

Beim nachfolgenden Beitrag handelt es sich um einen Aufsatz, den der Autor in der Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (FZR/RFJ 2020, S. 1–23) veröffentlicht hat. Die Formatierung weicht vom ursprünglichen Text ab.

## **Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten: Immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept?**

Eine Zusammenfassung und Kommentierung der Urteile des Kantonsgerichts 601 2019 19 vom 21. Mai 2019 sowie des Bundesgerichtsurteils 1C\_353/2019 vom 18. März 2020

**Bernhard Waldmann\***

Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg und Co-Direktor des Instituts für Föderalismus

### ***Résumé/Zusammenfassung***

*Gemäss einem neueren Urteil des Bundesgerichts darf das Schlichtungsverfahren ohne Abgabe einer Empfehlung der kantonalen Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz geschlossen werden, wenn die gesuchstellende Person ohne entschuldbaren Grund der Schlichtungsverhandlung fernbleibt. Die Urteilsbegründung enthält zum einen aufschlussreiche Erwägungen zur Mitwirkungspflicht der Parteien im Schlichtungsverfahren und den Folgen einer Pflichtverletzung. Zentral sind zum andern aber auch die Erwägungen zur Frage, ob und inwiefern der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz zur Verfahrensleitung und -erledigung Entscheidungskompetenzen zustehen. Die Antworten auf diese Fragen sind immer im Zusammenhang mit dem gesamten Zugangsverfahren zu sehen. Die*

---

\* Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn BLaw OLIVER GAUTSCHI, für die Mitwirkung bei der Quellensuche sowie bei der Finalisierung des Textes.

*Einstellung des Schlichtungsverfahrens darf nicht dazu führen, dass die gesuchstellende Person ihres Anspruchs auf einen anfechtbaren Entscheid beraubt wird. Die Rechtsprechung scheint sich allerdings immer mehr vom ursprünglichen Konzept des Gesetzgebers zu entfernen.*

*Selon un récent arrêt du Tribunal fédéral, la procédure de médiation peut être close sans recommandation du préposé cantonal à la transparence si la personne qui a fait la demande est absente de la séance de médiation sans raison valable. Les considérants de l'arrêt contiennent, d'une part, des arguments révélateurs concernant l'obligation des parties de coopérer dans la procédure de médiation et les conséquences d'un manquement à cette obligation. D'autre part, les considérations relatives à la question de savoir si et dans quelle mesure le préposé à la transparence dispose de compétences décisionnelles pour gérer et régler les procédures sont également déterminantes. Les réponses à ces questions doivent toujours être examinées dans le contexte de l'ensemble de la procédure d'accès. L'interruption de la procédure de médiation ne doit pas avoir pour conséquence de priver le demandeur de son droit à une décision susceptible de recours. Cependant, la jurisprudence semble s'éloigner de plus en plus du concept original du législateur.*

## **I. Einleitung und Fragestellung**

Die Freiburger Kantonsverfassung gewährleistet ein Grundrecht auf Information (Art. 19 Abs. 1 KV): Jede Person kann amtliche Dokumente einsehen, sofern kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht (Art. 19 Abs. 2 KV).

Seit dem 1. Januar 2011 konkretisieren das Gesetz über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG) und die dazugehörige Ausführungsverordnung (DZV) den Inhalt und die Schranken dieses Informationsanspruchs, und sie bestimmen darüber hinaus das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten. In (bewusster) Anlehnung an die Regelungen im Bund<sup>1</sup> und in den

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 10–16 BGÖ (SR 152.3), Art. 7–13a VBGO (SR 152.31).

Kantonen Genf<sup>2</sup> und Solothurn<sup>3</sup> hat der Gesetzgeber ein mehrstufiges Verfahren vorgesehen, das einerseits die Interessen der gesuchstellenden Person und allfällig Drittbetroffener sowie die öffentlichen Interessen der Behörden möglichst formlos in Einklang bringen, andererseits aber dennoch in streitigen Fällen die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids innert nützlicher Frist ermöglichen soll.<sup>4</sup> Das Zugangsverfahren wird durch ein Gesuch um Zugang zu einem amtlichen Dokument beim zuständigen öffentlichen Organ ausgelöst und verläuft maximal in vier Phasen.<sup>5</sup>

*Vorprüfungsverfahren:* In der ersten Phase wird das Gesuch durch das zuständige öffentliche Organ formlos geprüft. Diese Phase endet entweder mit der Gewährung des Zugangs oder mit einer Stellungnahme, falls das Organ beabsichtigt, den Zugang aufzuschieben, teilweise oder ganz zu verweigern oder trotz des Einspruchs einer betroffenen Drittperson zu gewähren (Art. 32 InfoG; Art. 10 ff. DZV).

*Schlichtungsverfahren:* Sowohl die gesuchstellende Person als auch die Drittpersonen, die Einsprache erhoben haben, können mit einem entsprechenden Antrag ein Schlichtungsverfahren vor der *Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz* (nachfolgend: Beauftragte) einleiten (Art. 33 Abs. 1 InfoG; Art. 14 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> DZV). Gelingt die Schlichtung, so wird die Einigung schriftlich festgehalten und sofort vollstreckbar (Art. 14 Abs. 3 DZV), womit das Verfahren endet. Scheitert die Schlichtung oder kommt sie nicht innert 20 Tagen nach der Einreichung des Antrags zustande, so gibt die Beauftragte den Parteien eine schriftliche Empfehlung ab (Art. 33 Abs. 2 InfoG; Art. 14 Abs. 4 DZV).

*Entscheidungsverfahren:* Ist eine Empfehlung abgegeben worden, so trifft das öffentliche Organ – oder in gewissen Fällen die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission (im Folgenden: die

---

<sup>2</sup> Vgl. Art. 28 und 30 der Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) vom 5. Oktober 2001 (RSG A 2 08).

<sup>3</sup> Vgl. §§ 34–37 Informations- und Datenschutzgesetz (InfoDG) vom 21. Februar 2001 (BGS 114.1).

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft Nr. 90 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG) vom 26. August 2008, TGR 2009, S. 961 ff., 968, 982 f.

<sup>5</sup> Zum Ganzen bereits LUC VOLLERY, Droit d'accès aux documents : déroulement de la procédure et charge de travail disproportionnée, FZR 2014, S. 342 ff., 343; DERSELBE, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, FZR 2009, S. 353 ff., 428 (N 108).

Kommission) – von Amtes wegen einen Entscheid (Art. 33 Abs. 3 und Art. 33a InfoG; Art. 15 DZV).

*Rechtsmittelverfahren*: Gegen Entscheide, die vom öffentlichen Organ oder allenfalls von der Kommission (Art. 33a InfoG) getroffen werden, kann grundsätzlich gemäss den ordentlichen Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege Beschwerde geführt werden (Art. 34 Abs. 1 InfoG).

