



LEITTHEMA: Öffentlichkeitsprinzip

von Dr. iur. Gieri Caviezel

Auslöser für den vorliegenden Artikel war die Lektüre eines Bundesgerichtsentscheides (Urteil vom 7. Juli 2017, 1C_155/2017) zur Thematik des Öffentlichkeitsprinzips. Gegenstand der bundesgerichtlichen Beurteilung bildete das Gesuch eines Stimmbürgers um "Zugang zu allen Protokollen der Sitzungen des Gemeinderates" einer Gemeinde im Kanton Zug und zwar rückwirkend für ca. die letzten eineinhalb Jahre. Während die kommunalen und kantonalen Instanzen das Gesuch mangels Spezifizierung der gewünschten Dokumente bzw. Geschäfte abwiesen, hiess das Bundesgericht letztendlich die Beschwerde des Gesuchstellers gut und wies die Gemeinde an, "gestützt auf die vorhandenen Ressourcen" abzuschätzen, wie gross der Aufwand für die Bearbeitung des Zugangsgesuches sei und falls dieser "nicht derart exorbitant" sei, "dass der Geschäftsgang über längere Zeit

übermässig behindert bzw. nahezu lahmgelegt würde", sei der Gesuchsteller über die zu erwartenden Kosten (diese dürfen höchstens kostendeckend sein) zu orientieren. Gestützt darauf könne dann der Gesuchsteller am Gesuch festhalten oder dieses allenfalls präzisieren.

Dieser Entscheid wurde – völlig zu Recht – kritisch kommentiert (ZBI 2018, S. 409 ff.). Ich habe mich deshalb gefragt, ob ein solcher Fall auch im Kanton Graubünden eintreten könnte. Um die Antwort vorwegzunehmen: Unter der heutigen Gesetzgebung erscheint dies ausgeschlossen. Trotzdem habe ich den Entscheid zum Anlass genommen, um die Thematik des Öffentlichkeitsprinzips gemäss der aktuellen Rechtssetzung im Kanton Graubünden zu untersuchen.

NEWSLETTER 4/2018

LEITTHEMA

Öffentlichkeitsprinzip

1-4

NEUES AUS DER RECHTSSETZUNG

Teilrevision des Polizeigesetzes

4-5

Videoüberwachung
des öffentlichen Raumes
durch Gemeinden

5-6

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Zustellung verwaltungsrechtlicher Verfügungen ins Ausland

6

KANZLEINEWS

6

1. Entstehungsgeschichte des Gesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip (Öffentlichkeitsgesetz, KGÖ)

Traditionell ist der Umgang der Verwaltung mit Informationen vom Grundprinzip der Geheimhaltung geprägt (Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt). Der Bund und verschiedene Kantone haben in den letzten Jahren jedoch das Öffentlichkeitsprinzip bei der Handhabung von staatlichen Informationen eingeführt. Nach drei gescheiterten Anläufen verabschiedete der Grosse Rat des Kantons Graubünden am 19. April 2016 das Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip (Öffentlichkeitsgesetz, KGÖ); das Gesetz trat am 1. November 2016 in Kraft.

2. Allgemeine Bestimmungen

a. Persönliche Geltungsbereich

Laut Art. 2 Abs. 1 KGÖ gilt das Gesetz für „alle öffentlichen Organe“. Das Gesetz erfasst jedoch ausschliesslich öffentliche Organe des Kantons. Dazu gehören die Behörden, Verwaltungen und Kommissionen des Kantons, deren öffentlich-rechtlichen Anstalten und Stiftungen (z. B. GVG, PKGR, PHGR, HTW oder BGS) sowie natürliche oder juristische Personen oder andere privatrechtliche Organisationen, soweit sie ihnen übertragene kantonale

öffentliche Aufgaben erfüllen (Art. 2 Abs. 2 KGÖ).

Die Gemeinden und die Regionen sowie die kommunalen und regionalen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sind vom Geltungsbereich des KGÖ ausgenommen. Gemeinden und Regionen können damit selber entscheiden, ob und wie sie für sich das Öffentlichkeitsprinzip einführen wollen. Ebenfalls ausgenommen sind gemäss Art. 3 KGÖ öffentliche Organe, die am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln (z. B. GKB und RhB), die Justizbehörden im Bereich der Rechtspflege sowie Leistungserbringer des Gesundheits- und Sozialwesens (Kantonsspital Graubünden, PDGR oder SVA).

