



11.03.2011 / GUY / BD

## **Änderung der Öffentlichkeitsverordnung<sup>1</sup> Kommentar der neuen Bestimmungen**

### **Artikel 12a      Schlichtungsanträge, die eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordern**

#### **Absatz 1**

In der geltenden Gesetzgebung zum Öffentlichkeitsprinzip verfügt die oder der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragte/r) über eine Frist von 30 Tagen ab Empfang des Schlichtungsantrags, um eine Einigung herbeizuführen oder eine Empfehlung abzugeben (Art. 14 BGÖ). Weder das Gesetz noch die Verordnung erlauben eine Verlängerung dieser Frist. Der Bundesrat kann indessen "für Gesuche, die eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordern, längere Bearbeitungsfristen vorsehen" (Art. 10 Abs. 4 Bst. c BGÖ). Es handelt sich dabei um eine Delegation primärer Gesetzgebungskompetenz, die es dem Bundesrat erlaubt, die Behandlung von Anträgen, die einen besonders hohen Aufwand verursachen, in einem beliebigen Zeitpunkt des Verfahrens zwischen dem Einsichtsgesuch und dem Entscheid zu verlängern. Der Bundesrat hat im Übrigen von dieser Möglichkeit im Stadium des Gesuchs mit Artikel 10 VBGÖ bereits Gebrauch gemacht. Eine "besonders aufwändige Bearbeitung" liegt vor, "wenn die Behörde das Gesuch mit ihren verfügbaren Ressourcen nicht behandeln kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt wird" (Art. 10 Abs. 1 VBGÖ). Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, dürfen die Gesuche innert angemessener Frist bearbeitet werden (Art. 10 Abs. 2 VBGÖ).

Die oder der Beauftragte kann ebenso wie die Behörde ausser Stande sein, die Frist von 30 Tagen, die ihm für die Schlichtung oder für eine Empfehlung zustehen, zu respektieren. Auch er kann mit Schlichtungsanträgen konfrontiert werden, die eine besonders aufwändige Bearbeitung verursachen. Die Erfahrungen seit dem Inkrafttreten des BGÖ am 1. Juli 2006 zeigen, dass ein grosser Teil der zusätzlichen Schlichtungstätigkeit meist entweder auf die Zahl oder die Komplexität der betroffenen Dokumente oder auf die heiklen juristischen, technischen oder politischen Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Gesuch stellten, zurückzuführen waren. Die Formulierung "insbesondere" bedeutet, dass es sich hier um keine abschliessende Aufzählung handelt.

Die Zahl oder die Kompliziertheit der zu behandelnden Dokumente genügt, um die Frist, welche der Behörde für ihre Stellungnahme zusteht, um 20 Tagen zu verlängern (Art. 12 Abs. 2 BGÖ). Es rechtfertigt sich deshalb, für die oder den Beauftragten eine analoge Bestimmung einzuführen (Art. 12a Abs. 1 Bst. a VBGÖ). Im Übrigen stellen sich bei gewissen Gesuchen schwierige Fragen juristischer, technischer oder politischer Art, die ebenfalls eine Verlängerung dieser Frist rechtfertigen können. Laut Art. 7 bis 9 BGÖ kann die Behörde den Zugang zu Dokumenten einschränken, aufschieben oder verweigern, wenn durch seine Gewährung

---

<sup>1</sup> SR 152.31

überwiegende öffentliche oder private Interessen beeinträchtigt werden könnten. Diese Interessenabwägung kann heikle juristische Fragen aufwerfen. Der oder die Beauftragte ist im Schlichtungsverfahren an das Legalitätsprinzip gebunden. Sie oder er hat nicht nur zu prüfen, ob die Behörde das Gesuch um Zugang zu Dokumenten rechtskonform behandelt hat, sondern auch, ob sie dies angemessen getan haben (Art. 12 Abs. 1 VBGÖ). Dies bedeutet, dass sie oder er prüfen muss, ob die Behörde das Gesetz beachtet hat und über welchen Ermessensspielraum sie verfügt. Dies ist auch der Spielraum, in dem eine Schlichtung stattfinden kann und wo die Parteien mit Hilfe der oder des Beauftragten eine beiden Seiten befriedigende Lösung gefunden werden kann. Es kann für die oder den Beauftragten schwierig sein einen Sachverhalt rechtlich zu würdigen oder technische Kenntnisse zu erwerben, die sie oder er nicht besitzt, wenn ein amtliches Dokument – das, obschon von der Behörde aufbewahrt, auch von einem Dritten stammen kann (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ) – Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthält (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Der Austausch von Informationen und Wissen zwischen der oder dem Beauftragten und der Behörde kann sich als notwendig erweisen und eine gewisse Zeit beanspruchen. Die oder der Beauftragte könnte aufgrund der neuen Bestimmung zum Schluss gelangen, dass es sich um eine juristisch heikle Frage handelt, die eine angemessene Verlängerung der Frist für die Schlichtung erfordert, falls der Antrag amtliche Dokumente betrifft, die Personendaten enthalten. In diesem Fall darf auch schon die Behörde den Zugang zu den Dokumenten aufschieben (Art. 12 Abs. 3 BGÖ).