Die beiden ersten Phasen bilden zusammen ein *zweistufiges Vorverfahren*, das dem förmlichen, in einen Entscheid mündenden Verwaltungsverfahren zwingend vorgeschaltet ist. Während das Vorprüfungsverfahren vom öffentlichen Organ, an welches sich das Zugangsgesuch richtet, geleitet wird, liegt die Durchführung des Schlichtungsverfahrens in den Händen der Beauftragten. Weder das öffentliche Organ noch die Beauftragte können aber in diesem Vorverfahren über das Zugangsgesuch entscheiden. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Leitung der jeweiligen Verfahrensabschnitte nicht gewisse Anordnungsbefugnisse umfassen muss. Ausserdem ist klärungsbedürftig, wie der Rechtsschutz für die gesuchstellende Person bei passivem Verhalten oder Verzögerungen der Behörden sichergestellt werden kann.

Im Kontext dieser Fragestellungen hat das Bundesgericht jüngst ein Urteil gefällt, das aufhorchen lässt.<sup>6</sup> Im Folgenden sollen die Vorgeschichte dieser Beschwerdesache sowie die Erwägungen der Vorinstanz und des Bundesgerichts zusammengefasst werden (II). Daran anschliessend werden die Schlüsse des Bundesgerichts einer (kritischen) Würdigung unterzogen und mit eigenen Überlegungen ergänzt (III.). Darin fliesst schliesslich auch ein neuerer Entscheid des Kantonsgerichts ein, der die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils aufnimmt und weiterführt.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> BGer, Urteil 1C\_353/2019 vom 18. März 2020.

<sup>7</sup> KGer, Urteil 601 2019 207, 601 2019 219 vom 14. Mai 2020.

## II. Streitsache «A. gegen kantonale Gebäudeversicherung (KGV)»

### A. Sachverhalt und Vorverfahren

Am 13. August 2018 verlangte A. von der kantonalen Gebäudeversicherung (KGV) Zugang zu verschiedenen Dokumenten und die Herausgabe bestimmter Informationen. Nachdem die KGV den Gesuchsteller zunächst auf die auf ihrer Website auffindbaren Regelungen sowie auf ihre künftigen Jahresberichte verwiesen hatte und auf nochmalige Anfrage von A. die Behandlung seiner Anträge in der nächsten Verwaltungsratssitzung in Aussicht stellte, unterbreitete A. der kantonalen Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz des Kantons Freiburg am 19. November 2018 einen Schlichtungsantrag.

Nachdem die Beauftragte die Parteien für den 5. Dezember 2018 zu einer Schlichtungssitzung eingeladen hatte, teilte A. per E-Mail mit, dass eine solche Sitzung nicht erforderlich sei, woraufhin er von der Beauftragten die Antwort erhielt, dass die Sitzung nicht abgesagt werden könne, ausser im Fall einer Rücknahme des Antrags oder eines gemeinsamen Antrags auf Suspendierung. Die KGV übermittelte daraufhin einige Informationen und die Beauftragte hielt an der Sitzung fest. Nachdem A. an der Sitzung nicht erschienen war, setzte die Beauftragte für den 8. Januar 2019 eine neue Sitzung an und wies darauf hin, dass die Parteien zu erscheinen verpflichtet seien und dass der Antrag als zurückgezogen betrachtet werde, wenn der Antragsteller der Sitzung erneut ohne gültige Entschuldigung fernbleibe. A. verlangte gleichentags von der KGV zwei weitere Informationen und teilte am 7. Januar 2019 mit, dass er an der Schlichtungssitzung nicht teilnehmen werde, da er immer noch auf die Antwort der KGV warte; er betrachte die Schlichtung als gescheitert und ersuche um eine Empfehlung in der Sache.

Die Beauftragte erachtete das Fernbleiben von der Sitzung als Rückzug des Schlichtungsgesuchs, nahm von diesem Rückzug Kenntnis (*«Il est pris acte du retrait de la requête en médiation du requérant»*) und erachtete das Schlichtungsverfahren in einem explizit als «Entscheid» bezeichneten Schriftakt<sup>8</sup> als abgeschlossen (*«La procédure de médiation ... est considérée comme close»*). Sie verwies dabei auf die Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 14a DZV und orientierte sich mangels ausdrücklicher Bestimmung im kantonalen Recht an der

---

<sup>8</sup> Entscheid vom 23. Januar 2019.

Bundesregelung (Art. 12b Abs. 3 VBGÖ), wonach der Schlichtungsantrag als zurückgezogen und erledigt gilt, wenn der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt.

## **B. Urteil des Kantonsgerichts vom 21. Mai 2019**

Gegen den «Entscheid» der Beauftragten erhob A. am 6. Februar 2019 Beschwerde beim Kantonsgericht. Er schloss dabei primär auf dessen Nichtigkeit und auf Rückweisung an die Beauftragte, damit diese in der Sache eine Empfehlung erlasse, da die Beauftragte über keine Verfügungskompetenzen verfüge (was von Amtes wegen festzustellen sei) und bei einem Nichtzustandekommen der Schlichtung eine Empfehlung abzugeben habe. Subsidiär verlangte er die Aufhebung des «Entscheids» aus den gleichen Gründen.

Das Kantonsgericht wies die Beschwerde von A. mit Urteil vom 21. Mai 2019 vollumfänglich ab.<sup>9</sup> Die Urteilsbegründung ist in der Technik des «[in Erwägung,]dass-Entscheids» abgefasst. Im Folgenden werden lediglich die wichtigsten Elemente zusammengefasst.

Ausgehend von der fehlenden Verfügungskompetenz der Beauftragten qualifizierte das Kantonsgericht die Einstellung des Schlichtungsverfahrens («*classement de la requête en médiation*») als Realakt. Es liess die Frage offen, ob dieser Realakt mit Rechtsverzögerungsbeschwerde angefochten werden kann, da das angerufene Gericht auf jeden Fall im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu prüfen befugt sei, ob der KGV durch ihr Verhalten im Schlichtungsverfahren «indirekt» eine Rechtsverweigerung vorgeworfen werden könne. In diesem Sinne trat es auf die Beschwerde ein.

Angesichts der informellen Natur des Schlichtungsverfahrens erachtete es das Kantonsgericht für gerechtfertigt, dass die Beauftragte das Schlichtungsverfahren ohne Weiteres eingestellt hatte, nachdem der Antragsteller auch der zweiten Schlichtungsverhandlung ohne triftigen Grund ferngeblieben war. Die Rüge, die Beauftragte habe damit der KGV verunmöglicht, einen anfechtbaren Entscheid i. S. v. Art. 4 VRG zu erlassen, erachtete das Gericht als unbegründet. Dem Beschwerdeführer stehe es offen, bei der Beauftragten einen neuen Schlichtungsantrag einzureichen, um den Zugang zu den gewünschten Dokumenten

---

<sup>9</sup> KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019.

und Informationen zu erhalten. Schliesslich liess das Kantonsgericht offen, ob Art. 33 VRG oder Art. 12b Abs. 3 VBGÖ im Schlichtungsverfahren in direkter oder analoger Weise Anwendung finden.

