

Das Öffentlichkeits- prinzip im Kanton Freiburg

*Wissenschaftliche Tagung
vom 9. Dezember 2021*

Prof. Dr. Andreas Stöckli



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

1

Die Organisation der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz – ausgewählte Aspekte

Inhalt:

1. Struktur der ÖDSB im Überblick
2. Entstehungsgeschichte
3. Die Struktur der ÖDSB im interkantonalen Vergleich
4. Die Kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission
5. Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz
6. Die Autonomie der ÖDSB
7. Weitere Akteure im Bereich der Information der Öffentlichkeit und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

2

1) Struktur der ÖDSB im Überblick



3

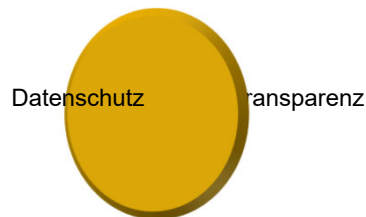
2) Entstehungsgeschichte

- 1995: Erlass des kantonalen DSchG
- Zwei verschiedene Modelle der Aufsichtsbehörden für Datenschutz in den Kantonen:
 - Kommission (in der Westschweiz vorherrschend)
 - Datenschutzbeauftragte*r (in der Deutschschweiz vorherrschend)
- Vorteil Kommission: Unabhängigkeit/ demokratische Legitimität
- Vorteil Beauftragte*r: Professionalität/Verfügbarkeit
- Kanton Freiburg: Verbindung von Kommission und Beauftragter/Beauftragtem

4

Entstehungsgeschichte (Fortsetzung)

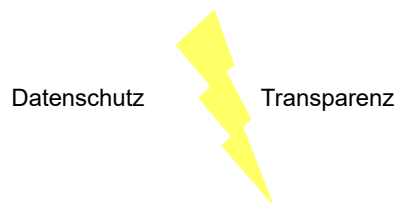
- Bei Erlass des InfoG: Ausbau der Aufsichtsbehörde für Datenschutz; Kompetenzen neu auch im Bereich der Transparenz, Ergänzung um Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz
- Ziel: Verbindung der Vorteile einer Vereinigung beider Bereiche (erleichterte Koordination) mit den Vorteilen einer Trennung (klare Abgrenzung zwischen Datenschutz und Transparenz)
→ Grundgedanke: Datenschutz und Transparenz als «zwei Seiten einer Medaille»



5

Entstehungsgeschichte (Fortsetzung)

- Kritische Stimmen im Vernehmlassungsverfahren: Befürchtung, dass dem Öffentlichkeitsprinzip durch die Verbindung von Kompetenzen bei einer Behörde zu wenig Gewicht zukommen würde
→ Grundgedanke hinter der Kritik: Datenschutz und Transparenz als gegenläufige Prinzipien



- Trotz Kritik: Vorschlag der Regierung setzt sich durch!

6

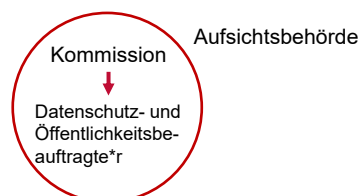
3) Die Struktur der ÖDSB im interkantonalen Vergleich

- Bund, Kantone AG, AI, BL, BS, GE, JU/NE, SO, SZ, UR, VD, VS: Beauftragte/r für Öffentlichkeit und Datenschutz
- Verschiedene Kantone (AR, BE, GR, OW, SH, SG) regeln die Aufsicht über die Einhaltung des Öffentlichkeitsprinzips nicht explizit; die Aufsicht wird von den hierarchisch übergeordneten Behörden ausgeübt

7

Die Struktur der ÖDSB im interkantonalen Vergleich (Fortsetzung)

- Struktur der ÖDSB mit der Kommission und den beiden Beauftragten stellt im interkantonalen Vergleich einen Sonderfall dar
- Eine ähnliche Struktur besteht im Kanton Wallis, aber mit nur einer/einem Beauftragten (Art. 35 ff. GIDA):



8

4) Die Kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkom- mission

Wahl und Zusammensetzung:

- Siebenköpfiges Gremium: Präsident*in und sechs Mitglieder
- Nebenamtliche Tätigkeit
- Wahl durch den Grossen Rat auf Vorschlag des Staatsrats
- Amtsdauer fünf Jahre, maximal drei Amtsperioden
- Es bestehen gesetzliche Vorgaben an die fachliche Zusammensetzung der Kommission (Art. 30 Abs. 2 DSchG)

Die Kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission

Aufgaben:

- Leitung der Tätigkeit der Datenschutz- und der Transparenzbeauftragten
- Koordination zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip
- Konsultative Stimme bei der Ernennung der Beauftragten durch den Staatsrat
- Aufsicht über die Fachorgane der Gemeinden
- Punktuelle Entscheidkompetenz im Bereich des Zugangs zu öffentlichen Dokumenten

5) Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz

Ernennung:

