt sind, sind klar und einfach zu handhaben. Im Vergleich dazu erweisen sich die Regeln auf Bundesebene als verworren und sogar verwirrend.⁷³

- 50 Der Bund hatte vor einigen Jahren ein Projekt zur Revision seines Öffentlichkeitsgesetzes initiiert; aus scheinbar eher politischen als rechtlichen Gründen hat er es am Ende aufgegeben. Dies ist bedauerlich, hätte sich dabei doch eine hervorragende Gelegenheit geboten, den komplexen Koordinationsmechanismus in Anlehnung an das pragmatische und effiziente Freiburger-Modell zu vereinfachen...

⁷³ Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Koordinationsregeln des Bundes wurden in der zweiten Evaluation des BGÖ hervorgehoben (siehe BÜRO VATTER, Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Bern 2015, 34).