### C. Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2020

Gegen dieses Urteil erhob A. subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit des Entscheids der Beauftragten und demzufolge auch die Hinfälligkeit bzw. Nichtigkeit des angefochtenen Urteils. Eventualiter verlangte er die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz oder an die Beauftragte. Das Bundesgericht behandelte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als Beschwerde in öffentlichen-rechtlichen Angelegenheiten, da kein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG vorliegt (E. 1). In der Sache wies es die Beschwerde ab.<sup>10</sup>

#### 1. Keine Nichtigkeit des «Entscheids» über die Einstellung des Schlichtungsverfahrens (E. 2)

Das Bundesgericht ging als Erstes auf die Rüge des Beschwerdeführers ein, dass das Kantonsgericht Art. 30 Abs. 1 BV verletzt habe, indem es den Entscheid der Beauftragten vom 23. Januar nicht für nichtig erachtete, da die Beauftragte gemäss kantonalem Recht nur Empfehlungen abgeben, jedoch keine Verfügungen erlassen dürfe.

Ausgehend von den Bestimmungen im kantonalen Recht hielt das Bundesgericht fest, dass mit der Einreichung eines Schlichtungsantrags ein Verfahren eröffnet werde, das gewöhnlicherweise mit einer Einigung oder einer Empfehlung ende. Wenn eine Einigung erzielt werde, obliege es der Beauftragten, diese in einem Rechtskraft erlangenden Feststellungsentscheid («*décision de constatation acquérant force de chose jugée*») festzuhalten. Ebenso müsse die Beauftragte, wenn das Schlichtungsgesuch die gesetzlichen Annahmeveraussetzungen (insbesondere die Frist von 30 Tagen nach Eingang der Stellungnahme) nicht erfülle, dies mit einem das Verfahren beendenden Entscheid feststellen («*constater par une décision mettant fin à sa saisine*»). Selbst wenn die Beauftragte in der Sache (d.h. über den Bestand und den Umfang des Zugangsrechts) keinen verbindlichen Entscheid treffen dürfe, müsse sie in bestimmten Fällen verfügen können, so namentlich wenn der Schlichtungsantrag zurückgezogen wird, was zumindest

---

<sup>10</sup> BGer, Urteil 1C\_353/2019 vom 18. März 2020.

vermerkt werden sollte. Unter diesen Umständen könne der Entscheid der Beauftragten vom 23. Januar 2019 nicht wegen fehlender Entscheidkompetenzen als nichtig erachtet werden. Auch dem Kantonsgericht könne nicht vorgeworfen werden, diese Nichtigkeit nicht festgestellt zu haben; es bestehe auch kein Widerspruch zum fehlenden Entscheidungsrecht der Beauftragten in der Sache (E. 2.2).

2. *Keine willkürliche Anwendung kantonalen Verfahrensrechts (E. 3)*

In der Folge ging das Bundesgericht auf die Rüge der willkürlichen Anwendung der kantonalen Bestimmung zur Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 111 VRG) ein. Der Beschwerdeführer hatte moniert, dass die Vorinstanz seine Beschwerde zu Unrecht als Rechtsverweigerungsbeschwerde behandelt habe, obwohl die KGV in diesem Verfahrensstadium noch keine Verfügungskompetenzen innegehabt habe.

Das Bundesgericht liess – wie bereits das Kantonsgericht – die Frage nach dem zulässigen Rechtsmittel gegen die «Einstellung» des Verfahrens offen, zumal der Entscheid des Kantonsgerichts in seinem Ergebnis keine Willkür erkennen lasse. Das Kantonsgericht habe unabhängig von der Frage des zulässigen Rechtsmittels geprüft, ob die Beauftragte den Schlichtungsantrag als zurückgezogen betrachten und somit dem Antragsteller eine Empfehlung und dann einen Entscheid des öffentlichen Organs vorenthalten durfte. Unabhängig davon, ob es sich um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde oder eine Beschwerde gegen die Beendigung des Schlichtungsverfahrens handelte, habe das Kantonsgericht die Frage einer möglichen Rechtsverweigerung geprüft, womit der Beschwerdeführer in keiner Weise benachteiligt worden sei (E. 3.2).

3. *Keine willkürliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen zum Schlichtungsverfahren (E. 4)*

In der Sache rügte der Beschwerdeführer eine willkürliche Anwendung von Art. 33 InfoG bzw. eine willkürliche Nichtanwendung von Art. 14a Abs. 4 DZV. Gemäss letzterer Bestimmung, die vom Kantonsgericht ignoriert worden sei, wäre die einzige mögliche Folge einer Verweigerung der Teilnahme an der Schlichtungssitzung die Feststellung, dass die Schlichtung gescheitert ist, und die Abgabe einer Empfehlung. Hingegen seien Art. 12b Abs. 3 VBGÖ, die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO) zum Schlichtungsverfahren oder Art. 33



VRG nicht anwendbar. Die Freiheit der Beauftragten, das Schlichtungsverfahren zu leiten, würde durch die Grundsätze und Ziele der Schlichtung eingeschränkt, sodass sie sich nicht über die klare Regelung von Art. 14a Abs. 4 DZV hinwegsetzen könne (E. 4 Ingress).

Das Bundesgericht stellte zunächst in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer fest, dass das Kantonsgericht die Bestimmung von Art. 14a Abs. 4 DZV nicht erwähnte. Unabhängig vom Grund für diese Nichterwähnung weise der Beschwerdeführer nicht nach, dass das angefochtene Urteil in seinem Ergebnis willkürlich wäre, d.h., dass die Anwendung der genannten Bestimmung zwangsläufig zu dem von ihm befürworteten Ergebnis führen würde (E. 4.1).

In der Tat erlaube es die Bestimmung von Art. 14a Abs. 4 DZV der Beauftragten, das Scheitern der Schlichtung festzustellen und das Verfahren durch eine Empfehlung fortzusetzen; die Beauftragte werde dazu aber nicht verpflichtet. Die Bestimmung hindere die Beauftragte insbesondere nicht daran, Massnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Parteien der in Art. 14a Abs. 1–3 DZV verankerten Pflicht zur Mitwirkung, die im Zentrum des Schlichtungsverfahrens stehe, nachkommen. Insbesondere seien die Parteien verpflichtet, bei der Suche nach einer Einigung mitzuwirken und an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen (Art. 14a Abs. 2 lit. c DZV). Dabei sei die Beauftragte in der Leitung des Verfahrens frei und verfüge über eine grosse Handlungsfreiheit (Art. 14 Abs. 3 DZV [recte: Abs. 2]). Zudem bilde die Schlichtung eine obligatorische Etappe im Zugangsverfahren (Art. 33 Abs. 2 InfoG und Art. 14 DZV). Es obliege allein der Beauftragten (nicht aber dem Beschwerdeführer), das Scheitern der Schlichtung festzustellen, da dieser Verfahrensschritt ansonsten systematisch umgangen werden könnte. In diesem Sinne sei Art. 14a Abs. 4 DZV restriktiv auszulegen und nur dann anzuwenden, wenn *die Parteien* (und nicht nur eine von ihnen) die Mitwirkung im Schlichtungsverfahren verweigern; in diesem Fall sei es tatsächlich von vornherein unmöglich, eine Einigung zu erzielen (E. 4.2).

