



Antrag der Direktion vom

Direktion Nr. Nr.
A-Geschäft

Vernehmlassungsentwurf

Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz)

Bericht und Antrag des Regierungsrates
vom Datum

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen den Entwurf eines Gesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz) und erstatten Ihnen dazu den nachstehenden Bericht, den wir wie folgt gliedern:

1. In Kürze	1
2. Motion Schleiss/Villiger.....	2
3. Ausgangslage: Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung	3
4. Paradigmenwechsel: Einführung des Öffentlichkeitsprinzips	4
5. Konzept und Grundzüge des Entwurfs	6
5.1. Konzept.....	6
5.2. Grundzüge.....	6
5.3. Verfassungsgrundlage ?.....	7
6. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.....	7
7. Der Entwurf im Einzelnen	8
7.1. 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	8
7.2. 2. Abschnitt: Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten	13
7.3. 3. Abschnitt: Verfahren.....	21
7.4. 4. Abschnitt: Übergangs- und Schlussbestimmungen	28
8. Kostenfolgen	28
9. Zeitplan.....	29
10. Anträge.....	29

1. In Kürze

Der Kanton Zug will das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung einführen. Bis vor gut 20 Jahren galt in der Schweiz der Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung. Nur wer ein besonderes Interesse nachweisen konnte, erhielt Zugang zu amtlichen Dokumenten. Neu wird - wie beim Bund und der Mehrzahl der Kantone - das Prinzip der Nicht-Öffentlichkeit durch das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung abgelöst.

Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

Das Öffentlichkeitsprinzip gewährt jeder Person – unabhängig von Alter, Staatsangehörigkeit und Wohnsitz – ein voraussetzungsloses, durchsetzbares *Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten*. Dieses Recht gilt allerdings nirgends absolut; der Zugang kann verweigert werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Relevante öffentliche Interessen sind insbesondere das Kollegialitätsprinzip und die ungehinderte Meinungsbildung in einer Behörde; als überwiegende private Interessen gelten namentlich der Schutz der Privatsphäre und das Geschäfts-, Berufs- und Fabrikationsgeheimnis.

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten soll in einem möglichst unkomplizierten, grundsätzlich kostenlosen Verfahren ermöglicht werden.

Das Öffentlichkeitsprinzip steht in einer engen Wechselwirkung zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere zum Datenschutz, zum Archivwesen sowie zur aktiven behördlichen Information. Der Entwurf bemüht sich um eine gute Koordination und eine saubere Bereinigung der Schnittstellen.

Geltungsbereich

Wie in den meisten Kantonen sieht der Entwurf vor, dass dem Öffentlichkeitsprinzip nicht nur die kantonale Verwaltung, sondern auch die Regierung, die Organe des Parlaments und die Justizbehörden unterstehen sollen, soweit sie administrativ tätig sind, ferner die Gemeinden, die übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts ausserhalb der öffentlichen Verwaltung, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen.

Erfahrungen im Bund und in zahlreichen Kantonen

Das Öffentlichkeitsprinzip hat sich im Bund und in zahlreichen Kantonen bewährt. Es schafft mehr Transparenz im öffentlichen Entscheidungsprozess, stärkt das Vertrauen und verbessert die Stellung der Bürgerinnen und Bürger gegenüber der Verwaltung. Befürchtungen, durch das Öffentlichkeitsprinzip werde die Verwaltung übermässig belastet, haben sich andernorts – so im Bund und in den Kantonen Bern und Zürich – nicht bewahrheitet, und die Kosten blieben entsprechend bescheiden. Auch im Kanton Zug wird die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips kaum grössere Auswirkungen haben, zumal die Behörden im Kanton und in den Gemeinden bereits heute eine offene Informationspolitik kennen.

2. Motion Schleiss/Villiger

Am 21. Juli 2008 reichten die Kantonsräte Stephan Schleiss und Werner Villiger eine Motion ein mit dem Ziel, das Öffentlichkeitsprinzip in der zugerischen Staatsverwaltung einzuführen¹. Zur Begründung ihres Vorstosses führen die Motionäre im Wesentlichen aus, die Vorstellung einer geheimen Bürokratie sei überholt. Mit dem Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip werde Transparenz hergestellt; dies schaffe Vertrauen in die staatlichen Institutionen und erhöhe die Glaubwürdigkeit des staatlichen Handelns. Das Öffentlichkeitsprinzip sei ein zusätzliches Instrument der Kontrolle über die Tätigkeit der Regierung und der Verwaltung, bilde die Basis für eine breite Meinungs- und Willensbildung, stärke die demokratischen Rechte und verbessere die Beziehungen zwischen dem Staat und den Bürgerinnen und Bürger.

¹ Vorlage Nr. 1711.1 – 12 813

Die Motion wurde den Direktionen, dem Ober- und dem Verwaltungsgericht sowie den Gemeinden (Einwohner-, Bürger-, Korporations- und Kirchgemeinden) zur Stellungnahme unterbreitet. Grossmehrheitlich wird die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips begrüsst. In der Folge erklärte der Kantonsrat die Motion am 25. März 2010 erheblich.

3. Ausgangslage: Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung

3.1 In der Schweiz galt – im Bund und in den Kantonen – bis vor gut 20 Jahren im Umgang mit der Verwaltung der Grundsatz der Geheimhaltung; ein allgemeiner Zugang zu Verwaltungsinformationen bestand nicht. Informationen aus den Behörden und der Verwaltung blieben für die Bürgerinnen und Bürger unzugänglich, es sei denn, ein Rechtssatz oder das öffentliche Interesse gebiete die Information der Öffentlichkeit. Auch im Kanton Zug gilt bis heute das *Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt*. Zwar statuiert § 12 der Kantonsverfassung² formell die Öffentlichkeit des gesamten Staatshaushaltes: „Keinem Stimmberechtigten des Kantons kann die Einsicht in denselben verweigert werden“. Die aus dem Jahre 1894 stammende Bestimmung hat jedoch durchaus nicht die Tragweite des Öffentlichkeitsprinzips, wie es in den letzten Jahren im Bund und den meisten Kantonen Eingang gefunden hat. Wie der Regierungsrat in seinem Bericht und Antrag vom 23. April 1996 zur Motion von Josef Lang „für eine öffentlichkeitsfreundliche, bürgerinnen- und bürgernahe Verwaltung“ klarstellt³, gilt die erwähnte Bestimmung nicht absolut, sondern nur mit Bezug auf den „Staatshaushalt“, und auch diesbezüglich nicht unbeschränkt. Auch die geltenden Leitlinien zur Kommunikation⁴ halten in Ziff. 1.4 ausdrücklich fest, dass für den Kanton Zug nach wie vor das Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt gilt. Die interne und externe Kommunikation wird danach begrenzt durch das Amtsgeheimnis, den Persönlichkeitsschutz und Straftatbestände, die Datenschutzgesetzgebung, das Kollegialitätsprinzip des Regierungsrates und laufende Gerichts- und Untersuchungsverfahren. Das Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt bedeutet, dass die Informationen, über welche die Verwaltung verfügt, für Dritte nur ausnahmsweise zugänglich sind und ein Anspruch auf Einsicht in amtliche Dokumente grundsätzlich nicht besteht. Wo und solange das Öffentlichkeitsprinzip nicht eingeführt ist, gehören die Dokumente der Verwaltung nicht zu den allgemein zugänglichen Quellen. Die Informationsfreiheit verpflichtet die Behörden nicht, die Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Verwaltung zu informieren oder Auskünfte zu erteilen. Anspruch auf Information und Akteneinsicht hat nur, wer ein besonderes Interesse geltend machen kann, insbesondere also die Parteien eines Verfahrens. Verdeutlicht wird das Geheimhaltungsprinzip durch das auch im Kanton Zug geltende Amtsgeheimnis. Allerdings wird allgemein anerkannt, dass heute die Informationspolitik der Zuger Behörden transparent und auf hohe Partizipation der Bürgerinnen und Bürger ausgerichtet ist. Als Zeichen solcher Offenheit kann auf das Archivgesetz vom 29. Januar 2004⁵ verwiesen werden, welches vom Grundsatz des freien Zugangs zum Archivgut ausgeht.

3.2 Auch das Bundesgericht hat die Verwaltungstätigkeit – namentlich mit dem Hinweis auf den strafrechtlichen Schutz des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB⁶) und die verschiedenen Beamtengesetze – bis in die jüngere Zeit als „Summe interner Vorgänge“ und deshalb als „grundsätzlich nicht öffentlich“ bezeichnet.⁷ Diese Rechtsprechung stiess auf breite Kritik. Eine

² BGS 111.1

³ Vorlage Nr. 228.2 - 8894

⁴ BGS 152.33

⁵ BGS 152.4

⁶ SR 311.0

⁷ BGE 113 Ia 9

Trennung und Trennbarkeit zwischen Gesetzgebung und Verwaltungstätigkeit, zwischen öffentlicher Parlamentsarbeit und nicht öffentlicher Verwaltung stimmten mit der Wirklichkeit nicht mehr überein.⁸

4. Paradigmenwechsel: Einführung des Öffentlichkeitsprinzips

4.1 Namhafte schweizerische Staatsrechtler und Verwaltungswissenschaftler setzen sich seit langem für die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips ein. So schreibt *Jörg Paul Müller*, der ungehinderte Fluss von Informationen liefere den Bürgerinnen und Bürgern sowie den Staatsorganen jene Impulse, die das Gemeinwesen vor Erstarrung bewahren; jede Behörde laufe Gefahr, staatliche Geheimhaltungsinteressen auf Kosten der Informationsbedürfnisse der Öffentlichkeit überzubewerten. Wirksame Abhilfe könne nur die Anerkennung individualrechtlich durchsetzbarer Informationsansprüche leisten, die im Einzelfall zur Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zwingen⁹. Die Möglichkeit, an Informationen teilzuhaben, stelle für den einzelnen die unabdingbare Voraussetzung persönlicher Entfaltung, sozialer Kompetenz und rationaler Meinungs- und Entscheidungsbildung im Gemeinwesen dar.

4.2 Als zentrale Begriffe, die für das Öffentlichkeitsprinzip ins Feld geführt werden, gelten *Transparenz* und *Vertrauen*. „Die Information der Öffentlichkeit dient der *Gewaltenteilung und -hemmung*, indem durch die geschaffene Transparenz die gegenseitige *Kontrolle* ermöglicht wird und die Bürgerin und der Bürger vor unkontrollierter Macht geschützt werden. Zudem wird *Vertrauen und Bürgernähe* geschaffen, indem die handelnden Behörden ihre Aktionen plausibel und verständlich darlegen müssen¹⁰“. Das Öffentlichkeitsprinzip stellt zwar kein verfassungsmässiges Grundrecht dar, aber die Transparenz staatlichen Handelns ist notwendige Voraussetzung, um verschiedene Grundrechte wahrzunehmen. Die Transparenz dient damit der Verwirklichung des Anspruchs auf Informationsfreiheit und auf informationelle Selbstbestimmung. Ferner können in einer direkten Demokratie die Stimmberechtigten ihre „Aufsichtsfunktion“ nur dann kompetent wahrnehmen, wenn sie genügend informiert sind: „La tendance au secret est le caractéristique des régimes autoritaires“.¹¹ Der Übergang zum Öffentlichkeitsprinzip wird deshalb als Gebot der Zeit bezeichnet.

4.3 Im Einzelnen werden für die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips vor allem die folgenden Gründe angeführt:

- Durch das Öffentlichkeitsprinzip wird das Grundrecht der Informationsfreiheit erweitert und konkretisiert.
- Das Vertrauen in die Verwaltung und die Akzeptanz werden verstärkt.
- Die Entscheidungsprozesse werden transparenter.
- Die Stellung der Bürgerinnen und Bürger gegenüber den Behörden und der Verwaltung wird verstärkt.
- Die Verwaltungskultur wird an die moderne Informations- und Kommunikationsgesellschaft angepasst.
- Das Öffentlichkeitsprinzip ist ein zusätzliches Instrument zur Kontrolle der Verwaltung.

⁸ *Daniel Kettiger* in LeGes 1996/1 S. 50

⁹ Kommentar zur aBV, Rz 42 zum Abschnitt „Informationsfreiheit“

¹⁰ Kommentar zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ), Rz 74 zu Art. 7

¹¹ B. Cottier in LeGes 2003/3 S. 33

- Bürgerinnen und Bürger sowie (Wirtschafts-) Organisationen erhalten Zugang zu wichtigen Informationsressourcen (Gutachten, Studien usw.).
- Qualität und Geschwindigkeit der aktiven Informationsvermittlung werden verbessert.
- Offene Informationspolitik führt dazu, dass die Zahl der Indiskretionen abnimmt

Die gegen die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips vorgebrachten Argumente (insbesondere die Beeinträchtigung des Kollegialitätsprinzips und des Meinungsbildungsprozesses innerhalb der Behörden, der Druck der Medien im Vorfeld von Entscheidungsprozessen, die Beeinträchtigung der Privatsphäre, Mehraufwand für die Verwaltung, Kosten) können auf Grund der Erfahrungen im Ausland, im Bund und in verschiedenen Kantonen als weitgehend entkräftet gelten. Erforderlich ist jedoch, dass den geäusserten Bedenken durch eine zweckmässige Normierung des Zugangs zu amtlichen Akten Rechnung getragen wird. In diesem Sinn setzt denn auch der Entwurf – wie nachfolgend noch näher auszuführen sein wird – dem Öffentlichkeitsprinzip klare Schranken, damit die Behörden- und Verwaltungstätigkeit und insbesondere die interne Meinungs- und Willensbildung nicht unnötig erschwert werden.

