

Hinweis

Hierbei handelt es sich um eine Übersetzung des Originaltextes von ERIC GOLAZ, *L'accès aux documents officiels en droit fribourgeois et vaudois: quelle indépendance des autorités dédiées à la transparence?*, aus: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 269–277.

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten nach freiburgischem und waadtländischem Recht: Welche Unabhängigkeit den Öffentlichkeitsbehörden?

Eine vergleichende Würdigung eines Rechtsbereichs mit demokratischer Tragweite

ERIC GOLAZ*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Die Rechtslage in Freiburg und Waadt	2
III. Die kantonalen Institutionen	3
A. Die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (Freiburg).....	3
B. Der Datenschutz- und Informationsbeauftragte (Waadt).....	4
IV. Zur Statistik	4
V. Die Unabhängigkeit der Öffentlichkeitsbehörden	5
A. Die Anstellungsbehörde.....	6
B. Die administrative Organisation	6
C. Die finanzielle Unabhängigkeit	7
D. Kontrolle der Finanzen	7
E. Die Unabhängigkeit im Personalbereich	7
F. Der Status des oder der Beauftragten	7
G. Kommunikationsfreiraum.....	7
VI. Internationales Recht	8
VII. Würdigung	9

* Übersetzung aus dem Französischen von FLORIAN BERGAMIN, MLaw.

I. Einleitung

- 1 Mit einer kurzen vergleichenden Analyse der Gesetze von Freiburg und Waadt soll im vorliegenden Beitrag gezeigt werden, dass sich die beiden kantonalen Ansätze in den Grundsätzen kaum unterscheiden. Die Unterschiede finden sich in der Praxis bei den Verfahren und bei ihrer Durchführung durch die Behörden.
- 2 Davon ausgehend führt die Betrachtung der jährlichen Statistiken zu zwei Feststellungen:
 - Einerseits haben Entscheidungen für eine unterschiedliche organisatorische und verfahrensspezifische Ausgestaltung keine Unterschiede in Bezug auf die Gesamtzahl an Fällen und deren Beurteilung zur Folge;
 - Andererseits ist zu beobachten, dass die Arbeit der für Öffentlichkeitsfragen zuständige Behörden in den letzten fünf Jahren erheblich zugenommen hat.
- 3 Zum Abschluss erfolgt eine globalere Betrachtung. Angesichts des gesellschaftlichen Wandels, den unser Land durchläuft, scheint die Unabhängigkeit der Behörden die hauptsächliche Herausforderung für die Gewährleistung des Öffentlichkeitsprinzips zu bilden.

II. Die Rechtslage in Freiburg und Waadt

- 4 Zu berücksichtigen sind an dieser Stelle folgende Gesetze:
 - Freiburg: Gesetz über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG) vom 9. September 2009 (InfoG), in Kraft getreten am 1. Januar 2011;
 - Waadt: Loi sur le droit à l'information vom 24. September 2002 (LInfo), in Kraft getreten am 1. September 2003.
- 5 Zwischen der jeweiligen Annahme respektive dem Inkrafttreten der genannten Gesetze liegen sieben Jahre. Sie sind einer demokratischen Entwicklung zuzuordnen, die um die Jahrhundertwende zur Revision eines Grossteils unserer Kantonsverfassungen geführt hatte.
- 6 In diesem Zusammenhang unterscheiden sich die gewählten rechtlichen Lösungen nur in Einzelheiten. Als Beispiele können folgende Aspekte erwähnt werden:

- Der Geltungsbereich der beiden Gesetze deckt sich nahezu. Das Freiburger Gesetz behält diesbezüglich eine Sonderregelung für gewisse religiöse Institutionen vor, die vom Geltungsbereich ausgenommen werden (Art. 3 InfoG).
- Auch die Definitionen des amtlichen Dokuments, zu dem das Recht auf Zugang besteht, sind sehr ähnlich. In diesem Zusammenhang ist auf die im Waadtländer Recht vorgesehene Ausnahme für interne Dokumente hinzuweisen. Darunter fallen im Wesentlichen Dokumente, die zwischen Mitgliedern einer Kollegialbehörde (Staatsrat und Gemeinden) oder zwischen diesen und ihren Mitarbeitenden ausgetauscht werden (Art. 9 Abs. 2 LInfo).