Schwierige Fragen können auch politischer Natur sein. So betreffen zahlreiche Anfragen aktuell in der Öffentlichkeit diskutierte Themen. In dieser Situation ist die Behörde manchmal defensiv und gewährt der oder dem Beauftragten nur zögerlich Zugang zu den gewünschten Dokumenten. Daraus ergeben sich Verzögerungen, die die oder der Beauftragte nicht beeinflussen kann. Wirft ein Gesuch besonders heikle politische Fragen auf, ist es ebenfalls gerechtfertigt, der oder dem Beauftragten mehr Zeit einzuräumen.

## **Absatz 2**

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Zugangsgesuche ist es nicht zweckmässig, die Fristverlängerung auf eine bestimmte Zahl von Tagen zu begrenzen, um die Schlichtung herbeizuführen oder eine Empfehlung abzugeben. Art. 12a Abs. 2 VBGÖ kann analog zu Art. 10 Abs. 2 VBGÖ formuliert werden, der die Überlastung der Behörde zum Gegenstand hat. Die Fristverlängerung für die Schlichtung muss angemessen sein, das heisst, sie muss gemessen an den Gründen der Überlastung verhältnismässig sein. Sie soll nicht ein Freipass für die oder den Beauftragten sein. In einfachen Fällen hat sie oder er die Frist von 30 Tagen gemäss Art. 14 BGÖ einzuhalten.

## **Artikel 12b      Pflicht zur Mitwirkung an der Schlichtung**

Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) ist als allgemeiner Erlass für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren konzipiert, so dass in Spezialgesetzen Verfahrensbestimmungen einer besonderen Begründung bedürfen. Soweit das Verwaltungsverfahren nach VwVG das Schlichtungsverfahren nicht regelt, kann man sich fragen, ob ein Spezialgesetz dies darf. Diese Frage kann offenbleiben, da es zulässig ist, in Ausführungsbestimmungen die Tragweite der allgemeinen, in Artikel 13 VwVG enthaltenen Pflicht zu präzisieren, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Nur wenn eine erweiterte Auskunftspflicht verlangt würde, bräuchte es eine Grundlage in einem formellen Gesetz (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG) und nicht bloss auf Verordnungsstufe. Die in Artikel 12b VBGÖ vorgesehenen Modalitäten konkretisieren unter verschiedenen Aspekten die Zusammenarbeit der Parteien und dienen der Beschleunigung des

Verfahrens. Es handelt sich also um eine Vollzugsbestimmung. Art. 12b ist übrigens ebenfalls eine Ausführungsbestimmung von Art. 20 BGÖ, der das Recht der oder des Beauftragten betrifft, Auskünfte einzuholen und Dokumente einzusehen.

### **Absatz 1**

Die Behörde lässt sich manchmal viel Zeit um der oder dem Beauftragten Auskunft zu erteilen und die gewünschten Dokumente zur Verfügung zu stellen. Es ist deshalb zweckmässig, wenn die oder der Beauftragte der Behörde eine Frist setzen kann, um die Begründung ihrer Stellungnahme zu ergänzen, wenn sie dies als nötig erachtet, und um ihr oder ihm die Dokumente zuzustellen (Bst. a und b). Die Pflicht, die zur Schlichtung ermächtigte Person zu nennen, erleichtert die Kontaktnahme und hilft, Zeit zu sparen (Bst. c).