4.4 Während das Öffentlichkeitsprinzip in der Form der Sitzungsöffentlichkeit von Parlamenten und Gerichten in der Schweiz seit langem eine Selbstverständlichkeit darstellt, wurde das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung erst in jüngerer Zeit zum Thema, ausgelöst einerseits durch die Kritik der Wissenschaft am bisherigen Geheimhaltungsgrundsatz, andererseits und vor allem aber durch das Vorbild zahlreicher Länder aus dem europäischen und aussereuropäischen Raum. So kennt Schweden das Öffentlichkeitsprinzip seit mehr als 200 Jahren. In der Schweiz wurde es erstmals vom Kanton Bern eingeführt (1995); zahlreiche Kantone, darunter GE, FR, JU, SO, VD, NE, SH, SG, SZ, BS, AG, UR, ZH, VS, TI sind ihm seither gefolgt oder haben entsprechende Vorarbeiten in die Wege geleitet. Die Kantone BL und AR kennen das Prinzip zwar auch, allerdings mit einer wesentlichen Einschränkung: Wer sich darauf beruft, muss ein „schützenswertes Interesse“ geltend machen; damit ist das Öffentlichkeitsprinzip in diesen beiden Kantonen nicht vollständig verwirklicht. Im Bund steht das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz; BGÖ)¹² seit dem 1. Juli 2006 in Kraft.

4.5 Im *Kanton Zug* informieren die Behörden seit langem auf Grund der geltenden Rechtsgrundlagen regelmässig über alle wesentlichen Aktivitäten, weshalb die berechnete Forderung nach Transparenz faktisch als weitgehend erfüllt betrachtet werden darf. Dennoch sollte sich der Kanton aus grundsätzlichen staatspolitischen Gründen der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips und der Abkehr vom geltenden Geheimhaltungsgrundsatz nicht länger widersetzen und den Paradigmenwechsel wie der Bund und die meisten Kantone jetzt vollziehen. Dieser Schritt ist geeignet, die Beziehungen zwischen Bürgerinnen und Bürgern und dem Staat positiv zu beeinflussen; ausserdem dürfte der Systemwechsel angesichts der bestehenden offenen Informationspolitik nur mit vergleichsweise geringen Neuerungen verbunden sein.

¹² SR 152.3

5. Konzept und Grundzüge des Entwurfs

5.1. Konzept

Das Öffentlichkeitsprinzip bewirkt eine grundlegende Änderung hinsichtlich des Umgangs der Verwaltung mit Informationen. Es schafft einen subjektiven Rechtsanspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss. Über den Zugang zu einem bestimmten Dokument wird auf Grund eines konkreten Gesuchs nach einer Interessenabwägung im Einzelfall entschieden. Der Zugang kann auch gegen den Widerstand der Verwaltung durchgesetzt werden, letztlich vor Verwaltungsgericht. Das Recht steht jeder Person zu, unabhängig von Alter, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit; es kann auch von juristischen Personen geltend gemacht werden.

Der Entwurf beschränkt sich auf die Information auf Anfrage („passive Information“); er regelt die aktive Information durch die Behörden nicht. Auch die Öffentlichkeit von Sitzungen der Behörden ist nicht Gegenstand des Entwurfs; hier gelten Spezialerlasse wie die Geschäftsordnungen des Kantonsrates¹³ und des Regierungsrates und der Direktionen¹⁴, das Gemeindegesetz¹⁵ sowie die Kantonsverfassung¹⁶. Diese Regelungen haben sich seit langem bewährt und in der Praxis kaum zu Schwierigkeiten geführt, weshalb eine Neuordnung nicht erforderlich ist.

5.2. Grundzüge

5.2.1 Der *Geltungsbereich* des Entwurfs umfasst alle Behörden des Kantons und der Gemeinden und ausserdem Organisationen und Personen ausserhalb der öffentlichen Verwaltung, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Ausgenommen sind die Justizbehörden für den Bereich der Rechtspflege, ferner – auf Grund ihrer besonderen Stellung – die Kantonalbank, das Kantonsspital, die psychiatrische Klinik und die ambulanten psychiatrischen Dienste sowie Unternehmen, die im Auftrag des Gemeinwesens Leistungen des öffentlichen Verkehrs erbringen.

5.2.2 Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann im konkreten Einzelfall eingeschränkt, aufgeschoben, mit Auflagen versehen oder verweigert werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Der Entwurf definiert - in einer nicht abschliessenden Aufzählung -, welche öffentlichen und privaten Interessen dem Zugang entgegenstehen können. Zu den überwiegenden öffentlichen Interessen zählt insbesondere die mögliche Beeinträchtigung der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Bestimmung, dass amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden dürfen, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, getroffen ist. Zu den überwiegenden privaten Interessen zählt namentlich der Schutz der Privatsphäre.

5.2.3 Der Zugang zu amtlichen Dokumenten soll in einem möglichst einfachen und raschen *Verfahren* gewährt werden. Das Zugangsgesuch bedarf keiner Begründung und keiner besonderen Form; es muss aber so präzise formuliert sein, dass das betreffende Dokument ohne grossen Aufwand gefunden werden kann. Weist die Behörde ein Gesuch ganz oder teilweise

¹³ BGS 141.1 (§ 30)

¹⁴ BGS 151.1 (§ 14)

¹⁵ BGS 171.1 (§ 106 Abs. 4)

¹⁶ BGS 111.1 (§ 43 Abs. 2 und § 59 Abs. 1)

ab oder gewährt sie den Zugang, obwohl eine betroffene Drittperson ihre Zustimmung verweigert, erlässt sie eine Verfügung, die nach den Regeln des Verwaltungsrechtspflegegesetzes¹⁷ angefochten werden kann. Anders als im Bund und verschiedenen Kantonen wird auf ein Schlichtungsverfahren verzichtet.

5.2.4 Das Zugangsverfahren ist grundsätzlich kostenlos. Wenn allerdings die Behandlung eines Gesuchs mit erheblichem Aufwand verbunden ist, sieht der Entwurf die Möglichkeit vor, kostendeckende Gebühren zu erheben.

5.2.5 Der Entwurf nimmt Rücksicht auf Rechtsbereiche, die in besonderem Masse durch das Öffentlichkeitsprinzip betroffen sind; das sind insbesondere der Datenschutz und das Archivwesen. So regelt er das Verfahren, wenn Drittpersonen durch ein Zugangsgesuch betroffen sind, und er hält fest, dass sich der Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten auch nach der Archivierung nach dem Öffentlichkeitsgesetz richtet. Im Übrigen enthält der Entwurf einen Vorbehalt zugunsten von speziellen Bestimmungen anderer Gesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen.

5.2.6 Auf den Erlass einer Verordnung kann verzichtet werden. Dagegen ist vorgesehen, den betroffenen Behörden Checklisten abzugeben, um ihnen die Umsetzung des Gesetzes zu erleichtern. Sinnvoll dürfte auch die Benennung einer zentralen Ansprechperson – beispielsweise bei der Staatskanzlei – sein, welche den Behörden bei der Anwendung des Gesetzes behilflich sein kann.

5.3. Verfassungsgrundlage ?

Wie im Bund¹⁸ besteht auch im Kanton Zug kein zwingender Grund, das Öffentlichkeitsprinzip als Grundrecht in die Verfassung aufzunehmen, zumal diese keinen umfassenden Grundrechtskatalog enthält und beispielsweise so grundlegende Prinzipien wie das Willkürverbot oder das Gebot von Treu und Glauben keinen Eingang gefunden haben. Auch wenn dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht grundrechtlicher Charakter zuzubilligen ist, genügt es, das Öffentlichkeitsprinzip auf Gesetzesstufe einzuführen. Weder Wortlaut noch Sinn der geltenden Kantonsverfassung stehen der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips entgegen.

6. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Zum Entwurf des Öffentlichkeitsgesetzes wurde intern bei den Gerichten, der Staatskanzlei, allen Direktionen und beim Datenschutzbeauftragten ein Mitberichtsverfahren durchgeführt. Die in diesem Rahmen gemachten Anregungen, Ergänzungen und Korrekturen wurden, soweit angezeigt, berücksichtigt.

Nach der ersten Lesung der Vorlage im Regierungsrat wurde bei den im Kantonsrat vertretenen politischen Parteien, allen Gemeinden des Kantons Zug, beim Advokatenverein des Kantons Zug, bei den Personalverbänden, den Wirtschaftsverbänden, dem Gewerkschaftsbund und der Gewerkschaft Syna sowie bei den beteiligten Dritten (Die weiteren Ausführungen dieses Abschnitts werden nach durchgeführtem externen Vernehmlassungsverfahren formuliert)

¹⁷ BGS 162.1

¹⁸ Vgl. BBI 2003 S. 2039

7. Der Entwurf im Einzelnen

7.1. 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Zweck und Gegenstand

Analog zum Bundesgesetz wird dem Entwurf des Zuger Öffentlichkeitsgesetzes ein Zweckartikel vorangestellt, der auch als Auslegungshilfe dienen kann. § 1 nennt zuerst den Zweck des neuen Gesetzes – die Förderung der Transparenz über die Tätigkeit der Behörden und der Verwaltung des Kantons und der Gemeinden – und anschliessend den Weg, auf welchem dieses Ziel angestrebt wird, nämlich durch die Gewährleistung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Das Zugangsrecht ist nicht Selbstzweck; es soll vielmehr der Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit dienen, die demokratische Mitwirkung und Kontrolle durch mehr Transparenz stärken und dazu beitragen, dass die Verwaltung bürgernäher und effizienter wird. Der Begriff der „Tätigkeit“ erfasst sämtliche Aktivitäten der Behörden und der Verwaltung, die auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet sind. Darunter fallen ausser der ordentlichen, gesetzlich festgelegten Organisation auch ad-hoc eingesetzte Arbeitsgruppen, Expertenkommissionen, externe Beraterinnen und Berater usw.

Das Gesetz will zu einer besseren Information der Öffentlichkeit beitragen. Es regelt aber ausschliesslich die *passive Information*, nicht auch die aktive Information, bei welcher die Behörden von sich aus tätig werden. Die aktive Information ist gegenwärtig nicht in einem formellen Gesetz geregelt. Sie ist Gegenstand der regierungsrätlichen „Leitlinien zur Kommunikation“¹⁹ und – im Zusammenhang mit der Gestaltung der Abstimmungserläuterungen – des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (WAG)²⁰.

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird gewährleistet durch Einräumung eines entsprechenden *Rechtsanspruchs*, mit welchem der Übergang vom bisherigen Geheimhaltungsgrundsatz zum Öffentlichkeitsprinzip vollzogen wird. Gegenstand des Rechtsanspruchs ist das *amtliche Dokument*, welches in § 6 definiert wird.

