

Hinweis

Hierbei handelt es sich um das Original des in französischer Sprache erschienenen Beitrags von BERNHARD WALDMANN, *Procédure d'accès aux documents officiels*, aus: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 177–221.

Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten

BERNHARD WALDMANN*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung und Ausgangslage	2
II. Zugangsverfahren in Bund und Kantonen in der Übersicht	4
III. Das Zugangsverfahren im Kanton Freiburg	5
A. Wesensmerkmale	6
1. Mehrere Etappen innerhalb eines gesamtheitlichen Verfahrens ...	6
2. Obligatorisches Vorverfahren	8
3. Beschleunigungsgebot, unter gleichzeitiger Wahrung der Interessen betroffener Dritter	8
B. Die einzelnen Verfahrensetappen	10
1. Einleitung und Vorprüfung	10
a) Gesuch	10
b) Zuständigkeit	13
c) Verfahren	14
aa) Entgegennahme und formelle Prüfung	16
bb) Materielle Prüfung.....	17
cc) Beantwortung des Gesuchs.....	20
2. Schlichtungsverfahren	23
a) Allgemeines	23
b) Einleitung	26
c) Verfahren	29
aa) Allgemeines	29
bb) Verfahrensablauf	31
cc) Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten	34
dd) Abschluss des Verfahrens.....	39
aaa) Einigung.....	39
bbb) Empfehlung.....	43
ccc) Andere Konstellationen	44
3. Entscheidverfahren.....	45
4. Rechtsmittelverfahren	47
IV. Würdigung.....	48

* Ich danke Herrn MLaw FLORIAN BERGAMIN und MLaw OLIVER GAUTSCHI für die Mitwirkung bei den Vorarbeiten und die redaktionelle Bereinigung des Textes.

I. Einleitung und Ausgangslage

- 1 Im Kanton Freiburg werden das Recht auf Information sowie das Recht, amtliche Dokumente einzusehen, als Grundrecht gewährleistet (Art. 19 Abs. 2 KV).¹ Bereits mit dem Inkrafttreten der Kantonsverfassung (1. Januar 2005) konnten sich Einzelne unmittelbar darauf berufen.² Dennoch bedurfte es eines Gesetzes, um das Grundrecht in all seine Dimensionen – dazu gehören neben den einklagbaren (subjektiv-rechtlichen) Ansprüchen auch das darin enthaltene (objektivrechtliche) Öffentlichkeitsprinzip – zur Verwirklichung zu bringen. Denn die Behörden waren zum einen an das neue Grundrecht gebunden und zum andern verpflichtet, für dessen *tatsächliche Verwirklichung* zu sorgen.³ Dieser Verwirklichungsauftrag adressierte sich vorab an den Gesetzgeber, der mit dem Erlass des InfoG nicht nur den Inhalt und die Schranken des Rechts auf Information konkretisierte, sondern auch das Verfahren zu dessen Geltendmachung und Durchsetzung bestimmte. Mit anderen Worten umfasst das Grundrecht auf Information und auf Zugang zu amtlichen Dokumenten auch die an die rechtsetzenden Behörden gerichtete programmatische Pflicht, *Institutionen und Verfahren* zu schaffen, um die tatsächliche Inanspruchnahme und Durchsetzung der Informationsansprüche zu ermöglichen und dem Öffentlichkeitsprinzip wirksam zum Durchbruch zu verhelfen.⁴
- 2 In der Ausgestaltung der Institutionen und Verfahren verfügen die rechtsetzenden Behörden über grosse Gestaltungsspielräume. Dabei sind allerdings gewisse *Leitplanken* zu beachten:
 - Zunächst müssen die Verfahren so ausgestaltet sein, dass sie eine tatsächliche Wirksamkeit des grundrechtlichen Anspruchs auf Einsicht in amtliche Dokumente ermöglichen. Dies bedingt eine möglichst «speditiv und unbürokratische Behandlung» der Zugangsgesuche.⁵ Erforderlich sind ferner wirksame Durchsetzungsmechanismen. Bei Streitigkeiten über den Bestand, den Umfang und die Schranken rechtlicher Ansprüche ist überdies aufgrund spezifischer Grundrechtsgarantien (vgl. Art. 29a BV, Art. 30 KV) ein hinreichender gerichtlicher Rechtsschutz sicherzustellen.

¹ Vgl. dazu eingehender den Beitrag von EVA MARIA BELSER und GÉRALDINE CATILAZ in diesem Band.

² BARRELET, 161 f.

³ Zum Auftrag der Grundrechtsverwirklichung statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 47; WALDMANN, BSK BV, Art. 35 Rz. 35 ff.

⁴ Vgl. zur Grundrechtsverwirklichung über Verfahren KIENER, ZBl 2013, 581.

⁵ HÄNER, Funktion, 62.

- Vorgaben für die Ausgestaltung des Verfahrens ergeben sich – spezifisch für den Zugang zu amtlichen Dokumenten – auch aus dem Völkerrecht:

Das Übereinkommen des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten («*Tromsø-Übereinkommen*⁶) verpflichtet die Vertragsstaaten, die nötigen Massnahmen zu treffen, um die Wirksamkeit der vertraglich gewährleisteten Zugangsrechte zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 2). Im Einzelnen verbieten sich übermässige formelle Anforderungen an Zugangsgesuche (Art. 4 Abs. 3); die zuständigen Behörden haben Gesuche so rasch wie möglich bzw. innert einer zum Voraus bekannten vernünftigen Frist zu behandeln (Art. 5 Abs. 4) und die Gesuchsteller zu unterstützen (Art. 5 Abs. 1); Verweigerungen und Einschränkungen des Zugangs sind zu begründen (Art. 5 Abs. 6), und die Betroffenen haben Anspruch auf ein Rechtsmittel vor einem Gericht oder einer unabhängigen, vom Gesetz vorgesehenen Behörde (Art. 8). Die Schweiz hat dieses Übereinkommen bisher nicht unterzeichnet.

Für die Schweiz verbindlich sind indes die Vorgaben der *Aarhus-Konvention*; diese gilt allerdings lediglich für den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen über die Umwelt. Sie gibt aber Fristen für die Behandlung der Gesuche vor (Art. 4 Abs. 2), regelt das Vorgehen, wenn eine Behörde nicht über die beantragten öffentlichen Informationen verfügt (Art. 4 Abs. 5), und verlangt bei Streitigkeiten den Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht oder einer anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle (Art. 9 Abs. 1).

Schliesslich ist auf die *Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats* vom 21. Februar 2002⁷ hinzuweisen. Diese bezieht sich auf die Ausgestaltung des Zugangsverfahrens und des Rechtsschutzes. Im Zentrum steht dabei die Pflicht aller staatlicher Behörden, Zugangsgesuche zu amtlichen Dokumenten rasch, ohne Diskriminierung und in einem Geist der Kooperation zu behandeln.⁸

Im Folgenden ist zunächst kurz darzustellen, wie Bund und Kantone das Verfahren zum Zugang zu amtlichen Dokumenten geregelt haben (II.), bevor ausführlicher auf die Regelung und deren Anwendungspraxis im Kanton Freiburg eingegangen wird (III.). Im Rahmen einer Würdigung sollen

⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents public du 18 juin 2009 (STCE n° 205).

⁷ Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics.

⁸ Exposé des motifs concernant la Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'accès aux documents publics.

schliesslich mögliche neuralgische Punkte der Freiburger Regelung thematisiert werden (IV.).

II. Zugangsverfahren in Bund und Kantonen in der Übersicht

4 Die parallelen Zuständigkeiten von Bund und Kantonen für die Organisation ihrer Behörden führt nicht nur zu unterschiedlichen Regelungen in der Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, sondern auch zu verschieden ausgestalteten Zugangsverfahren. Auch wenn Bund und Kantone je eigene Vorschriften kennen, haben sie sich teilweise an bestehenden Konzepten orientiert.⁹ Daraus lassen sich – unter Vorbehalt einzelner Nuancierungen – Regelungsmuster erkennen, die sich vereinfachend in vier Gruppen aufteilen lassen:

- 1) *Einfaches Verfügungsverfahren (ohne Vorverfahren)*: In den Kantonen Bern¹⁰ und Schaffhausen¹¹ wird mit der Einreichung eines Gesuchs um den Zugang zu amtlichen Dokumenten unmittelbar ein Verwaltungsverfahren eröffnet. Die zuständige Behörde entscheidet darüber ohne vorangehendes Mediationsverfahren. Dies schliesst freilich konsensuale Lösungen nicht aus.
- 2) *Vorverfahren und Verfügungsverfahren (im Streitfall)*: In anderen Kantonen werden Gesuche um den Zugang zu amtlichen Dokumenten von der zuständigen Behörde geprüft. Wird dem Gesuch ohne Einschränkungen stattgegeben, ergeht keine Verfügung. Lehnt die Behörde den Zugang ganz oder teilweise ab oder gewährt sie den Zugang entgegen dem Willen Dritter, erlässt sie von Amtes wegen¹² oder auf Antrag¹³ hin eine Verfügung.

⁹ Vgl. für Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Zugangsverfahren in den Westschweizer Kantonen BOILLAT/WERLY, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 39 ff.

¹⁰ Art. 35 IG BE; vgl. dazu NUSPLIGER, 51.

¹¹ Art. 8a Organisationsgesetz SH.

¹² Vgl. Art. 17 Abs. 1 Informationsgesetz AR; Art. 12 Abs. 2 Öffentlichkeitsgesetz GR; § 15 Abs. 2 Öffentlichkeitsgesetz ZG; § 27 IDG ZH.

¹³ § 38 IDAG AG (eine fakultative Vermittlung durch die beauftragte Person für Öffentlichkeit und Datenschutz bleibt möglich, vgl. § 31 Abs. 1 lit. d IDAG); § 31 Abs. 4 IDG BL; § 33 Abs. 4 IDG BS; Art. 17 Abs. 1 Öffentlichkeitsgesetz SG. In die gleiche Richtung geht auch der Regelungsentwurf im Kanton Glarus (VE-IDAG).

- 3) *Vorverfahren (mit fakultativem Schlichtungsverfahren) und Verfügungsverfahren:* Andere Kantone überlassen der gesuchstellenden Person die Wahl, ob sie nach einer Stellungnahme des öffentlichen Organs, das Zugangsgesuch ganz oder teilweise abzulehnen, innert einer bestimmten Frist ein Schlichtungsverfahren beantragen oder beim zuständigen Organ den Erlass einer Verfügung verlangen will.¹⁴ Scheitert das Schlichtungsverfahren, entscheidet das öffentliche Organ ebenfalls durch Verfügung.

Eine Spezialregelung kennt der Kanton Waadt:¹⁵ Die gesuchstellende Person kann gegen eine negative Stellungnahme zum Zugangsgesuch entweder beim Kantonsgericht oder aber beim Beauftragten für Datenschutz und Information Beschwerde erheben. Gelingt es dem Beauftragten nicht, eine Einigung herbeizuführen, entscheidet er mit Verfügung über das Zugangsgesuch.

- 4) *Vorverfahren (mit obligatorischem Schlichtungsverfahren) und Verfügungsverfahren:* Ein anderes Grundmodell sieht ein zweistufiges Vorverfahren vor, in welchem zunächst das öffentliche Organ das Zugangsgesuch prüft und bei einer ganzen oder teilweisen Verweigerung des Gesuchs bzw. bei einer Gewährung des Zugangs trotz des Einspruchs einer Drittperson eine Stellungnahme abgibt. Daraufhin können die gesuchstellende Person oder die Drittperson ein Mediations- bzw. Schlichtungsverfahren bei einer besonders dafür geschaffenen Behörde einleiten. Kommt keine Schlichtung zustande, gibt diese Behörde eine Empfehlung ab und das zuständige öffentliche Organ erlässt von Amtes wegen oder auf Antrag eine Verfügung.¹⁶

III. Das Zugangsverfahren im Kanton Freiburg

Das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten ist im Kanton 5
Freiburg in den Grundzügen im Gesetz (Art. 31 ff. InfoG) geregelt. Der
Gesetzgeber folgte dabei explizit¹⁷ dem Verfahrensmodell des Bundes und

¹⁴ § 33 Abs. 3 und § 35 Abs. 2 ÖDSG SZ; Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 LIT TI.

¹⁵ Art. 20 f. LInfo VD.

¹⁶ Vgl. für den Bund Art. 10 ff. BGÖ; für die Kantone Art. 30 und 32 DIAG AI; Art. 31 ff. InfoG FR; Art. 28 ff. LIPAD GE (dazu SAYEGH, S. 62 ff.); § 34 ff. InfoDG SO; Art. 8 OeG UR; Art. 48 ff. GIDA VS. Eine besondere Regelung gilt für die Kantone Jura und Neuenburg: Bei einem Scheitern der Schlichtung kann weder der oder die Beauftragte eine Empfehlung aussprechen noch liegt die Entscheidungszuständigkeit beim öffentlichen Organ; zuständig für den Entscheid ist vielmehr die «Commission de la protection des données et de la transparence» (Art. 74 ff. i.V.m. Art. 42 Abs. 1 CPDT-JUNE).

¹⁷ Botschaft InfoG, 968.

der Kantone Genf und Solothurn.¹⁸ Die Einzelheiten werden auf Verordnungsstufe normiert (Art. 9 ff. DZV).

- 6 Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Wesensmerkmale des Verfahrens dargestellt (A.), bevor näher auf die einzelnen Verfahrensetappen einzugehen ist (B.).

A. Wesensmerkmale

1. Mehrere Etappen innerhalb eines gesamtheitlichen Verfahrens

- 7 Mit dem Gesuch um Zugang zu einem amtlichen Dokument wird ein Verfahren ausgelöst, das sich in zwei Hauptteile und innerhalb derselben in mehrere Phasen oder Etappen aufgliedern lässt.¹⁹

- Der *erste Hauptteil* besteht aus einem gesetzlich geregelten, aber weitgehend informellen *Vorverfahren*:

In einer *ersten Phase* («*Vorprüfung*»)²⁰ prüft das öffentliche Organ das Gesuch, unterstützt die gesuchstellende Person wenn nötig bei der Identifizierung des gesuchten Dokuments, prüft das Vorliegen möglicher entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen und hört betroffene Dritte an. Diese Phase endet entweder mit einem formlos gewährten Zugang oder – falls der Zugang ganz oder teilweise verweigert oder aufgeschoben oder der Zugang trotz Einspruchs einer Drittperson gewährt werden soll – mit einer schriftlichen Stellungnahme.

Die *zweite Phase* («*Schlichtungsverfahren*»)²¹ wird mit dem Schlichtungsantrag eingeleitet, den die gesuchstellende Person oder Dritte, die erfolglos Einspruch erhoben haben, innert 30 Tagen nach der Stellungnahme des öffentlichen Organs bei der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz (im Folgenden: Beauftragte) einreichen können. Sind

¹⁸ Inzwischen haben sich weitere Kantone für dieses Modell entschieden (vgl. Fn. 16).

¹⁹ Zum Ganzen (teilweise mit Nuancierungen) Botschaft InfoG, 968, 982 ff.; VOLLERY, FZR/RFJ 2014, 343; DERS., FZR/RFJ 2009, Rz. 108; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 12. Vgl. analog für das Zugangsverfahren im Bund Botschaft BGÖ, BBI 2003 2018 ff.

²⁰ Vgl. Art. 32 InfoG; Art. 9–13a DZV; im Einzelnen Rz. 20 ff.

²¹ Vgl. Art. 33 Abs. 1–2 InfoG; Art. 14–14a DZV; im Einzelnen Rz. 32 ff.

die Voraussetzungen für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens erfüllt und wird der Schlichtungsantrag nicht zurückgezogen, endet das Verfahren mit einer Einigung oder – falls eine solche nicht zustande kommt – mit einer Empfehlung der Beauftragten.

- Der *zweite Hauptteil* umfasst die formelle Entscheidung über das Zugangsgesuch und das daran anschliessende Rechtsmittelverfahren.

Erst nach einem erfolglos durchlaufenen Schlichtungsverfahren und nur für den Fall, dass die Beauftragte eine Empfehlung abgegeben hat, eröffnet das zuständige Organ (oder in gewissen Fällen die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission) ein *Verwaltungsverfahren*, das in einen Entscheid über das Zugangsgesuch mündet.²²

Dieser Entscheid kann (in einer letzten Phase) gemäss den *ordentlichen Rechtsmitteln* der Verwaltungsrechtspflege angefochten werden.²³ Letztinstanzlich führt der Beschwerdeweg an das Bundesgericht.²⁴

Ungeachtet dieser Etappierung bildet das Zugangsverfahren «*ein unteilbares Ganzes*»²⁵, das letztlich im Streitfall innerhalb gesetzlich festgelegter Fristen zu einem anfechtbaren Entscheid über das Zugangsgesuch führen soll. Kommt es während des Vorverfahrens zu Verzögerungen durch das öffentliche Organ oder die Schlichtungsbehörde, wird der Erlass eines Entscheids durch das öffentliche Organ blockiert und der gesuchstellenden Person damit letztlich der Anspruch auf einen anfechtbaren Entscheid vorenthalten. Selbst wenn den verfassungsmässigen Verfahrensgarantien die Anwendung in den einzelnen Phasen des Vorverfahrens versagt wird (Rz. 9), bleiben sie für das Verfahren, das einem formellen Entscheid in seiner Gesamtheit vorangeht, von Bedeutung.

So ist beispielsweise das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. der Rechtsverzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV) verletzt, wenn das öffentliche Organ das Zugangsgesuch zu Unrecht nicht behandelt oder seine Stellungnahme verzögert oder wenn die Beauftragte das Schlichtungsverfahren unrechtmässig einstellt.²⁶ Mit welchem Rechtsmittel eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV gerügt werden kann, ist freilich eine andere Frage.

²² Vgl. Art. 33–33a InfoG; Art. 15 DZV; im Einzelnen Rz. 66 ff.

²³ Art. 34 f. InfoG; im Einzelnen Rz. 70 ff.

²⁴ Art. 82 ff. BGG.

²⁵ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019 S. 6 («un tout indissociable»); das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde abgewiesen (Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020); WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 12; vgl. analog für den Bund BVGE 2014/6 E. 1.2.3; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 3.

²⁶ Vgl. KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019 (sowie dazu BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 3.2).

2. *Obligatorisches Vorverfahren*

- 9 Dem Entscheidverfahren über das Zugangsgesuch geht ein ausgedehntes Vorverfahren voraus, das zwar *gesetzlich geregelt* ist, aber nicht den Bestimmungen eines (förmlichen) Verwaltungsverfahrens untersteht, sondern weitgehend *informell* abläuft.