### **Absatz 2**

Eigentlich ist es selbstverständlich, dass die Parteien dazu beitragen, die Fristen einzuhalten und an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. In der Praxis ist dies indessen nicht immer der Fall. Die Behörde ist nicht zwingend unvoreingenommen gegenüber diesem durch das Gesuch ausgelöste Verfahren, dem sie sich nicht entziehen kann. Soweit diese Pflicht nicht im VwVG, die das Schlichtungsverfahren nicht regelt, enthalten sind, müssen sie in der VBGÖ aufgenommen werden. Dasselbe gilt für die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung (Bst. c). Es ist sicher erwünscht, dass der Antragsteller oder die Antragstellerin persönlich an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt. Er oder sie können folglich zwischen irgend einer Vertretung oder einer professionellen Vertretung wählen, allerdings trägt die Vertretung durch einen Anwalt oder eine Anwältin das Risiko in sich, dass der Konflikt ausschliesslich unter rechtlichen Aspekten gewürdigt wird. Jedenfalls darf nicht aus den Augen verloren werden, dass die dem Antragsteller oder der Antragstellerin auferlegten Pflichten diesen so wenig Kosten wie möglich verursachen sollen, da der Gesetzgeber entschieden hat, dass das Schlichtungsverfahren unentgeltlich ist (Art. 17 Abs. 2 Bst. b BGÖ).

Die Behörde muss durch jene Person an der Schlichtung teilnehmen, die sie dafür ermächtigt hat (Art. 12b Abs. 1 Bst. c VBGÖ).

### **Absatz 3 und 4**

Um die Effizienz der verschiedenen Mitwirkungspflichten sicherzustellen, ist es zweckmässig Sanktionen vorzusehen. Wenn die Antragstellerin oder der Antragsteller, der oder dem es zusteht, das Verfahren auszulösen, nicht persönlich oder durch eine Vertretung an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt, ist es gerechtfertigt, den Antrag als zurückgezogen und erledigt zu betrachten (Abs. 3). Diese Bestimmung orientiert sich an Art. 206 der Zivilprozessordnung, die das Säumnis der klagenden Partei im Schlichtungsverfahren regelt. Die Abschreibung des Verfahrens wegen Abwesenheit des Antragsstellers oder seiner Vertretung hat zur Folge, dass die oder der Beauftragte keine Empfehlung abgeben.

Eine vergleichbare Rechtsfolge für die Behörde wäre hingegen kontraproduktiv, weil ihr so die Möglichkeit geboten würde, die vom Gesetz gewollte Phase des Schlichtungsverfahrens zu umgehen. Es genügt deshalb, der oder dem Beauftragten die Möglichkeit zu geben festzustellen, dass die Schlichtung gescheitert ist, weil die Behörde oder die Antragstellerin oder der Antragsteller die nötige Unterstützung für eine Einigung vermissen lassen oder weil sie oder er die Schlichtung missbräuchlich verzögern. Dies ist allerdings bloss eine Möglichkeit, eine ultima ratio, über welche die oder der Beauftragte verfügt. Dieser Absatz umschreibt auch das Scheitern der Schlichtung im Sinne von Art. 14 BGÖ.

### **Art. 13a Information der oder des Beauftragten durch die Behörde**

Es ist sehr wichtig, dass die oder der Beauftragte die Entwicklung der Praxis und der Rechtsprechung bezüglich des Zugangs zu amtlichen Dokumenten mitverfolgen kann. Das einfachste Mittel besteht in der Verpflichtung der Behörde, ihr oder ihm eine Kopie ihrer Entscheide (Art. 15 BGÖ) zuzustellen. Allein die Organe der zentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 7 RVOV können verpflichtet werden, eine Kopie ihrer Verfügungen und der Entscheide der Beschwerdeinstanzen der oder dem Beauftragten zuzustellen. Der Bundesrat kann seine Weisungsbefugnis nur gegenüber ihm unterstellten Einheiten ausüben.

### **Übergangsbestimmung (Art. 22a) und Inkrafttreten der Änderung**

Um Auslegungsschwierigkeiten vorzubeugen, wird festgehalten, dass das alte Recht auf Schlichtungsanträge Anwendung findet, die vor dem Inkrafttreten der vorliegenden Änderung eingereicht werden.

Die vorgeschlagenen Änderungen benötigen keine Umsetzungsmassnahmen. Die Änderung soll möglichst rasch in Kraft gesetzt werden, d.h. auf den 1. Juli 2011.