§ 2 Geltungsbereich

a) Behörden des Kantons und der Gemeinden

§ 2 Abs. 1 sieht vor, dass das Gesetz – und damit das Öffentlichkeitsprinzip – „für alle Behörden des Kantons und der Gemeinden“ gilt. Als Gemeinden gelten gemäss 1 § des Gemeindegesetzes²¹ die Einwohnergemeinden, die Bürger-, Kirch- und Korporationsgemeinden. Der Klammervermerk in Abs. 1 dient – analog zu § 2 Bst. h Datenschutzgesetz²² – der Verdeutlichung. Ausser der Verwaltung unterstehen auch die Regierung und das Parlament mit seinen Kommissionen, die Justizbehörden, soweit sie administrative Aufgaben erfüllen, und sämtliche kommunalen Organe dem Öffentlichkeitsprinzip. Auch für die Behörden der kantonalen und gemeindlichen Anstalten und Körperschaften – im Kanton: Gebäudeversicherung, Pensionskasse und die zu schaffende pädagogische Hochschule – gilt das Öffentlichkeitsprinzip. Der Geltungsbereich ist damit umfassender als jener des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeits-

¹⁹ BGS 152.33

²⁰ BGS 131.1

²¹ BGS 171.1

²² BGS 157.1

prinzip der Verwaltung (BGÖ)²³, das zwar für die Bundesverwaltung, nicht aber für den Bundesrat und die Bundesversammlung gilt. Begründet wird die restriktivere Lösung im BGÖ damit, die Meinungsbildung des Bundesrates und der parlamentarischen Kommissionen solle ungestört verlaufen können; es gehe um die Transparenz der Verwaltung, nicht um die Offenlegung der Meinungsbildung innerhalb der politischen Organe. Die Bundesversammlung sei, wie auch die Regierung, ein politisches Organ.²⁴

Auch der vorliegende Entwurf legt grossen Wert auf die ungestörte Meinungsbildung und das Funktionieren des Kollegialitätsprinzips in den Behörden des Kantons und der Gemeinden. Er regelt zwar den Geltungsbereich erheblich umfassender als der Bund; er stellt aber gleichzeitig durch verschiedene Bestimmungen sicher, dass die Meinungs- und Willensbildung in den Behörden, insbesondere also im Regierungsrat, den kantonsrätlichen Kommissionen und den gemeindlichen Organen, unbeeinträchtigt verlaufen kann. So sieht § 10 Bst. a vor, dass der Zugang zu öffentlichen Dokumenten eingeschränkt oder verweigert werden kann, wenn dadurch die behördliche Meinungsbildung und Entscheidungsfindung beeinträchtigt werden könnte. Der ungestörten behördlichen Meinungsbildung und dem Schutz des Kollegialitätsprinzips dient insbesondere auch § 12 Abs. 1, nach welchem amtliche Dokumente – darunter insbesondere auch Berichte und Anträge der regierungsrätlichen Direktionen an den Regierungsrat sowie interne und externe Mitberichte - erst zugänglich gemacht werden dürfen, wenn der Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, getroffen ist. Insgesamt erschien es als gerechtfertigt, den Geltungsbereich möglichst weit zu fassen, um dem Öffentlichkeitsprinzip wirkungsvoll zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinden, die an einer besonderen Veranstaltung über die Motion Schleiss/Villiger orientiert wurden, begrüssen es, dass das Öffentlichkeitsprinzip auch für die *Gemeinden* – und zwar für alle Gemeindearten wie auch für Gemeindeverbände - gelten soll. Diese Konsequenz liegt nicht zuletzt deshalb nahe, weil die Zuger Gemeinden und übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften bereits heute vom Geltungsbereich zweier Gesetze erfasst werden, die einen engen Bezug zum Öffentlichkeitsprinzip aufweisen, nämlich vom Archivgesetz²⁵ und vom Datenschutzgesetz²⁶. Für die Korporationen dürfte die Unterstellung allerdings nur von geringer praktischer Bedeutung sein.

Der Kanton und die Gemeinden bleiben grundsätzlich auch dann dem Öffentlichkeitsprinzip unterworfen, wenn sie sich des Privatrechts bedienen, etwa bei der Bewirtschaftung des Finanzvermögens. Deshalb gelten als amtlich auch Dokumente, die im Zusammenhang mit privatrechtlichen Verträgen der Verwaltung stehen.²⁷

b) Personen und Organisationen ausserhalb der Verwaltung

Die Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf Private hat in der letzten Zeit erheblich zugenommen. Der Entwurf sieht deshalb vor, dass Organisationen und Personen des privaten und öffentlichen Rechts ausserhalb der öffentlichen Verwaltung vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen. Wenn Organisationen oder Personen Bestimmungen über Gebühren oder Tarife erlassen, handeln sie hoheitlich und unterstehen diesbezüglich dem Öffentlichkeitsprinzip. Gerade bei derartigen rechtsetzenden Tätigkeiten be-

²³ SR 152.3

²⁴ Kommentar zum BGÖ, Rz 13/14 zu Art. 2

²⁵ BGS 152.4

²⁶ BGS 157.1

²⁷ Kommentar zum BGÖ, Rz 21 zu Art. 5

steht ein besonderer Bedarf nach dem Zugang zu Informationen. Diese Gleichstellung mit den Behörden im engeren Sinn ist vor allem deshalb sinnvoll, weil aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger die Zulässigkeit des Zugangs zu amtlichen Dokumenten nicht davon abhängen kann, ob eine Aufgabe durch die Verwaltung selber oder durch eine beauftragte Rechtsträgerin oder einen beauftragten Rechtsträger erfüllt wird.

Keine Anwendung findet das Öffentlichkeitsprinzip dagegen auf Personen und Organisationen, soweit sie wirtschaftlich und nicht hoheitlich tätig sind. Die wirtschaftliche Tätigkeit wird dem Zugang entzogen, weil sonst Wettbewerbsnachteile zu befürchten wären; im hoheitlichen Bereich besteht keine Wettbewerbssituation.

§ 3 Ausnahmen vom Geltungsbereich

Das Gesetz gilt nicht für die Justizbehörden, soweit sie in der Rechtspflege tätig sind, für die Kantonalbank, das Kantonsspital, die psychiatrische Klinik und die ambulanten psychiatrischen Dienste sowie Unternehmen, die im Auftrag des Gemeinwesens Leistungen des öffentlichen Verkehrs erbringen, wie z.B. die Zuger Verkehrsbetriebe. Im Bund gilt das Öffentlichkeitsprinzip nicht für die Nationalbank und die eidgenössische Bankenkommission²⁸. Begründet werden diese Ausnahmen einerseits mit der Rücksicht auf die institutionelle Unabhängigkeit – insbesondere der Justizbehörden im Bereich der Rechtspflege – andererseits mit der wirtschaftlichen und politischen Sensibilität der genannten Organisationen. Bei der Kantonalbank, beim Kantonsspital, der psychiatrischen Klinik und den ambulanten psychiatrischen Diensten handelt es sich vor allem aus datenschutzrechtlicher Sicht um höchst sensible Bereiche; für eine wirksame Tätigkeit sind diese Institutionen und ihre Benützer auf die vertrauliche Behandlung ihrer Dokumente angewiesen. Die Gerichte und weitere gerichtliche Organe (Schlichtungsstellen, Schätzungskommissionen, Staatsanwaltschaft, Polizei als Strafverfolgungsorgan) unterstehen dem Gesetz nur insoweit, als sie administrative Aufgaben erfüllen; für den Bereich der Rechtspflege gelten die entsprechenden Prozessgesetze (vgl. § 4 Abs. 1). Eine bedeutsame Konsequenz der Ausnahmebestimmung von § 3 ist, dass Dokumente, die beispielsweise von der Kantonalbank einer Behörde übermittelt werden, die ihrerseits dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht, nicht zu grundsätzlich zugänglichen Dokumenten werden; die empfangende Behörde hat den Zugang zu diesen Dokumenten zu verweigern.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es angezeigt, die erwähnten Ausnahmen vom Geltungsbereich im Gesetz einzeln aufzuzählen. Damit auch in Zukunft sachgerecht über die Unterstellung allfälliger weiterer Organisationen unter das Gesetz entschieden werden kann, haben sich drei Lösungsvarianten angeboten. Es wurde darüber diskutiert, ob der Regierungsrat oder der Kantonsrat mit einem einfachen Beschluss, der nicht dem Referendum unterliegt, über weitere Ausnahmen zu befinden hätten. Schliesslich obsiegte die Meinung, dass die Ergänzung des Ausnahmenkatalogs mittels formeller Gesetzesänderung zu erwirken sei.. Das Öffentlichkeitsprinzip soll im ganzen Kanton gelten. Ausnahmen sind deshalb nur zurückhaltend zu bewilligen. Sie sind mit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren im Gesetz festzulegen. Diese Lösung ist rechtsstaatlich befriedigender als jene im Bund, wo der *Bundesrat* ermächtigt ist, unter bestimmten Voraussetzungen weitere Einheiten der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung sowie weitere Personen und Organisationen vom Geltungsbereich auszunehmen (Art. 2 Abs. 3 BGÖ). Im Kommentar zum BGÖ wird denn auch betont, die Kompetenz zur Gewährung

²⁸ BGÖ Art. 2 Abs. 2

von Ausnahmen hätte eigentlich der Bundesversammlung als gesetzgebendem Organ überlassen werden sollen.²⁹

§ 4 Weitere Ausnahmen

§ 4 zählt – analog zu Art. 3 BGÖ – die Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich auf, ohne diesen selbst zu definieren. Das erklärt sich daraus, dass sich der sachliche Geltungsbereich ohne weiteres aus dem Gesamtzusammenhang – insbesondere aus den §§ 1, 6 und 7 ergibt: Das Gesetz regelt den *Zugang zu amtlichen Dokumenten* und definiert mit dem *Öffentlichkeitsprinzip* (§ 7) umfassend den sachlichen Geltungsbereich. Es liegt deshalb nahe, nur jene Bereiche aufzuführen, auf welche das Öffentlichkeitsprinzip nicht anwendbar und der Zugang zu amtlichen Dokumenten ausgeschlossen ist, ohne dass noch eine Abwägung allfällig entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen (§§ 9 – 11) erforderlich wäre.

Zunächst ist § 4 Abs. 1 zu entnehmen, dass das Öffentlichkeitsprinzip nicht gilt für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Zivil- und Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechts- und Amtshilfe, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege sowie Schiedsverfahren. Die Einsicht in die Akten von hängigen Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren wird durch die entsprechenden Spezialgesetze geregelt [Vgl. die §§ 88, 96 und 97 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG)³⁰ sowie § 16 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG)³¹]. Der Ausschluss des Öffentlichkeitsprinzips bei hängigen Verfahren erklärt sich daraus, dass in den genannten Spezialgesetzen der Zugang zu Verfahrensakten bereits geregelt ist. Würde das Öffentlichkeitsprinzip ebenfalls Anwendung finden, käme es zu Normkollisionen, Anwendungsproblemen und Rechtsunsicherheit. Aber auch bei rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht; die Einsichtnahme richtet sich nach § 90 GOG³².

Eine weitere Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich findet sich in § 4 Abs. 2. Danach richtet sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten des Gesuchstellers oder der Gesuchstellerin enthalten, nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz, sondern nach dem Datenschutzgesetz³³. Enthält ein Dokument ausserdem Personendaten von Drittpersonen, kommt § 14 des Öffentlichkeitsgesetzes zur Anwendung, wonach diese Daten nach Möglichkeit zu anonymisieren oder zu eliminieren sind.

In diesem Zusammenhang ist schliesslich daran zu erinnern, dass unter Umständen der Zugang zu einem öffentlichen Dokument – selbst wenn die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips gegeben ist und eine Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich nicht vorliegt – beschränkt oder verweigert werden kann, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (vgl. §§ 9 - 11).

§ 5 Vorbehalt von Spezialbestimmungen

Diese Bestimmung konkretisiert den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Vorrangs von speziellen vor allgemeinen Regeln. Spezielle Normen anderer (formeller) Gesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder die für den Zugang abweichende Vorschriften enthalten, haben Vorrang vor dem Öffentlichkeitsgesetz. § 5 legt somit das Verhältnis zwischen dem Öff-

²⁹ Kommentar zum BGÖ, Rz 60 zu Art. 2

³⁰ BGS 161.1

³¹ BGS 162.1

³² BGS 161.1

³³ BGS 157.1; vgl. insbes. § 13

fentlichkeitsgesetz und jenen Normen fest, die eine Sonderregelung für den Zugang zu amtlichen Dokumenten enthalten. Vor oder nach dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erlassene Geheimhaltungs- oder Öffentlichkeitsnormen in anderen kantonalen oder Bundesgesetzen sind damit uneingeschränkt anwendbar. Für die Anwendung des (kantonalen) Öffentlichkeitsgesetzes bleibt insbesondere in jenen Fällen kein Raum, wo der Zugang zu amtlichen Dokumenten durch das Bundesrecht geregelt wird, wie etwa im Bereich des Bundessozialversicherungsrechts oder im Zusammenhang mit der direkten Bundessteuer oder der Mehrwertsteuer. Auch wo ein Gesetz abweichende Vorschriften für den Zugang zu Informationen festlegt, treten die Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes zurück; so muss für die Einsichtnahme in das Grundbuch in Abweichung von der Zugangsregel des Öffentlichkeitsgesetzes (§ 7) ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht werden (Art. 970 ZGB³⁴). Auf eine Auflistung sämtlicher Geheimhaltungsnormen, für die der Vorbehalt von § 5 gilt, wird verzichtet, zumal Vollständigkeit praktisch nicht erreicht werden kann. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine spezielle Bestimmung eines anderen Gesetzes den Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes vorgeht oder nicht.

Das *Amtsgeheimnis* stellt keine Spezialnorm im Sinne von § 5 dar; es schützt nur *bestehende* Geheimnisse. Alle Dokumente, die nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sind, fallen nicht unter das Amtsgeheimnis.