Unterschiedliche Lösungsansätze haben die beiden Kantone hinsichtlich der für die Umsetzung des Gesetzes zuständigen Behörden sowie mit Bezug auf das Zugangsverfahren gewählt. 7

III. Die kantonalen Institutionen

A. Die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (Freiburg)

Das Freiburger Gesetz hat eine Behörde eingerichtet (Art. 39 InfoG), die sich aus folgenden beiden Fachorganen zusammensetzt: 8

- Einer kantonalen Kommission, die eine wichtige Koordinations- und Aufsichtsfunktion ausübt. Zu beachten ist, dass ihr nur Entscheidkompetenz für Fälle zukommt, welche die Aarhus-Konvention betreffen. Des Weiteren leitet die Kommission die Tätigkeit der oder des Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz (Art. 40 InfoG).
- Einer oder eines Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz, dessen oder deren Hauptaufgaben sich auf die Information der Öffentlichkeit und der dem Gesetz unterworfenen Organe beziehen sowie eine wichtige Aufgabe bei der Schlichtung wahrnimmt (Art. 41 InfoG).

Mit dieser Organisation liegt die Entscheidkompetenz für den Fall des Scheiterns einer Einigung bei den ordentlichen Organen. 9

B. Der Datenschutz- und Informationsbeauftragte (Waadt)

- 10 Das Waadtländer Gesetz überträgt dem Datenschutz- und Informationsbeauftragten die Verantwortung für das Beschwerdeverfahren in diesen Bereichen sowie für die Information der dem Gesetz unterstellten Personen und Einrichtungen (Art. 27a LInfo).
- 11 So können Betroffene beim Beauftragten oder direkt beim Kantonsgericht Beschwerde einlegen (Art. 21 Abs. 1 LInfo). In dieser Hinsicht hat der Beamte die Entscheidungsbefugnis und die Pflicht, sich um eine Schlichtung zu bemühen. Sein Entscheid kann beim Kantonsgericht angefochten werden.
- 12 Anzumerken bleibt, dass der Waadtländer Staatsrat in diesem Rechtsrahmen im Jahr 2019 eine Datenschutzbeauftragte mit der Funktion als stellvertretende Informationsbeauftragte sowie einen Informationsbeauftragten mit der Funktion des stellvertretenden Datenschutzbeauftragten ernannt hat.

IV. Zur Statistik

- 13 Können sich die unterschiedlichen Organisationsstrukturen auf die Gesamtzahl der bearbeiteten Fälle auswirken? Wirken sie sich auf die Anzahl Schlichtungen respektive Beschwerdeverfahren aus?
- 14 Die folgende Tabelle gibt einige Antworten auf die Frage nach den Auswirkungen einer Organisations- und Verfahrensstruktur:

	Kanton Freiburg ¹		Kanton Waadt	
	Auskunftsbegehren	Schlichtungen	Auskunftsbegehren	Beschwerden und Einsprachen
2016	30	7	59	9
2017	26	11	72	13
2018	31	15	103	8
2019	59	29	113	14
2020	45	20	118	20

¹ Die Zahlen zum Kanton Freiburg stammen aus dem Tätigkeitsbericht 2020 der ÖDSB, 36.

Aus den obigen Zahlen ergibt sich Folgendes:

15

- Unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Bevölkerungszahl bearbeiten die beiden Kantone eine vergleichbare Anzahl an Auskunftsbegehren.
- Die Anzahl der von den beiden kantonalen Beauftragten in ihren jeweiligen Verfahren zu bearbeitenden Fälle unterscheidet sich nicht wesentlich. Eine offensichtliche Erklärung hierfür lässt sich nicht leicht finden. Zur Einschätzung der Ausgangslage ist zu bedenken, dass im Kanton Waadt die Rechtsmittelverfahren nach Ablehnungsentscheiden der Gemeinden nicht in die Zuständigkeit des Beauftragten fallen, sondern direkt vom Kantonsgericht überprüft werden. Damit entziehen sich einige Fälle aus dem Zuständigkeitsbereich des Beauftragten, was die statistisch widerspiegelte Differenz erklären könnte.
- Mit Blick auf die Zahlen kann festgehalten werden, dass die Ausgangslage in den beiden Kantonen ähnlich ist.
- Aus Gesagtem lässt sich schliessen, dass die Organisationsstruktur nur einen geringen Einfluss auf die Gesamtzahl der Anträge im Rahmen des Auskunftsrechts hat und sich auch kaum auf die Anzahl der Fälle auswirkt, in denen ein förmliches Verfahren eingeleitet wurde.

V. Die Unabhängigkeit der Öffentlichkeitsbehörden

Die jüngsten Statistiken lassen kaum praktische Schlussfolgerungen für die Gestaltung einer Politik der Transparenz zu. Ihnen kann zumindest entnommen werden, dass die Erwartungen in der Sache der Öffentlichkeit und der Presse in diesem Bereich zugenommen haben.

16

Die Erhebungen der von den Transparenzbehörden zu bearbeitenden Fälle zeigen sich als Kurve. In dieser Hinsicht sind die Entwicklungen im Jahr 2020 im Lichte der aussergewöhnlichen Gesundheitslage in der Schweiz zu berücksichtigen.

