

Hinweis

Für den Originaltext vgl. ANDREAS STÖCKLI/ELISABETH JOLLER, *Die Organisation der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB)*, in: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 121–157.

Die Organisation der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB)

ANDREAS STÖCKLI/ELISABETH JOLLER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Entstehungsgeschichte der heutigen Organisationsstruktur der ÖDSB.....	2
II.	Struktur, Stellung und Aufgaben der ÖDSB im Überblick	4
	A. Struktur der ÖDSB	4
	B. Organisationsrechtliche Stellung der ÖDSB innerhalb der Kantonsverwaltung.....	5
	C. Aufgaben der ÖDSB.....	6
III.	Die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission.....	7
	A. Zusammensetzung, Wahl und Beschlussfassung.....	7
	B. Aufgaben	8
IV.	Die oder der Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz.....	11
	A. Ernennung.....	11
	B. Aufgaben	12
	1. Allgemeine Umsetzung des Zugangsrechts.....	12
	2. Durchführung des Schlichtungsverfahrens.....	13
	3. Fachlicher Austausch	14
	4. Stellvertretung der kantonalen Mediatorin.....	14
V.	Die Unabhängigkeit der ÖDSB.....	15
	A. Begründung der Unabhängigkeit der ÖDSB	15
	1. Datenschutzrechtliche Begründung.....	15
	2. Begründung aus dem Öffentlichkeitsprinzip.....	16
	a) Grund- und menschenrechtliche Begründung.....	16
	b) Verfahrensrechtliche Begründung	18
	c) Völkerrechtliche Begründung.....	19
	B. Gesetzliche Ausgestaltung der Unabhängigkeit der ÖDSB.....	22
	1. Die funktionale Unabhängigkeit der ÖDSB.....	22
	2. Die institutionelle Unabhängigkeit der ÖDSB	23

* Die Autorin und der Autor danken Frau FESTINA JANUZI, BLaw, für ihre wertvolle Mitarbeit bei der Recherche für diesen Beitrag.

a) Die ÖDSB als administrativ zugewiesene Verwaltungseinheit	23
b) Selbstorganisationsbefugnisse der ÖDSB.....	23
c) Verhältnis der Mitglieder der ÖDSB zum Staat	24
aa) Die Mitglieder der Kommission	24
bb) Die Beauftragten.....	25
3. Die personelle Unabhängigkeit der ÖDSB.....	28
4. Die finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB	29
C. Autonomiesphären innerhalb der ÖDSB	30
VI. Steuerung der Aufgabenerfüllung und Aufsicht.....	32
A. Steuerung	32
B. Aufsicht	32
VII. Weitere Organe im Bereich der Information der Öffentlichkeit und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten.....	33
A. Fachorgane der Gemeinden	33
B. Ordentliche Organe für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen	34
C. Verwaltungsinterne und gerichtliche Beschwerdeinstanzen.....	35
D. Informationsverantwortliche.....	38
E. Organe für das Register der Interessenbindungen	39
F. Akkreditierte Medien.....	40

I. Entstehungsgeschichte der heutigen Organisationsstruktur der ÖDSB

- 1 Die heutige Organisationsstruktur der kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB) ist aus der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz hervorgegangen.¹ Diese wurde 1995 nach Erlass des DSchG geschaffen. Bei Erlass des DSchG des Kantons Freiburg herrschten in der Schweiz zwei verschiedene Modelle der Aufsichtsbehörde für Datenschutz vor: In den Westschweizer Kantonen wurde die Aufsicht im Allgemeinen von einer Kommission ausgeübt, während die Deutschschweizer Kantone mehrheitlich eine Beauftragte oder einen Beauftragten für Datenschutz eingesetzt hatten.² Der Freiburger Gesetzgeber entschied sich für eine ge-

¹ Vgl. Botschaft InfoG, 961.

² Heute hat sich auch in der Westschweiz weitgehend das Modell der oder des Beauftragten durchgesetzt (vgl. für die Kantone Genf, Waadt, Jura und Neuenburg Art. 52 ff. LIPAD GE, Art. 21 LInfo VD, Art. 6 und 8 CPDT-JUNE JU/NE).

mischte Lösung mit einer kantonalen Behörde, die sich aus einer Kommission und einer oder einem Beauftragten³ zusammensetzte. Der Gesetzgeber versprach sich davon eine Vereinigung der Vorteile beider Modelle, indem die Unabhängigkeit und die Legitimation einer vom Grossen Rat gewählten Kommission mit der Professionalität und der Verfügbarkeit einer Datenschutzbeauftragten verknüpft wurde.⁴ Bei Erlass des InfoG wurde diese Struktur ausgebaut, indem sie um eine Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz ergänzt wurde.⁵

Die Kumulierung der Aufgaben im Bereich des Datenschutzes und der Transparenz bei derselben Behörde traf in der Vernehmlassung zum Entwurf des InfoG auf Kritik; Medienvertreter*innen machten geltend, es bestehe ein Interessenkonflikt zwischen Datenschutz und Transparenz.⁶ Auch in der vorberatenden Kommission war dieser Punkt umstritten.⁷ Nebst einer grundsätzlich skeptischen Haltung gegenüber der Vereinigung der Aufsicht über Datenschutz und Transparenz bei ein- und derselben Behörde gründete die Skepsis vor allem auch auf dem Umstand, dass bei Erlass des InfoG nicht eine neue Behörde im Sinne eines «unbeschriebenen Blatts» geschaffen, sondern das Amt der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz

³ Im Folgenden wird der besseren Lesbarkeit halber in Bezug auf die Beauftragten jeweils nur die weibliche Form verwendet, da im Kanton Freiburg aktuell sowohl das Amt der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz wie auch dasjenige der Datenschutzbeauftragten von einer Frau ausgeübt wird. Gleiches gilt für die kantonale Mediatorin. Das männliche Geschlecht und nicht-binäre Geschlechtsidentitäten sind jedoch jeweils auch mitgemeint, sofern vom Amt und nicht den konkreten Beauftragten die Rede ist.

⁴ Botschaft DSchG, 3107. Eine ähnliche Struktur besteht im Kanton Wallis, wo die Aufsicht über das Öffentlichkeitsprinzip und den Datenschutz von einer Aufsichtsbehörde wahrgenommen wird, die sich aus einer kantonalen Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission und einer oder einem Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten zusammensetzt (Art. 35 ff. GIDA). In den Kantonen Neuenburg und Jura besteht neben der oder dem Öffentlichkeits- und Datenschutzbeauftragten ebenfalls eine Kommission, deren Funktionen allerdings von denen der freiburgischen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission stark abweichen. Insbesondere kommen ihr keine Leitungsfunktionen über die Tätigkeit der oder des Beauftragten zu, sondern sie ist vielmehr für die Fällung bestimmter Entscheide (namentlich über das Zugangsrecht) zuständig (Art. 42 CPDT-JUNE). Zur *commission consultative* im Kanton Genf vgl. Art. 58 f. LIPAD GE; zur *commissione di mediazione* im Kanton Tessin vgl. Art. 17 LIT TI.

⁵ Vgl. Botschaft InfoG, 985.

⁶ Vgl. Botschaft InfoG, 985.

⁷ Vgl. die Ausführungen des Kommissionssprechers zu Art. 38 des Entwurfs zum InfoG, TGR 2009 862.

in die bestehende Datenschutzbehörde eingefügt wurde. Es bestand die Befürchtung, dass eine seit Jahren für den Datenschutz zuständige und entsprechend sensibilisierte Behörde bei der Abwägung zwischen Transparenz und Datenschutz ersterer zu wenig Gewicht beimessen würde.⁸ Demgegenüber war der Staatsrat der Auffassung, dass die vorgeschlagene Ergänzung der bestehenden Aufsichtsbehörde um eine Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz die Vorteile einer Zusammenfassung der beiden Bereiche (erleichterte Koordination) mit denjenigen einer Trennung der Funktionen (klare Unterscheidung zwischen den Tätigkeiten der beiden Beauftragten, die häufig gegensätzliche Ziele verfolgen) vereinige.⁹ Zudem wies der Staatsrat in seiner Botschaft darauf hin, dass in mehreren Kantonen sowie auf Bundesebene bereits eine Öffentlichkeits- und Datenschutzbeauftragte oder ein Öffentlichkeits- und Datenschutzbeauftragter eingesetzt und/oder die Bereiche Transparenz und Datenschutz in einem Gesetz vereinigt worden seien.¹⁰ Der Grosse Rat stimmte der vom Staatsrat vorgeschlagenen Behördenstruktur schliesslich ohne Gegenantrag zu; dabei war nicht zuletzt ausschlaggebend, dass die bestehende Kommission immerhin um zwei neue Mitglieder vergrössert wurde.¹¹

II. Struktur, Stellung und Aufgaben der ÖDSB im Überblick

A. Struktur der ÖDSB

- 3 Die ÖDSB besitzt eine dreigliedrige Struktur und setzt sich aus der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission, der Beauftragten für

⁸ Ebd.

⁹ Botschaft InfoG, 969.

¹⁰ Botschaft InfoG, 985. Heute sind die Bereiche Öffentlichkeit und Datenschutz in den folgenden Kantonen im gleichen Gesetz geregelt: AG, AI, BL, BS, GE, JU/NE (interkantonale Vereinbarung), SO, SZ, VS, ZH. Der Bund (Art. 27 ff. DSG, Art. 18 f. BGÖ) sowie die folgenden Kantone kennen eine Behörde, die Kompetenzen im Bereich des Datenschutzes und der Öffentlichkeit vereinigt: AG, AI, BL, BS, GE, JU/NE, SO, SZ, UR, VS. In den Kantonen Glarus und Thurgau, wo das Öffentlichkeitsprinzip derzeit eingeführt wird, ist ebenfalls eine gemeinsame Behörde vorgesehen.

¹¹ Wobei teilweise eine Verdoppelung der Mitgliederzahl bevorzugt wurde; vgl. die Ausführungen des Kommissionssprechers zu Art. 38 des Entwurfs zum InfoG, TGR 2009 862.

Öffentlichkeit und Transparenz sowie der Datenschutzbeauftragten zusammen.¹² Die Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission besteht aus der Präsidentin oder dem Präsidenten sowie sechs Mitgliedern, die nebenamtlich tätig sind.¹³ Für die Position der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz ist ein 50%-, für diejenige der Datenschutzbeauftragten ein 80%-Pensum vorgesehen.¹⁴ Für die ÖDSB sind weiter eine Verwaltungsmitarbeiterin (80%) und eine Juristin (50%) tätig. Ausserdem bietet die ÖDSB Studienabgänger*innen einen Platz für ein juristisches Praktikum an (100%).¹⁵ In der zweiten Hälfte des Jahres 2020 erhielt die ÖDSB für eine Dauer von zwölf Monaten temporäre Unterstützung durch eine administrative Mitarbeiterin und eine zweite Rechtspraktikantin.¹⁶

B. Organisationsrechtliche Stellung der ÖDSB innerhalb der Kantonsverwaltung

Die Organisation der Kantonsverwaltung wird in den Art. 43 ff. SVOG in 4
allgemeiner Weise geregelt. Die Kantonsverwaltung besteht gemäss Art. 43
Abs. 1 SVOG aus sieben Direktionen und der Staatskanzlei. Die Direktio-
nen umfassen Verwaltungseinheiten, die ihnen unterstellt oder administ-
rativ zugewiesen sind (Art. 43 Abs. 2 SVOG), was kraft des Verweises von
Art. 48 Abs. 3 SVOG auch für die Staatskanzlei gilt. Die unterstellten Ein-
heiten sind einem allgemeinen Weisungsrecht und einer umfassenden Auf-
sicht, die sowohl die Geschäftsführung wie auch die Aufgabenerfüllung
umfasst, durch die ihnen übergeordnete Direktion unterworfen
(Art. 60 SVOG). Demgegenüber sind die administrativ zugewiesenen Ein-
heiten von der Direktion, der sie administrativ zugewiesen sind, unabhängig
(Art. 61 Abs. 1 SVOG). Die Unabhängigkeit der administrativ zugewiese-
nen Einheiten steht unter zwei Vorbehalten (Art. 61 Abs. 1 lit. a und
b SVOG): Einerseits werden die Geschäfte, die sie dem Staatsrat unterbrei-
ten, von der Direktion vorgelegt, die dabei berechtigt ist, auch ihren eigenen
Standpunkt vorzubringen; andererseits unterliegt ihre Geschäftsführung –
nicht aber ihre Aufgabenerfüllung – der Aufsicht der Direktion.

Die organisationsrechtliche Stellung der ÖDSB innerhalb der Kantonsver- 5
waltung wird primär im DSchG geregelt. Dieses enthält namentlich Best-

¹² Art. 29a DSchG.

¹³ Art. 30 Abs. 1 DSchG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 KomR.

¹⁴ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 7.

¹⁵ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 7.

¹⁶ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 7.

immungen zu Zusammensetzung, Organisation und Arbeitsweise der Kommission¹⁷ sowie zur Stellung der ÖDSB im institutionellen Gefüge der kantonalen Verwaltung¹⁸. Im InfoG werden dagegen die Aufgaben der ÖDSB im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und der Aufsicht über die Umsetzung des InfoG¹⁹ sowie die Bestellung der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz²⁰ geregelt.