§ 6 Amtliches Dokument

Beim Recht auf Zugang zu Informationen, die sich im Besitz von Behörden befinden, spielt der Begriff des „Dokuments“ eine zentrale Rolle. Das Öffentlichkeitsprinzip findet nur auf „amtliche Dokumente“ Anwendung. Damit wird, wie vorne unter den Erwägungen zu § 4 ausgeführt – gewissermassen der sachliche Geltungsbereich des Gesetzes definiert. Als amtliches Dokument gilt nach § 6 Abs. 1 jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Als Dokumente gelten in diesem Sinne namentlich auch Gutachten, die als Entscheidungsgrundlage für die Behörden dienen, Gesetzesentwürfe, Statistiken, Pläne, Ton- und Bildaufzeichnungen, Unterlagen von Projekt- und Arbeitsgruppen, Unterlagen im Bestellprozess im öffentlichen Verkehr, insbesondere auch Dokumente auf elektronischen Datenträgern (virtuelle Dokumente), sofern sie durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus vorhandenen Informationen erstellt werden können, z.B. der Auszug aus einer elektronischen Datenbank³⁵. Auch Mitberichte und Anträge, die dem Regierungsrat von den Direktionen unterbreitet werden, gelten als amtliche Dokumente. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass nach § 12 Abs. 1 der Zugang zu diesen Dokumenten erst gewährt werden darf, wenn der Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, getroffen ist. Damit soll verhindert werden, dass Amtsstellen mit unterschiedlichen Auffassungen gegeneinander ausgespielt werden.

Der Zugang besteht nur hinsichtlich *bestehender* Dokumente; die Verwaltung ist nicht gehalten, neue Dokumente zu verfassen oder bestehende Dokumente zu übersetzen, und Dokumente, die – aus welchen Gründen auch immer – vernichtet wurden oder sonst wie nicht mehr vorhanden sind, müssen nicht rekonstruiert werden.

³⁴ SR 210

³⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGO

Nicht als „amtlich“ gelten Dokumente, die kommerziell genutzt werden, nicht fertig gestellt oder ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind. Als „*kommerziell genutzt*“ gilt jede Information, die eine Behörde gegen Entgelt anbietet, einschliesslich der Informationen, die unmittelbar der Herstellung von Produkten dienen (im Bund z.B. Produktion von Landkarten, Verkauf von Holz aus dem Staatswald)³⁶. Der Zugang ist nur zu *fertig gestellten* Dokumenten möglich, also zu Dokumenten, die in ihrer definitiven Fassung vorliegen, nicht aber zu Entwürfen, provisorischen Fassungen eines Berichts, Projektskizzen, Notizen aus einer Sitzung, informellen Arbeitsnotizen und Vorentwürfen eines Textes. Nicht fertig gestellt ist auch ein Text, der zu Konsultationszwecken in einem Team von Mitarbeitenden in Zirkulation gesetzt wird. Als fertig gestellt gilt ein Dokument vor allem, wenn es von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist oder der Adressatin oder dem Adressaten definitiv übergeben wurde. Andererseits können aber auch vorbereitende Dokumente unter Umständen als „fertig gestellt“ gelten, wenn sie definitiven Charakter haben. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Amt der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher den Entwurf eines Antrags an den Regierungsrat zugestellt hat. Als *zum persönlichen Gebrauch bestimmt* gilt jede Information, „die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich der Autorin, dem Autoren oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten“³⁷.

Das gewünschte Dokument muss sich im Besitz der angefragten Behörde befinden. Die Behörde ist verpflichtet, ein Dokument zu beschaffen, wenn sie Erstellerin oder Hauptadressatin war, das fragliche Dokument sich jedoch nicht mehr in ihrem Besitz befindet. Ist das Dokument bereits archiviert, ist § 16 anwendbar: Der Zugang richtet sich auch nach der Archivierung nach dem Öffentlichkeitsgesetz.

Als „amtlich“ gilt ein Dokument, wenn es die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Auch ein privates Dokument im Besitz einer Behörde untersteht dem Gesetz, wenn es zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet wird; das ist beispielsweise der Fall bei (privaten) Dokumenten, welche die Behörde für die Erteilung einer Bewilligung verlangt hat. Erfordert es der Schutz der Privatsphäre oder das Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis, kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben, mit Auflagen versehen oder verweigert werden (§ 9 Abs. 1 und § 11). Als amtlich gelten auch Dokumente, die im Zusammenhang mit privatrechtlichen Verträgen der Verwaltung stehen.

Der Begriff des „amtlichen Dokuments“ ist nicht identisch mit jenem der „Unterlage“ gemäss § 2 Abs. 1 des Archivgesetzes³⁸. Der Begriff der „Unterlage“ ist erheblich weiter; er umfasst beispielsweise auch Handakten und Dokumente, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind.

7.2. 2. Abschnitt: Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

§ 7 Öffentlichkeitsprinzip

§ 7 ist die zentrale Bestimmung des Gesetzes; er schreibt das Öffentlichkeitsprinzip fest und damit die (gesetzliche) Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Wie oben ausgeführt, kehrt das Öffentlichkeitsprinzip das bisher geltende Prinzip der Geheimhaltung um; es gewährt jeder Person das Recht, „amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden

³⁶ Vgl. Art. 1 Abs. der Verordnung zum BGÖ (VBGÖ; SR 152.31)

³⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 3 VBGÖ (SR 152.31)

³⁸ BGS 152.4

Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten“, ohne ein besonderes Interesse nachweisen zu müssen. Es handelt sich um ein generelles, voraussetzungsloses und durchsetzbares Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, über welche die Verwaltung verfügt und die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Der Zugang kann einzig auf Grund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen ganz oder teilweise verweigert, aufgeschoben oder mit Auflagen versehen werden (vgl. § 9). Das Recht besteht unabhängig vom Alter, von der Staatsangehörigkeit und vom Wohnsitz; es kann auch von Personen, die im Ausland wohnen sowie von juristischen Personen geltend gemacht werden. Wird der Zugang einer Person gewährt, gilt er für jedermann („access to one, access to all“). Weder Parlamentarier noch Gemeindevertreter, politische Parteien oder Journalisten haben einen privilegierten Zugang.

Ausser dem eigentlichen Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt § 7 Privaten das Recht, von den Behörden *Auskunft über den Inhalt* amtlicher Dokumente zu erhalten. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten setzt voraus, dass Private wissen, dass bestimmte Dokumente überhaupt existieren, welchen Inhalt sie ungefähr haben und wo sie sich befinden. Unzulässig ist die Anfrage, ob ein Dokument überhaupt besteht (sog. „Such-Anfragen“). Auskünfte über den Inhalt eines Dokuments werden nur erteilt, wenn das Dokument „hinreichend genau“ bezeichnet wird. Durch eine – allenfalls formlose – Auskunft über den Inhalt eines Dokuments kann u.U. vermieden werden, dass überhaupt ein Zugangsverfahren durchgeführt werden muss. Die Behörde ist gehalten, den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern über die verfügbaren amtlichen Dokumente Auskunft zu erteilen, sie bei ihrem Vorgehen zu unterstützen und ihnen bei der Identifikation der verlangten Dokumente zu helfen (vgl. § 13 Abs. 3). Die behördliche Unterstützungspflicht hat allerdings Grenzen. So sind die Behörden nicht verpflichtet, Dokumente für die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller zu übersetzen³⁹ oder Kurzfassungen herzustellen, denn das Zugangsrecht besteht – wie oben ausgeführt – nur hinsichtlich *bestehender* amtlicher Dokumente.

Die Gesuchstellenden sollen nach ihren Möglichkeiten zur Identifikation des gewünschten Dokuments beitragen; nach § 13 Abs. 1 muss ein Gesuch schriftlich eingereicht werden und „hinreichend genau formuliert“ sein.

Das z.B. im Zuger Personalgesetz⁴⁰ (§ 29), in der Personalverordnung⁴¹ (§ 11) und in den Leitlinien zur Kommunikation⁴² (Ziff. 1.4) geregelte *Amtsgeheimnis* wird nach Einführung des Öffentlichkeitsprinzips nicht aufgehoben; die praktische Bedeutung wird aber in dem Sinne eingeschränkt, als es nur noch für Bereiche gilt, die vom Öffentlichkeitsprinzip nicht erfasst sind. Alle Dokumente, die nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sind, fallen nicht unter das Amtsgeheimnis; solche Informationen können ohne Einschränkungen verwendet und Dritten zugänglich gemacht werden. Die Verweigerung des Zugangs darf nicht mit dem Amtsgeheimnis allein begründet werden.

§ 8 Zugangsgewährung

Während § 7 in grundsätzlicher Form das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten definiert, umschreibt § 8 (abschliessend) die Modalitäten des Zugangs: Dieser wird gewährt durch „Einsichtnahme vor Ort“, durch die „Aushändigung von Kopien“ oder „auf elektronischem Weg“. Auf andere Möglichkeiten, z.B. den Zugang durch Online-Zugriff, besteht kein Anspruch. Die

³⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 3 VBGÖ (SR 152.31)

⁴⁰ BGS 154.21

⁴¹ BGS 154.211

⁴² BGS 152.33

Behörde kann allerdings, wenn sich dies im konkreten Fall als sinnvoll erweist, auch andere Zugangsmöglichkeiten zulassen. Grundsätzlich kann der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin unter den im Gesetz definierten Möglichkeiten frei wählen; die Wahlfreiheit kann aber eingeschränkt werden, wenn z.B. die Herstellung von Kopien sehr schwierig ist, wenn von einem Dokument keine elektronische Fassung besteht oder wenn der administrative Aufwand aus anderen Gründen zu gross wäre. Entscheidet sich die gesuchstellende Person für eine aufwändige Variante, können ihr u.U. Kosten überbunden werden (§ 17 Abs. 1). Will die gesuchstellende Person ein amtliches Dokument „vor Ort“ einsehen, hat sie sich an die Bedingungen zu halten, die am betreffenden Ort gelten (Öffnungszeiten der Büros, allenfalls auch Identifikationspflicht).⁴³

Der zweite Satz von § 8 Abs. 1 enthält – wie Art. 6 Abs. 2 BGÖ – einen Vorbehalt zugunsten der Gesetzgebung über das Urheberrecht⁴⁴. Dieser Vorbehalt gilt vor allem für die Vervielfältigung von amtlichen Dokumenten und für die Nutzung der erhaltenen Dokumente und dient der Abstimmung zwischen Öffentlichkeitsgesetz und Urheberrecht. Der Vorbehalt bedeutet nicht etwa, dass der Zugang zu urheberrechtlich geschützten amtlichen Dokumenten nicht zulässig wäre; bezüglich der Verwendung der erhaltenen Dokumente bzw. Kopien muss sich jedoch die gesuchstellende Person an die Regeln des Urheberrechts halten. So muss sie insbesondere die Einwilligung des Urhebers oder der Urheberin einholen, um das Werk erneut zu vervielfältigen, um es in Verkehr zu bringen oder um es zu verbreiten. Die Behörde sollte die gesuchstellende Person bei der Zustellung der verlangten Kopie auf die im Urheberrecht begründeten Nutzungsbeschränkungen aufmerksam machen.⁴⁵

§ 8 Abs. 2 definiert eine Schnittstelle zwischen der so genannten „aktiven“ und der „passiven“ Information. Ist ein amtliches Dokument in einem Publikationsorgan oder auf der Internetseite des Kantons oder der Gemeinde veröffentlicht, gilt der Anspruch auf Zugang für jedermann als erfüllt. Die Behörde ist jedoch gehalten, auf Gesuch hin die Fundstelle mitzuteilen (vgl. § 13 Abs. 3). Im Übrigen kann eine Behörde mit einer klugen, offenen Informationspolitik die Zahl der Zugangsgesuche niedrig halten, ohne die Rechte der Bürgerinnen und Bürger zu schmälern.

Aus praktischer Sicht und im Sinne eines unkomplizierten, bürgerfreundlichen Ablaufs empfiehlt es sich schliesslich, die Kompetenz zur Zugangsgewährung auf der tiefst möglichen Hierarchiestufe anzusiedeln. Ausserdem dürfte es im Blick auf allfällige spätere Gesuche in der gleichen Sache zweckmässig sein, das Dokument, für welches der Zugang gewährt wurde, entsprechend zu kennzeichnen.

§ 9 Einschränkungen

Das Öffentlichkeitsprinzip gilt nirgends absolut; es wird durch Ausnahmen begrenzt, mit denen wichtige öffentliche und private Interessen geschützt werden sollen. In den verschiedenen Öffentlichkeitsgesetzen werden diese Ausnahmen oder Schranken in unterschiedlicher Weise definiert. Es gibt Gesetze, in denen die dem Zugang zu amtlichen Dokumenten entgegenstehenden Tatbestände einzeln aufgezählt werden, während in anderen Gesetzen die Ausnahmetatbestände in einigen wenigen Generalklauseln festgelegt werden. So zählt das Informationsgesetz des Kantons Bern die überwiegenden Interessen nicht im Einzelnen auf, dafür werden Checklisten aufgestellt; der Kanton Waadt kennt eine abschliessende Aufzählung, während der

⁴³ Vgl. Art. 4 Abs. 3 VBGÖ (SR 152.31)

⁴⁴ SR 231.1

⁴⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 2 VBGÖ (SR 152.31)

Kanton Solothurn in genereller Art und Weise auf entgegenstehende, schützenswerte öffentliche und private Interessen verweist.