Im vorliegenden Fall habe sich die KGV im Schlichtungsverfahren stets diskussionsbereit gezeigt, indem sie Dokumente einreichte und Auskünfte erteilte sowie an den Schlichtungssitzungen teilnahm. Der Beschwerdeführer habe zwar stets direkt bei der KGV Auskünfte verlangt, sei aber trotz der Klarstellung der Beauftragten, dass der Schlichtungsantrag bei Nichterscheinen zur Sitzung vom 8. Januar 2019 als zurückgezogen gelte, nicht erschienen. Angesichts dieser Umstände konnte das Schlichtungsverfahren nicht als gescheitert betrachtet werden, sodass die Anwendungsvoraussetzung von Art. 14a Abs. 4 DZV nicht

erfüllt sei. Die Nichtanwendung dieser Bestimmung führe entgegen dem Beschwerdeführer zu keinem willkürlichen Ergebnis (E. 4.3).

Da der Beschwerdeführer über die Folgen eines ungerechtfertigten Nichterscheinens klar im Bilde gewesen sei, könne er keinen überspitzten Formalismus beklagen. Wie das Kantonsgericht zurecht hervorgehoben habe, könne er ein neues Zugangsgesuch stellen und an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen, um im Falle einer Ablehnung durch das öffentliche Organ eine Empfehlung und dann einen Entscheid über die von ihm noch angeforderten Dokumente und Informationen zu erhalten. Auch aus diesen Gründen sei das angefochtene Urteil nicht willkürlich (E. 4.4.).

### **III. Kommentar**

#### **A. Allgemeine Würdigung**

Dem Ergebnis des bundesgerichtlichen Urteils kann vorbehaltlos zugestimmt werden. Das Urteil des Kantonsgerichts beruht weder auf einer willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts noch auf einer Verkennung der Ansprüche aus dem Verbot der Rechtsverweigerung. Die Urteilsbegründung vermag hingegen m.E. nicht in allen Teilen zu überzeugen.

Fragen werfen zunächst die Ausführungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Rüge des Beschwerdeführers auf, das Kantonsgericht hätte den «Entscheid» der Beauftragten vom 23. Januar 2019 für nichtig erklären müssen, da diese nur Empfehlungen abgeben, aber keine Entscheide treffen dürfe. Das Bundesgericht verwirft diese Rüge (zurecht), begibt sich dafür aber direkt in die Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens nach freiburgischem Recht, qualifiziert gewisse verfahrensleitende und -abschliessende Anordnungen als (Feststellungs-)Verfügungen und suggeriert damit in diesen Fällen das Vorliegen eines Entscheids nach Art. 4 VRG. Zwar trifft es zu, dass Verfügungen eines Aufgabenträgers, dem keine hoheitlichen Kompetenzen zukommen, einen besonders schweren Mangel aufweisen, der – wenn auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind<sup>11</sup> – ihre Nichtigkeit zur Folge

---

<sup>11</sup> Nichtigkeit einer Verfügung wird angenommen, wenn der tiefgehende und wesentliche Mangel überdies offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist

haben kann.<sup>12</sup> Ob ein solcher Mangel vorliegt oder ob eine Verfügungskompetenz besteht, beurteilt sich aber vorliegend nach freiburgischem Recht, dessen Auslegung durch die Vorinstanz vom Bundesgericht nur auf Willkür überprüft werden kann. Das Bundesgericht ging aber weiter und ersetzte die vom Kantonsgericht vorgenommene Auslegung des kantonalen Rechts (und damit die Qualifikation der Verfahrenseinstellung<sup>13</sup>) durch ihre eigene. Es hätte m.E. genügt zu prüfen, ob die Beauftragte im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeiten und ihrer Befugnisse der Verfahrensleitung gehandelt hat; ob es sich bei der Klassierung des Verfahrens um einen Entscheid i.S.v. Art. 4 VRG oder um eine verfahrensbezogene Anordnung ohne Entscheidcharakter gehandelt hat,<sup>14</sup> hätte es offenlassen können, zumal sich dadurch am Ergebnis nichts geändert hätte.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Auslegung des kantonalen Rechts betreffend die Mitwirkungspflicht der Parteien im Schlichtungsverfahren. Im Zusammenhang mit der Verwerfung der Rüge des Beschwerdeführers, das Kantonsgericht habe Art. 14a Abs. 4 DZV willkürlich nicht angewendet, führt das Bundesgericht aus, dass diese Bestimmung nur in Fällen zum Tragen komme, in denen beide Parteien (und nicht nur eine Partei) die Mitwirkung im Schlichtungsverfahren verweigern oder missbräuchlich verzögern. Auch hier greift das Bundesgericht m.E. über eine Willkürprüfung hinaus in die Interpretation kantonalen Rechts ein. Wie wäre es denn, wenn lediglich das zuständige Organ die Mitwirkung verweigert oder das Verfahren missbräuchlich hinauszögert?<sup>15</sup>

Auf diese und weitere Fragen soll in den folgenden Ausführungen kurz eingegangen werden.

---

und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet ist (statt vieler BGE 137 I 273 E. 3.1).

<sup>12</sup> Vgl. BGE 130 III 97 E. 3.2 m.w.H.

<sup>13</sup> Das Kantonsgericht qualifiziert die Klassierung von Schlichtungsgesuchen als Realakt.

<sup>14</sup> Vgl. Ziff. B-2 hiernach.

<sup>15</sup> Vgl. Ziff. B-4 hiernach.

## B. Einzelne Aspekte des Schlichtungsverfahrens

### 1. *Wesen des Schlichtungsverfahrens*

Wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. I), ist das Zugangsverfahren zu amtlichen Dokumenten und Informationen in zwei Hauptteile aufgegliedert:<sup>16</sup> Der erste Hauptteil besteht aus einem *Vorverfahren*, das seinerseits die erste Beurteilung des Zugangsgesuchs durch das öffentliche Organ sowie das Schlichtungsverfahren vor der Beauftragten umfasst. Der zweite Hauptteil zerfällt in das *Entscheidungsverfahren* vor dem öffentlichen Organ (oder der Kommission nach Art. 33a InfoG) und das daran anschliessende *Beschwerdeverfahren*. Trotz dieser Etappierungen bilden die beiden Teile «ein unteilbares Ganzes»<sup>17</sup> mit dem Ziel, entweder den Zugang zu bestimmten amtlichen Dokumenten zu erlangen oder bei dessen Verweigerung oder Verzögerung einen anfechtbaren Entscheid zu erwirken.

Das Schlichtungsverfahren bildet Bestandteil dieses Sonderverfahrens und ist *obligatorisch*. Obwohl das öffentliche Organ das Zugangsgesuch bereits unmittelbar nach dessen Eingang prüfen muss, darf es erst nach einem erfolglos durchlaufenen Schlichtungsverfahren darüber entscheiden.<sup>18</sup> Der Erlass einer Verfügung über den Zugangsanspruch setzt den Abschluss des Schlichtungsverfahrens und damit das Vorliegen einer Empfehlung der Beauftragten voraus. Wird das Schlichtungsverfahren mit einer Einigung abgeschlossen, fehlt es grundsätzlich an der Verfügungsbefugnis des öffentlichen Organs. Vorbehalten bleibt eine Einigung, die nur einen Teil des Zugangs erfasst, während für den übrigen Teil die Beauftragte das Scheitern der Schlichtung festzustellen und eine Empfehlung abzugeben hat.