17

In Anbetracht der tatsächlich gestiegenen Nachfrage nach Informationen besteht die Herausforderung der nächsten Jahre zweifellos darin, die Unabhängigkeit der für diese Frage zuständigen Behörden zu gewährleisten. Eine Gesellschaft, die von digitalen Mitteln und sozialen Medien geprägt ist, wird zunehmend das Eingreifen von schützenden Gegengewichten erfordern. Das von diesen vermittelte Erscheinungsbild wird von entscheidender Bedeutung sein.

18

19 Diesbezüglich hat das Freiburger Recht in Art. 32 Abs. 1 DSchG-FR festgehalten, dass die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ihre Aufgaben unabhängig erfüllt.²

Auch im Waadtländer Recht übt der Beauftragte gemäss Art. 35 Abs. 1 Datenschutzgesetz (LPrD-VD) seine Tätigkeit unabhängig aus.

20 Der Grundsatz ist bekannt. Zunehmend zu diskutieren sein wird jedoch seine Umsetzung. In dieser Hinsicht kann auf die Arbeiten von Prof. BERTIL COTTIER hingewiesen werden.³

21 Über den eigentlichen Grundsatz der Unabhängigkeit hinaus bestehen zahlreiche materielle Kriterien für die Bewertung der tatsächlichen Unabhängigkeit einer Behörde. Diesbezüglich kann es aufschlussreich sein, die Voraussetzungen der Datenschutz-Grundverordnung⁴ zu konsultieren: Artikel 52–54 befassen sich zwar mit dem benachbarten Rechtsbereich des Datenschutzes; ihr Gehalt wird in den kommenden Jahren aber entscheidend sein.

A. Die Anstellungsbehörde

22 In Freiburg wird die Kantonale Behörde vom Grossen Rat auf Vorschlag des Staatsrates gewählt (Art. 30 Abs. 1 DSchG-FR). Die oder der kantonale Datenschutzbeauftragte wird vom Staatsrat ernannt. Dieser holt vorgängig die Stellungnahme der Kommission ein (Art. 31 Abs. 1 DSchG-FR).

23 Im Kanton Waadt wird der oder die Datenschutz- und Informationsbeauftragte vom Staatsrat ernannt (Art. 34 Abs. 1 LPrD-VD).

B. Die administrative Organisation

24 Die Kantonale Behörde von Freiburg ist administrativ der Direktion zugewiesen, der sie angehört (Art. 32 Abs. 2 DSchG-FR).

² Zur Organisation der Freiburger Behörde vgl. auch den Beitrag von ANDREAS STÖCKLI und ELISABETH JOLLER in diesem Band.

³ Vgl. namentlich seine Präsentation über die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden im Rahmen der Datenschutztagung 2020 an der Universität Lausanne oder seinen Beitrag in diesem Band.

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.

Die administrative Zuweisung des Beauftragten erfolgt im Kanton Waadt durch den Staatsrat (Art. 35 Abs. 2 LPrD-VD). 25

C. Die finanzielle Unabhängigkeit

In Freiburg verfügt die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz über ein Budget, dessen Höhe jedes Jahr bei der Verabschiedung des Staatshaushalts festgelegt wird (Art. 32 Abs. 3 DSchG-FR). 26

Im Kanton Waadt enthält das Gesetz diesbezüglich keine besonderen Bestimmungen. 27

D. Kontrolle der Finanzen

Keiner der beiden Kantone verfügt über spezifische Vorschriften zur Kontrolle der Finanzen, die für die jeweiligen Einrichtungen gelten. Daher sind die allgemeinen Bestimmungen der Kontrolle der Finanzen anwendbar. 28

E. Die Unabhängigkeit im Personalbereich

In keinem der beiden Kantone finden sich spezifische Bestimmungen für die Einstellung von Personal durch die jeweiligen Einrichtungen. Die allgemeinen Regeln in diesem Bereich finden daher Anwendung. 29

F. Der Status des oder der Beauftragten

In Freiburg müssen die Mitglieder der Kantonalen Behörde ihre besonderen privaten und öffentlichen Interessenbindungen mitteilen (Art. 32 Abs. 5 DSchG-FR). Sie müssen über die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kenntnisse verfügen (Art. 30 Abs. 2 DSchG-FR). 30

Im Kanton Waadt wird der oder die Beauftragte für eine Amtsdauer von sechs Jahren ernannt (Art. 34 Abs. 1 LPrD-VD). 31

G. Kommunikationsfreiraum

Keiner der beiden Kantone schreibt den jeweiligen Stellen spezifisch vor, wie frei sie, insbesondere mit der Öffentlichkeit, kommunizieren dürfen. Im 32