Für eine abschliessende Aufzählung der Schranken spricht die Rechtssicherheit, verfügt doch die Behörde im Anwendungsfall nur über einen sehr beschränkten Ermessensspielraum, weil sie die verschiedenen Interessen nicht gegeneinander abzuwägen braucht; die Gefahr missbräuchlicher Auslegungen ist gering. Allgemein formulierte Schranken in Form von Generalklauseln setzen demgegenüber bei der Prüfung eines Zugangsgesuches eine Abwägung zwischen den Interessen der gesuchstellenden Person und den im Gesetz allgemein umschriebenen öffentlichen und privaten Interessen voraus, die dem Zugang entgegenstehen könnten.

Der Entwurf wählt einen gesetzestechnischen Weg, der einerseits eine umfassende Generalklausel – entgegenstehende überwiegende öffentliche oder private Interessen – vorsieht (§ 9 Abs. 1) und andererseits in den §§ 10 und 11 die wichtigsten entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen in nicht abschliessender Aufzählung von Teilgeneralklauseln konkretisiert. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf § 5, der in allgemeiner Form den Vorbehalt von Spezialbestimmungen anderer Gesetze formuliert. Der Vorteil dieser Lösung liegt zunächst darin, dass den konkreten Einzelfällen in sinnvoller Weise Rechnung getragen werden kann, und ausserdem können dank der flexiblen Formulierungen ständige Gesetzesanpassungen vermieden werden, die bei präzise formulierten Ausnahmeklauseln wegen der Entwicklung der Rechtsordnung notwendig wären.

Stellt die Behörde fest, dass entgegenstehende öffentliche oder private Interessen vorhanden sind, hat sie in jedem Anwendungsfall eine Interessenabwägung vorzunehmen, wodurch eine grösstmögliche Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht wird. Die Behörde hat sich am Verhältnismässigkeitsprinzip und am Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips zu orientieren. So ist der demokratischen Funktion ein hoher Stellenwert einzuräumen, wenn das verlangte Dokument einen Zusammenhang zur Gesetzgebung aufweist. Das gilt etwa für die Erläuterungen zu Regierungsrätlichen Verordnungen, die als wichtige Auslegungshilfe dienen können.

Auf Grund des Verhältnismässigkeitsprinzips darf der Zugang nicht einfach mit der Begründung verweigert werden, das verlangte Dokument enthalte an einigen Stellen Informationen, die nach den im Gesetz formulierten Ausnahmetatbeständen nicht zugänglich sind. § 9 Abs. 2 hält deshalb fest, dass sich Einschränkungen des Zugangs nur auf den schutzwürdigen Teil des Dokuments beziehen und nur so lange gelten, als das überwiegende Interesse an der Geheimhaltung besteht. In solchen Fällen ist ein teilweiser Zugang zu gewähren, indem gewisse Passagen abgedeckt werden oder der Zugang – beispielsweise bis zu einem bestimmten Sitzungstermin – aufgeschoben oder mit Auflagen – beispielsweise mit einem Verbot der Weiterverbreitung – versehen wird. Für den Schutz der Privatsphäre sieht § 14 des Entwurfs einen besonderen Mechanismus vor.

§ 10 Überwiegende öffentliche Interessen

Diese Bestimmung konkretisiert – wie auch § 11 – die allgemeine Ausnahmeklausel von § 9.

Bst. a nennt als wohl wichtigsten Anwendungsfall die mögliche Beeinträchtigung der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Mancherorts besteht nämlich die Befürchtung, durch das Öffentlichkeitsprinzip werde die Meinungsbildung in den Behörden behindert und das Kollegialitätsprinzip gestört. Der Entwurf nimmt diese Bedenken ernst, denn es ist legitim, dass eine Behörde ihre Entscheidungen vorbereiten kann, ohne dem Druck der Medien und der öffentlichen Meinung ausgesetzt zu sein. „Die frühzeitige Bekanntgabe bestimmter Positionen

kann je nach den Umständen die öffentliche Auseinandersetzung vorzeitig blockieren: Es ist schwieriger, seine Meinung im Scheinwerferlicht zu ändern⁴⁶. Die Beratungen in der Exekutive, aber auch in den kantonsrätlichen Kommissionen, sind Vertrauenssache; es darf nicht sein, dass mit Blick auf die Öffentlichkeit jedes Wort auf die Goldwaage gelegt werden muss. Die ungestörte Meinungsbildung kann also einem Gesuchsteller oder einer Gesuchstellerin entgegengesetzt werden, soweit nicht ein übergeordnetes Interesse zwingend die Zugänglichkeit erfordert. Eine besonders wirksame Schranke bildet in diesem Zusammenhang § 12 Abs. 1, der bestimmt, dass amtliche Dokumente – neben den Verhandlungsprotokollen auch verwaltungsinterne und – externe Mitberichte, Stellungnahmen, Vernehmlassungen usw. – erst zugänglich gemacht werden dürfen, wenn der Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, getroffen ist. Diese Bestimmung dient nicht bloss der ungestörten Meinungsbildung innerhalb der Behörde; sie tritt auch der Gefahr entgegen, dass Amtsstellen mit unterschiedlichen Meinungen öffentlich gegeneinander ausgespielt werden.

Die Ausnahmeklauseln, in welchen der Zugang beschränkt wird, sind nach herrschender Meinung restriktiv auszulegen; die Beweislast, dass ein Dokument nicht zugänglich sei, obliegt der Behörde. Damit sie eine Ausnahmeklausel zu Recht geltend machen kann, hat die Behörde darzulegen, dass durch die Offenlegung die Möglichkeit einer Beeinträchtigung besteht und dass zudem ein ernsthaftes Risiko besteht, dass diese eintritt („Schadensrisiko“⁴⁷). Vom Öffentlichkeitsprinzip darf nicht abgewichen werden, bloss um Unannehmlichkeiten oder unerwünschte Kritik zu vermeiden. In Zweifelsfällen dürfte es angebracht sein, jeweils *für den Zugang* zu entscheiden.

Die frühzeitige Bekanntgabe eines Projektes kann durchaus zu einer fruchtbaren öffentlichen Diskussion und letztlich zu besseren Lösungen führen. Zurückhaltung kann indessen geboten sein, wenn es sich um komplexe, schwierige Fragen handelt, zu deren Behandlung sich die Behörde die erforderliche Zeit nehmen muss, bevor sie die Allgemeinheit orientiert. Diesbezüglich kommt der angefragten Behörde somit ein gewisser Ermessensspielraum zu. Mit einer aktiven Informationspolitik kann sie im Übrigen dazu beitragen, dass Zugangsgesuche auf Grund des Öffentlichkeitsgesetzes gar nicht erst erforderlich sind.

Bst. b nimmt ein überwiegendes öffentliches Interesse an, wenn durch den Zugang zu bestimmten amtlichen Dokumenten „eine behördliche Massnahme vereitelt würde“. Während Bst. a die Geheimhaltung der behördlichen Tätigkeit *vor dem Entscheid* ermöglicht, will Bst. b dazu beitragen, dass der *Vollzug* des Entscheides ungestört vonstatten gehen kann. Sofern die Bekanntgabe gewisser Informationen dazu führen kann, dass die Durchführung bestimmter Massnahmen ernsthaft gefährdet oder gar verunmöglicht würde, können diese Informationen dem Zugang entzogen werden. Wie dem Begriff „vereitelt“ zu entnehmen ist, ist bei der Anwendung dieser Bestimmung grösste Zurückhaltung angebracht. Zu denken ist etwa an einen Polizeieinsatz, der nur unter strenger Geheimhaltung zum Erfolg führen kann. Kann die Offenlegung dagegen bloss zu einer unbedeutenden Verzögerung führen, dürfte dem Öffentlichkeitsprinzip der Vorrang zukommen.

Bst. c bezweckt, die Position eines Organs in laufenden oder künftigen Verhandlungen zu stärken. Der Sinn dieser Bestimmung – die mit Art. 8 Abs. 4 BGÖ im Wesentlichen übereinstimmt – liegt auf der Hand: Keine Verhandlung kann wirkungsvoll geführt werden, wenn eine Partei gezwungen werden kann, ihre Karten auf den Tisch zu legen, bevor das Ergebnis der Verhand-

⁴⁶ BBI 2003 S. 2007.

⁴⁷ Kommentar zum BGÖ, Rz 4 ff. zu Art. 7

lung feststeht. Sind dagegen die Verhandlungen abgeschlossen, gilt das Öffentlichkeitsprinzip. Zu beachten ist, dass durch diese Bestimmung nicht nur die Positionen in laufenden, sondern auch in bevorstehenden Verhandlungen geschützt werden sollen. Erforderlich ist dabei, dass diese Verhandlungen in absehbarer Zeit stattfinden werden; eine unbestimmte Möglichkeit, dass irgendeinmal derartige Verhandlungen stattfinden könnten, genügt nicht. Bst. c bezieht sich auf alle Arten von Verhandlungen, an denen kantonale oder gemeindliche Organe beteiligt sind, also Verhandlungen mit anderen Kantonen, mit Gemeinden, anderen Körperschaften oder mit Privatpersonen.

Bst. d hat in sehr allgemeiner Form den Schutz der Bevölkerung und der öffentlichen Sicherheit zum Gegenstand. Ähnlich wie zu Bst. b ausgeführt, stehen auch hier polizeiliche Massnahmen im Vordergrund, und das Öffentlichkeitsprinzip darf nur dann eingeschränkt werden, wenn die Sicherheit der Bevölkerung ernsthaft gefährdet ist. In derartigen Fällen dürfte ausserdem der aktiven behördlichen Information vorrangige Bedeutung zukommen und das Öffentlichkeitsprinzip nur in Ausnahmefällen überhaupt eine Rolle spielen.

Ein Vorentwurf wollte den unverhältnismässigen Aufwand, der der Verwaltung durch besonders aufwändige Gesuche entstehen könnte, als überwiegendes öffentliches Interesse zur Einschränkung des Zugangs stipulieren. Eine solche Bestimmung sollte verhindern, dass besonders aufwändige Gesuche die Tätigkeit der Verwaltung erheblich hätten erschweren können. Zu denken wäre etwa an Fälle sehr komplizierter Anonymisierungen oder an die Durchsicht sehr umfangreicher Datenbestände.

Trotz dieser Bedenken wurde auf die Aufnahme einer solchen Ausnahmebestimmung verzichtet. Eine solche Ausnahmeregelung hätte den vom Gesetz geforderten Grundsatz der Transparenz stark verwässern können. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch § 15 Abs. 1, wonach die Behörde über ein Gesuch „möglichst rasch“ zu entscheiden hat. Einige zusätzliche Arbeitsstunden können nicht als „überwiegendes öffentliches Interesse“ einem Zugangsgesuch entgegengesetzt werden.

§ 11 Überwiegende private Interessen

Auch diese Bestimmung konkretisiert – wie § 10 – die allgemein gefasste Ausnahmebestimmung von § 9.

Als private Interessen, die dem Einsichtsrecht entgegenstehen können, nennt § 11 den Schutz der Privatsphäre und das Berufs-, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis. Die Aufzählung ist nicht abschliessend („namentlich“). Eingeschränkt, aufgeschoben, mit Auflagen versehen oder verweigert wird der Zugang insbesondere, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Eingeschränkt wird der Zugang auch bei Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken oder dazu führen könnte, dass einem Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird, also bei Daten, die ein Unternehmen berechtigterweise geheim halten möchte.

Der *Schutz der Privatsphäre* (Schutz der Persönlichkeit) ist ein durch die Verfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention geschütztes Grundrecht; es umfasst den Anspruch jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung, ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs sowie den Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Da-

ten (vgl. Art. 13 BV, Art. 28 ZGB und Art. 8 EMRK).⁴⁸ Bürgerinnen und Bürger müssen sich darauf verlassen können, dass die Behörden keine intimen und schützenswerten Daten öffentlich zugänglich machen; es geht hier um den so genannten Anspruch auf *informationelle Selbstbestimmung*. Auf den Schutz der Privatsphäre können sich – ausser den natürlichen – grundsätzlich auch die juristischen Personen sowie Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit, Vereine und Stiftungen berufen. Für die Auslegung des Begriffs der Privatsphäre kann die Praxis zum Datenschutzgesetz⁴⁹ herangezogen werden.

Als verfassungsmässig geschütztes Grundrecht ist der Schutz der Privatsphäre grundsätzlich höher zu gewichten als das nur auf Gesetzesstufe eingeräumte Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Ausnahmsweise kann jedoch trotz einer möglichen Beeinträchtigung der Privatsphäre oder anderer privater Interessen einer Person der Zugang ermöglicht werden, sofern dies das überwiegende öffentliche Interesse erfordert. In jedem Einzelfall muss abgewogen werden, ob dem Öffentlichkeitsprinzip oder dem Geheimhaltungsinteresse mehr Gewicht zukommt. Wie das Bundesgericht bereits vor längerer Zeit festgestellt hat, darf nur ein besonders gewichtiges Interesse an Informationen höher gewertet werden als der Anspruch auf ein ungestörtes Privatleben⁵⁰.