---

<sup>16</sup> Analog ist das Zugangsverfahren auch im Bund sowie in einigen Kantonen (vgl. z.B. Genf, Wallis, Solothurn, Jura und Neuenburg) ausgestaltet.

<sup>17</sup> KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019. Vgl. analog zum Zugangsverfahren im BGÖ (an welches die Freiburger Regelung angelehnt ist) JULIA BHEND/JÜRGEN SCHNEIDER, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basel 2014, Art. 10 BGÖ N 3; BVGE 2014/6 E. 1.2.4.

<sup>18</sup> Botschaft InfoG (Fn. 4), S. 983; VOLLERY (Fn. 5), FZR 2014, S. 343 f. Vgl. analog im Bund BHEND/SCHNEIDER (Fn. 17), Art. 13 BGÖ N 2.

Das Schlichtungsverfahren ist innerhalb des Vorverfahrens ein *gesetzlich geregeltes*, aber weitgehend *formloses*<sup>19</sup> Verfahren. Es endet mit einer Einigung, mit einer Empfehlung oder durch Verfahrens-erledigung infolge Gegenstandslosigkeit, jedoch niemals durch einen Entscheid i.S.v. Art. 4 VRG. Daher findet das VRG darauf keine Anwendung.<sup>20</sup> Auch wenn das Schlichtungsverfahren eine notwendige Voretappe mit Blick auf den Erlass einer Verfügung des zuständigen Organs bildet, ist es kein Verwaltungsverfahren.

Das Schlichtungsverfahren hat seine ihm durch das Gesetz zugewiesene Zielsetzung und ist spezialgesetzlich geregelt. Es lässt sich in diesem Sinne nicht einfach mit *Schlichtungsverfahren in anderen Verfahrensordnungen* gleichsetzen.

Davon zu unterscheiden sind Verfahren der gütlichen Einigung und Mediationsverfahren (*«accord amiable et médiation»*), die in ein laufendes Verwaltungsverfahren eingebettet werden können. So kann die Verwaltungsbehörde beispielsweise nach Art. 33b VwVG das Verwaltungsverfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können (Art. 33b Abs. 1 VwVG).<sup>21</sup> Zur Förderung der Einigung kann die Behörde einen Mediator oder eine Mediatorin einsetzen (Art. 33b Abs. 2 VwVG). Zur Erlangung der Rechtswirksamkeit muss die Einigung durch die Behörde zum Inhalt der Verfügung gemacht werden (Art. 33b Abs. 4 VwVG). Im Unterschied zum vorliegenden Kontext geht es in Art. 33b VwVG also um die zwischen den Parteien eines Verwaltungsverfahrens getroffene Einigung über den Inhalt einer Verfügung.

## 2. *Rolle und Kompetenzen der Beauftragten*

Das Schlichtungsverfahren erlaubt es, dass ein unabhängiges und unparteiisches Organ Konflikte über den Zugang zu amtlichen Dokumenten und Informationen zwischen Behörden und Privaten, die während der Phase nach der Einreichung des Zugangsgesuchs nicht gelöst werden konnten, bereinigen kann, um damit ein förmliches

---

<sup>19</sup> Vgl. Botschaft InfoG (Fn. 4), S. 983: «unformell».

<sup>20</sup> Vgl. zum sachlichen Geltungsbereich des VRG Art. 1 Abs. 1 VRG.

<sup>21</sup> Das VRG kennt keine entsprechende Rechtsgrundlage. Gütliche Einigungen sind jedoch auch ohne explizite gesetzliche Grundlage zulässig; vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, N 794.

Entscheidungsverfahren zu verhindern und die Rechtspflegeorgane zu entlasten.<sup>22</sup>

Die Hauptaufgabe der Beauftragten liegt darin, in unabhängiger Weise zwischen der gesuchstellenden Person, dem ersuchten öffentlichen Organ und allfällig Drittbetroffenen *eine Einigung anzustreben*.<sup>23</sup> Im Rahmen ihrer Schlichtungstätigkeit kann sie auch beraten und eigene Vorschläge einbringen.<sup>24</sup>

Gelingt die Schlichtung, ist die daraus hervorgehende *Einigung* schriftlich festzuhalten (Art. 14 Abs. 3 DZV). Es handelt sich dabei um einen *verwaltungsrechtlichen Vertrag*,<sup>25</sup> in welchem Bestand, Umfang und Modalitäten des Zugangsrechts geregelt werden. Die entsprechenden Rechte und Pflichten werden unmittelbar mit dem Abschluss des Vertrags rechtswirksam und vollstreckbar. Mit anderen Worten muss die Einigung, um Rechtswirksamkeit zu erlangen, nicht in einen behördlichen Entscheid integriert werden. Mit der Einigung wird das Schlichtungsverfahren gegenstandslos. Die Beauftragte hat das Verfahren einzustellen bzw. abzuschreiben.<sup>26</sup> Ob sie in einem Abschreibungsbeschluss auf die Einigung Bezug nimmt oder Letztere in den Beschluss aufnimmt, hat auf deren Rechtswirksamkeit keinen Einfluss.

Misslingt die Einigung, gibt die Beauftragte den Parteien eine schriftliche *Empfehlung* ab (Art. 33 Abs. 2 InfoG). Solche Empfehlungen sind nicht rechtsverbindlich. Es handelt sich um Realakte.

---

22 Vgl. Botschaft InfoG (Fn. 4), S. 983.

23 Vgl. Art. 14 Abs. 2 DZV.

24 Vgl. analog zur Bundesregelung (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 VBGÖ) CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), SHK Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 13 N 7, 10.

25 Vgl. analog zur Bundesregelung GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 13 N 54. – Das Kantonsgericht verknüpft allerdings die Einigung in einem neuesten 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); vgl. dazu Abschnitt C hiernach.

26 Vgl. so ausdrücklich die Regelung im Kanton Genf: «Si la médiation aboutit, l'affaire est classée» (Art. 30 Abs. 4 LIPAD [Fn. 2]); vgl. auch Art. 13 Abs. 3 BGÖ. Zum Ganzen MICHÈLE GUTH, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 166.