- 6 Bei der ÖDSB handelt es sich gemäss Art. 32 Abs. 2 DSchG um eine zugewiesene Einheit der kantonalen Verwaltung im Sinne von Art. 61 SVOG. Sie ist der Staatskanzlei administrativ zugewiesen.²¹ Art. 32 Abs. 1 DSchG sieht vor, dass die ÖDSB bei ihrer Aufgabenerfüllung unabhängig ist.²²

C. Aufgaben der ÖDSB

- 7 Die ÖDSB ist das Fachorgan der Aufsicht im Bereich des Datenschutzes und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten.²³ Im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben wacht sie namentlich durch systematische Überprüfungen²⁴ und Einsichtnahme in die Entscheide der zuständigen Organe²⁵ über die Einhaltung der Bestimmungen zum Datenschutz, evaluiert die Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten²⁶ und übt die Oberaufsicht über die Fachorgane der Gemeinden im Bereich des Datenschutzes und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten aus.²⁷ Weiter kommen der ÖDSB Beratungs-, Schulungs- und Informationsaufgaben zu: Sie berät und schult die Verwaltung im Bereich des Datenschutzes und der Transparenz²⁸ und informiert die betroffenen Personen bzw. die Öffentlichkeit über ihre Rechte im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten durch die Verwaltung und dem Zugang zu amtlichen Dokumenten.²⁹ Die ÖDSB wirkt bei der Rechtsetzung mit, indem sie zu Erlassentwürfen Stellung nimmt, die

¹⁷ Art. 30 DSchG; siehe dazu unten Ziff. III.

¹⁸ Art. 32 DSchG.

¹⁹ Art. 39–41 InfoG.

²⁰ Art. 41 Abs. 1 InfoG.

²¹ Art. 8 Abs. 2 der Verordnung zur Bezeichnung der Verwaltungseinheiten der Direktionen des Staatsrats und der Staatskanzlei, Art. 9 Abs. 1 lit. c und c^{bis} ZDirV.

²² Vgl. zur Unabhängigkeit der ÖDSB auch unten Ziff. V.

²³ Art. 29 Abs. 1 DSchG, Art. 39 Abs. 1 InfoG.

²⁴ Art. 31 Abs. 2 lit. a DSchG.

²⁵ Art. 27 Abs. 2 lit. a DSchG.

²⁶ Art. 40 Abs. 1 lit. e InfoG.

²⁷ Art. 40 Abs. 1 lit. d InfoG, Art. 30a DSchG.

²⁸ Art. 41 Abs. 2 lit. b InfoG, Art. 31 Abs. 2 lit. b DSchG.

²⁹ Art. 41 Abs. 2 lit. a InfoG, Art. 31 Abs. 2 lit. c DSchG.

den Datenschutz oder das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten berühren.³⁰ Schliesslich kommen der ÖDSB Aufgaben im Bereich der Rechtspflege zu: Sie erhebt gegebenenfalls Beschwerde gegen Verfügungen von öffentlichen Organen im Bereich des Datenschutzes³¹ und führt die gesetzlich vorgesehene Schlichtung zwischen öffentlichem Organ, gesuchstellender Person und betroffenen Dritten bei Uneinigkeit über die Gewährung bzw. die Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten durch³².

III. Die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission

A. Zusammensetzung, Wahl und Beschlussfassung

Die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission ist ein siebenköpfiges Gremium, das sich aus der Präsidentin oder dem Präsidenten sowie sechs Mitgliedern zusammensetzt.³³ Die Mitglieder der Kommission müssen in ihrer Gesamtheit über die Kenntnisse verfügen, die zur Erfüllung der Aufgaben der Kommission erforderlich sind. Das Gesetz schreibt vor, dass der Kommission insbesondere jeweils eine Fachperson aus dem Gesundheitswesen, der Informatik sowie dem Medienbereich angehören müssen.³⁴ Diese Vorgaben an die fachliche Zusammensetzung der Kommission wurden im Zuge der Anpassung des DSchG an die Verpflichtungen der Schweiz aus dem Schengen-Assoziierungsabkommen und dem Zusatzprotokoll zur Datenschutzkonvention des Europarates eingeführt, um die Unabhängigkeit der Aufsicht über den Datenschutz zu stärken.³⁵ Aktuell gehören der Kommission nebst Personen aus den genannten Fachbereichen insbesondere juristische Fachpersonen an; die Kommission wird derzeit vom Präsidenten der Strafkammer des Kantonsgerichts präsiert.³⁶ 8

³⁰ Art. 40 Abs. 1 lit. c InfoG, Art. 30a Abs. 1 lit. b DSchG.

³¹ Art. 22a und 27 DSchG, Art. 31 Abs. 2 lit. a DSchG.

³² Art. 33 InfoG.

³³ Art. 30 Abs. 1 DSchG.

³⁴ Art. 30 Abs. 2 DSchG.

³⁵ Botschaft Schengen-Rev. DSchG, 670; siehe dazu auch unten Rz. 25.

³⁶ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 7.

- 9 Der Präsident oder die Präsidentin sowie die Mitglieder der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission werden vom Grossen Rat auf Vorschlag des Staatsrates für eine Amtsdauer von fünf Jahren gewählt.³⁷
- 10 Die Amtszeit der Kommissionsmitglieder ist auf drei Amtsperioden beschränkt.³⁸ Die maximale Amtszeit beträgt somit grundsätzlich 15 Jahre; da die Amtszeit nach einer Ernennung im Verlaufe einer Amtsperiode auf die drei Amtsperioden nicht angerechnet wird³⁹, kann die Amtszeit im Einzelfall jedoch auch länger sein.
- 11 Die Kommission regelt ihre Arbeitsweise selbst.⁴⁰ Sie hat zu diesem Zweck ein Reglement über ihre Organisation und die Arbeitsweise erlassen. Dieses sieht vor, dass die Kommission ihre Beschlüsse an ihren Sitzungen mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder fasst.⁴¹ Die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg ist ebenfalls möglich.⁴² Damit die Kommission beschlussfähig ist, gilt ein Quorum von vier Mitgliedern; für die Stellungnahme der Kommission zuhanden des Staatsrates betreffend die Ernennung der Beauftragten gemäss Art. 41 Abs. 1 InfoG und Art. 31 Abs. 1 DSchG stimmt die Kommission grundsätzlich in Anwesenheit aller Mitglieder ab.⁴³ Die Beauftragten für Datenschutz sowie für Öffentlichkeit und Transparenz sind bei den Sitzungen grundsätzlich anwesend und haben bei Beschlüssen, die allein in den Kompetenzbereich der Kommission fallen, beratende Stimme.⁴⁴ Die Kommission kann bei Bedarf auch Sachverständige beiziehen oder Dritte zu einer Sitzung einladen.⁴⁵

B. Aufgaben

- 12 Die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission übt die allgemeine Aufsicht im Bereich des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und des Datenschutzes aus. Sie hat namentlich die folgenden allgemeinen Aufgaben:

³⁷ Art. 30 Abs. 1 DSchG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter.

³⁸ Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter.

³⁹ Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter.

⁴⁰ Art. 30 Abs. 4 DSchG.

⁴¹ Art. 9 Abs. 3 Organisationsreglement.

⁴² Art. 9 Abs. 2 Organisationsreglement.

⁴³ Art. 9 Abs. 4 und 5 Organisationsreglement.

⁴⁴ Art. 9 Abs. 6 Organisationsreglement.

⁴⁵ Art. 30 Abs. 3 DSchG.

- Sie stellt die Koordination zwischen der Ausübung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und den Erfordernissen des Datenschutzes sicher.⁴⁶ Darin liegt ein zentraler Aspekt der Aufgaben der Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission: Die Struktur der ÖDSB ist vom Gesetzgeber so konzipiert, dass sich die Öffentlichkeitsbeauftragte und die Datenschutzbeauftragte auf ihr jeweiliges Gebiet konzentrieren und autonom bleiben. Die Kommission ist als verbindendes Glied zwischen den beiden Beauftragten dafür verantwortlich, deren Tätigkeiten zu koordinieren und für einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Datenschutzes und denjenigen für Öffentlichkeit und Transparenz zu sorgen.⁴⁷
- Sie nimmt zuhanden des Staatsrats zur Ernennung der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz sowie für Datenschutz Stellung.⁴⁸ In diesem Rahmen prüft sie Bewerbungsdossiers und führt Gespräche mit den Stellenbewerber*innen, um sich gegenüber dem Staatsrat zu den Bewerbungen äussern zu können.⁴⁹
- Sie leitet die Tätigkeit der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz sowie für Datenschutz.⁵⁰ So bespricht die Kommission bzw. einzelne ihrer Mitglieder regelmässig bestimmte Dossiers mit den Beauftragten. Im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips sind insbesondere die Empfehlungen der Öffentlichkeitsbeauftragten im Sinne von Art. 33 Abs. 2 InfoG nach einer gescheiterten Schlichtung zu einem strittigen Zugangsgesuch Gegenstand von Besprechungen zwischen Kommission und Beauftragter.⁵¹
- Sie nimmt Stellung zu Erlassentwürfen oder zu sonstigen Vorhaben, die sich auf das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten auswirken oder den Datenschutz berühren.⁵² Dies betrifft aktuell insbesondere Digitalisierungsprojekte innerhalb der Kantonsverwaltung, die die Art und Weise der Bearbeitung von und den Zugriff auf Daten beeinflussen⁵³, aber auch etwa organisationsrechtliche Aspekte⁵⁴.

⁴⁶ Art. 40 Abs. 1 lit. a InfoG, Art. 30a Abs. 1 lit. a DSchG.

⁴⁷ Vgl. Botschaft InfoG, 985.

⁴⁸ Art. 41 Abs. 1 InfoG, Art. 31 Abs. 1 DSchG.

⁴⁹ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 12.

⁵⁰ Art. 40 Abs. 1 lit. b InfoG, Art. 30a Abs. 1 lit. a^{bis} DSchG.

⁵¹ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 12.

⁵² Art. 40 Abs. 1 lit. c InfoG, Art. 30a Abs. 1 lit. b DSchG.

⁵³ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 10, 13, 15; ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 12.

⁵⁴ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 11.

- Sie übt die Oberaufsicht über die Fachorgane der Gemeinden⁵⁵ zur Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und über die kommunalen Datenschutzaufsichtsbehörden aus⁵⁶.
- Sie erstattet dem Staatsrat zuhanden des Grossen Rats alljährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit sowie über die Tätigkeit der beiden Beauftragten.⁵⁷
- Sofern es das öffentliche Interesse rechtfertigt, kann sie die Öffentlichkeit über ihre Feststellungen informieren.⁵⁸

13 Nebst diesen bereichsübergreifenden Aufgaben hat die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission je spezifische Aufgaben in den Bereichen des Datenschutzes und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Im hier interessierenden Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten trifft die Kommission in bestimmten Fällen Entscheide über Zugangsgesuche.⁵⁹ Die besondere Entscheidkompetenz der Kommission wurde im Zuge der Anpassungen des InfoG an die Aarhus-Konvention eingefügt⁶⁰, die in Art. 4 ein weitgehendes Recht auf Zugang zu Informationen über die Umwelt statuiert. Die besondere Entscheidkompetenz der Kommission kommt dann zum Zug, wenn sich das Zugangsgesuch gegen Privatpersonen und Organe privater Einrichtungen richtet, die öffentlich-rechtliche Aufgaben im Bereich der Umwelt erfüllen, ohne dass ihnen die Kompetenz zum Erlass von rechtsetzenden Bestimmungen oder Entscheiden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 VRG zukommen würde⁶¹; sie gilt ebenfalls dann, wenn das Zugangsgesuch Informationen über die Umwelt betrifft, die im Besitz einer Privatperson sind, wenn diese im Zusammenhang mit der Umwelt öffentliche Zuständigkeiten hat, öffentliche Funktionen wahrnimmt oder öffentliche Dienstleistungen erbringt und unter der Kontrolle eines öffentlichen Organs im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a oder b InfoG handelt⁶². Es geht dabei um Verfahren, in denen sich das Zugangsgesuch an eine Person oder ein Organ richtet, das keine Kompetenz hat, Entscheide im Sinne des VRG fällen, das

⁵⁵ Siehe dazu unten Ziff. VII.A.

⁵⁶ Art. 40 Abs. 1 lit. d InfoG, Art. 30a Abs. 1 lit. e DSchG.

⁵⁷ Art. 30a Abs. 2 DSchG.

⁵⁸ Art. 30a Abs. 2 DSchG.

⁵⁹ Art. 40 Abs. 1 lit. c^{bis} InfoG.

⁶⁰ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2156 f.

⁶¹ Art. 33a i.V.m. Art. 2 Abs. 1 c InfoG.

⁶² Art. 33a i.V.m. Art. 20 Abs. 1^{bis} InfoG. Die Umschreibung des Personenkreises in Art. 20 Abs. 1^{bis} InfoG wurde dabei direkt aus Art. 2 Abs. 2 lit. c Aarhus-Konvention übernommen (vgl. zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung THURNHERR, Weiterentwicklung, 106).

aber vom Begriff der Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Aarhus-Konvention erfasst ist und das daher gemäss Art. 4 der Konvention verpflichtet ist, Zugang zu Informationen über die Umwelt zu gewähren.⁶³ Da diese Organe und Personen in Ermangelung der Kompetenz zum Erlass von Verfügungen nach Durchführung der Schlichtung über ein strittiges Zugangsgesuch keine Entscheide gemäss Art. 33 Abs. 3 InfoG betreffend den Zugang zu Informationen fällen können, wird die Empfehlung der Beauftragten für Transparenz und der Entscheid der Adressatin des Zugangsgesuchs in diesen Fällen durch einen Entscheid der Kommission ersetzt.⁶⁴ Die betroffenen Organe und Personen sind gemäss Art. 34 Abs. 3 InfoG zur Beschwerde gegen Entscheide der Kommission berechtigt.

Zu den Aufgaben der Kommission im Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten gehört schliesslich die regelmässige Evaluation der Wirksamkeit und der Kosten des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.⁶⁵ Damit wird dem Gebot der Wirtschaftlichkeit in der Haushaltsführung gemäss Art. 82 KV Rechnung getragen.⁶⁶ Die Kommission erhebt bei den öffentlichen Organen insbesondere die Anzahl der eingegangenen Zugangsgesuche, die Art von deren Erledigung sowie den Zeitaufwand pro Zugangsgesuch.⁶⁷

IV. Die oder der Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz

A. Ernennung

Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz wird vom Staatsrat auf unbestimmte Zeit ernannt. Der Staatsrat holt vorgängig die Stellungnahme der Kommission ein.⁶⁸

⁶³ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2665.

⁶⁴ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2661.

⁶⁵ Art. 40 lit. e InfoG.