Aufgrund dieser Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs auf kantonale Organe können sich im Verhältnis zu den Gemeinden und Regionen teilweise heikle Abgrenzungsfragen stellen. Grundsätzlich sind amtliche Dokumente, die dem Kanton von Dritten zugehen, welche dem kantonalen Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstehen, öffentlich zugänglich. Die Ausnahme von Gemeinden und Regionen vom persönlichen Geltungsbereich des KGÖ hat deshalb nur (aber immerhin) zur Folge, dass das Öffentlichkeitsprinzip im enge-

ren, eigenen (autonomen) Tätigkeitsbereich von Gemeinden und Regionen nicht gilt. Soweit sie jedoch in kantonale Verfahren involviert sind, und in diesem Zusammenhang amtliche Dokumente von Gemeinden und Regionen zum Kanton gelangen, richtet sich der Zugang zu diesen Dokumenten nach dem KGÖ (vgl. Botschaft 2015-2016, S. 725 f.).

Vorbehalten bleibt die Anwendung des KGÖ schliesslich aufgrund von Spezialbestimmungen anderer Gesetze, welche bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder die abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu Informationen vorsehen (Art. 5 KGÖ; vgl. im Einzelnen zum Ganzen Botschaft 2015-2016, S. 739). Dies betrifft zunächst insbesondere Schweigepflichtnormen im Bereich der Sozialversicherungsgesetzgebung, des Steuerrechts (das Steuergeheimnis hat gegenüber dem Öffentlichkeitsprinzip Vorrang), des Stimmrechts sowie die Geschäfts- und Berufsgeheimnisse. Sodann sind die Tätigkeit der Finanzkontrolle (Fiko) und der grossrätlichen Geschäftsprüfungskommission (GPK) vom KGÖ ausgenommen.

b. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich wird primär durch den Begriff des "amtlichen Dokuments"

bestimmt; das Öffentlichkeitsprinzip findet nur auf "amtliche Dokumente" Anwendung. Nicht erfasst werden damit bloss "Auskünfte" über die Tätigkeit von öffentlichen Organen.

Ein amtliches Dokument zeichnet sich gemäss Art. 6 KGÖ dadurch aus, dass es

- auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist; das Dokument muss also bereits existieren;
- sich tatsächlich im Besitz des angefragten öffentlichen Organs befinden. Ist das Dokument nicht mehr vorhanden, besteht keine Verpflichtung zur Rekonstruktion;
- zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden muss, was im Falle von privatrechtlichen Verträgen der Verwaltung auch private Dokumente umfassen kann.

Unter den Begriff der amtlichen Dokumente fallen sodann auch die virtuellen Dokumente, welche die Anforderungen und Art. 6 Abs. 1 lit. b und c KGÖ erfüllen.

Im Sinne einer negativen Umschreibung schliesst Art. 6 Abs. 3 Dokumente vom Anwendungsbereich des KGÖ aus, welche

- durch eine Behörde kommerziell genutzt werden (z.B.

Informationen die eine Behörde gegen Entgelt anbietet);

- nicht fertig gestellt sind, also nur Dokumente in ihrer definitiven Fassung und keine Entwürfe, provisorische Fassungen etc.;
- zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind wie etwa persönliche Notizen, Dispositionen und dergleichen.

Eingeschränkt wird der sachliche Geltungsbereich durch Art. 4 KGÖ, welcher vor allem die gerichtlichen Verfahren abdeckt. In diesem Bereich richtet sich der Zugang zu den amtlichen Dokumenten nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz, sondern nach den entsprechenden Verfahrensgesetzen.

c. Zeitlicher Geltungsbereich

Der zeitliche Geltungsbereich wird durch die Übergangsbestimmung von Art. 16 KGÖ in dem Sinne eingeschränkt, als dass das Zugangsrecht erst für amtliche Dokumente gilt, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erstellt oder empfangen wurden.

3. Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

a. Öffentlichkeitsprinzip

Art. 7 Abs. 1 KGÖ statuiert ein generelles, voraussetzungsloses und durchsetzbares Recht

auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Jeder Person wird das Recht eingeräumt, amtliche Dokumente einzusehen und von den öffentlichen Organen Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten, ohne ein besonderes Interesse nachweisen zu müssen. Die Modalitäten des Zugangs sind in Art. 7 Abs. 2 KGÖ geregelt. Der Zugang kann gewährt werden durch eine Auskunft über den Inhalt, über eine Einsichtnahme vor Ort oder durch die Aushändigung bzw. Zustellung von Kopien.

b. Ausnahmen

Das Öffentlichkeitsprinzip gilt jedoch nicht absolut. Soweit überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert (Art. 8 Abs. 1 KGÖ). Die Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 KGÖ enthalten eine nicht abschliessende Aufzählung der öffentlichen sowie der privaten Interessen, welche eine Beschränkung bzw. Aufhebung des Zugangs rechtfertigen können. Dazu gehören bspw. die freie Meinungs- und Willensbildung des öffentlichen Organs oder laufende Verhandlungen (als öffentliche Interessen) sowie die Privatsphäre Dritter, Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse sowie Urheberrechte (als private Interessen).

c. Besondere Fälle

Unter gewissen Umständen, die in Art. 9 KGÖ geregelt sind, ist das Recht auf Zugang unmittelbar durch den Gesetzgeber aufgeschoben (Abs. 1) oder verwehrt (Abs. 2).

4. Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten

Das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten wird in den Art. 10 bis 15 KGÖ geregelt. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten soll in einem möglichst einfachen und raschen Verfahren gewährt werden. Das Gesuch ist

schriftlich einzureichen. Es bedarf keiner Begründung, muss aber so präzise formuliert sein, dass das betreffende Dokument ohne grossen Aufwand gefunden werden kann. Weist ein öffentliches Organ ein Gesuch ganz oder teilweise ab, oder gewährt es den Zugang, obwohl eine betroffene Drittperson den Zugang verweigert, so erlässt es eine Verfügung, die nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege angefochten werden kann.

Das Zugangsverfahren ist in der Regel kostenlos. Ist die Behandlung eines Gesuches jedoch mit erheblichem Aufwand verbunden, können kostendeckende Gebühren erhoben werden. Kostenlos ist auch das verwaltungsinterne Rechtsschutzverfahren, während das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht kostenpflichtig ist.

Das KGÖ ist seit 1. November 2016 in Kraft. Es wird interessant sein zu verfolgen, wie sich das Gesetz in der Praxis bewährt.

NEUES AUS DER RECHTSSETZUNG

Teilrevision des kantonalen Polizeigesetzes

von MLaw Gian-Luca Peng

Am 31. August 2018 hat der Grosse Rat eine Teilrevision des kantonalen Polizeigesetzes (PolG) sowie des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG) beschlossen. Die Teilrevision hängt thematisch eng mit dem im vorliegenden Newsletter gewählten Leitthema Öffentlichkeitsprinzip zusammen und wird deshalb im Nachfolgenden kurz vorgestellt. Unter Vorbehalt eines allfälligen Referendums (Ablauf der Referendumsfrist: 11. Dezember 2018) und einer ablehnenden Referendumsab-

stimmung erfährt das kantonale Polizeigesetz und Datenschutzgesetz unter anderem folgende Änderungen:

Infolge der Neuausrichtung des Gemeindegesetzes wurden die polizeilichen Aufgaben der Gemeinden ausdrücklich im Polizeigesetz umschrieben (Art. 3 PolG) und überdies eine polizeigesetzliche Grundlage für die Ersatzvornahme durch die Kantonspolizei und Kostenüberbindung an die Gemeinde geschaffen, wenn diese eine ihr obliegende sicherheitspolizeiliche Aufgabe nicht erfüllt (Art.

5a PolG). Weiter wurde mit Art. 4 Abs. 6 PolG die Zusammenarbeit zwischen Kantonspolizei und Gemeinden ausdrücklich gesetzlich normiert. Das teilrevidierte Polizeigesetz enthält ausserdem eine hinreichende gesetzliche Grundlage für verdeckte polizeiliche Massnahmen in der präventiven Vorermittlung (vgl. Art. 21a - Art. 21f PolG).

Neu und erweitert geregelt werden ferner die **personenbezogene Überwachung allgemein zugänglicher Orte** (Art.

22a PolG) und die Verkehrsüberwachung (Art. 22b PolG). Die Verkehrsüberwachung erlaubt beispielsweise die automatisierte Aufzeichnung von Kontrollschildern von Fahrzeugen im Strassenverkehr und deren Abgleichung mit Datenbanken zu gesetzlich bestimmten Zwecken.

Es wurde mit Art. 22c PolG des Weiteren eine vielbeach-

tete gesetzliche Grundlage geschaffen, um die Kantonspolizei zur einsatzbezogenen Informationsbeschaffung sowie allgemeinen Überwachung mit mobilen audiovisuellen Übermittlungs- und Aufzeichnungsgeräte auszurüsten. Vor dem Hintergrund des aktuellen Technologiestands sind damit künftig insbesondere der **Einsatz von Drohnen oder Datenbrillen (sog. Smart Glasses)** sowie von

körpernah getragenen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten (sog. Bodycams) denkbar. Nicht Gegenstand der vorliegenden Teilrevision des kantonalen Polizeigesetzes ist das von der Kommissionsmehrheit geforderte Vermummungsverbot für bewilligungspflichtige öffentliche Veranstaltungen; dieses wurde vom Grossen Rat abgelehnt.