- Ernennung durch den Staatsrat auf unbestimmte Zeit
- Der Staatsrat holt vorgängig die Stellungnahme der Kommission ein
- Hauptberufliche Tätigkeit (Pensum aktuell 50%), Beauftragte untersteht grundsätzlich der Personalgesetzgebung

Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz

Aufgaben:

- Allgemeine Umsetzung des Zugangsrechts, insbesondere:
 - Information der Bevölkerung über das Zugangsrecht
 - Information und Ausbildung der öffentlichen Organe
 - Veröffentlichung von Empfehlungen über strittige Zugangsgesuche in wichtigen Fällen
- Durchführung des Schlichtungsverfahrens

6) Die Autonomie der ÖDSB

Inhalt:

- Begründung der Unabhängigkeit der ÖDSB
- Ausgestaltung der Unabhängigkeit der ÖDSB

Begründung der Unabhängigkeit der ÖDSB

- Im Allgemeinen: Die Gewährung von Unabhängigkeit bedarf der Rechtfertigung
- Im Falle der ÖDSB: Sowohl datenschutzrechtliche Begründung wie auch Begründung aus dem Öffentlichkeitsprinzip
- Begründung aus dem Öffentlichkeitsprinzip:
 - Grund- und menschenrechtlich
 - verfahrensrechtlich
 - völkerrechtlich

Grund- und menschenrechtliche Begründung

- Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Dokumenten im Kanton Freiburg als Grundrecht ausgestaltet (Art. 19 Abs. 2 KV)
- Freiheit der Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK vermittelt einen Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Dokumenten, wenn der Zugang für die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit erforderlich ist (EGMR, Urteil Nr. 18030/ 11 vom 8. November 2016 i.S. *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*)
- Gewährleistung des grund- und menschenrechtlichen Anspruchs setzt geeignete strukturelle Rahmenbedingungen voraus
- Transparenzprinzip für Verwaltung «unbequem», muss teilweise gegen Widerstand durchgesetzt werden



Unabhängige Behörde für die Durchsetzung des Anspruchs auf Zugang zu öffentlichen Dokumenten erforderlich



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

15

15

Verfahrensrechtliche Begründung

- Bei strittigen Zugangsgesuchen: Dem Entscheid der zuständigen Behörde ist ein Schlichtungsverfahren vorgeschaltet
- Das Schlichtungsverfahren soll eine Einigung zwischen dem zuständigen Organ der kantonalen Verwaltung und der gesuchstellenden Person bzw. allfällig betroffenen Drittpersonen ermöglichen
- Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens setzt die Unabhängigkeit der Schlichtungsbehörde von der kantonalen Verwaltung voraus, ansonsten fehlt die Akzeptanz



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

16

16

Völkerrechtliche Begründung

- Im Bereich des Zugangs zu Umweltinformationen: Anwendbarkeit der **Aarhus-Konvention (AK)**
- Vertragsstaaten sind verpflichtet, Überprüfungsverfahren vor einer unabhängigen und unparteiischen Instanz vorzusehen, in denen Verletzungen des Rechts auf Zugang zu Umweltinformationen geltend gemacht werden können (Art. 9 Ziff. 1 Abs. 1 AK)
- ÖDSB: **Keine Beschwerdeinstanz** bei Abweisung eines Zugangsgesuchs, **aber:**
- Zuständiges kantonales Organ muss bei beabsichtigter Abweisung eines Zugangsgesuchs eine Stellungnahme verfassen, darauf kann die Schlichtungsbehörde angerufen werden; bei Scheitern der Schlichtung gibt die Transparenzbeauftragte eine Empfehlung ab
- Insofern kann von einem **Überprüfungsverfahren** im Sinne der AK gesprochen werden, Unabhängigkeit muss gewährleistet sein

Ausgestaltung der Unabhängigkeit der ÖDSB

Vier Dimensionen der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden:

- Funktionale Unabhängigkeit
- Institutionelle Unabhängigkeit
- Personelle Unabhängigkeit
- Finanzielle Unabhängigkeit

Funktionale Unabhängigkeit der ÖDSB

Die ÖDSB erfüllt ihre Aufgaben unabhängig (Art. 32 Abs. 1 DSchG):

- ÖDSB handelt weisungsungebunden
- Absolutes Einwirkungsverbot von Regierung und Verwaltung
- Dienstbefehle, generelle Weisungen und Selbsteintritte von Regierung und Verwaltung unzulässig

19

Institutionelle Unabhängigkeit der ÖDSB

- ÖDSB = zugewiesene Verwaltungseinheit im Sinne von Art. 61 SVOG
→ administrativ der Staatskanzlei zugewiesen (Art. 29a Abs. 1 DSchG), jedoch nicht unterstellt
- ÖDSB verfügt über weitgehende Selbstorganisationsbefugnisse (Art. 30 Abs. 4 DSchG); betrifft insbesondere die Arbeitsweise, Aufgabenzuteilung und Beschlussfassung der Kommission
- Mitglieder der Kommission werden vom Grossen Rat gewählt; unterstehen nicht der Personalgesetzgebung, Regierung bzw. Staatskanzlei übt keine Arbeitgeberbefugnisse aus