⁶⁶ Botschaft InfoG, 985 f.

⁶⁷ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 16.

⁶⁸ Art. 41 Abs. 1 InfoG.

B. Aufgaben

I. Allgemeine Umsetzung des Zugangsrechts

- 16 Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz nimmt eine Doppelrolle als verantwortliche Person für die allgemeine Umsetzung des Zugangsrechts und als Schlichtungsorgan ein.⁶⁹ Als Umsetzungsorgan nimmt die Öffentlichkeitsbeauftragte insbesondere Ausbildungs-, Beratungs- und Informationstätigkeiten wahr.⁷⁰ In diesem Rahmen kommen ihr folgende Aufgaben zu:
- Sie informiert die Bevölkerung und die Personen, die ihr Zugangsrecht geltend machen möchten, über die Ausübung des Zugangsrechts.⁷¹
 - Sie informiert die öffentlichen Organe über die Anforderungen, die mit der Einführung des Zugangsrechts verbunden sind, und gewährleistet die entsprechende Ausbildung.⁷² Die Information erfolgt namentlich über Leitfäden⁷³ sowie über die Beantwortung von konkreten Anfragen.⁷⁴
 - Sie führt Arbeiten aus, die ihr von der Kommission übertragen werden.⁷⁵
 - Sie veröffentlicht das Endergebnis der wichtigsten Fälle, in denen ein Schlichtungsverfahren durchgeführt oder ein Entscheid erlassen wurde.⁷⁶
 - Sie erstattet der Kommission über ihre Tätigkeit Bericht.⁷⁷
 - Sie führt gemeinsam mit der Datenschutzbeauftragten das Sekretariat der Kommission.⁷⁸

⁶⁹ Botschaft InfoG, 969.

⁷⁰ Botschaft InfoG, 969.

⁷¹ Art. 41 Abs. 2 lit. a InfoG; vgl. dazu auch ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 19 ff. (mit Beispielen für konkrete Anfragen von Bürger*innen).

⁷² Art. 41 Abs. 2 lit. b InfoG.

⁷³ Die Leitfäden finden sich im Internet unter <<https://www.fr.ch/de/institutionen-und-politische-rechte/transparenz-und-datenschutz/veroeffentlichungen>> (zuletzt besucht am 14. Juni 2021).

⁷⁴ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 19 ff.

⁷⁵ Art. 41 Abs. 2 lit. d InfoG.

⁷⁶ Art. 41 Abs. 2 lit. e InfoG.

⁷⁷ Art. 41 Abs. 2 lit. f InfoG.

⁷⁸ Art. 30 Abs. 1 DSchG.

2. Durchführung des Schlichtungsverfahrens

Neben diesen allgemeinen Umsetzungsaufgaben führt die Öffentlichkeitsbeauftragte das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 33 InfoG durch⁷⁹. Die Hauptaufgabe der Beauftragten besteht dabei darin, auf unabhängige Weise zwischen der gesuchstellenden Person, allfälligen Drittbetroffenen und dem öffentlichen Organ eine Einigung anzustreben.⁸⁰ Sie nimmt den Schlichtungsantrag entgegen, informiert das öffentliche Organ über den Schlichtungsantrag und hört die Parteien an, die sich entweder schriftlich oder im Rahmen einer mündlichen Schlichtungsverhandlung äussern.⁸¹ Kommt eine Schlichtung zustande, so hält die Öffentlichkeitsbeauftragte die Einigung schriftlich fest und diese wird sofort vollstreckbar.⁸² Scheitert die Schlichtung oder kommt sie nicht innert einer Frist von 20 Tagen nach der Einreichung des Schlichtungsantrags zustande, so spricht die Öffentlichkeitsbeauftragte eine Empfehlung an die Parteien aus. In denjenigen Fällen, wo der kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission nach Artikel 33a InfoG eine besondere Entscheidkompetenz zukommt,⁸³ überweist die Öffentlichkeitsbeauftragte die Unterlagen im Falle des Scheiterns der Schlichtung an die Kommission.⁸⁴

Grundsätzlich bestehen somit drei Möglichkeiten, wie die Öffentlichkeitsbeauftragte das Schlichtungsverfahren erledigen kann: Durch eine Einigung, eine Empfehlung oder durch Überweisung des Falls an die Kommission zwecks Erlass eines Entscheides. Hingegen steht der Beauftragten keine Kompetenz zu, über Zugangsgesuche zu entscheiden; sie hat mit anderen Worten kein Entscheidungsrecht in der Sache.⁸⁵

Ausnahmsweise kann sie das Zugangsverfahren dennoch (anders als durch Schlichtung) zum Abschluss bringen: Verletzen die Parteien ihre Pflicht zur Mitwirkung am Schlichtungsverfahren gemäss Art. 14a DZV, kann die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz das Verfahren einstellen. Zwar sehen Gesetz und Verordnung die Verfahrenseinstellung nicht ausdrücklich vor; vielmehr besagt Art. 14a Abs. 4 DZV, dass die Beauftragte im Falle der Weigerung der Parteien, an der Schlichtung mitzuwirken, das Scheitern

⁷⁹ Für eine Vertiefung in die rechtlichen Aspekte des Verfahrens siehe den Beitrag von BERNHARD WALDMANN in diesem Band; für eine empirische Betrachtung siehe MARTINE STOFFEL und ANNETTE ZUNZER RAEMY in diesem Band.

⁸⁰ Art. 14 Abs. 2 DZV; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 14.

⁸¹ Vgl. Art. 14 DZV; ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 14.

⁸² Art. 14 Abs. 3 DZV.

⁸³ Siehe oben Rz. 13.

⁸⁴ Art. 33 Abs. 2 InfoG i.V.m. Art. 14 Abs. 4 DZV.

⁸⁵ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 14.

der Schlichtung feststellen kann, was gemäss Art. 33 Abs. 2 InfoG die Abgabe einer Empfehlung zur Folge hat. Lehre und Rechtsprechung sprechen der Beauftragten bei Fernbleiben der gesuchstellenden Person von der Schlichtungsverhandlung aber dennoch die Kompetenz zur Verfahrenseinstellung zu, da es die gesuchstellende Person ansonsten in der Hand hätte, durch Verweigerung der Mitwirkung das Schlichtungsverfahren zu umgehen und einseitig eine Empfehlung zu erzwingen.⁸⁶

Umstritten ist hierbei die Rechtsnatur des Einstellungsentscheids: Das Bundesgericht spricht diesem ohne weiteres Verfügungscharakter zu⁸⁷, während es sich nach einem Teil der Lehre um eine Anordnung ohne Entscheidcharakter im Rahmen eines spezialgesetzlich geregelten informellen Verfahrens handelt.⁸⁸

3. *Fachlicher Austausch*

- 20 Um eine fachlich einwandfreie Aufgabenerfüllung zu gewährleisten, steht die Transparenzbeauftragte in Kontakt mit dem EDÖB und anderen kantonalen Öffentlichkeitsbeauftragten. Dieser Kontakt ist in den Treffen der *représentés latins à la protection des données et à la transparence* und der Arbeitsgruppe Öffentlichkeitsprinzip, die beide zwei Mal jährlich stattfinden, institutionalisiert.⁸⁹

4. *Stellvertretung der kantonalen Mediatorin*

- 21 Neben den Aufgaben im Zusammenhang mit der Umsetzung des InfoG ist die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz von Gesetzes wegen Vertreterin der kantonalen Mediatorin.⁹⁰ Die Vertretung kommt in der Praxis insbesondere zur Anwendung, wenn die Mediatorin in den Ausstand tritt.⁹¹
- 22 Bemerkenswert erscheint, dass bei Erlass des InfoG erwogen wurde, das Schlichtungsverfahren betreffend den Zugang zu amtlichen Dokumenten

⁸⁶ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.2; im Ergebnis zustimmend WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 10, 19 f.

⁸⁷ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2. Anders noch die Vorinstanz: Diese hatte die Einstellung als Realakt klassifiziert (KGer FR, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019). Neu nun ebenfalls von einer Verfügungsberechtigung der Beauftragten ausgehend KGer FR, Urteil 601 2019 207 vom 14. Mai 2020.

⁸⁸ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 15 f.

⁸⁹ ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 9.

⁹⁰ Art. 8 Abs. 2 OmbG.

⁹¹ Botschaft OmbG, 1330; ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 16.

der in Art. 119 KV vorgesehenen, damals aber noch nicht geschaffenen Ombudsstelle für Verwaltungsangelegenheiten zu übertragen; davon wurde aufgrund der Besonderheiten des Zugangsrechts und des Schlichtungsverfahrens gemäss InfoG aber Abstand genommen.⁹² Aktuell steht erneut die Vereinigung der kantonalen Ombudsstelle mit der ÖDSB zur Diskussion, nun aber unter anderen Vorzeichen: Die kantonale Mediatorin soll administrativ in die ÖDSB integriert werden.⁹³

V. Die Unabhängigkeit der ÖDSB

A. Begründung der Unabhängigkeit der ÖDSB

Unabhängige Verwaltungseinheiten zeichnen sich durch eine gelockerte 23 Anbindung an die Regierung bzw. die hierarchisch gegliederte Zentralverwaltung aus. Da die Gewährung von Autonomie immer auch mit einer Schwächung der demokratischen Legitimationskette verbunden ist⁹⁴, bedarf sie stets der Rechtfertigung.⁹⁵ Im Falle der ÖDSB bestehen sowohl datenschutzrechtliche wie auch aus dem Öffentlichkeitsprinzip abgeleitete Gründe für die Gewährung von Autonomie.

1. Datenschutzrechtliche Begründung

Die Autonomie der ÖDSB liegt ursprünglich in ihrer Funktion als Auf- 24 sichtsbehörde über den Datenschutz begründet. Das Vorhandensein einer unabhängigen Aufsichtsbehörde über den Datenschutz ist ein sowohl verfassungs- wie auch völkerrechtlich begründetes Erfordernis. Art. 13 Abs. 2 BV schützt als Teilgehalt des Rechts auf Privatsphäre das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁹⁶ Die Gewährleistung dieses Anspruchs setzt

⁹² Botschaft InfoG, 983.

⁹³ Die Änderung der Organisation der Mediation für Verwaltungsangelegenheiten wird derzeit in der zuständigen Kommission des Grossen Rates beraten (Geschäftsnummer 2020-DIAF-28; Stand: 25. Juni 2021). Vgl. dazu ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 11, 14; Botschaft Änderung OmbG.

⁹⁴ STÖCKLI, Aufsicht, 127. Vgl. zu den Funktionen des Hierarchieprinzips aus rechtsstaatlicher und demokratietheoretischer Sicht VOGEL, 140 ff.

⁹⁵ VOGEL, 160 f.

⁹⁶ Vgl. dazu statt vieler BIAGGINI, Art. 13 BV N 11; DIGGELMANN, BSK BV, Art. 13 Rz. 32.

das Vorhandensein gewisser struktureller Rahmenbedingungen voraus.⁹⁷ In der Lehre wird deshalb postuliert, dass Art. 13 Abs. 2 BV die programmatische Verpflichtung zur Schaffung einer Kontrollstelle beinhaltet, die gegenüber den beaufsichtigten staatlichen Organen Unabhängigkeit genießt.⁹⁸

- 25 Völkerrechtlich ist die Schweiz aufgrund des Schengen-Assoziierungsabkommens verpflichtet, die Richtlinie (EU) 2016/680⁹⁹ umzusetzen.¹⁰⁰ Diese sieht – wie zuvor die inzwischen aufgehobene Richtlinie 95/46/EG¹⁰¹, die als Bestandteil des Schengen-Acquis für die Schweiz ebenfalls massgebend war¹⁰² – vor, dass die Aufsichtsbehörde über den Datenschutz bei der Erfüllung ihrer Aufgaben «völlig unabhängig» handelt.¹⁰³ Dasselbe Erfordernis ergibt sich aus dem Zusatzprotokoll zur Datenschutz-Konvention des Europarates bzw. aus Art. 15 der revidierten Konvention (sogenannte «Konvention 108+»¹⁰⁴).

2. *Begründung aus dem Öffentlichkeitsprinzip*

a) **Grund- und menschenrechtliche Begründung**

- 26 Die Unabhängigkeit der ÖDSB ist jedoch nicht nur aus datenschutzrechtlichen Gründen gerechtfertigt, sondern wird auch durch das Öffentlichkeitsprinzip gefordert. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ist

⁹⁷ Vgl. WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 36; WALDMANN, BSK BV, Art. 35 Rz. 37 f.

⁹⁸ WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 36.

⁹⁹ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

¹⁰⁰ Vgl. Botschaft Rev. DSG, 6964.

¹⁰¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

¹⁰² Vgl. dazu Botschaft Schengen-Rev. DSchG, 665; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 47 ff.

¹⁰³ Art. 42 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680 (Fn. 99).

¹⁰⁴ Das Parlament hat das Änderungsprotokoll vom 10. Oktober 2018 (BBl 2020 599 ff.; Botschaft BBl 2020 565) mit Beschluss vom 19. Juni 2020 genehmigt (BBl 2020 5725).

im Kanton Freiburg als Grundrecht ausgestaltet (Art. 19 Abs. 2 KV).¹⁰⁵ Auch die EMRK vermittelt unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten: 2016 entschied der EGMR in einem Grundsatzurteil, dass die Freiheit der Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK auch einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten beinhaltet, wenn der Zugang für die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit erforderlich ist.¹⁰⁶ Die Garantie der Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten hat dabei trotz ihres individualschützenden Gehalts primär institutionelle Bedeutung: Sie trägt dazu bei, im demokratischen Rechtsstaat die deliberative Struktur der Verfahren sicherzustellen, in denen Recht gesetzt, interpretiert und angewendet wird.¹⁰⁷ Die Anerkennung eines individuellen Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten dient diesem institutionellen Ziel, indem es der demokratischen Öffentlichkeit ermöglicht, Angelegenheit von öffentlichem Interesse zu untersuchen und sich dazu eine Meinung zu bilden.¹⁰⁸

Freilich ist der Übergang vom Geheimhaltungs- zum Öffentlichkeitsprinzip 27 in der Verwaltung eine Entwicklung, die in der Schweiz erst in den 1990er-Jahren ihren Anfang nahm¹⁰⁹ und die sich bis heute nicht in allen Kantonen durchgesetzt hat.¹¹⁰ Diese Entwicklung erfordert von den Verwaltungsbe-

¹⁰⁵ Vgl. dazu BARRELET, 161 ff.; siehe auch BELSER/CATTILAZ in diesem Band.