Die (allgemeinen) Verfahrensgarantien des Verfassungs- und Völkerrechts (insbesondere Art. 29 BV) finden auf das Vorverfahren keine Anwendung. Vorbehalten bleibt freilich die Geltung der für die Gesamtheit staatlichen Handelns anwendbaren materiellen Verfassungsgrundsätze, wie insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) sowie die Grundrechte der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV).²⁷

- 10 Das Vorverfahren ist insofern *obligatorisch*, als es dem öffentlichen Organ verwehrt ist, vor seinem Abschluss über das Zugangsgesuch in Verfügungsform zu entscheiden.²⁸ Mit dem Vorverfahren wollte der Gesetzgeber einvernehmliche und informelle Lösungen zwischen der gesuchstellenden Person, dem öffentlichen Organ und allfälligen Drittbetroffenen bevorzugen, um den Zugang zu amtlichen Dokumenten soweit möglich von förmlichen Entscheidungsverfahren zu befreien und das Verfahren dadurch insgesamt zu beschleunigen.²⁹

3. *Beschleunigungsgebot, unter gleichzeitiger Wahrung der Interessen betroffener Dritter*

- 11 Für die tatsächliche Gewährleistung des Rechts auf Information ist es wichtig, dass die gesuchstellenden Personen (und dabei in besonderem Masse die Medien) möglichst rasch und unkompliziert Zugang zu den amtlichen Dokumenten erhalten oder aber wenigstens im Streitfall einen anfechtbaren

²⁷ Vgl. im Ergebnis auch HÄNER, SHK BGÖ, Art. 10 Rz. 8 f., 11. Weitergehend (und wohl anderer Meinung) STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221 (Fn. 500), wonach die «Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit zum Tragen kommen».

²⁸ Vgl. Botschaft InfoG, 968.

²⁹ Vgl. Botschaft InfoG, 968 f.; VOLLERY, FZR/RFJ 2014, 344; DERS., FZR/RFJ 2019, 186; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 3.

Entscheid über das Zugangsrecht erwirken können. Vor diesem Hintergrund – und im Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben³⁰ und Empfehlungen³¹ – statuieren das InfoG und seine Ausführungsverordnung (DZV) ein *Beschleunigungsgebot*,³² indem sie für die einzelnen Verfahrensetappen³³ bzw. für das gesamte Verfahren bis zum Entscheid³⁴ feste Fristen setzen, die in der Regel nicht überschritten, wohl aber unterschritten werden dürfen bzw. je nach Natur der Angelegenheit oder in Berücksichtigung der Interessen der Gesuchstellerinnen (insbesondere der Medien) nicht ausgeschöpft werden sollten.

In einem Spannungsfeld zum Beschleunigungsgebot stehen die Pflicht des öffentlichen Organs, *betreffene Dritte* anzuhören sowie das Recht der in ihren privaten Interessen betroffenen Dritten, sich dem Zugang zu widersetzen und als Partei am weiteren Verfahren teilzunehmen.³⁵ Das Interesse an einem beschleunigten Zugangsverfahren und die Wahrung der Persönlichkeitsrechte Dritter stehen einander sowohl von Verfassungs³⁶ als auch von Gesetzes wegen gleichberechtigt gegenüber. Teilweise hat der Staatsrat in der Ausführungsverordnung den privaten Interessen Dritter durch verlängerte Behandlungsfristen Rechnung getragen.³⁷ Im Bereich von Umweltinformationen wird das Verfahren (bis zum erstinstanzlichen Entscheid) nur auf expliziten Antrag des Gesuchstellers auf 60 Tage verkürzt; wird kein solcher Antrag gestellt, wird vermutet, dass er darauf verzichtet.³⁸ Innerhalb des rechtlichen Rahmens liegt es in erster Linie am öffentlichen Organ bzw. an der Beauftragten, das Beschleunigungsgebot und den Schutz der Persönlichkeitsrechte Dritter in der Ausgestaltung und Abwicklung möglichst gut «unter einen Hut zu bringen»³⁹.

³⁰ Vgl. für Informationen über die Umwelt Art. 4 Abs. 2 Aarhus-Konvention («so bald wie möglich», «spätestens jedoch einen Monat nach Antragstellung», «Fristverlängerung auf bis zu zwei Monate»).

³¹ Recommendation Rec (2002) 2 (Fn. 7), Ziff. VI.3 («être traitée rapidement», «à l'intérieur d'un délai fixe qui peut avoir été précisé au préalable»).

³² Botschaft InfoG, 969.

³³ Art. 32 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG i.V.m. Art. 13–13a DZV (Erstbehandlung Gesuch durch das verfügende Organ; dazu Rz. 20); Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG i.V.m. Art. 14 Abs. 4 DZV (Schlichtungsverfahren; dazu Rz. 45).

³⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG i.V.m. Art. 13a Abs. 1 DZV (Informationen über die Umwelt).

³⁵ Vgl. Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 1 InfoG. Vgl. auch Rz. 27.

³⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 KV.

³⁷ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b DZV.

³⁸ Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG i.V.m. Art. 13a Abs. 1 DZV. Vgl. dazu STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 3.2.2.

³⁹ Vgl. Botschaft Änderung InfoG, 2666.

B. Die einzelnen Verfahrensetappen

1. Einleitung und Vorprüfung

a) Gesuch

- 13 Das Verfahren für den Zugang zu einem oder mehreren amtlichen Dokumenten wird durch ein entsprechendes *Gesuch* eingeleitet. Das Gesetz definiert den Begriff des Gesuchs nicht, stellt aber auf ein materielles Verständnis ab. Ob ein Gesuch auf Einleitung eines Verfahrens nach Art. 31 ff. InfoG,⁴⁰ ein Gesuch auf Einleitung eines spezialgesetzlichen Einsichtsverfahrens⁴¹ oder lediglich ein Auskunftsbegehren⁴² vorliegt, ist durch Auslegung der Anfrage zu ermitteln, mit welcher sich eine Person an das öffentliche Organ wendet.⁴³

Verwendet die gesuchstellende Person das auf der Website der ÖDSB für Zugangsgesuche zur Verfügung stehende Formular, bietet die Beurteilung, ob ein Verfahren nach Art. 31 ff. InfoG eröffnet werden soll, in der Regel keine Probleme. Wo der Wille der gesuchstellenden Person aus der Anfrage nicht klar hervorgeht, hat das öffentliche Organ aufgrund seiner Unterstützungspflicht (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 32 Abs. 1 InfoG) nötigenfalls durch Rückfragen für Klarheit zu sorgen.

- 14 Zur Gesuchseinreichung sind alle Trägerinnen und Träger des Zugangsrechts berechtigt. Dies sind gemäss Art. 20 Abs. 1 InfoG alle *natürlichen und juristischen Personen*⁴⁴. Zur anspruchsberechtigten Öffentlichkeit ge-

⁴⁰ Kein Verfahren durchzuführen ist für Gesuche, die bereits publizierte Dokumente betreffen (vgl. Art. 1a DZV; ÖDSB, Leitfaden, 1).

⁴¹ So insbesondere ein Gesuch auf Akteneinsicht in einem hängigen Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 2 ZPO, Art. 101 StPO; Art. 63 VRG) oder ein Gesuch um Auskunft über (eigene) Personendaten (Art. 23 ff. DSchG); vgl. dazu auch KGer, Urteil 601 2019 222 vom 23. März 2021 (Zugang Personendaten bei der Polizei).

⁴² Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 10 Abs. 2 InfoG.

⁴³ Im Ergebnis auch ÖDSB, Leitfaden, 1; VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 104.

⁴⁴ Obwohl *juristische Personen des öffentlichen Rechts* (grundsätzlich) als öffentliche Aufgabenträger nicht zu den Trägern des grundrechtlichen Informationsanspruchs (Art. 19 KV) gehören, scheinen die Materialien sie ebenfalls in den Kreis der Anspruchsberechtigten einzuschliessen (vgl. Botschaft InfoG, 976). Diese weite Auslegung ist abzulehnen. Sie führt zu einer Vermischung (oder gar Umgehung) der Amtshilfe und hätte in Anwendung des Prinzips «access to one, access

hören somit insbesondere auch ausserkantonale und ausländische Staatsangehörige, Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Kantons oder der Schweiz sowie Minderjährige.⁴⁵ Zulässig ist ebenfalls eine Gesuchseinreichung über den gesetzlichen oder einen gewillkürten Vertreter.

Aus dieser Jedermanns-Zugangsberechtigung wird im Allgemeinen gefolgert, dass die gesuchstellende Person keine Angaben zur *Identität* zu machen braucht und die öffentlichen Organe auch anonyme Gesuche behandeln müssen.⁴⁶ Immerhin kann die gesuchstellende Person ein praktisches Interesse daran haben, ihre Identität offenzulegen, etwa wenn sie für die Zustellung des Dokuments oder der Korrespondenz der Behörden (insbesondere eine allfällige Gebührenrechnung) den Postweg wünscht.⁴⁷ Aber auch das öffentliche Organ kann für eine Einsichtnahme vor Ort aus Sicherheitsgründen einen Identitätsnachweis verlangen.⁴⁸ In Konstellationen mit entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen kann die Offenlegung der Identität geboten sein, um die Abklärungen und damit das Verfahren zu beschleunigen. Spätestens im Entscheidverfahren (Rz. 66 ff.) muss die gesuchstellende Person aus ihrer Anonymität heraustreten.

Das Gesuch kann *formlos* eingereicht werden (Art. 31 Abs. 2 InfoG). Es besteht weder eine Formularpflicht⁴⁹ noch wird eine bestimmte Form vorgeschrieben. Das Gesuch kann in Briefform, per E-Mail, telefonisch oder vor Ort gestellt werden.⁵⁰ Wenn die ordnungsgemässe und rasche Behandlung des Gesuchs es erfordert, kann die Behörde ein schriftliches Gesuch bzw. eine schriftliche Bestätigung verlangen,⁵¹ wobei auch dafür keine Unterschrift erforderlich ist.

to all» zur Folge, dass Dokumente, die anderen öffentlichen Aufgabenträgern übermittelt werden, ohne weitere Prüfung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden müssten.

⁴⁵ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 46; vgl. analog auf Bundesebene Botschaft BGÖ, BBl 2003 2019; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 14.

⁴⁶ Botschaft InfoG, 982; vgl. analog auf Bundesebene BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 15; CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 24 (Fn. 91); HÄNER, SHK BGÖ, Art. 10 Rz. 31.

⁴⁷ Vgl. auch Botschaft InfoG, 982.

⁴⁸ Vgl. auf Bundesebene Art. 4 Abs. 3 VBGÖ; dazu HÄNER, SHK BGÖ, Art. 10 Rz. 31.

⁴⁹ Immerhin wird die Staatskanzlei in Art. 16 Abs. 2 lit. a DZV angehalten, dafür zu sorgen, dass auf dem Internet Formulare bekanntgemacht werden, mit denen Zugangsgesuche erleichtert werden.

⁵⁰ Statt vieler Botschaft InfoG, 982. Vgl. analog für den Bund Art. 7 Abs. 1 VBGÖ und dazu BJ, Erläuterungen VBGÖ, 9; BVGer, Urteil A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 4.1; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 32.

⁵¹ Vgl. Art. 31 Abs. 2 InfoG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 DZV.

16 Da der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten kein schutzwürdiges Interesse voraussetzt, muss das Gesuch auch keine Angaben zur Verwendung – zu privaten oder kommerziellen Zwecken – enthalten.⁵² Überhaupt braucht das Gesuch *nicht begründet* zu werden (Art. 31 Abs. 2 InfoG). Da sich das Zugangsrecht lediglich auf dokumentierte Informationen bezieht, muss es indes ausreichende *Angaben zur Identifizierung des verlangten Dokuments* enthalten (Art. 31 Abs. 1 InfoG).⁵³ Dazu gehören Angaben oder Verweise auf den Titel und das Datum des Dokuments, dessen Verfasserinnen oder Verfasser oder – wenn das alles unbekannt ist – Hinweise auf einen bestimmten Zeitraum oder den betreffenden Bereich (Art. 9 Abs. 1 DZV). Das öffentliche Organ ist verpflichtet, die gesuchstellende Person bei der Identifizierung des gesuchten Dokuments zu unterstützen und ihr dazu die notwendigen Auskünfte zu erteilen (Art. 32 Abs. 1 InfoG; Art. 9 Abs. 2 DZV). Auch dafür bedarf es aber seitens der gesuchstellenden Person eines Minimums an Angaben zum Bereich und Zeitraum der dokumentierten Informationen, die eine Eingrenzung und Bestimmung der dazu vorhandenen Dokumente erlauben. Entsprechend kann das öffentliche Organ die gesuchstellende Person auffordern, zusätzliche Angaben zum gesuchten Dokument zu liefern (Art. 9 Abs. 3 DZV). Das öffentliche Organ darf aber nur Angaben verlangen, soweit diese für die Auffindung des Dokuments benötigt werden und von der gesuchstellenden Person unter zumutbarem Aufwand geliefert werden können.⁵⁴ Die Anforderungen an die Präzisierung des Gesuchs dürfen nicht überspannt werden und hängen von den konkreten Verhältnissen (Existenz eines Ablagesystems i.S.v. Art. 38 Abs. 1 InfoG, Informationsstand und Fähigkeiten der gesuchstellenden Person usw.) ab.⁵⁵ Ist eine Präzisierung des Gesuchs mangels hinreichender Informationen unmöglich oder mit grossen Schwierigkeiten verbunden, hat das öffentliche Organ Unterstützung zu leisten, indem es der gesuchstellenden Person beispielsweise eine Liste vorhandener Dokumente oder einen Auszug aus dem Dokumentenablagensystem bereitstellt.⁵⁶

Auf Bundesebene statuiert Art. 7 Abs. 4 VBGÖ eine Rücktrittsfiktion, sofern die gesuchstellende Person die für die Identifizierung des verlangten Dokuments zusätzlich erforderlichen Angaben nicht innert 10 Tagen liefert.⁵⁷ Eine entsprechende Bestimmung

⁵² Vgl. KGer, Urteil 601 2014 118 vom 23. Dezember 2014 E. 6e, in: FZR/RFJ 2014, 334 ff.; BOILLAT/WERLY, *Transparence passive*, 217; vgl. analog auf Bundesebene statt vieler BVGE 2013/50 E. 7.2.

⁵³ Botschaft InfoG, 982.

⁵⁴ Vgl. analog für den Bund HÄNER, SHK BGÖ, Art. 10 Rz. 32.

⁵⁵ Vgl. analog für den Bund BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 41.

⁵⁶ KGer, Urteil 601 2020 183 vom 29. April 2021 S. 7; vgl. analog für das Verfahren auf Bundesebene BGE 142 II 324 E. 3.5.

⁵⁷ Vgl. dazu BJ, Erläuterungen VBGÖ, 9.

fehlt im Freiburgischen Recht. Obwohl die Bestimmungen des VRG auf das Vorverfahren nicht anwendbar sind, ist das öffentliche Organ im Rahmen der Verfahrensleitung (Rz. 21) befugt, der gesuchstellenden Person für die Präzisierungen des Gesuchs eine Frist zu setzen und bei Nichteinhaltung dieser Frist darauf nicht einzutreten. In diesem Fall steht es der gesuchstellenden Person frei, bei der Beauftragten einen Schlichtungsantrag zu stellen und dort die Zugangsverweigerung zu monieren oder aber zu einem späteren Zeitpunkt ein neues Zugangsgesuch einzureichen.

Wer um einen Zugang zu Informationen über die Umwelt ersucht und die Geltung der *verkürzten Behandlungsfristen* gemäss Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG erwirken will, muss dies im Gesuch explizit verlangen; ansonsten wird angenommen, dass er darauf verzichtet (Art. 13a Abs. 1 DZV), womit die ordentlichen Fristen für die Behandlung des Gesuchs zur Anwendung gelangen. 17

Diese Regelung wirft die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit der Aarhus-Konvention auf, welche in Art. 4 Abs. 2 verlangt, dass Informationen über die Umwelt spätestens einen Monat nach Antragstellung zur Verfügung gestellt werden, wobei eine Verlängerung auf bis zu zwei Monate nach Antragstellung möglich ist. Zwar kann eine Gesuchstellerin auf die Einhaltung dieser Fristen durch Einwilligung verzichten. Die Freiburger Regelung verlangt aber für die Geltung der verkürzten Behandlungsfristen einen Antrag (Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG) und geht beim Fehlen eines solchen von einem Verzicht durch eine fiktive Einwilligung aus (Art. 13a Abs. 1 DZV). Der Staatsrat sieht darin einen Kompromiss, um den ordnungsgemässen Ablauf des Verfahrens und die gebotene Anhörung betroffener Drittpersonen zu gewährleisten.⁵⁸

b) Zuständigkeit

Zuständig zur Behandlung des Gesuchs ist primär das öffentliche Organ, welches das Dokument *erstellt* hat (Art. 37 Abs. 1 InfoG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 DZV). Ist der Hersteller eines Dokuments nicht dem InfoG unterstellt, wird das Gesuch vom Organ des Kantons oder der Gemeinde behandelt, welches das Dokument als Hauptadressat *erhalten* hat (Art. 37 Abs. 1 InfoG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 DZV). Untersteht auch der Hauptadressat nicht dem Geltungsbereich des Gesetzes, ist das Organ zuständig, in dessen *Besitz* sich das Dokument befindet (Art. 37 Abs. 1^{bis} InfoG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 Satz 2 DZV). Haben mehrere Organe, die dem Gesetz unterstellt sind, das Dokument erstellt oder als Hauptadressaten erhalten, oder umfasst das Gesuch zu einem bestimmten Geschäft mehrere Dokumente, die von verschiedenen Organen erstellt wurden, wird das Gesuch nach Absprache unter den 18

⁵⁸ STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 3.2.2.

betreffenden Organen oder vom Organ behandelt, das für das Geschäft hauptsächlich zuständig war (Art. 17 Abs. 3 lit. a–b DZV).⁵⁹

Die internen Zuständigkeiten richten sich nach den entsprechenden Organisationserlassen.⁶⁰ Für an den Staatsrat und an die (zentrale) Kantonsverwaltung gerichtete Gesuche sieht Art. 19 Abs. 1 DZV im Grundsatz eine Behandlung durch die zuständige Dienststelle oder allenfalls die zuständige Kommission vor. Bei den Gemeinden richtet sich die Zuständigkeit nach den eigenen Reglementen oder, wenn solche fehlen, nach den Ausführungsbestimmungen zum Gemeindegesetz (Art. 20 DZV).⁶¹

Befindet sich das angefragte Dokument bereits im *Archiv*, bleibt die Zuständigkeit des öffentlichen Organs bis zum Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist⁶² erhalten. Vor der Gewährung des Zugangs hat das öffentliche Organ aber die Stellungnahme der Archivverantwortlichen einzuholen (Art. 37 Abs. 2 InfoG; Art. 24 ArchR).