Als überwiegende private Interessen, die dem Zugang zu amtlichen Dokumenten entgegenstehen können, nennt § 11 neben dem Schutz der Privatsphäre das *Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis*. Diese Begriffe finden sich auch im Privatrecht sowie im Strafrecht (vgl. Art. 162 und 321 StGB⁵¹). Der Grund liegt darin, dass die Verwaltung zahlreiche Informationen über die Geschäftstätigkeit schweizerischer und ausländischer Unternehmen besitzt, die sie aus den unterschiedlichsten Verfahren gewonnen hat. Zu denken ist etwa an Bewilligungsverfahren, Vergabe von öffentlichen Aufträgen, Subventionen, Steuerhebung usw. In diesen Unterlagen finden sich mannigfache Informationen aus dem Geschäftsbereich von Unternehmen, die nicht für Dritte bestimmt sind und an deren Geheimhaltung eine Unternehmung in hohem Masse interessiert sein kann. Geschützt sind im Sinne von § 11 allerdings nicht sämtliche Informationen über die Geschäftstätigkeit, sondern nur wesentliche Daten, die Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können und deren Kenntnis durch die Konkurrenz zu Marktverzerrungen führen könnte. Darunter fallen etwa Informationen über die Betriebsorganisation, über die Kalkulation der Preise, Bezugsquellen, Kundenlisten, Pläne, Rezepte, Verfahren usw.

Auf den Schutz des *Berufsgeheimnisses* können sich insbesondere Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Ärztinnen und Ärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Steuerberaterinnen und Steuerberater, Psychologinnen und Psychologen und ihre Hilfspersonen berufen (vgl. Art. 321 Abs. 1 StGB). Geschützt sind Informationen, die ihnen infolge ihres Berufs anvertraut wurden oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. Der Zweck dieser Bestimmung liegt darin, die Vertraulichkeit der bei der Ausübung der genannten Berufe erlangten Informationen zu wahren und damit das Vertrauen jener Personen, die sich auf die Vertraulichkeit verlassen haben, zu schützen.

Bei der Abwägung der gegensätzlichen Interessen soll sich die Behörde vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz leiten lassen und prüfen, ob das private Interesse tatsächlich eine vollständige Geheimhaltung erfordert, oder ob nicht auch eine weniger weit gehende Massnahme genügt (Anonymisierung, teilweiser oder aufgeschobener Zugang oder Zugang mit bestimmten Aufla-

⁴⁸ Zum Begriff der Privatsphäre vgl. Kommentar zum BGG, Rz 59 ff. zu Art. 7

⁴⁹ BGS 157.1

⁵⁰ BGE 97 II 104 E. 4b

⁵¹ SR 311.0

gen). Zu den öffentlichen Interessen, die den Zugang unter Umständen rechtfertigen können, zählen primär polizeiliche Interessen (öffentliche Sicherheit und Ordnung), ferner aus der Bundesverfassung entnommene öffentliche Interessen, beispielsweise aus den Bereichen des Umweltschutzes, der Raumplanung usw. Als Auslegungshilfe kann die Verordnung zum BGÖ herangezogen werden, wo namentlich ausgeführt wird, dass das öffentliche Interesse überwiegen kann, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient, insbesondere auf Grund wichtiger Vorkommnisse, und wenn die Zugänglichmachung dem Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dient.⁵² Gemessen an den durch das Datenschutzgesetz aufgestellten Regeln wird deutlich, dass der Zugang zu Daten aus der Privatsphäre einer Person nur zulässig sein kann, wenn ein sehr gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Dabei ist nicht nur die momentane Interessenlage zu berücksichtigen, sondern es sind auch die möglichen Konsequenzen zu bedenken, die sich für die Drittperson durch die Veröffentlichung ihrer Daten ergeben können.

Bei Personen, die in der Öffentlichkeit stehen, sind Daten, die sich auf das Wirken dieser Personen in der Öffentlichkeit beziehen, dem Öffentlichkeitsprinzip eher zugänglich. Soweit sich Daten nicht auf ihr öffentliches Leben beziehen, genießen auch diese Personen den Schutz der Privatsphäre. Bei besonders schützenswerten Daten sind die Regeln des Datenschutzgesetzes⁵³ als Richtschnur heranzuziehen. Besonders schützenswert sind alle Angaben über die religiösen, weltanschaulichen, politischen, berufspolitischen Ansichten oder Tätigkeiten, die Intimsphäre, die Gesundheit, die ethnische Zugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe, administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Gleiches gilt für die so genannten Persönlichkeitsprofile⁵⁴. Besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile dürfen nur bearbeitet werden, wenn es ein formelles Gesetz ausdrücklich vorsieht⁵⁵, es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat⁵⁶.

§ 12 Besondere Fälle

Abs. 1 stimmt mit Art. 8 Abs. 2 BGÖ überein: Amtliche Dokumente – darunter insbesondere auch Mitberichte und Anträge der Direktionen an den Regierungsrat – dürfen erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, getroffen ist. Bis zum Entscheid ist die Geheimhaltung absolut; der Zugang darf nicht gewährt werden. Nach dem Entscheid gilt für die betreffenden Dokumente das Öffentlichkeitsprinzip. Anders als der Bund kennt der Entwurf keine Möglichkeit, die Dauer der Geheimhaltung über den Zeitpunkt des Entscheides hinaus zu verlängern.

Ist der Entscheid gefällt, dürfen die amtlichen Dokumente, für den sie die Grundlage bildeten, zugänglich gemacht werden. Die Zugänglichkeit ist jedoch keine absolute; vielmehr kann auch nach dem Entscheid der Zugang im Sinne von § 9 eingeschränkt werden, wenn überwiegende öffentliche (§ 10) oder private (§ 11) Interessen entgegenstehen.

⁵² Art. 6 Abs. 2 VBGÖ (SR 152.31)

⁵³ BGS 157.1 (§ 5 Abs. 2)

⁵⁴ Datenschutzgesetz (BGS 157.1) § 2 Bst. b

⁵⁵ vgl. z.B. § 16 Abs. 1 EG BZG, Bereich Zivilschutz, für die Bearbeitung der Daten für die Zuweisungsplanung im Zivilschutz

⁵⁶ Datenschutzgesetz (BGS 157.1) § 5 Abs. 2

Abs. 1 gilt für die amtlichen Dokumente aller Behörden, die gemäss § 2 dem Geltungsbereich des Gesetzes unterstehen, also auch für Dokumente, welche die Grundlage für Entscheide des Regierungsrates und der kantonsrätlichen Kommissionen bildeten. Diese Lösung erlaubt eine ungestörte, von der Öffentlichkeit und den Medien unbeeinflusste Meinungs- und Willensbildung und respektiert das Kollegialitätsprinzip, kommt aber auch dem Bedürfnis nach Transparenz weitgehend entgegen. Als wichtig wird insbesondere angesehen, dass auf diese Weise die Erläuterungen zu regierungsrätlichen Verordnungen, die vielfach als Auslegungshilfen dienen, eingesehen werden können, sobald der Regierungsrat entschieden hat.

Selbstverständlich steht es jeder Behörde frei, die Öffentlichkeit von sich aus („aktiv“) bereits vor dem Entscheid über ihre Arbeit zu informieren, wenn sie das im konkreten Fall für angebracht hält, etwa um wahrheitswidrige Darstellungen richtig zu stellen. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt ausschliesslich das subjektive Recht der Privatpersonen auf Zugang und nicht die behördliche Informationstätigkeit.

Abs. 2 schliesst den Zugang aus für Dokumente, die der Behörde von Dritten unter Zusicherung der Vertraulichkeit eingereicht worden sind. Diese Bestimmung ist ein Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben; die betreffenden Dokumente unterstehen in jedem Fall der Geheimhaltung, und eine Interessenabwägung findet nicht statt. Der Zugang kann einzig im Einverständnis mit dem Dritten, der die Dokumente der Behörde zur Verfügung gestellt hat, ermöglicht werden.

7.3. 3. Abschnitt: Verfahren

§ 13 Gesuch

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten setzt voraus, dass der Behörde ein *Gesuch* gestellt wird. Das Gesuch ist schriftlich einzureichen und an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die dem Gesetz nicht unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Gesuche um Zugang zu einem Mitbericht sind nach diesem Wortlaut bei jenem Organ einzureichen, das den Bericht verfasst hat, und nicht bei einer oberen Behörde. Eine Behörde, die lediglich eine Kopie erhalten hat, darf nicht über ein Gesuch entscheiden. Bezüglich Formerfordernisse verlangt das Verfahren Schriftlichkeit und eine hinreichend genaue Formulierung. Das Gesuch braucht nicht begründet zu werden.

Innerhalb der zuständigen Behörde ist die Zuständigkeit zur Behandlung der Gesuche am besten dort anzusiedeln, wo die Sachbearbeitung erfolgt. Belässt man den Entscheid auf möglichst tiefer Hierarchiestufe und bei der in der Sache zuständigen Stelle, trägt dies – wie z.B. die Erfahrungen aus dem Kanton Bern belegen – zu einem unkomplizierten, sachgerechten und raschen Verfahrensablauf bei, bei dem sich zudem die Belastung der Verwaltung in Grenzen hält.

Weil das Öffentlichkeitsprinzip jeder Person das voraussetzungslose, durchsetzbare Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, über welche die Verwaltung verfügt und die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (vgl. § 7), braucht eine Person, die vom Zugangsrecht Gebrauch machen will, kein besonderes Interesse nachzuweisen und ihr Gesuch auch nicht zu begründen. Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller müsste die Identität an sich nicht preisgeben. Wegen der verlangten Schriftform wird die gesuchstellende Person wohl einen Absender aufführen, damit die Behörde mit ihr in Kontakt treten kann. Das Recht auf Zugang steht jeder Person zu. Es besteht deshalb auch kein Anlass, die *Identität* der oder des

Gesuchstellenden zu überprüfen. Ausnahmen sind indessen denkbar; so kann aus Sicherheitsgründen für den Zutritt zu einem Verwaltungsgebäude ein Ausweis verlangt werden⁵⁷. Damit das gewünschte Dokument überhaupt ausfindig gemacht werden kann, muss das Gesuch „hinreichend genau formuliert“ sein. Das bedeutet, dass es sich auf einen konkreten Fall beziehen und möglichst genaue Angaben zur Identifikation des verlangten Dokuments enthalten muss. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich jedoch, dass von der gesuchstellenden Person nicht mehr Angaben verlangt werden dürfen, als für die Behandlung des Gesuchs unabdingbar ist; die geforderten Angaben müssen zudem unter zumutbarem Aufwand beigebracht werden können; überspitzter Formalismus ist verboten. Die Behörde kann jedoch verlangen, dass das Gesuch in einer Sprache abgefasst ist, die ihr geläufig ist, also regelmässig in Deutsch. Auch die Erledigung des Verfahrens erfolgt – analog zu § 7 GOG⁵⁸ – in deutscher Sprache.

Die Behörde ist verpflichtet, bei der Identifikation der verlangten Dokumente mitzuwirken (Abs. 2). Ist das nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich, kann das Gesuch allenfalls unter Berufung auf § 10 Bst. e abgelehnt werden.

Wird ein Gesuch an eine unzuständige Behörde gerichtet, so ist dieses gemäss dem allgemein gültigen Prinzip von Amtes wegen an die zuständige Stelle weiterzuleiten (vgl. § 7 Abs. 1 VRG⁵⁹). Auch nach der Archivierung richtet sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz (§ 16). Für die Behandlung der Gesuche ist innerhalb der im Archivgesetz festgelegten Schutzfrist das Organ zuständig, welches die Dokumente zur Archivierung abgeliefert hat; es holt vor seinem Entscheid die Stellungnahme der Archivverantwortlichen ein. Nach Ablauf der Schutzfrist gilt das Archivgesetz⁶⁰.

Damit die Identifikation eines Dokuments ohne grössere Probleme möglich ist, muss die Akten- und Schriftgutverwaltung – wie das § 5 Archivgesetz⁶¹ vorschreibt – gut organisiert sein. Bezüglich der systematischen Verwaltung der Unterlagen erlassen Regierungsrat und Gemeinderäte die erforderlichen Vorschriften⁶². Eine regierungsrätliche Verordnung über die Aktenführung steht seit dem 1. Juni 2012 in Kraft (erlassen am 20. März 2012; BGS 152.42). Das Dokumentenmanagement muss sowohl in der kantonalen Verwaltung als auch in den Gemeinden so angepasst werden, dass der Vollzug des Öffentlichkeitsgesetzes gewährleistet werden kann. Erforderlich sind Massnahmen, welche die Bearbeitungszeit senken und die Abläufe rationalisieren, was sich letztlich für die Verwaltung ganz allgemein positiv und kostensparend auswirken wird. Das Staatsarchiv stellt dafür sein archivisches Wissen zur Verfügung und berät die kantonalen wie die gemeindlichen Stellen hinsichtlich Organisation, Aufbewahrung, Sicherung und Informatisierung der Dokumentenbestände⁶³.