¹⁰⁶ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 156. Ob der Zugang zu amtlichen Dokumenten für die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit erforderlich ist, beurteilt sich gemäss dem EGMR nach folgenden Kriterien: dem Ziel des Informationsbegehrens, dem öffentlichen Interesse an der nachgesuchten Information, der Rolle der gesuchstellenden Person oder Organisation (wobei Medien und NGOs eine besondere Bedeutung zukommt), und der Verfügbarkeit der Informationen für die Behörden (Rz. 157 ff.). Vgl. zu diesem Urteil FLÜCKIGER/JUNOD, Jusletter 27. Februar 2017.

¹⁰⁷ SCHEFER, 76 f.

¹⁰⁸ EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 139, 141, 167.

¹⁰⁹ Vgl. Botschaft InfoG, 962.

¹¹⁰ Die Kantone Luzern und Obwalden halten am Geheimhaltungsprinzip fest; in Luzern scheiterte die von der Regierung beabsichtigte Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im November 2015 mit einer überwältigenden Mehrheit der Vertreter*innen von FDP, SVP und CVP im Kantonsparlament. In den Kantonen Glarus und Thurgau, wo bislang ebenfalls noch das Geheimhaltungsprinzip galt, wurde die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips von der Landsgemeinde respektive vom Stimmvolk beschlossen; entsprechende Gesetzesvorlagen sind in Ausarbeitung (Stand 25. Juni 2021; vgl. die Informationen zu den jeweiligen Kantonen unter <<https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/die-kantone/>> [zuletzt besucht

hörden einen eigentlichen «Mentalitätswechsel»: Die «Geheimhaltungskultur» muss einer «Öffentlichkeitskultur» weichen.¹¹¹ Dieser Mentalitätswechsel vollzieht sich nicht immer reibungslos; so wird in der einschlägigen Literatur etwa konstatiert, dass dem Öffentlichkeitsprinzip «ein eisiger Wind» entgegenwehe.¹¹² Eine unabhängige Aufsichtsbehörde, die die Verwaltung im Umgang mit dem Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten schult und dessen Umsetzung überwacht, erscheint daher unerlässlich, damit das verfassungsmässige Recht auf Information effektiv zum Durchbruch gelangen kann.

b) Verfahrensrechtliche Begründung

- 28 Weiter ergibt sich das Erfordernis der Unabhängigkeit auch aus der Ausgestaltung des Zugangsverfahrens zu amtlichen Dokumenten. Wie der Bund¹¹³ und ein Teil der Kantone¹¹⁴ kennt der Kanton Freiburg bei strittigen Zugangsgesuchen ein Schlichtungsverfahren, das dem Entscheid des zuständigen öffentlichen Organs über das strittige Gesuch und einem allfällig daran anschliessenden gerichtlichen Beschwerdeverfahren vorgeschaltet ist.¹¹⁵ Zuständig für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz.¹¹⁶ Die ÖDSB ist somit nicht nur Aufsichtsbehörde im Bereich Öffentlichkeit und Transparenz, sondern (in der Person der Öffentlichkeitsbeauftragten) auch Schlichtungsbehörde. Obgleich es sich beim Schlichtungsverfahren vor der Öffentlich-

am 14. Juni 2021]). Im Kanton Nidwalden gilt bis auf Weiteres das Geheimhaltungsprinzip, doch wurde am 14. Februar 2019 im Landrat eine Motion gutgeheissen, die die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips verlangt (Motion vom 22. Januar 2018 von Landrat Christoph Keller und Landrat Urs Amstad betreffend Einführung des Öffentlichkeitsprinzips, Geschäftsnummer 2018.NWLR.15).

¹¹¹ Botschaft InfoG, 969.

¹¹² RUDIN, *digma* 2020 – Transparenz, 173.

¹¹³ Art. 13 ff. BGÖ.

¹¹⁴ AI (Art. 32 DIAG), GE (Art. 30 LIPAD), JU und NE (Art. 78 i.V.m. Art. 44 ff. CPDT-JUNE), SZ (§ 34 ÖDSG), SO (§ 36 InfoDG), TI (Art. 18 LIT), UR (Art. 8 Abs. 3 OeG), VD (Art. 21 LInfo), VS (Art. 53 GIDA).

¹¹⁵ Art. 33 InfoG; vgl. zum Ablauf des Zugangsverfahrens WALDMANN in diesem Band.

¹¹⁶ Art. 33 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1 lit. c InfoG.

keitsbeauftragten weder um ein gerichtliches Verfahren noch um ein Verwaltungsverfahren im Sinne des VRG handelt¹¹⁷ und somit die Verfahrensgarantien von Art. 29 und 30 BV nach traditioneller Rechtsauffassung nicht anwendbar sind,¹¹⁸ bedingt dies die Unabhängigkeit der ÖDSB: Das Schlichtungsverfahren dient der Vermittlung zwischen Gesuchstellenden, öffentlichem Organ und allfälligen betroffenen Dritten; es soll auf informellem Weg eine Einigung ermöglichen und dadurch verhindern, dass der ordentliche Rechtsweg beschritten wird.¹¹⁹ Damit dieses Ziel erreicht werden kann, muss die Schlichtungsbehörde unabhängig und unparteiisch sein, ansonsten die Akzeptanz bei den privaten Parteien nicht gewährleistet wäre und die Schlichtung ihr Ziel verfehlen würde.

c) Völkerrechtliche Begründung

Die Unabhängigkeit der ÖDSB ist auch mit Blick auf die sich aus der Aarhus-Konvention ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz gerechtfertigt. Art. 9 Ziff. 1 Abs. 1 Aarhus-Konvention schreibt den Vertragsparteien vor, dass sie innerstaatliche Verfahren einrichten, die es jeder Person ermöglichen, Verletzungen des Anspruchs auf Zugang zu Umweltinformationen nach Art. 4 Aarhus-Konvention vor einer unabhängigen und unparteiischen Instanz geltend zu machen.¹²⁰ Dabei kann es sich sowohl um ein Überprüfungsverfahren vor einem Gericht wie auch um ein solches vor einer «anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle» handeln. Wenn das innerstaatliche Recht eine Überprüfung vor einer gerichtlichen Instanz vorsieht, so ist ge-

¹¹⁷ Vgl. WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 13; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 12. Vgl. aber BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2, wonach der Öffentlichkeitsbeauftragten im Schlichtungsverfahren in gewissen Fällen Verfügungskompetenz zukommt.

¹¹⁸ Zum Anwendungsbereich von Art. 29 BV siehe WALDMANN, BSK BV, Art. 29 Rz. 12. Art. 30 BV ist auf «gerichtliche Verfahren» anwendbar; damit ein solches vorliegt, ist unter anderem erforderlich, dass die betreffende Instanz bindende Entscheidungen über Streitfragen treffen kann (vgl. BIAGGINI, Art. 30 BV N 3a; REICH, BSK BV, Art. 30 Rz. 6). Hinzuweisen ist allerdings auf die überzeugenden Ansätze in der neueren Lehre, die Verfahrensgrundrechte auch auf konsensuales Verwaltungshandeln ausdehnen wollen (grundlegend THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 526 ff.; vgl. auch DIES., Verfassungsrecht, Rz. 42; STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 244).

¹¹⁹ Botschaft InfoG, 983. Vgl. auch GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 3; STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 221.

¹²⁰ Vgl. EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, AK-Komm., Art. 9 N 12.

mäss Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Aarhus-Konvention zusätzlich der Zugang zu einem schnellen, gesetzlich festgelegten sowie gebührenfreien oder nicht kostenaufwendigen Überprüfungsverfahren vor einer übergeordneten Verwaltungsbehörde oder vor einer unabhängigen und unparteiischen Stelle, die kein Gericht ist, zu gewährleisten. Damit soll sichergestellt werden, dass das Recht auf Zugang zu Umweltinformationen nicht durch ein zeitaufwendiges und kostenintensives gerichtliches Überprüfungsverfahren vereitelt wird.¹²¹

- 30 Der ÖDSB kommt keine Funktion als Beschwerdeinstanz über Entscheide betreffend den Zugang zu Umweltinformationen zu. Das in der Zuständigkeit der Öffentlichkeitsbeauftragten liegende Schlichtungsverfahren ist dem erstinstanzlichen Entscheid vielmehr vorgeschaltet¹²²; in besonderen Fällen ist die Kommission erstinstanzliche Entscheidungsinstanz¹²³, niemals aber Beschwerdeinstanz über strittige Zugangsgesuche. Freilich setzt das Schlichtungsverfahren eine Stellungnahme der Behörde voraus, in der diese ihre Absicht kundtut, den Zugang aufzuschieben, teilweise oder ganz zu verweigern oder trotz des Einspruchs einer Drittperson zu gewähren.¹²⁴ Im Schlichtungsverfahren wird diese Stellungnahme einer Überprüfung unterzogen; ist die Beauftragte der Auffassung, dass der beabsichtigte Aufschub oder die Verweigerung des Zugangs zu Unrecht erfolgt, wird sie die Gewährung des Zugangs empfehlen. Die Empfehlung entfaltet zwar keine unmittelbaren Rechtswirkungen und stellt insofern auch keine Verfügung dar; mittelbar geht sie aber mit Rechtswirkungen einher, da sie der Verfügung der Behörde vorangeht und deren Verhalten beeinflussen und vorbestimmen kann.¹²⁵ Obgleich das Schlichtungsverfahren kein Beschwerdeverfahren im Sinne des VRG darstellt, kann somit von einem Überprüfungsverfahren im Sinne von Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Aarhus-Konvention gesprochen werden¹²⁶ – vorausgesetzt, die Schlichtungsbehörde zeichnet sich durch die von der Konvention geforderte Unabhängigkeit aus. Auch mittelbar lassen sich der genannten Konventionsbestimmung Argumente für die Unabhängigkeit der ÖDSB entnehmen: Art. 9 Abs. 1 der Aarhus-Konvention soll sicherstellen, dass das in der Konvention etablierte Zugangsrecht auch tatsächlich durchgesetzt werden kann, und zwar auf rasche und kostengünstige Art und Weise.¹²⁷ Dieses Ziel deckt sich mit den Überlegungen hinter der

¹²¹ Vgl. DIES., AK-Komm., Art. 9 N 16.

¹²² Art. 33 InfoG.

¹²³ Art. 33a InfoG. Siehe oben Rz. 13.

¹²⁴ Art. 33 Abs. 1 InfoG.

¹²⁵ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 222.

¹²⁶ Vgl. THURNHERR, Weiterentwicklung, 270 ff.

¹²⁷ Vgl. EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, AK-Komm., Art. 9 N 1, 16.

Einführung eines Schlichtungsverfahrens vor der Öffentlichkeitsbeauftragten.¹²⁸ Zwar kann dieses dann, wenn keine Einigung zustande kommt, zu einer Verlängerung des Zugangsverfahrens betreffend Umweltinformationen führen, wobei freilich trotz Durchführung einer Schlichtung grundsätzlich die (verlängerte) Frist von zwei Monaten bis zum Entscheid über das Zugangsgesuch gemäss Art. 4 Ziff. 2 Aarhus-Konvention einzuhalten ist.¹²⁹ Erhebungen zeigen jedoch, dass rund die Hälfte der Schlichtungsanträge in eine Einigung münden.¹³⁰ In diesen Fällen führt die Schlichtung zu einer wesentlich rascheren Erledigung des Zugangsverfahrens, als wenn der Beschwerdeweg beschritten werden muss; auch ist das Schlichtungsverfahren – anders als das Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht – kostenlos.¹³¹ Allerdings kann das Schlichtungsverfahren nur dann zu einer effektiven Durchsetzung des Zugangsrechts beitragen, wenn die Unabhängigkeit der Schlichtungsbehörde gewährleistet ist. Die Unabhängigkeit der ÖDSB rechtfertigt sich daher auch mit Blick auf die Zielsetzung von Art. 9 Ziff. 1 Aarhus-Konvention.

Der Vollständigkeit halber seien an dieser Stelle noch die Empfehlungen 31 des Ministerkomitees des Europarates über den Zugang zu öffentlichen Dokumenten von 2002¹³² sowie die darauf basierende Konvention des Europarats über den Zugang zu öffentlichen Dokumenten von 2009¹³³ erwähnt. Diese völkerrechtlichen Texte sehen ebenfalls ein Beschwerderecht vor einer unabhängigen Instanz vor.¹³⁴ Sie sind jedoch für die Schweiz nicht bindend; die Empfehlungen stellen *soft law* dar¹³⁵ und die Konvention wurde von der Schweiz nicht ratifiziert, da nach wie vor nicht alle Kantone das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt haben¹³⁶.

¹²⁸ Vgl. Botschaft InfoG, 983.

¹²⁹ Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG.

¹³⁰ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 17 (Einigung in zehn von zwanzig Schlichtungsverfahren); ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 14 (Einigung in zehn von 29 Schlichtungsverfahren, wobei zwölf Zugangsgesuche das gleiche Dokument betrafen und in nur eine Empfehlung mündeten); ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2018, 16 (Einigung in sieben von fünfzehn Schlichtungsverfahren).

¹³¹ Art. 24 Abs. 1 InfoG.

¹³² Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics.

¹³³ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents public (STCE n° 205), abgeschlossen am 18. Juni 2009 in Tromsø; vgl. dazu COTTIER, *medialex* 2009, *passim*.

¹³⁴ Ziff. IX der Empfehlungen respektive Art. 8 der Konvention.

¹³⁵ Vgl. COTTIER, *medialex* 2009, 189.

¹³⁶ Siehe Fn. 110.