- 19 Das öffentliche Organ hat seine Zuständigkeit zur Behandlung des Zugangsgesuch unmittelbar nach dessen Eingang zu prüfen (Rz. 22 ff.).

c) Verfahren

- 20 Die «Erstbehandlung des Gesuchs»⁶³ durch das öffentliche Organ erfolgt nicht in einem Verwaltungsverfahren und untersteht damit weder den Bestimmungen des VRG noch den allgemeinen verfassungs- und völkerrechtlichen Verfahrensgarantien.⁶⁴ Es wird *spezialgesetzlich* geregelt.⁶⁵

- Darin werden im Wesentlichen die in den völkerrechtlichen Vorgaben und Empfehlungen verankerten Prinzipien der behördlichen Unterstützung und des Beschleunigungsgebots konkretisiert.⁶⁶

Die *Unterstützungspflicht* betrifft primär die Identifizierung des gesuchten Dokuments (Rz. 16), gilt aber darüber hinaus für das ganze Vorverfahren (Art. 32 Abs. 1 InfoG: «insbesondere»).

Das *Beschleunigungsgebot* wird dahingehend konkretisiert, als das öffentliche Organ verpflichtet wird, das Gesuch «rasch» (Art. 32 Abs. 1 InfoG) bzw. «so rasch

⁵⁹ Vgl. STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 3.3.3: «Le choix entre l'une ou l'autre solution dépendra du cas particulier et devra être réalisée conformément au bon sens et aux règles de la bonne foi.»

⁶⁰ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 113.

⁶¹ Vgl. für einen Anwendungsfall im Kontext der Baubewilligungen KGer, Urteil 601 2014 118 vom 23. Dezember 2014 E. 6d, in: FZR/RFJ 2014, 334 ff.

⁶² Vgl. Art. 15 f. ArchG.

⁶³ Vgl. die Marginalien zu Art. 10–13a DZV.

⁶⁴ Vorbehalten bleibt die Bindung des öffentlichen Organs an die materiellen Verfassungsgrundsätze und Grundrechte (vgl. Rz. 9).

⁶⁵ Vgl. Art. 32 InfoG, Art. 10–13a DZV.

⁶⁶ Botschaft InfoG, 983.

als möglich» (Art. 13 Abs. 1 DZV) zu behandeln. Die Behandlungsdauer muss der Natur der Angelegenheit angemessen sein (vgl. Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG). So kann die von Gesetzes wegen⁶⁷ gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der Medien eine Beantwortung innerhalb weniger Stunden oder Tage erfordern,⁶⁸ während die Prüfung allfälliger entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen eine längere Behandlungsdauer rechtfertigt.⁶⁹ Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG statuiert für diese Phase eine Maximalfrist von «in der Regel» 30 Tagen ab Gesuchseinreichung. Gemäss Ausführungsverordnung kann diese Frist wenn nötig verlängert werden, sei es um weitere 30 Tage, wenn das Gesuch besondere Schwierigkeiten bereitet, oder um die zur Anhörung der betroffenen Dritten nötige Zeitspanne (Art. 13 Abs. 1 lit. a–b DZV). Eine gesetzeskonforme Anwendung⁷⁰ der Ausführungsverordnung legt nahe, im letzteren Fall die Behandlung des Gesuchs aufzuschieben, womit die gesuchstellende Person nötigenfalls eine (negative) Stellungnahme (Art. 32 Abs. 3 InfoG) erwirken und anschliessend die Schlichtungsbehörde (Art. 33 Abs. 1 InfoG) anrufen kann. Jedenfalls muss die gesuchstellende Person über eine allfällige Fristverlängerung informiert werden; antwortet das öffentliche Organ nicht in den vorgesehenen Fristen, so kann sie ein Schlichtungsgesuch stellen (Art. 13 Abs. 3 DZV).

- Geregelt wird des Weiteren der Einbezug entgegenstehender öffentlicher und privater Interessen Dritter in die Beurteilung des Zugangsgesuchs (Art. 32 Abs. 2 InfoG, Art. 10 f. DZV; vgl. Rz. 25 ff. hiernach).
- Gegenstand der Spezialregelung bildet schliesslich das Vorgehen, falls das öffentliche Organ beabsichtigt, den Zugang aufzuschieben, teilweise oder ganz zu verweigern oder trotz des Einspruchs einer Drittperson zu gewähren (Art. 32 Abs. 3 InfoG, Art. 12 DZV; vgl. Rz. 29 ff. hiernach).

Dem öffentlichen Organ kommt in dieser (ersten) Phase des Zugangsverfahrens noch keine Verfügungsbefugnis zu. Es hat aber das Gesuch entgegenzunehmen und rasch sowie sorgfältig («avec diligence»⁷¹) zu behandeln. 21

⁶⁷ Vgl. Art. 32 Abs. 1 i.f. InfoG; Art. 13 Abs. 1 DZV.

⁶⁸ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 111; vgl. auch KGer, Urteil 601 2018 27 vom 24. Mai 2018 E. 2.3, in: FZR/RFJ 2019, 173 ff.

⁶⁹ Im Bund sind für Gesuche, die eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordern, längere Bearbeitungsfristen vorgesehen (Art. 10 Abs. 4 lit. c BGÖ; Art. 10 VBGÖ; dazu statt vieler BJ, Erläuterungen VBGÖ, 11 f. mit Beispielen).

⁷⁰ Im erläuternden Bericht zur DZV wird sogar suggeriert, dass die gesetzliche Frist von Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG nicht verlängert werden kann (vgl. SK/ILFD, Erläuternder Bericht Ausführungsreglemente InfoG, 6).

⁷¹ Vgl. KGer, Urteil 601 2018 27 vom 24. Mai 2018 E. 2.3, in: FZR/RFJ 2019, 173 ff.

Dies setzt voraus, dass das Organ die zur Behandlung des Gesuchs notwendigen verfahrensbezogenen Anordnungen treffen kann.⁷² Diesen Anordnungen kommt kein (Zwischen-)Verfügungscharakter i.S.v. Art. 4 Abs. 2 VRG zu. Sie ergehen weder in einem formellen Verfahren noch unterliegen sie der Anfechtung nach Art. 113 VRG.

aa) Entgegennahme und formelle Prüfung

22 Das öffentliche Organ hat das Gesuch entgegenzunehmen und zu prüfen, ob es unter den Geltungsbereich des InfoG fällt und im besonderen Zugangsverfahren nach Art. 31 ff. InfoG zu behandeln ist. Ist dies nicht der Fall,⁷³ ist auf das Gesuch nicht einzutreten.

Ein allfälliges rechtsmissbräuchliches Verhalten der gesuchstellenden Person ist in diesem Stadium des Verfahrens noch nicht zu prüfen. Es bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung des Zugangsgesuchs (Rz. 26).

23 Es handelt sich bei einem Nichteintreten nicht um einen Entscheid nach Art. 4 VRG, sondern um eine Nichtbehandlung des Gesuchs, die der gesuchstellenden Person mitgeteilt wird und nicht anfechtbar ist. Einer allfälligen Verletzung des Rechtsverweigerungsverbots (Art. 29 Abs. 1 BV) infolge einer gesetzeswidrigen Nichtanhandnahme des Gesuchs kann nicht mit Beschwerde, wohl aber mit einem Schlichtungsantrag entgegnet werden.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man die Nichtanhandnahme als negative Stellungnahme qualifiziert, obwohl Art. 32 Abs. 3 InfoG die Nichtbehandlung des Gesuchs nicht aufführt.

24 Unterliegt das Gesuch den Bestimmungen des InfoG zum Zugangsverfahren, hat das öffentliche Organ seine sachliche *Zuständigkeit* (Rz. 18) zu prüfen. Bei fehlender Zuständigkeit ist zu unterscheiden: Ist das öffentliche Organ im Besitz des Dokuments, leitet es das Gesuch an das zuständige Organ des Kantons oder der Gemeinde weiter, nachdem es die gesuchstellende Person benachrichtigt hat (Art. 18 Abs. 2 DZV). Andernfalls teilt es der gesuchstellenden Person mit, an welches Organ sie sich richten muss,

⁷² Wie z.B. die Aufforderung an die gesuchstellende Person zur Präzisierung ihres Gesuchs (Art. 9 Abs. 3 DZV) oder die Ansetzung einer Frist für Stellungnahmen Dritter (Art. 10 Abs. 2 DZV).

⁷³ So etwa, wenn es sich um ein Gesuch um Akteneinsicht in einem hängigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1 lit. a–b InfoG), um ein Gesuch um Auskunft über Personendaten (Art. 23 ff. DSchG), um ein nicht dokumentengebundenes Auskunftsgesuch (Art. 8 Abs. 1 lit. b InfoG), um die Einsichtnahme in kommerziell genutzte Dokumente (Art. 21 Abs. 2 InfoG) oder um offensichtlich öffentliche Dokumente i.S.v. Art. 1a DZV handelt.

soweit ihm das bekannt ist (Art. 18 Abs. 3 DZV).⁷⁴ Vorbehalten bleibt die Festlegung durch Absprache unter den Organen nach Art. 17 Abs. 3 DZV. Die Bestimmung von Art. 16 VRG zur Prüfung der Zuständigkeit findet keine Anwendung.

bb) Materielle Prüfung

In materieller Hinsicht hat die Behörde zu prüfen, ob dem Zugang zum amtlichen Dokument öffentliche oder private Interessen entgegenstehen könnten. Das Bundesgericht hat (für das Zugangsverfahren nach dem BGÖ) ein Prüfprogramm skizziert,⁷⁵ an welchem sich die nachfolgende Darstellung orientiert.

In einem ersten Schritt ist auf der Grundlage einer grundsätzlich *vorläufigen Interessensabwägung* zu prüfen, ob eine Veröffentlichung des Dokuments überhaupt in Betracht fällt oder aufgrund überwiegender oder privater Interessen von vornherein scheitert.

Letzteres ist sicherlich der Fall, wenn das Zugangsgesuch Dokumente betrifft, die der Gesetzgeber in abstrakter Abwägung mit entgegenstehenden Interessen zum Vornherein vom Zugangsrecht ausgenommen hat (vgl. Art. 29–30 InfoG). Dasselbe gilt, wo eine prima-facie-Prüfung ergibt, dass öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen das Interesse am öffentlichen Zugang offensichtlich überwiegen. In solchen Fällen hat das öffentliche Organ ohne weitere Abklärungen eine Stellungnahme (Rz. 31) abzugeben, in welcher es die ganze oder teilweise Verweigerung des Zugangs bekanntgibt. Lassen sich offensichtliche Geheimhaltungsinteressen mit Anonymisierungen hinreichend schützen, darf das Zugangsrecht nicht zum Vornherein verweigert werden.

Ebenfalls ohne weitere Abklärungen kann das öffentliche Organ den Zugang bei *rechtsmissbräuchlichen* Gesuchen verweigern (Art. 26 Abs. 2 lit. a InfoG; vgl. auch Art. 11 Abs. 1 lit. c DZV) und dementsprechend eine negative Stellungnahme abgeben (Art. 32 Abs. 3 InfoG). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten darf aber nicht leichthin angenommen werden, da der Zugangsanspruch gerade kein schutzwürdiges Interesse voraussetzt.⁷⁶ Daher liegt kein Rechtsmissbrauch vor, wenn jemand sein Gesuch über den Zugang zu einem Dokument wiederholt eingibt⁷⁷, wenn jemand sein Gesuch nach Erhalt weiterer Informationen im Verlauf des Verfahrens präzisiert⁷⁸ oder wenn das Gesuch auf Seiten der Verwaltung einen hohen Arbeitsaufwand generiert. Die Schranke zum

⁷⁴ Im Bund besteht hingegen grundsätzlich eine Weiterleitungspflicht: vgl. Botschaft BGÖ, BBl 2003 2019; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 10 Rz. 23 m.w.H.

⁷⁵ Vgl. BGE 142 II 340 E. 4.6.

⁷⁶ BVGE 2013/50 E. 7.3.

⁷⁷ Vgl. aber Art. 14 Abs. 1 DZV und dazu unten Rz. 41.

⁷⁸ KGer, Urteil 601 2020 183 vom 29. April 2021 S. 8.

Rechtsmissbrauch wird aber überschritten, wenn jemand das öffentliche Organ schikanieren will, indem er beispielsweise willentlich die Aufgabenerfüllung der Behörde durch Mehrfach- oder komplexe Gesuche zu beeinträchtigen beabsichtigt oder wiederholt und systematisch Zugang zu Dokumenten verlangt, zu welchen ihm bereits Zugang gewährt wurde.⁷⁹

27 Wird hingegen die Möglichkeit einer Zugangsgewährung trotz entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen bejaht oder drängen sich weitere Abklärungen auf, sind – in einem zweiten Schritt – die betroffenen Dritten vor Abgabe einer Stellungnahme anzuhören (Art. 32 Abs. 2 InfoG; Art. 10 DZV). Diese *Anhörung* ermöglicht es, betroffene Dritte – hierbei kann es sich um Private oder um andere öffentliche Organe handeln – in das Verfahren einzubeziehen und die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen in die Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.⁸⁰ Sie hat ihre Grundlage nicht im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör; es handelt sich vielmehr um ein spezialgesetzlich geregeltes Recht innerhalb eines besonderen, informellen Verfahrens:⁸¹

- Anzuhören sind einerseits alle (privaten) *Drittpersonen*, die durch Angaben im amtlichen Dokument bestimmt oder bestimmbar sind.⁸² Zu konsultieren sind aber andererseits auch andere öffentliche Organe, die im betreffenden Dokument Erwähnung finden.
- Bereits aus Art. 32 Abs. 2 InfoG («in der Regel») geht implizit hervor, dass das öffentliche Organ auf eine *Anhörung verzichten* kann. Zum Vornherein keine Anhörungspflicht besteht in Fällen, in denen – wie bereits erwähnt (Rz. 26) – das Gesetz das Zugangsrecht ausschliesst oder es aufgrund einer vorläufigen Interessenabwägung offensichtlich erscheint, dass der Zugang verweigert werden muss (Art. 11 Abs. 1 lit. a–b DZV). Ebenso kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn die Interessenabwägung zugunsten einer Veröffentlichung so klar ist, dass kein ernsthafter Grund zur Annahme besteht, es gebe noch öffentliche oder private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führten (vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. a DZV).⁸³ Dasselbe gilt, wenn der öffentliche Charakter der in einem Dokument enthaltenen Personendaten vermutet wird oder wenn die Personen der Bekanntgabe zugestimmt haben oder

⁷⁹ Vgl. zum Ganzen (für den Bund) Botschaft BGÖ, BBl 2003 2017, 2020.

⁸⁰ SK/ILFD, Erläuternder Bericht Ausführungsreglemente InfoG, 6.

⁸¹ Vgl. analog zum BGÖ FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 3.

⁸² Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b DSchG.

⁸³ Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn die Bestimmbarkeit betroffener Drittpersonen durch entsprechende Einschwäzungen ausgeschlossen werden kann. Dabei ist allerdings zu beachten, dass selbst bei einer Einschwäzung von Namen und Personalien Dritte aufgrund anderer Textpassagen bestimmbar bleiben können. Trifft dies zu, darf auf eine Anhörung nicht verzichtet werden.

ihre Einwilligung vorausgesetzt werden kann (Art. 11 Abs. 2 lit. b DZV). In Zweifelsfällen kann das öffentliche Organe zwar trotz Vorliegens eines Ausnahmetatbestands eine Anhörung durchführen;⁸⁴ angesichts des Beschleunigungsgebots ist aber eine gewisse Zurückhaltung geboten.

Erfolgt der Verzicht auf die Anhörung unrechtmässig, kann dies im Schlichtungsverfahren bzw. in einem allfälligen Entscheidungs- und Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden, solange das Dokument noch nicht veröffentlicht worden ist.⁸⁵

- Den Drittbetroffenen wird eine kurze *Frist* gesetzt, in der sie ihren Standpunkt vorbringen können (Art. 10 Abs. 2 DZV). Die Dauer der Frist ist – anders als im Bundesrecht⁸⁶ – nicht vorgegeben. Eine Verlängerung ist zwar nicht ausgeschlossen. Gleichzeitig hat das öffentliche Organ auf die Einhaltung der Behandlungsfrist zu achten. Bedarf die Anhörung einer grösseren Zeitspanne, drängt sich ein Aufschub des Zugangs auf (Rz. 20).
- Obwohl Drittbetroffene mangels Anwendbarkeit der Garantien des rechtlichen Gehörs in dieser Phase des Verfahrens kein eigentliches Akteneinsichtsrecht geltend machen können,⁸⁷ müssen sie über jene *Angaben* verfügen, die für die Einbringung der einer Veröffentlichung entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen nötig sind. Dafür müssen sie mindestens die sie betreffenden Passagen des Dokuments, je nach Kontext aber auch andere Teile oder sogar das ganze Dokument kennen. Nicht erforderlich ist hingegen die Kenntnis der Identität der gesuchstellenden Person.⁸⁸

Ist den anhörungsberechtigten Personen das Dokument nicht bekannt, muss ihnen allenfalls eine Kopie zugestellt werden. Auch hierbei sind wiederum öffentliche oder private Interessen zu berücksichtigen, die einer Zustellung entgegenstehen könnten. Soweit möglich, sind die entsprechenden Passagen (insbesondere Personendaten über weitere Personen) unleserlich zu machen; wo dies nicht ausreicht, sind die notwendigen Informationen auf andere Weise zur Verfügung zu stellen (z.B. durch eine Zusammenfassung des Dokuments).⁸⁹

⁸⁴ SK/ILFD, Erläuternder Bericht Ausführungsreglemente InfoG, 6.

⁸⁵ Vgl. analog zum BGÖ Botschaft BGÖ, BBl 2003 2022; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 12.

⁸⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 1 BGÖ.

⁸⁷ Vgl. analog zum BGÖ FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 17.

⁸⁸ Vgl. zum Ganzen analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 9 f.; FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 17.

⁸⁹ Vgl. analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 9.