Die Beauftragte hat weder die Pflicht noch das Recht, über Zugangsgesuche zu entscheiden. Es kommt ihr mit anderen Worten kein Entscheidungsrecht in der Sache zu.<sup>27</sup> Allerdings muss auch ein weitgehend formlos ausgestaltetes Verfahren geleitet werden; verlangt ist eine den Umständen «*angemessene*» *Leitung*.<sup>28</sup> Dazu gehört auch die Kompetenz zum Erlass der nötigen *verfahrensbezogenen Anordnungen*, wie z.B. das Nichteintreten auf einen Schlichtungsantrag wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen, die Aufforderung zur Einreichung von Dokumenten, die Einladung zu Verhandlungen oder die Abschreibung eines Verfahrens. Das Bundesgericht hat den Verfügungscharakter solcher Anordnungen ohne weitere Analyse des Verfügungsbegriffs bejaht.<sup>29</sup> Dies ist wohl vor dem Hintergrund zu sehen, dass in einem Verwaltungsverfahren sowohl verfahrensleitende Anordnungen als auch Abschreibungsbeschlüsse Verfügungscharakter aufweisen.<sup>30</sup> Damit wird aber übersehen, dass das Schlichtungsverfahren gerade kein Verwaltungsverfahren darstellt und es ausserhalb förmlicher Verwaltungsverfahren auch Anordnungen ohne Verfügungscharakter geben kann.<sup>31</sup> Wenn der freiburgische Gesetzgeber ein staatliches Organ in einem bestimmten Kontext nicht mit Verfügungskompetenzen ausstattet bzw. entsprechende Sonderverfahren vom Geltungsbereich des VRG ausnimmt, stellen auch Nichteintretensbeschlüsse, verfahrensleitende Anordnungen und Abschreibungsbeschlüsse keine (Zwischen-)entscheide,<sup>32</sup> sondern Anordnungen ohne Entscheidcharakter im Rahmen eines spezialgesetzlich geregelten informellen Verfahrens dar.

---

<sup>27</sup> KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019; vgl. analog zur Bundesregelung GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 13 N 12; GUTH (Fn. 26), S. 166.

<sup>28</sup> Vgl. Botschaft InfoG (Fn. 4), S. 983. Vgl. analog zum Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB BUNDESRAT, Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963, 2024.

<sup>29</sup> BGer, Urteil 1C\_353/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2.

<sup>30</sup> Vgl. zu Abschreibungsbeschlüssen infolge Gegenstandslosigkeit eines Verwaltungsverfahrens KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 21), N 790 ff.; vgl. auch Art. 39 VRPG BE.

<sup>31</sup> Zum Ganzen eingehend BERNHARD WALDMANN, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, in: ZSR 2014 I, S. 489 ff., 495 ff.

<sup>32</sup> Vgl. analog zur Bundesregelung GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 13 N 12.

Ob es sich dabei um Realakte<sup>33</sup> oder um Anordnungen mit Regelungscharakter<sup>34</sup> handelt, kann hier offenbleiben. Solche Anordnungen ergehen ausserhalb der Vorgaben des VRG; sie müssen nicht wie Verfügungen aufgebaut sein und namentlich keine Rechtsmittelbelehrungen enthalten. Dies schliesst nicht aus, dass sich die Beauftragte bei der Leitung des Schlichtungsverfahrens und bei der Ausgestaltung der verfahrensleitenden bzw. verfahrensbeendigenden Anordnungen an den Bestimmungen des VRG orientiert.<sup>35</sup> Die besagten Anordnungen sind (grundsätzlich<sup>36</sup>) nicht anfechtbar und es kommt ihnen keine materielle Rechtskraft zu. Dasselbe Zugangsverfahren kann durch ein entsprechendes Gesuch beim öffentlichen Organ jederzeit neu eingeleitet werden.<sup>37</sup>

Der Umstand, dass die Schlichtungsbehörde mit verfahrensleitenden Anordnungen die Fortsetzung des Verfahrens – d.h. eine anfechtbare Entscheidung über den Zugangsanspruch durch das öffentliche Organ – blockiert und damit möglicherweise das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. der Rechtsverzögerung verletzt, macht solche Anordnungen nicht zu anfechtbaren Entscheiden. Eine allfällige Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV muss aber einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein.<sup>38</sup>

### 3. *Rechtsschutz*

Die Beauftragte verfügt für die Leitung und Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens zwar über einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Sie bleibt aber an die gesetzlichen Vorgaben (Art. 33 InfoG, Art. 14 Abs. 2–4 und Art. 14a Abs. 1 und 4 DZV) gebunden. Da es sich beim Schlichtungsverfahren um ein informelles Verfahren handelt, das nicht mit einer Verfügung abgeschlossen wird, finden nicht nur die Verfahrensgarantien des VRG, sondern auch die verfassungsmässigen

---

<sup>33</sup> Vgl. KGer, Urteil 601 2019 19 vom 21. Mai 2019 hinsichtlich der Schliessung («classement») des Schlichtungsverfahrens durch die Beauftragte.

<sup>34</sup> Zu diesem Begriff WALDMANN (Fn. 31), S. 502 m.w.H.

<sup>35</sup> Vgl. analog zur Bundesregelung GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 13 N 12.

<sup>36</sup> Vgl. aber Ziff. 3 hiernach.

<sup>37</sup> Vgl. analog zur Bundesregelung BHEND/SCHNEIDER (Fn. 17), Art. 13 BGÖ N 30, 33; GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 13 N 35.

<sup>38</sup> Vgl. Ziff. 3 hiernach.



Minimalgarantien von Art. 29 BV grundsätzlich keine Anwendung.<sup>39</sup> Es ist allerdings zu beachten, dass das Schlichtungsverfahren Teil eines Gesamtverfahrens bildet, das im Streitfall in eine Verfügung mündet. Mit Blick auf den Anspruch der gesuchstellenden Person, über einen streitigen Zugang zu amtlichen Dokumenten eine Verfügung zu erlangen, wirken die Verbote der Rechtsverweigerung und der Rechtsverzögerung sowie das Verbot des überspitzten Formalismus im gesamten Zugangsverfahren, so auch im Schlichtungsverfahren.

Aufgrund des verfassungsmässigen Anspruchs auf Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde («*Rechtsweggarantie*»; Art. 29a BV) hat jede gesuchstellende Person Anspruch, sich letztlich vor einem Gericht dagegen zu wehren, wenn die Beauftragte das Schlichtungsverfahren nicht rechtskonform führt. So ist etwa das Verbot der Rechtsverzögerung betroffen, wenn die Beauftragte das Verfahren unrechtmässig verschleppt. Das Verbot der Rechtsverweigerung ist tangiert, wenn die Beauftragte das Verfahren in unzulässiger Weise schliesst («klassiert») und damit die Fortsetzung – nämlich den Erlass eines anfechtbaren Entscheids über den Zugangsanspruch durch das öffentliche Organ – blockiert.

Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) gibt aber keine bestimmte *Ausgestaltung des Rechtsmittelwegs* vor. Dieser ist nach Massgabe der jeweils geltenden Bestimmungen der öffentlichen Rechtspflege festzulegen.

Auf Bundesebene können die Nichteinhaltung von Fristen bzw. die Verletzung des Beschleunigungsgebots im Schlichtungsverfahren mit Rechtsverzögerungsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden. Anfechtungsobjekt einer Rechtsverzögerungsbeschwerde bildet das unrechtmässige Verzögern bzw. die Verweigerung einer anfechtbaren Verfügung, auf deren Erlass ein Anspruch besteht (Art. 46a VwVG). Zwar kommt der innert Frist zu erlassenden Empfehlung des EDÖB kein Verfügungscharakter zu.<sup>40</sup> Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Schlichtungsverfahren aber als Teil eines unteilbaren Gesamtverfahrens zu sehen, da die Art. 10 ff. BGÖ die Beurteilung des Gesuchs mittels Verfügung innert Frist sicherstellen sollen. Dazu ist im

---

<sup>39</sup> Vgl. für das Schlichtungsverfahren im Bund BVGer, Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.