B. Gesetzliche Ausgestaltung der Unabhängigkeit der ÖDSB

32 Es lassen sich im Wesentlichen vier verschiedene Dimensionen der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden unterscheiden: Die funktionale, die institutionelle, die personelle und die finanzielle Unabhängigkeit.¹³⁷ Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie diese unterschiedlichen Dimensionen der Unabhängigkeit durch die gesetzliche Ausgestaltung der ÖDSB verwirklicht werden und wo allenfalls gewisse Mängel bestehen.

1. Die funktionale Unabhängigkeit der ÖDSB

33 Die funktionale Unabhängigkeit bezieht sich auf die Aufgabenerfüllung.¹³⁸ Die funktionale Unabhängigkeit der ÖDSB ist in Art. 32 Abs. 1 DSchG verankert, wonach die ÖDSB ihre Aufgaben unabhängig erfüllt. Dies bedeutet, dass die ÖDSB in ihrem gesetzlichen Aufgabenbereich weisungsungebunden handelt; sowohl Dienstbefehle und generelle Weisungen wie auch Selbsteintritte durch die Regierung oder die Staatskanzlei, der die ÖDSB administrativ zugeordnet ist, sind grundsätzlich unzulässig.¹³⁹

34 Auch wäre es mit der funktionalen Unabhängigkeit der ÖDSB nicht zu vereinbaren, wenn sie zunächst die Stellungnahme oder gar das Einverständnis der betroffenen Direktion einholen müsste, bevor sie etwa Leitfäden oder Informationsblätter zum Öffentlichkeitsprinzip oder zum Datenschutz in bestimmten Verwaltungsbereichen veröffentlicht.¹⁴⁰ Die Unabhängigkeit verlangt vielmehr ein «absolutes Einwirkungsverbot» anderer Behörden in die Aufgabenerfüllung der ÖDSB.¹⁴¹

¹³⁷ Vgl. PVK, Evaluation, BBl 2016 1735 f.; LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 17 ff.; STÖCKLI, Aufsicht, 127 ff.; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 57 ff.

¹³⁸ STÖCKLI, Aufsicht, 127. Vgl. auch LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 17; VOGEL, 156; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 13.

¹³⁹ Vgl. VOGEL, 181 f.

¹⁴⁰ Vgl. WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 128.

¹⁴¹ DIES., Rz. 129.

2. Die institutionelle Unabhängigkeit der ÖDSB

a) Die ÖDSB als administrativ zugewiesene Verwaltungseinheit

Die funktionale Unabhängigkeit der ÖDSB findet ihre institutionelle Entsprechung darin, dass die ÖDSB der Staatskanzlei, der sie angehört, nicht unter-, sondern zugeordnet ist.¹⁴² Als zugewiesene Verwaltungseinheit ist lediglich ihre Geschäftsführung, nicht aber ihre Aufgabenerfüllung der Aufsicht durch die Staatskanzlei unterstellt.¹⁴³ 35

b) Selbstorganisationsbefugnisse der ÖDSB

Ausdruck der institutionellen Unabhängigkeit ist weiter, dass der ÖDSB weitgehende Selbstorganisationsbefugnisse zukommen. Das Gesetz schreibt lediglich die Struktur der ÖDSB mit der Kommission und den beiden Beauftragten¹⁴⁴ sowie deren gesetzliche Aufgaben¹⁴⁵ vor und enthält gewisse Vorgaben an die Zusammensetzung der Kommission¹⁴⁶. Im Übrigen regelt die Kommission ihre Organisation und Arbeitsweise selbst.¹⁴⁷ Dies betrifft namentlich die Beschlussfassung der Kommission¹⁴⁸, die Regelung von Präsidialaufgaben und die sonstige Aufgabenzuteilung¹⁴⁹ sowie die Regelung von Arbeitsabläufen innerhalb der ÖDSB¹⁵⁰. U.E. ist des Weiteren das staatsrätliche Reglement über die Organisation und die Arbeitsweise der Kommissionen des Staates (KomR) auf die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission anwendbar, zumal die Legaldefinition der Kommission in Art. 2 Abs. 2 KomR auf die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission zutrifft.¹⁵¹ Angesichts der in Art. 30 Abs. 4 DSchG ausdrücklich zugesprochenen Selbstorganisationskompetenz der Kommission kommt das KomR – dessen Bestimmungen gemäss Art. 4 36

¹⁴² Art. 32 Abs. 2 DSchG i.V.m. Art. 60 und 61 SVOG.

¹⁴³ Art. 61 Abs. 1 lit. b SVOG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 SVOG *e contrario*. Siehe dazu auch unten Rz. 39.

¹⁴⁴ Art. 29a Abs. 1 DSchG.

¹⁴⁵ Art. 40 und 41 InfoG, Art. 30a und 31 DSchG.

¹⁴⁶ Art. 30 Abs. 1 und 2 DSchG; siehe dazu oben Rz. 8 ff.

¹⁴⁷ Art. 30 Abs. 4 DSchG.

¹⁴⁸ Art. 9 Organisationsreglement.

¹⁴⁹ Vgl. etwa Art. 7, 10 und 12 Organisationsreglement.

¹⁵⁰ Vgl. etwa Art. 10 und 11 Organisationsreglement.

¹⁵¹ Anders scheinbar WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 11.

KomR nur insoweit gelten, als die Spezialgesetzgebung keine abweichenden Regeln enthält – u.E. aber nur subsidiär zum Organisationsreglement der Kommission zur Anwendung.¹⁵²

c) Verhältnis der Mitglieder der ÖDSB zum Staat

aa) Die Mitglieder der Kommission

- 37 Die Mitglieder der Kommission werden auf Empfehlung des Staatsrats vom Grossen Rat für eine feste Amtsdauer gewählt.¹⁵³ Sie unterstehen nicht der Personalgesetzgebung¹⁵⁴, sondern ihre Ernennung, ihre Amtsdauer, die Gründe für das vorzeitige Ausscheiden aus dem Amt, ihre Entlohnung, ihre Aufgaben, Rechte und Pflichten werden – nebst den einschlägigen Bestimmungen im InfoG und im DSchG – durch die Bestimmungen betreffend die öffentlichen Nebenämter und die Kommissionen des Staates¹⁵⁵ geregelt. Die Mitglieder der Kommission unterstehen insbesondere keiner Personalbeurteilung im Sinne von Art. 22 und 72 StPG und können nicht aus den in Art. 38 und 44 StPG genannten Gründen entlassen werden. Damit wird sichergestellt, dass die Exekutive die Amtsführung der Kommissionsmitglieder nicht durch die Ausübung von Befugnissen als Arbeitgeberin beeinflussen kann.¹⁵⁶ Dennoch ist die Kommission dem Einfluss des Staatsrates insofern nicht gänzlich entzogen, als der Staatsrat bei der Ernennung der Kommissionsmitglieder bzw. deren periodischer Wiederwahl zuhanden des Grossen Rates eine Wahlempfehlung abgibt.

¹⁵² Die subsidiäre Anwendbarkeit des KomR bei gesetzlicher Ausstattung mit Selbstorganisationskompetenzen ist etwa für den Justizrat ausdrücklich gesetzlich vorgesehen (Art. 92 JG).

¹⁵³ Siehe oben Rz. 9.

¹⁵⁴ Art. 3 Abs. 2 StPG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Dauer der öffentlichen Nebenämter.

¹⁵⁵ Insb. Art. 53 SVOG, Gesetz betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter sowie Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder der Kommissionen des Staates.

¹⁵⁶ Vgl. HÄNER, *Ausgestaltung*, 47 f.

bb) Die Beauftragten

Die Beauftragten werden gemäss Art. 41 Abs. 1 InfoG und Art. 31 Abs. 1 DSchG vom Staatsrat ernannt. Die Ernennung der Mitglieder der Aufsichtsbehörde für Datenschutz und Öffentlichkeit durch die Exekutive wird in der Lehre kritisch gesehen, da die Exekutive auf diese Weise indirekt Einfluss auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde ausüben könnte.¹⁵⁷ Freilich muss den Besonderheiten der Struktur der Aufsichtsbehörde im Kanton Freiburg Rechnung getragen werden. Anders als im Bund und in den meisten Kantonen stehen die Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz und die Datenschutzbeauftragten nicht an der Spitze der Aufsichtsbehörde, sondern diese wird von der Kommission geleitet, deren Mitglieder wiederum vom Grossen Rat gewählt werden. Der Kommission kommt bei der Ernennung der Beauftragten ein Mitspracherecht zu, indem der Staatsrat vorgängig die Stellungnahme der Kommission einholt.¹⁵⁸ Die institutionelle Unabhängigkeit der ÖDSB erscheint somit trotz der Kompetenz des Staatsrats zur Ernennung der Beauftragten gewahrt. Eine optimale Verwirklichung der institutionellen Unabhängigkeit wäre dann gegeben, wenn die Beauftragten von der Kommission ernannt würden; freilich verschafft die Ernennung durch den Staatsrat den Beauftragten mehr demokratische Legitimation und eine stärkere Position im Staatsgefüge und in der Öffentlichkeit, was nicht zu unterschätzen ist.

Das Personalstatut der Beauftragten wird aus dem Gesetzestext und den Materialien nicht vollends klar. Gemäss Art. 2 StPG gilt die Personalgesetzgebung für die Mitarbeiter*innen der kantonalen Verwaltung, einschliesslich der selbständigen kantonalen Anstalten, sowie des Sekretariates des Grossen Rates und der Gerichtsbehörden. Unter diesen Wortlaut lassen sich grundsätzlich auch die Öffentlichkeits- und die Datenschutzbeauftragte subsumieren: Die ÖDSB geniesst zwar ein hohes Mass an Autonomie, doch bildet sie gleichwohl Bestandteil der kantonalen Verwaltung und ist der Staatskanzlei administrativ zugewiesen.¹⁵⁹ Gemäss Art. 41 Abs. 1 InfoG respektive Art. 31 Abs. 1 DSchG werden die Beauftragten vom Staatsrat freilich nicht «angestellt», sondern «ernannt» (im französischen Wortlaut: «nommé»). Diese Terminologie hebt sich von der üblichen Ausdrucksweise in Bezug auf die Mitarbeitenden des Staates ab; so werden die Direktor*innen der selbständigen kantonalen Anstalten, die gemäss Art. 2 Abs. 2 StPG

¹⁵⁷ Vgl. RUDIN, *digma 2020 – Verpasste Chance*, 184; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 59; EPINEY/THEUERKAUF, 72 f.

¹⁵⁸ Art. 41 Abs. 1 InfoG und Art. 31 Abs. 1 DSchG.

¹⁵⁹ Siehe oben Rz. 36.

der Personalgesetzgebung unterstellt sind, «angestellt» (Französisch: «engagé»¹⁶⁰). Ebenfalls «angestellt» wird gemäss Art. 25 Abs. 1 SVOG etwa die Staatskanzlerin. Aus dieser unterschiedlichen Terminologie könnte der Schluss gezogen werden, dass die Öffentlichkeits- und die Datenschutzbeauftragte nicht dem gleichen Personalstatut unterstehen wie diejenigen Amtsträger*innen, die gemäss den einschlägigen spezialgesetzlichen Regeln «angestellt» werden.

- 40 Dies würde allerdings die Frage aufwerfen, welche Regeln denn sonst zur Anwendung gelangen. Die Beauftragten sind weder Magistratspersonen im Sinne von Art. 1 GSRG, noch bekleiden sie ein Nebenamt im Sinne des Gesetzes betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter; sie fallen demnach nicht unter die in Art. 3 Abs. 1 und 2 StPG genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich des StPG. Aufschlussreich ist der Vergleich mit den spezialgesetzlichen Regelungen betreffend die kantonale Mediatorin. Diese wird – wie die Öffentlichkeits- und die Datenschutzbeauftragte – gemäss Art. 5 Abs. 1 OmbG vom Staatsrat auf unbestimmte Zeit «ernannt». Die Botschaft zum OmbG hält fest, dass für die kantonale Mediatorin in Anwendung von Art. 2 StPG die in Sachen Staatspersonal üblichen Vorschriften gelten.¹⁶¹ Aus den weiteren Ausführungen in der Botschaft wird jedoch klar, dass die Anwendbarkeit des StPG jedenfalls nicht uneingeschränkt gilt: Insbesondere sind die Bestimmungen des StPG zur Kündigung durch die Anstellungsbehörde (Art. 37 ff. StPG) nicht anwendbar, da das OmbG spezialgesetzliche Regeln zur Abberufung der kantonalen Mediatorin enthält (Art. 9 OmbG). Der entsprechende Gesetzesartikel verweist in Bezug auf die vorläufige Dienstenthebung während des laufenden Abberufungsverfahrens wiederum auf das StPG (Art. 9 Abs. 3 OmbG), wobei die Bestimmungen des StPG (Art. 33 StPG) für *sinngemäss* anwendbar erklärt werden. Die gleiche Regelung ist in Art. 108 JG für die Berufsrichter*innen vorgesehen, die in Art. 8 JG ausdrücklich der Gesetzgebung über das Staatspersonal unterstellt werden.
- 41 Aus diesen grammatikalischen und systematischen Betrachtungen lässt sich ableiten, dass die Beauftragten für Öffentlichkeit und Datenschutz – gleich wie die kantonale Mediatorin und die Berufsrichter*innen – grundsätzlich der Gesetzgebung über das Staatspersonal unterstellt sind. Gewisse Bestimmungen des StPG sind indessen mit der unabhängigen Stellung der ÖDSB kaum zu vereinbaren. Dies betrifft insbesondere die Kündigung: Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g StPG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 InfoG und Art. 31

¹⁶⁰ Vgl. Art. 38 PHFG (Direktion der Pädagogischen Hochschule Freiburg), Art. 12 Abs. 1 lit. i HFRG (Generaldirektion des freiburger spitals HFR), Art. 9 Abs. 1 ASSG (Direktion des Amtes für Strassenverkehr und Schifffahrt).

¹⁶¹ Botschaft OmbG, 1329.