- Sowohl für die Aufforderung zur Stellungnahme als auch für die Abgabe derselben wird keine bestimmte *Form* vorgeschrieben.⁹⁰ Angesichts des Beschleunigungsgebots bieten sich informelle Kommunikationsmittel an. Auch mündliche Mitteilungen sind möglich; aus Beweisgründen drängt sich aber zumindest eine schriftliche Bestätigung (für die Aufforderung zur Stellungnahme mit Fristansetzung) bzw. eine Protokollierung (für die Stellungnahme) auf.
- Im Rahmen der Konsultation haben die Drittbetroffenen Gelegenheit, ihren *Standpunkt* zur Veröffentlichung des Dokuments einzubringen. Private Drittbetroffene (nicht aber öffentliche Organe) können sich überdies mit einem «*Einspruch*» («*opposition*») formell dem Zugang widersetzen (Art. 32 Abs. 2 InfoG). Machen sie davon Gebrauch, sind sie dazu berechtigt, gegen eine Stellungnahme des öffentlichen Organs, die ihre Interessen nicht oder nur teilweise berücksichtigt, ein Schlichtungsverfahren zu beantragen (Art. 33 Abs. 1 InfoG). Willigen sie hingegen in den Zugang zum Dokument ein, stimmen sie damit der öffentlichen Bekanntgabe ihrer Daten zu (Art. 27 Abs. 1 lit. b InfoG)⁹¹. Sie verlieren damit auch ihre Mitwirkungsrechte im weiteren Verfahren.

Lassen die privaten Drittbetroffenen die Frist (oder eine allfällige Nachfrist) zur Stellungnahme unbenutzt verstreichen, verlieren sie zwar die Berechtigung zur Einreichung eines Schlichtungsantrags. Hingegen ergibt sich daraus kein Verzicht auf die Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren oder auf die Parteistellung in einem allfällig daran anschließenden Entscheid- und/oder Rechtsmittelverfahren.⁹²

- 28 Nach Ablauf der Konsultationsfrist nimmt das öffentliche Organ gestützt auf die eingegangenen Stellungnahmen eine Interessenabwägung vor und entscheidet über die Gewährung des Zugangs zum Dokument (vgl. Art. 10 Abs. 3 DZV). Es ist dabei nicht an die Stellungnahmen der betroffenen Drittpersonen gebunden. Selbst der Einspruch eines Privaten gegen die Bekanntgabe seiner Personendaten stellt kein Vetorecht dar.⁹³

cc) Beantwortung des Gesuchs

- 29 In diesem Stadium des Verfahrens kommt dem öffentlichen Organ (noch) keine Verfügungsbefugnis zu. Die Behandlung des Gesuchs endet in dieser

⁹⁰ Vgl. analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 15; FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 18.

⁹¹ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 109 (Fn. 349).

⁹² So (für das Verfahren im Bund) auch BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 8; a.M. Flückiger, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 20.

⁹³ VOLLERY, FZR/RFJ 2009, Rz. 109.

Phase entweder mit der Gewährung des Zugangs oder der Abgabe einer Stellungnahme.

Entscheidet sich das öffentliche Organ für die *Gewährung des Zugangs* zum Dokument, ist zu unterscheiden: 30

- Kann der Zugang ohne Einschränkungen und ohne Verzug, d.h. innerhalb der vorgegebenen Behandlungsfrist (Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG, Art. 13 DZV; dazu Rz. 20), gewährt werden, erfolgt die Beantwortung des Zugangsgesuchs *formlos*. Die Gewährung des Zugangs bedarf keines besonderen Akts; insbesondere ergeht dazu kein Entscheid.⁹⁴ Die zur Gewährung des Zugangs vollzogenen Handlungen (vgl. Art. 23 Abs. 1 InfoG) sind Realakte.
- Hat indes eine Drittperson Einspruch erhoben, muss das öffentliche Organ den Zugang aufschieben und eine *schriftliche Stellungnahme* abgeben (Art. 32 Abs. 3 InfoG; vgl. im Einzelnen Rz. 31). Der Einspruch der Drittperson schiebt die Gewährung auf, bis die Rechtslage geklärt ist.⁹⁵ Diese aufschiebende Wirkung kann auch bei Vorliegen überwiegender Einsichtsinteressen nicht entzogen werden.⁹⁶ Wird der Zugang dennoch gewährt, kann die Drittperson, die Einspruch erhoben hat, nach Art. 26 f. DSchG vorgehen, allenfalls verbunden mit einer Aufsichtsbeschwerde.

Nach Empfang der Stellungnahme hat die Drittperson die Möglichkeit, innert 30 bzw. 5 Tagen (Art. 14 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} DZV; Rz. 39) bei der Beauftragten einen Schlichtungsantrag zu stellen. Lässt sie diese Frist verstreichen, gilt die Stellungnahme als akzeptiert (Art. 14 Abs. 1 DZV), und das öffentliche Organ kann den Zugang gewähren.

Kommt das öffentliche Organ nach der Interessenabwägung zum Schluss, dass der Zugang ganz oder teilweise zu verweigern ist, muss es schriftlich Stellung nehmen. Eine solche *Stellungnahme* ist ebenfalls abzugeben, wenn es den Zugang auf einen späteren, nach Ablauf der Behandlungsfrist folgenden Zeitpunkt aufzuschieben gedenkt (vgl. Art. 32 Abs. 3 InfoG). Dasselbe gilt – wie bereits erwähnt (Rz. 30) –, wenn der Zugang trotz Einspruchs einer privaten Drittperson gewährt werden soll. 31

- Die Stellungnahme ist innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens aber nach 30 Tagen seit Einreichung des Zugangsgesuchs abzugeben. Das öffentliche Organ kann diese Frist wenn nötig nach Massgabe von

⁹⁴ Vgl. analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 12 Rz. 54; HÄNER, SHK BGÖ, Art. 12 Rz. 25; a.M. MÜLLER, ZBl 2019, 306.

⁹⁵ Vgl. analog zum BGÖ HÄNER, Funktion, 64.

⁹⁶ Vgl. analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 12 Rz. 50; kritisch HÄNER, SHK BGÖ, Art. 12 Rz. 23.

Art. 13 Abs. 2 lit. a–b DZV verlängern. In diesem Fall muss sie die gesuchstellende Person entsprechend informieren (Art. 13 Abs. 3 DZV). Diese Information hat m.E. eine summarische Begründung (der Fristverlängerung) zu enthalten.⁹⁷

- Adressatin der Stellungnahme ist die gesuchstellende Person, wenn das öffentliche Organ beabsichtigt, den Zugang zum amtlichen Dokument aufzuschieben, einzuschränken oder zu verweigern (Art. 12 Abs. 1 lit. a DZV). Will das öffentliche Organ den Zugang hingegen trotz Einspruchs einer privaten Drittperson gewähren, ist die Stellungnahme (auch) an Letztere zu richten (Art. 12 Abs. 1 lit. b DZV). In jedem Fall hat das öffentliche Organ seine Stellungnahme von Amtes wegen dem zuständigen Fachorgan (vgl. Art. 39 ff. InfoG) zur Kenntnis zu übermitteln (Art. 38 Abs. 2 InfoG).
- Für die Stellungnahme schreibt das Gesetz (Art. 32 Abs. 3 InfoG) die Schriftform vor. Ob Schriftlichkeit zwingend die (eigenhändige) Unterschrift erheischt, ist fraglich,⁹⁸ zumal keine verbindlichen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das InfoG für den Begriff der Schriftlichkeit auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz (insbesondere auf Art. 66 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 68 Abs. 1 VRG) verweisen will und selbst in diesem Kontext nicht restlos geklärt ist, welche Folgen an einen diesbezüglichen Mangel geknüpft sind.⁹⁹
- Die Stellungnahme muss eine summarische Begründung enthalten, weshalb der Zugang aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert bzw. weshalb er trotz Einspruchs gewährt wird (vgl. Art. 12 Abs. 2 DZV). Die Anforderungen an die Begründungsdichte sind zwar reduziert; eine bloße Angabe des Wortlauts von gesetzlichen Ausnahmbestimmungen dürfte allerdings nicht genügen; vielmehr müssen die gesuchstellende bzw. einsprechende Person sowie – in einem allfälligen Schlichtungsverfahren – die Beauftragte die Überlegungen des öffentlichen Organs zumindest in den Grundzügen nachvollziehen können.¹⁰⁰

Fehlt die Begründung oder ist sie mangelhaft, liegt ein Verfahrensfehler vor. Der gesuchstellenden Person sowie den Dritten, die Einspruch erhoben haben, steht im

⁹⁷ Vgl. analog zum BGÖ HÄNER, SHK BGÖ, Art. 12 Rz. 18.

⁹⁸ Den Materialien zum InfoG lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Im Kontext der Bundesregelung (Art. 12 Abs. 4 BGÖ) wird das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift gemeinhin vorausgesetzt (vgl. BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 12 Rz. 56 m.w.H.).

⁹⁹ Vgl. analog für den Bund KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Rz. 627 m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. analog für den Bund BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 12 Rz. 60 mit Hinweisen auf Empfehlungen des EDÖB; HÄNER, SHK BGÖ, Art. 12 Rz. 27.

Rahmen eines von ihnen durch Gesuch eingeleiteten Schlichtungsverfahrens (Rz. 36 ff.) die Möglichkeit offen, eine (ausführlichere) Begründung zu erhalten.

Darüber hinaus muss die Stellungnahme auf die Möglichkeit der Einreichung eines Schlichtungsantrags und die diesbezüglichen Fristen hinweisen (Art. 12 Abs. 2 DZV).

Fehlt ein entsprechender Hinweis oder ist dieser mangelhaft, darf der gesuchstellenden Person bzw. den Einsprechern dadurch kein Nachteil erwachsen. Dieser Grundsatz fliesst unmittelbar aus Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) bzw. aus dem Vertrauensprinzip (Art. 9 BV). Gleichzeitig sind auch die Verfahrensbeteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet¹⁰¹ und daher angehalten, innert nützlicher Frist Erkundigungen einzuholen oder die Schlichtungsbehörde anzurufen. Bleiben sie untätig, verwirken sie ihr Recht, das Verfahren durch einen Schlichtungsantrag fortzusetzen.

- Die Stellungnahme gilt nicht als Entscheid i.S.v. Art. 4 VRG (Art. 12 Abs. 2 DZV) und kann daher nicht (direkt) mit Beschwerde angefochten werden. Wird dennoch Beschwerde erhoben, darf darauf nicht eingetreten werden.¹⁰² Die gesuchstellende Person bzw. die Drittperson, die Einspruch erhoben hat, können indes einen Schlichtungsantrag stellen und damit die Fortsetzung des Verfahrens erwirken (Rz. 36 ff.).¹⁰³

Da die Stellungnahme keinen Entscheidcharakter aufweist, kommt ihr auch keine Rechtskraftwirkung zu. Dennoch bleibt sie nicht ohne Rechtswirkungen: Die Einreichung eines identischen Zugangsgesuchs gilt aufgrund der in Art. 14 Abs. 1 DZV normierten Fiktion im Grundsatz als treuwidrig (vgl. Rz. 41).¹⁰⁴

2. *Schlichtungsverfahren*

a) **Allgemeines**

Sind die gesuchstellende Person oder Dritte, die gegen die beabsichtigte 32
Gewährung des Zugangs Einspruch eingelegt haben, mit der Stellungnahme
des öffentlichen Organs nicht zufrieden, können sie das Verfahren fortsetzen,
indem sie bei der Beauftragten einen Schlichtungsantrag (Rz. 36 ff.)

¹⁰¹ Vgl. analog zur Rechtslage bei mangelhaft eröffneten Verfügungen statt vieler BGE 141 I 97 E. 7.1; BGer, Urteil 1C_15/2016 vom 1. September 2016 E. 2.1.

¹⁰² Vgl. VOLLERY, FZR/RFJ 2014, 344, mit dem Hinweis, dass die angerufene Beschwerdeinstanz die Eingabe u.U. auch als Schlichtungsantrag an die Beauftragte weiterleiten könnte. In diesem Sinne auch KGer, Urteil 601 2020 52 vom 20. April 2020 S. 3.

¹⁰³ Vgl. Botschaft InfoG, 983.

¹⁰⁴ Vgl. zu den Wirkungen für die Drittperson, die Einspruch erhoben hat, Rz. 30 i.f.

stellen. Das Schlichtungsverfahren bildet einen zwingenden Bestandteil des Zugangsverfahrens. Es ist insofern *obligatorisch*,¹⁰⁵ als das öffentliche Organ lediglich nach einem erfolglos durchlaufenen Schlichtungsverfahren einen (anfechtbaren) Entscheid über das Zugangsgesuch erlassen darf.

Die Etappe des Schlichtungsverfahrens kann nur ausnahmsweise ausgelassen werden, nämlich wenn das Zugangsgesuch ein amtliches Dokument betrifft, für dessen Behandlung die Beauftragte gemäss Art. 37 Abs. 1 InfoG als dessen Erstellerin oder Hauptadressatin zuständig ist. Es ist unbestritten, dass die Beauftragte als öffentliches Organ dem Geltungsbereich des InfoG untersteht. Wie im Bund, so besteht auch im Kanton Freiburg für den Verfahrensablauf in einer solchen Konstellation eine echte Gesetzeslücke. Für den Bund hat das Bundesverwaltungsgericht eine Lückenfüllung vorgenommen und entschieden, dass sich im Lichte des Gesetzeszwecks und der vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidungen keine Durchführung des Schlichtungsverfahrens durch eine Ersatzbehörde aufdränge und es daher gerechtfertigt erscheine, wenn der EDÖB in solchen Konstellationen ohne Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verfüge.¹⁰⁶ Da sich der Freiburger Gesetzgeber für die Regelung des Zugangsverfahrens bewusst am Verfahrensmodell des BGÖ angelehnt und diese Konstellation ebenfalls nicht geregelt hat, erscheint es gerechtfertigt, die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts analog auf den Kanton Freiburg zu übertragen. Ist die Beauftragte für die Behandlung des Zugangsgesuchs zuständig, kann sie im Streitfall (Art. 32 Abs. 3 InfoG) unmittelbar einen anfechtbaren Entscheid erlassen, ohne zunächst eine Stellungnahme abgeben und ein Schlichtungsverfahren durchführen zu müssen. Dies schliesst es freilich nicht aus, dass sie versucht, mit der gesuchstellenden Person und allfälligen Dritten eine Einigung zu finden.

Davon zu unterscheiden sind Konstellationen, in denen die Beauftragte aufgrund von Umständen, die eine Einigung erheblich erschweren, auf eine Anhörung bzw. eine Schlichtungsverhandlung verzichtet und unmittelbar zum Erlass einer Empfehlung schreitet. Ein solches Vorgehen kann sich u.U. bei Massenverfahren aufdrängen (Rz. 47).

- 33 Dem Gesetzgeber war es zwar bewusst, dass das Zugangsverfahren mit dieser zusätzlichen Etappe eine Verlängerung erfährt.¹⁰⁷ Er versprach sich aber – nicht zuletzt aufgrund von Erfahrungen in anderen Gemeinwesen – eine wirksamere Durchsetzung des Transparenzgebots. *Zweck* des Schlichtungsverfahrens sollte es sein, dass ein neutrales Organ Konflikte über den Zugang zu amtlichen Dokumenten zwischen Behörden und Privaten, die während der Phase nach der Einreichung des Gesuchs nicht geregelt werden

¹⁰⁵ Botschaft InfoG, S. 983; VOLLERY, FZR/RFJ 2014, 343 f.; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 12; BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.2.

¹⁰⁶ BVGer, Urteil A-4781/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.4–3.5; Urteil A-2564/2018 vom 5. August 2020 E. 2.4 (eine Beschwerde gegen dieses Urteil hat das Bundesgericht abgewiesen; BGer, Urteil 1C_500/2020 vom 11. März 2021).

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft InfoG, 983.

konnten, zu bereinigen versucht, um damit ein förmliches und aufwändigeres Entscheidungsverfahren zu verhindern und die Rechtspflegeorgane zu entlasten.¹⁰⁸

Die Einrichtung eines Schlichtungsverfahrens ist völkerrechtlich nicht vorgeschrieben. Es kann je nach Ausgestaltung sogar mit dem Erfordernis eines raschen Zugangs (vgl. Rz. 2) in Konflikt geraten und steht auch mit dem im Gesetz selbst angelegten Beschleunigungsgebot in einem gewissen Spannungsfeld. Vor diesem Hintergrund werden für das Schlichtungsverfahren feste Behandlungsfristen vorgegeben (Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG, Art. 14 Abs. 4 DZV; vgl. Rz. 45) und die Beteiligten zur Mitwirkung im Verfahren verpflichtet (Art. 14a DZV; vgl. Rz. 51 ff.). Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass das Schlichtungsverfahren seinen Zweck bei einer Gesamtbetrachtung zu erfüllen scheint.¹⁰⁹

Vor dem Hintergrund des gesetzlichen Zwecks des Schlichtungsverfahrens gehört es zur Hauptaufgabe der Beauftragten, als unabhängige Fachstelle zwischen der gesuchstellenden Person, dem ersuchten öffentlichen Organ und allfälligen Drittbetroffenen eine Einigung anzustreben.¹¹⁰ Das Schlichtungsverfahren ist somit kein Rechtsmittelverfahren, in welchem die Stellungnahme des öffentlichen Organs auf seine Rechtmässigkeit und Angemessenheit überprüft wird. 34

Dennoch kann das Schlichtungsverfahren in indirekter Weise eine Rechtsmittelfunktion gegenüber der Behandlung des Gesuchs durch das öffentliche Organ übernehmen. So hat die Beauftragte im Rahmen des Eintretens auf den Schlichtungsantrag zu prüfen, ob das öffentliche Organ das Zugangsgesuch zurecht nach dem Verfahren des InfoG behandelt (Rz. 22) und ob es gegebenenfalls betroffene Dritte angehört hat (Rz. 27). Wo das öffentliche Organ die Behandlung des Zugangsgesuch verweigert oder über die vorgegebene Behandlungsfrist hinaus verzögert, kann die gesuchstellende Person das Verfahren über einen Schlichtungsantrag zur Fortsetzung bringen (Rz. 20, 23). Schliesslich wird die Beauftragte die Stellungnahme des öffentlichen Organs und allfällige Ergänzungen während des Schlichtungsverfahrens mit Blick auf die Abgabe einer Empfehlung überprüfen (Rz. 61).

Das Schlichtungsverfahren stellt ein besonderes Instrument der alternativen Streitbeilegung dar, dessen *Rechtsnatur* im Einzelnen hybride erscheint:¹¹¹ Das InfoG spricht – analog zum BGÖ des Bundes – im deutschen Wortlaut 35

¹⁰⁸ Vgl. Botschaft InfoG, 983. Vgl. analog für den Bund BVGer, Urteil A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 4.3; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221.

¹⁰⁹ Vgl. dazu unten Rz. 77 sowie den Beitrag von NICOLAS SCHMITT in diesem Band.

¹¹⁰ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 14; vgl. auch Botschaft InfoG, 968 («die verschiedenen Standpunkte zu versöhnen»).