⁵⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 3 VBGÖ (SR 152.31)

⁵⁸ BGS 161.1

⁵¹ BGS 162.1

⁶⁰ BGS 152.4

⁶¹ BGS 152.4

⁶² Vgl. § 5 Archivgesetz (BGS 152.4)

⁶³ Vgl. § 5 Abs. 3 und § 19 Abs. 1 Bst. b und c Archivgesetz (BGS 152.4)

§ 14 Schutz von Personendaten Dritter

Während sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die persönliche Daten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers enthalten, nach dem Datenschutzgesetz⁶⁴ richtet (§ 4 Abs. 2), befasst sich § 14 mit dem Zugang zu amtlichen Daten, die Personendaten *Dritter* enthalten. Der Begriff der Personendaten ist umfassend; er schliesst sowohl besonders schützenswerte Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes⁶⁵ als auch andere, nicht unter diese Kategorie fallende Personendaten ein.

Der Schutz erfolgt nach folgenden Regeln: Zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten Dritter enthalten, in Betracht, so hat sie diese vor der Einsichtnahme nach Möglichkeit zu anonymisieren oder zu eliminieren (Abs. 1). Ob eine Anonymisierung überhaupt möglich und wie sie vorzunehmen ist, muss im Einzelfall geprüft werden; Hinweise zum konkreten Vorgehen könnten in die vorgesehenen Checklisten aufgenommen werden. Zu eliminieren oder zu anonymisieren sind alle Angaben über die religiösen, weltanschaulichen, politischen, berufspolitischen Ansichten oder Tätigkeiten, die Intimsphäre, die Gesundheit, die ethnische Zugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe, administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Das gleiche gilt für Persönlichkeitsprofile, aber auch für Personendaten, die nicht unter die genannten Kategorien fallen. Enthalten die betreffenden Dokumente sowohl Personendaten Dritter als auch Personendaten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers, sind nach Wortlaut und Sinn des § 14 nur die Personendaten der Drittpersonen zu eliminieren oder zu anonymisieren. Interessiert sich die gesuchstellende Person nur für die eigenen Personendaten, ist es ihr unbenommen, ausser dem Zugangsgesuch nach Öffentlichkeitsgesetz auch ein Gesuch um Auskunft und Einsicht nach dem Datenschutzgesetz zu stellen.⁶⁶

Personendaten Dritter sind aus Gründen der Verfahrensökonomie nur dann zu eliminieren oder zu anonymisieren, wenn die Behörde die Gewährung des Zugangs *in Betracht zieht*, nicht aber wenn sie beabsichtigt, das Gesuch – insbesondere wegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen – abzulehnen.

Ist es nicht möglich, die Personendaten zu eliminieren oder zu anonymisieren und zieht die Behörde dennoch die Gewährung des Zugangs in Betracht, sind die betroffenen Personen anzuhören. Der Zugang wird grundsätzlich nur bewilligt, wenn die betroffene Person der Bekanntgabe der Daten zustimmt oder diese einem breiteren Kreis zugänglich gemacht hat. Verweigert sie den Zugang oder muss die Verweigerung der Zustimmung vermutet werden oder ist das Einholen der Zustimmung mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden, lehnt die Behörde das Gesuch durch formelle Verfügung ab (Abs. 2; vgl. auch § 15 Abs. 3).

Ausnahmsweise kann der Zugang trotz fehlender Zustimmung der betroffenen Drittperson bewilligt werden, wenn dies im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt (Abs. 3). Nachdem die Privatsphäre Verfassungsschutz genießt, darf diese Ausnahmeklausel nur zum Zuge kommen, wenn das öffentliche Interesse an den betreffenden Informationen tatsächlich eindeutig überwiegt; die bundesrätliche Botschaft zum BGÖ nennt als Beispiel Korruptionsfälle in der Verwaltung⁶⁷. Die Behörde hat ihren Entscheid sowohl der gesuchstellenden als auch der angehörten Person zu eröffnen.

⁶⁴ BGS 157.1

⁶⁵ § 2 Bst. b Datenschutzgesetz (BGS 157.1)

⁶⁶ BGS 157.1, § 13

⁶⁷ BBI 2003 S. 2013

Der Entscheid der Behörde kann nach den Regeln des Verwaltungsrechtspflegegesetzes⁶⁸ angefochten werden (§ 15 Abs. 3).

§ 15 Entscheid

Der Entwurf sieht vor, dass der Entscheid über ein Zulassungsgesuch in strittigen Fällen nach den bewährten Regeln des Verwaltungsverfahrens gefällt wird. Dieses Verfahren ist den Behörden und den Parteien geläufig und durchaus geeignet, strittige Zugangsgesuche zu amtlichen Dokumenten zu entscheiden; es gewährleistet auch eine unabhängige Interessenabwägung. Zudem bestehen klare Verfahrensregeln, insbesondere betreffend Fristen, rechtliches Gehör, Legitimation usw.

In *nicht streitigen Verfahren* entscheidet die Behörde ohne formelle Verfügung; in einfachen und klaren Fällen kann sie den Zugang auch mündlich bewilligen.

§ 15 begnügt sich im Wesentlichen mit einem Verweis auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG)⁶⁹; ausserdem wird die Behörde nur noch verpflichtet, „möglichst rasch“ zu entscheiden (Abs. 1). Auf die Ansetzung einer Frist, innert welcher der Entscheid zu fällen ist, wird – anders als im BGÖ⁷⁰ – verzichtet. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, im Verfahren um den Zugang zu amtlichen Dokumenten strengere Regeln aufzustellen als im ordentlichen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren. Die Verweisung auf die Regeln des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (§ 15 Abs. 3 letzter Satz) ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil für das Entscheidungsverfahren in strittigen Fällen und den allfälligen Weiterzug an das Verwaltungsgericht auch die ordentlichen Bestimmungen über die *Kosten* (§§ 22 ff. VRG) anwendbar sind, während das eigentliche Zulassungsverfahren in der Regel kostenlos ist (§ 17 Abs. 1).

Mit diesem Konzept unterscheidet sich der Entwurf von den Lösungen des Bundes und verschiedener Kantone, die in strittigen Fällen ein dem ordentlichen Verwaltungsverfahren vorgelegertes Schlichtungsverfahren kennen. Danach kann eine Person einen Schlichtungsantrag stellen, wenn ihr der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wurde oder wenn die Behörde gegen ihren Willen den Zugang gewähren will. Der Schlichtungsantrag ist einer besonderen Schlichtungsstelle – meistens dem Datenschutzorgan, im Bund dem eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten – einzureichen. Kommt eine Schlichtung zustande, gilt das Verfahren als abgeschlossen. Kommt es nicht zu einer Schlichtung, gibt die Schlichtungsstelle den Beteiligten eine Empfehlung ab. Diese können innert einer bestimmten Frist eine Verfügung verlangen. Eine Verfügung wird ausserdem erlassen, wenn die Behörde in Abweichung von der Empfehlung das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will oder den Zugang zu einem amtlichen Dokument, das Personendaten Dritter enthält, gewähren will. Die Verfügung kann nach den Regeln des ordentlichen Verwaltungsverfahrensrechts weitergezogen werden.

Auch die Kantone Bern, Zürich und Neuenburg verzichten – wie der vorliegende Entwurf – auf ein Schlichtungsverfahren. Den Hauptgrund dafür formuliert der Regierungsrat des Kantons Zürich wie folgt: „Es können keine gewichtigen Vorteile in einem vorgelagerten Schlichtungsverfahren ausgemacht werden, weshalb der Gesetzesentwurf für den Streitfall ein Verfahren vor-

⁶⁸ BGS 162.1

⁶⁹ BGS 162.1

⁷⁰ Art. 15 Abs. 3: 20 Tage

sieht, das direkt in einer anfechtbaren Verfügung mündet⁷¹. In der Tat birgt das Schlichtungsverfahren gewichtige Nachteile. Was besonders ins Gewicht fällt, ist die zeitliche Verzögerung, zumal wenn der Schlichtungsversuch scheitert und anschliessend auch noch das ordentliche Verwaltungsverfahren Platz greift. Im Evaluationsbericht zum BGÖ vom 24. April 2009 – drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes – wird denn auch bestätigt, dass es wegen des Schlichtungsverfahrens „zu erheblichen Verzögerungen im Verfahren kommt“⁷². Im Interesse eines möglichst einfachen Ablaufs, kurzer Fristen und unkomplizierter Rechtsanwendung sieht der Entwurf in § 15 Abs. 2 deshalb ein Verfahren vor, das in strittigen Fällen ohne vorgelagertes Schlichtungsverfahren mit einem gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG)⁷³ gefällten Entscheid der Behörde endet, der in der Regel an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann; einzig die Verfügungen des Obergerichts sind endgültig. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen daran zu erinnern, dass – gewissermassen als Ersatz für ein formalisiertes Schlichtungsverfahren – jederzeit der Weg an die Ombudsstelle offen steht.

Ohne ausdrücklich erwähnt zu werden, ist auf die besonderen Bedürfnisse der Medien Rücksicht zu nehmen. Dem Aktualitätsbedürfnis der Medien soll durch beschleunigte Behandlung der Gesuche „nach Möglichkeit“ Rechnung getragen werden⁷⁴. Die zeitliche Bevorzugung der Medien lässt sich angesichts ihrer Funktion als Verbindung zwischen dem Gemeinwesen und der Bevölkerung und der zeitlichen Dringlichkeit der Berichterstattung auch vor dem Gebot der Rechtsgleichheit ohne Weiteres rechtfertigen, zumal die übrigen gesuchstellenden Personen dadurch in ihrem Zugangsrecht nicht eingeschränkt werden. Umgekehrt sind die Medien gehalten, bei ihren Anfragen auf die Möglichkeiten der Verwaltung Rücksicht zu nehmen

§ 16 Archivierte Akten

Das Öffentlichkeitsprinzip gewährt jeder Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über den Inhalt dieser Dokumente zu erhalten (§ 7). Dieses Zugangsrecht besteht ohne zeitliche Befristung; es gilt unverändert weiter, auch wenn ein amtliches Dokument dem Archiv übergeben wurde und sich damit nicht mehr im Herrschaftsbe- reich der Behörde befindet, die das Dokument erstellt oder als Hauptadressatin von Dritten, die diesem Gesetz nicht unterstehen, erhalten hat (§ 13 Abs. 1). Das Öffentlichkeitsprinzip kann nur dann seine volle Wirkung entfalten, wenn es auch für amtliche Dokumente gilt, die sich im Archiv befinden. Mit der Ablieferung an das Archiv geht zwar die Herrschaft über das abgelieferte Material auf das Archiv über, doch hat dies grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Status der abgelieferten Dokumente. So bleiben gemäss § 11 Abs. 2 des Archivgesetzes Unterlagen, die vor ihrer Ablieferung an das Archiv öffentlich zugänglich waren, dies auch weiterhin.

Aus der Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips ist der Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten denselben Regeln zu unterstellen wie der Zugang zu nicht archivierten Dokumenten. Art. 16 Abs. 1 sieht in diesem Sinne vor, dass sich der Zugang auch nach der Archivierung nach dem Öffentlichkeitsgesetz richtet. Diese Regelung – die als sinnvolle Fortschreibung des geltenden Rechts gelten darf – kennen übrigens auch verschiedene andere Kantone⁷⁵. Eine analoge Bestimmung ist gemäss § 19 ins Archivgesetz aufzunehmen (als neuer § 14a). Damit

⁷¹ Zitiert in *Kurt Nuspliger*, Das Öffentlichkeitsprinzip in den Kantonen, FN 72

⁷² Evaluationsbericht des idheap (Institut de hautes études en administration publique) vom 24. April 2009, Zusammenfassung S. 4

⁷³ BGS 162.1

⁷⁴ Vgl. Art. 9 VBGÖ (SR 152.31)

⁷⁵ z.B. BE, SZ, FR

soll vermieden werden, dass sich mit der Aufbewahrung im Archiv der Zugang zu den amtlichen Dokumenten verschlechtert. Ohne diese Bestimmung würde ein Zugangsgesuch unterschiedlichen Voraussetzungen zu genügen haben, je nachdem ob ein amtliches Dokument bereits archiviert ist oder nicht. Während das Archivgesetz die Gewährung der Einsicht als „Kann“- Bestimmung formuliert (§ 17 Abs. 1), für den Zugang ein schriftliches Gesuch verlangt und die Auskunft und Einsichtnahme davon abhängig macht, dass ein wichtiger Grund vorliegt (§ 17 Abs. 2), ist das Zugangsgesuch nach dem Öffentlichkeitsgesetz keiner besonderen Form unterworfen; die Behörde *muss* den Zugang bewilligen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, und insbesondere darf die Einsicht nicht vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht werden. Vor allem aus dem Blickwinkel der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers wäre es stossend, wenn ein Zugangsgesuch nach anderen Kriterien beurteilt würde, je nachdem ob das betreffende amtliche Dokument archiviert ist oder nicht. Wer ein Zugangsgesuch stellt, weiss in der Regel nicht, ob ein bestimmtes amtliches Dokument bereits archiviert ist. Für die gesuchstellende Person dürfte das normalerweise auch nicht von Belang sein, geht es ihr doch um nichts anderes als um den Zugang zu einem bestimmten amtlichen Dokument; dessen Standort spielt keine Rolle. Für die in § 16 getroffene Lösung spricht schliesslich auch der Umstand, dass der Zeitpunkt, in welchem amtliche Dokumente dem Archiv übergeben werden, nicht feststeht; § 7 Archivgesetz⁷⁶ bestimmt einzig, dass die archivwürdigen Unterlagen dem Archiv abzuliefern sind (Abs. 1) und dass das Archiv mit den abliefernden Organen die Periodizität der Ablieferungen festlegt (Abs. 2).