Abs. 1 DSchG nimmt der Staatsrat in Bezug auf die Beauftragten die Funktion der Anstellungsbehörde ein.¹⁶² Gemäss Art. 8 Abs. 2 StPG ist der Staatsrat zuständig, Personen, die er angestellt hat, in Anwendung von Art. 33–48 und Art. 52–54 StPG vorläufig vom Dienst zu entheben, zu entlassen oder in den Ruhestand zu versetzen. Damit würde indessen die Autonomie der ÖDSB empfindlich beeinträchtigt. Angesichts der eminenten Bedeutung der Unabhängigkeit der ÖDSB, die auch in den Materialien immer wieder betont wird, kann es kaum die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, dass der Staatsrat die Beauftragten nach den allgemeinen Regeln des StPG entlassen kann. In dieser Hinsicht ist vielmehr von einer Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes auszugehen¹⁶³, die unter Rückgriff auf die Bestimmungen des JG und des OmbG zur Abberufung der betreffenden Amtsträger*innen zu füllen ist. Dabei stellt sich insbesondere die Frage der *Zuständigkeit* für die Abberufung. Problematisch erscheint diesbezüglich die aktuell für die kantonale Mediatorin geltende Regelung von Art. 9 Abs. 1 OmbG, wonach die Zuständigkeit für die Abberufung beim Staatsrat liegt. Zwar erscheint es systematisch kohärent, die Zuständigkeit für die Abberufung bei derselben Behörde anzusiedeln, die auch die Ernennung vornimmt, doch wäre dies im Falle der Öffentlichkeits- und der Datenschutzbeauftragten wiederum mit Blick auf die Unabhängigkeit der ÖDSB kritisch zu beurteilen. Angesichts des Umstands, dass die Tätigkeit der Beauftragten von der Kommission geleitet wird und dem Staatsrat hinsichtlich der Aufgabenerfüllung der Beauftragten (wenn überhaupt) höchstens sehr eng begrenzte Aufsichtsbefugnisse zukommen¹⁶⁴, kann der Staatsrat u.E. von der Befugnis zur Abberufung nur auf entsprechenden Antrag der Kommission Gebrauch machen, wenn er nicht in Willkür verfallen will. Eine Abberufung der Beauftragten durch den Staatsrat setzt daher einen entsprechenden Antrag der Kommission voraus.¹⁶⁵

¹⁶² In der Praxis schliessen die Beauftragten gemäss mündlicher Auskunft der Öffentlichkeitsbeauftragten allerdings einen Vertrag mit der Staatskanzlei, wobei die Anstellung vom Staatsrat vorgängig genehmigt wird.

¹⁶³ Vgl. zu diesem Begriff HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 141.

¹⁶⁴ Siehe unten Rz. 50.

¹⁶⁵ Dies soll inskünftig auch für die kantonale Mediatorin gelten, die administrativ der ÖDSB angegliedert werden soll (Art. 9 Abs. 2 und 3 E-OmbG; Botschaft Änderung OmbG, 21).

3. *Die personelle Unabhängigkeit der ÖDSB*

- 42 Die personelle Unabhängigkeit beschlägt die Frage, ob «das Personal der Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und ihrer Aufgabe frei von Interessenbindungen und -kollisionen sowie ohne Beeinflussung jeglicher Art entscheiden kann».¹⁶⁶ Die personelle Unabhängigkeit der ÖDSB bzw. ihrer Mitglieder wird durch verschiedene gesetzliche Bestimmungen gewährleistet. Art. 32 Abs. 5 DSchG verpflichtet die Mitglieder der ÖDSB, ihre privaten und öffentlichen Interessenbindungen bei ihrem Amtsantritt und bei jeder späteren Änderung mitzuteilen. Bekanntzugeben sind namentlich die haupt- und nebenberuflichen Tätigkeiten und Ämter, Führungs- und Aufsichtsfunktionen in privaten oder öffentlichen Unternehmen und Organisationen, wesentliche finanzielle Beteiligungen an juristischen Personen sowie politische Ämter.¹⁶⁷ Die Mitglieder der ÖDSB unterstehen zudem gemäss Art. 32 Abs. 6 DSchG den Bestimmungen des VRG über den Ausstand.¹⁶⁸ Das Organisationsreglement schreibt vor, dass die Mitglieder der Kommission, die Beauftragten sowie alle weiteren Mitglieder der Behörde die Präsidentin oder den Präsidenten der Kommission laufend über mögliche Interessenskonflikte und andere mögliche Ausstandsgründe, die ihre Funktion als Mitglied der Behörde betreffen, informieren.¹⁶⁹ Damit wird sichergestellt, dass die ÖDSB frei von Interessenbindungen und -kollisionen entscheiden kann.¹⁷⁰
- 43 Die personelle Unabhängigkeit der ÖDSB wird zudem durch gesetzliche Mindestvorgaben an die fachlichen Qualifikationen der Kommissionsmitglieder gewährleistet.¹⁷¹ Überlegung dahinter ist, dass die ÖDSB ihre Aufgaben nur dann in aller Unabhängigkeit wahrnehmen kann, wenn ihre Mitglieder über das erforderliche Fachwissen verfügen und sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht systematisch auf das Fachwissen Dritter zurückgreifen müssen.¹⁷² Der ÖDSB ist es jedoch gestattet, punktuell Sachverständige beizuziehen.¹⁷³

¹⁶⁶ PVK, Evaluation, BBI 2016 1736. Vgl. auch HÄNER, Unabhängigkeit, Rz. 21; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 59.

¹⁶⁷ Art. 4 Abs. 1 Organisationsreglement.

¹⁶⁸ Art. 21–25 VRG.

¹⁶⁹ Art. 2 Abs. 1 Organisationsreglement.

¹⁷⁰ Vgl. oben, Rz. 43.

¹⁷¹ Art. 30 Abs. 2 DSchG; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 59. Vgl. Rz. 8.

¹⁷² Vgl. Botschaft Schengen-Rev. DSchG, 670.

¹⁷³ Art. 30 Abs. 3 DSchG.

4. Die finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB

Art. 32 Abs. 3 DSchG schreibt vor, dass die ÖDSB über ein Globalbudget verfügt, dessen Betrag alljährlich bei der Verabschiedung des Staatsvoranschlags festgelegt wird.¹⁷⁴ Damit soll der vom europäischen Recht geforderten vollständigen Unabhängigkeit der ÖDSB¹⁷⁵ Rechnung getragen werden: Die ÖDSB soll ein eigenes Budget haben, über das sie ihren Bedürfnissen entsprechend frei verfügen kann.¹⁷⁶ Anzumerken ist allerdings, dass die kantonale Finanzgesetzgebung die Führung von Verwaltungseinheiten mit Globalbudgets nicht vorsieht.¹⁷⁷ Aus dem Voranschlag ist denn auch nicht ersichtlich, wie die gesetzliche Vorgabe des Globalbudgets in der Praxis umgesetzt wird, unterscheidet sich doch das Budget der ÖDSB nicht von demjenigen der anderen Einheiten, die der Staatskanzlei untergeordnet bzw. zugewiesen sind.¹⁷⁸

Zur optimalen Verwirklichung der finanziellen Unabhängigkeit ist erforderlich, dass die Aufsichtsbehörde über die Kompetenz verfügt, ihr Budget selbst zu aufzustellen, und dass das Budget ohne Regierungsintervention an das Parlament weitergeleitet wird.¹⁷⁹ Dies ist im Falle der ÖDSB nicht gegeben: Das Budget bzw. der Voranschlagsentwurf wird von der Staatskanzlei und der Finanzdirektion vorbereitet¹⁸⁰ und vom Staatsrat zuhanden des Grossen Rates verabschiedet¹⁸¹. Nachtragskreditbegehren werden dem

¹⁷⁴ Art. 32 Abs. 3 DSchG.

¹⁷⁵ Vgl. oben, Rz. 25.

¹⁷⁶ Botschaft Schengen-Rev. DSchG, 670. Vgl. zum eigenen Budget als Erfordernis der finanziellen Unabhängigkeit HÄNER, Unabhängigkeit, Rz. 22; DIES., Ausgestaltung, 48.

¹⁷⁷ Grundsätzlich ist der Voranschlag vielmehr nach einzelnen Budgetpositionen gegliedert (vgl. Art. 34 Abs. 1 FHG). Freilich kann der Staatsrat einzelnen Verwaltungseinheiten die leistungsorientierte Führung bewilligen (Art. 59 SVOG); diesfalls weist das Budget für jede Leistung und jede Leistungsgruppe den Gesamtaufwand und den Gesamtertrag aus (Art. 42b Abs. 1 FHG), wobei sich der Budgetbeschluss des Grossen Rates auf den Saldo von Aufwand und Ertrag jeder Leistungsgruppe bezieht (Art. 42c Abs. 1 FHG). Dies kommt dem Globalbudget insofern nahe, als sich der Voranschlagskredit nicht auf einzelne Budgetpositionen, sondern auf Gesamtertrag und –aufwand bezieht; anders als das Globalbudget auf Bundesebene (Art. 30a FHG Bund), das Aufwand und Ertrag der gesamten Verwaltungseinheit umfasst, bezieht sich der Voranschlagskredit jedoch auf einzelne Leistungsgruppen innerhalb der betreffenden Verwaltungseinheit.

¹⁷⁸ Vgl. Voranschlag 2021, 36 ff.

¹⁷⁹ HÄNER, Unabhängigkeit, Rz. 22.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. a und Art. 46 Abs. 1 lit. b FHG.

¹⁸¹ Vgl. Art. 44 Abs. 2 lit. b FHG.

Staatsrat von der Staatskanzlei zur Genehmigung unterbreitet.¹⁸² Auch faktisch scheint die finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB Einschränkungen unterworfen zu sein: In den letzten Jahren machte die ÖDSB wiederholt darauf aufmerksam, dass die Ressourcen im Bereich des Datenschutzes nicht ausreichend seien und eine chronische Überlastung bestehe.¹⁸³ Aus dem Tätigkeitsbericht 2019 geht hervor, dass aus Sicht der ÖDSB eine Ver- vierfachung des Stellenbestands der für die ÖDSB tätigen Fachjurist*innen, annähernd eine Verdoppelung des Stellenbestandes im Bereich der Admi- nistration, die Schaffung einer Informatiker*innenstelle zur Bewältigung der immer komplexer werdenden IT-Projekte und die Erhöhung des Pen- sums der Datenschutzbeauftragten von 80% auf 100% erforderlich wäre, damit die Behörde ihre Aufgaben im Bereich des Datenschutzes in zufrie- denstellender Weise wahrnehmen kann. Diese zusätzlichen Stellen wurden der ÖDSB von der Staatskanzlei bisher nicht bzw. nur teilweise bewilligt.¹⁸⁴ Insofern als die ÖDSB nur beschränkten Einfluss auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel nehmen kann und die vorhandenen Ressourcen für die zu- friedenstellende Erfüllung ihrer Aufgaben nicht ausreichen, erscheint die Unabhängigkeit der ÖDSB in finanzieller Hinsicht fraglich.

C. Autonomiesphären innerhalb der ÖDSB

- 46 Die ÖDSB nimmt Aufgaben sowohl im Bereich der Transparenz wie auch in demjenigen des Datenschutzes wahr. Zwischen den zwei Tätigkeitsbe- reichen der ÖDSB besteht ein inneres Spannungsverhältnis: Die Zielsetzun- gen des Datenschutzes und der Information der Öffentlichkeit sind in vielen Fällen gegenläufig und es muss im Einzelfall abgewogen werden, ob das Interesse der Öffentlichkeit an der Information oder der Schutz der Privat- heit überwiegt.¹⁸⁵ Freilich bedeuten die möglichen Kollisionen zwischen

¹⁸² Vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. d i. V. m. Art. 44 Abs. 2 lit. e FHG.

¹⁸³ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 21; ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 20 f.; ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2018, 7. Die Ressourcenknappheit im Bereich des Da- tenschutzes ist gesamtschweizerisch betrachtet ein verbreitetes Problem (vgl. RU- DIN, *digma* 2020 – Verpasste Chance, 183, 185).

¹⁸⁴ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 7.

¹⁸⁵ Vgl. CHAIX, *Jahrbuch SVVOR* 2019/2020, 71 ff. (betreffend die Interessenabwä- gung zwischen Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz in der Rechtsprechung des Bundesgerichts); BRUNNER/FLÜCKIGER, *Jusletter* 4. Oktober 2010, Rz. 5 und 15 ff.; HÄNER, *Datenschutztagung* 2017, 44 sowie *passim*; SCHEFER, 80 ff.; *Botschaft InfoG*, 968; BGE 144 II 77 E. 3 und 5; BGE 144 II 91 E. 4; BGE 142 II 324 E. 3.4;

Datenschutz und Transparenz nicht, dass Datenschutz und Transparenz von vornherein in einem unversöhnlichen Gegensatz zueinanderstehen würden. Die Garantien der Öffentlichkeit und der Privatheit stimmen in ihrer grundsätzlichen Schutzrichtung insofern überein, als sowohl die Garantie der Öffentlichkeit der Verwaltung als auch der Anspruch auf Privatheit den einzelnen Menschen in seiner Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung schützen.¹⁸⁶ Öffentlichkeit und Datenschutz werden denn auch häufig als zwei Seiten derselben Medaille bezeichnet.¹⁸⁷

Die Struktur der ÖDSB trägt sowohl den möglichen Kollisionen zwischen Datenschutz und Transparenz wie auch dem engen Bezug zwischen den Garantien der Öffentlichkeit und der Privatheit Rechnung, indem zwar eine einzige Behörde für beide Bereiche besteht, innerhalb dieser Behörde aber eine Aufteilung der Zuständigkeiten auf die Beauftragte für Datenschutz und Transparenz einerseits und die Beauftragte für Datenschutz andererseits vorgenommen wird. Insofern kann in einem gewissen Sinne von zwei Autonomiesphären innerhalb der ÖDSB gesprochen werden. Freilich handelt es sich bei den beiden Beauftragten *innerhalb* der ÖDSB nicht um unabhängige Instanzen im oben beschriebenen Sinn¹⁸⁸; die Beauftragten sind vielmehr der Kommission als leitendem und koordinierendem Gremium unterstellt.¹⁸⁹ Gegen *aussen* – insbesondere im Verhältnis zum Staatsrat und zur Staatskanzlei – muss die Unabhängigkeit der Beauftragten aber gewährleistet sein.