¹¹¹ Vgl. analog zum Verfahren nach dem BGÖ BOILLAT/WERLY, *Transparence passive*, 214; CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 50 ff.; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 14 Rz. 10 f.

von «Schlichtung» und im französischen Wortlaut von «*médiation*».¹¹² Institutionell kommt das Verfahren einem *Ombudsverfahren*¹¹³ nahe, da die Beauftragte – ähnlich wie Ombudsstellen – als ständiges Organ fungiert und dabei über die Schlichtung hinaus weitere im Gesetz vorgesehene Aufgaben (vgl. Art. 41 Abs. 2 InfoG) erfüllen muss.¹¹⁴ Mit Blick auf das Vorgehen und die Technik rückt das Verfahren in die Nähe einer eigentlichen *Mediation*¹¹⁵, bei welcher ein neutraler Dritter ohne Entscheidbefugnis zwischen den Parteien vermittelt und sie bei der Suche nach einer einvernehmlichen und rechtskonformen Lösung unterstützt. Ferner weist das Verfahren auch Bezüge zur *Schlichtung* («*conciliation*»)¹¹⁶ auf, da die Beauftragte ermächtigt ist, den Parteien Vorschläge für eine Einigung zu machen. Zusammenfassend handelt es sich also um ein spezialgesetzliches Verfahren der alternativen Streitbeilegung, das einem förmlichen Entscheidverfahren vorgelagert ist und Elemente eines Ombuds-, Mediations- und Schlichtungsverfahrens kombiniert.¹¹⁷

b) Einleitung

- 36 Das Schlichtungsverfahren wird durch einen entsprechenden *Antrag* eingeleitet (Art. 33 Abs. 1 InfoG: «Schlichtungsantrag»). An den Antrag dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Immerhin schreibt Art. 14 Abs. 1 DZV die *Schriftform* vor. Da die gesuchstellende Person auch im Schlichtungsverfahren ihre Identität nicht offenzulegen braucht (vgl. bereits Rz. 14), dürfte eine einfache Schriftlichkeit – ohne Unterschrift, aber mit

¹¹² Entsprechend wird das Verfahren verbreitet als «Schlichtungsverfahren» (z.B. GUTH, 166 f.) oder als «Mediationsverfahren» (vgl. z.B. BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 9; SAYGEH, 63) bezeichnet.

¹¹³ Zum Wesen des Ombudsverfahrens statt vieler CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 18 ff.; GUY-ECABERT, Procédure, 88 ff.; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 219 f.

¹¹⁴ Im Kanton Freiburg besteht zwar eine unabhängige Ombudsstelle für Verwaltungsangelegenheiten, die durch einen kantonalen Mediator bzw. eine kantonale Mediatorin wahrgenommen wird (vgl. Art. 119 KV, Art. 1 ff. OmbG). Für den Bereich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten hat der Gesetzgeber indes ein besonderes Organ geschaffen und mit der Ausübung von Schlichtungskompetenzen betraut (vgl. Botschaft InfoG, 983).

¹¹⁵ Zum Wesen der Mediation (in Verwaltungsangelegenheiten) statt vieler CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 5 ff.; GUY-ECABERT, Procédure, 17 ff.; GUTH, 6; OVERNEY, 194 ff.

¹¹⁶ Zum Wesen der Schlichtung («conciliation») statt vieler CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 16 f.; GUY-ECABERT, Procédure, 29, 31.

¹¹⁷ So auch für das Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 60. Vgl. zum Ganzen den Beitrag von ANDRÉ WINKLER in diesem Band.

Angabe eines Zustelldomizils – genügen.¹¹⁸ Überhaupt ist der Begriff der Schriftlichkeit nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen, sodass auch eine einfache E-Mail die Anforderungen erfüllen dürfte;¹¹⁹ mündliche Anträge (z.B. per Telefon) sind hingegen unzulässig. Jedenfalls werden per E-Mail eingereichte Anträge in der Praxis der Beauftragten akzeptiert.¹²⁰

Antragsberechtigt ist einerseits die gesuchstellende Person, sofern das öffentliche Organ den Zugang in seiner Stellungnahme verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben oder nicht fristgerecht Stellung genommen hat. Legitimiert sind andererseits (in privaten Interessen betroffene) Dritte, über deren Einspruch sich das öffentliche Organ in seiner Stellungnahme hinweggesetzt hat.¹²¹ In beiden Fällen ist eine Vertretung möglich.¹²² Das öffentliche Organ, an welches das Gesuch gerichtet wurde, ist zwar – untechnisch gesprochen – als «Partei»¹²³ am Schlichtungsverfahren beteiligt, aber nicht antragslegitimiert. Nicht antragsberechtigt sind ferner andere in ihren Interessen betroffene öffentliche Organe sowie private Dritte, die sich in der Anhörung (Rz. 27) der Gewährung des Zugangs nicht widersetzt oder trotz Aufforderung nicht geäußert haben.

Haben mehrere Personen ein Zugangsgesuch für dasselbe Dokument eingereicht, sind sie nicht verpflichtet, einen gemeinsamen Schlichtungsantrag zu stellen (vgl. Rz. 47).

Adressatin des Antrags ist die für das Schlichtungsverfahren zuständige Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz (Art. 33 Abs. 1 InfoG). Vorbehalten bleiben von den Gemeinden eigens eingerichtete Fachorgane: diese übernehmen die Durchführung des Schlichtungsverfahrens (vgl. Art. 39 Abs. 4 InfoG).

Die *Frist* für die Einreichung des Antrags beträgt 30 Tage (Art. 33 Abs. 1 InfoG); wenn das Zugangsgesuch Informationen über die Umwelt betrifft und die gesuchstellende Person die Anwendung der verkürzten Fristen verlangt hat (Rz. 17), beträgt die Frist 5 Tage (Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG i.V.m. Art. 14 Abs. 1^{bis} DZV). Die Frist wird mit dem Empfang der Stellungnahme ausgelöst.¹²⁴

¹¹⁸ Vgl. (analog) für das BGÖ auch GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 31.

¹¹⁹ Vgl. (analog) für das BGÖ DIES., SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 31; a.M. BHEND/SCHNEIDER BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 12.

¹²⁰ Auskunft der Beauftragten vom 20. April 2021.

¹²¹ Vgl. Art. 33 Abs. 1 InfoG; Botschaft InfoG, 983. Vgl. analog zum BGÖ Botschaft BGÖ, BBl 2003 2023; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 5; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 24.

¹²² Vgl. analog zum BGÖ statt vieler Botschaft BGÖ, BBl 2003 2023.

¹²³ Botschaft InfoG, S. 983.

¹²⁴ Der deutschsprachige Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 DZV spricht vom «Eingang» der Stellungnahme.

In der Praxis kommt es bisweilen vor, dass die gesuchstellende Person nach Erhalt einer (negativen) Stellungnahme zunächst mit dem öffentlichen Organ selbst kommuniziert.¹²⁵ Erlässt Letzteres erneut eine identische oder abgeänderte (negative) Stellungnahme, wird die Frist für die Einreichung eines Schlichtungsantrags erneut ausgelöst.

- 40 Verweigert oder verzögert das öffentliche Organ eine Stellungnahme zum Zugangsgesuch, beginnt die Antragsfrist mit dem Ablauf der dem öffentlichen Organ für die Abgabe der Stellungnahme zur Verfügung stehenden Frist (Rz. 31) zu laufen. Trifft nach Ablauf der Behandlungsfrist eine (verspätete) Stellungnahme ein, beginnt die Frist mit dem Empfang dieser Stellungnahme zu laufen.¹²⁶

Obwohl das VRG auf das Schlichtungsverfahren keine Anwendung findet, rechtfertigt es sich, die Bestimmungen von Art. 27 ff. VRG zu Berechnung, Einhaltung, Erstreckung, Stillstand und Wiederherstellung von Fristen sinngemäss heranzuziehen,¹²⁷ dies jedenfalls soweit, als diese lediglich allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten. Dies ist mit Bezug auf Art. 27 (Berechnung), Art. 28 (Einhaltung) und Art. 31 (Wiederherstellung) der Fall.

- 41 Die Antragsfrist ist nicht erstreckbar. Geht innerhalb der Frist kein Schlichtungsantrag ein, gilt die Stellungnahme gemäss Art. 14 Abs. 1 DZV als akzeptiert. Dies schliesst nicht nur eine nachträgliche Einleitung eines Schlichtungsverfahrens, sondern – anders als im Bund¹²⁸ – grundsätzlich auch die erneute Einreichung eines identischen Zugangsgesuchs beim öffentlichen Organ aus.¹²⁹ Der Ausschluss der Anhebung eines erneuten Zugangsverfahrens ergibt sich indes nicht aus der Stellungnahme, denn dieser kommt angesichts des fehlenden Entscheidcharakters keine Rechtskraftwirkung zu (Rz. 31). Vielmehr erweist sich die Einreichung eines Zugangsgesuchs für dasselbe amtliche Dokument aufgrund der in Art. 14 Abs. 1 DZV normierten Zustimmungsfiktion als treuwidrig.

Diese Fiktion ist im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben aber nicht mehr gerechtfertigt, wenn die antragsberechtigte Person im Zeitpunkt des Empfangs der Stellungnahme nicht alle Umstände kannte oder kennen konnte. Die Anhebung eines neuen Verfahrens muss also zulässig sein, wenn nach Ablauf der Frist neue erhebliche Tatsachen bekannt werden, die der gesuchstellenden Person nicht bekannt waren oder sein mussten und kein Anlass bestand, ein Schlichtungsverfahren einzuleiten.

¹²⁵ Auskunft der Beauftragten vom 20. April 2021.

¹²⁶ Vgl. analog zum BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 10 m.w.H.

¹²⁷ Vgl. zur sinngemässen Anwendung der Bestimmungen des VwVG auf den Schlichtungsantrag nach BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 11.

¹²⁸ Vgl. Botschaft BGÖ, BBl 2003 2024; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 11.

¹²⁹ Vgl. SK/ILFD, Erläuternder Bericht Ausführungsreglemente InfoG, 6, wonach die Angelegenheit damit als «abgeschlossen» gilt.

c) Verfahren

aa) Allgemeines

Beim Schlichtungsverfahren handelt es sich um ein spezialgesetzlich geregeltes Verfahren, das dem Entscheidungsverfahren des öffentlichen Organs über das Zugangsgesuch vorauszugehen hat, auf das Erzielen einer Einigung (Rz. 56 ff.) ausgerichtet ist und entweder mit einer Empfehlung (Rz. 61 ff.) oder einem verfahrenserledigenden Beschluss (Rz. 65), niemals aber mit einem Entscheid nach Art. 4 VRG endet.¹³⁰ Der Beauftragten fehlt es an der Entscheidungsbefugnis in der Sache.¹³¹ Das Schlichtungsverfahren ist somit *kein Verwaltungsverfahren*, sodass darauf weder die Bestimmungen des VRG¹³² noch die (allgemeinen) Verfahrensgarantien des Verfassungs- und Völkerrechts¹³³ zur Anwendung gelangen.

Der *rechtliche Rahmen* für das Schlichtungsverfahren wird durch die Spezialgesetzgebung (InfoG, DZV) bestimmt. Geregelt werden darin im Wesentlichen Form und Frist des Schlichtungsantrags (Art. 33 Abs. 1 InfoG und Art. 14 Abs. 1–2 DZV; vgl. Rz. 36 ff.), die Mitwirkung der Parteien (Art. 14a DZV; vgl. Rz. 51 ff.), die Behandlungsfrist (Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG und Art. 14 Abs. 4 DZV; vgl. Rz. 45) und die Verfahrensbeendigung durch Einigung (Art. 14 Abs. 3 DZV; Rz. 56 ff.) oder durch die Abgabe einer Empfehlung (Art. 33 Abs. 2 InfoG und Art. 14 Abs. 4 DZV; vgl. Rz. 61 ff.).

Innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens überträgt das Gesetz der Beauftragten die Aufgabe, das Verfahren im Bestreben auf eine Einigung zwischen den Parteien unabhängig und der Situation angemessen zu leiten.¹³⁴ Die Beauftragte verfügt dabei über eine relativ weitgehende Freiheit in der Festlegung des Vorgehens und in der Organisation des Verfahrens.¹³⁵ Sie

¹³⁰ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, S. 13.

¹³¹ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019; WALDMANN FZR/RFJ 2020, 15; vgl. analog zum BGÖ GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 12; GUTH, 166.

¹³² Vgl. 1 Abs. 1 VRG («Dieses Gesetz regelt das Verfahren für Verfügungen und andere Entscheide»); WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 13; vgl. analog zur Nichtanwendung des VwVG im Schlichtungsverfahren des EDÖB BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 9; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221.

¹³³ Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB BVGer, Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3. Zum Ganzen bereits oben Rz. 9.

¹³⁴ Vgl. Botschaft InfoG, 983 sowie Art. 14 Abs. 2 DZV.

¹³⁵ KGer, Urteil 601 2018 27 vom 24. Mai 2018 E. 2.3, in: FZR/RFJ 2019, 173 ff.

kann das Verfahren *weitgehend formlos* gestalten,¹³⁶ ist aber auch frei, sich für die *Verfahrensleitung* an den einschlägigen Vorschriften des VRG zu orientieren.¹³⁷ Jedenfalls bedarf eine angemessene Führung des Verfahrens den Erlass verfahrensleitender Anordnungen wie z.B. die Aufforderung an das öffentliche Organ zur Zustellung der erforderlichen Dokumente und zur allfälligen Ergänzung der Stellungnahme (Art. 14a Abs. 1 lit. a–b DZV) oder die Einladung zu Verhandlungen. Dazu gehören ebenso verfahrenserledigende Anordnungen, etwa bei einem Nichteintreten auf einen Schlichtungsantrag oder bei der Schliessung des Verfahrens infolge einer Einigung.

Gemäss einem jüngeren Urteil des Bundesgerichts haben solche verfahrensleitenden und -erledigenden Anordnungen Verfügungscharakter.¹³⁸ Das Kantonsgericht hat sich dieser Auffassung inzwischen angeschlossen,¹³⁹ nachdem es solche Anordnungen zuvor als Realakte qualifiziert hatte.¹⁴⁰ Es wird sich weisen, ob und inwieweit damit die Bestimmungen des VRG zum Erlass und zur Anfechtung von Verfügungen zur Anwendung gelangen müssen und inwieweit einem verfahrensabschliessenden Entscheid mit Blick auf die Einleitung eines neuen, identischen Zugangsverfahrens Rechtskraftwirkung zukommt. Nach meinem Dafürhalten setzt sich die neue Praxis über die Akzessorietät von Zwischen- und Endverfügungen hinweg. Gemäss diesem Grundsatz können Zwischenverfügungen nur angefochten werden, wenn auch die Endverfügung anfechtbar ist. Dementsprechend kann es in einem (spezialgesetzlich geregelten) Verfahren, das nicht auf den Erlass einer Verfügung gerichtet ist und daher nicht dem VRG untersteht, keine verfahrensleitenden bzw. verfahrenserledigenden Anordnungen mit Verfügungscharakter geben. Es handelt sich vielmehr um Anordnungen ohne Verfügungscharakter, die zwar für die Beteiligten verbindlich, jedoch (grundsätzlich) nicht direkt anfechtbar sind.¹⁴¹

- 45 In der Wahl des Vorgehens hat die Beauftragte nicht nur das Zustandekommen einer Einigung, sondern auch die vorgegebene *Behandlungsfrist* im Blick zu behalten. In der Regel muss das Schlichtungsverfahren spätestens nach 30 Tagen abgeschlossen sein (Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG). Kommt eine

¹³⁶ Vgl. Botschaft InfoG, S. 983 («unformell»); KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019.

¹³⁷ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 16. Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 12.

¹³⁸ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2, zusammengefasst in: FZR/RFJ 2020, 1 ff. Darauf bezugnehmend auch BOILLAT/WERLY, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 42.

¹³⁹ KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 4.

¹⁴⁰ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019.

¹⁴¹ Zum Ganzen WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 15 f. Vgl. analog zum Verfahren vor dem EDÖB auch GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 12, wonach Entscheide des EDÖB betreffend die Durchführung des Schlichtungsverfahrens keine Zwischenentscheide sind.

Schlichtung nicht innert 20 Tagen nach der Einreichung des Antrags zustande, hat die Beauftragte innert 10 Tagen das Verfahren mit einer Empfehlung abzuschliessen (vgl. Art. 14 Abs. 4 DZV). Eine Verlängerung der 30-tägigen Frist ist nur mit Zustimmung der gesuchstellenden Person zulässig (Art. 14 Abs. 4 i.f. DZV). Fehlt es an einer solchen Zustimmung und kommt keine fristgerechte Schlichtung zustande, hat die Beauftragte eine Empfehlung abzugeben und das Verfahren zu klassieren.¹⁴²

bb) Verfahrensablauf

Nach Eingang des Schlichtungsantrags hat die Beauftragte zunächst zu prüfen, ob darauf *eingetreten* werden kann. Dies bedingt einerseits, dass der Schlichtungsantrag frist- und formgerecht eingereicht wurde und der Antragsteller zur Einleitung eines Schlichtungsverfahrens berechtigt ist. Vorausgesetzt ist zudem, dass das Zugangsgesuch unter den Anwendungsbereich des InfoG fällt. Hat das öffentliche Organ ein Zugangsgesuch zu Unrecht nach den Vorgaben von Art. 31 InfoG behandelt und eine Stellungnahme abgegeben, darf die Beauftragte auf einen Schlichtungsantrag nicht eintreten. 46

Der Konzeption des Gesetzes entsprechend ist die Beauftragte frei, ob sie die antragstellende Person mit einfachem Schreiben (oder gar mit einer E-Mail) über die Nichtannahme des Schlichtungsantrags informiert oder ob sie das Nichteintreten formell in einem «Entscheid» festhält.¹⁴³ M.E. handelt es sich im ersten Fall um einen Realakt und im letzten Fall um einen Rechtsakt ohne Verfügungscharakter, keinesfalls aber um eine Verfügung nach VRG.¹⁴⁴ Das Bundesgericht hat nun aber in einem jüngeren Urteil angenommen, dass die Beauftragte das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen in einer verfahrensbeendenden Verfügung festzustellen habe.¹⁴⁵ Damit missachtete das Bundesgericht nicht nur seine Kognition, die bei der Anwendung und Auslegung von einfachem kantonalem Recht grundsätzlich auf eine Willkürprüfung beschränkt bleibt, sondern ersetzte geradezu die Konzeption des Gesetzgebers und die bisherige kantonale Rechtsanwendungspraxis und Rechtsprechung durch eine eigene Interpretation.¹⁴⁶ In letzter Konsequenz folgt aus dieser Rechtsprechung, dass solche Nichteintretensentscheide künftig nach den Vorgaben des VRG zu eröffnen sind und unmittelbar mit Beschwerde beim

¹⁴² Vgl. SK/ILFD, Erläuternder Bericht Ausführungsreglemente InfoG, 7.