<sup>40</sup> GUY-ECABERT (Fn. 24), Art. 14 N 8; BVGE 2014/6 E. 1.2.2.

Fall gescheiterter Mediationsbemühungen auch die fristgerechte Abgabe einer Empfehlung durch den EDÖB unerlässlich.<sup>41</sup>

Das Kantonsgericht hat es offengelassen, ob die gesuchstellende Person, die einer Schlichtungsverhandlung ferngeblieben ist, die Klassierung eines Schlichtungsverfahrens mit einer Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde gemäss Art. 111 Abs. 1 VRG anfechten kann. Diese Bestimmung setzt das unrechtmässige Verweigern bzw. Verzögern eines Entscheids i.S.v. Art. 4 VRG voraus. Die Klassierung des Verfahrens stellt keinen solchen Entscheid dar. Die unrechtmässige Schliessung des Schlichtungsverfahrens und die Nichtabgabe einer Empfehlung tangieren das Beschleunigungsgebot aber insofern, als damit ein (anfechtbarer) Entscheid über den Zugangsanspruch blockiert wird. Eine andere – mit Bezug auf die Freiburger Rechtspflege naheliegendere Lösung – bestünde in der Anwendung von Art. 114 Abs. 2 lit. b VRG: Demnach kann auch gegen Verwaltungsakte, denen kein Entscheidcharakter zukommt, Beschwerde beim Kantonsgericht geführt werden, wenn die von den Rechtsweggarantien des übergeordneten Rechts (hier Art. 29a BV) verlangte richterliche Überprüfung nicht schon von einer anderen Behörde wahrgenommen wird.<sup>42</sup> Bei diesem Vorgehen wird eine allfällige Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV nicht im Verfahren über eine Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 111 Abs. 1 VRG), sondern im Rahmen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 114 VRG) geprüft.

#### 4. *Mitwirkungspflichten und Folgen ihrer Verletzung*

Das Schlichtungsverfahren ist kein Verwaltungsverfahren, weshalb auch die allgemeinen Mitwirkungspflichten nach Art. 47 ff. VRG nicht zur Anwendung gelangen. Mit Beschluss vom 21. November 2017 hat der Staatsrat aber die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten mit einer Bestimmung ergänzt (Art. 14a DZV)<sup>43</sup>, die eine Mitwirkungspflicht der Parteien statuiert und die Folgen einer Mitwirkungsverweigerung oder einer missbräuchlichen Verfahrensverzögerung regelt. Der Staatsrat

---

<sup>41</sup> BVGer, Urteil A-7368/2014 vom 19. Februar 2015 E. 1.2.; BVGE 2014/6 E. 1.2.3.

<sup>42</sup> Das Kantonsgericht deutet diesen Weg im hier kommentierten Urteil an, führt ihn aber nicht näher aus.

<sup>43</sup> In Kraft seit dem 1. Januar 2018.

wollte damit bewusst die Bundesregelung von Art. 12b VBGÖ übernehmen.<sup>44</sup>

Es stellt sich die Frage, ob die Statuierung einer Mitwirkungspflicht und insbesondere einer Pflicht zur Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfte. M.E. findet die Regelung auf Verordnungsstufe ihre Grundlage in dem im Gesetz an verschiedenen Stellen festgehaltenen Beschleunigungsgebot sowie in der verfassungsrechtlichen Ermächtigung zum Erlass von Vollzugsbestimmungen (Art. 111 Abs. 2 KV).<sup>45</sup> Schliesslich ist die gesuchstellende Person auch in einem nicht-formellen Verfahren wie dem Schlichtungsverfahren zu einem Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet.

Während die beiden Bestimmungen bezüglich der Regelung des Inhalts der Mitwirkungspflichten praktisch übereinstimmen, fällt auf, dass die Regelung von Art. 12b Abs. 3 VBGÖ, wonach der Schlichtungsantrag als zurückgezogen und erledigt gilt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt, in Art. 14a DZV nicht explizit übernommen worden ist. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass der Staatsrat der Beauftragten verbieten wollte, das Gesuch bei einem unberechtigten Fernbleiben der gesuchstellenden Person von der Schlichtungsverhandlung als zurückgezogen zu betrachten und das Verfahren einzustellen, denn: Zum einen lehnt sich die Bestimmung von Art. 14a DZV nach dem ausdrücklichen Willen des Ordnungsgebers an die Bundesregelung an,<sup>46</sup> ein qualifiziertes Schweigen, wonach gerade Art. 12b Abs. 3 VBGÖ von diesem Anschluss ausgespart sein und im Gegensatz zur Bundesregelung die Verweigerung der Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung als Anwendungsfall von Art. 14a Abs. 4 DZV (Art. 12b Abs. 4 VBGÖ) behandelt werden sollte, ist aus den Materialien

---

<sup>44</sup> STAATSRAT, Rapport explicatif, Projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD), Ziff. 3.4.3. – Anders treten in den Kantonen Neuenburg und Jura bei einem Fernbleiben einer Partei von der Schlichtungsverhandlung die Folgen der misslungenen Einigung ein: vgl. Art. 78 Abs. 2 i.V.m. Art. 41 Abs. 2 der Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT - JUNE) vom 9. Mai 2012.

<sup>45</sup> Vgl. (für die Bestimmung von Art. 12b BGVÖ) BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Änderung der Öffentlichkeitsverordnung, Kommentar der neuen Bestimmungen, 11. März 2011, S. 2 f.

<sup>46</sup> Vgl. Fn. 44 hiervor.

nicht ersichtlich. Zum andern lässt sich aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) ableiten, dass ein Gesuchsteller, der die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung ohne triftigen Grund verweigert, sein Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens verwirkt. Die Annahme der Rücktrittsfiktion und die darauffolgende Klassierung des Verfahrens ist keine eigentliche Sanktion für die Verletzung der Mitwirkungspflicht, sondern Rechtsfolge treuwidrigen Verhaltens. Eine solche Rücktrittsfiktion ist allerdings nur bei Fernbleiben der gesuchstellenden Person anzunehmen, nicht jedoch bei anderen Verletzungen der Mitwirkungspflicht oder bei missbräuchlichen Verzögerungen.<sup>47</sup>

Deckungsgleich mit der Bundesregelung (Art. 12b Abs. 4 VBGÖ) ist hingegen die Bestimmung von Art. 14a Abs. 4 DZV, wonach die Beauftragte feststellen kann, dass die Schlichtung nicht zustandegekommen ist, wenn die Parteien die Mitwirkung an der Suche nach einer Schlichtung verweigern oder das Schlichtungsverfahren missbräuchlich verzögern. In diesem Fall wird das Verfahren nicht eingestellt, sondern mit einer Empfehlung abgeschlossen (Art. 14 Abs. 4 DZV). Die Beurteilung, ob die Schlichtung als gescheitert gilt bzw. von den Parteien missbräuchlich verzögert wird, liegt allein bei der Beauftragten und nicht bei den Parteien. Der restriktiven Auffassung des Bundesgerichts, dass Art. 14a Abs. 4 DZV nur zum Zuge komme, wenn alle Parteien (nicht nur eine unter ihnen) die Mitwirkung verweigerten, kann nicht zugestimmt werden. Verweigert beispielsweise das öffentliche Organ seine Mitwirkung oder ist es aufgrund dessen Verhaltens naheliegend, dass eine Einigung nicht in absehbarer Zeit möglich ist, muss die Beauftragte von ihrer Ermächtigung Gebrauch machen können, die Nichteinigung festzustellen und eine Empfehlung auszusprechen,<sup>48</sup> damit die gesuchstellende Person innert nützlicher Zeit zu einem anfechtbaren Entscheid über ihre Zugangsrechte kommt.