EGMR, Urteil Nr. 18030/11 vom 8. November 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) Rz. 188 ff. (vgl. insbesondere auch die *concurring opinion* der Richterinnen Nußberger und Keller).

¹⁸⁶ SCHEFER, 76 f.

¹⁸⁷ RUDIN, *digma* 2020 – Verpasste Chance, 182; VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 20.

¹⁸⁸ Siehe oben Ziff. V.B.

¹⁸⁹ Vgl. aber den Hinweis auf ein Rechtsgutachten von JEAN-PHILIPPE WALTER aus dem Jahr 2019 zur Aufsichtsbehörde über den Datenschutz und das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung des Kantons Wallis in Botschaft Änderung OmbG, 18: Soweit aus den Ausführungen in der Botschaft ersichtlich, kommt das Gutachten zum Schluss, dass der Kommission nur beschränkte Aufsichtsbefugnisse über den Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten zukommen, es sich also nicht um eine Dienstaufsicht handelt, die umfassende Einsichts- und Weisungsrechte beinhaltet.

VI. Steuerung der Aufgabenerfüllung und Aufsicht

A. Steuerung

- 48 Angesichts der weitgehenden Autonomie der ÖDSB kommen dem Staatsrat nur sehr beschränkte Steuerungs- und Aufsichtsbefugnisse zu. Die Steuerung der Aufgabenerfüllung erfolgt zunächst über die periodische Überprüfung des Leistungskatalogs im Sinne von Art. 55a Abs. 1 und 2 SVOG. Im Falle der ÖDSB ist dabei freilich deren Autonomie zu beachten; die Aufgaben der ÖDSB sind gesetzlich festgelegt und der Staatsrat darf ihre Unabhängigkeit nicht durch die Formulierung von Vorgaben an die Aufgabenerfüllung im Rahmen des Leistungskatalogs unterlaufen. Die Steuerung der ÖDSB erfolgt weiter über die Mitteilzuteilung im Rahmen des Voranschlags, der auch das Budget der ÖDSB enthält.¹⁹⁰ Der Voranschlag wird dem Grossen Rat vom Staatsrat zur Genehmigung unterbreitet.¹⁹¹ Schliesslich kommt dem Staatsrat schon dadurch ein gewisser Einfluss auf die Aufgabenerfüllung der ÖDSB zu, als er die Ausführungsbestimmungen zum InfoG und zum DSchG erlässt.¹⁹²

B. Aufsicht

- 49 Dem Staatsrat kommen angesichts der weitgehenden Autonomie der ÖDSB lediglich Befugnisse der Organisationsaufsicht¹⁹³ zu; eine Überprüfung der Zweckmässigkeit der Aufgabenerfüllung ist ebenso ausgeschlossen wie Weisungen und Dienstbefehle.¹⁹⁴ Die Aufsicht muss so ausgestaltet sein, dass keinerlei Einflussnahme auf die Aufgabenerfüllung der ÖDSB möglich ist. Angesichts der Anforderungen des internationalen Rechts an die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde wird im Bereich des Datenschutzes selbst eine Rechtskontrolle als unzulässig erachtet; postuliert wird vielmehr

¹⁹⁰ Vgl. dazu oben Rz. 44 f.

¹⁹¹ Art. 102 und Art. 113 Abs. 1 KV.

¹⁹² Art. 111 Abs. 2 KV; vgl. auch etwa Art. 12 Abs. 2, 24 Abs. 2, 36 Abs. 2 InfoG; Art. 20 Abs. 2, Art. 22 Abs. 2, Art. 24 Abs. 4 DschG.

¹⁹³ Vgl. zum Begriff der Organisationsaufsicht sowie zur dazu im Gegensatz stehenden Dienstaufsicht TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rz. 32 f.

¹⁹⁴ Vgl. VOGEL, 181.

eine der Kontrolle der Gerichte ähnliche «verwaltungsmässige» Kontrolle.¹⁹⁵

Die ÖDSB ist der Staatskanzlei administrativ zugewiesen. Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b SVOG untersteht ihre Geschäftsführung damit der Aufsicht durch die Staatskanzlei. Zur Wahrung der Unabhängigkeit der ÖDSB muss die Aufsicht der Staatskanzlei aber auf rein administrative Belange wie etwa die Buchführung oder das Personalmanagement beschränkt bleiben. 50

Wie alle Träger staatlicher Aufgaben des Kantons untersteht die ÖDSB zudem der parlamentarischen Oberaufsicht durch den Grossen Rat.¹⁹⁶ Als Mittel der Aufsicht ist namentlich ein jährliches Reporting vorgesehen; gemäss Art. 30a Abs. 2 DSchG erstattet die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission dem Staatsrat zuhanden des Grossen Rates alljährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit sowie über die Tätigkeit der beiden Beauftragten. 51

In finanzieller Hinsicht untersteht die ÖDSB schliesslich der Überprüfung durch das Finanzinspektorat¹⁹⁷, das zuhanden des Staatsrates und der Finanz- und Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates über die Art und den Umfang seiner Prüfung sowie über das Ergebnis der Kontrollen berichtet.¹⁹⁸ 52

VII. Weitere Organe im Bereich der Information der Öffentlichkeit und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten

A. Fachorgane der Gemeinden

Grundsätzlich übt die ÖDSB ihre Aufgaben im Bereich des Zugangs zu öffentlichen Dokumenten auch für die Gemeinden aus.¹⁹⁹ Das Gesetz ermächtigt jedoch die Gemeinden, ein eigenes Fachorgan einzusetzen, das auch die Schlichtungsfunktionen nach Art. 33 InfoG wahrnimmt. Das Modell der kommunalen Fachbehörden gilt auch für den Datenschutz.²⁰⁰ Im Bereich 53

¹⁹⁵ EPINEY/THEUERKAUF, 72; HÄNER, Unabhängigkeit, Rz. 20; WALDMANN/SPIELMANN, Rz. 59.

¹⁹⁶ Art. 104 KV.

¹⁹⁷ Art. 50 Abs. 1 lit. a FHG.

¹⁹⁸ Art. 53 Abs. 1 und 2 FHG.

¹⁹⁹ Art. 39 Abs. 3 InfoG.

²⁰⁰ Art. 29 Abs. 2 DSchG; vgl. Botschaft InfoG, 969.

des Datenschutzes schreibt das Gesetz vor, dass die Aufsichtsbehörden der Gemeinden bei der Ausübung ihrer Aufgaben unabhängig sein und über die erforderlichen Mittel verfügen müssen (Art. 29 Abs. 2 DSchG). Diese Anforderungen ergeben sich im Bereich des Datenschutzes aus den internationalen Verpflichtungen der Schweiz.²⁰¹ Für die Fachorgane der Gemeinden im Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten ist die Unabhängigkeit nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben. Die Unabhängigkeit der Fachorgane von den beaufsichtigten Organen der Gemeinde muss aber dennoch gewährleistet sein; dies ergibt sich namentlich aus der grundrechtlichen Tragweite des Öffentlichkeitsprinzips sowie aus Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens.²⁰² Die in Art. 29 Abs. 2 DSchG formulierten Anforderungen an die Unabhängigkeit der kommunalen Fachorgane lassen sich daher auch auf den Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten übertragen.

B. Ordentliche Organe für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen

- 54 Die Zuständigkeit für die Behandlung eines Zugangsgesuchs liegt beim öffentlichen Organ, das das Dokument erstellt oder als Hauptadressat erhalten hat oder in dessen Besitz sich das Dokument befindet.²⁰³ Dies gilt für kantonale Organe ebenso wie für Organe der Gemeinden.²⁰⁴ Wenn nötig, erlassen die verschiedenen Behörden Ausführungsreglemente, um die vertikale Verteilung der Zuständigkeit zu regeln.²⁰⁵ Die öffentlichen Organe sind verpflichtet, die bei ihnen bestehenden Ablagesysteme so zu gestalten, dass sie die Ausübung des Zugangsgesuchs erleichtern.²⁰⁶ Diese Vorgabe beruht auf der Empfehlung des Europarats über den Zugang zu öffentlichen Dokumenten²⁰⁷; sie ergibt sich in Bezug auf Informationen über die Umwelt aber auch

²⁰¹ Vgl. Botschaft Schengen-Rev. DSchG, 669.

²⁰² Vgl. oben Rz. 26 f.

²⁰³ Art. 37 Abs. 1 und 1^{bis} InfoG, Art. 17 ff. DZV, Art. 37 Abs. 1^{bis} InfoG, wonach sich das Recht auf Zugang auch auf in Kopie erhaltene Dokumente erstreckt, wurde nachträglich eingefügt, um den Anforderungen der Aarhus-Konvention zu genügen (Botschaft Änderung InfoG, 2658 f.).

²⁰⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. a und Art. 37 Abs. 1 InfoG, Art. 17 und Art. 20 DZV, Art. 83a Abs. 1 GG.

²⁰⁵ Art. 37 Abs. 1 Satz 2 InfoG; Botschaft InfoG, 984.

²⁰⁶ Art. 38 Abs. 1 InfoG.

²⁰⁷ Fn. 132; vgl. dazu Botschaft InfoG, 57.

aus der Aarhus-Konvention.²⁰⁸ Die ordentlichen Organe müssen der Öffentlichkeitsbeauftragten alle ihre Stellungnahmen und Entscheide über Zugangsgesuche im Sinne von Art. 32 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 InfoG zustellen.²⁰⁹ Damit wird sichergestellt, dass die Öffentlichkeitsbeauftragte auch dann über streitige Zugangsgesuche informiert wird, wenn diese nicht in ein Schlichtungsverfahren münden, und dass sie nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens über den weiteren Verlauf des Zugangsverfahrens informiert bleibt.²¹⁰ Auf diese Weise wird die Aufsicht der Öffentlichkeitsbeauftragten über die Umsetzung des Zugangsrechts in der Verwaltung gewährleistet.

C. Verwaltungsinterne und gerichtliche Beschwerdeinstanzen

55
Sofern dem Zugangsgesuch nicht formlos stattgegeben oder im Schlichtungsverfahren eine Einigung darüber getroffen wird, schliesst das erstinstanzliche Zugangsverfahren mit einem Entscheid des zuständigen öffentlichen Organs²¹¹ oder, in den Fällen von Art. 33a Abs. 1 InfoG, mit einem Entscheid der Kommission. Gegen erstinstanzliche Entscheide über das Zugangsgesuch stehen der gesuchstellenden Person oder betroffenen Dritten der Beschwerdeweg offen. Zur Beschwerde legitimiert sind ausserdem Privatpersonen, die gestützt auf Art. 2 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 20 Abs. 1^{bis} i.V.m. Art. 33a InfoG durch einen Entscheid der Kommission dazu verpflichtet werden, den Zugang zu Dokumenten in ihrem Besitz zu gewähren.

56
Der Beschwerdeweg richtet sich grundsätzlich nach den Bestimmungen des VRG.²¹² Verwaltungintern sind demnach die folgenden Instanzen zur Beurteilung von Beschwerden zuständig:

- Entscheide von untergeordneten Dienststellen der kantonalen Verwaltung: die Direktion (Art. 116 Abs. 1 VRG);
- Entscheide von Gemeindebehörden im Sinne von Art. 153 Abs. 1 GG: die Oberamtsperson (Art. 116 Abs. 2 VRG).

57
Das Kantonsgericht beurteilt gemäss Art. 114 Abs. 1 VRG insbesondere Beschwerden gegen Entscheide des Staatsrates und seiner Direktionen, der

²⁰⁸ Vgl. insbesondere Art. 4 Abs. 6 und Art. 5 Abs. 2 Aarhus-Konvention.

²⁰⁹ Art. 38 Abs. 2 InfoG.

²¹⁰ Botschaft InfoG, 985.

²¹¹ Art. 33 Abs. 3 InfoG.

²¹² Art. 34 Abs. 1 InfoG.

Staatskanzlei, der selbständigen kantonalen Anstalten, der Oberamtspersonen und der Organe von mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten privaten Institutionen. Ebenfalls in die Zuständigkeit des Kantonsgerichts fallen gemäss Art. 114 Abs. 1 lit. a und b VRG Beschwerden gegen die Entscheide der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission im Sinne von Art. 33a InfoG.

58 Der Verweis auf das VRG wird im InfoG mit Bestimmungen zu einigen Spezialfällen ergänzt.²¹³

- Der erste Spezialfall betrifft Organe, die dem VRG nicht unterstehen bzw. bei denen die ordentlichen Bestimmungen kein Rechtsmittel vorsehen; es sind dies insbesondere Organe des Grossen Rates und der richterlichen Gewalt. Entscheide dieser Organe sind gemäss Art. 34 Abs. 2 InfoG direkt beim Kantonsgericht anfechtbar.
- Im zweiten Fall geht es um das Kantonsgericht selbst. Das Kantonsgericht untersteht ebenfalls dem InfoG²¹⁴ und muss über Zugangsgesuche entscheiden, die an es gerichtet sind. Es bedarf daher einer Behörde, die für Beschwerden gegen seine eigenen Entscheide im Zusammenhang mit dem Zugangsrecht zuständig ist. Art. 35 Abs. 1 InfoG schreibt vor, dass das Kantonsgericht für solche Fälle innerhalb des Gerichts eine Beschwerdeinstanz schafft. Diese Beschwerdeinstanz ist gemäss Art. 20 Abs. 2 InfoRKG das Gesamtgericht. Dieses wird gemäss Art. 40 Abs. 1 JG aus allen ordentlichen Kantonsrichter*innen gebildet; es kann laut Art. 40 Abs. 2 JG nur gültig tagen oder auf dem Zirkulationsweg entscheiden, wenn mindestens zwei Drittel der Richter*innen mitwirken.
- Der dritte Fall sind Organe, die der Legislative einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbands angehören. Gegen Beschlüsse von kommunalen Legislativorganen steht gemäss Art. 154 GG im Allgemeinen einzig die Bürgerbeschwerde an die Oberamtsperson offen, zu der die Mitglieder der Gemeindeversammlung oder des Generalrates sowie der Gemeinderat befugt sind; andere Beschwerdemöglichkeiten sind weder im VRG noch im GG vorgesehen. Entscheide dieser Organe wären daher an sich nach der Regel von Art. 34 Abs. 2 InfoG beim Kantonsgericht anfechtbar. Dies wäre freilich systematisch insofern unpassend, als die

²¹³ Vgl. dazu Botschaft InfoG, 984.