¹⁴³ In der bisherigen Praxis des Beauftragten wird das Nichteintreten auf einen Schlichtungsantrag meistens mit E-Mail oder einfachem Schreiben mitgeteilt (vgl. z.B. Verfahren Nr. 2020-Trans-94; 2019-Trans-12). Vereinzelt erging auch ein Nichteintretensentscheid (Entscheid Nr. 2018-Trans-88 vom 23. Januar 2019).

¹⁴⁴ Im Einzelnen WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 15 f.

¹⁴⁵ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2.

¹⁴⁶ Vgl. zur Kritik eingehend WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 15 f.

Kantonsgericht angefochten werden können. Nach bisheriger Praxis war das Nichteintreten auf ein Schlichtungsgesuch mangels Vorliegens einer Verfügung nicht anfechtbar; die gesuchstellende Person wurde auf die Möglichkeit verwiesen, ein neues Zugangsgesuch zu stellen.¹⁴⁷

47 Tritt die Beauftragte auf den Schlichtungsantrag ein, hat sie die notwendigen *verfahrensleitenden* Vorkehrungen und Anordnungen zu treffen:

- Die Beauftragte ist angehalten, das öffentliche Organ über den Schlichtungsantrag zu informieren und ihm eine angemessene Frist zu setzen, um seine Stellungnahme nötigenfalls zu ergänzen und ihr die erforderlichen Dokumente¹⁴⁸ zuzustellen (Art. 14a Abs. 1 lit. a–b DZV). Dazu kommen gegebenenfalls weitere verfahrensleitende Vorkehrungen und Anordnungen zur Durchführung des Verfahrens, wie etwa die Einladung zu einer Schlichtungsverhandlung oder zu einer (getrennten) Anhörung. Enthält das amtliche Dokument Personendaten Dritter, auf deren Anhörung das öffentliche Organ verzichtet hat (Art. 11 DZV), müssen sie gegebenenfalls in das Verfahren einbezogen und angehört werden.¹⁴⁹

Angesichts des vom Gesetzgeber vorgesehenen informellen Charakters des Schlichtungsverfahrens können solche Anordnungen auch per E-Mail oder gar telefonisch getroffen werden.¹⁵⁰ Die Parteien sind verpflichtet, den Anordnungen der Beauftragten, insbesondere der Aufforderung zur Einreichung von Dokumenten (Art. 14a Abs. 2 lit. b DZV) oder der Teilnahme an Schlichtungsverhandlungen (Art. 14a Abs. 2 lit. c DZV) Folge zu leisten.¹⁵¹ Es handelt sich dabei um (verbindliche) Anordnungen ohne Verfügungscharakter.¹⁵²

- Sind zu einer Stellungnahme des öffentlichen Organs mehrere Schlichtungsanträge gestellt worden, kann die Beauftragte die Parteien einladen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Mangels einer Rechtsgrundlage (Art. 13 Abs. 4 VRG findet im Schlichtungsverfahren keine Anwendung) kann dies aber nicht erzwungen werden. Gelingt es nicht, eine gemeinsame Vertretung zu bestellen, kann die Beauftragte auf

¹⁴⁷ Vgl. für den Bund GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 35 und 36 i.f.

¹⁴⁸ Die Beauftragte hat – ungeachtet eines allfälligen Amtsgeheimnisses – uneingeschränkten Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 41 Abs. 3 Satz 2 InfoG).

¹⁴⁹ Vgl. zur nachträglichen Anhörung Dritter im Schlichtungsverfahren des EDÖB Botschaft BGÖ, BBl 2003 2022; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 16; BRUNNER/FLÜCKIGER, Jusletter 4. Oktober 2010, Rz. 19.

¹⁵⁰ Vgl. analog für die Verfahrensleitung des EDÖB CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 28.

¹⁵¹ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019 S. 8.

¹⁵² Vgl. analog für die Verfahrensleitung des EDÖB GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 12.

schriftlichem Weg eine Einigung versuchen¹⁵³ oder ohne Durchführung einer Anhörung oder einer Schlichtungsverhandlung direkt eine Empfehlung abgeben und das Verfahren schliessen.¹⁵⁴

- Betreffen mehrere gleichzeitig abgegebene Stellungnahmen des öffentlichen Organs Zugangsgesuche verschiedener Gesuchsteller zum gleichen amtlichen Dokument, kann die Beauftragte die Verfahren vereinigen und die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters vorschlagen. Gelingt dies nicht und erscheint die Durchführung einer Schlichtung unverhältnismässig, kann sie aber auch direkt eine Empfehlung abgeben.¹⁵⁵

Mangels einer Entscheidkompetenz in der Sache ist es der Beauftragten verwehrt, *vorsorgliche Massnahmen* materiellrechtlicher Natur zu treffen und so beispielsweise den Zugang für einen Teil des amtlichen Dokuments vorzeitig anzuordnen. Dies gilt selbst dann, wenn an einer vorzeitigen Zugänglichmachung dringende und überwiegende öffentliche Interessen bestehen.¹⁵⁶ 48

Die Beauftragte ist weitgehend autonom, wie sie das *Schlichtungsverfahren* *i.e.S.* organisieren und mit welcher Methode sie eine Einigung erzielen will.¹⁵⁷ Eine Schlichtungsverhandlung ist zwar nicht zwingend, dürfte aber wohl für die Herbeiführung einer Einigung das wirksamste Instrument sein, da es eine gemeinsame Verhandlung der Beauftragten erlaubt, eigene (rechtliche) Überlegungen in die Diskussion einfliessen zu lassen, eigene Vorschläge einzubringen und das Vertrauen der Parteien in ihre Unparteilichkeit zu stärken. Eine getrennte Anhörung ist demgegenüber angezeigt, wenn die gesuchstellende Person ihre Identität nicht offenlegen will;¹⁵⁸ ebenso erlaubt ein getrenntes Gespräch mit dem öffentlichen Organ oder 49

¹⁵³ Vgl. Empfehlung der Beauftragten vom 1. Oktober 2019, 2019-Trans-84-85-86-87-88-90-91-94-96-97-98-103, Ziff. I.-4.

¹⁵⁴ Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 18; BVGer, Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3–4.1.4 (Verfahren mit insgesamt 16 Schlichtungsanträgen).

¹⁵⁵ Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB Botschaft BGÖ, BBl 2003 2021.

¹⁵⁶ Vgl. auch HÄNER, SHK BGÖ, Art. 12 Rz. 24, allerdings mit der Möglichkeit zum Erlass vorsorglicher Empfehlungen.

¹⁵⁷ Vgl. analog zum Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB statt vieler CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 32; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 42 f.

¹⁵⁸ Vgl. dazu auch BOILLAT/WERLY, *Transparence passive*, 224 f.

einer privaten Drittperson die Erörterung allfälliger Geheimhaltungsinteressen.¹⁵⁹ Neben (gemeinsamen oder getrennten) Verhandlungen kommt auch die Durchführung eines Schriftenwechsels infrage.

50 Von seinem Gegenstand her bezieht sich das Schlichtungsverfahren auf jene amtlichen Dokumente, um deren Zugang beim öffentlichen Organ er-
sucht wurde.¹⁶⁰ Dies schliesst es jedoch m.E. nicht aus, dass die Parteien die
Veröffentlichung weiterer Dokumente in ihre Einigung aufnehmen.¹⁶¹

Für Streitigkeiten über Zugangsgebühren sieht das Gesetz kein Schlichtungsverfahren vor. Vom öffentlichen Organ erhobene oder in Aussicht gestellte Gebühren¹⁶² können sich allerdings ebenfalls einschränkend auf das Zugangsrecht auswirken, weshalb es sich rechtfertigt, mit dem Zugang zusammenhängende Kostenstreitigkeiten in das Schlichtungsverfahren zu integrieren.¹⁶³ Das Schlichtungsverfahren selbst ist immer unentgeltlich (Art. 4 Abs. 3 DZV).

cc) Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten

51 Die am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden sowohl im Gesetz¹⁶⁴ als auch in der Verordnung¹⁶⁵ als «Parteien» bezeichnet. Diese Bezeichnung ist insofern ungenau, als es sich nicht um Parteien eines förmlichen Verfügungsverfahrens (vgl. 11 VRG) handelt, denen gesetzliche und verfassungsmässige (Art. 29 BV) Verfahrensrechte zustehen. Ausserdem gilt das öffentliche Organ, welches über das Zugangsgesuch (erstinstanzlich) entscheidet, nicht im eigentlichen Sinne als Partei. Es handelt sich somit um eine besondere, spezialgesetzlich geregelte «Parteistellung», die (im Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens) keinen Konnex zu Art. 11 VRG auf-

¹⁵⁹ Vgl. analog zum Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 17.

¹⁶⁰ Vgl. analog zum Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 32.

¹⁶¹ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 22.

¹⁶² Vgl. Art. 24 Abs. 2 InfoG i.V.m. Art. 4 ff. DZV.

¹⁶³ Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB BURKERT, SHK BGÖ, Art. 17 Rz. 39; CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 32; BVGer, Urteil A-2589/2015 vom 4. November 2015 E. 1.2; wohl restriktiver BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 20 f.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 33 Abs. 2 InfoG sowie Botschaft InfoG, 979, 983.

¹⁶⁵ Art. 14a DZV.

weist. Vor diesem Hintergrund wäre es geschickter, von «*Verfahrensbeteiligten*» zu sprechen.¹⁶⁶ Dazu gehören die gesuchstellende Person, allfällige Drittbetroffene (die einen Schlichtungsantrag eingereicht haben oder erst im Verlauf des Schlichtungsverfahrens einbezogen werden) sowie das öffentliche Organ.

Analog der Mitwirkungspflicht der Parteien in einem Verwaltungsverfahren (Art. 47 ff. VRG) hat der Staatsrat in der Verordnung zum InfoG eine Bestimmung zur Mitwirkung der Parteien im Schlichtungsverfahren geschaffen (Art. 14a DZV). Demgemäss sind die Parteien verpflichtet, zur Einhaltung der für das Schlichtungsverfahren zur Verfügung stehenden Frist beizutragen (Abs. 2 lit. a), die von der Beauftragten verlangten Dokumente zuzustellen und bei der Suche nach einer Schlichtung mitzuwirken (Abs. 2 lit. b) sowie an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen (Abs. 2 lit. c). Diese Bestimmung wurde im Zuge der Anpassung des Freiburger Rechts an die Aarhus-Konvention in die DZV aufgenommen und ist seit dem 1. Januar 2018 in Kraft. Sie ist gemäss dem ausdrücklichen Anliegen des Staatsrats an die Bundesregelung (Art. 12b VBGÖ) angelehnt¹⁶⁷ und soll die Bemühungen um eine Beschleunigung des Verfahrens verstärken.¹⁶⁸ Ausserdem wird durch eine Mitwirkungspflicht aller Beteiligten – insbesondere auch des öffentlichen Organs – das Erzielen einer Einigung begünstigt.¹⁶⁹ Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Mitwirkungspflicht über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügt. Zwar ist der Staatsrat verfassungsmässig zum Erlass von Vollzugsbestimmungen zum InfoG ermächtigt (Art. 111 Abs. 2 KV). Solche Vollzugsbestimmungen dürfen aber lediglich die bereits im Gesetz angelegte Regelung aus- und weiterführen, sie jedoch weder aufheben noch ergänzen.¹⁷⁰ Verordnungsbestimmungen, welche den gesetzlichen Rahmen ergänzen, bedürfen einer genügenden Delegationsnorm im Gesetz. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten in genügender Weise in einem Gesetz im formellen Sinn selbst enthalten ist.¹⁷¹

52

¹⁶⁶ Vgl. für das Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB Art. 14 BGÖ («den am Schlichtungsverfahren Beteiligten»); allerdings spricht auch Art. 12b VBGÖ von «Parteien». Vgl. GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 36.

¹⁶⁷ STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 3.4.3.

¹⁶⁸ Vgl. STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 2 und Ziff. 3.4.3; vgl. (analog) für Art. 12b VBGÖ BJ, Änderung VBGÖ, 2 f.

¹⁶⁹ Vgl. analog für das Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 31; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 39.

¹⁷⁰ Statt vieler BGE 136 I 29 E. 3.3; 130 I 140 E. 5.1.

¹⁷¹ Vgl. analog für die Gesetzesmässigkeit von Art. 12b VBGÖ BJ, Änderung VBGÖ, 2 f.

- Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 14a DZV keine Vollzugsvorschrift zu Art. 47 ff. VRG darstellt, da das VRG im Schlichtungsverfahren keine Anwendung findet.
- Die Pflicht zur Zustellung der von der Beauftragten verlangten Dokumente (Art. 14a Abs. 2 lit. b DZV) ist in Art. 41 Abs. 3 InfoG angelegt, wonach die Beauftragte die Informationen einzuholen hat, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben nötig sind. Korrelat dieser Pflicht bildet die Pflicht der Beteiligten (insbesondere des öffentlichen Organs), den entsprechenden Anordnungen Folge zu leisten und die einverlangten Dokumente und Informationen zu liefern.
- Die Pflicht, bei der Suche nach einer Schlichtung mitzuwirken (Art. 14a Abs. 2 lit. b DZV) und an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen (Art. 14a Abs. 2 lit. c DZV) ergibt sich für Personen, die einen Schlichtungsantrag gestellt haben (das kann die gesuchstellende Person oder eine betroffene Drittperson sein), aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Letzterer gilt als Verfassungsprinzip (Art. 5 Abs. 3 BV) sowie als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch ausserhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens. Die Mitwirkung am Schlichtungsverfahren liegt im Interesse sowohl der gesuchstellenden Person, die ein Zugangsgesuch sowie allenfalls einen Schlichtungsantrag gestellt hat, als auch der betroffenen Drittperson, die im Zugangsverfahren «Einspruch» (Art. 32 Abs. 3 InfoG) eingelegt bzw. einen Schlichtungsantrag eingereicht hat. Insofern kann Art. 14a DZV als konkretisierende Ausführungsbestimmung zum Gebot des Handelns nach Treu und Glauben angesehen werden.¹⁷² Für das öffentliche Organ konkretisiert Art. 14a Abs. 2 DZV hinsichtlich der Mitwirkung bei der Suche nach einer Schlichtung und der Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (Art. 9 BV) – ein Verhalten, mit welchem indirekt der Entscheid über den Zugang zum amtlichen Dokument hinausgezögert und damit das Rechtsverzögerungsverbot (Art. 29 Abs. 1 BV) missachtet wird.
- Schliesslich begründet auch Art. 14a Abs. 2 lit. a DZV keine neue Pflicht für die Beteiligten. Die Pflicht, zur Einhaltung der für das Schlichtungsverfahren vorgegebenen Frist beizutragen, ergibt sich für die gesuchstellende Person und die betroffenen Drittpersonen ebenfalls aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV)

¹⁷² Analog gilt auch die Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren (Art. 47 ff. VRG) als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben. Aus diesem Grundsatz können sich – über gesetzliche Vorschriften hinaus – Mitwirkungspflichten ergeben; vgl. statt vieler KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 705; KÜNG, Rz. 268 ff., 367.

und dem daraus abgeleiteten Verbot des trölerischen Verhaltens. Für das öffentliche Organ konkretisiert Art. 14a Abs. 2 lit. a DZV das im Gesetz angelegte Beschleunigungsgebot (Art. 36 InfoG). Indirekt handelt es sich auch um eine Konkretisierung des Rechtsverzögerungsverbots (Art. 29 Abs. 1 BV), denn durch ein träges Verhalten des öffentlichen Organs wird für die gesuchstellende Person letztlich der Entscheid über den Zugang zum amtlichen Dokument (Art. 33 Abs. 3 InfoG) hinausgezögert.

Insgesamt verfügt Art. 14a DZV über eine genügende formellgesetzliche Grundlage. Allerdings ist es wünschbar, die Grundzüge der Mitwirkung klarer im Gesetz zu verankern und dabei den unterschiedlichen Rollen der Beteiligten Rechnung zu tragen. 53

Eigentliche (exekutorische oder repressive) Zwangsmittel zur *Durchsetzung* der Mitwirkungspflichten sind in Art. 14a DZV nicht vorgesehen und bedürften einer formell-gesetzlichen Grundlage. Insbesondere ist die Beauftragte zum Erlass von Verfügungen mit Strafandrohung (Art. 292 StGB) nicht befugt. Mehr oder weniger explizit geregelt sind die *Folgen der Verletzung* der Mitwirkungspflicht: 54

- Zunächst hält Art. 14a Abs. 4 DZV in allgemeiner Weise fest, dass die Beauftragte das Scheitern der Schlichtung feststellen und damit das Verfahren mit einer Empfehlung abschliessen kann, wenn sich die «Parteien» weigern, an der Suche nach einer Lösung mitzuwirken, oder wenn sie das Verfahren missbräuchlich verzögern. Diese Bestimmung ist Ausfluss der grundsätzlich freien Verfahrensleitung (Rz. 44); die Beauftragte verfügt über ein gewisses Ermessen, wie sie die Parteien zur Teilnahme an der Schlichtung bringen und in welchem Moment sie die Einigung als gescheitert betrachten will. Oder anders gewendet liegt es allein an der Beauftragten, das Scheitern der Schlichtung festzustellen.¹⁷³ Das ihr dabei zukommende Ermessen findet aber eine Grenze in der vorgegebenen Aufgabe, das Verfahren situationsgerecht zu leiten und zwischen den Verfahrensbeteiligten eine Einigung anzustreben (Art. 14 Abs. 2 DZV). Zur angemessenen Verfahrensleitung gehört es auch, das Verfahren zu beenden, wenn eine Schlichtung innerhalb der vorgegebenen Frist unmöglich erscheint.