---

<sup>47</sup> Vgl. zur Regelung auf Bundesebene BHEND/SCHNEIDER (Fn. 17), Art. 13 BGÖ N 27.

<sup>48</sup> Vgl. zur Regelung auf Bundesebene BHEND/SCHNEIDER (Fn. 17), Art. 13 BGÖ N 26; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Fn. 45), S. 3.

## C. Postskriptum

In einem neusten Urteil betreffend *VCS gegen das Oberamt des Saanebezirks*<sup>49</sup> hat das Kantonsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den verfahrensleitenden und -abschliessenden Entscheidkompetenzen der Beauftragten im Schlichtungsverfahren aufgenommen und daraus weitere Schlüsse gezogen.

In der Sache ging es um den Zugang zu Dokumenten des Oberamtmanns des Saanebezirks, worüber es zwischen den Parteien im Schlichtungsverfahren zu einer Einigung gekommen war, sodass die Beauftragte das Zustandekommen einer Einigung feststellen und das Verfahren abschliessen konnte. Rund ein halbes Jahr später erhob der VCS sowohl Beschwerde als auch Klage wegen Nichterfüllung der Schlichtungsvereinbarung. Das Kantonsgericht trat auf beide Rechtsmittel nicht ein und überwies die Akten der Beauftragten zur Prüfung, ob das Verfahren wieder aufzunehmen ist.

In Anlehnung an das hiervor kommentierte Bundesgerichtsurteil qualifizierte es die infolge des Zustandekommens einer Einigung ergangene Klassierung des Schlichtungsverfahrens als Feststellungsverfügung *«qui se substitue à la décision au fond prise par l'organ public en application de l'art. 33 LInf lorsque la médiation n'aboutit pas et qu'une recommandation a été émise»*. Die Verfahrenseinstellung sei in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 InfoG anfechtbar. Der Anfechtung entzogen seien hingegen die vom öffentlichen Organ in Umsetzung der Vereinbarung getroffenen Massnahmen. Eine in den Augen des Beschwerdeführers ungenügende Umsetzung der Vereinbarung könne nicht einer (anfechtbaren) Entscheidung über die Verweigerung des Zugangs gleichgesetzt werden.

Das Kantonsgericht verneinte auch die Vollstreckung der Vereinbarung über den Klageweg, zumal die verwaltungsrechtliche Klage gemäss Art. 121 VRG lediglich für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten offen steht, bei denen die Verwaltungsbehörde nicht zum Erlass eines Entscheids berechtigt ist. Das Schlichtungsverfahren und eine darin getroffene Einigung würden nichts am Entscheidcharakter des gesamten Verfahrens ändern. Eine Einigung ersetze lediglich den Entscheid des öffentlichen Organs und gewähre dem Gesuchsteller nichts anderes als das, was in einer Entscheidung enthalten wäre. Aus diesem Grund könne gegen den Feststellungsbeschluss über eine getroffene

---

<sup>49</sup> KGer, Urteil 601 2019 207, 601 2019 219 vom 14. Mai 2020.

Einigung Beschwerde geführt werden. Mit anderen Worten sei die Situation genau die gleiche, wie wenn statt einer Feststellung über eine Einigung am Ende des Schlichtungsverfahrens das öffentliche Organ einen Entscheid mit dem gleichen Inhalt treffen würde.

Das Kantonsgericht musste sich zum Verfahren der Vollstreckung einer Einigung nicht weiter äussern, da diese im vorliegenden Fall eher den Charakter einer nicht justiziablen und konkretisierungsbedürftigen Absichtserklärung («*déclaration d'intention*») aufwies. Vor diesem Hintergrund sei die Beschwerde im besten Fall als Gesuch um Wiedererwägung bzw. um Erläuterung der Feststellungsverfügung zu verstehen, mit welcher das Zugangsverfahren beendet worden sei. In diesem Sinne überwies das Kantonsgericht die Sache an die Beauftragte zur Behandlung.

Obwohl dieses Urteil einen besonders gelagerten Einzelfall betrifft (es lag lediglich eine vermeintliche Einigung vor), werden die Konsequenzen sichtbar, wenn man dem Bundesgericht folgt und der im Gefolge einer Einigung ergehenden Klassierung des Schlichtungsverfahrens Entscheidcharakter zuspricht. Damit wird nicht nur der Beschwerdeweg geöffnet, sondern auch die Möglichkeit geschaffen, die Wiedererwägung des verfahrensabschliessenden Entscheids zu verlangen, etwa dann, wenn sich die gesuchstellende Person bezüglich der getroffenen Einigung auf einen (Grundlagen-)Irrtum berufen will. In einem solchen Fall müsste die Beauftragte wohl die Einstellung des Verfahrens in Wiedererwägung ziehen und das Schlichtungsverfahren wieder aufnehmen.

Dogmatisch fragwürdig und für die Praxis problematisch erscheint auch die vom Kantonsgericht konstruierte Verbindung zwischen der Einigung und dem – infolge des Verfahrensabschlusses fehlenden – Entscheid des öffentlichen Organs in der Sache. Mit der Aussage des Kantonsgerichts, dass die Einigung genau denselben Inhalt («*avant exactement le même contenu*») wie eine allfällige Verfügung des öffentlichen Organs aufweise, wird übersehen, dass die Parteien für die Einigung nicht an den Gegenstand des Zugangsgesuchs gebunden sind; hingegen bleibt der Inhalt der Verfügung des öffentlichen Organs auf den durch das Gesuch definierten Verfahrensgegenstand beschränkt. Nicht restlos geklärt bleibt, wie Private in Zukunft eine getroffene Einigung rechtlich geltend machen und durchsetzen können. Anstelle eines Urteils in der umstrittenen Formulierungstechnik von «[in Erwägung,] dass-Entscheiden» wäre ein ausformuliertes Leiturteil geeigneter gewesen, um

die bisherige Auslegungspraxis im Lichte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu präzisieren und damit für Rechtssicherheit zu sorgen.

Die weiteren Konsequenzen des Bundesgerichtsurteils und der Weiterführung durch das Kantonsgericht lassen sich nur erahnen. Auch wenn der Schlichtungsbehörde weiterhin keine Entscheidkompetenzen in der Sache zugesprochen werden, wurde mit den neusten Urteilen ein Weg eingeschlagen, der sich immer weiter vom ursprünglichen Konzept des Gesetzgebers entfernt. Es bleibt zu befürchten, dass Einigungen im Schlichtungsverfahren in Zukunft noch schwieriger als bisher zu erreichen sein werden.