²¹⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. a InfoG.

Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden gegen kommunale Organe ansonsten durchgehend bei der Oberamtsperson liegt.²¹⁵ Der Gesetzgeber hielt daher eine direkte Anfechtbarkeit von Entscheiden von kommunalen Behörden beim Kantonsgericht nicht für sachgemäss. Art. 35 Abs. 3 InfoG sieht nun vor, dass Entscheide von kommunalen Legislativorganen im Zusammenhang mit dem Zugangsrecht entgegen der Regel von Art. 34 Abs. 2 InfoG mit einer vorgängigen Beschwerde an die Oberamtsperson anfechtbar sind.

Einen weiteren Sonderfall bilden Beschwerden gegen Entscheide betreffend Zugangsgesuche, die vom Justizrat gefällt wurden. Der Justizrat ist die Aufsichtsbehörde über die Justiz; er ist unter Vorbehalt der parlamentarischen Oberaufsicht sowohl gegenüber den von ihm beaufsichtigten gerichtlichen Behörden wie auch gegenüber dem Staatsrat und der kantonalen Verwaltung sowie dem Grossen Rat und seinen Organen unabhängig.²¹⁶ Ursprünglich war vorgesehen, dass Entscheide des Justizrates betreffend das Zugangsrecht kantonal endgültig sind²¹⁷; eine Beschwerdemöglichkeit ans Kantonsgericht wurde damit ausdrücklich ausgeschlossen. Bei Erlass des InfoG entsprach dies einer generellen Regel, wonach Entscheide des Justizrates kantonal letztinstanzlich waren; damit sollte vermieden werden, dass das Kantonsgericht über Entscheide seiner eigenen Aufsichtsbehörde zu urteilen hat.²¹⁸ Die Regel, wonach Entscheide des Justizrates kantonal nicht anfechtbar sind, wurde in der Annahme getroffen, dass gegen Entscheide des Justizrates die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht offensteht.²¹⁹

Nur kurz nach Erlass des InfoG wurde allerdings das neue JG erlassen, womit die bisher geltende Gesetzgebung betreffend den Justizrat ausser Kraft trat. Die bisherigen Regeln wurden grösstenteils ins JG überführt; dies gilt allerdings nicht für die Regel, wonach Entscheide des Justizrates kantonal letztinstanzlich sind: Diese wurde ersatzlos weggelassen, ohne dass dies in den Materialien begründet worden wäre.²²⁰ Nach Erlass des JG entsprach die Bestimmung in Art. 35 Abs. 2 InfoG (in der bis 2016 geltenden Fassung), wonach Entscheide des Justizrates betreffend das Zugangsrecht kantonal letztinstanzlich sind, keiner allgemeinen Regel mehr; es wurde aber

²¹⁵ Art. 116 Abs. 2 VRG i.V.m. Art. 153 GG (Privatbeschwerde), Art. 153a GG (Beschwerde eines Gemeinderatmitglieds), Art. 154 GG (Bürgerbeschwerde).

²¹⁶ Art. 90 JG.

²¹⁷ Vgl. Botschaft InfoG, 984.

²¹⁸ Vgl. VOLLERY, FZR/RFJ 2011, Rz. 19.

²¹⁹ Vgl. DERS., FZR/RFJ 2011, Fn. 84.

²²⁰ DERS., FZR/RFJ 2011, Rz. 20.

zu diesem Zeitpunkt verpasst, diese Bestimmung abzuändern oder aufzuheben. Dies wurde erst mit der Anpassung des InfoG an die Aarhus-Konvention im Jahr 2016 nachgeholt.²²¹ Inzwischen hatte ein Rechtsgutachten ergeben, dass der Justizrat keine richterliche Behörde im Sinne von Art. 29a BV und folglich erst recht kein oberes Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG darstellt²²², sodass gegen seine Entscheide der Beschwerdeweg ans Bundesgericht nicht offensteht. Art. 35 Abs. 2 InfoG in der bis Ende 2016 geltenden Fassung erwies sich somit als bundesrechtswidrig, da der Ausschluss der Beschwerde ans Kantonsgericht die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV verletzte.²²³ Anlässlich der Anpassung des InfoG an die Aarhus-Konvention wurde Art. 35 Abs. 2 InfoG ersatzlos gestrichen. Gestützt auf das bereits erwähnte Rechtsgutachten²²⁴ hielt der Staatsrat in seiner Botschaft fest, dass Entscheide des Justizrats betreffend das Zugangsrecht in Anwendung von Art. 7a i.V.m. Art. 114 Abs. 2 lit. b VRG (Anspruch auf richterliche Überprüfung) vor dem Kantonsgericht anfechtbar sind²²⁵; u.E. gilt dies seit der Aufhebung von Art. 35 Abs. 2 InfoG allerdings bereits kraft Art. 34 Abs. 2 InfoG.

D. Informationsverantwortliche

- 61 Damit die öffentlichen Organe ihrer Informationspflicht gemäss Art. 8 InfoG – die neben der Gewährleistung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten auch die Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen umfasst – nachkommen können, bezeichnen sie einen oder mehrere Informationsverantwortliche.²²⁶ Die Organisation der Informationstätigkeit des Grossen Rates, des Staatsrates und der Verwaltung, der Gerichte und der Gemeinden ist in den einschlägigen Organisations- und Ausführungserlassen näher geregelt.²²⁷ Für den Staatsrat und die Kantonsverwaltung gelten diesbezüglich die Bestimmungen der InfoV. Gemäss Art. 7 InfoV bestimmen die Direktionen eine Ansprechperson für die Information, die namentlich ein System zur Information der Öffentlichkeit organisiert und die Website der Direktion verwaltet. Auf der Ebene der einzelnen Verwaltungseinheiten können ebenfalls Ansprechpersonen für die Information bezeichnet werden, wenn

²²¹ Botschaft Änderung InfoG, 2666.

²²² VOLLERY, FZR/RFJ 2011, Rz. 30.

²²³ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2666, wo freilich die Verfassungswidrigkeit des bisherigen Rechts nicht ausdrücklich konstatiert wurde.

²²⁴ Siehe VOLLERY, FZR/RFJ 2011.

²²⁵ Botschaft Änderung InfoG, 2666.

²²⁶ Art. 15 Abs. 1 InfoG; Botschaft InfoG, 965, 975.

²²⁷ Vgl. insb. Art. 94 GrG; Art. 5 ff. InfoV; Art. 7 InfoRKG.

die Tätigkeit der Einheit dies rechtfertigt oder ihr die Spezialgesetzgebung Informationsaufgaben überträgt.²²⁸ Die Informationstätigkeit des Staatsrates wird durch die Staatskanzlei sichergestellt.²²⁹ Die Staatskanzlei verfügt über ein Büro für Information, dem insbesondere Unterstützungsfunktionen bei der Informationstätigkeit der Staatskanzlei, der Direktionen und der Verwaltungseinheiten zukommt.²³⁰ Die Ansprechpersonen der Direktionen für die Information und die oder der Verantwortliche des Büros für Information der Staatskanzlei bilden gemeinsam die Konferenz der Informationsverantwortlichen, die beratend und koordinierend tätig ist und Weisungen betreffend die Informationstätigkeit vorbereitet.²³¹

E. Organe für das Register der Interessenbindungen

Die Mitglieder des Grossen Rates und des Staatsrates sowie die Oberamts- 62
personen sind kraft der kantonalen Verfassung dazu verpflichtet, alle ihre privaten und öffentlichen Interessenbindungen offenzulegen (Art. 88 Abs. 2 KV). Bei Erlass des InfoG wurde diese Offenlegungspflicht auf gesetzlicher Ebene auf die Mitglieder von Gemeinderäten ausgedehnt.²³² Über die gemeldeten Interessenbindungen wird ein Register geführt, das der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden muss.²³³ Die Umsetzung der Meldepflicht und der Veröffentlichung der Interessenbindungen obliegt dem Büro des Grossen Rates für die Mitglieder dieser Behörde, der Staatskanzlei für die Mitglieder des Staatsrates und den Oberamtspersonen für die Mitglieder der Gemeinderäte.²³⁴ Die eigentliche Registerführung, also die Re-

²²⁸ Art. 10 InfoV.

²²⁹ Art. 5 Abs. 1 InfoV.

²³⁰ Art. 6 InfoV.

²³¹ Art. 9 InfoV.

²³² Art. 13 Abs. 1 InfoG; Botschaft InfoG, 966, 974. Zu melden sind berufliche Tätigkeiten, Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien sowie Beiräten juristischer Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Mitwirkung in Kommissionen und anderen Organen des Bundes eines Kantons, einer Gemeinde oder einer interkantonalen oder interkommunalen Zusammenarbeit, politische Ämter sowie dauernde Leitungs- oder Beratungstätigkeiten für Interessengruppen (Art. 13 Abs. 2 InfoG). Für die Mitglieder des Staatsrates und Oberamtspersonen bleibt ein Teil der aufgezählten Tatbestände insofern toter Buchstabe, als sie mit dem Amt ohnehin unvereinbar sind (Art. 87 KV, Art. 12 SVOG, Art. 8 des Gesetzes über die Oberamtswähler i.V.m. Art. 67 StPG).

²³³ Art. 13 Abs. 1 InfoG.

²³⁴ Art. 14 Abs. 1 InfoG.

gistrierung der Daten und die Nachführung, wird vom Sekretariat des Grossen Rates, dem Sekretariat des Staatsrates und den Gemeindeschreibereien versehen.²³⁵

F. Akkreditierte Medien

- 63 Medien nehmen eine zentrale Rolle bei der Weiterleitung von Informationen an die Öffentlichkeit ein, die auch im InfoG ausdrücklich Niederschlag gefunden hat. Gemäss Art. 9 Abs. 2 InfoG wird die von Amtes wegen erteilte Information nebst der Zugänglichmachung über moderne Informationstechnologien in erster Linie durch die Medien verbreitet. Sofern es um die aktive Informationstätigkeit des Staates geht, nehmen Medienschaffende damit in einem gewissen Sinn eine Stellung als «Hilfspersonen» der informierenden Stellen wahr: Sie bereiten die Informationen für die Öffentlichkeit auf und bringen sie über das jeweilige Medium (Print- und Onlinezeitungen, Fernsehen und Radio, Blogbeiträge und Podcasts) einem breiteren Publikum zur Kenntnis. Insofern übernehmen sie eine Vermittlerfunktion.²³⁶ Freilich erschöpft sich die Rolle der Medien nicht in der Weiterleitung der Informationen; sie sind nicht «Sprachrohr» von Regierung und Verwaltung, sondern nehmen durch ihre Recherchen über die staatliche Tätigkeit und die kritische Berichterstattung eine journalistische Wächterfunktion ein.²³⁷
- 64 Das InfoG trägt der besonderen Rolle der Medien in verschiedener Hinsicht Rechnung. Art. 18 Abs. 1 InfoG stellt den Grundsatz auf, dass die öffentlichen Organe den Zugang der Medien zu öffentlichen Sitzungen und zu Informationen soweit wie möglich zu erleichtern haben. Medienschaffende verfügen bei öffentlichen Sitzungen über reservierte Plätze²³⁸ und der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist für Medien ausnahmslos gebührenfrei.²³⁹ Um die Vermittlerrolle der Medien zu erleichtern, sieht das InfoG zudem die Möglichkeit eines Akkreditierungssystems vor.²⁴⁰ Die Akkreditierung berechtigt dazu, von Amtes wegen gewisse Unterlagen zu erhalten, auf die Verfügbarkeit gewisser Unterlagen im Internet hingewiesen zu werden und zu Medienkonferenzen eingeladen zu werden.²⁴¹ Bei Missbrauch

²³⁵ Art. 14 Abs. 3 InfoG; Botschaft InfoG, 974.

²³⁶ ZELLER/KIENER, BSK BV, Art. 17 Rz. 8.

²³⁷ Vgl. DIES., BSK BV, Art. 17 Rz. 8.

²³⁸ Art. 19 Abs. 1 InfoG.

²³⁹ Art. 17 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 2 InfoG.

²⁴⁰ Art. 18 InfoG; Art. 16 ff. InfoV.

²⁴¹ Art. 18 Abs. 2 InfoG, Art. 19 InfoV.

der Akkreditierung können Administrativmassnahmen bis hin zum Entzug der Akkreditierung ausgesprochen werden.²⁴² Dabei ist zu beachten, dass die Tätigkeit von Journalist*innen unter dem Schutz der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV steht, die auch durch die Kantonsverfassung gewährleistet wird (Art. 20 KV). Insbesondere darf die Akkreditierung nicht als Instrument zur Kontrolle von Medieninhalten verwendet werden, indem bei missliebiger Berichterstattung Massnahmen im Sinne von Art. 18 Abs. 3 und 4 InfoG ergriffen werden. Der Entzug der Akkreditierung ist gemäss Art. 18 Abs. 4 InfoG nur bei wiederholter, schwerer Missachtung der vom Schweizer Presserat erarbeiteten Berufs- und Standesregeln für Medienschaffende und nach Konsultation des Presserats möglich.²⁴³

²⁴² Art. 18 Abs. 3 und 4 InfoG, Art. 18 InfoV.

²⁴³ Vgl. dazu Botschaft InfoG, 975.