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil festgehalten, dass Art. 14a Abs. 4 DZV restriktiv auszulegen sei und nur zur Anwendung gelange, wenn alle «Parteien» (und nicht nur eine von ihnen) die Mitwirkung an der Schlichtung verweigerten. Nur in einem solchen Fall sei klar, dass eine Einigung von vornherein nicht

¹⁷³ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.2.

zustande komme.¹⁷⁴ Weder aus den Materialien noch aus der bisherigen Anwendungspraxis (das Urteil der Vorinstanz hatte die Bestimmung von Art. 14a Abs. 4 DZV gar nicht erwähnt¹⁷⁵) gibt es Anhaltspunkte für eine solche restriktive Auslegung. Eine Einigkeit kann auch dann als aussichtslos erscheinen, wenn beispielsweise lediglich das öffentliche Organ die Mitwirkung verweigert.¹⁷⁶

- Auf Bundesebene findet sich eine weitere Bestimmung zu den Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht: So gilt der Schlichtungsantrag als zurückgezogen und erledigt, wenn die gesuchstellende Person nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt (Art. 12b Abs. 3 VBGÖ). Eine gleichnamige Regelung findet sich im Freiburgischen Recht nicht, obwohl sich der Staatsrat bei der Schaffung von Art. 14a DZV an der Bundesregelung orientiert hatte (Rz. 52). Eine solche *Rücktrittsfiktion* ergibt sich bereits aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass der Staatsrat durch ein qualifiziertes Schweigen eine andere Regelung treffen wollte.¹⁷⁷ Die Beauftragte verfügt allerdings auch in solchen Konstellationen über ein gewisses Ermessen: Sie kann versuchen, eine zweite Verhandlung anzusetzen und die gesuchstellende Person für eine Teilnahme zu motivieren. Je nach Einschätzung der Lage darf sie aber auch annehmen, dass die gesuchstellende Person, die ohne triftigen Grund der Schlichtungsverhandlung fernbleibt, ihr Interesse an der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verwerke, und in der Folge das Schlichtungsverfahren einstellen.¹⁷⁸ Die Fiktion des Rückzugs des Schlichtungsantrags betrifft allerdings nicht das Zugangsgesuch selbst: Der gesuchstellenden Person bleibt die Möglichkeit offen, unmittelbar oder zu einem späteren Zeitpunkt beim öffentlichen Organ ein neues Zugangsgesuch über dasselbe amtliche Dokument einzureichen.¹⁷⁹

Ist der Schlichtungsantrag von einer betroffenen Drittperson eingereicht worden, kann das Fernbleiben der gesuchstellenden Person keinen Einfluss auf den Schlichtungsantrag haben, sodass in solchen Fällen eine Rücktrittsfiktion nicht infrage kommt und das Verfahren fortzusetzen und nötigenfalls mit einer Empfehlung abzuschliessen ist.¹⁸⁰ Bleibt die betroffene Drittperson ohne triftigen Grund der Verhandlung fern, wäre es zwar denkbar, hierin aufgrund von Treu und Glauben einen

¹⁷⁴ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.2.

¹⁷⁵ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019.

¹⁷⁶ Eingehender zur Urteilkritik WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 18 ff.

¹⁷⁷ WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 19 f.

¹⁷⁸ So im Ergebnis auch BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.3.

¹⁷⁹ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019; vom BGer gestützt (Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 4.3). Vgl. aber Rz. 41.

¹⁸⁰ Vgl. analog für das Verfahren vor dem EDÖB BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 27.

Rückzug des Schlichtungsantrags zu erblicken.¹⁸¹ Der zuvor erhobene «Einspruch» bleibt allerdings bestehen und das öffentliche Organ ist lediglich nach einem durchlaufenen Schlichtungsverfahren zum Entscheid berechtigt. In solchen Fällen hat die Beauftragte in Abwägung der dem Zugang entgegenstehenden privaten Interessen eine Empfehlung abzugeben.

dd) Abschluss des Verfahrens

Nach einer geläufigen Darstellung endet das Schlichtungsverfahren je nach Ausgang der Verhandlungen durch eine Einigung (aaa) oder durch eine Empfehlung der Beauftragten (bbb).¹⁸² Dazu kommen allerdings weitere Arten der Beendigung (ccc). 55

aaa) Einigung

Nach der Idealvorstellung des Gesetzgebers endet das Schlichtungsverfahren mit einer Einigung. Begriff und Inhalt der Einigung werden weder im Gesetz noch in der Verordnung definiert. Der ratio legis entsprechend gilt aber als Einigung eine gegenseitige Übereinkunft der Verfahrensbeteiligten über den Bestand, den Umfang und die Modalitäten des Zugangsrechts. Eine Einigung kann auch ausserhalb einer Schlichtungsverhandlung erzielt werden. Als Einigung i.e.S. gilt aber nur eine *Übereinkunft*, die *unter der Vermittlung der Beauftragten* zustande gekommen ist (vgl. Rz. 58). 56

Der Inhalt der Einigung hängt von den Umständen des konkreten Falls ab. Dennoch soll im Folgenden versucht werden, auf der Basis einer Durchsicht der seit dem Inkrafttreten des InfoG zustande gekommenen Einigungen¹⁸³ eine gewisse *Typologie von Vereinbarungsklauseln* herauszuschälen: 57

- Vereinbarungsklauseln, die bestätigen, dass die gesuchstellende Person die gewünschten Dokumente während der Schlichtungsverhandlung erhalten hat.¹⁸⁴
- Vereinbarungsklauseln, welche die Dokumente bestimmen, die das öffentliche Organ der gesuchstellenden Person zu übermitteln hat.¹⁸⁵

¹⁸¹ In diese Richtung wohl (für das Verfahren vor dem EDÖB) BJ, Änderung VBGÖ, 3.

¹⁸² Statt vieler Botschaft InfoG, 968 f.; VOLLERY, FZR/RFJ 2019, Rz. 108.

¹⁸³ Die Untersuchung erfolgte auf der Basis der Tätigkeitsberichte der ÖDSB sowie der Auskunft der kantonalen Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz.

¹⁸⁴ Vgl. z.B. 2019-Trans-13; 2019-Trans-15 ; 2019-Trans-124.

¹⁸⁵ Vgl. z.B. 2017-Trans-4; 2017-Trans-29.

Lassen sich die Dokumente im Zeitpunkt der Schlichtung noch nicht abschliessend identifizieren, weil deren Existenz nicht gesichert erscheint oder sie nicht mehr auffindbar sind, können sich die Beteiligten auch darauf einigen, dass das öffentliche Organ die entsprechenden Dokumenten innerhalb einer gewissen Frist bzw. bis zu einem bestimmten Termin sucht und gegebenenfalls übermittelt.¹⁸⁶ Das Kantonsgericht scheint daran zu zweifeln, ob es sich in einem solchen Fall tatsächlich um eine Einigung und nicht eher um eine Absichtserklärung handelt; entsprechend überwies es eine Beschwerde wegen Nichterfüllung der Vereinbarung als Wiedererwägungsgesuch an die Beauftragte.¹⁸⁷ Nach meinem Dafürhalten handelt es sich in solchen Fällen um eine Teileinigung, die lediglich eine Suspendierung, aber keine Beendigung des Schlichtungsverfahrens rechtfertigt. Dies hat allerdings zur Folge, dass die Beauftragte faktisch in die Rolle der Umsetzungskontrolleurin gedrängt wird, was kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen dürfte.

Möglich ist aber auch eine Vereinbarung, die feststellt, dass die Dokumente, für die der Zugang ersucht wird, nicht mehr existieren.¹⁸⁸

- Vereinbarungsklauseln, welche die Modalitäten des Zugangs bestimmen, etwa hinsichtlich der Art oder des Zeitpunkts der Zugangsgewährung,¹⁸⁹ aber auch mit Bezug auf die Angabe der Schwärzungen.¹⁹⁰

Möglich ist auch die Vereinbarung eines bedingten Zugangsrechts.¹⁹¹

- Vereinbarungsklauseln, die sich auf das weitere Schicksal des Schlichtungsverfahrens beziehen.

In der Regel enthält eine Einigung den gemeinsamen Antrag an die Beauftragte, das Verfahren zu schliessen.¹⁹²

Für die Sicherstellung des Vollzugs einer Einigung über den Zugang wird teilweise eine Klausel in die Vereinbarung aufgenommen, in welcher die Beteiligten die Beauftragte gemeinsam ersuchen, das Verfahren zu suspendieren, bis über die Erfüllung der Vereinbarung Klarheit besteht.¹⁹³ In diesem Fall erfolgt die Klassierung

¹⁸⁶ Vgl. z.B. 2019-Trans-43; vgl. zum Inhalt dieser Vereinbarung KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 2 f.

¹⁸⁷ KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 5 f.

¹⁸⁸ Vgl. z.B. 2020-Trans-69.

¹⁸⁹ Vgl. z.B. 2016-Trans-44-62 (öffentliches Organ macht drei Vorschläge für eine Informationssitzung), 2016-Trans-60 (Aufschub Zugang bis zu den Informationssitzungen).

¹⁹⁰ Vgl. z.B. 2011-Trans-84, 2011-Trans-85, 2017-Trans-62-63.

¹⁹¹ Vgl. z.B. 2016-Trans-27 (Zugang unter Vorbehalt der Zustimmung eines Dritten, ansonsten es bei der Mitteilung gemäss Stellungnahme des öffentlichen Organs bleibt).

¹⁹² Statt vieler 2011-Trans-84 (« Au vu de ce qui précède, les participants invitent la Préposée à procéder au classement du dossier »).

¹⁹³ Vgl. z.B. 2020-Trans-1, 2020-Trans-60.

des Verfahrens erst, wenn die gesuchstellende Person die Beauftragte informiert, dass sie die Informationen gemäss Vereinbarung erhalten hat.

Kommen die Beteiligten überein, dass das öffentliche Organ die Dokumente bis zu einem bestimmten Termin identifizieren oder suchen muss, empfiehlt es sich, einen gemeinsamen Antrag an die Beauftragte zu stellen, das Verfahren zu suspendieren und erst unter der Bedingung einzustellen, dass die Dokumente bis zum Ablauf der Frist oder des Termins geliefert werden bzw. bestätigt wird, dass die bis dahin zugänglich gemachten Dokumente vollständig sind.¹⁹⁴

Art. 14 Abs. 3 DZV verlangt, dass die Einigung *schriftlich festgehalten* wird 58
(«*l'accord est consigné par écrit*»). Die Tragweite dieser Bestimmung ist nicht vollends klar. Die Bundesregelung, an welcher sich die Freiburger Regelung im Grundsatz orientiert, verlangt lediglich, dass der Beauftragte das Ergebnis schriftlich festzuhalten und es den Beteiligten mitzuteilen hat (vgl. Art. 12 Abs. 3 VBGÖ); die Einigung selbst kann auch formlos getroffen werden.¹⁹⁵ Art. 14 Abs. 3 DZV ist demgegenüber passiv formuliert und richtet sich nicht an die Beauftragte. Ausserdem ist für das Verständnis von Art. 14 Abs. 3 DZV zu berücksichtigen, dass das Gesetz selbst für die Einigung keine bestimmte Form verlangt. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene «Formen» der Einigung denkbar:

- Im Vordergrund steht der Abschluss einer *schriftlichen Vereinbarung* («*accord consigné*») zwischen den Beteiligten. Die Vereinbarung muss weder von der Beauftragten unterzeichnet noch in das Protokoll aufgenommen werden. Er ist aber schriftlich festzuhalten und kann dem Protokoll angehängt werden. Es handelt sich dabei um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag (Vergleichsvertrag),¹⁹⁶ der – ohne dass er vorgängig in einen Entscheid integriert oder genehmigt werden müsste – rechtsverbindlich und aufgrund von Art. 14 Abs. 3 DZV unmittelbar vollstreckbar ist.¹⁹⁷ Für die Vollstreckung des Vertrags muss somit nicht zunächst auf Erfüllung des Vertrags geklagt werden.

¹⁹⁴ Vgl. dahingehend 2018-Trans-96.

¹⁹⁵ Botschaft BGÖ, BBl 2003 2024; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 13 Rz. 33.

¹⁹⁶ Statt vieler GUY-ECABERT, SHK BGÖ, Art. 13 Rz. 54; GUTH, 166. Das Kantonsgericht verknüpft allerdings die Einigung in einem jüngeren Urteil mit dem Entscheidcharakter des ganzen Verfahrens und dem Entscheid des öffentlichen Organs in der Sache (KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 5): «L'intégration d'une médiation dans le processus d'accès ne change pas la nature décisionnelle de l'ensemble de la procédure: Un accord intervenu au stade de la médiation se substitue simplement au prononcé de l'organe et n'a pas pour effet d'accorder au requérant autre chose que ce qui serait compris dans une décision ». Kritisch WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 22 f.

¹⁹⁷ BOILLAT/WERLY, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, 41; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 14.

- In der Praxis führt allerdings sehr oft auch ein unter der Ägide der Beauftragten durchgeführter informeller Austausch zu einer (meist mündlichen) Einigung zwischen den Beteiligten.¹⁹⁸ Obwohl die Einigung in den meisten Fällen unmittelbar vollzogen wird, ist sie durch die Beauftragte in geeigneter Form schriftlich festzuhalten, sei es auch nur durch den Vermerk im Dossier, dass sich die Beteiligten geeinigt haben, oder durch die Aufnahme der Korrespondenz in das Dossier. Ein solcher Vermerk stellt allerdings keinen Vollstreckungstitel i.S.v. Art. 14 Abs. 3 DZV dar.

Finden die Beteiligten während des Schlichtungsverfahrens ohne Vermittlung der Beauftragten unter sich eine einvernehmliche Lösung, handelt es sich gar um eine «ausserprozessuale» Einigung. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn ein öffentliches Organ als Reaktion auf einen Schlichtungsantrag einlenkt und die Dokumente noch vor einer Schlichtungsverhandlung übermittelt. In einem solchen Fall hat die Beauftragte das Schlichtungsverfahren infolge Gegenstandslosigkeit einzustellen (Rz. 65).

59 Der Inhalt der Einigung darf von der Beauftragten weder auf Rechtmässigkeit noch auf Angemessenheit überprüft werden.¹⁹⁹ Dies schliesst es nicht aus, dass die Beauftragte rechtliche Aspekte in die Schlichtung einfließen lässt und die Beteiligten gegebenenfalls auf problematische Einigungsvorschläge hinweist.

60 Durch eine Einigung wird das Schlichtungsverfahren nicht unmittelbar («ipso iure») beendet. Unter Umständen verlangen die Beteiligten selbst eine Sistierung des Schlichtungsverfahrens, wenn sie die Herausgabe der Dokumente vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht haben oder der Vollzug des Zugangs sichergestellt werden soll. Auch ohne solchen Antrag verfügt die Beauftragte im Rahmen ihrer Verfahrensleitung m.E. über ein gewisses Ermessen, ob sie das Verfahren unmittelbar abschliessen oder vorerst sistieren soll (vgl. für den Fall einer Teileinigung Rz. 57). In der Regel führt eine Einigung aber zu einer *Verfahrenseinstellung* von Amtes wegen. Gemäss einem früheren Verständnis galt die Einstellung des Verfahrens als Realakt. Das Bundesgericht hat allerdings in einem jüngeren Urteil festgehalten, dass die Beauftragte das Zustandekommen einer Einigung in einem Rechtskraft erlangenden Feststellungsentscheid («*décision de constatation acquérant force de chose jugée*») festzuhalten

¹⁹⁸ Vgl. statt vieler 2014-Trans-62, 2014-Trans-38, 2017-Trans-78, 2020-Trans-2. In einem Fall übermittelte die Beauftragte das Dokument gleich selbst an die Gesuchstellerin (2015-Trans-62).

¹⁹⁹ Vgl. analog im Bund BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 14 Rz. 2.

hat.²⁰⁰ Seither geht auch das Kantonsgericht von einem anfechtbaren Feststellungsentscheid aus.²⁰¹

bbb) Empfehlung

Scheitert die Schlichtung oder kommt sie nicht innert 20 Tagen nach der Einreichung des Schlichtungsantrags zustande, so gibt die Beauftragte den Beteiligten eine schriftliche Empfehlung ab (Art. 33 Abs. 2 InfoG i.V.m. Art. 14 Abs. 4 DZV). Vor dem Ablauf der 20 Tage darf eine Empfehlung nur abgegeben werden, wenn aufgrund der Umstände feststeht, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommen wird.²⁰² Mit dem Einverständnis der gesuchstellenden Person kann die Frist verlängert werden (Art. 14 Abs. 4 DZV; Rz. 45).

Einen anderen Fortgang findet das Verfahren nach einem Scheitern der Schlichtung hingegen, wenn das Organ, an welches das Zugangsgesuch gerichtet wurde, keine Entscheidbefugnis (also keine Verfügungskompetenz) innehat. In einer solchen Konstellation wird die Empfehlung der Beauftragten durch einen Entscheid der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission ersetzt (Art. 33a Abs. 1 lit. a–b InfoG). Zu diesem Zweck hat die Beauftragte, statt eine Empfehlung auszusprechen, die Unterlagen an die Kommission weiterzuleiten (Art. 14 Abs. 4 DZV).

Kein Raum für eine Empfehlung besteht, wenn eine Einigung zustande kommt. Dies gilt selbst dann, wenn die gesuchstellende Person aufgrund der Passivität des öffentlichen Organs dazu angehalten war, ein Schlichtungsverfahren einzuleiten bzw. wenn sich das öffentliche Organ während der Schlichtung unkooperativ gezeigt hat. Weder die Kommission noch die Beauftragte sind in diesen Fall ermächtigt, die Einigung mit einer Empfehlung zu ergänzen, welche die Verletzung des Beschleunigungsgebots oder des Grundsatzes von Treu und Glauben feststellt.²⁰³

Mit Blick auf die Abgabe einer Empfehlung unterzieht die Beauftragte die Stellungnahme des öffentlichen Organs einer Überprüfung auf Rechtmässigkeit und Angemessenheit, um den Beteiligten ihre Auffassung bekanntzugeben, ob und in welchem Umfang sie einen Zugangsanspruch bejaht. Gesetz und Verordnung machen lediglich Vorgaben für die Form der Empfehlung. Der ratio legis entsprechend muss die Empfehlung so abgefasst sein, dass sich die Beteiligten ein besseres Bild machen können und sich

²⁰⁰ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18 März 2020 E. 2.2.

²⁰¹ KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 4.

²⁰² Vgl. analog für das Verfahren nach BGÖ BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 14 Rz. 5.