Videoüberwachung des öffentlichen Raumes durch Gemeinden

von MLaw Flavio Decurtins

Gleichzeitig mit dem Polizeigesetz wurde auch das kantonale Datenschutzgesetz teilrevidiert. Dabei wurde in Art. 3a und 3b KDSG eine gesetzliche Grundlage für die Überwachung des öffentlichen und öffentlich zugänglichen Raumes mittels Bildübermittlungs- und Bildaufzeichnungsgeräten durch die öffentliche Hand geschaffen. Demnach können der Kanton, die Gemeinden sowie öffentlich-rechtliche Anstalten eine solche Bildüberwachung anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung konkret gefährdet ist oder dies zum Schutz von öffentlichen Zwecken dienenden Gebäuden oder deren Benutzerinnen und Benutzer erforderlich ist. Unter den gegebenen Voraussetzungen dürfen im Rah-

men einer solchen Überwachung auch Personen identifiziert werden. In Bezug auf die Bearbeitung von Personendaten sind aber nicht nur die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten, sondern ist insbesondere in geeigneter Weise auf die Überwachungsgeräte hinzuweisen und müssen die aufgezeichneten Personendaten innert 90 Tagen gelöscht werden, soweit sie nicht in einem Strafverfahren oder zur Gefahrenabwehr benötigt werden.

Im Gegensatz zum bisherigen Recht bedarf die Einführung einer Videoüberwachungsmassnahme durch eine Gemeinde demnach nicht mehr einer expliziten gesetzlichen Grundlage im kommunalen Recht. Die Anordnung einer solchen Massnahme kann

fortan vielmehr im Rahmen einer Allgemeinverfügung erfolgen, aus welcher Zweck, Art und Dauer der Überwachung, die zu überwachenden Örtlichkeiten, die Standorte der Überwachungsgeräte, die Massnahmen zum Hinweis auf die Überwachung, die Zugriffsrechte sowie die zur Datensicherheit getroffenen Massnahmen hervorgehen. Eine solche Allgemeinverfügung ist vorgängig öffentlich zu publizieren, damit sämtliche betroffenen Personen sich dazu vernehmen lassen können.

Keiner vorgängigen Allgemeinverfügung bedürfen demgegenüber anlassbezogene Bildüberwachungen, die weniger als drei Monate dauern sowie Bildüberwachungen zum Schutz öffentlicher Gebäude,

die keine Personendaten aufzeichnen. Zu denken ist hierbei etwa an Bildüberwachungen

von Demonstrationen und Konzerten sowie mit Türkameras ausgestattete Sonnerien.

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Zustellung verwaltungsrechtlicher Verfügungen ins Ausland

von MLaw Gian Luca Peng

Mit Urteil 2C_478/2017 vom 9. April 2018 hat das Bundesgericht entschieden, dass eine direkte postalische Zustellung einer kantonalen Verwaltungsverfügung an eine Adresse in Deutschland wegen fehlender staatsvertraglicher Grundlage völkerrechtswidrig ist und einen formellen Eröffnungsmangel begründet. Zur Tragweite dieses Verfahrensfehlers hat das Bundesgericht erwogen, dass bei einer solchen Zustellung nicht etwa Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit und somit das Fehlen jeglicher Rechtswirkungen anzunehmen sei («Nichtzustellung»). Diese Rechtsprechung gilt gleichermassen für

kommunale Verwaltungsverfügungen. Nebst der Eröffnung einer Verfügung auf dem diplomatischen oder konsularischen Weg bietet das kantonale Recht in Graubünden eine völkerrechtskonforme Alternative: Die Behörde kann eine nicht in der Schweiz wohnhafte Partei verpflichten, eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland zu bezeichnen («Zustellungsdomizil»). Wenn die Partei dieser Aufforderung nicht nachkommt, kann die Verfügung durch amtliche Publikation rechtsgültig eröffnet werden (Art. 23 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege).

KANZLEI NEWS

Lic. iur. Andreas Kapp



ist seit dem 1. Oktober 2018 als Rechtsanwalt in unserer Kanzlei tätig. Zuvor arbeitete er als juristischer Stabsmitarbeiter im Generalsekretariat der Baudirektion des Kantons Zürich und war Gemeindeschreiber in einer mittelgrossen Gemeinde im Kanton Zürich. Andreas Kapp ist insbesondere in den Bereichen Raumplanungs- und Baurecht sowie im allgemeinen Verwaltungs- und Staatsrecht tätig.

Weitere Informationen zu unserem Büro und unseren Rechtsanwälten finden Sie auch auf unserer Website.

Caviezel Partner
Rechtsanwälte und Notare
Masanserstrasse 136
CH-7000 Chur
T. +41 81 258 55 58
www.caviezelpartner.ch