Kanton Freiburg bildete diese Frage im Jahr 2007 allerdings Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Staatsrat und der Behörde. Ein Gutachten hierzu kam zum Schluss, dass die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde es ihr erlaubt, von sich aus und ohne vorgängige Stellungnahme der betroffenen öffentlichen Organe Informationen in Bereichen ihrer Wahl zu veröffentlichen.⁵

- 33 Der Gesetzgeber hat sich also vorweg für eine lockere Organisationsform der Öffentlichkeitsbehörden entschieden, die sich zugleich an bestehende Verwaltungsstrukturen orientiert. Da es sich um eine neue Behörde handelte, war deren mögliche Entwicklung noch abzuwarten. Institutionell hat sich seither wenig geändert. Mit Blick auf die zunehmende Auslastung, die insbesondere in den letzten fünf Jahren zu beobachten war, drängen sich aber organisationelle Anpassungen auf. Hierbei wäre in erster Linie dem Grundsatz der Unabhängigkeit Rechnung zu tragen.
- 34 Die hauptsächliche Herausforderung für den Gesetzgeber besteht darin, organisatorische Elemente zu finden, welche die zuständigen Behörden soweit als möglich von potenziellem Druck der Öffentlichkeit oder privater Akteure ausnehmen. Die Organisationsautonomie spielt hierbei eine wesentliche Rolle. Die betroffenen Einrichtungen sollten nicht der allgemeinen Kantonsverwaltung angegliedert sein. Sie müssen auf eigene Mittel zurückgreifen können. Die Profile der Beauftragten sollten ihresgleichen die fachliche Kompetenz wie auch ihre Unabhängigkeit gewährleisten. Diesbezüglich kann auf die Problematik allfälliger Nebenerwerbstätigkeiten hingewiesen werden.

VI. Internationales Recht

- 35 Zur Überprüfung können in einem ersten Schritt zwei internationale Übereinkommen herangezogen werden:
- Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention) vom 25. Juni 1998;
 - Konvention des Europarats über den Zugang zu amtlichen Dokumenten vom 18. Juni 2009 (STCE Nr. 205; Tromsø-Konvention), in Kraft getreten am 1. Dezember 2020.

⁵ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2009, 29 f.

Die Aarhus-Konvention ist für die Schweiz am 1. Juni 2014 in Kraft getreten. Hingegen wurde die andere Konvention noch nicht unterzeichnet. 36

Beide Konventionen folgen jedoch derselben Terminologie, wonach jede Vertragspartei den Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht oder einer anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle sicherzustellen hat (Art. 9 Ziff. 1 i.f. Aarhus-Konvention) respektive eine Beschwerde vor einem Gericht oder vor einer gesetzlich vorgesehenen unabhängigen und unparteiischen Stelle zu ermöglichen hat (Art. 8 Abs. 1 Tromsø-Konvention). 37

Diese Bestimmungen schaffen keine weitergehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen. So wird die Einrichtung einer Stelle, die sich spezifisch mit Transparenzfragen befasst, völkerrechtlich nicht verlangt. Ist eine solche Stelle aber vorgesehen, ist der Vertragsstaat dafür verantwortlich, dass die Grundsätze der Unabhängigkeit beachtet werden. 38

VII. Würdigung

Der Schweizer Föderalismus findet namentlich in der Vielfalt der Organisationsformen der kantonalen Institutionen Ausdruck. Diesbezüglich illustriert die Statistik, dass die verschiedenen Systeme in der Praxis nicht zwingend zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen müssen. Unterschiede finden sich im Geist des Gesetzes, und es geht darum, das zu respektieren, was man gemeinhin den «Geist des Ortes» («l'esprit du lieu») zu nennen pflegt. 39

In diesem institutionellen Rahmen werden sich die gegenwärtigen gesellschaftlichen Entwicklungen in genereller Weise auswirken. Das Öffentlichkeitsprinzip stellt keine rechtliche Neuheit mehr dar. Es trägt eine wichtige Rolle für das Funktionieren der demokratischen Institutionen. In der Schweiz berufen sich die Medien vermehrt auf das Prinzip. Die Zahl der jährlich eingereichten Gesuche deutet darauf hin, dass der Bedarf weit über das hinausgeht, was man als professionellen Ansatz bezeichnen könnte. Die Ausübung des Rechts auf Transparenz erfordert daher sowohl formale wie auch materielle Garantien. Die Unabhängigkeit der Behörden bildet Teil davon. Diesbezüglich lassen sich auf Bundesebene wie auch in einigen Kantonen (bspw. in Basel-Stadt) Weiterentwicklungen erkennen. Damit stehen wir am Beginn eines Prozesses, der nun angelaufen ist. 40