²⁰³ KGer, Urteil 601 2018 327 vom 21. Mai 2019 S. 6.

somit ein förmliches (zeitaufwändiges) Entscheidungsverfahren vermeiden lässt.²⁰⁴

63 Die Empfehlung ist *nicht rechtsverbindlich*.²⁰⁵ Sie hat keinen Verfügungscharakter und kann daher nicht angefochten werden.²⁰⁶ Dennoch bringt sie das öffentliche Organ, wenn es in seinem Entscheid davon abweichen will, in einen erhöhten Begründungszwang. Ausserdem kommt der Einschätzung der Beauftragten im Rechtsmittelverfahren eine gewisse Bedeutung zu.²⁰⁷ Schliesslich kann die Beauftragte als Fachorgan über Empfehlungen einen Einfluss auf die künftige Anwendungspraxis ausüben.²⁰⁸

64 Dennoch schreibt das InfoG im Gegensatz zum Bundesrecht keine umfassende Veröffentlichung der Empfehlungen vor. Immerhin ist die Beauftragte angehalten, die wichtigsten Fälle, in denen ein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, zu veröffentlichen (Art. 41 Abs. 2 lit. e InfoG). Teilweise enthalten die Tätigkeitsberichte nähere Hinweise.²⁰⁹

ccc) Andere Konstellationen

65 Über die Einigung (und die darauffolgende Einstellung des Verfahrens) und die Empfehlung hinaus führen weitere Konstellationen zu einer Beendigung des Schlichtungsverfahrens:

- *Nichteintreten auf einen Schlichtungsantrag*: Gemäss einer neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die Beauftragte in diesem Fall das Verfahren durch Verfügung zu beenden, in welcher sie das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen feststellt (zum Ganzen Rz. 46). Dieser Entscheid kann von der Antragstellerin (gesuchstellende Person oder betroffene Drittperson) mit Beschwerde beim Kantonsgericht angefochten werden.
- *Abschreibung des Verfahrens infolge Rückzugs des Schlichtungsantrags*: Auch bei einem Rückzug des Schlichtungsantrags hat die Beauf-

²⁰⁴ Vgl. Botschaft InfoG, 983 f.; vgl. analog zu den Empfehlungen des EDÖB BJ, Erläuterungen VBGÖ, 16.

²⁰⁵ Botschaft InfoG, 983; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 15.

²⁰⁶ KGer, Urteil 601 2018 327 vom 21. Mai 2019 S. 5.

²⁰⁷ Vgl. z.B. KGer, Urteil 601 2019 96 vom 9. November 2020 E. 4.2.1 und E. 5.2; Urteil 601 2020 183 vom 29. April 2021 S. 9 f.

²⁰⁸ Vgl. analog für Empfehlungen des EDÖB CHATTON, Jusletter 3. April 2017, Rz. 33.

²⁰⁹ Für eine Übersicht über die Empfehlungen zwischen 2011 und 2020 STOFFEL/GASSER, FZR/RFJ 2020, *passim*.

trage das Verfahren gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Verfügungsform abzuschliessen.²¹⁰ Verweigert die gesuchstellende Person, die einen Schlichtungsantrag gestellt hat, die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung, kann dies nach Treu und Glauben einem Rückzug des Schlichtungsantrags gleichkommen (Rz. 54).

- *Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit*: Haben sich die Beteiligten ausserhalb des Schlichtungsverfahrens, d.h. ohne Vermittlung der Beauftragten, geeinigt, fällt das Interesse an einem Schlichtungsverfahren dahin und die Beauftragte hat das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Rz. 58 i.f.). In der Praxis erfolgt eine solche Abschreibung formlos.²¹¹

3. *Entscheidverfahren*

Obwohl das öffentliche Organ ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten unmittelbar nach Erhalt überprüfen muss, darf es darüber erst nach einem erfolglos durchlaufenen Schlichtungsverfahren entscheiden. Die Entscheidungsbefugnis setzt mit anderen Worten das Vorliegen einer Empfehlung voraus.²¹² Wird das Schlichtungsverfahren aus anderen Gründen eingestellt (Rz. 65), darf das öffentliche Organ keinen Entscheid treffen. Liegt also eine Empfehlung vor, ist das öffentliche Organ nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, *von Amtes wegen* ein Verwaltungsverfahren zu eröffnen und über das Zugangsgesuch in Verfügungsform zu entscheiden, dies unabhängig davon, ob sie sich an die Empfehlung anlehnen oder davon abweichen will.²¹³ 66

Die *Zuständigkeit* zum Erlass der Verfügung liegt beim öffentlichen Organ, das gemäss Art. 37 InfoG i.V.m. Art. 17 ff. DZV für die Behandlung des Zugangsgesuchs verantwortlich ist (Rz. 18). 67

Fehlt dem zuständigen Organ die Verfügungsbefugnis, werden die Empfehlung und der Entscheid des öffentlichen Organs durch einen Entscheid der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission ersetzt (Art. 33a Abs. 1 InfoG). Das Verfahren vor der Kommission ist ein Streitiges Verfahren; das Organ, an welches das Zugangsgesuch

²¹⁰ BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2.

²¹¹ Vgl. etwa 2020-Trans-71, 2020-Trans-77, 2019-Trans-145.

²¹² VOLLERY, FZR/RFJ 2014, 343 f.; WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 12.

²¹³ Botschaft InfoG, S. 969, 984; KGer, Urteil 601 2018 27 vom 24. Mai 2018 E. 2.3, in: FZR/RFJ 2019, 173 ff.

gerichtet wurde, ist Partei.²¹⁴ Ausserhalb von Art. 33a InfoG kommt der Kommission hingegen keine Verfügungskompetenz zu.²¹⁵

68 Der Erlass des (anfechtbaren) Entscheids ergeht in einem *Verwaltungsverfahren*. Auf dieses sind unter Vorbehalt der Spezialvorschriften des InfoG die Bestimmungen des VRG anwendbar (vgl. Art. 15 Abs. 2 DZV). Immer zu beachten sind auch die verfassungsrechtlichen Minimalgarantien (insbesondere Art. 29 BV).

- *Gegenstand* des Entscheidungsverfahrens bilden die vom Zugangsgesuch erfassten amtlichen Dokumente sowie die von der Empfehlung behandelten Fragen. Der Verfahrensgegenstand darf nicht darüber hinaus erweitert, wohl aber reduziert werden.²¹⁶
- Die *Parteistellung* im Verfahren richtet sich nach Art. 11 VRG. Dazu gehören neben der gesuchstellenden Person auch allfällige (private) Drittbetroffene. Zur Parteistellung gehört insbesondere das Recht, sich mindestens einmal im Verfahren zur Sache äussern zu können. Nicht mehr angehört werden müssen Dritte, die im Schlichtungsverfahren auf eine Teilnahme verzichtet²¹⁷ oder die sich bereits im Rahmen der Anhörung nach Art. 32 Abs. 2 InfoG geäußert haben, sofern sich der Gegenstand des Zugangsgesuchs nicht geändert hat und seither keine neuen Tatsachen in das Verfahren eingeführt wurden.²¹⁸ Umgekehrt ist die Anhörung von betroffenen Dritten, die bisher zu Unrecht nicht in das Verfahren einbezogen worden sind, nachzuholen (Rz. 27). Die Identität Dritter, denen Parteistellung zukommt, kann nötigenfalls verborgen werden (Art. 15 Abs. 2 lit. b DZV).
- Aus dem rechtlichen Gehör (Art. 57 ff. VRG, Art. 29 Abs. 2 BV) fliesst für die Parteien ferner ein Anspruch auf eine *Begründung* des Entscheids. Einzig wenn sich das öffentliche Organ der Empfehlung der Beauftragten anschliesst, kann es darauf verweisen und auf eine Begründung verzichten (Art. 33 Abs. 3 InfoG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 lit. a DZV). Ansonsten hat das Organ seinen Entscheid hinreichend zu begründen. Gerade im Bereich der gesetzlichen Ausnahmebestimmungen, die dem öffentlichen Organ nicht unerhebliche Entscheidungsspiel-

²¹⁴ STAATSKANZLEI, Erläuterungen Änderung DZV, Ziff. 3.2.1.

²¹⁵ KGer, Urteil 601 2018 327 vom 21. Mai 2019 S. 5.

²¹⁶ Vgl. analog auf Bundesebene HÄNER, SHK BGÖ, Art. 15 Rz. 5.

²¹⁷ Vgl. analog für das Verfahren auf Bundesebene BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, Art. 11 Rz. 8 und Art. 15 Rz. 14; a.M. FLÜCKIGER, SHK BGÖ, Art. 11 Rz. 20. Zum Ganzen auch Rz. 27.

²¹⁸ Vgl. analog für das Verfahren auf Bundesebene BVGer, Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.

räume offenhalten, gelten erhöhte Anforderungen an die Begründungsdichte. Das öffentliche Organ darf sich nicht bloss mit summarischen oder pauschalen Begründungen begnügen; vielmehr hat es aufzuzeigen, «welcher Ausnahmetatbestand anwendbar ist» und welche Gründe es dazu bewogen haben, «die Interessen an der Geheimhaltung stärker zu gewichten als das Transparenzinteresse».²¹⁹

- Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 15 Abs. 2 lit. c DZV).

Das Entscheidungsverfahren ist innert einer der Natur der Angelegenheit angemessenen *Frist* abzuschliessen, die in der Regel 30 Tage seit dem Erhalt der Empfehlung nicht überschreiten darf (Art. 36 Abs. 1 lit. a InfoG i.v.m. Art. 15 Abs. 1 DZV). Betrifft das Zugangsgesuch Informationen über die Umwelt und hat die gesuchstellende Person verlangt, dass die verkürzten Fristen eingehalten werden (Rz. 12), muss der Entscheid spätestens 60 Tage nach Eingang des Gesuchs getroffen werden (Art. 36 Abs. 1^{bis} InfoG i.V.m. Art. 13a Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 DZV).

69

4. *Rechtsmittelverfahren*

Gegen Entscheide, die nach Art. 33 (öffentliches Organ) oder Art. 33a InfoG (Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission) getroffen wurden, kann gemäss den ordentlichen Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege *Beschwerde* erhoben werden (Art. 34 Abs. 1 InfoG i.V.m. Art. 113 ff. VRG). Entscheide eines Organs, für die diese Bestimmungen kein Rechtsmittel vorsehen, insbesondere eines Organs des Grossen Rates oder der richterlichen Gewalt, sind unmittelbar beim Kantonsgericht anfechtbar (Art. 34 Abs. 2 InfoG); vorbehalten bleibt die besondere Regelung für Entscheide eines Organs, das zur Legislative einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbands gehört (Art. 35 Abs. 3 InfoG).

70

Der Beschwerde an das Kantonsgericht (Art. 34 Abs. 2 InfoG) unterliegen auch Entscheide der Beauftragten über das Zustandekommen einer Einigung und die darauffolgende Klassierung des Schlichtungsverfahrens.²²⁰ Eingetreten ist das Kantonsgericht auch auf eine Beschwerde gegen die Einstellung eines Schlichtungsverfahrens wegen Nichterscheinens der gesuchstellenden Person an der Schlichtungsverhandlung, wobei es die Natur der Beschwerde (Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 111 Abs. 1 VRG oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 114 VRG) offenliess.²²¹ Da das

²¹⁹ Vgl. analog zum Verfahren auf Bundesebene BGE 142 II 324 E. 3.6.

²²⁰ KGer, Urteil 601 2019 207/601 2019 219 vom 14. Mai 2020 S. 4.

²²¹ KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21.5.2019 (vom BGer im Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 bestätigt); vgl. dazu WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 17 f.

Bundesgericht dem Nichteintreten und der Einstellung des Verfahrens des Schlichtungsverfahrens Entscheidcharakter zuspricht,²²² dürften diese Akte künftig ebenfalls mit Beschwerde beim Kantonsgericht anfechtbar sein.

- 71 Die *Beschwerdelegitimation* richtet sich nach Art. 76 VRG. Gegen Entscheide der Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission (Art. 33a Abs. 1 InfoG) sind auch die Personen oder Organe nach Art. 2 Abs. 1 lit. c und Art. 20 Abs. 1^{bis} InfoG beschwerdeberechtigt (Art. 34 Abs. 3 InfoG).
- 72 *Gegenstand* des Beschwerdeverfahrens bildet die Überprüfung der Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids und des diesem vorangehenden Verwaltungsverfahrens.²²³ Das vorangehende Vorverfahren – insbesondere das Schlichtungsverfahren – wird hingegen nicht in die Überprüfung einbezogen; vorbehalten sind Fälle der Nichtigkeit.²²⁴
- 73 Das Beschwerdeverfahren ist in der Regel kostenlos (Art. 24 Abs. 1 InfoG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 DZV). Vorbehalten bleibt das Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht (Art. 24 Abs. 1 InfoG i.V.m. Art. 131 ff. VRG). Anwendbar sind in diesem Fall auch die Bestimmungen zur Parteientschädigung.²²⁵

IV. Würdigung

- 74 Die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens sowie die gelebte Verfahrenspraxis haben einen wesentlichen Einfluss auf die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung. Der Freiburger Gesetzgeber hat sich vor über zehn Jahren für ein zweistufiges Vorverfahren entschieden, welches sehr informell ausgestaltet ist und abgesehen von relativ engen Zeitvorgaben eine gewisse Flexibilität erlaubt. Die Zielsetzung, das Verfahren zu beschleunigen und förmliche Verfahren wenn möglich zu vermeiden, um damit den Zugang zu den amtlichen Dokumenten zu erleichtern, gleichzeitig aber den Rechtspositionen Dritter die nötige Beachtung zu schenken, dürfte im Grossen und Ganzen erfüllt sein.²²⁶

²²² BGer, Urteil 1C_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2.

²²³ Vgl. KGer, Urteil 601 2019 96 vom 9. November 2020 E. 1.2 (keine Angemessenheitsprüfung).

²²⁴ Vgl. analog für das Bundesverwaltungsgericht BVGE 2014/6 E. 1.2.4.

²²⁵ Vgl. zum Ganzen KGer, Urteil 601 2020 131 vom 29. Januar 2021 (Aushändigung der amtlichen Dokumente während des Beschwerdeverfahrens vor dem Kantonsgericht).

²²⁶ Vgl. dazu eingehender den Beitrag von NICOLAS SCHMITT in diesem Band.

Der Zugang zu den amtlichen Dokumenten ist niederschwellig ausgestaltet. *Gesuche* können informell und anonym eingereicht werden. Diese Niederschwelligkeit führt zwar dazu, dass keine verlässlichen Zahlen zur Anzahl der eingegangenen Zugangsgesuchen existieren, da die Anfragen – oftmals unbewusst – nicht immer im Verfahren nach Art. 31 ff. InfoG behandelt und registriert werden.²²⁷ Diese Erkenntnislücke ist aber zugunsten der Formlosigkeit und Beschleunigung des Verfahrens hinzunehmen. 75

Die Anzahl der jährlich registrierten Zugangsgesuche variiert zwischen 37 (2013) und 93 (2019), liegt im Durchschnitt bei rund 56 Gesuchen pro Jahr und zeigt in der Tendenz eher nach oben. Bei durchschnittlich knapp 66% der zwischen 2011 und 2020 registrierten Gesuche wurde der Zugang bereits während der ersten Verfahrensetappe vollständig gewährt; nur in knapp 15% der registrierten Gesuche wurde der Zugang vollumfänglich verweigert. Es fällt ausserdem auf, dass der Anteil der Zugangsverweigerung in den letzten drei Jahren zurückgegangen ist²²⁸

Auch der rechtliche Rahmen für das *Schlichtungsverfahren* lässt viel Freiraum für dem Einzelfall angepasste Vorgehensweisen. Während in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des InfoG die Vermittlung oft über Telefon und E-Mails erfolgte, haben Schlichtungsverhandlungen in jüngerer Zeit eher an Bedeutung gewonnen. Der grosse Zeitdruck stellt aber für die Erzielung einer Einigung nach wie vor eine grosse Herausforderung dar.²²⁹ 76

Die Anzahl der Schlichtungsgesuche der letzten zehn Jahre variiert zwischen einem (2013) und 29 (2019)²³⁰ bzw. 20 (2020); auch hier zeigt die Tendenz klar nach oben. Knapp 42% der Schlichtungsverfahren konnten mit einer Einigung abgeschlossen werden, wobei darin auch faktische Einigungen unter den Parteien enthalten sind.²³¹ In nicht wenigen Fällen folgten die öffentlichen Organe den Empfehlungen der Beauftragten. Der Anteil von Schlichtungsverfahren, in denen eine Einigung gelang, gegenüber jenen, die mit einer Empfehlung abgeschlossen wurden, hält sich über die gesamte Zeitspanne die Waage.²³²

²²⁷ Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, S. 14.

²²⁸ Diese Durchschnittswerte ergeben sich aus den Tätigkeitsberichten der ÖDSB der Jahre 2011–2020.

²²⁹ Auskunft der Beauftragten vom 20. April 2021. Vgl. ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2020, 17, wonach die starke Zunahme der eingegangenen Schlichtungsanträge zur Folge hatte, dass die Beauftragte ihre Arbeit nicht immer in der nach InfoG vorgesehenen Frist erledigen konnte; vgl. bereits ÖDSB, Tätigkeitsbericht 2019, 14; Tätigkeitsbericht 2011, 19.

²³⁰ 12 Gesuche betrafen allerdings dasselbe amtliche Dokument.

²³¹ Diese Durchschnittswerte ergeben sich aus den Tätigkeitsberichten der ÖDSB der Jahre 2011–2020.

²³² Anders hat auf Bundesebene der Anteil einvernehmlicher Lösungen ständig zugenommen; vgl. EDÖB, Auswertungsbericht Pilotversuch 2017, S. 5.

Der Erfolg des Verfahrens kann aber auch daran gemessen werden, dass spätestens mit dem Abschluss des Schlichtungsverfahrens letztlich über 80% der (registrierten) Gesuche in einen vollumfänglichen oder zumindest teilweisen Zugang geführt haben.²³³ Ein positives Gesamtbild gewinnt man auch, wenn man die Gesamtzahl der zwischen 2011 und 2020 registrierten Zugangsgesuche (489) ins Verhältnis zu den Anzahl Beschwerden der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller (9) setzt.

77 Gesetz und Verordnung sind mit Blick auf die Erfüllung der Anforderungen der Aarhus-Konvention bereits revidiert worden. Ob weitere Anpassungen nötig sein werden, hängt auch von der Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu dieser Konvention ab. Dessen ungeachtet besteht m.E. kein akuter Bedarf für eine grössere Korrektur des verfahrensrechtlichen Rahmens. Dieser ist breit genug, um allfälligen Schwächen durch Anpassungen der Verfahrenspraxis (insbesondere im Schlichtungsverfahren) zu begegnen.²³⁴ Hingegen ist m.E. fraglich, ob bei einer weiteren Zunahme der Schlichtungsgesuche die bestehenden personellen Kapazitäten noch ausreichen werden, um die Verfahren fristgerecht durchzuführen.

²³³ STOFFEL/GASSER, FZR/RFJ 2020, 325 f.

²³⁴ So hat beispielsweise auf Bundesebene eine Änderung der Praxis des EDÖB bei der Durchführung des Schlichtungsverfahrens – im Unterschied zu früher werden heute mehr mündliche Verfahren durchgeführt – zu einer deutlichen Beschleunigung der Verfahren beigetragen. Vor diesem Hintergrund konnte der Bundesrat vorerst auf eine Gesetzesrevision verzichten. Vgl. EJP, Keine Revision des Öffentlichkeitsgesetzes, Medienmitteilung vom 15. Mai 2019; vgl. ferner auch den Beitrag von ANDRÉ WINKLER in diesem Band.