Das Archivgesetz regelt allerdings nicht nur die Einsicht in amtliche Dokumente, sondern in das gesamte Archivgut. Soweit es sich nicht um amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes, sondern um das übrige Archivgut handelt, spricht nichts dagegen, die §§ 15 -17 des Archivgesetzes weiterhin unverändert anzuwenden. Die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes beschränkt sich deshalb nach Wortlaut und Sinn von § 16 Abs.1 auf den Zugang zu archivierten *amtlichen Dokumenten*. Ob es sich im konkreten Einzelfall tatsächlich um ein amtliches Dokument oder um eine andere Unterlage handelt, ist allenfalls zwischen den Verantwortlichen des Archivs und der sachlich zuständigen Behörde zu klären.

§ 16 Abs. 2 legt schliesslich die Zuständigkeiten fest, die für die Behandlung von Gesuchen um Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten gelten, wobei die getroffene Lösung einen Kompromiss darstellt: Für einen beschränkten Zeitraum – die im Archivgesetz festgelegte Schutzfrist⁷⁷ – bleibt die Behörde zuständig, die das Dokument an das Archiv abgeliefert hat; sie konsultiert vor ihrem Entscheid die Archivverantwortlichen⁷⁸. Diese Regelung berücksichtigt einerseits die Sachkompetenz der abliefernden Behörde; denn es geht nicht darum, ein Zugangsgesuch nach archivarischen und historischen Kriterien zu prüfen, sondern nach den juristischen Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes. Andererseits werden auch die Interessen des Archivs berücksichtigt, in dessen Obhut sich die Dokumente befinden. Mit seiner Stellungnahme kann das Archiv im Übrigen dazu beitragen, dass sich eine gewisse „*unité de doctrine*“ bei der Behandlung von Zugangsgesuchen mit ähnlichen Fallkonstellationen entwickeln kann. Nach Ablauf der Schutzfrist gilt das Archivgesetz⁷⁹.

Es ist nicht zu übersehen, dass Gesuche um Zugang zu weiter zurückliegenden Dokumenten für das Archiv mit grösserem Aufwand verbunden sein können. Das Archiv wird sich deshalb im konkreten Fall darauf beschränken dürfen, die fraglichen Dossiers bereit zu stellen, während

⁷⁶ BGS 152.4

⁷⁷ § 11 f. Archivgesetz; BGS 152.4

⁷⁸ Analoge Regelung z.B. BE, FR, SO

⁷⁹ BGS 152.4

die Auswahl des richtigen Dokuments, das Erstellen von Kopien, Anonymisierungen, der Erlass von Verfügungen usw. Sache der Behörde ist, welche die Akten dem Archiv abgeliefert hat.

§ 17 Kosten

Der Bund sieht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten „in der Regel“ eine Gebühr vor, relativiert aber diese Gebührenpflicht durch umfangreiche Ausnahmen. So werden keine Gebühren erhoben, wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen geringen Aufwand erfordert, ferner für das Schlichtungsverfahren und für das Verfahren auf Erlass einer Verfügung⁸⁰. Angesichts dieses erheblichen Ausnahmekatalogs hätte es rechtstechnisch näher gelegen, im BGÖ den Grundsatz der *Gebührenfreiheit mit Ausnahmetatbeständen* für die Gebührenerhebung festzulegen⁸¹. In diesem Sinne legt § 17 fest, dass das Zugangsverfahren in der Regel kostenlos ist, dass aber, wenn die Behandlung eines Gesuchs mit erheblichem Aufwand – z.B. wegen der Erstellung von Kopien – verbunden ist, kostendeckende Gebühren erhoben werden können. Aus § 17 wird deutlich, dass die Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips – Transparenz zu schaffen – nicht mit einer unangemessenen Kostenregelung unterlaufen werden soll. Ist die Behandlung eines Gesuchs mit erheblichem Aufwand verbunden, können jedoch kostendeckende Gebühren erhoben werden. Eine analoge Regelung kennt auch das Archivgesetz⁸², während das Datenschutzgesetz die Auskunft und Einsicht durch die betroffenen Personen ohne Ausnahme als kostenlos bezeichnet und nur für die Erstellung von Kopien und schriftlich erteilte Auskünfte die Möglichkeit der Gebührenerhebung vorsieht⁸³. Die grundsätzliche Gebührenfreiheit liegt auch deshalb nahe, weil nach den Erfahrungen im Bund und in verschiedenen Kantonen – insbesondere Bern und Zürich – der Mehraufwand für die Verwaltung durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips sehr bescheiden geblieben ist. Entsteht der Behörde ein erheblicher Aufwand im Sinne von § 17 Abs. 1 allein dadurch, dass – entgegen § 5 des Archivgesetzes⁸⁴ – keine systematische Aktenverwaltung besteht, dürfen der gesuchstellenden Person keine kostendeckenden Gebühren auferlegt werden. „Eine Gebührenprämierung administrativer Nachlässigkeiten ist zu vermeiden“⁸⁵.

Bestreitet der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin die Gebührenrechnung, kann von der zuständigen Behörde eine anfechtbare Verfügung verlangt werden.

Nach dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 beschränkt sich die Gebührenfreiheit auf das eigentliche *Zugangsverfahren*. Hat die Behörde jedoch im Sinne von § 15 Abs. 2 – also in strittigen Fällen – eine Verfügung zu erlassen, gilt das Verwaltungsrechtspflegegesetz⁸⁶ einschliesslich dessen Bestimmungen über die Kosten (§§ 22 ff.). Gleiches gilt für ein allfälliges Verfahren vor Verwaltungsgericht.

§ 17 Abs. 2 sieht schliesslich vor, dass die Behörde die gesuchstellende Person vorgängig zu orientieren hat, wenn sie beabsichtigt, wegen besonderen Aufwands eine Gebühr zu erheben. Dadurch soll der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin in die Lage versetzt werden, das Gesuch allenfalls zurückzuziehen.

⁸⁰ Art. 17 BGÖ

⁸¹ Kommentar zum BGÖ, Rz 5 zu Art. 17

⁸² § 10 Abs. 1

⁸³ § 17

⁸⁴ BGS 152.4

⁸⁵ Kommentar zum BGÖ, Rz 34 zu Art. 17

⁸⁶ GS 162.1

7.4. 4. Abschnitt: Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 18 Übergangsbestimmung

Entgegen der ursprünglichen Absicht, den Zugang auf alle, auch früher abgeschlossene amtliche Dokumente zu gewähren, hat sich der Regierungsrat nochmals intensiv mit dieser Frage auseinandergesetzt. Während er im Antrag zur Erheblicherklärung der Motion Schleiss / Villiger noch davon ausging, das Öffentlichkeitsprinzip auch auf amtliche Dokumente anzuwenden, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, kommt er nun zum Schluss, es sei für alle Beteiligten klarer, wenn der Zugang zu den amtlichen Dokumenten ab Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes gelte. Damit schliesst er sich der Formulierung von Art. 23 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 an (SR 152.3).

Allerdings bringt er gleich einen Vorbehalt gemäss Abs. 2 an. Danach werden mit dem Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip alle amtlichen Dokumente, die für das Verständnis und die Auslegung von allgemeinverbindlichen Erlassen – als auch solchen, die bereits in Kraft stehen, als zugänglich erklärt. Diese Formulierung vereinfacht es, Anfragen zu Gesetzgebungsprojekten, die z.B. bei der Staatskanzlei eingehen, umgehend zu beantworten. Die Gesetzgebung im Kanton Zug hat einen Stellenwert erreicht, der sich auch im Vergleich mit andern Kantonen sehen lassen kann. Anfragen kommen oft von anderen Kantonen, die sich für die gesetzgeberische Lösung im Kanton Zug interessieren.

§ 19 Änderung bisherigen Rechts

Das Archivgesetz soll durch einen § 14a ergänzt werden, der die Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes auch für den Zugang zu archivierten amtlichen Dokumenten anwendbar erklärt. Die Gründe für diese Ergänzung werden oben im Zusammenhang mit § 16 erläutert.

§ 20 Inkrafttreten

Das Gesetz soll nach unbenützter Referendumsfrist oder nach der Volksabstimmung am Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft treten. Eine Verordnung erscheint nicht als notwendig. Damit gilt das Öffentlichkeitsprinzip für alle amtlichen Dokumente, die nach dem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden.

8. Kostenfolgen

Nach den bisherigen Erfahrungen im Bund und in jenen Kantonen, die das Öffentlichkeitsprinzip bereits eingeführt haben – insbesondere in den Kantonen Bern und Zürich, wo bereits Evaluationen durchgeführt wurden – wurde der Wechsel vom Geheimhaltungs- zum Öffentlichkeitsprinzip vollzogen, ohne dass nennenswerte Probleme aufgetreten wären. Die Zahl der Zulassungsgesuche blieb überall unter den Erwartungen, und die Mehrbelastung der Verwaltung hielt sich in engen Grenzen. Als zweckmässig erwies sich insbesondere, dass die Dienststellen, die an der Front tätig sind, in eigener Kompetenz und formlos über die Gesuche entscheiden können. Dementsprechend fallen auch die durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips entstandenen Kosten kaum ins Gewicht. Wie der Bericht über die Evaluation des BGÖ betont, blieben „sowohl die für die Umsetzung getätigten Investitionen wie auch die jährlichen Kosten

der Gesuchsbehandlungen sehr bescheiden⁸⁷. Es ist kaum anzunehmen, dass sich die Situation im Kanton Zug anders entwickeln wird. Zwar wird sowohl auf die kantonale als auch auf die gemeindlichen Verwaltungen eine gewisse Mehrarbeit zukommen; diese dürfte aber mit den vorhandenen Ressourcen und ohne spürbare Kostenfolgen zu bewältigen sein. Bei dieser Situation lässt es sich ohne weiteres rechtfertigen, auf ein eigentliches Evaluationsverfahren zu verzichten. Ausserdem hat es die Verwaltung in der Hand, durch eine gut organisierte Aktenablage das Auffinden der Dokumente zu erleichtern und damit die Bearbeitungskosten niedrig zu halten, und schliesslich können bei grossem Aufwand oder bei querulatorischen Nachfragen Gebühren verlangt werden.

9. Zeitplan

5. November 2012	Ablauf der Vernehmlassungsfrist
29. Januar 2013	RR zweite Lesung
28. Februar 2013	Kantonsrat, Kommissionsbestellung
März / April 2013	Kommissionssitzung(en)
Ende Mai 2012	Kommissionsbericht
27. Juni 2013	Kantonsrat, 1. Lesung
29. August 2013	Kantonsrat, 2. Lesung
6. September 2013	Publikation Amtsblatt
5. November 2013	Ablauf Referendumsfrist
18. Mai 2014	Allfällige Volksabstimmung
Inkrafttreten am Tage nach der Publikation im Amtsblatt	

10. Anträge

Gestützt auf diesen Bericht stellen wir folgende Anträge:

9.1. Auf die Vorlage Nr. xxxx - xxxxx sei einzutreten und ihr zuzustimmen.

9.2. Die Motion von Stephan Schleiss und Werner Villiger betreffend Einführung des Öffentlichkeitsprinzips vom 21. Juli 2008 (Vorlage Nr. 1711.1 - 12813) sei als erledigt abzuschreiben.

Zug,

Mit vorzüglicher Hochachtung
Regierungsrat des Kantons Zug

Der Landammann: Matthias Michel

Der Landschreiber: Tobias Moser

⁸⁷ Evaluationsbericht des idheap (Institut de hautes études en administration publique) vom 24. April 2009, Zusammenfassung, S. 3

300/