20

Institutionelle Unabhängigkeit der Transparenzbeauftragten im Besonderen (1)

- Transparenzbeauftragte wird vom Staatsrat ernannt (Art. 41 Abs. 1 InfoG)
- Transparenzbeauftragte untersteht grundsätzlich der Personalgesetzgebung (Art. 2 StPG)
- Ernennung durch Exekutive kann mit Blick auf die Unabhängigkeit der Transparenzbeauftragten kritisch gesehen werden, **aber:**
- Keine Weisungskompetenz der Regierung oder Staatskanzlei in Bezug auf die Aufgabenerfüllung, diese liegt bei der Kommission

21

Institutionelle Unabhängigkeit der Transparenzbeauftragten im Besonderen (2)

- Vollumfängliche Unterstellung unter Personalgesetzgebung problematisch; insbesondere wäre es mit der Unabhängigkeit der Transparenzbeauftragten unvereinbar, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Regierung kündbar wäre
- Personalrechtliche Regeln zur Kündigung u.E. nicht anwendbar; es besteht eine Gesetzeslücke
- Lösung: analoge Anwendung der Regeln zur Abberufung der kantonalen Mediatorin (Art. 9 OmbG) und von Richter*innen (Art. 108 JG)
 - Abberufung nur, wenn die Ernennungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder die Belassung im Amt unmöglich ist
 - Abberufung durch die Regierung setzt u.E. einen entsprechenden Antrag der Kommission voraus, da diese (und nicht die Regierung) die Tätigkeit der Beauftragten leitet

22

Personelle Unabhängigkeit der ÖDSB

- **Vermeidung von Interessenskollisionen:**
 - Mitteilungspflicht von privaten und öffentlichen Interessenbindungen (Art. 32 Abs. 5 DSchG)
 - Anwendbarkeit der Ausstandsregeln des VRG (Art. 32 Abs. 6 DSchG)
- **Vermeidung von übermässiger Beeinflussung durch Dritte:**

Vorgaben an die fachlichen Kompetenzen der Mitglieder der Kommission (Art. 30 Abs. 2 DSchG) sollen verhindern, dass die Kommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben systematisch auf das Fachwissen Dritter zurückgreifen muss (punktuell dürfen jedoch Sachverständige beigezogen werden, Art. 30 Abs. 3 DSchG)

23

Finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB (1)

- **Voraussetzungen:**
 - Aufsichtsbehörde kann im Rahmen ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben frei über die ihr zur Verfügung stehenden Mittel verfügen
 - Aufsichtsbehörde erstellt ihr eigenes Budget, das ohne Regierungsintervention an das Parlament zur Beschlussfassung weitergeleitet wird

24

Finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB (2)

- Voraussetzungen im Falle der ÖDSB erfüllt?
 - Rechtlich: Budget wird von der Staatskanzlei und der Finanzdirektion vorbereitet und vom Staatsrat zuhanden des Grossen Rats verabschiedet; nur beschränkte Einflussnahme der ÖDSB auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel
 - Faktisch: ÖDSB beklagt gemäss ihren Tätigkeitsberichten Personalmangel insbesondere im Bereich des Datenschutzes, Ressourcen reichen nach Ansicht der Kommission für die zufriedenstellende Aufgabenerfüllung nicht aus
- Fazit: Finanzielle Unabhängigkeit der ÖDSB fraglich!

25

7) Weitere Akteure im Bereich der Information der Öffentlichkeit und des Zugangs zu amtlichen Dokumenten

Übersicht:

- Fachorgane der Gemeinden
- Ordentliche Organe für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen
- Verwaltungsinterne und gerichtliche Beschwerdeinstanzen
- Akkreditierte Medien

26

Doppelrolle der akkreditierten Medien

- Medien nehmen zentrale Rolle bei der Verbreitung von amtlichen Informationen an die Öffentlichkeit ein
- Akkreditierte Medien (Art. 18 InfoG, Art. 16 ff. InfoV) sind berechtigt, gewisse Informationen von Amtes wegen zu erhalten, auf die Verfügbarkeit gewisser Informationen im Internet hingewiesen zu werden und zu Medienkonferenzen eingeladen zu werden
- Zugleich: Medien haben journalistische Wächterfunktion inne
- Medien ist der Zugang zu öffentlichen Informationen soweit wie möglich zu erleichtern (Art. 18 Abs. 1 InfoG); Zugang zu amtlichen Dokumenten ist für die Medien gebührenfrei
- Medien müssen Zugang zu amtlichen Dokumenten zuweilen gegen den Widerstand der Verwaltung durchsetzen



Medien: Zugleich «Hilfspersonen» der öffentlichen Organe bei der Verbreitung von öffentlichen Informationen und «public watchdogs»



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

27

27

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

07.12.2021

28

28